ISSN 1974-9562

ANNO - XXI

AMBIENTE DIRITTO

RIVISTA SCIENTIFICA GIURIDICA IN CLASSE A – ANVUR

All'interno i contributi dei seguenti autori:

Urbano Barelli, **Salvatore Cimini, Carlo Bozzi**, **Luigi Maria Pepe, Antonio Saporito, Francesco Bocchini, Miriam Fanelli, Cesare Mainardis, Fabio Saverio Romito, Francesco Caricato, Gabriele Serra, Giacomo Vivoli, Marcello Vernola, Antonio Persico, Paolo Maci, Paolo Bianchi, Marco Magri, Stella Laforgia, Chiara Pinto, Vera Parisio, Alessandro Lolli, Giuseppe Franchina, Luca Maria Tonelli, Diana Amoroso, Arianna Paoletti**.

ISSN 1974-9562

AMBIENTEDIRITTO – EDITORE©®

Anno 2021

AmbienteDiritto.it

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

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

ORGANIGRAMMA Rivista

DIRETTORE RESPONSABILE:
Fulvio Conti Guglia

DIRETTORI SCIENTIFICI:

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

***

COMITATO DIRETTIVO:

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

***

COMITATO SCIENTIFICO:

Richard Albert *Full Professor in Constitutional Law at University of Texas at Austin –* ***Stefano Agosta*** *Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Messina –* ***Domenico Amirante*** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli –* ***Gaetano Armao*** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo –* ***Francisco Balaguer Callejón*** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Granada –* ***Michele Belletti*** *Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bologna –* ***Mario Bertolissi*** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Padova –* ***Raffaele Bifulco*** *Professore*

*Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università di Roma Luiss "Guido Carli" – **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 – **Emilio Salvatore Castorina** Professore Ordinario Diritto Costituzionale (IUS/08) Univiversità degli Studi di Catania – **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** Professore Ordinario 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 – **Calogero Commandatore** Magistrato presso TAR Sicilia Palermo – **Claudio Contessa** Presidente della seconda Sezione del Consiglio di Stato – **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** Professore Ordinario 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 – **Antonio Guidara** Professore associato di Diritto Tributario (IUS/12) Università degli Studi di Catania – **Maria Assunta Icolari** (Professore associato (IUS/12) Università degli Studi G. Marconi di Roma) – **Lorenzo Ieva** Magistrato T.A.R. 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 – **Sebastiano Licciardello** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Catania – **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** Professore Associato 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** Professore Ordinario di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania – **Roberto Miccù** Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi La Sapienza – Roma – **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) Università degli Studi di Messina – **Dario Elia Tosi** Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Valle d'Aosta – **Duccio Traina** Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Firenze – **Silvio Troilo** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bergamo – **Francesco Fabrizio Tuccari** Professore Ordinario 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)* – ***Giuseppina Lofaro*** *(Dottore di ricerca in Diritto Pubblico ed Economia – Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria)* – ***Agatino Giuseppe Lanzafame*** *(Referendario TAR LAZIO)* – ***Nicoletta Laurenti Collino*** *(Dottoranda in Diritto Pubblico, interateneo Trieste-Udine)* – ***Antonio Mitrotti*** *(Ricercatore in Diritto Amministrativo presso l'Università del Salento – Coordinatore Dottrina)* – ***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)* – ***Gerardo Soricelli*** *(Prof. Aggr. diritto amministrativo II e diritto dei contratti pubblici – Università "Niccolò Cusano")* – ***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 Gotzen*** *(Università degli Studi di Trieste)* – ***Lorenzo De Gregoriis*** *(Università degli Studi di Teramo)* – ***Giovanni D'Alessandro*** *(Università "Niccolò Cusano" di Roma)* – ***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 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)* – ***David Grifoni*** *Avvocato del Foro di Firenze* – ***Emanuele Guarna Assanti*** *(Università degli Studi Guglielmo Marconi)* – ***Francesca Guerriero*** *(Avv. penalista del Foro di Roma)* – ***Antonio Guidara*** *(Università degli Studi di Catania)* – ***Anna Rita Iacopino*** *(Università degli Studi dell'Aquila)* – ***Paolo Iafrate*** *(Università degli studi di Roma "Tor Vergata")* – ***Chiara Ingenito*** *(Università degli studi di Roma La Sapienza)* – ***Armando Lamberti*** *(Università degli Studi di Salerno)* – ***Antonio Las Casas*** *(Università degli Studi di Catania)* – ***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)* – ***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)* – ***Asensio Navarro Ortega*** *(Universidad de Granada)* – ***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 per 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)* – ***Corrado Procaccini*** *(Avvocato del Foro di Benevento)* – ***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)* – ***Grazia Maria Vagliasindi*** *(Università degli Studi di Catania)* – ***Tommaso Ventre*** *(LUISS Guido Carli)* – ***Marcello Vernola*** *(Universita di' Cassino e del Lazio Meridionale)* – ***Donato Vese*** *(Università degli Studi di Torino).*

Tutti gli articoli della rivista sono posti a referaggio secondo le disposizioni ANVUR ad esclusione dei focus, degli osservatori giurisprudenziali e dei redazionale o editoriali.

AD SOMMARIO

Indice generale

Rivista Scientifica Giuridica inserita nell'Area 12 - Classe A - ANVUR.....1
ORGANIGRAMMA Rivista.....2
L'ACCELERAZIONE E LE INCERTEZZE DELL'UNIONE EUROPEA SUI CAMBIAMENTI CLIMATICI.....10
Urbano Barelli.....10
L'EVOLUZIONE DEL CODICE DI COMPORTAMENTO DEI PUBBLICI DIPENDENTI E L'INCERTA VALENZA DELLE SUE VIOLAZIONI.....36
Salvatore Cimini* e Carlo Bozzi**.....36
IL DIRITTO DELL'ENERGIA FONDATO SU PRINCIPI. LA TRANSIZIONE ECOLOGICA COME GIUSTIZIA ENERGETICA.....49
Luigi Maria Pepe.....49
L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: IL SISTEMA DELLA TECNOLOGICA *BLOCKCHAIN*.....71
Antonio Saporito.....71
LA POTESTÀ LEGISLATIVA TRASVERSALE DELLE REGIONI NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE.....110
Francesco Bocchini*.....110
IL PROBLEMA RELATIVO ALL'ORDINE DI TRATTAZIONE DEL RICORSO PRINCIPALE E DEL RICORSO INCIDENTALE NEL DIBATTITO TRA LE CORTI.....125
Miriam Fanelli.....125
CONCESSIONI IDROELETTRICHE DI PICCOLA DERIVAZIONE E PROCEDURE DI RINNOVO: TRA PRECETTI DELL'UE, LACUNE NORMATIVE ED INTERVENTI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.....140
Cesare Mainardis*.....140
FISCALITÀ E TUTELA DELL'AMBIENTE: ALLA RICERCA DI UN LINGUAGGIO UNIVERSALE E GLOBALE.....157
Fabio Saverio Romito.....157
DIRITTO DI DIFESA ED EFFETTIVITA' DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE: la mobilita' del *dies a quo* non incide sull'immutabilita' del termine - legittimita' costituzionale dell'art.120,co.5, c.p.a.....175
Francesco Caricato.....175
LE ORDINANZE DI RIMOZIONE DEI RIFIUTI E RIPRISTINO DELLO STATO DEI LUOGHI *EX* ART. 192 DEL CODICE DELL'AMBIENTE NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA.....185
Gabriele Serra.....185
LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E AMMINISTRATIVA LIMITANO LE COMPETENZE REGIONALI NELLO SPANDIMENTO FANGHI IN AGRICOLTURA.....206
Giacomo Vivoli.....206
LO SVILUPPO AEROPORTUALE ITALIANO NELLO SCENARIO DEL GREEN DEAL EUROPEO.....222
Marcello Vernola.....222
RESTAURO E AMMODERNAMENTO DELLO STRUMENTARIO AMMINISTRATIVO IN VISTA DELLA TRANSIZIONE ECOLOGICA.....270

Tendenze evolutive dell'intervento pubblico nell'economia in funzione della sostenibilità ambientale.....270
Antonio Persico*.....270
IL *LOCKDOWN* DELLA BELLEZZA. IL PATRIMONIO CULTURALE ITALIANO E LA PANDEMIA.....293
La chiusura dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura tra diritto alla fruizione e tutela della salute.....293
Paolo Maci*.....293
FOCUS.....310
COMMISSIONE STRAORDINARIA PER IL CONTRASTO DEI FENOMENI DI INTOLLERANZA, RAZZISMO, ANTISEMITISMO E ISTIGAZIONE ALL'ODIO E ALLA VIOLENZA.....310
Audizione nell'ambito di un'indagine conoscitiva sulla natura, cause e sviluppi recenti del fenomeno dei discorsi d'odio, con particolare attenzione alle evoluzioni della normativa europea in materia. 28 ottobre 2021.....310
Paolo Bianchi.....310
IL 2021 E' STATO L'ANNO DELLA "GIUSTIZIA CLIMATICA"?.....320
Marco Magri.....320
SOSTENIBILITÀ DELL'ORDINAMENTO CIVILE E SOSTENIBILITÀ DELL'ORDINAMENTO SOCIALE NELLA PROSPETTIVA DEL GIUSLAVORISTA.....336
Stella Laforgia.....336
I DIVERSI STRUMENTI DI TUTELA AMBIENTALE: FALLIMENTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E INEFFICIENZE DEL LIBERO MERCATO.....352
Chiara Pinto.....352
GIUDICE AMMINISTRATIVO, SINDACATO SULLA COMPOSIZIONE DEGLI INTERESSI E TRANSIZIONE ENERGETICA: PRIME RIFLESSIONI.....374
Vera Parisio.....374
IL PROPRIETARIO DEI SITI CONTAMINATI TRA NORMATIVA SULLE BONIFICHE E NORMATIVA SUL DANNO AMBIENTALE.....397
Alessandro Lolli.....397
TUTELA INDUSTRIALE E DIRITTO ALLA SALUTE IN AMBITO FARMACEUTICO. ESIGENZE DI CONTEMPERAMENTO E NUOVE PROSPETTIVE REGOLATORIE NEL CONTESTO DELL'EMERGENZA PANDEMICA DA COVID – 19.....412
Diana Amoroso - Arianna Paoletti*.....412
SILENZIO ASSENSO E PROCEDIMENTI DI AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA TRA GIUDICE DELLE LEGGI E GIUDICE AMMINISTRATIVO.....437
Giuseppe Franchina.....437
OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA CONTABILE.....448
a cura di Luca Maria Tonelli.....448
CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 22 NOVEMBRE 2021, N. 275.....448
CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE LOMBARDIA – 11 ottobre 2021, n. 283.....448
CORTE DEI CONTI, SEZ. REG. DI CONTROLLO PER LA BASILICATA – par. n. 69/2021 450
CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER IL TRENTINO – ALTO ADIGE/SÜDTIROL, sede di Trento – sent. n. 91/2021.....450

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE VENETO – 19 agosto 2021, n. 205 451
CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE LOMBARDIA – 20 agosto 2021, n. 256.....453
CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 11 giugno 2021, n. 195.....454
CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE LOMBARDIA – 26 luglio 2021, n. 241.....454
CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE LAZIO – 7 luglio 2021, n. 568....455
CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. REGIONE LOMBARDIA – 7 maggio 2021, n. 160....456
CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 16 aprile 2021, decr. n. 3.....458
CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 6 aprile 2021, n. 122 458
CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 17 marzo 2021, n. 110.....460
Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT – Rivista Giuridica.....462

L'ACCELERAZIONE E LE INCERTEZZE DELL'UNIONE EUROPEA SUI CAMBIAMENTI CLIMATICI.

Urbano Barelli

Abstract
La mitigazione e l'adattamento ai cambiamenti climatici sono i primi due dei sei obiettivi ambientali che l'Unione europea si è posta con il regolamento sulla tassonomia sulla finanza sostenibile del 18 giugno 2020. Gli atti successivi dell'Unione europea hanno dato un crescente rilievo agli obiettivi climatici rispetto agli altri quattro obiettivi ambientali (acqua, economia circolare, contrasto dell'inquinamento e biodiversità). Nel regolamento sulla ripresa e resilienza del 10 febbraio 2021 la transizione verde è a volte indicata come riferita agli obiettivi ambientali nel loro complesso, a volte ai soli obiettivi climatici, con l'incertezza sulla destinazione della quota del 37% prevista per la transizione verde. Il 30 giugno 2021 è stata approvata la nuova normativa europea sul clima con gli obiettivi climatici della riduzione delle emissioni di gas serra del 55% entro il 2030 e della neutralità climatica entro il 2050. Per dare concreta attuazione a tali obiettivi climatici, il 14 luglio 2021 la Commissione europea ha presentato il pacchetto clima ed energia "*Fit for 55*". L'Unione europea sta accelerando sul contrasto ai cambiamenti climatici per la consapevolezza, istituzionale e sociale, dell'urgenza di intervenire che trova conferma anche nel crescente contenzioso climatico.

Mitigation and adaptation to climate change are the first two out of the six environmental objectives that the European Union has set itself with the regulation on taxonomy on sustainable finance of June 18th 2020. Subsequent acts of the European Union have given increasing importance to climate objectives with respect to the other four environmental goals (water, circular economy, pollution control and biodiversity). In the regulation on recovery and resilience of February 10th 2021, the green transition is sometimes referred to as referring to the environmental objectives as a whole, sometimes only to climate objectives, with uncertainty about the destination of the 37% share envisaged for the green transition. On the 30th of June 2021, the new European climate legislation was approved with the climate objectives of reducing greenhouse gas emissions by 55% by 2030 and climate neutrality by 2050. To concretely implement these climate objectives, on the 14th of July 2021, the European Commission presented the "Fit for 55" climate and energy package. The European Union is accelerating the fight against climate change due to the institutional and social awareness of the urgency to intervene, which is also confirmed by the growing climate dispute.

SOMMARIO: **1.** Gli obiettivi climatici nel regolamento sulla tassonomia sulla finanza sostenibile. - **1.1.** *Segue*: la mitigazione dei cambiamenti climatici. - **1.2.** *Segue*: l'adattamento ai cambiamenti climatici. - **1.3.** *Segue*: il regolamento delegato che fissa i criteri di vaglio tecnico. - **1.4.** *Segue*: la nuova strategia per la finanza sostenibile. - **2.** Gli obiettivi climatici nel regolamento sulla ripresa e resilienza. – **2.1.** *Segue*: e nel Piano di ripresa e resilienza italiano. - **3.** La nuova strategia dell'Ue di adattamento ai cambiamenti climatici. - **4.** La politica climatica italiana. – **4.1.** *Segue:* il

bando del MITE sull'adattamento ai cambiamenti climatici. - **5.** Gli obiettivi climatici nel regolamento (UE) 2021/1056 sulla transizione giusta. - **6.** Il regolamento (UE) 2021/1119 sulla normativa europea sul clima. - **7.** Il pacchetto clima ed energia "*Fit for 55*". - **8.** Il contenzioso climatico. - **9.** Conclusioni.

1 Gli obiettivi climatici nel regolamento sulla tassonomia sulla finanza sostenibile

Nel recente passato sono stati gli accordi internazionali a tentare di porre rimedio allo squilibrio climatico. Dopo la *Convenzione-quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici* di Rio de Janeiro del 1992, si sono succeduti – all'esisto delle conseguenti conferenze COP3 e COP21 - il Protocollo di Kyoto sui cambiamenti climatici del 1997 (entrato in vigore nel 2005), e l'Accordo di Parigi sul riscaldamento climatico del 2015 (entrato in vigore nel 2016)[1].

Oggi è l'Unione europea, mediante atti di diritto derivato interno, ad assumere direttamente su se stessa e i suoi Stati membri il contrasto ai cambiamenti climatici dandosi l'*"ambizioso obiettivo"* della riduzione del 55% di emissioni di gas serra entro il 2030 e della neutralità climatica entro il 2050.

L'11 dicembre 2019 la Commissione europea ha presentato il *Green Deal* europeo[2] e le strategie utili per fare dell'Europa il primo continente al mondo a impatto climatico zero entro il 2050. Il regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 *"che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica"* (di seguito: "regolamento sulla normativa europea sul clima)[3] e il pacchetto "*Fit for 55*" dell'Unione europea presentato il successivo 14 luglio 2021 e finalizzato a ridurre entro il 2030 le

1 F. BROCCHIERI, *I negoziati sul clima. Storia, dinamiche e futuro degli accordi sul cambiamento climatico*, Edizioni Ambiente, Milano, 2020; F. FRANCESCHELLI, *L' impatto dei cambiamenti climatici nel diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p.81. Gli accordi sono consultabili in: https://www.isprambiente.gov.it/it/servizi/registro-italiano-emission-trading/contesto. Sui cambiamenti climatici la bibliografia è vasta, non tanto di letteratura giuridica quanto delle scienze fisiche e naturali che studiano il fenomeno e i suoi effetti socio-politici: M. CARDUCCI, *Orientamenti bibliografici di Diritto climatico*, Lecce, 2020 (https://www.cedeuam.it/ diritto-climatico/). Per la letteratura giuridica: M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Aggiornamento, Torino, Utet, 2021, p. 51; G.G. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Giappichelli Editore, Torino, 2013. Per la rilevanza mondiale della pubblicazione: B. GATES, *Clima come evitare un disastro. Le soluzioni di oggi. Le sfide di domani*, La nave di Teseo, Milano, 2021. Sulle dimensioni scientifiche, storiche, economiche e politiche del problema, da ultimo: D. JAMIESON, *Il tramonto della ragione. L'uomo e la sfida del clima*, Treccani, Roma, 2021. In letteratura, tra i contributi più significativi: A. GHOSH, *La grande cecità. Il cambiamento climatico e l'impensabile*, BEAT, Roma, 2019; J. FRANZEN, *E se smettessimo di fingere?*, Einaudi, Torino, 2020.

2 A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente,* in *Riv. quadr. dir. amb.,* n.1/2021, presentazione del fascicolo monografico interamente dedicato al Green Deal europeo.

3 Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»); consultabile su: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2021.243.01.0001.01.ITA

emissioni di gas serra del 55% rispetto al 1990 (e con l'obbiettivo di raggiungere la "*carbon neutrality*" per il 2050)[4], sono il primo punto di arrivo del percorso avviato alla fine del 2019 con il *Green Deal*, del quale sono state tappe intermedie il regolamento (UE) 2020/852 del 18 giugno 2020 sulla tassonomia della finanza sostenibile (di seguito: "regolamento sulla tassonomia")[5], il regolamento (UE) 2021/241 del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (di seguito: "regolamento sulla ripresa e resilienza")[6] e il regolamento (UE) 2021/1056 del 24 giugno 2021 che istituisce il Fondo per una transizione giusta[7].

Per il Parlamento ed il Consiglio dell'UE, il regolamento sulla tassonomia «rappresenta un passo fondamentale verso l'obiettivo dell'impatto climatico zero entro il 2050»[8]. È bene partire da questo regolamento per descrivere l'approccio dell'Unione europea ai cambiamenti climatici e la sua evoluzione[9].

Questo regolamento stabilisce un sistema di classificazione con un elenco di attività economiche sostenibili dal punto di vista ambientale, al fine di incentivare gli investimenti sostenibili e contribuire al *Green Deal* europeo. Il regolamento si applica (a) alle misure adottate dagli Stati membri o dall'Unione che stabiliscono requisiti per i partecipanti ai mercati finanziari o gli emittenti in relazione a prodotti finanziari o obbligazioni societarie che sono resi disponibili come sostenibili dal punto di vista ambientale; (b) ai partecipanti ai mercati finanziari che mettono a disposizione prodotti finanziari; (c) alle imprese soggette all'obbligo di pubblicare una dichiarazione di carattere non finanziario o una dichiarazione di carattere non finanziario consolidata (art.1).

Il regolamento fornisce ad aziende, investitori e decisori politici le definizioni ed i contenuti in forza dei quali le attività economiche possono essere considerate sostenibili dal punto di vista ambientale, creare sicurezza per gli investitori, proteggere gli investitori privati dall'ecologia di facciata (*greenwashing*), aiutare le aziende a diventare più attente ai cambiamenti climatici. In particolare, con il regolamento sulla tassonomia l'Unione europea si propone di contrastare la pratica del *greenwashing*, cioè quella pratica che consiste nell'ottenere un vantaggio sulla concorrenza in modo sleale commercializzando un prodotto finanziario come ecocompatibile quando in realtà gli standard ambientali di base non sono soddisfatti (considerando 11).

---

4 Consultabile su: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_it

5 Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, che istituisce un quadro per facilitare gli investimenti sostenibili e che modifica il regolamento (UE) 2019/2088; consultabile su: https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/e5ba36a8-b45411ea -bb7a-01aa75ed71a1/language-it

6 Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce lo strumento per il recupero e la resilienza; consultabile su: https://eur-lex.europa.eu/legal- content/IT/TXT/?uri =CELEX:32021R0241

7 Regolamento (UE) 2021/1056 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021 che istituisce il Fondo per una transizione giusta, PE/5/2021/REV/1; consultabile su: https://eur-lex. europa.eu/legal-content/IT/TXT /? uri=CELEX:32021R1056

8 Regolamento (UE) 2020/852, cit., considerando 3.

9 Su dialogo e cooperazione nella gestione delle politiche sui cambiamenti climatici: G. ÇAPAR, *What have the green new deals to do with the Paris Agreement?: an experimental governance approach to the climate change regime,* in *Riv. quadr. dir. amb*., n.1/2021, p.141.

Ai fini della determinazione dell'ecosostenibilità di una data attività economica, il regolamento sulla tassonomia stabilisce gli obiettivi ambientali che devono essere perseguiti dai destinatari della nuova disciplina e ai quali non deve essere arrecato un danno significativo.

I sei obiettivi ambientali sono quelli elencati nell'art.9:

1 mitigazione dei cambiamenti climatici;
2 adattamento ai cambiamenti climatici;
3 uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine[10];
4 transizione verso un'economia circolare[11];
5 prevenzione e riduzione dell'inquinamento[12];
6 protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi[13].

Inoltre, il regolamento considera ecosostenibile un'attività economica se contribuisce in modo sostanziale al raggiungimento di uno o più degli indicati obiettivi ambientali e se "non arreca un danno significativo" a nessun altro obiettivo ambientale (art.3).

I sei obiettivi ambientali che sono stati normati per la prima volta con il regolamento sulla tassonomia e che, come si vedrà, sono richiamati in successivi regolamenti del Parlamento e del Consiglio europei e in documenti della Commissione europea, costituiscono il contenuto centrale e qualificante della transizione verde avviata con il *Green Deal* europeo[14].

1.1. *Segue*: la mitigazione dei cambiamenti climatici.

10 Tra i documenti più significativi su questo obiettivo nel contesto del *Green Deal*: Commissione europea, *Su un nuovo approccio per un'economia blu sostenibile nell'UE. Trasformare l'economia blu dell'UE per un futuro sostenibile*, COM(2021) 240 final, 17 maggio 2021; consultabile su: https://eur-lex.europa.eu/legal- content/IT/TXT/PDF /? uri=CELEX :52021DC0240&from=EN

11 Cfr. sul punto Commissione europea, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva,* COM(2020) 98 final, 11 marzo 2020, consultabile su: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:520 20DC0098& from=PT; Parlamento europeo, *Nuovo piano d'azione per l'economia circolare*, Risoluzione del 10 febbraio 2021 (2020/2077(INI)), consultabile su: https://www.europarl.europa.eu/ doceo/document/TA-9-2021-0040_IT.html. Sull'economia circolare si vedano, inoltre, le quattro direttive (UE) n. 2018/849, 2018/850, 2018/851 e 2018/852, recepite in Italia con i quattro D.Lgs. del 3 settembre 2020, n.ri 116, 118, 119, 121; sull'argomento sia consentito il rinvio a: U.BARELLI, *Dai rifiuti la transizione verso l'economia circolare*, in *Riv. giur. amb*., rgaoline.it, ottobre 2020, http://rgaonline.it/article/dai-rifiuti-la-transizione-verso-leconomia- circolare/.

12 Cfr. sul punto Commissione europea, *Linee guida per un'interpretazione comune del termine «danno ambientale» di cui all'articolo 2 della direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale 2021/C 118/01,* 7 aprile 2021; consultabile su: https://eur-lex.europa.eu/legal- content /IT/TXT/?uri=CELEX:52021XC0407(01)

13 Cfr. sul punto Commissione europea, *Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030. Riportare la natura nelle nostre vite*, COM(2020) 380 definitivo, 20 maggio 2020; consultabile su: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1590574123338&uri= CELEX:52020DC 0380

14 Sui sei obiettivi ambientali è stato costruito il nuovo "*principio DNSH"* che è stato normato per la prima volta con il regolamento sulla tassonomia, inserito nel regolamento sulla ripresa e resilienza e sviluppato dalla Commissione europea con gli *Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio "non arrecare un danno significativo" a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza*, 12 febbraio 2021, C(2021) 1054 final; consultabile su: https://ec.Europa .eu/info/sites/default/files/c_2021_1054_it.pdf; sull'argomento sia consentito il rinvio a: G. SEVERINI, U. BARELLI, *Gli atti fondamentali dell'Unione europea su "transizione ecologica" e "ripresa e resilienza": prime osservazioni*, in *Riv. giur. amb*., rgaonline, aprile 2021 e in *Gius.amm*., giustizia-amministrativa.it, aprile 2021.

L'art.2 del regolamento sulla tassonomia definisce la mitigazione dei cambiamenti climatici come "il processo di mantenere l'aumento della temperatura media mondiale ben al di sotto di 2 °C e di proseguire gli sforzi volti a limitarlo a 1,5 °C rispetto ai livelli preindustriali, come stabilito dall'accordo di Parigi"[15].

Il successivo art.10 stabilisce che un'attività economica dà un contributo alla mitigazione dei cambiamenti climatici, se contribuisce in modo sostanziale a stabilizzare le concentrazioni di gas a effetto serra nell'atmosfera anche attraverso prodotti o processi innovativi mediante:

a) la produzione, la trasmissione, lo stoccaggio, la distribuzione o l'uso di energie rinnovabili, anche tramite tecnologie innovative potenzialmente in grado di ottenere risparmi significativi in futuro oppure tramite il necessario rafforzamento o ampliamento della rete;

b) il miglioramento dell'efficienza energetica, fatta eccezione per le attività di produzione di energia elettrica;

c) l'aumento della mobilità pulita o climaticamente neutra;

d) il passaggio all'uso di materiali rinnovabili di origine sostenibile;

e) l'aumento del ricorso alle tecnologie, non nocive per l'ambiente, di cattura e utilizzo del carbonio e di cattura e stoccaggio del carbonio, che consentono una riduzione netta delle emissioni di gas a effetto serra;

f) il potenziamento dei pozzi di assorbimento del carbonio nel suolo, anche attraverso attività finalizzate ad evitare la deforestazione e il degrado forestale, il ripristino delle foreste, la gestione sostenibile e il ripristino delle terre coltivate, delle praterie e delle zone umide, l'imboschimento e l'agricoltura rigenerativa;

g) la creazione dell'infrastruttura energetica necessaria per la decarbonizzazione dei sistemi energetici;

h) la produzione di combustibili puliti ed efficienti da fonti rinnovabili o neutre in carbonio.

Il secondo paragrafo dello stesso art.10 dispone che un'attività economica, per la quale non esistono alternative a basse emissioni di carbonio tecnologicamente ed economicamente praticabili, dà un contributo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici se sostiene la transizione verso un'economia climaticamente neutra in linea con un percorso inteso a limitare l'aumento della temperatura a 1,5 °C rispetto ai livelli preindustriali, anche eliminando gradualmente le emissioni di gas a effetto serra, in particolare le emissioni da combustibili fossili solidi. Tutto ciò a condizione che tale attività: (a) presenti livelli di emissioni di gas a effetto serra che corrispondono alla migliore prestazione del settore o dell'industria; (b) non ostacoli lo sviluppo e la diffusione

15 M. MONTINI, *Riflessioni critiche sull'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Riv. dir. int.*, n.3/2017, p.719. Sul concetto di "mitigazione": S. NESPOR, *L'adattamento ai cambiamenti climatici: breve storia di un successo e di una sconfitta*, in *Riv. giur. amb.*, n.1/2018, p.30: «Il cambiamento climatico può essere affrontato con due diverse strategie: la mitigazione e l'adattamento. La mitigazione interviene sulle cause del cambiamento climatico e consiste in interventi idonei a contenere e ridurre le emissioni di gas serra prodotte dall'attività dell'uomo fino al raggiungimento di livelli di emissioni sostenibili».

di alternative a basse emissioni di carbonio; (c) "non comporti una dipendenza da attivi a elevata intensità di carbonio, tenuto conto della vita economica di tali attivi"[16].

Con il paragrafo 3 del medesimo art.10 il regolamento attribuisce alla Commissione una delega al fine di integrare i paragrafi 1 e 2 fissando i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che una determinata attività economica contribuisce in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici, e di integrare l'articolo 17 fissando, per ogni obiettivo ambientale interessato, i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare se un'attività economica arreca un danno significativo a uno o più di tali obiettivi.

Inoltre, sempre con riferimento all'obiettivo della mitigazione dei cambiamenti climatici, un'attività economica può essere considerata ecosostenibile se non conduce a significative emissioni di gas a effetto serra (art.17, paragrafo 1, lett.a)).

1.2. *Segue*: l'adattamento ai cambiamenti climatici.

L'adattamento ai cambiamenti climatici è definito dal regolamento sulla tassonomia come "il processo di adeguamento ai cambiamenti climatici attuali e previsti e ai loro effetti" (art.2)[17].

L'art.11 dello stesso regolamento stabilisce che si considera che un'attività economica dà un contributo sostanziale all'adattamento ai cambiamenti climatici se:

a) comprende soluzioni di adattamento che riducono in modo sostanziale il rischio di effetti negativi del clima attuale e del clima previsto per il futuro sull'attività economica o riducono in modo sostanziale tali effetti negativi, senza accrescere il rischio di effetti negativi sulle persone, sulla natura o sugli attivi; o

b) fornisce soluzioni di adattamento che contribuiscono in modo sostanziale a prevenire o ridurre il rischio di effetti negativi del clima attuale e del clima previsto per il futuro sulle persone, sulla natura o sugli attivi, senza accrescere il rischio di effetti negativi sulle altre persone, sulla natura o sugli attivi.

Il successivo paragrafo 2 del medesimo articolo dispone che le citate soluzioni di adattamento (lett. a), sono valutate e classificate in ordine di priorità utilizzando le migliori proiezioni climatiche disponibili e prevengono e riducono, come minimo, gli effetti negativi, sull'attività economica, dei cambiamenti climatici legati a un luogo e contesto determinato; oppure i potenziali effetti negativi dei cambiamenti climatici sull'ambiente in cui si svolge l'attività economica.

Anche per l'adattamento ai cambiamenti climatici il regolamento prevede una delega in favore della Commissione per integrare i paragrafi 1 e 2 fissando i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che una determinata attività economica contribuisce in modo sostanziale all'adattamento ai cambiamenti

16 Così, testualmente, nella versione pubblicata in Gazz. Uff. UE, 22 giugno 2020, L 198/13.

17 Sull'adattamento ai cambiamenti climatici: S. NESPOR, *L'adattamento ai cambiamenti climatici: breve storia di un successo e di una sconfitta*, cit., p.30: «L'adattamento consiste in interventi idonei a ridurre gli effetti e le conseguenze negative del cambiamento climatico e a sfruttare le conseguenze positive».

climatici, e di integrare l'articolo 17 fissando, per ogni obiettivo ambientale interessato, i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare se un'attività economica arreca un danno significativo a uno o più di tali obiettivi.

Infine, sempre con riferimento all'adattamento ai cambiamenti climatici, un'attività economica può essere considerata ecosostenibile se non conduce a un peggioramento degli effetti negativi del clima attuale e del clima futuro previsto su sé stessa o sulle persone, sulla natura o sugli attivi (art.17, paragrafo 1, lett.b)).

1.3. *Segue*: il regolamento delegato che fissa i criteri di vaglio tecnico.

Il 21 aprile 2021 la Commissione europea ha approvato la comunicazione su "Tassonomia dell'UE, comunicazione societaria sulla sostenibilità, preferenze di sostenibilità e doveri fiduciari"[18] e il successivo 4 giugno ha adottato formalmente il regolamento delegato di cui alle citate deleghe per la mitigazione e per l'adattamento ai cambiamenti climatici[19].

Con questo regolamento delegato si dettagliano i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni un'attività economica possa essere considerata un soggetto che contribuisce in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici (art.1) e all'adattamento ai cambiamenti climatici (art.2) e quelli per determinare se arreca un danno significativo a qualsiasi altro obiettivo ambientale pertinente. Il regolamento entrerà in vigore il 1º gennaio 2022 (art.3).

Gli allegati I e II del regolamento contengono il lungo elenco dei settori ai quali si applicheranno i criteri di vaglio tecnico in base ai quali un'attività economica potrà essere definita "sostenibile" sotto il profilo della mitigazione (allegato I) e dell'adattamento ai cambiamenti climatici (allegato II).

Quando un'attività rispetta i criteri di vaglio tecnico di cui al regolamento delegato, precisa la Commissione europea, «l'impresa che la svolge dovrebbe poter considerare allineati alla tassonomia tanto il fatturato che ne deriva quanto eventuali spese in conto capitale (e specifiche spese operative) connesse all'espansione e al mantenimento dell'attività. Un'impresa può quindi considerare allineati alla tassonomia sia il fatturato derivante dalla vendita di un prodotto o servizio allineato alla tassonomia, sia le spese connesse al mantenimento e/o all'espansione del servizio o del processo di produzione»[20].

---

18 Commissione europea, Comunicazione "*Tassonomia dell'UE, comunicazione societaria sulla sostenibilità, preferenze di sostenibilità e doveri fiduciari: dirigere i finanziamenti verso il Green Deal europeo"*, COM(2021) 188 final, 21.4.2021; consultabile su: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0188&from=ES#:~:text=La%20tassonomia%20dell'UE%20considera,obiettivi%20del%20Green%20Deal%20europeo

19 Regolamento delegato (UE) …/... della Commissione del 4.6.2021 che integra il regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio fissando i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che un'attività economica contribuisce in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti climatici e se non arreca un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale (i punti di sospensione e l'assenza di numerazione sono nel testo approvato e pubblicato, consultabile su: https://ec.europa.eu/info/publications/210706-sustainable-finance-strategy_en).

20 Regolamento delegato (UE) …/... della Commissione del 4.6.2021, cit., p.5.

Aggiunge, inoltre, la stessa Commissione europea che «le imprese che operano in settori esclusi dalla tassonomia possono indicare come allineate alla tassonomia le spese per l'acquisto dei prodotti di altre attività allineate alla tassonomia: un'impresa le cui attività non sono contemplate dalla tassonomia potrebbe ad esempio conteggiare e indicare come allineate alla tassonomia le spese sostenute per acquistare e installare pannelli solari, sistemi di riscaldamento o infissi efficienti sotto il profilo energetico fabbricati da produttori che rispettano i pertinenti criteri della tassonomia»[21].

Il regolamento delegato non genera di per sé nuovi costi diretti, secondo la stessa Commissione: «Insorgeranno però costi legati agli obblighi previsti dal regolamento sulla tassonomia, in particolare l'obbligo in capo alle imprese che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e ai partecipanti ai mercati di raccogliere e comunicare informazioni rilevanti ai fini della tassonomia; ciò comporterebbe costi una tantum e costi correnti per i soggetti che rientrano nell'ambito di applicazione delle disposizioni in questione»[22].

L'efficacia della tassonomia dell'UE dipenderà dall'adesione dei partecipanti ai mercati e, nel quadro della valutazione d'impatto, la Commissione ha effettuato un'analisi indicativa dei vantaggi e costi potenziali dell'approccio proposto, concentrandosi sulla calibrazione dei criteri di vaglio tecnico alla luce dei requisiti di cui al regolamento sulla tassonomia. Grazie alla maggiore trasparenza e coerenza apportate dai criteri della tassonomia è probabile - ritiene la stessa Commissione europea - che vi sarà una riduzione dei costi sostenuti dagli investitori e il conseguente aumento dei flussi di capitali destinati ad attività ecosostenibili dovrebbe determinare a sua volta benefici di tipo ambientale e sociale, contribuendo così a rendere l'ambiente più pulito, più sano e più resiliente ai cambiamenti climatici[23].

1.4. *Segue*: la nuova strategia per la finanza sostenibile.

Il successivo 6 luglio 2021, la stessa Commissione europea ha adottato un pacchetto di misure per incentivare il finanziamento della transizione ecologica.

La nuova strategia di finanza sostenibile delinea in particolare sei linee d'intervento:

1 ampliare la legislazione sulla finanza sostenibile per facilitare l'accesso al finanziamento della transizione;
2 rendere la finanza sostenibile più inclusiva nei confronti di PMI e consumatori dotandoli degli strumenti e degli incentivi giusti per accedere al finanziamento della transizione;
3 rafforzare la resilienza del sistema economico e finanziario ai rischi che incombono sulla sostenibilità;
4 aumentare il contributo del settore finanziario alla sostenibilità;
5 garantire l'integrità del sistema finanziario dell'UE e monitorarne la transizione ordinata verso la sostenibilità;

21 Regolamento delegato (UE) …/... della Commissione del 4.6.2021, cit., p.6.
22 Regolamento delegato (UE) …/... della Commissione del 4.6.2021, cit., p.7.
23 Regolamento delegato (UE) …/... della Commissione del 4.6.2021, cit., p.7.

6 creare iniziative e norme internazionali di finanza sostenibile e sostenere i paesi partner dell'UE.

La Commissione europea ha inoltre adottato l'atto delegato che integra l'articolo 8 del regolamento sulla tassonomia, che impone alle società finanziarie e non finanziarie di fornire agli investitori le informazioni sulle prestazioni ambientali dei loro attivi e delle loro attività economiche per evitare il prodursi di un ecologismo di facciata (*greenwashing)*. L'atto delegato specifica il contenuto, la metodologia e la presentazione delle informazioni che le grandi società, finanziarie e non, devono comunicare sulla quota delle loro attività commerciali, d'investimento o prestito allineate alla tassonomia dell'UE[24].

Con questo nuovo pacchetto la tassonomia della finanza sostenibile sarà sempre di più un riferimento, sia per il mondo della finanza che dovrà indicare quanto sostenibile sia effettivamente un investimento, sia per le aziende che dovranno rendicontare il proprio impatto sull'ambiente, sia per i governi che dovranno stabilire gli incentivi alle imprese ecosostenibili.

In forza del nuovo pacchetto di misure, i soggetti che offrono prodotti finanziari, inclusi i fondi pensione, dovranno fornire informazioni riguardo l'attinenza alla tassonomia dei prodotti che offrono, con obblighi diversi a seconda del tipo di indicazione sulla sostenibilità che accompagna il prodotto a seconda che sia sull'intero fondo (o strategia) o su una parte di esso.

Le aziende quotate con oltre 500 dipendenti, banche e assicurazioni, soggette alla direttiva per la rendicontazione delle informazioni non finanziarie (*Non-Financial Reporting Directive-NFRD*) saranno tenute a fornire informazioni sulle loro attività in riferimento alla Tassonomia. Non sono stati ancora definiti i dettagli, ma la tassonomia sarà un criterio che verrà utilizzato anche per gli incentivi dell'UE[25].

Il nuovo pacchetto di misure sembra interpretare e seguire il mondo della finanza che è sempre più orientato verso la sostenibilità: dal 1° gennaio del 2021 la Banca centrale europea (Bce) accetta come garanzia ai propri prestiti erogati i cosiddetti "*sustainability-linked bonds*", cioè obbligazioni con cedole legate a *performance* di sostenibilità ambientale per le quali maggiori saranno i risultati a favore dell'ambiente, minore sarà l'ammontare delle cedole pagate (e viceversa), mentre il fondo *BlackRock*, la più grande società di investimento al mondo, ha annunciato il 15 gennaio 2020 che metterà la sostenibilità al centro delle sue future politiche finanziarie. Il fondatore Larry Fink ha dichiarato che l'emergenza climatica sta drasticamente modificando il modo in cui gli investitori guardano alle prospettive a lungo termine delle singole aziende[26].

L'8 luglio 2021 la Banca centrale europea ha annunciato una *roadmap* per incorporare i cambiamenti climatici nelle operazioni di politica monetaria in materia di informativa, valutazione del rischio, quadro delle garanzie e acquisti di attività del settore societario e

24 Il pacchetto di nuove misure è consultabile su: https://ec.europa.eu/info/law/sustainable-finance- taxonomy-regulation-eu-2020-852/amending-and-supplementary-acts/implementing-and-delegated-acts_en

25 *Tassonomia verde, l'Europa scrive il vocabolario della finanza sostenibile*, in https://www.eticasgr.com /storie /approfondimenti/tassonomia-verde

26 Altri riferimenti in: U. BARELLI, *La transizione verde che manca al Cuore verde d'Italia*, *Queste Istituzioni*, n.1/2021, 30 giugno 2021, p.89, consultabile su: https://questeistituzioni.it/wp-content uploads/2021/06/qi_1_21_ barelli.pdf

di attuare pienamente le iniziative Ue in materia di *disclosure* e rendicontazione della sostenibilità ambientale[27].

«I flussi finanziari si sono già dimostrati assetati di opportunità di investimento nell'ambito della sostenibilità» ha dichiarato il Presidente dell'Enel, Starace, «nel 2019 il nostro primo *bond* legato a obiettivi di sostenibilità delle Nazioni Unite, ha avuto un successo rilevante. E la nostra ultima emissione da 4 miliardi di euro ha raggiunto richieste tre volte superiori all'offerta»[28].

2 Gli obiettivi climatici nel regolamento sulla ripresa e resilienza.

Oltre al regolamento sulla tassonomia che incide ed inciderà in modo significativo con i suoi atti delegati nel mondo della finanza, dell'economia e delle imprese, l'altro regolamento rilevante per comprendere l'evoluzione della normativa sui cambiamenti climatici dell'Unione europea è il regolamento dispositivo sulla ripresa e resilienza (UE) 2021/241 del 10 febbraio 2021 che "istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza" e contiene le norme utili per la compilazione dei Piani nazionali di ripresa e resilienza (PNRR) di competenza dei singoli Stati per la distribuzione di 672,5 miliardi di euro tra i 27 paesi dell'Unione[29].

Questo secondo regolamento stabilisce che i Piani nazionali di ripresa e resilienza (PNRR) dei singoli Stati devono avere come primo e principale pilastro quello della transizione verde (art.3) al quale deve essere destinato non meno del 37% della dotazione totale dello stesso PNRR (artt.18 e 19).

Il "pilastro" della transizione verde, pur non trovando una definizione nel regolamento dispositivo[30], non può che essere interpretato nel senso di comprendere i citati sei obiettivi ambientali del regolamento sulla tassonomia che costituiscono il cuore del *Green Deal* europeo, vale a dire: mitigazione dei cambiamenti climatici, adattamento ai cambiamenti climatici, uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine, transizione verso un'economia circolare, prevenzione e riduzione dell'inquinamento e protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi. Significativo a tale riguardo è il "principio orizzontale" imposto con l'art.5, quello per il quale il regolamento "finanzia unicamente le misure che rispettano il principio «non arrecare un danno significativo»" ai citati sei obiettivi ambientali.

Pertanto, il regolamento sulla ripresa e resilienza nel dare la preminenza alla transizione verde cui deve essere destinato almeno il 37% delle risorse, nel fare propri gli obiettivi ambientali e nell'imporre l'ulteriore condizionalità del rispetto del principio "non arrecare

27 Consultabile su: https://www.ansa.it/europa/notizie/sviluppo_sostenibile_digitale/2021/07/09/bce-via -a-integrazione-clima-nelle-politiche-monetarie-_3cc5c626-5fde-4751-87ed-0200f9b67e79.html

28 Corriere della sera, 25 luglio 2021, consultabile su: https://www.corriere.it/economia/finanza/21_luglio_ 25/svolta-elettrica-la-sostenibilitacosi-l-italia-puo-essere-leader-f711d992-ed0a-11eb-afd7- a9b6c7b72c86_amp. Html.

29 G. SEVERINI, U. BARELLI, *Gli atti fondamentali dell'Unione europea su "transizione ecologica" e "ripresa e resilienza": prime osservazioni*, cit., pp.1 e ss.

30 G. SEVERINI, U. BARELLI, *Gli atti fondamentali dell'Unione europea su "transizione ecologica" e "ripresa e resilienza"*, cit., p.11-12.

un danno significativo" agli stessi obiettivi ambientali[31], ha esteso la loro applicazione ben oltre il settore della finanza sostenibile cui era destinato il regolamento tassonomia, per arrivare a farli diventare i nuovi criteri ambientali intorno ai quali costruire la nuova politica ambientale del *Green Deal* europeo.

La mitigazione e l'adattamento ai cambiamenti climatici sono i primi, ma non sono i soli obiettivi ambientali della transizione verde dell'Unione europea. L'art.16 dello stesso regolamento introduce, però, un diverso riferimento per la quota del 37%: non alla transizione verde, bensì all'obiettivo climatico. Anche il successivo art.31 sembra andare nella stessa direzione, laddove prevede che la Commissione europea, nel presentare annualmente al Parlamento europeo e al Consiglio la relazione annuale, deve inserire le informazioni sul "contributo del dispositivo agli obiettivi climatici e digitali"[32].

E' quindi comprensibile che i singoli Stati, come l'Italia, si siano trovati in difficoltà nell'attribuire la quota del 37% della transizione verde agli obiettivi ambientali complessivamente intesi o solo a quella loro parte costituita dagli obiettivi climatici.

Di particolare rilievo è l'Allegato VI del regolamento in esame che contiene un lungo e dettagliato elenco degli interventi utili per il calcolo del sostegno agli obiettivi climatici e agli obiettivi ambientali, distinguendoli in tre fasce a seconda della percentuale di utilità (0, 40%, 100%).

Il sostegno pieno sia agli obiettivi climatici che a quelli ambientali è previsto in cinque campi di intervento: per tre misure di adattamento ai cambiamenti climatici e prevenzione e gestione dei rischi connessi al clima (1. "inondazioni, comprese le azioni di sensibilizzazione, la protezione civile, i sistemi e le infrastrutture di gestione delle catastrofi e gli approcci basati sugli ecosistemi": codice 035; 2. "incendi, comprese le azioni di sensibilizzazione, la protezione civile, i sistemi e le infrastrutture di gestione delle catastrofi e gli approcci basati sugli ecosistemi": cod. 037; 3. "altri rischi, per esempio tempeste e siccità (comprese le azioni di sensibilizzazione, la protezione civile, i sistemi e le infrastrutture di gestione delle catastrofi e gli approcci basati sugli ecosistemi": cod.037); per "utilizzo di materiali riciclati come materie prime conformemente ai criteri di efficienza" (cod.045 bis); e per "infrastrutture ciclistiche" (cod.075).

Per questi campi di intervento (cinque su centottanta) il coefficiente è quello del cento per cento sia per gli obiettivi climatici che per quelli ambientali, mentre per tutti gli altri sono previsti due soli coefficienti (0, oppure 40%). Ad esempio, la raccolta e il trattamento delle acque reflue vale 0 per gli obiettivi climatici e il 100% per quelli ambientali, mentre l'energia rinnovabile è considerata utile al 100% per gli obiettivi climatici e solo per il 40% per quelli ambientali.

2.1 *Segue:* e nel Piano di ripresa e resilienza italiano.

31 La Commissione europea ha indicato gli ulteriori dettagli tecnici riferiti a tale principio con la comunicazione "*Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio "non arrecare un danno significativo" a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza*, cit.-

32 G. SEVERINI, U. BARELLI, *Gli atti fondamentali dell'Unione europea su "transizione ecologica" e "ripresa e resilienza"*, cit., p.13-15.

L'incertezza del regolamento sulla ripresa e resilienza circa la destinazione agli obiettivi *climatici* o a quelli *ambientali* trova conferma in quanto è accaduto per l'Italia[33]. La differenza non è da poco, perché, come detto, l'Ue considera che vi sia un sostegno pieno (100%) sia agli obiettivi climatici che a quelli ambientali solo in cinque dei centottanta "Campi di intervento" elencati nel citato Allegato VI del regolamento sulla ripresa e resilienza.

Il PNRR italiano non segue la codifica e le definizioni dell'Allegato VI, nonostante ciò sia imposto dall'art.18 dello stesso regolamento sulla ripresa e resilienza [34]. Ad esempio, tra i campi di intervento dell'Allegato VI non è citato l'idrogeno, né nell'elenco per il calcolo degli obiettivi climatici, né per quelli ambientali. Ebbene, nel PNRR italiano l'idrogeno è destinatario di 3,19 miliardi di euro, 1,99 dei quali, cioè il 62%, sono dichiarati utili per il calcolo del sostegno agli obiettivi climatici, senza apparenti spiegazioni[35].

Vi è, poi, una visibile discordanza tra le due formulazioni del PNRR che si sono succedute del giro di pochi mesi, entrambe sottoposte al Parlamento: nella originaria versione del PNRR italiano, quella approvata dal governo Conte il 12 gennaio 2021, la quota del 37% sembra destinata ad «interventi *green*»[36], quindi a tutti e sei gli obiettivi *ambientali*, mentre nella versione definitiva, approvata dal governo Draghi e il 30 aprile 2021 inviata alla Commissione europea (e poi il 13 luglio 2021 definitivamente approvata con Decisione di esecuzione del Consiglio, che ha recepito la proposta della Commissione europea), il riferimento è solo agli obiettivi *climatici*[37].

Oltre all'incertezza tra obiettivi ambientali e obiettivi climatici da perseguire con il 37% del PNRR, c'è da aggiungere che, insieme alla versione definitiva del PNRR del 30 aprile 2021, nel sito del governo è stata pubblicata una tabella "Riforme e investimenti nelle missioni del PNRR"[38] dalla quale si ricava che la percentuale del PNRR riservata agli obiettivi climatici è dichiarata come pari al 40,8% del totale.

---

33 In questi termini: G. SEVERINI, U. BARELLI, *Gli atti fondamentali dell'Unione europea su "transizione ecologica" e "ripresa e resilienza"*, cit., p.14; condivide: S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia Domani»*, in *Riv. quadr. dir. amb*, n.1/2021, p.206; consultabile su: rqda.eu.

34 L'art.18 del regolamento (UE) 2021/241 è rubricato "Piano per la ripresa e la resilienza" e stabilisce che «esso deve presentare in particolare i seguenti elementi: … e) una spiegazione qualitativa del modo in cui le misure previste dal piano per la ripresa e la resilienza sono in grado di contribuire alla transizione verde, compresa la biodiversità, o ad affrontare le sfide che ne conseguono, e che indichi se tali misure rappresentano almeno il 37 % della dotazione totale del piano per la ripresa e la resilienza sulla base della metodologia di controllo del clima di cui all'allegato VI»

35 In particolare, l'idrogeno è inserito nella Missione 2, Componente 2, Punto 3 ("Promuovere la produzione, la distribuzione e gli usi finali dell'idrogeno") ed è considerato utile ai fini del raggiungimento degli obiettivi climatici con le seguenti quote: il 100% dei 0,50 miliardi di euro per "Produzioni in aree industriali dismesse"; il 40% dei 2 miliardi per "Utilizzo in settori hard-to-abate"; il 100% dei 0,23 miliardi per "Sperimentazione dell'idrogeno per il trasporto stradale"; il 100% dei 0,30 miliardi per "Sperimentazione dell'idrogeno per il trasporto ferroviario"; il 100% dei 0,16 miliardi per "Ricerca e sviluppo sull'idrogeno", senza che vi sia corrispondenza con la codifica e le definizioni dell'Allegato VI del regolamento sulla ripresa e resilienza. Inoltre, senza una specifica non è possibile comprendere se gli interventi previsti per l'idrogeno sono stati compresi in altri "Campi di intervento". Visti i tempi molto stretti entro i quali il PNRR deve essere portato ad esecuzione, il rischio è che il mancato utilizzo dei criteri, delle codifiche e delle definizioni che il regolamento sulla ripresa e resilienza prevede come obbligatori, possa costituire un possibile motivo di incertezza e contestazione al momento della "caduta a terra" dei progetti.

36 Consultabile su: https://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/PNRR_2021_0.pdf, p.16.

37 Consultabile su: https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_3.pdf, p.11.

38 https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_RiformeInvestimentiMissioni.pdf

Per verificare il rispetto della condizionalità del 37% da riservare alla transizione verde e la corrispondenza tra quanto prevede il regolamento sulla ripresa e resilienza e quanto inserito dal Governo italiano nel PNRR, sarebbe stato necessario che fossero state utilizzate le stesse definizioni e gli stessi "campi di intervento" previsti nell'Allegato VI, ma così non è stato: a partire dal dato che il regolamento UE mette al primo posto la *transizione verde*, mentre il PNRR italiano la mette al secondo posto e poi ne cambia la denominazione in *"rivoluzione verde e transizione ecologica"*. Così come i campi di intervento italiani hanno definizioni che non trovano una corrispondenza in quelle del regolamento UE e del suo allegato VI. Un esempio può essere quello dei rifiuti, cui il citato allegato VI dedica quattro codifiche con altrettante definizioni, nessuna delle quali è ripresa e finanziata dal PNRR italiano. In questo i rifiuti compaiono in due soli campi di intervento: uno è la redazione del programma nazionale per la loro gestione, mentre l'altro è la "realizzazione nuovi impianti di gestione rifiuti e ammodernamento di impianti esistenti" al quale vengono destinati 1,50 miliardi di euro di investimenti e che nel calcolo della quota vincolata del 37% è indicato con un valore del 40%.

La mancata corrispondenza tra le definizioni previste dal regolamento UE sulla ripresa e resilienza e il PNRR italiano (che pare essersene perciò discostato), rende quindi difficile un preciso confronto e una verifica sulla destinazione del 37% prevista per la transizione verde, in particolare sul fatto che siano stati preferiti gli obiettivi climatici oppure quelli ambientali. Anche perché i campi di intervento elencati nel più volte citato allegato VI del regolamento sulla ripresa e resilienza riportano due colonne distinte: una per il calcolo del sostegno agli obiettivi climatici e l'altra per quelli ambientali. Sempre restando nel campo dei rifiuti, mentre il sostegno agli obiettivi ambientali è sempre indicato pari al 100%, per quelli climatici è indicato in tre percentuali diverse: del 40% per la gestione dei rifiuti domestici e industriali; del 100% per l'utilizzo di materiali riciclati; nullo (cioè 0) sia per la gestione dei rifiuti residui e pericolosi che per la "promozione dell'impiego di materiali riciclati come materie prime".

Un fatto comunque appare fermo: la Commissione europea il 22 giugno 2021 ha consegnato al Governo italiano la «pagella del PNRR»[39], con allegato un documento di lavoro[40], dai quali si evince che, sulla condizionalità del 37% da destinare alla transizione verde, l'Italia è arrivata al 37,5%, quindi di poco sopra alla condizionalità imposta dall'UE, e non al 40,8% come dichiarato dal Governo. Con questa correzione, il PNRR italiano è

39 Commissione Europea, *Proposta di decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia*, COM (2021) 344 final, 2021/0168 (NLE), 22.6.2021, consultabile su: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/com_2021_it.pdf

40 Commissione europea, *Documento di lavoro dei Servizi della Commissione, Analisi del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia che accompagna il documento "Proposta di decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia*, SWD (2021) 165 final, 22.6.2021. Con riferimento al disfavore con il quale l'Unione europea guarda agli impianti di incenerimento (ribadito negli "Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio "non arrecare un danno significativo" a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza") nel documento in esame si legge che "l'Italia ha fornito in particolare garanzie del fatto che i suoi investimenti nella gestione dei rifiuti non contengono investimenti in inceneritori e che sono previsti trattamenti meccanici biologici", p.67; consultabile su :https: //ec.europa.eu/info/sites/default /files/swd_2021_it.pdf .

stato poi approvato il 13 luglio 2021 anche dal Consiglio dell'Unione Europea[41], e pure in questo caso con un corposo documento allegato[42].

Nel dossier dell'Ufficio Rapporti con l'Unione europea della Camera dei Deputati si legge, al riguardo, che «la Commissione stima che le misure a sostegno della transizione verde, compresa la biodiversità, incluse nel Piano rappresentano un importo pari al 37,5% della dotazione totale (71,73 miliardi di euro). Il Piano, inoltre, a giudizio della Commissione, è adeguatamente allineato alle priorità del *Green Deal* europeo e al Piano nazionale integrato per l'energia e il clima per l'obiettivo climatico 2030, nonché all'obiettivo di rendere l'Europa una società resiliente ai cambiamenti climatici entro il 2050»[43].

Anche da questo commento è evidente l'incertezza circa l'attribuzione della dotazione del 37%, e il 37,5% del PNRR italiano che è risultato dalla verifica da parte della Commissione europea è attribuito alla transizione verde e biodiversità (vale a dire agli obiettivi ambientali), mentre del clima si dice solo che il PNRR è "allineato" con gli obiettivi climatici, senza però che questi costituiscano quella priorità che si legge nei documenti della Commissione europea.

3 La nuova strategia dell'Ue di adattamento ai cambiamenti climatici.

Di poco successiva al regolamento UE sulla ripresa e resilienza è la "Nuova strategia dell'UE di adattamento ai cambiamenti climatici - Plasmare un'Europa resiliente ai cambiamenti climatici" che la Commissione europea ha approvato il 24 febbraio 2021[44].

I cambiamenti climatici sono in atto oggi, per questo dobbiamo costruire un domani più resiliente - si legge nella nuova strategia - arrestare tutte le emissioni di gas a effetto serra non impedirebbe gli effetti dei cambiamenti climatici che sono già in atto e che proseguiranno per decenni, anche nel caso in cui gli sforzi globali ed europei per ridurre le emissioni di gas a effetto serra dovessero risultare efficaci[45].

Fatta questa premessa, la Commissione europea dichiara di voler perseguire una risposta sistemica incentrata sui seguenti aspetti: migliorare le strategie e i piani di adattamento; promuovere la resilienza locale, individuale e giusta; integrare la resilienza climatica nei quadri di bilancio nazionali; promuovere soluzioni per l'adattamento basate sulla natura.

41 Consultabile su: https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/07/13/council-gives-green-light-to-first-recovery-disbursements/

42 Consiglio dell'Unione Europea, *Allegato riveduto della decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia*, 10160/21 ADD 1 REV 2, 8 luglio 2021, consultabile su: https://www.camera.it/temiap/2021/07/13/OCD177 -5010.pdf

43 Camera dei Deputati, Ufficio rapporti con l'Unione europea, *La valutazione del Piano nazionale per la ripresa e la resilienza dell'Italia da parte della Commissione europea*, Dossier n° 51 - 24 giugno 2021, p.5; consultabile su: http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/AT051.pdf?_1625138251816

44 Commissione europea, *Plasmare un'Europa resiliente ai cambiamenti climatici – La nuova strategia dell'UE di adattamento ai cambiamenti climatici*, COM (2021) 82 final, 24.2.2021; consultabile su: https: //eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0082&from=IT

45 Strategia di adattamento ai cambiamenti climatici, cit., p.1.

In particolare, su quest'ultimo aspetto, la stessa Commissione intende:

- proporre soluzioni basate sulla natura per gli assorbimenti di carbonio, comprese la contabilizzazione e la certificazione nelle prossime iniziative in materia di sequestro del carbonio nei suoli agricoli;
- sviluppare gli aspetti finanziari delle soluzioni basate sulla natura e promuovere l'elaborazione di approcci e prodotti finanziari che contemplino anche l'adattamento basato sulla natura;
- continuare a incentivare e assistere gli Stati membri nell'introduzione di soluzioni basate sulla natura attraverso valutazioni, orientamenti, sviluppo di capacità e finanziamenti dell'UE[46].

La Commissione si propone di accelerare l'introduzione delle soluzioni di adattamento per ridurre i rischi legati al clima e colmare il deficit di protezione dal clima, garantendo la disponibilità e la sostenibilità dell'acqua potabile, anche aumentando il sostegno alla resilienza e alla preparazione internazionali ai cambiamenti climatici.

La nuova strategia di adattamento dell'UE - conclude la Commissione europea - apre la strada a una maggiore ambizione in materia di resilienza climatica: nel 2050 l'UE sarà una società resiliente ai cambiamenti climatici, del tutto adattata ai loro inevitabili impatti. Per tale motivo l'adattamento ai cambiamenti climatici è parte integrante del *Green Deal* europeo e della sua dimensione esterna ed è saldamente ancorato alla proposta di legge europea sul clima[47].

Il 10 giugno 2021, il Consiglio dell'Ue ha approvato le Conclusioni sulla comunicazione della Commissione europea "Plasmare un'Europa resiliente ai cambiamenti climatici – La nuova strategia dell'UE di adattamento ai cambiamenti climatici", riconoscendo che «la strategia è un'iniziativa chiave del *Green Deal* europeo ai fini della trasformazione verde e della crescita sostenibile»[48].

4 La politica climatica italiana.

L'Accordo di Parigi del 12 dicembre 2015 che contiene l'invito ai Paesi firmatari a comunicare entro il 2020 le proprie Strategie di sviluppo a basse emissioni di gas serra di lungo periodo al 2050, è stato ratificato dall'Italia con la legge n. 204/2016 ed è entrato in vigore l'11 dicembre 2016.

Secondo il *Climate Change Performance Index - Results 2019*[49] l'Italia si colloca al 27esimo posto nella classifica dei 58 Paesi presi in considerazione in relazione alle azioni di contrasto ai cambiamenti climatici.

L'Italia ha approvato il 16 giugno 2015 la "Strategia Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici"[50], mentre il 21 gennaio 2020 è stato pubblicato il Piano Nazionale

46 Strategia di adattamento ai cambiamenti climatici, cit., p.13.
47 Strategia di adattamento ai cambiamenti climatici, cit., p.25.
48 Conclusioni consultabili in: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9419-2021-INIT/it/pdf
49 *CCPI Results 2019 - NewClimate Institute*; consultabile su: https://newclimate.org/wp- content/ uploads /2018/12/CCPI-2019-Results.pdf.
50 Strategia Nazionale di adattamento ai cambiamenti climatici; consultabile su: https://pdc. Minambiente.it/ sites/default/files/allegati/Strategia_nazionale_adattamento_cambiamenti_climatici.pdf.

Integrato per l'Energia e il Clima[51] (PNIEC), predisposto dai ministeri dello Sviluppo Economico, dell'Ambiente e delle Infrastrutture e Trasporti che dà attuazione all'Accordo di Parigi e recepisce le novità contenute nel decreto-legge sul clima (14 ottobre 2019, n. 111, *Misure urgenti per il rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria e proroga del termine di cui all'articolo 48, commi 11 e 13, del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229*; convertito con modificazioni dalla legge 12 dicembre 2019, n. 141) nonché quelle sugli investimenti per il *Green Deal* previste dalla legge 27 dicembre 2019, n. 160 (legge di bilancio 2020). Il PNIEC non tiene conto, però, del nuovo obiettivo europeo di riduzione del 55% delle emissioni entro il 2030.

Un anno dopo, il 21 gennaio 2021, è stata resa pubblica la "Strategia italiana di lungo termine sulla riduzione delle emissioni dei gas a effetto serra"[52] a firma congiunta di Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Ministero delle Politiche agricole, Alimentari e Forestali, trasmessa poi alla Commissione europea il 10 febbraio 2021.

Nemmeno la "Strategia" tiene conto del nuovo obiettivo europeo della riduzione del 55% entro il 2030 e conclude che «*per chiudere completamente il gap emissivo e arrivare alla neutralità climatica sono necessarie scelte politiche a elevato impatto sociale/settoriale/territoriale, tecnologie ancora non pronte in parte perseguibili solo su base europea coordinata, nonché una condivisione a livello internazionale del processo di decarbonizzazione. Per tenere conto degli sviluppi su tutti questi fronti, ferme restando le tendenze di fondo individuate, la Strategia deve inevitabilmente essere uno strumento dinamico, aggiornato periodicamente*»[53].

Lo stesso PNRR italiano sembra guardare ai cambiamenti climatici più per le ricadute sui settori tradizionali della nostra economia (si veda il caso dell'efficientamento energetico degli edifici) che per il perseguimento dei nuovi ambiziosi obiettivi che si è data l'Unione europea. La "Missione 2" del PNRR intitolata "Rivoluzione verde e transizione ecologica" è poi suddivisa in quattro "Componenti" nessuna delle quali è intitolata ai cambiamenti climatici.

Questa diversa attenzione ai cambiamenti climatici dell'Italia rispetto all'Unione europea potrebbe essere dovuta a quella che è stata chiamata la "grande bugia" che per anni ha negato il problema dei cambiamenti climatici[54], ma forse, più semplicemente, ad una diffidenza se non proprio contrarietà italiana all'approccio europeo[55].

4.1. *Segue*: il bando del MITE sull'adattamento ai cambiamenti climatici.

51 Piano Energia e Clima (PNIEC), 21 gen. 2020, https://www.mise. gov.it/index.php/it/notizie-stampa/2040 668-pniec2030.

52 Strategia italiana di lungo termine sulla riduzione delle emissioni dei gas a effetto serra, gennaio 2021, https://www.mite.gov.it/sites/default/files/lts_gennaio_2021.pdf.

53 Strategia italiana di lungo termine, cit., p.19.

54 S. LEVANTESI, *I bugiardi del clima. Potere, politica, psicologia di chi nega la crisi del secolo,* Laterza, Roma-Bari, 2021.

55 C. STAGNARO, *Perché l'approccio europeo non può funzionare*, n.93/2021, *Il tempo del clima. La scommessa verde e i suoi costi,* giugno 2021, *Aspenia*, p.46.

I cambiamenti climatici, in disparte il livello di attenzione che hanno ricevuto dal PNRR italiano, l'8 giugno 2021 sono stati oggetto di uno specifico bando del MITE con finanziamento di circa 80 milioni di euro in favore delle città con popolazione superiore ai 60.000 abitanti nel contesto di un "Programma sperimentale di interventi per l'adattamento ai cambiamenti climatici in ambito urbano".

Il Programma è finalizzato ad aumentare la resilienza dei sistemi insediativi soggetti ai rischi generati dai cambiamenti climatici, con particolare riferimento alle ondate di calore e ai fenomeni di precipitazioni estreme e di siccità.

I progetti possono essere presentati dai comuni per tre tipologie così descritte: interventi *green e blue*; interventi *grey*; misure *soft* di rafforzamento della capacità adattiva.

Per comprendere meglio il tipo di progetti finanziabili con il bando e l'approccio all'adattamento ai cambiamenti climatici sembra utile riportare i contenuti suggeriti per ognuna delle tre tipologie.

Nella prima tipologia sono stati inseriti: realizzazione di spazi verdi in ambito urbano o di forestazione periurbana, funzionali a mitigare gli effetti dei cambiamenti climatici. Utilizzo di materiali riflettenti/basso assorbimento di calore, per utilizzi orizzontali e verticali, ad esempio per pavimentazioni/arredo urbano, strutture ombreggianti. Realizzazione di interventi di edilizia climatica, tetti e pareti verdi, boschi verticali, barriere alberate ombreggianti, sistemi di coibentazione e ventilazione naturale, tetti freddi e tetti ventilati, ecc.. Creazione di sistemi di raccolta delle acque meteoriche, con depurazione e accumulo finalizzato al riciclo per usi non umani, per un uso più efficiente e razionale delle risorse idriche, anche con un'ottica di innovatività e di città *smart*. Interventi finalizzati al riciclo e riutilizzo delle acque reflue depurate, con la finalità di impiegare la risorsa idrica per altri scopi (es. agricoltura, irrigazione parchi e giardini, lavaggio stradale, usi ornamentali anche per il miglioramento della fruizione e del microclima degli spazi pubblici, ecc.) e di rinforzare pratiche di circolarità nella gestione del ciclo idrico integrato.

Nella seconda tipologia sono compresi: creazione, ampliamento o rifacimento in ambito urbano di aree pedonali, parcheggi, piazze, bordi stradali, percorsi, ecc., con la rimozione della pavimentazione esistente e il ripristino della permeabilità del suolo in chiave di rigenerazione urbana. Sperimentazione sugli spazi pubblici di soluzioni per il drenaggio urbano sostenibile, intese in chiave di rigenerazione urbana, come le piazze/spazi multifunzione o strutture, vasche, serbatoi deputati alla raccolta e al deflusso dell'acqua meteorica in caso di precipitazioni particolarmente violente.

Nella terza tipologia sono inserite: misure finalizzate a migliorare le conoscenze a livello locale (es. implementazione di banche dati climatiche/impatti/vulnerabilità, sistemi ICT predittivi, rafforzamento dei sistemi di monitoraggio, ricerca di nuove fonti di approvvigionamento idrico in ambito urbano, ecc.), nonché alla redazione di strumenti di pianificazione comunale di adattamento ai cambiamenti climatici. Misure finalizzate a migliorare la capacità di previsione a livello locale (es. scenari climatici, analisi di rischio, ecc.). Misure di sensibilizzazione, formazione, partecipazione sull'adattamento a livello locale e sulla riduzione della vulnerabilità specifica per gli operatori locali e per la rete dei portatori di interesse.

La denominazione di "programma sperimentale" e la tipologia degli interventi previsti non sembrano però cogliere l'urgenza del problema, né il livello avanzato sul quale l'Unione europea sta collocando il problema dei cambiamenti climatici, per i quali non è più il momento della sperimentazione, bensì quello dell'attuazione della strategia e della normativa dell'UE.

Il bando in esame contiene la stessa timidezza o incertezza sui cambiamenti climatici che l'Italia ha manifestato anche nella redazione del PNRR, né si comprende la ragione per la quale tali interventi non siano stati inseriti nello stesso PNRR, per il quale, come detto, la Commissione europea ha chiesto di destinare agli obiettivi climatici almeno il 37% delle risorse.

L'arretratezza dell'Italia su tale tema è anche nell'assenza di una legge italiana sul clima. La Spagna, la Francia, la Germania e, ormai fuori dalla Ue ma pur sempre in Europa, il Regno Unito, dispongono di una legge per il clima. La necessità di un quadro legislativo nazionale per l'impegnativa transizione alla neutralità climatica, in particolare dopo l'approvazione della Legge Europea sul clima, è ormai evidente, scrive Edo Ronchi. Non sarebbe certo il modo migliore di presentarsi alla COOP 26 di Glasgow del prossimo novembre - essendo, fra l'altro, l'Italia un Paese co-organizzatore insieme al Regno Unito - quello di arrivarci senza aver approvato una legge nazionale per il clima che definisca, in modo vincolante, l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050, indichi la traiettoria per arrivarci, compreso l'obiettivo al 2030 e, soprattutto, gli indirizzi, i criteri, gli strumenti e le principali misure che adottiamo[56].

5 Gli obiettivi climatici nel regolamento (UE) 2021/1056 sulla transizione giusta.

Mentre l'Italia ha inserito con timidezza il problema dei cambiamenti climatici nel PNRR e pubblicato un bando su un programma ancora "sperimentale" per l'adattamento agli stessi cambiamenti climatici, l'Unione europea ha continuato a procedere con speditezza nella direzione indicata con il *Green Deal* e con il regolamento sulla tassonomia.

Il 24 giugno 2021 il Parlamento europeo ha approvato il regolamento (UE) 2021/1056 che istituisce il Fondo per una transizione giusta (*Just Transition Fund - "JTF"*) il cui oggetto è l'istituzione di un fondo per il sostegno alle persone, alle economie e ai territori che risulteranno penalizzati dal processo di transizione verso gli obiettivi 2030 dell'Unione per l'energia e il clima e verso un'economia climaticamente neutra dell'Unione entro il 2050 (art.1)[57].

L'obiettivo specifico del regolamento è quello di "consentire alle regioni e alle persone di affrontare gli effetti sociali, occupazionali, economici e ambientali della transizione verso

56 E. RONCHI, *Urgente una legge per la transizione alla neutralità climatica*, 23 luglio 2021; consultabile su: https://www.huffingtonpost.it/entry/urgente-una-legge-per-la-transizione-alla-neutralita-climatica_it_60fa6998e 4b0 ca689fa7edb5

57 Regolamento (UE) 2021/1056 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021 che istituisce il Fondo per una transizione giusta, PE/5/2021/REV/1; consultabile su: https://eur-lex. europa.eu/legal-content /IT/TXT/? uri=CELEX:32021R1056

gli obiettivi 2030 dell'Unione per l'energia e il clima e un'economia climaticamente neutra dell'Unione entro il 2050, sulla base dell'accordo di Parigi" (art.2) con le risorse disponibili per gli impegni di bilancio per il periodo 2021-2027 pari a 7 miliardi di euro, e che possono essere integrate successivamente, a titolo di investimenti a favore dell'occupazione e della crescita (art.3, paragrafo 2), di ulteriori 10 miliardi di euro per la ripresa e 15,6 milioni di euro per le spese amministrative (art.4). La dotazione di tali risorse spettante all'Italia è pari a 937 milioni di euro, il 5,37% del totale (Allegato I).

L'art.8 del regolamento precisa che il Fondo JTF sostiene unicamente le seguenti attività: a) investimenti produttivi nelle PMI, tra cui le microimprese e le start-up, finalizzati alla diversificazione, alla modernizzazione e alla riconversione economica; b) investimenti nella creazione di nuove imprese, anche mediante incubatori di imprese e servizi di consulenza, che portino alla creazione di posti di lavoro; c) investimenti in attività di ricerca e innovazione, anche da parte di università e organizzazioni di ricerca pubblici, e promozione del trasferimento di tecnologie avanzate; d) investimenti nella messa in opera di tecnologia nonché in sistemi e infrastrutture per l'energia pulita a prezzi accessibili, comprese le tecnologie di stoccaggio dell'energia, e nella riduzione delle emissioni di gas a effetto serra; e) gli investimenti nelle energie rinnovabili; f) investimenti nella mobilità locale intelligente e sostenibile, compresa la decarbonizzazione del settore dei trasporti locali e delle relative infrastrutture; g) ripristino e ammodernamento delle reti di teleriscaldamento, al fine di migliorare l'efficienza energetica dei sistemi di teleriscaldamento, e investimenti nella produzione di calore, a condizione che gli impianti per la produzione di calore siano alimentati esclusivamente da fonti rinnovabili di energia; h) investimenti nella digitalizzazione, nell'innovazione digitale e nella connettività digitale; i) investimenti nella bonifica e decontaminazione di siti dismessi e nei progetti di ripristino del terreno, e anche, se necessario, nelle infrastrutture verdi e in progetti di conversione ad altri usi di terreni, tenendo conto del principio «chi inquina paga»; j) investimenti per il potenziamento dell'economia circolare, anche mediante la prevenzione e la riduzione dei rifiuti, l'uso efficiente delle risorse, il riutilizzo, la riparazione e il riciclaggio; k) sviluppo e riconversione delle competenze professionali dei lavoratori e delle persone in cerca di lavoro; l) assistenza nella ricerca di lavoro; m) inclusione attiva delle persone in cerca di lavoro; n) assistenza tecnica; o) altre attività nei settori dell'istruzione e dell'inclusione sociale, incluse, ove debitamente giustificato, investimenti in infrastrutture per centri di formazione, strutture per la cura dell'infanzia e l'assistenza agli anziani.

Sono invece espressamente esclusi dall'ambito di applicazione del sostegno: a) la disattivazione o la costruzione di centrali nucleari; b) la fabbricazione, la trasformazione e la commercializzazione del tabacco e dei prodotti del tabacco; c) le imprese in difficoltà di cui all'articolo 2, punto 18), del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione; d) gli investimenti legati alla produzione, alla trasformazione, al trasporto, alla distribuzione, allo stoccaggio o alla combustione di combustibili fossili (art.9).

Ben diverso è quindi il contenuto del regolamento e del fondo in esame[58] rispetto al PNRR e al bando italiano del quale si è detto sopra, al netto del fatto che il bando italiano è

58 La proposta di regolamento è del 14 gennaio 2020; consultabile su: https://eur-lex.europa.eu/legal-content /IT/TXT/?uri=CELEX:52020PC0022

finalizzato al solo adattamento ai cambiamenti climatici in ambito urbano, è indirizzato ai Comuni e riguarda solo gli interventi pubblici.

Lo stesso regolamento prevede, inoltre, che gli Stati membri devono redigere, insieme alle autorità locali e regionali dei territori interessati, uno o più piani territoriali per una transizione giusta (art.11).

Infine, se uno Stato membro non si è impegnato a conseguire l'obiettivo di neutralità climatica dell'Unione entro il 2050, l'art.7 del regolamento prevede che per quello Stato è messo a disposizione per la programmazione e incluso nelle priorità solo il 50% delle dotazioni annuali.

6 Il regolamento (UE) 2021/1119 sulla normativa europea sul clima.

Del 30 giugno 2021, quindi di poco successiva, è l'approvazione del regolamento (UE) 1119/2021[59] con la nuova normativa europea sul clima e la definitiva formalizzazione del vincolo per tutti gli Stati membri degli obiettivi climatici del 55% entro il 2030 e della neutralità climatica entro il 2050[60].

La svolta europea sul clima avviata con la comunicazione dell'11 dicembre 2019 sul *Green Deal* e con il regolamento sulla tassonomia, proseguita con il regolamento sulla ripresa e resilienza, arriva così a compimento con la fissazione dei nuovi e stringenti obiettivi climatici dell'UE.

Questo percorso - viene ricordato nel considerando 3 del regolamento - è stato stimolato anche dal Rapporto del gruppo intergovernativo di esperti sul cambiamento climatico (IPCC), nella relazione speciale del 2018 concernente gli effetti del riscaldamento globale di 1,5°C «che fornisce una solida base scientifica per affrontare i cambiamenti climatici ed evidenzia la necessità di intervenire rapidamente e di continuare la transizione verso un'economia climaticamente neutra».

Il considerando 5 del regolamento ci ricorda inoltre che è necessario affrontare i crescenti rischi per la salute connessi al clima, tra cui ondate di calore, inondazioni e incendi boschivi più frequenti e intensi, minacce alla sicurezza alimentare e idrica, nonché la comparsa e la diffusione di malattie infettive.

Netto ed inequivoco è l'oggetto del regolamento: «Il presente regolamento istituisce un quadro per la riduzione irreversibile e graduale delle emissioni antropogeniche di gas a effetto serra» (art.1, paragrafo 1) con «l'obiettivo vincolante della neutralità climatica nell'Unione entro il 2050» (art.1, paragrafo 2).

Come traguardo climatico intermedio il regolamento stabilisce quello «vincolante» della riduzione di almeno il 55% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990 (art.4, paragrafo 1).

59 Regolamento (UE) 2021/1119 del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»); consultabile su: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri =uriserv%3AOJ.L_.2021.243.01.0001.01.ITA&toc=OJ%3AL%3A2021%3A243%3ATOC.

60 In senso critico sul percorso, sugli strumenti normativi e sulla governace: A. GIORGI, *Substantiating or Formalizing the Green Deal Process? The Proposal for a European Climate Law*, in *Riv. quadr. dir. amb*., n.1/2021, p.13, consultabile su: rqda.eu.

Successivamente al 2050, l'Unione europea "mira a conseguire emissioni negative" (art.2, paragrafo 2).

Per l'adattamento ai cambiamenti climatici, il regolamento prevede che entro il 30 luglio 2022, la Commissione adotti orientamenti che stabiliscano i principi e le pratiche comuni per l'identificazione, la classificazione e la gestione prudenziale dei rischi climatici fisici materiali nella pianificazione, nello sviluppo, nell'esecuzione e nel monitoraggio di progetti e programmi per progetti (art.5, paragrafo 5), mentre la Commissione si riserva di valutare entro il 30 settembre 2023 la coerenza con il regolamento delle misure nazionali di recepimento del regolamento.

Particolare attenzione è dedicata alla partecipazione del pubblico per «una società climaticamente neutra e resiliente» (art.9, paragrafo 1), con la Commissione che «facilita processi inclusivi e accessibili a tutti i livelli, incluso nazionale, regionale e locale, che coinvolgono le parti sociali, il mondo accademico, la comunità imprenditoriale, i cittadini e la società civile» (art.9, paragrafo 1).

Una partecipazione che potrà utilizzare anche lo strumento del «patto europeo per il clima» (art.9, paragrafo 2) per il quale il vicepresidente della Commissione europea Frans Timmermans ha dichiarato che «il patto europeo per il clima riunirà tutti coloro che desiderano passare all'azione a difesa del nostro pianeta. Con il patto vogliamo aiutare ogni europeo ad agire nella propria vita quotidiana, a cogliere l'opportunità di essere coinvolto nella transizione verde e di trarre vicendevole ispirazione. Quando si tratta di affrontare i cambiamenti climatici, chiunque può passare all'azione e tutti possono dare un contributo»[61].

7 Il pacchetto clima ed energia "*Fit for 55*".

Dopo il traguardo degli obiettivi vincolanti del 55% entro il 2030 e della neutralità climatica entro il 2050 e per dare a tali obiettivi una loro concreta attuazione, il 14 luglio 2021 la Commissione europea ha adottato il pacchetto clima ed energia, denominato "*Fit for 55*", che contiene le proposte legislative sull'energia e sul clima, con lo scopo comune di mettere l'Unione Europea in condizione di centrare gli obiettivi del regolamento sulla normativa europea sul clima.

In questa sede non è possibile nemmeno riassumere il contenuto di tutte le proposte, ma solo elencare i provvedimenti che compongono il pacchetto "*Fit for 55*":

- Modifiche alla direttiva sulle energie rinnovabili (RED);
- Modifiche alla direttiva sull'efficienza energetica (EED);
- Revisione del sistema di scambio di quote di emissione (ETS);
- Revisione del regolamento sull'Effort Sharing (ESR);
- Nuovo meccanismo di aggiustamento del carbonio alle frontiere (CBAM);
- Modifica del regolamento sugli standard emissivi di CO2 per trasporto su gomma;

61 Al via il Patto europeo per il clima; consultabile su: https://www.agenziacoesione.gov.it/news_istituzionali /al-via-il-patto-europeo-per-il- clima/

- Revisione del regolamento sull'uso del suolo, il cambiamento di uso del suolo e la silvicoltura (LULUCF);
- Revisione della direttiva sulle infrastrutture per i combustibili alternativi (AFID);
- Revisione della direttiva sulla tassazione dell'energia;
- Nuova strategia forestale dell'UE;
- Nuovo fondo sociale per l'azione per il clima;
- ReFuelEU Aviation, che regola i carburanti sostenibili per l'aviazione;
- FuelEU Maritime, che interviene sullo spazio marittimo europeo.

La proposta più rilevante del pacchetto è la revisione del Sistema per lo scambio di quote emissione di gas a effetto serra dell'UE (*European Union Emissions Trading Scheme - EU ETS*). Istituito nel 2005, il sistema ETS UE è il primo sistema internazionale di scambio di quote di emissione ed è una delle principali misure dell'Unione Europea per la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra nei settori industriali a maggior impatto sui cambiamenti climatici.

Il nuovo ETS avrà un obiettivo di taglio emissioni del 43% al 2030 sui livelli del 2005, sarà in vigore dal 2025 e avrà un tetto solo l'anno successivo. Si tratta di un punto controverso perché, se da un lato è ritenuto necessario per accelerare la transizione ecologica e la decarbonizzazione, dall'altro lato rischia di avere un impatto socio-economico profondo, di danneggiare l'inclusione sociale e di aumentare la povertà energetica per le fasce più deboli della popolazione. Per queste ragioni, la Commissione europea propone anche un fondo sociale che servirà per garantire un cuscinetto e ridurre l'impatto dell'accelerazione verso la riduzione delle emissioni, con il 25% dei proventi del nuovo ETS che sono stimati in 72,2 mld di euro tra il 2025 e il 2032. Per ottenerli, i paesi membri dovranno co-finanziare gli interventi al 50% e l'ammontare mobilitato dal fondo sarà quindi di 144,4 mld.

Tra le proposte più dibattute, la Commissione europea ha formulato quella di non consentire la produzione di auto diesel, benzina e ibride (anche plug-in) dal 2035[62].

«L'economia basata sui combustibili fossili ha raggiunto i suoi limiti» – ha dichiarato la presidente della Commissione Ue, Ursula von der Leyen – «L'Europa è stata il primo continente a presentare l'obiettivo della propria neutralità climatica nel 2050 e ora siamo i primi a presentare una tabella di marcia concreta»[63].

Il nuovo pacchetto climatico ha però suscitato le perplessità di alcuni Stati quali Francia, Spagna, Grecia e Irlanda ed anche l'Italia per le possibili ricadute negative sulle rispettive economie nazionali. Ricadute negative evidenziate anche dai Paesi dell'Est[64], tanto da far scrivere che "sarà lungo, tortuoso e incerto il negoziato tra Parlamento e Consiglio su queste proposte. C'è chi si aspetta che il negoziato tra Parlamento e Consiglio possa durare due anni"[65].

62 IlSole24Ore, 14 luglio 2021, in: https://www.ilsole24ore.com/art/europa-stop-auto-benzina-e-diesel -2035 -anche-ibride-plug-in-ora-e-proposta-AEybCxW

63 *Green Deal* europeo: La Commissione propone di trasformare l'economia e la società dell'UE al fine di concretizzare le ambizioni in materia di clima; consultabile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner /detail/it/ip_21_3541

64 C. TITO, *Il Green Deal spacca l'Europa. Roma e Parigi chiedono modifiche*, *La Repubblica,* 16 luglio 2021,in: https://www.repubblica.it/economia/2021/07/15/news/il_green_deal_spacca_l_europa_roma _e_parigi_ chiedono_modifiche-310493592/

65 B. ROMANO, *Clima, la Commissione europea è già divisa sulle nuove misure*, IlSole24Ore, 16 luglio 2021, p.4.

In Italia, il Ministro per lo sviluppo economico, Giancarlo Giorgetti, ha dichiarato che «la svolta green dell'Ue è troppo rapida. Frenare il piano verde o sarà crisi»[66], e il Ministro per la transizione ecologica, Roberto Cingolani, ha aggiunto che «la proposta della Commissione europea sul fronte del taglio delle emissioni delle auto, con il conseguente bando alla vendita delle endotermiche dal 2035, rischia di far chiudere i battenti alla *Motor Valley* italiana, scrigno di eccellenze automobilistiche senza pari al mondo»[67].

Negli stessi giorni i quotidiani europei riportavano due notizie: la prima, preoccupante, è sulla catastrofe causata dalle alluvioni in Germania e Belgio: «La strage del clima», è stato il principale titolo di prima pagina de "La Repubblica", cui seguiva l'occhiello «Ondata di maltempo devasta Germania e Belgio: almeno 67 morti e centinaia di dispersi per le alluvioni. Gli esperti: eventi estremi causati dal riscaldamento globale»[68]. La seconda notizia, rassicurante, è che la Mercedes-Benz ha dichiarato che produrrà solo auto elettriche entro la fine del decennio[69].

Se il percorso verso la riduzione dei gas climalteranti del 55% entro il 2030 e della neutralità climatica per il 2050 ha segnato una tappa importante con l'approvazione del regolamento sulla normativa europea sul clima, la sua concreta attuazione con il pacchetto "*Fit for 55*" sembra destinata a subire approfondimenti, modifiche e tensioni tra gli Stati membri e la Commissione europea.

8 Il contenzioso climatico.

Nove mesi sono quelli che il Consiglio di Stato francese ha concesso al proprio governo per adottare tutte le misure necessarie per abbattere le emissioni di gas serra e contrastare i cambiamenti climatici (*«prendre toutes mesures utiles permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre»*). La decisione del 1° luglio 2021 fa seguito ad altre decisioni di corti amministrative europee sullo stesso argomento. Il 24 marzo 2021 è stato il *Bundesverfassungsgericht* tedesco[70] ad accogliere alcuni ricorsi, proposti anche da minori e sostenuti da organizzazioni ambientaliste e dal movimento *Fridays for Future*, ritenendo incompatibili con i diritti fondamentali dei ricorrenti le misure di riduzioni delle emissioni di gas serra in relazione alla legge tedesca sul clima del 12 dicembre 2019. La sentenza del tribunale costituzionale tedesco è apparsa talmente innovativa che – è stato rilevato – fuoriesce dai caratteri di una decisione ordinaria: "E' una sentenza rivoluzionaria, che può

66 HuffingotonPost, 19 luglio 2021; consultabile su: https://www.huffingtonpost.it/entry/giancarlo- giorgetti-la-svolta-green-dellue-e-troppo-rapida_it_60f52812e4b00ef8761e12a7

67 *Cingolani: "Con la proposta di Bruxelles la Motor Valley chiude*", 17 luglio 2021; consultabile su: "https://www.quattroruote.it/news/industria-finanza/2021/07/17/emissioni_cingolani_con_la_proposta_di_bruxelles _la_ motor_valley_chiude.html

68 La Repubblica, 16 luglio 2021, p.1.

69 *Mercedes-Benz. Solo elettriche entro la fine del decennio*; consultabile su: https://www.quattroruote.it/news/industria-finanza/2021/07/22/mercedes_benz_dal_2025_solo_architetture_elettriche.html

70 Tribunale costituzionale federale, ordinanza del 24 marzo 2021 (1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20), in merito alla tutela del clima e alla riduzione di emissioni di gas serra anche a garanzia delle libertà delle generazioni future, sintesi a cura del Servizio Studi della Corte costituzionale; consultabile su: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/ Segnalazioni_ 16197744 79177.pdf

aprire la porta a una svolta fondamentale della tutela dei nostri attuali diritti in relazione ai mutamenti climatici"[71]. Le generazioni future entrano nel ragionamento come titolari di diritti precisi e "azionabili" già oggi e questa è una delle novità più importanti, sicché "questa decisione unanime, ampiamente argomentata e molto chiara nell'individuare i diritti e i loro titolari, pronunciata da una Corte di grande prestigio, segna una pagina importantissima nella storia del diritto ambientale" e potrebbe consentire anche in Italia di "portare davanti alla Corte costituzionale la questione della legittimità di leggi troppo compiacenti e timide nel limitare il degrado ambientale"[72].

Altra importante sentenza è quella olandese del Tribunale dell'Aja, che ha condannato la Shell a ridurre del 45% le proprie emissioni di Co2 entro il 2030 e di adeguarsi agli Accordi di Parigi sul clima[73]. Sempre in Olanda, in un precedente caso promosso dall'organizzazione ambientalista *Urgenda*, la Corte Suprema olandese ha ordinato allo Stato di ridurre le sue emissioni di gas serra di almeno il 25% entro la fine del 2020[74].

Il settore delle *climate change litigations* è un filone del diritto ambientale che sta vivendo una rapida espansione. Secondo l'ultimo *UNEP Global Climate Litigation Report*, relativo ai dati del 2020, dal 2017 allo scorso anno le *climate litigations* intentate in tutto il mondo sono pressoché raddoppiate: si va dagli 884 casi in 24 Paesi del 2017 ai 1550 casi in ben 38 Paesi del 2020[75].

Se questo avviene a livello di corti dei singoli Stati, con la recente sentenza del 25 marzo 2021 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha invece dichiarato l'irricevibilità di un ricorso presentato nel 2018 da 37 individui appartenenti a dieci famiglie (operanti nei settori dell'agricoltura e del turismo) provenienti dal Portogallo, dalla Germania, dalla Francia, dall'Italia, dalla Romania, dal Kenya e dalle isole Fiji assieme all'associazione svedese *Sáminuorra* in rappresentanza dei giovani indigeni del popolo Sami per l'annullamento di una serie di disposizioni contenute nel 'pacchetto clima' del 2018 e per imporre al Consiglio e al Parlamento Europeo l'adozione di misure di riduzione delle emissioni di gas serra più stringenti[76]. Con tale pronuncia la Corte di Giustizia ha

71 R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *LaCostituzione.info*, 30 aprile 2021; consultabile su: https://www.lacostituzione.info/index.php/2021/04/30/la-corte-tedesca-e-il-diritto-al- clima-una-rivoluzione/; M. CARDUCCI, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, in *LaCostituzione.info*, 3 maggio 2021; consultabile su: http://www.lacostituzione .info/index.php/2021/05/03/liberta-climaticamente-condizionate-e-governo-del-tempo-nella-sentenza-del-bverfg -del-24-marzo-2021/

72 La sentenza per esteso è consultabile su: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs /Entscheidungen/DE/2021/03/rs20210324_1bvr265618.html

73 S. BELLOMO, *Clima, sentenza storica in Olanda: Shell condannata a tagliare di più le emissioni di CO2,* IlSole24Ore, 26 maggio 2021.

74 F. TUMMINELLO, *Climate Change e diritti umani: il caso Urgenda*, 13 marzo 2020, *iusinitienre*, consultabile su: https://www.iusinitinere.it/climate-change-e-diritti-umani-il-caso-urgenda-25467

75 *Rapporto globale sul contenzioso sul clima: revisione dello stato del 2020*, 26 gennaio 2021; consultabile su: https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status -review. Il 5 giugno 2021 è stata presentata anche in Italia un'azione collettiva di singoli e di associazioni contro lo Stato per chiedere un'azione più efficace nel contrasto ai cambiamenti climatici. Con l'azione, chiamata dagli interessati "Giudizio Universale" e radicata presso il Tribunale civile di Roma, si lamenta che lo Stato italiano non abbia adottato misure sufficientemente rigorose per arginare i cambiamenti climatici; consultabile su: https://giudiziouniversale.eu/

76 Corte di Giustizia dell'UE (Sesta Sezione), 25 marzo 2021, Armando Carvalho e a./ Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea (Causa C-565/19 P), consultabile su: https://curia.europa.eu/juris/document /document.jsf;jsessionid=D4D4AE3DBD8FA5CB6CD8170FD6B8ED4A? text=&docid=239294&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1594174

dichiarato la carenza di legittimazione dei ricorrenti e confermato l'interpretazione restrittiva della nozione di 'interesse individuale' al ricorso. La sentenza è stata commentata in modo critico per non aver tenuto nella giusta considerazione la Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l' accesso alla giustizia clima (art.9.3)[77], come rilevato anche dal Comitato di Controllo sull'osservanza della stessa Convenzione di Aarhus[78].

Il contrasto ai cambiamenti climatici costituisce comunque un obiettivo strategico per le politiche ambientali mondiali e, in questa prospettiva, un aspetto interessante è la nascita di alcune nuove "istituzioni della transizione ecologica" come l'*Haut Conseil pour le climat* in Francia. Si tratta di una autorità indipendente con poteri consultivi e di stimolo al governo nell'attuazione delle politiche di lotta ai cambiamenti climatici e di gestione delle emissioni dei gas serra[79].

9 Conclusioni.

Prima della presentazione del pacchetto "*Fit for 55*", il 5 luglio, la Commissione europea ha diffuso i risultati di un sondaggio di Eurobarometro dal quale risulta che gli europei considerano i cambiamenti climatici il problema più grave a livello mondiale[80]. Per la sua attualità ed urgenza i cambiamenti climatici sono stati oggetto di confronto sia nel "G20 Economia"[81] svoltosi a Venezia dal 7 all'11 luglio 2021, che nel "G20 Ambiente"[82] a Napoli il 22 e 23 dello stesso mese, che, infine, nel "G20 Cultura" svoltosi a Roma il 29 e 30 sempre del mese di luglio 2021; mentre gli scienziati si aspettano che si arrivi a stabilire obiettivi condivisi di contrasto agli stessi cambiamenti climatici nella COP26 che si svolgerà a Glasgow dal 1° al 12 novembre 2021 con oltre 30.000 delegati, tra cui Capi di Stato ed esperti di varie discipline.

Da aggiungere che le prime informazioni sulla bozza del nuovo Report IPCC sul clima atteso per il 2022 sono allarmanti perché secondo gli scienziati il cambiamento del clima appare ormai destinato a rimodellare la vita sulla terra in modo radicale nei prossimi decenni, e lo farebbe anche se si riuscisse a ridurre le emissioni. Numerose specie si estingueranno, si dovranno affrontare malattie nuove e più diffuse, il caldo renderà invivibili intere aree del pianeta e molte città saranno minacciate dall'innalzamento dei

77 Per un primo commento alla sentenza: F. VOINA, *La corte di giustizia conferma l'irricevibilità del ricorso nel c.d. 'people's climate case': la formula 'plaumann' quale persistente ostacolo all'accesso alla giustizia in materia climatica*, *Ordine internazionale e diritti umani*, (2021), pp. 484-492, consultabile su: http://www.rivistaoidu.net/sites /default /files /2_CGUE_2_2021_0.pdf

78 Consultabile su: https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/CC-57/ece.mp.pp.c.1.2017.7 .e.pdf

79 L. COLELLA, *L'Haut Conseil pour le climat in Francia. Una "istituzione" della transizione ecologica, questeistituzioni.it*, 30 giugno 2021, consultabile su: https://questeistituzioni.it/30/06/2021/lhaut- conseil-pour-le-climat/

80 Consultabile su: https://italy.representation.ec.europa.eu/notizie-ed-eventi/notizie/indagine-eurobarometro -gli-europei-considerano-i-cambiamenti-climatici-il_it. E' inoltre noto l'impegno di Greta Thunberg e dei giovani di *Fridays for Future* nella richiesta di interventi urgenti per contrastare i cambiamenti climatici: G. THUNBERG, *La nostra casa è in fiamme. La nostra battaglia contro il cambiamento climatico*, Mondadori, Milano, 2019.

81 Consultabile su: https://www.g20.org/it/terza-riunione-dei-ministri-delle-finanze-e-dei-governatori -delle-banche-centrali-del-g20-sotto-la-presidenza-italiana.html

82 Consultabile su: https://www.g20.org/it/i-ministri-dellambiente-del-g20-approvano-un-comunicato-con giunto.html

mari. Secondo gli scienziati dell'IPCC lo scenario che si profila all'orizzonte è preoccupante e tutto questo si verificherà nel giro di pochi decenni, prima ancora che un bambino nato oggi compia 30 anni[83].

Per l'Italia, il Rapporto Ispra "Gli indicatori del clima in Italia" diffuso il 14 luglio 2021, certifica che il 2020 in Italia è stato il quinto anno più caldo dal 1961 e con condizioni di siccità estese su tutto il territorio[84].

L'accelerazione che l'Unione europea sta dando alle politiche ed alle norme sul contrasto ai cambiamenti climatici, sembra quindi determinata da più fattori: dalla consapevolezza, diffusa anche tra i cittadini, dell'urgenza di intervenire; dalle scelte del mondo finanziario che sembra guidare la transizione ecologica in atto; dall'affermazione e dalla crescita dei movimenti sociali come *Fridays for Future* e dal contenzioso climatico[85].

In prospettiva sembra che le resistenze dei singoli Stati se non saranno superabili con le politiche ed i vincoli imposti dalla normativa europea, rischiano di essere oggetto di un contenzioso climatico che si va affermando sia presso le Corti dei singoli Stati che, probabilmente, presso la stessa Corte di Giustizia. Con il rischio di veder accentuato il ruolo di supplenza della magistratura sui ritardi della politica e delle istituzioni[86].
Il percorso è accidentato e le resistenze si sono già manifestate, ma l'accelerazione impressa dall'Unione europea è comunque destinata a segnare una svolta epocale e irreversibile nel contrasto ai cambiamenti climatici[87].

83 *Clima, «umanità in pericolo»: indiscrezioni sulla bozza del rapporto IPCC. Cosa sappiamo per ora*, 23 giugno 2021; consultabile su: https://www.iconaclima.it/salute-del-pianeta /temperature/clima-ipcc- umanita-in- pericolo/

84 ISPRA, *Gli indicatori del clima in Italia nel 2020, Anno XV*I; consultabile su:https://www.isprambiente.gov.it/it/pubblicazioni/stato-dellambiente/gli-indicatori-del-clima-in-italia-nel-2020-anno-xvi

85 Sul contenzioso climatico: M. ROBINSON, *Climate Justice*, Donzelli Editore, Roma, 2020; A. GIORDANO, *Climate change e strumenti di tutela. verso la public interest litigation?,* in Riv. ital. dir. pubb. com., 2020, p.763; F. SCALIA, *La giustizia climatica*, in Federalismi, 7 aprile 2021, consultabile su: https://www.federalismi. it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=45188&dpath=document&dfile=07042021101354.pdf&content=La%2Bgiustizi a%2Bclimatica%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D2B

86 «Mentre le sentenze dei giudici assumono un ruolo sempre più rilevante per la protezione del diritto al contenimento del cambiamento climatico, restano indifferenti e muti quelli che dovrebbero essere i principali protagonisti: i governi»: S.NESPOR, *L'etica, il capitalismo e il cambiamento climatico,* in Riv. giur. amb., rgaonline.it; consultabile su: http://rgaonline.it/article/letica-il-capitalismo-e-il-cambiamento -climatico/

87 A. GORE, *Il mondo che viene. Sfide per il nostro futuro*, Rizzoli, Milano, 2013; A. GIDDENS, *La politica del cambiamento climatico*, il Saggiatore, Milano, 2015; B. LATOUR, *La sfida di Gaia. Il nuovo regime climatico*, Meltemi, Milano, 2020.

L'EVOLUZIONE DEL CODICE DI COMPORTAMENTO DEI PUBBLICI DIPENDENTI E L'INCERTA VALENZA DELLE SUE VIOLAZIONI.

Salvatore Cimini* **e Carlo Bozzi****

Abstract (It): 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 (En): *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.

1. I codici di comportamento (o di condotta, etici, deontologici) dei dipendenti 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,

1* Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Teramo. ** Dottorando presso l'Università degli Studi di Teramo. - 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.

2 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*,

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, 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

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.

3 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)/.

4 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.

5 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.

era stata successivamente demandata al Dipartimento della Funzione pubblica. Poi, in data 28 novembre 2000, è stato emanato - con decreto del Ministero 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

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.

6 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*».

7 Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Giornale dir. amm*., 10, 2013, 927.

8 La nuova formulazione dell'art. 54 del TUPI è stata apportata dall'art. 1 comma 44 della L. n. 190/2012.

9 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*".

10 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*».

11 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.

che ciascun 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].

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

12 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*.»

13 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*.»

14 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 di settore per i propri funzionari).

15 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*».

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 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

16 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, 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)*».

17 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.

18 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*».

19 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.

20 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.

21 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*.»

22 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*.»

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 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

23 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)/

24 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*».

25 Vgs. F. MERLONI, voce "*Codici di comportamento*", in *Il Libro dell'anno del Diritto 2014*, cit. ove si 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)/.

26 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*

convivono organi di indirizzo (politici) e organi di gestione (amministrativi) nei cui confronti può essere rivolto 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.

---

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.»

27 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*».

28 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.

29 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.

30 Si veda il già citato art. 13, comma 3 del d.P.R. n. 62/2013.

31 Si vedano gli artt. 5 e 2 della c.d. "Legge Frattini".

3. Il rilievo giuridico della violazione di disposizioni dei codici di comportamento.

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 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

32 «*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».*

33 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*».

34 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.

35 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*.

36 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.

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 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,

37 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*».

38 «*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.

39 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».*

40 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.

41 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*».

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 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,

42 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*.»

43 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.

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.

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

44 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*».

45 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.

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*»[46], prevedendo una specifica sanzione (quella del licenziamento) nel caso di gravi e reiterate sanzioni[47]. 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 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.

46 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.*»

47 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*».

IL DIRITTO DELL'ENERGIA FONDATO SU PRINCIPI. LA TRANSIZIONE ECOLOGICA COME GIUSTIZIA ENERGETICA.

Luigi Maria Pepe [1]

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.

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 (LLM – PhD in Comparative Law and Processes of Integration, Università della Campania Luigi Vanvitelli)

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*" [2]. 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*": l'energia è una di quelle in cui ciò è avvenuto[3]. In questi anni di dibattito nel mondo accademico sull'essenza del diritto dell'energia, è stato ampiamente condiviso che il diritto ambientale,

2 A. Bradbrook, Energy Law as an Academic Discipline in Journal of Energy & Natural Resources Law, 1996 193
3 K. Talus, Energy Law and Policy. A critical account, Oxford, 2013, 309.

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*[4].

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 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[5]. Dunque il tentativo qui di seguito

4 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.

5 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

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[6] . 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[7], 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 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[8]. 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[9]. 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[10]. 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

Stati".

6 Cfr. R. Federici, Concetto Giuridico di Energia in Diritto dell'energia (a cura di) E. Picozza e S.M. Sambri, Cedam, 2015, 12.

7 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.

8 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.

9 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.

10 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

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.

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[11].

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[12].

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[13] . Tale lacuna

11 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.

12 D. Amirante, Diritto Ambientale italiano e comparato. Principi, 2003, Edizioni Scientifiche Italiane, 20;

13 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 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

appartiene sia al legislatore 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[14]. 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 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.

---

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

14 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.

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[15]; 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

15 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

risoluzione 1803[16]. 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 non gode di alcun incentivo economico per incoraggiare lo sviluppo dell'industria del gas di scisto[17].

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[18].

A partire dal 1986 prima con il Rapporto della Commissione Mondiale sull'Ambiente e lo Sviluppo (il Rapporto Brundtland)[19] poi con i *Millennium Development Goal*s (MDGs) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, pubblicati nel 2000 nella Dichiarazione del Millennio[20], ed infine con i *Sustainable Developments Goals* (SDGs), anch'essi generati all'interno dell'Assemblea Generale in *Transforming Our World: The 2030 Agenda for*

16 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

17 Pyhäranta M-K, 'State ownership of petroleum resources: an obstacle to shale gas development in the UK?', già cit.

18 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 tecnologie. Questa è la sfida più importante del diritto dell'energia e quella che, probabilmente, riempie di maggiori contenuti questa branca del diritto.

19 UN Development Programme, World Energy Assessment: Overview 2004 Update (2004).

20 GA Res 55/2, UN Doc A/Res 55/2 (2000).

Sustainable Development[21], 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[22].

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, mantenendo i consumatori connessi e garantendo una trasmissione affidabile e senza interruzioni dell'energia[23].

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[24], 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

21 A/Res/70/1 (2015).

22 Lucie Middlemiss and others, 'Energy poverty and social relations: A capabilities approach' [2019] 55 Energy Research & Social Science 227-235.

23 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.

24 R.J. Heffron and others, The concept of energy justice across the disciplines, Energy Policy 105 (2017) 658–667.

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.

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[25]. 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[26].

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

25 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.

26Cfr. 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[27]. 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[28]. 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*"[29] . 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 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

27 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.

28 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.

29 K. Jenkins, R.J. Heffron et al., Energy justice: a conceptual review, gia cit.

coinvolgano tutte le parti interessate in modo non discriminatorio[30]. 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 (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[31], così come in Canada per i progetti di energia solare[32], 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[33].

30 Gordon Walker, Beyond distribution and proximity: Exploring the multiple spatialities of environmental justice, (2009) 41 in «Antipode», (4), pp. 614-636.

31 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.

32 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.

33 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,

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 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[34]. 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[35]. 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 come l'istruzione e la formazione sono legati all'uso dell'energia. L'energia, specialmente l'elettricità, come

già cit.

34 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.

35 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.

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)[36] e Rio (1992)[37] 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 sviluppo sostenibile quasi come se fosse un parametro da rispettare per la nuova legislazione ambientale ed energetica[38]. Altri Paesi hanno invece introdotto indicatori di sostenibilità energetica per valutare come lo sviluppo energetico possa influenzare la sostenibilità[39].

36 Declaration of the UN Conference on the Human Environment adopted in Stockholm, 16 June 1972.

37 1992 Rio Declaration on Environment and Development, adopted 14 June 1992

38 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

39 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

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[40].

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*"[41], riguardo all'obiettivo 12 sulla sostenibilità e responsabilità nel consumo e nella produzione di 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 umana e della lotta al cambiamento climatico.

La relazione tra energia e ambiente è sempre stata interessante.

La teoria dei "cerchi concentrici" di Prieur[42] 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).

---

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.

40 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

41 *The Sustainable Development Goals Report* 2018, https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-consumption-production/.

42 M Prieur, Droit de l'environnement (1 edn, Paris 1996) 9-10

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[43]. Come riportato dalla IEA World Energy Balances nel 2020[44], 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)[45] 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[46].

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.

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.

43 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.

44 World Energy Balances 2020, International Energy Agency, https://www.iea.org/reports/world-energy-balances-2020

45 Programmations pluriannuelles de l'énergie (PPE), https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/programmations-pluriannuelles-lenergie-ppe.

46 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.

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*"[47] .

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 il risparmio e l'efficienza energetica[48] - e per sviluppare l'offerta interna, in particolare attraverso fonti rinnovabili[49]. 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.

47 *European Commission COM (2020) 14 January 2020, European Green Deal Investment Plan*, www.ec.europa.eu,
48 Direttiva (EU) 2018/2002 del Parlamento Europe e del Consiglio dell'11 Dicembre 2018 che modifica la Direttiva 2012/27/EU sull'efficienza energetica.
49 Direttiva (EU) 2018/2001 del Parlamento Europe e del Consiglio dell'11 Dicembre 2018 sulla promozione dell'uso di energia da fonti rinnovabili. s

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[50].

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.

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[51] 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

50 J Rockstrom, 'A safe operating space for humanity' [2009] 461 Nature 473

51 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,

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 energie rinnovabili e l'efficienza energetica[52]. 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[53] .

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 2050*"[54]. 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

52 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

53 S. Tagliapietra, "The European climate law needs a strong just transition fund. Bruegel-Blogs, 2020.

54 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Just Transition Fund (ec.europe.eu, January2020)

queste tre componenti, soprattutto se si suppone che sia disponibile per tutti gli Stati membri[55].

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[56] . Altri strumenti 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[57] .

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

55 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.

56 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 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.

57 G. Claeys, and A. Sapir, 'The European Globalisation Adjustment Fund: Easing the pain from trade?' (2018) 5 in Bruegel- Policy Contribution.

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.

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'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: IL SISTEMA DELLA TECNOLOGICA *BLOCKCHAIN*

Antonio Saporito

ABSTRACT: Questo contributo mira ad analizzare l'utilizzo della Blockchain nel procedimento amministrativo, utilizzando anche strumenti tecnici quali algoritmi. lo studio analizza le pronunce giurisprudenziali sul tema per analizzare quali influenze ci siano sul procedimento amministrativo.

ABSTRACT: This contribution aims to analyze the use of the Blockchain in the administrative procedure, also using technical tools such as algorithms. The study analyzes the jurisprudential rulings on the subject to analyze what influences there are on the administrative procedure.

SOMMARIO: 1. Premessa; **2.** La proposta di regolamento della Commissione Europea; **3.** Il sistema del *Blockchain* come strumento dell'attività provvedimentale della P.A.: una possibile innovazione del procedimento amministrativo?; **3.1** L'automazione delle decisioni amministrative: l'utilizzo dell'algoritmo in sostituzione dell'agire umano; **3.2** I controversi orientamenti giurisprudenziali sull'utilizzo dell'algoritmo nell'attività vincolata e discrezionale della Pubblica Amministrazione; **4.** La *Blockchain* negli appalti pubblici. La gestione dei dati degli operatori economici e la celerità dell'attività istruttoria della Stazione Appaltante; **5.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La riorganizzazione dei settori dell'amministrazione pubblica che si sta effettuando negli ultimi anni si pone come obiettivo primario quello di migliorare l'efficienza e la neutralità della funzione pubblica, oltre ad incrementare maggiormente la relazione con i cittadini. In particolare, ciò che preme maggiormente all'iniziativa "riorganizzativa" è quello di rendere più neutrali le decisioni assunte attraverso sistemi di automatizzazione digitale e di standardizzazione dell'attività amministrativa. Tale digitalizzazione si presenta come un'importante opportunità per incrementare l'efficienza, la rapidità e la completezza informativa dei rapporti giuridici.

L'esigenza dello sviluppo dei sistemi digitali nasce in un primo contesto normativo, qual è quello eurounitario, in cui la regolazione è affidata ad istituzioni chiamate a

regolamentare tale fattispecie secondo valutazioni il più delle volte differenti da quelle che legislatori e amministrazioni nazionali prediligerebbero.

La transizione in atto verso la c.d. "amministrazione digitale" può intendersi in prima battuta come peculiare modalità di rafforzamento delle garanzie di trasparenza e partecipazione, nelle quali si condensa l'essenza della legalità procedurale, ormai consustanziale al principio di legalità amministrativa.

In relazione a questo nuovo quadro, l'uso dei sistemi di intelligenza si rileva di primaria importanza, poiché dall'uso delle nuove tecnologie informatiche dipende la qualità dell'attività e dell'azione amministrativa. In altri termini, da tali cambiamenti dipende la qualità dell'organizzazione della Pubblica Amministrazione e la possibilità di impugnazione dei provvedimenti amministrativi.

Nelle pagine che seguono verranno messi alla luce gli aspetti positivi dell'introduzione delle tecnologie nell'apparato amministrativo, con particolare riguardo al tema della gestione delle informazioni e dei dati da parte delle Pubbliche Amministrazioni, nel loro collegamento con le decisioni prese dai funzionari pubblici che danno luogo all'emanazione dei provvedimenti amministrativi. Inoltre, verrà affrontato il tema della digitalizzazione delle procedure di evidenza pubblica ed i possibili benefici di cui le Stazioni Appalti e le Centrali Uniche di Committenza potrebbero godere in presenza di una migliore gestione dei dati degli operatori economici e delle contabilità d'appalto.

2. La proposta di regolamento della Commissione Europea

"L'IA è una delle più importanti applicazioni dell'economia dei dati"[1]. A partire dal 2018[2], la Commissione Europea si è attivata al fine di promuovere le forti potenzialità dell'Intelligenza Artificiale (d'ora in poi "IA"). Infatti, già con la Comunicazione del 24.04.2018 al Parlamento, Consiglio, Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, la Commissione ha predisposto una relazione contenente i benefici dell'IA, in relazione a tutti i settori, a partire dalla sanità per finire all'industria. "Nessuno resti escluso dalla trasformazione digitale". L'approccio voluto dalla Commissione è quello che tende a massimizzare i benefici che l'IA potrebbe apportare alle persone e alla società nell'insieme. Pertanto, secondo quest'ultima, è necessario lo sforzo congiunto dei settori pubblici e privati, per aumentare gradualmente gli investimenti per la ricerca e lo sviluppo dell'IA.

Quasi due anni dopo, e precisamente il 19 febbraio 2020, la Commissione UE ha pubblicato il "Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale – Un approccio europeo all'intelligenza e alla fiducia", nel quale viene affrontato il tema dello sviluppo tecnologico e della promozione dell'IA, la quale consente di effettuare operazioni per mezzo di servizi affidabili e sofisticati, promuovendo la semplificazione delle attività e la sicurezza della protezione dei dati personali dei cittadini europei.

1 Commissione Europea, *LIBRO BIANCO sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*. Bruxelles, 19.02.2020, COM (2020) 65 final.
2 Commissione Europea, L'intelligenza Artificiale per l'Europa. Bruxelles, 25.04.2018, COM (2018) 237 final.

In particolare, in ordine ai servizi di interesse pubblico, il Libro Bianco prevede benefici per la spesa pubblica con riguardo alla riduzione dei costi di fornitura dei servizi, quali trasporti, istruzione, energia e gestione dei rifiuti. Perché tale sviluppo produca i risultati sperati e la fiducia dei cittadini europei, punto di partenza è il rispetto dei valori e diritti fondamentali dell'Unione Europea, quali la dignità umana e la tutela della privacy. Con riferimento poi al settore pubblico, la Commissione Europea ritiene necessario che le amministrazioni pubbliche si impegnino il prima possibile ad utilizzare nella loro attività prodotti improntati sul sistema dell'IA. Migliorare l'accesso ai dati e la gestione degli stessi è fondamentale. Difatti, l'ingente volume di nuovi dati ancora da elaborare rappresenta un'opportunità per migliorare le applicazioni digitali finalizzate alla conservazione sicura dei dati, che siano conformi ai principi FAIR[3].

Per costruire tale meccanismo innovativo, la Commissione Europea ha rappresentato nel Libro Bianco possibili adeguamenti del quadro legislativo europeo attualmente in vigore in relazione all'IA. Invero, con riguardo alla protezione dei diritti fondamentali e dei diritti dei consumatori, il sistema legislativo europeo contiene molteplici direttive a tutela dell'uguaglianza razziale, della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni del lavoro, della parità tra uomini e donne, della protezione dei dati personali e della privacy. Rendere compatibile l'applicazione del sistema normativo dell'IA in rapporto ai suddetti principi, comporta un adeguamento - anche a livello nazionale - della normativa sulla sicurezza della privacy, che contemplino i nuovi rischi derivanti dalle tecnologie digitali emergenti[4]. Continuando la sua opera di promozione di tale meccanismo innovativo, in data 21.04.2021 la Commissione Europea ha presentato una proposta di regolamento ai fini dell'armonizzazione delle regole sull'Intelligenza Artificiale[5]. Sulla scia del Libro Bianco, anche nella proposta di regolamento la Commissione Europea mette davanti ad ogni altra priorità il rispetto dei principi fondamentali. La proposta mira, tuttavia, ad assicurare un alto livello di tutela in rapporto al rischio derivante dall'utilizzo dell'IA. Tra le varie Intelligenze Artificiali, infatti, la Commissione ne ha individuato alcune da definirsi "vietate" ed altre "ad alto rischio", anche se la loro classificazione non è del tutto organica. Invero, non è dato stabilire in maniera settoriale le varie tipologie di IA ed i loro effetti in ordine al rischio di lesione dei diritti fondamentali dell'uomo[6].

3 *Findable, Accessible, Interoperable and Reusable*, dati reperibili, accessibili, interoperabili e riutilizzabili. In tal senso, v. "*Final Report and Action Plan from the European Commission Expert Group on FAIR Data*", 2018, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/turning_fair_into_reality_1.pdf.

4 Commissione Europea, Libro Bianco sull'intelligenza artificiale, *cit.*, pag. 18, nel quale vengono proposte possibili soluzioni normative in rapporto ai singoli settori, quali, ad esempio, la responsabilità del danno da prodotti difettosi, pratiche commerciali sleali, assistenza sanitaria e trasporti pubblici.

5 Commissione Europea, "*Proposta di Regolamento Del Parlamento Europeo E del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*" {Sec (2021) 167 final} - {SWD (2021) 84 final} - {SWD (2021) 85 final}. Bruxelles, 21 aprile 2021.

6 Invero, nella maggior parte delle ipotesi, il rischio dipende dalle modalità di utilizzo dell'IA. Tuttavia, la classificazione fornita dalla Commissione si basa principalmente sull'esperienza ed in rapporto ad alcune IA che hanno già causato danni alle persone. Sulle IA ad alto rischio**.** Il criterio del "rischio" per l'individuazione delle IA praticabili, se da un lato può ritornare utile al fine di individuare i sistemi più sicuri e più rispettosi dei principi fondamentali, dall'altro non viene applicato correttamente. Difatti, la valutazione del danno non può essere utilizzata come "banco di prova" per la scelta delle IA applicabili, poiché anche quelle a basso rischio potrebbero in ogni caso causare danni al

Vi sono, infatti, IA vietate dalla normativa europea di settore, poiché rischierebbero di violare i valori fondanti dell'Unione, essendo queste ultime capaci di distorcere il comportamento di una persona o di sfruttarne la vulnerabilità a causa dell'età, della disabilità fisica o mentale, in modo da causare danni fisici o psicologici.
A prescindere da tali rischi, il pioneristico quadro normativo presentato dalla Commissione Europea con la proposta di regolamento del 21 aprile 2021 segue come unico obiettivo lo sviluppo ed il progresso del mercato unico e la maggior efficienza della pubblica amministrazione. In tal modo, viene rafforzata la fiducia nell'utilizzo di tale nuovo sistema nella vita quotidiana, attraverso analisi e la classificazione dei possibili rischi rapportati al tipo di attività esercitata.

3. Il sistema del *Blockchain* come strumento dell'attività provvedimentale della P.A.: una possibile innovazione del procedimento amministrativo?

Nell'ultimo quinquennio si è rilevato, specie nell'Unione Europea, che l'Intelligenza Artificiale (IA) possiede delle forti potenzialità che renderebbero l'attività amministrativa molto più funzionale.

Lo sviluppo dell'idea di una amministrazione digitale prende le mosse dall'inarrestabile fenomeno concernente la creazione di dati prodotti grazie all'utilizzo di plurimi strumenti elettronici che ciascun consociato possiede. I pubblici uffici sono detentori principali di tali big data, essendo questi strumentali all'esercizio dei loro compiti istituzionali[7] ove per cui l'applicazione dei sistemi d'IA in tale contesto è considerata condizione necessaria[8]. In particolare, l'acquisizione di dati e di informazioni di diversa provenienza per mezzo dell'IA consentirebbe di garantire la correttezza e l'esattezza dell'operato delle amministrazioni pubbliche[9].

Tali sistemi, infatti, si prefiggono come scopo primario quello di rendere l'attività amministrativa più semplificata ed efficiente, garantendo sia agli operatori economici nel campo di appalti pubblici (di cui si dirà infra) e, in generale, ai consociati, una progressiva riduzione dei tempi delle decisioni ed una maggiore prevedibilità del loro contenuto.

Di qui, l'introduzione dell'automazione dell'attività amministrativa, costituita dall'adozione di provvedimenti della pubblica amministrazione[10].

Uno dei sistemi oggetto di maggiore indagine è la *Blockchain*, un database distribuito che registra in una sequenza temporalmente ordinata una serie di operazioni crittografate. I dati inseriti per mezzo di crittografia asimmetrica sono allocati in blocchi accompagnati dal

pari di quelle ad alto rischio. In altri termini. ciò che manca è un accorpamento delle fattispecie secondo una logica ben precisa così come un accorpamento e un approfondimento normativo a secondo del profilo che s'intende disciplinare.

7 G. MARCHIANO', "*Intelligenza artificiale: IA specifiche e l'amministrazione provvedimentale – IA generali e servizi pubblici"*, in *www.federalismi.it*, 21 aprile 2021.

8 Sul punto, v. G. CARULLO, *"Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa"*, Giapichelli, Torino, 2017.

9 M. IPPOLITO, *"La disintermediazione dei processi nella pubblica amministrazione: l'impatto della tecnologia Blockchain"* in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Anno XXI, Fascicolo 2/2021, pag. 2.

10 P.S. MAGLIONE, "*La Pubblica Amministrazione 'al varco' dell'Industria 4.0: decisioni automatizzate e garanzie procedimentali in prospettiva human oriented*", in *Amministrazione in cammino,* 26 maggio 2020.

meccanismo di *hashing* e della marcatura temporale. Il primo consente di collegare ciascun blocco a quello precedente, per mezzo del richiamo all'hash del blocco precedente in quello successivo, mentre la marcatura temporale (c.d.*Timestamping*), associa data e ora certe e legalmente valide ad un documento informatico, permettendo una validazione temporale del documento opponibile a terzi. Il controllo decentralizzato avviene attraverso una *Blockchain* che funge da banca dati delle operazioni effettuate gestita da una rete che segue un protocollo al fine di convalidare i blocchi successivi. Con riguardo a tali nuove tecnologie, specie quella della *Blockchain*, l'Unione Europea si è impegnata nel contribuire al processo di modernizzazione delle pubbliche amministrazioni, grazie ad una maggiore trasparenza e ad una maggiore efficacia a livello procedimentale, perseguibile con il ricorso all'automazione. Difatti, nel febbraio 2017, il Servizio di Ricerca del Parlamento Europeo, durante il *report "How Blockchain technology could change our lives"*, affermò che la *Blockchain technology*, se correttamente inserita nelle pubbliche amministrazioni, avrebbe potuto dare un forte contributo all'efficienza amministrativa specie in ordine alla tenuta della documentazione amministrativa, consentendo di garantire con maggior celerità la sicurezza e la trasparenza.

In virtù di tali considerazioni, nel febbraio 2018 viene istituita l' "EU *Blockchain Observatory and Forum*" volta ad analizzare le opportunità e le criticità offerte dall'IA e, a tal fine, sollecitare un dibattito circa la compatibilità dei software con le previsioni del Regolamento UE n. 679/2016 (c.d. Regolamento della *privacy*).

In altri termini, l'Europa si sta occupando di generare un sistema d'IA che consenta ai Paesi membri di godere dei vantaggi delle nuove tecnologie, sia a livello economico che sociale, consentendo altresì di prevedere dei forti tagli ai costi dipesi dal sistema attuale[11] e, nel complesso, di godere a pieno dei benefici apportati dalla tecnologia.

Dal punto di vista pratico, non mancano le difficoltà della Pubblica Amministrazione, la quale quotidianamente si trova a dover affrontare cambiamenti di non poco conto con riguardo alla burocrazia che rallenta inevitabilmente l'attività amministrativa.

L'utilizzo dello strumento della *Blockchain*, specie con riguardo alla gestione dei dati, è stato oggetto di interesse da parte del Legislatore italiano. Per la prima volta, la normativa italiana introduce con l'art. 8 ter del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, conv. in l. 11 febbraio 2018, n. 12, la definizione di "tecnologie basate su registri distribuiti", intesi come "tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili". Tale intervento normativo, dunque, mira a orientare il sistema di automazione amministrativa verso piattaforme tecnologiche che siano in grado di monitorare l'azione amministrativa, assicurando a tal fine maggiore efficienza e celerità dei processi amministrativi[12].

11 Basti pensare, ad esempio vantaggi come il miglioramento dell'assistenza sanitaria, dei sistemi di trasporto nonché dei servizi pubblici venendo a beneficiare ad es. della riduzione dei costi di fornitura di servizi quali l'istruzione, l'energia e la gestione dei rifiuti. In tal senso, v. M. IPPOLITO, *op. cit.*

12 M. IPPOLITO, *op. cit.*, pag. 9 ss.

Di recente, inoltre, l'art. 26 del d. l. n. 76/2020, convertito in l. n 120/2020, nel disciplinare il sistema di notifiche digitali di atti, provvedimenti della Pubblica Amministrazione, dispone che ciascuna amministrazione possa ricorrere alle tecnologie basate su registri distribuiti, tra le quali rientra la *Blockchain*, al fine di garantire «l'autenticità, l'integrità, l'immodificabilità, la leggibilità e la reperibilità dei documenti informatici resi disponibili dalle amministrazioni». Tale soluzione conferisce dal punto di vista pratico un ulteriore strumento di semplificazione procedimentale, incrementando un processo evolutivo in ordine al miglioramento dei servizi ai cittadini, in applicazione di normative anche a partire dal Codice dell'Amministrazione digitale.

3.1 L'automazione delle decisioni amministrative: l'utilizzo dell'algoritmo in sostituzione dell'agire umano.

Una delle questioni più centrali in ordine al principio della buona amministrazione riguarda il tema della gestione di informazioni e dati da parte delle Pubbliche Amministrazioni, nel loro collegamento con le decisioni umane che conducono all'emanazione del provvedimento amministrativo[13].

Sul punto, benché alcune attività di gestione di informazioni e dati possono essere agilmente standardizzate, ne esistono invece altre rispetto alle quali la complessità dell'attività istruttoria da svolgere rende più complesso procedere per mezzo dell'automazione. Dunque, nelle ipotesi di decisioni pubbliche algoritmiche/automatizzate, in verità, occorre suddividere il fenomeno in tre distinti livelli di automazione che possono essere aggregati ad ulteriori livelli di innovazione, tali da semplificare l'interazione con il funzionario pubblico ovvero con il cittadino destinatario della decisione stessa.

Il primo livello può essere definito livello di automazione completa, nel quale gli algoritmi collegano in via del tutto autonoma i dati e le informazioni riportate nei documenti attraverso l'uso dell'IA, senza dunque l'intervento dell'agire umano. Tali vengono definiti quali "sistemi esperti"[14]. In questo caso, il documento viene generato direttamente dal sistema di IA, senza necessità dell'intervento umano.

Il secondo livello, invece, ha ad oggetto l'automazione con intervento ridotto dell'agire umano. Invero, in alcuni casi al fine di completare la creazione di un documento amministrativo l'intervento del funzionario pubblico si rende necessario. Ciò può succedere, ad esempio, quando parti di un documento abbiano la necessità di eseguire

13 D.U. GALETTA, J. G. CORVALÀN, "*Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*", in *www.federalismi.it*, 6 febbraio 2019.

14 Tale sistema viene già utilizzato in Argentina, nella città di Buenos Aires, dove viene utilizzato uno strumento che rileva se un fascicolo sia stato inserito con tutta la documentazione necessaria per potere essere esaminato. Se il fascicolo è incompleto, tale strumento gli assegna un modello chiamato "*non autosufficienza*", con cui si stabilisce che il fascicolo non contiene i documenti essenziali per potere essere preso in esame. Tuttavia, poiché al momento non tutti i documenti sono redatti in formato digitale è previsto l'intervento iniziale del funzionario pubblico, il quale deve inserire il numero del fascicolo e rispondere ad alcune domande. Viceversa, e dunque nell'ipotesi in cui i documenti fossero in formato digitale, tale intervento umano non sarebbe necessario.

costanti aggiornamenti, ovvero quando sia necessario l'input del funzionario al fine di avviare il processo di automazione.

Infine, vi è un ultimo livello di automazione, dove entrano in gioco una serie di previsioni standard che presentano diverse caratteristiche e presupposti. Ad esempio, nell'ambito del procedimento amministrativo, tale livello di automazione consentirebbe di adottare decisioni amministrative in ragione di un quadro normativo chiaro e certo e sulla base di pronunce pregresse che rendono la fattispecie sulla quale decidere non soggetta ad alcuna discrezionalità.

Di recente, l'utilizzo dell'algoritmo in Italia ha interessato il settore relativo all'istruzione.

Con la legge n. 107 del 2015 (c.d. riforma "buona scuola"), il MIUR ha avviato un Piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato e di mobilità su scala nazionale, riguardante la scuola primaria e secondaria, nell'ambito di un progetto complessivo di riforma della scuola. Le assunzioni sono avvenute anche attraverso un piano di trasferimenti interprovinciali del personale docente (c.d. mobilità della 'buona scuola'). La gestione dei trasferimenti è stata seguita unicamente da un codice sorgente, elaborato dalla HPE Service Srl, società privata incaricata dal MIUR, al fine di consentire all'amministrazione di svolgere più agevolmente la complessa procedura di mobilità dei docenti. In tale circostanza, il procedimento di individuazione della sede spettante al docente è avvenuto a mezzo del codice sorgente e, dunque, dell'algoritmo[15].

3.2 I controversi orientamenti giurisprudenziali sull'utilizzo dell'algoritmo nell'attività vincolata e discrezionale della Pubblica Amministrazione

Il continuo avanzamento della digitalizzazione procedimentale ha generato discordanti orientamenti giurisprudenziali. Un primo orientamento contrario all'automazione della decisione amministrativa[16], infatti, sostiene la tesi secondo cui tale fenomeno non possa sostituirsi all'attività cognitiva e acquisitiva dell'istruttoria, affidata generalmente ad un funzionario pubblico e, dunque, persona fisica. In altri termini, secondo tale giurisprudenza, affidare il procedimento amministrativo a meccanismi e sistemi informatici ed al loro impersonale funzionamento, non sarebbe conforme ai principi costituzionali, ed in particolare all'art. 97 della Costituzione, oltre che agli istituti di

15 M. C. CAVALLARO – G. SMORTO, "Decisione *pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*", in *www.federalismi.it*, 4 settembre 2019. Tuttavia, sottolineano gli A.A. che tale evento ha scaturito non pochi contenziosi dinanzi al giudice del lavoro, nei quali si contestava l'automatismo della decisione.

16 *Cfr.* TAR Lazio, Sez. III-ter, 10 settembre 2018, n. 9224, in Dir. e giust., 7 gennaio 2020, secondo cui "*alcuna complicatezza o ampiezza, in termini di numero di soggetti coinvolti ed ambiti territoriali interessati, di una procedura amministrativa, può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimentali incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di conseguenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione*".

partecipazione procedimentale, agli obblighi imposti alla Pubblica Amministrazione in tema di motivazione e conclusione del procedimento, contenuti nella legge n. 241/1990.

Invece, un altro orientamento, peraltro risalente[17], ritiene che l'utilizzo dell'algoritmo possa essere utilizzato ai fini dell'adozione di un provvedimento informatizzato in esito al compimento di un'attività vincolata. Quest'ultima, invero, non necessita di particolare attività istruttoria, dal momento che a tal fine si applica la sequenza norma-fatto-effetto ove per cui l'individuazione chiara dei requisiti previsti dalla legge rende incontrovertibile la decisione amministrativa[18].

In tali casi, dunque, potrebbe essere affidata all'algoritmo software l'individuazione dei presupposti predeterminati dalla legge, cui segue la verifica della sussistenza di quei presupposti nel caso di specie attraverso passaggi predefiniti, fino a giungere alla decisione finale[19]. Al contrario, tale meccanismo non potrebbe essere applicato ove la sequenza consisterebbe in fatto-potere-effetto, essendo necessaria in questo caso l'intervento del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, la quale viene chiamata ad effettuare una ponderazione degli interessi pubblici e privati[20].

Una maggiore apertura all'introduzione dell'algoritmo nel procedimento decisionale dell'Amministrazione, è stato fornito dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato la quale, con sentenza n. 2270 del 08.04.2019 ha sostenuto la piena legittimità circa l'utilizzo dell' algoritmo nel procedimento amministrativo, asserendo al riguardo che "la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva". Difatti, la regola che disciplina l'algoritmo ha piena valenza giuridica ed amministrativa e, pertanto, è sottoposta ai principi di pubblicità e trasparenza, economicità, imparzialità e proporzionalità, previsti dalla legge sul procedimento amministrativo. Quanto, invece, al problema rilevato maggiormente dalla giurisprudenza circa l'impossibilità di applicare l'algoritmo per l'attività amministrativa discrezionale[21], - benché questo non sia in grado di esercitare tale attività, perché privo, appunto, di discrezionalità in quanto elaboratore elettronico -, l'attività che svolge e che trova esito nella decisione, deve in ogni caso prevedere una soluzione predefinita per tutti i casi possibili, anche quelli che non sono maggiormente comuni. Ciò, secondo il massimo organo di giustizia amministrativa, rende la regola algoritmica totalmente distinta dalle

17 Cass. civ., sez., I, 28 dicembre 2000, n. 16204, secondo cui "*sono atti amministrativi informatici in senso stretto quegli atti provenienti dalla p.a., direttamente ed automaticamente elaborati dal sistema informatico in quanto non richiedono valutazioni discrezionali e motivazioni correlate alla particolarità del caso concreto*"

18 V. M. C. CAVALLARO – G. SMORTO, "Decisione *pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo", op. cit.*

19 P. FERRAGINA - F. LUCCIO, "Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding", Bologna, 2017, pag. 10 ss.

20 Su tale argomento si veda ancora V. M. C. CAVALLARO – G. SMORTO, "Decisione *pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo", op. cit.*

21 Si rimanda alle note 16 e 17. In dottrina v. anche A. DI MARTINO, "*Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Cons. Stato 8 aprile 2019, n. 2270*", in www.rivistagiuridicaeuropea.it, 2/2019, secondo il quale "*al ruolo di predeterminazione dell'algoritmo dell'amministrazione e la corrispondente tutela delle garanzie (procedimentali) dei privati la pronuncia risulta essere di particolare interesse nella misura in cui il giudice amministrativo sostiene che la discrezionalità amministrativa, nei procedimenti basati sulla decisione algoritmica, si rintraccia e al tempo stesso si consuma al momento dell'elaborazione dello strumento digitale*".

altre regole amministrative generali. L'utilizzo dell'algoritmo, tuttavia, non porta ad una totale esclusione dell'uomo dal compimento dell'attività amministrativa, avendo il secondo il compito di effettuare test ed aggiornamenti per perfezionare il primo, specie nel caso di apprendimento progressivo e di deep learning.

In definitiva, secondo tale orientamento, l'introduzione dell'algoritmo ha senz'altro il merito di rafforzare le già esistenti forme di trasparenza, per mezzo dell'adozione del provvedimento informatico, anche nelle ipotesi dei procedimenti amministrativi a carattere discrezionale, in merito al quale l'utilizzo dell'algoritmo potrebbe dar luogo ad una riduzione della disparità di trattamento, ampliare la partecipazione dei soggetti interessati ed avere una maggiore certezza nell'applicazione del diritto.

Rimane aperta la questione circa la carenza di motivazione che caratterizza l'attività decisionale automatizzata. Tale carenza, infatti, potrebbe causare un grave pregiudizio per le aspettative di tutela dei privati. Il rispetto dei principi di partecipazione e di istruttoria procedimentale da parte dell'amministrazione, unitamente all'obbligo di motivazione (che in caso di decisione automatizzata mancherebbe del tutto), impone in ogni caso la necessità di ricondurre la decisione amministrativa ad un organo al quale imputare la responsabilità[22] nell'ipotesi in cui venga accertata la lesione degli interessi legittimi e diritti soggettivi dei consociati.

In supporto alla giurisprudenza citata, nell'ambito di atti decisori assunti dalla P.A. in applicazione dell'IA, non si può negare il principio di "legalità dell'algoritmo" che si verifica quando al cittadino sia garantita la tutela contenuta nella legge del procedimento amministrativo n. 241/1990, unitamente ai principi europei, anche quando il provvedimento amministrativo è frutto dell'automazione del procedimento stesso. Nell'ipotesi di totale automazione del procedimento amministrativo, alla luce anche del principio di cui all'art. 42 della Carta europea dei diritti fondamentali, l'interessato, prima che venga adottato il provvedimento, deve essere in ogni caso tenuto al corrente delle logiche utilizzate, oltre che a rendere trasparente in ogni suo aspetto l'algoritmo stesso: dai suoi autori, al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa-decisionale e dei dati selezionati come rilevanti[23].

Una possibile soluzione sarebbe quella di utilizzare l'algoritmo come presupposto su cui fondare la decisione, così come avviene con il modello relativo alla discrezionalità tecnica come presupposto del provvedimento amministrativo. Infatti, a differenza della discrezionalità c.d. pura, che prevede una ponderazione degli interessi coinvolti, la discrezionalità tecnica non dà necessariamente luogo ad una ponderazione comparativa

22 M. C. CAVALLARO – G. SMORTO, *op. cit.*

23 Secondo il Consiglio di Stato, sez.VI, dicembre 2019, n. 8472 "*una garanzia di particolare rilievo viene riconosciuta allorché il processo sia interamente automatizzato essendo richiesto, almeno in simili ipotesi, che il titolare debba fornire "informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato". In questo senso, in dottrina è stato fatto notare come il legislatore europeo abbia inteso rafforzare il principio di trasparenza che trova centrale importanza all'interno del Regolamento* [europeo]. *13.3 L'interesse conoscitivo della persona è ulteriormente tutelato dal diritto di accesso riconosciuto dall'articolo 15 del Regolamento che contempla, a sua volta, la possibilità di ricevere informazioni relative all'esistenza di eventuali processi decisionali automatizzati*".

degli interessi, poiché prevede una comparazione tra fatti oggetto di accertamento sulla base di canoni prestabiliti[24]. Rimane fermo che il potere di scelta in ordine allo strumento da utilizzare, più idoneo a garantire la tutela dell'interesse pubblico, viene esercitato in esito al giudizio tecnico qualora questo abbia un esito incerto, per il quale è necessario l'esercizio del potere discrezionale. In caso contrario, invece, quando l'attività tecnica giunga ad un esito certo, la decisione amministrativa che ne deriva può senz'altro essere "automatizzata".

In altri termini, seguendo tale impostazione, l'automatizzazione della procedura si traduce in un supporto di tipo tecnico ad un'attività che altrimenti dovrebbe essere svolta dal funzionario e, in tal modo, è possibile conseguire in tempi più ragionevoli la decisione finale. Ma questa attività non potrebbe sostituire integralmente la decisione finale, perché ne sarebbero pregiudicati i principi di imparzialità, di buon andamento e di trasparenza dell'azione amministrativa. Fuori da una riconduzione della decisione automatizzata nel quadro di una partizione tra attività vincolata e attività discrezionale, la soluzione più ragionevole ritenuta dalla dottrina[25] sembra quella di considerare l'automazione del procedimento alla stregua di un accertamento tecnico, poiché considerate in funzione servente e, pertanto, meramente strumentali ed ausiliarie al procedimento amministrativo che, necessariamente, viene svolto dall'attività dell'uomo.

4. La *Blockchain* negli appalti pubblici. La gestione dei dati degli operatori economici e la celerità dell'attività istruttoria della Stazione Appaltante

In Italia la necessità di semplificazione del procedimento pubblico di selezione del contraente privato viene perseguita inizialmente mediante il Documento di Gara Unico Europeo (c.d. DGUE), che costituisce "un'autodichiarazione aggiornata con prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi" in cui si conferma che l'operatore economico in questione soddisfa le condizioni previste dalla legge e dalla *lex specialis*.

Per evitare la produzione di false dichiarazioni contenute nei documenti di gara, ma soprattutto, limitare la valutazione discrezionale della Stazione Appaltante in ordine alla sussistenza o meno di un'erroneità dichiarativa, ai fini dell'esclusione dell'operatore economico dalla gara pubblica, la possibile strada consigliata è quella dell'impiego della

24 Sul tema della discrezionalità, v. più in generale V. CERULLI IRELLI, "*Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*", in *Dir. Proc. Amm.* 1984, pag. 463; F. BASSI, "*Note sulla discrezionalità amministrativa"*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano 1995, pag. 49; B.G. MATTARELLA, "*Discrezionalità amministrativa*", in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, pag. 1993 ss.; L.R. PERFETTI, "*Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*", in *Dir. Amm*., 2013, pag. 309 ss.; S. COGNETTI, "*Legge amministrazione giudice*", Torino, 2014; G. TROPEA, "*La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*", in *Dir. Amm*., 2016, pag. 107.

25 G. MARCHIANO', *op. cit.*; E. CARLONI, "*AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*", in www.uoc.edu/idp, 3/2020.

tecnologica e l'implementazione della banca dati di cui all'art. 213, comma 8 d.lgs. n. 50/2016, prevista anche dall'art. 81 relativo alla documentazione di gara.

Ulteriore importante dato concernente la digitalizzazione delle procedure di affidamento di appalti pubblici è rappresentato dal MePA – Mercato elettronico delle Pubbliche Amministrazioni –istituito presso la Consip il quale, tuttavia, si considera solo un punto di partenza verso la digitalizzazione delle procedure di affidamento.

Difatti, per i contratti stipulati attraverso il MePA, l'Ente Pubblico ha la piena responsabilità della legittimità e dell'economicità degli appalti stipulati sul MePA, in quanto Consip non esegue alcun controllo sulle imprese, né sulle procedure, né sulle offerte del catalogo. Pertanto, l'introduzione della tecnologia *Blockchain* potrebbe risolvere tale ostacolo e incrementare l'utilizzo dell'*e-procurement* da parte delle Stazioni Appaltanti, favorendo il rispetto del principio di trasparenza, imparzialità e buon andamento, e riducendo di conseguenza il rischio di corruzione nel settore degli appalti pubblici. A tal proposito, specie in ragione dell'emergenza da Covid-19 e la conseguente esigenza della ripresa economica del Paese grazie al sistema degli investimenti pubblici nelle infrastrutture, il Servizio Appalti della Banca d'Italia ha predisposto un documento, di analisi e di proposte[26], nel quale viene rappresentata un'attenta ricostruzione dei principi e delle migliori pratiche internazionali, nonché una dettagliata illustrazione del quadro normativo europeo in materia. Per quanto d'interesse in tale sede, il documento richiamato analizza i benefici dell'*e-procurement*, con particolare riguardo alla certezza giuridica, alla trasparenza ed alla efficienza che lo caratterizzano, rispetto invece alle carenze presenti nel contesto nazionale. Entrando nel merito, il Servizio Appalti della Banca d'Italia ha proposto innanzitutto l'attuazione di riforme di semplificazione, costituite per lo più dalla costituzione di una Banca dati operatori economici – peraltro, già prevista dal codice appalti nelle disposizioni transitorie richiamate –, oltre a valorizzare maggiormente gli appalti congiunti e migliorare gli strumenti di centralizzazione della committenza, in modo da utilizzare con maggiore efficienza gli investimenti realizzati e le competenze già presenti nel sistema.

Secondo il Servizio Appalti, la digitalizzazione integrale del ciclo degli acquisti (appunto, l'*e-procurement*) renderebbe un grande beneficio alle Stazioni Appaltanti, sia in tema di spesa pubblica, in ordine al corretto utilizzo delle risorse, sia in tema di semplificazione e accelerazione delle procedure[27].

Secondo l'ANAC, affinché il processo di digitalizzazione segua il giusto percorso, è necessario che i processi di acquisto vengano gestiti da Stazioni Appaltanti professionalizzate[28].

---

26 Banca d'Italia, "*I benefici dell'e-procurement in ambito pubblico: l'esperienza della Banca d'Italia e le possibili evoluzioni del sistema*", documento inviato al Presidente dell'ANAC e poi confluito nel lavoro"*La digitalizzazione possibile degli appalti pubblici - L'analisi della Banca d'Italia per l'Anac sulle prospettive dell'e-procurement*", Rassegna Astrid, 8/2020. Sul tema v. anche ANAC, "*Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*", relazione 27 maggio 2020.

27 ANAC, *op. ult. cit.*

28 Tale necessità viene altresì rappresentata dalla Commissione Europea, con raccomandazione del 3 ottobre 2017, n. 1805 relativa alla professionalizzazione degli appalti pubblici. In tale documento, la Commissione sostiene la necessità di supportare le stazioni appaltanti nell'attuazione di strategie nazionali di professionalizzazione, sostenendo la formazione e la competenza delle stazioni appaltanti e servendosi soprattutto del ruolo delle centrali uniche di committenza.

Ma l'aspetto più rilevante risulta essere quello concernente la giustizia amministrativa. Difatti, l'utilizzo dei portali telematici per la presentazione delle offerte dei partecipanti alla gara, oltre che l'automatica conservazione della documentazione di gara, permette di ridurre al minimo gli errori operativi. Il che garantisce più certezza dello svolgimento della procedura di affidamento e, di conseguenza, consente di deflazionare i contenziosi che potrebbero generarsi, invece, nelle ipotesi ordinarie[29].

Inoltre, la scelta di digitalizzazione degli appalti e la conseguente tracciabilità delle operazioni di gara nella fase di apertura di buste e valutazione delle offerte, permette alle commissioni di gara di lavorare a distanza, eliminando (o, quantomeno riducendo) le sedute pubbliche. Tale modalità è infatti prevista anche dall'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016[30], di recente riformato dalle introduzioni normative relative al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – PNRR.

Anche nella fase esecutiva, la digitalizzazione può generare indubbi vantaggi. Infatti, ciò potrebbe ridurre senz'altro gli oneri del direttore lavori in ordine alla verifica degli adempimenti, riducendo i contenziosi sulle riserve che potenzialmente possono essere inscritte nei libri contabili. Ma soprattutto, sotto tale ultimo aspetto, in tema di appalti di lavori, la raccolta dei dati relativi all'esecuzione dell'appalto (per mezzo della tecnologia *Blockchain*), potrebbe aiutare innanzitutto a contabilizzare in totale contraddittorio delle parti le voci di costo resesi necessarie per la conclusione dei lavori e aggiornare regolarmente il Libro contabile, in totale trasparenza nei confronti delle imprese appaltatrici. In tal modo, si ridurrebbero senza dubbio le controversie che nella prassi vengono in essere per il mancato aggiornamento delle scritture contabili ovvero il loro aggiornamento in assenza di contraddittorio con gli appaltatori.

In altre parole, lo stato di avanzamento dei lavori aggiornato periodicamente elimina (o, meglio, riduce sensibilmente) il rischio di blocco dei lavori che potrebbe verificarsi in attesa della risoluzione dei contenziosi tra le parti contrattuali.

In definitiva, la completa digitalizzazione delle procedure di acquisto, ivi compresa la fase esecutiva, assicurerebbe la produzione di dati nativi digitali e la corretta osservanza del principio di trasparenza di tutte le fasi del rapporto contrattuale. In applicazione del principio dell'unico invio e della interoperabilità fra le diverse piattaforme, si alimenterebbero contestualmente le banche dati sui contratti pubblici, utilizzabili, tra l'altro, per l'apertura e l'accessibilità delle stesse a chiunque sia interessato.

5. Considerazioni conclusive

La recente tendenza a considerare la digitalizzazione e la tecnologia *Blockchain* nel settore pubblico genera l'esigenza di portare il pensiero giuridico verso una nuova riforma,

29 ANAC, relazione 27 maggio 2020, *cit.*

30 L'art. 77, comma 2 recita "*La commissione è costituta da un numero dispari di commissari, non superiore a cinque, individuato dalla stazione appaltante* e di regola, lavora a distanza *con procedure telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni*". Il comma, infatti, è stato di recente modificato dalla legge di conversione del D.L. 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, L. n. 108 del 26 luglio 2021.

che garantisca la rivisitazione del tradizionale procedimento amministrativo (e, più in particolare, le procedure ad evidenza pubblica), dove l'agire umano risulta essere necessario e prodromico all'adozione dell'atto e del provvedimento.

La strada giusta per il definitivo superamento della detenzione dei documenti cartacei in luogo del salvataggio dei dati all'interno di un archivio decentralizzato ed immodificabile è rappresentata dalla tecnologica *Blockchain*. In tale contesto storico, è auspicabile che l'Apparato Pubblico dia avvio ad una modernizzazione e ad uno svecchiamento dei procedimenti amministrativi tradizionali, che non rispondono più alle esigenze attuali.

La corretta conservazione dei *big data* dei consociati, in continuo incremento, non può più essere garantita dal sistema analogico tradizionale. Difatti, il rischio maggiore è quello di ledere il principio di trasparenza e, di conseguenza, gli interessi legittimi e diritti soggettivi dei cittadini.

Da tale trampolino di lancio si dovrebbe pensare ad avviare il procedimento di digitalizzazione amministrativa ed in particolare, ove possibile, adottare decisioni amministrative digitalizzate, nelle ipotesi in cui l'agire umano non risulta necessario ma, anzi, potrebbe generare degli errori che, invece, non si verificherebbero con l'utilizzo dell'IA. Si fa riferimento a procedimenti standard, ove non è richiesta la c.d. discrezionalità pura amministrativa e, dunque, ove sia necessaria la valutazione dei differenti interessi in gioco per la quale - almeno, per ora – è necessario l'intelletto dell'uomo.

Quanto alle procedure di evidenza pubblica, la digitalizzazione potrebbe ancor più generare aspetti positivi e velocizzare gli obiettivi di semplificazione che da sempre sono perseguiti dalla Pubblica Amministrazione.

La conservazione dei dati all'interno di una Banca dati degli operatori economici e la possibilità per le Stazioni Appaltanti di evitare il controllo delle dichiarazioni contenute nelle DGUE, velocizzerebbero di gran lunga il processo di scelta del contraente e, soprattutto, ridurrebbero i contenziosi promossi dagli altri partecipanti per errori generati durante tale fase. Allo stesso modo, le informazioni relative alla fase esecutiva del contratto - visibili a tutte le parti del contratto ed immodificabili - incentiverebbero la conclusione più rapida delle opere e la prestazione dei servizi e forniture, evitando i rischi di contenzioso.

Questo periodo storico, in cui vi è stata la diffusione su scala mondiale del COVID-19 deve rappresentare il punto di svolta da cui gli Stati devono ripartire. È per tale ragione che è estremamente importante la ricerca di soluzioni ottimali per meglio ottimizzare le risorse pubbliche e consentire la ripresa economica e governativa. È in tale contesto che l'utilizzo della *Blockchain* ed in generale dell'intelligenza artificiale nei sistemi governativi rappresenta, senza dubbio, una delle soluzioni più sicure per il perseguimento delle funzioni istituzionali e del rispetto del principio della buona amministrazione.

TUTELA INDUSTRIALE E DIRITTO ALLA SALUTE IN AMBITO FARMACEUTICO. ESIGENZE DI CONTEMPERAMENTO E NUOVE PROSPETTIVE REGOLATORIE NEL CONTESTO DELL'EMERGENZA PANDEMICA DA COVID – 19.

Diana Amoroso - Arianna Paoletti*

***Abstract* [IT]:** L'articolo intende esaminare il contesto normativo nazionale e internazionale relativo al diritto di proprietà industriale e di tutela della concorrenza nel mercato farmaceutico nell'ottica di analisi e ricostruzione delle tradizionali criticità emerse in tale settore, senza tralasciare l'esame delle più recenti problematiche e sfide regolatorie anche in una prospettiva contingente quale è quella della risoluzione della gestione dell'emergenza sanitaria globale da Coronavirus-2 (SARS-CoV-2). In particolare, lo studio prende le mosse da due direttrici fondamentali che ne segnano anche il perimetro d'indagine: da una parte, il diritto alla salute, inteso quale diritto di accesso alle cure e al progresso scientifico in campo medico, con particolare riferimento all'accesso al "bene farmaco" e ai trattamenti farmacologici più avanzati e, dall'altra, i diritti industriali e di sfruttamento economico delle invenzioni brevettuali connessi alla necessità di sostenere i costi di ricerca e sperimentazione clinica. Le problematiche sorte nel contesto regolatorio farmaceutico vanno, dunque, affrontate nell'ottica di un necessario bilanciamento di interessi, affinché i diritti di proprietà intellettuale non vengano utilizzati a spese del diritto alla salute. In quest'ottica, pertanto, non si può prescindere da un rafforzato dovere di cooperazione internazionale in campo medico - scientifico, affinché tutti gli Stati di adoperino a raggiungere una soluzione comune a livello internazionale, nella consapevolezza che le soluzioni nazionali non saranno mai sufficienti a tutelare la salute collettiva.

Abstract [EN]: *The article aims to analyze the national and international regulatory framework relating to industrial property law and protection of competition in the pharmaceutical market in a perspective of analysis and reconstruction of the traditional critical issues that have emerged in this area, without neglecting the examination of the most recent regulatory issues and challenges also in a contingent perspective such as the resolution of the management of the global health emergency by Coronavirus-2 (SARS-CoV-2). In particular, the study takes into account two fundamental principles that also mark the perimeter of the analysis: on the one hand, the right to health, understood as the right of access to care and scientific progress in the medical field, with particular reference to access to medicines and the most advanced pharmacological treatments and, on the other hand, the industrial rights and economic exploitation of patented inventions related to the need to support the costs of research and clinical trials. The problems arising in the pharmaceutical regulatory context*

must, therefore, be addressed from the perspective of a necessary balance of interests, so that intellectual property rights are not used at the expense of the right to health.From this point of view, therefore, we cannot disregard a strengthened duty of international cooperation in the medical-scientific field, so that all States strive to reach a common solution at international level, being aware that national solutions will never be sufficient to protect collective health.

Parole chiave: diritti di proprietà industriale, farmaci originator ed equivalenti, concorrenza, brevetto, Covid – 19.

Classificazione JEL: K21, I18, O34, O31

SOMMARIO: – 1. Il "bene farmaco" e la tutela brevettuale. **– 2.** Il Certificato Complementare di Protezione. **– 3.** Tutela brevettuale e profili di concorrenza nei farmaci equivalenti/generici. **– 4.** Diritto di proprietà industriale e diritto di accesso alle cure farmaceutiche nell'attuale emergenza sanitaria da Covid-19. **- 5.** Considerazioni conclusive e proposte future alla luce del *Global health summit* 2021.

1. Il bene "farmaco" e la tutela brevettuale.

La possibilità, anche solo in via teorica, di sottoporre a copertura brevettuale i medicinali, impone talune preliminari considerazioni[58].

In primo luogo, va considerata la genesi del "bene-farmaco", in quanto i farmaci sono il risultato della ricerca scientifica condotta al fine garantire i livelli di sicurezza ed efficacia del medicinale che viene successivamente commercializzato. A ben vedere, il farmaco è un bene di rilevanza giuridica, sia in quanto strumentale alla tutela della salute[59], sia in quanto

58 F. NANCI, *Il fenomeno dell'evergreening tra diritto alla salute e copertura brevettuale dei farmaci*, Ordines – Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee, n. 1 – giugno 2017.

59 Con riferimento al bene farmaco quale strumento di tutela della salute, si evidenzia che i termini "farmaco", "medicinale" e "prodotto medicinale" sono stati usati nel corso degli anni come sinonimi; di contro, di recente si è preferito usare il termine medicinale, impiegato anche nelle direttive comunitarie che disciplinano questo settore. Si intende per medicinale: (i) ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane; (ii)ogni sostanza o associazione di sostanze che possa essere utilizzata sull'uomo o somministrata all'uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica. Un farmaco (o

possibile oggetto di rapporti economici, la cui disciplina normativa, di conseguenza, rappresenta il crocevia di differenti interessi[60].

Lo stesso Codice comunitario dei medicinali per uso umano (D. Lgs. n. 219/2006) rappresenta sia la normativa di riferimento dal punto di vista scientifico per la produzione e commercializzazione dei farmaci sia la normativa atta ad armonizzare le discipline nazionali degli Stati membri dell'Unione europea relativamente alle attività farmaceutiche inerenti alla libera circolazione dei medicinali. In quest'ottica, infatti, l'Unione ha inteso superare la disparità tra le disposizioni nazionali che hanno l'"*effetto di ostacolare gli scambi dei medicinali*" con "*un'incidenza diretta sul funzionamento del mercato interno*", nonché perseguire lo "*scopo principale delle norme relative alla produzione, alla distribuzione e all'uso di medicinali*" che "*deve essere quello di assicurare la tutela della sanità pubblica*[61]" (si veda l'art. 168, par. 4, c) TFUE). Considerando il bene farmaco quale strumento di rapporti economici, non può omettersi di considerare che la ricerca scientifica e pertanto la scoperta e lo sviluppo di un farmaco si concretizza in un'attività di sperimentazione che impone costi e investimenti in capo a chi la conduce, nonché l'osservanza di una serie di controlli da parte dell'Autorità regolatoria di settore[62].

In particolare, per sperimentazione clinica si intende qualsiasi studio sull'essere umano finalizzato a scoprire o verificare gli effetti clinici, farmacologici o altri effetti farmacodinamici di uno o più medicinali sperimentali, o a individuare qualsiasi reazione avversa ad uno o più medicinali sperimentali, o a studiarne l'assorbimento, la distribuzione, il metabolismo e l'eliminazione, con l'obiettivo di accertarne la sicurezza o l'efficacia, nonché altri elementi di carattere scientifico e non, effettuata in un unico centro o in più centri, in Italia o anche in altri Stati membri dell'Unione europea o in Paesi terzi[63].

---

medicinale) è, quindi, una sostanza o un'associazione di sostanze impiegata per curare o prevenire le malattie. Ciascun farmaco è composto da un elemento, il principio attivo, da cui dipende l'azione curativa vera e propria, e da uno o più "materiali" privi di ogni capacità terapeutica chiamati eccipienti che possono avere la funzione di proteggere il principio attivo da altre sostanze chimiche, facilitarne l'assorbimento da parte dell'organismo, oppure mascherare eventuali odori o sapori sgradevoli del farmaco stesso.

60 Quello dei medicinali è "*un settore nel quale la tutela della salute pubblica [...] è indissolubilmente connessa alle regole di produzione e di circolazione della merce*", L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 90.

61 Considerando 2 della Direttiva 2001/83/CE recante un Codice comunitario dei medicinali per uso umano.

62 In questo senso, si precisa che l'AIFA svolge, un importante ruolo nell'attività di sperimentazione clinica, garantendo la corretta applicazione della normativa europea e nazionale sulla sperimentazione clinica, favorendo al contempo la ricerca internazionale. L'Agenzia, inoltre, cura la rete informatica e culturale dei Comitati Etici locali, garantisce il funzionamento dell'Osservatorio Nazionale sulle Sperimentazioni Cliniche (OsSC) per verificare il grado di innovatività e le aree della ricerca pubblica e privata in Italia.

63 La sperimentazione inizia con l'identificazione di una sostanza chimica, di origine naturale o sintetica, dotata di promettenti proprietà farmacologiche. La molecola ottimizzata, se giudicata adatta ad essere utilizzata come farmaco, è sottoposta a una serie di prove cliniche sull'uomo – indicate come fase I (farmacologica clinica), fase II (studio di efficacia), fase III (studio multicentrico) – il cui esito positivo permette la presentazione di una richiesta di registrazione alle autorità sanitari.

Da ultimo, si deve considerare la circostanza che la libertà della scienza[64] serve ad assicurare alla collettività la possibilità di beneficiare dei risultati della ricerca scientifica. In questo senso, quindi, non sono mancate (e in taluni casi tutt'ora non mancano), all'interno dei diversi ordinamenti nazionali, normative speciali che escludono la possibilità di sottoporre a tutela brevettuale scoperte, teorie scientifiche e metodi matematici.

In ambito internazionale, il Comitato ONU per i diritti economici, sociali e culturali, ha assunto un significativo ruolo di mediatore tra un diritto umano (diritto alla salute) e un diritto di proprietà (PI), precisando che i diritti di proprietà intellettuale non possono essere realizzati a spese del diritto alla salute. Del resto, come affermato nella "Dichiarazione di Doha sull'accordo Trips e la salute pubblica" della Conferenza ministeriale dell'OMC del 2001, il regime della proprietà intellettuale "*dovrebbe essere interpretato e attuato in modo tale da sostenere il dovere degli Stati di "proteggere la salute pubblica e, in particolare, promuovere l'accesso ai medicinali per tutti". Pertanto, gli Stati parte dovrebbero utilizzare, se necessario, tutte le flessibilità dell'accordo TRIPS, come le licenze obbligatorie, per garantire l'accesso ai medicinali essenziali, in particolare per i gruppi più svantaggiati. Gli Stati parte dovrebbero anche astenersi dal concedere termini sproporzionatamente lunghi di protezione brevettuale per nuovi medicinali al fine di consentire, entro un termine ragionevole, la produzione di medicinali generici sicuri ed efficaci per le stesse malattie*" (cfr. Commento Generale sulla scienza 2020).

Tale necessaria premessa aiuta forse a comprendere meglio le ragioni per cui la tutela della proprietà intellettuale in ambito farmaceutico è un risultato ottenuto in tempi relativamente recenti.

Storicamente, infatti, il farmaco non veniva considerato dall'ordinamento giuridico nazionale come un bene brevettabile, quindi suscettibile di proprietà privata e, in quanto tale, oggetto di tutela.

Nel Regno di Sardegna, infatti, la Legge 12 marzo 1855, n. 782, poi estesa alla Lombardia con Regio decreto del 30 ottobre 1859, n. 3731 escludeva la brevettabilità dei medicinali e tale impostazione di fondo si sarebbe poi ritrovata anche nel Regno d'Italia[65].

Sarà necessario attendere sino alla storica sentenza della Corte Costituzionale n. 20 del 20 marzo 1978 per la declaratoria dell'illegittimità costituzionale di un simile divieto, motivata sulla base del fatto che "*la brevettabilità dei prodotti farmaceutici […] dimostra come non sia possibile stabilire un legame di causa-effetto tra brevettabilità e livello dei prezzi, risultando*

64 Proprio durante la pandemia, ad aprile 2020, il Comitato ONU per i diritti economici, sociali e culturali ha pubblicato la versione definitiva del Commento Generale sulla scienza – il n. 25 -(art. 15, 1(b), 2, 3 e 4 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali), nel quale si precisa come "*l'intenso e rapido sviluppo della scienza e della tecnologia ha comportato numerosi vantaggi per il godimento dei diritti economici, sociali e culturali (di seguito: ESCR). Allo stesso tempo, i rischi e l'ineguale distribuzione di questi rischi e benefici hanno generato una discussione ricca e crescente sul rapporto tra scienza ed ESCR* (….)".

65 R. d. 29 giugno 1939 n. 1127, art. 14, recante norme sulla proprietà intellettuale. Il Regio Decreto recava norme in materia di brevetti ed è stato poi abrogato dal Codice della proprietà intellettuale (2005).

ovunque il mercato dei medicinali largamente corretto da interventi autoritativi"[66]. Una volta riconosciuto, quindi, che i diritti di esclusiva brevettuale non determinavano un necessario ed inevitabile aumento dei prezzi dei farmaci, il divieto di brevettabilità venne ritenuto incostituzionale per l'eccessivo sacrificio in capo ai privati che volessero investire nella "*ricerca scientifica e tecnica, essenziale ormai per assicurare l'ulteriore progresso nel settore della produzione farmaceutica"*[67].

E' evidente, quindi, che la necessità di garantire alle imprese di coprire i costi di investimento della ricerca scientifica venne fondata sull'idea che il brevetto sia necessario all' "*attribuzione e commisurazione dell'esclusiva nei limiti necessari a garantire la funzione di remunerazione di attività e investimenti dedicati all'innovazione, e obiettivi vari in specifici risultati*

66 La sentenza offre un interessante *excursus* sulle ragioni alla base del divieto che, stante l'interesse non solo di carattere prettamente storico che rivestono, si riportano nella loro interezza: "*l'origine del divieto di brevettazione dei prodotti farmaceutici si trova nelle deliberazioni del Parlamento subalpino sul progetto legislativo in tema di privative industriali, divenuto poi legge 12 marzo 1855, n. 782, più conosciuta attraverso il provvedimento con cui fu estesa alla Lombardia (r.d. 30 ottobre 1859, n. 3731). L'art. 6 di questo testo conteneva una esclusione, introdotta su proposta del deputato Luigi Carlo Farini, secondo la quale non potevano costituire "argomento di privativa... i medicamenti di qualunque specie". Veramente, già nel dibattito della Camera dei deputati, appare difficile cogliere una univoca ratio legis di questa disposizione, che contrastava con la linea del progetto governativo e con quella difesa dalla Commissione parlamentare. I due motivi fatti valere più direttamente dal Farini si fondavano sulla opportunità di evitare che ciarlatani, speziali e "segretisti" profittassero dell'attestato di privativa per smerciare prodotti non utili alla salute, e, meno coerentemente, sulla intenzione di rinviare la disciplina della materia ad un "codice sanitario ed igienico" che già si stava approntando. Peraltro, sia negli interventi del Farini che in quelli dei deputati consenzienti con la sua proposta, emergeva anche la preoccupazione per il "rincarimento cagionato dalla privativa" e l'idea che allo scopritore - inventore - filantropo, il quale dispensa a tutti gli uomini il frutto delle sue ricerche a rimedio della fisica fragilità, non spetti nessuna forma di remunerazione economica, salvo quei premi che i corpi rappresentativi avrebbero immancabilmente deliberato a favore di chi arrecasse davvero "un segnalato benefizio" in questo campo. Si sono rievocati i molteplici e, per così dire, giustapposti motivi del voto che ebbe luogo il 5 dicembre 1854 nella Camera dei deputati del regno sardo (ed ebbero qualche peso anche i timori dei farmacisti torinesi per la preparazione dei medicamenti nelle farmacie), perché le incertezze circa la ratio legis, se fino alla entrata in vigore della Costituzione repubblicana ed in particolare del suo art. 3, primo comma, facevano sorgere più di un dubbio circa la saggezza della via prescelta dal legislatore (ed erano perciò argomento di politica legislativa), a partire dal 1 gennaio 1948 potevano dar luogo ad una questione di legittimità costituzionale, risultando inadeguati ad offrire un idoneo fondamento giustificativo alla deroga che la disposizione dell'art. 14, primo comma, del r.d. n. 1127 del 1939 dispone nei confronti della disciplina generale in tema di brevetti per invenzioni industriali. La possibilità di prospettare in termini di costituzionalità, nell'ambito dell'art. 3, primo comma, Cost., la questione che prima si poneva in termini di opportunità, é confermata dal modo come Antonio Scialoja, commissario regio per il dibattito alla Camera, riassumeva nella sua relazione al progetto governativo l'essenza del problema: "...se egli é vero che l'inventore di un processo acconcio a guarentire dal deperimento una materia qualunque ha diritto a conseguire una privativa, per qual motivo dovrebbe essere spogliato di simil diritto l'inventore di una medicina atta a conservare la vita dell'uomo?*"

67 La Corte Costituzione nella citata sentenza ha finanche evidenziato "*Ritenendo poi fondamento del diritto patrimoniale dell'inventore il compenso per il progresso tecnico apportato, secondo un indirizzo largamente accolto, sarebbe evidente il contrasto fra il detto art. 14 e l'art. 9 della Costituzione, atteso che il divieto che il primo stabilisce intralcerebbe la ricerca scientifica e tecnica nel campo dei medicamenti, dissuadendo l'industria farmaceutica dall'effettuarvi i necessari investimenti. Considerando invece il brevetto come strumento necessario per l'individuazione di un bene immateriale e per l'attribuzione di esso all'ideatore o ad altri aventi diritto, si dovrebbe concludere che il divieto di brevettare viene ad impedire un conveniente regime giuridico dell'idea innovativa relegandola fra le cose di nessuno, in contrasto con quanto prescrive l'art. 42 della Costituzione, secondo cui i beni aventi rilevanza economica sono pubblici o privati. Sarebbe inoltre ravvisabile un contrasto con gli artt. 41 e 43 della Costituzione in quanto il sistema legislativo sottrarrebbe all'iniziativa economica privata (da cui sarebbe indissociabile la pertinente attività di ricerca) un intero settore senza devolverlo alla iniziativa pubblica. Né la normativa impugnata potrebbe trovare fondamento nell'art. 32 della Costituzione medesima atteso che la tutela della salute non potrebbe comportare mancata remunerazione dell'inventore di processi o prodotti medicinali, sia costui lavoratore indipendente o dipendente, ed ancor meno il sacrificio della ricerca scientifica che ne è condizione indispensabile*".

direttamente utilizzabili a fini industriali". Una volta superate le resistenze iniziali, anche grazie alla spinta di teorie economiche[68], è stata quindi ammessa la possibilità di sottoporre a privativa industriale, mediante la concessione di brevetti, i farmaci di cui sono titolari le società farmaceutiche.

In sostanza, con la concessione di un brevetto (*patent* in inglese) viene conferito un diritto esclusivo (monopolio) su un'invenzione, in base al quale il titolare del medesimo può vietare a soggetti terzi di produrre, usare, mettere in commercio, vendere o importare l'oggetto del brevetto. Ne deriva che un brevetto non è costituito tanto dall'autorizzazione ad attuare un'invenzione, ma piuttosto dalla situazione di monopolio che deriva dalla sua concessione per lo sfruttamento industriale dell'invenzione stessa.

In ambito farmaceutico, questa distinzione è evidente.

Per i farmaci, infatti, il permesso di commercializzazione del prodotto viene ottenuto solo con una specifica Autorizzazione all'Immissione in Commercio (AIC) da parte delle Autorità regolatorie nazionali competenti[69], ma essere titolari dell'AIC di un medicinale non significa godere anche di un diritto di privativa sul medesimo nei confronti dei terzi.

Solo il brevetto sul medicinale, che può essere concesso temporalmente solo dopo l'ottenimento dell'AIC, infatti, è in grado di garantire al titolare la possibilità esclusiva non solo di vendere il prodotto, ma anche di vietare a chiunque altro di farlo senza aver ottenuto la sua autorizzazione (ad esempio, attraverso l'ottenimento di una licenza).

In via generale, possono costituire oggetto di brevetto per invenzione, le invenzioni industriali, dove per invenzione si intende una soluzione nuova e originale a un problema tecnico, atta a essere realizzata e applicata in campo industriale.

La definizione di "*invenzione brevettabile*" trova fondamento normativo nell'art. 45 del D. Lgs 30/2005 (Codice della proprietà industriale, in breve anche "c.p.i."), ai sensi del quale "*possono costituire oggetto di brevetto per invenzione le invenzioni, di ogni settore della tecnica, che sono nuove e che implicano un'attività inventiva e sono atte ad avere un'applicazione industriale*". In particolare, un'invenzione può riguardare un bene materiale, quali ad esempio, un prodotto, una molecola, una composizione (e si tratta, in questo caso, di c.d. brevetto di prodotto); un metodo o un procedimento, quali ad esempio, un metodo per rilevare dati da un campione, un metodo per preparare un certo prodotto (e si tratta, in questo caso, di c.d. brevetto di procedimento); oppure, da ultimo, nuovi metodi per utilizzare (o usi) un bene materiale già conosciuto (il cd. brevetto di uso).

Ciò posto, anche i brevetti in campo chimico-farmaceutico possono riguardare nuovi prodotti (brevetto di prodotto), oppure nuovi metodi per preparare prodotti anche già

68 W.M. LANDES, R.A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge Massachussetts 2003, pp. 294 e s.

69 In Italia, l'Autorità competente è l'AIFA, la quale svolge la propria attività nelle seguenti aree di intervento: autorizzazione all'immissione in commercio (AIC), farmacovigilanza e sorveglianza vaccini, sperimentazione clinica, ispezioni, informazione indipendente sull'uso ottimale dei farmaci, promozione della ricerca, governo della spesa farmaceutica (cfr. Piano della Performance di AIFA 2021-2023).

conosciuti (brevetto di procedimento), oppure ancora metodi nuovi e ulteriori per utilizzare tali prodotti (brevetto di uso).

I prodotti in campo chimico-farmaceutico riguardano essenzialmente molecole di sintesi chimica, molecole naturali purificate, prodotti ricombinanti o derivati dall'ingegneria genetica, così come le composizioni farmaceutiche caratterizzate dalla presenza di più ingredienti tra principi attivi ed eccipienti vari.

Esistono poi dei veri e propri criteri di brevettabilità, in quanto per essere brevettabile un'invenzione deve: 1) essere dotata del carattere di novità; 2) del carattere di originalità o attività inventiva; 3) essere considerata industrialmente utile; 4) essere lecita; 5) essere descritta in modo sufficientemente chiaro e replicabile. Più nel dettaglio, con il requisito della novità si richiede che il ritrovato non sia già descritto nello stato della tecnica. A tal proposito, è la stessa norma a stabilire che "*Lo stato della tecnica è costituito da tutto ciò che è stato reso accessibile al pubblico nel territorio dello Stato o all'estero prima della data del deposito della domanda di brevetto, mediante una descrizione scritta od orale, una utilizzazione o un qualsiasi altro mezzo*" (art. 42, comma 1 e 2, c.p.i.).

Ciò comporta che l'invenzione non deve essere in alcun modo divulgata né resa pubblicamente accessibile prima della data di deposito della domanda di brevetto: l'eventuale pre-divulgazione rappresenta una delle cause di nullità del brevetto.

Per attività inventiva si intende, invece, la necessità che il ritrovato non sia già evidente dallo stato della tecnica, secondo il giudizio di un soggetto esperto in materia. In tal senso rileva l'art. 48 secondo cui "*un'invenzione è considerata come implicante un'attività inventiva se, per una persona esperta del ramo, essa non risulta in modo evidente dallo stato della tecnica*".

La norma precisa altresì che è considerato come compreso nello stato della tecnica il contenuto di domande di brevetto italiano o di domande di brevetto europeo designanti l'Italia, così come sono state depositate, che abbiano una data di deposito anteriore alla domanda di brevetto depositata ai sensi del primo comma e che siano state pubblicate o rese accessibili al pubblico anche in questa data o più tardi (art. 46, comma 3 c.p.i.).

Quanto al requisito della industrialità**,** l'art. 49 c.p.i. stabilisce che un'invenzione è considerata atta ad avere un'applicazione industriale se il suo oggetto può essere fabbricato o utilizzato in qualsiasi genere di industria, compresa quella agricola.

Da ultimo, si evidenzia in talune normative nazionali la sussistenza di un requisito aggiuntivo, ossia la non contrarietà dell'invenzione all'ordine pubblico e al buon costume; tuttavia, a differenza dei requisiti sopra identificati, i limiti di natura più prettamente "etica" possono essere diversi per ciascuno Stato (si pensi all'uso di cellule embrionali o staminali che può essere vietato o ammesso a seconda della normativa interna di ciascuna nazione).

Ad ogni modo, una volta concesso, il brevetto di un farmaco garantisce al titolare l'esclusiva di sfruttamento economico per 20 anni dalla data di deposito della domanda, entro i limiti ed alle condizioni previsti dalla legge.

In particolare, il brevetto conferisce al titolare i seguenti diritti esclusivi: *a)* se oggetto del brevetto è un prodotto, il diritto di vietare ai terzi, salvo consenso del titolare, di produrre, usare, mettere in commercio, vendere o importare a tali fini il prodotto in questione; *b)* se oggetto del brevetto è un procedimento, il diritto di vietare ai terzi, salvo consenso del titolare, di applicare il procedimento, nonché di usare, mettere in commercio, vendere o importare a tali fini il prodotto direttamente ottenuto con il procedimento in questione (art. 66 c.p.i.).

La facoltà esclusiva attribuita dal diritto di brevetto non si estende, quale che sia l'oggetto dell'invenzione, agli studi e sperimentazioni diretti all'ottenimento, anche in paesi esteri, di un'AIC di un farmaco ed ai conseguenti adempimenti pratici ivi compresi la preparazione e l'utilizzazione delle materie prime farmacologicamente attive a ciò strettamente necessarie; alla preparazione estemporanea, e per unità, di medicinali nelle farmacie su ricetta medica, e ai medicinali così preparati, purché non si utilizzino principi attivi realizzati industrialmente.

Con riferimento ai diritti di esclusiva riconosciuti al titolare dell'AIC del medicinale *originator* occorre introdurre la disciplina della c.d. *data protection*.

In quest'ottica, si richiama la previsione dell'art. 10 del D. Lgs. 219/2006 (Codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, in breve "Codice del farmaco") che definisce il medicinale generico e il prodotto medicinale di riferimento, stabilendo che l'insieme di sperimentazioni volte all'ottenimento di una AIC per un farmaco generico non costituisce violazione del diritto di brevetto, o quello del Certificato Complementare di Protezione (CPP) eventualmente esistente, pur facendo salvo il diritto del titolare dell'esclusiva di vietare sperimentazioni non comprese nel citato art. 10.

In sostanza, viene consentito effettuare studi atti a dimostrare la bioequivalenza tra un farmaco generico e un medicinale di riferimento anche a fronte della sussistenza di un brevetto in capo al medicinale di riferimento.

L'esonero previsto per un farmaco generico dalla presentazione di un Dossier di registrazione completa, richiesto invece per il medicinale di riferimento, è limitato a farmaci di riferimento autorizzati da almeno 8 anni in Italia o nell'Unione Europea. A ciò si aggiunga che il farmaco generico non può essere commercializzato prima di 10 anni dall'autorizzazione iniziale del medicinale di riferimento, periodo estendibile fino a un massimo di 11 anni se durante i primi 8 anni siano state autorizzate nuove indicazioni terapeutiche in grado di fornire un beneficio clinico rilevante rispetto alle terapie esistenti.

Viene pertanto riconosciuta al medicinale di riferimento un'esclusiva sui dati contenuti nel Dossier (nota altresì come "*data exclusivity*" o "*data protection*") e un'esclusiva di tipo amministrativo di dieci/undici anni derivante dall'autorizzazione stessa. Queste due forme di tutela si sommano alla tutela prevista dalla disciplina della proprietà industriale in modo diverso in base al momento in cui viene concessa l'AIC rispetto alla durata complessiva del brevetto.

2. Il Certificato Complementare di Protezione.

Con riferimento, invece, al Certificato Complementare di Protezione (CCP), lo stesso è stato previsto per la prima volta dalla legge n. 349/1991, la quale ha introdotto dopo l'articolo 4 del regio decreto 29 giugno 1939, n. 1127, l'art. 4-*bis*: "*I titolari di un brevetto per invenzione industriale, che ha effetti in Italia e ha per oggetto un medicamento, un prodotto che entra nella composizione di un medicamento, una utilizzazione di un prodotto come medicamento o un procedimento per la sua fabbricazione, possono ottenere un certificato complementare di protezione dopo aver ottenuto la registrazione ai fini dell'immissione in commercio del medicamento stesso rilasciata ai sensi dell'articolo 162 del testo unico delle leggi sanitarie approvato con regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, come sostituito dall'articolo 4 della legge 1 maggio 1941, n. 422 (…). Al certificato complementare di protezione e alle domande per il suo ottenimento si applica il regime giuridico, con gli stessi diritti esclusivi ed obblighi, del brevetto e delle domande di brevetto. Il certificato complementare di protezione produce gli stessi effetti del brevetto al quale si riferisce limitatamente alla parte o alle parti di esso relative al medicamento oggetto dell'autorizzazione all'immissione in commercio. Gli effetti del certificato complementare di protezione decorrono dal momento in cui il brevetto perviene al termine della sua durata legale e si estendono per una durata pari al periodo intercorso tra la data del deposito della domanda del brevetto e la data del decreto con cui viene concessa la prima autorizzazione all'immissione in commercio del medicamento. La durata del certificato complementare di protezione non può in ogni caso essere superiore a diciotto anni a decorrere dalla data in cui il brevetto perviene al termine della sua durata legale. Se la domanda di certificato complementare di protezione è stata presentata nei termini stabiliti e resa nota mediante il bollettino mensile e alla scadenza del brevetto non è ancora stato concesso il certificato complementare di protezione, alla domanda si attribuiscono provvisoriamente gli stessi effetti del certificato complementare di protezione. I diritti esclusivi considerati dal comma 4 vengono conferiti con la concessione del certificato complementare di protezione*".

La norma citata consentiva, pertanto, l'estensione del periodo brevettuale fino ad un massimo di 18 anni oltre la scadenza naturale del brevetto.

La possibilità di ottenere un CCP è stata introdotta per ovviare alle tempistiche che intercorrono tra la data di presentazione della domanda di brevetto e la data di rilascio dell'AIC, che in alcuni casi possono essere tali da ridurre la possibilità di sfruttamento esclusivo dell'invenzione.

Di conseguenza, sommando la durata del CCP ai 20 anni derivanti dal brevetto, la copertura totale garantita poteva estendersi fino ad un massimo di 38 anni dalla data di deposito della domanda di brevetto stesso.

In sostanza, tramite l'estensione del periodo di copertura brevettuale si consentiva "*alle aziende farmaceutiche di recuperare il periodo di esclusiva andato perduto a causa delle sperimentazioni e delle procedure necessarie per conseguire l'autorizzazione all'immissione in*

commercio del farmaco brevettato, con il fine ultimo di incentivare la ricerca e lo sviluppo di nuovi farmaci, permettendo l'ammortamento dei relativi costi"[70].

Successivamente, è stato adottato, a livello comunitario, il Regolamento CEE 1768/1992 (oggi Regolamento CEE/1768/1992), che ha istituito il Certificato Protettivo Supplementare, o *Supplemetary Protection Certificate* (SPC), il quale, oltre a presentare le stesse finalità del CCP, aveva l'obiettivo principale di armonizzare le normative dei vari Stati membri in questa materia. Nel dettaglio, l'art. 13 del citato Regolamento, rubricato "*Durata del certificato*", stabiliva che "*Il certificato ha efficacia a decorrere dal termine legale del brevetto di base per una durata uguale al periodo intercorso tra la data del deposito della domanda del brevetto di base e la data della prima autorizzazione di immissione in commercio nella Comunità, ridotto di cinque anni. Nonostante il paragrafo 1, la durata del certificato non può essere superiore a cinque anni a decorrere dalla data in cui il certificato acquista efficacia*". A ben vedere, se l'art. 13 del Regolamento CEE ha previsto che il SPC abbia una durata uguale al periodo intercorso tra la data di deposito della domanda del brevetto di base e la domanda della prima AIC a livello europeo, ridotto di 5 anni e che, comunque, la durata del certificato complementare non può essere superiore a 5 anni decorrenti dalla data in cui il certificato acquista efficacia, di contro, l'art. 5 della legge n. 349/1991 prevede che la durata del certificato sia pari al periodo intercorso tra la data del deposito della domanda di brevetto (valida in Italia) e la data del decreto di rilascio dell'AIC (in Italia) e che, comunque, la durata del certificato non possa essere superiore a 18 anni a decorrere dalla data in cui il certificato acquista efficacia.

E' evidente, quindi, che il CCP italiano sia più vantaggioso rispetto a quello europeo in quanto la durata massima invece che limitarsi a 5 anni può arrivare fino a 18 anni e l'AIC presa in considerazione per il calcolo del periodo da recuperare rispetto alla data di deposito della domanda è quella italiana, nonostante in molti casi potrebbe non essere la prima autorizzazione in commercio a livello europeo e ciò dunque aumenta il periodo per il quale è concesso il recupero e conseguentemente la durata del certificato complementare.

Ciò posto, la normativa nazionale, pur senza un'espressa abrogazione, è stata di fatto superata dal successivo Regolamento CEE, fermo restando, tuttavia, che l'art. 20 del Regolamento ha fatto salvi i certificati precedentemente concessi in base alla legge nazionale e dunque, a partire dal 1993 i certificati concessi in base alla precedente normativa italiana e quelli concessi in base al Regolamento Comunitario sono ugualmente validi, nonostante l'evidente differenza di durata tra i due.

Il Legislatore nazionale è quindi nuovamente intervenuto in materia con il d.l. 15 aprile 2002 n. 63, convertito con modificazioni dalla L. 15 giugno 2002, n. 112, che, all'art. 3, comma 8, ha previsto la riduzione della durata dei CCP, concessi in base alla legge n.349/1991, al fine di allineare la durata prevista dalla normativa nazionale con quella europea.

70 G.F. FERRARI, F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco, medicinali, diritto alla salute, politiche sanitarie*, Bari, Cacucci Editore, 2015, p.305.

In questo senso, veniva stabilito che la durata dei CCP nazionali dovesse essere ridotta, a partire dal 2002 di un anno e di due anni per ciascuno degli anni solari successivi, fino al raggiungimento dell'armonizzazione della durata prevista dalle due normative. Anche in questo caso, tuttavia, l'intento del Legislatore non fu raggiunto in quanto diversi CCP nazionali avevano già superato la durata massima di cinque anni prevista e, soprattutto, il sistema di riduzione è risultato fortemente attenuato, in quanto lo si è modificato di sei mesi in sei mesi ogni anno, a partire dal 1° gennaio 2004.

La soluzione a tale disallineamento temporale non si è avuta nemmeno con la prima stesura del Codice della proprietà industriale in quanto anch'esso ha previsto una durata massima di 18 anni per la protezione complementare, con la relativa diminuzione di sei mesi ogni anno, al fine di armonizzare la normativa nazionale a quella euro-unitaria.

E' stato, infatti, necessario attendere la modifica intervenuta con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131 che ha modificato l'art. 61 del c.p.i. stabilendo che i certificati complementari per prodotti medicinali e i certificati complementari per prodotti fitosanitari, sono concessi dall'Ufficio italiano brevetti e marchi sulla base dei regolamenti (CE) n. 469/2009, (CE) n. 1901/2006 e (CE) n. 1610/96 e producono gli effetti previsti da tali regolamenti. Pertanto, in virtù di tale richiamo, la durata dei CCP deve essere non superiore a 5 anni e che deve essere parametrata al tempo intercorso tra il rilascio del brevetto e della prima AIC nel territorio della Comunità, ridotto di 5 anni. Per quanto riguarda i certificati complementari di protezione concessi ai sensi della legge 19 ottobre 1991, n. 349, l'art. 81 del c.p.i. nell'attuale formulazione stabilisce che ad essi "*si applica regime giuridico, con gli stessi diritti esclusivi ed obblighi, del brevetto. Il certificato complementare di protezione, produce gli stessi effetti del brevetto al quale si riferisce, limitatamente alla parte o alle parti di esso oggetto dell'autorizzazione all'immissione in commercio. Gli effetti del certificato complementare di protezione decorrono dal momento in cui il brevetto perviene al termine della sua durata legale e si estendono per una durata pari al periodo intercorso tra la data del deposito della domanda di brevetto e la data del decreto con cui viene concessa la prima autorizzazione all'immissione in commercio del medicamento. La durata del certificato complementare di protezione non puo' in ogni caso essere superiore a diciotto anni a decorrere dalla data in cui il brevetto perviene a termine della sua durata legale. Al fine di adeguare progressivamente la durata della copertura complementare e brevettuale a quella prevista dalla normativa comunitaria, le disposizioni di cui alla legge 19 ottobre 1991, n. 939, e da egolamento (CEE) n. 1768/1992 del Consiglio, del 18 giugno 1992, trovano attuazione attraverso una riduzione della protezione complementare pari a sei mesi per ogni anno solare, a decorrere dal 1° gennaio 2004, fino al completo allineamento alla normativa europea*" (art. 81 c.p.i., così come sostituito dall'art. 42, co. 1, D. Lgs. 13 agosto 2010, n. 131).

3. Tutela brevettuale e profili di concorrenza nei farmaci equivalenti/generici.

Dal quadro normativo sopra richiamato emerge come per molto tempo non vi sia stata una piena armonizzazione della normativa brevettuale a livello euro-unitario, per cui molto spesso tali divergenze hanno comportato dispute e contenziosi che hanno avuto conseguenze anche sulla diffusione dei farmaci generici.

In via generale, in un'ottica di generale disamina delle dinamiche competitive che possono ingenerarsi tra i titolari di medicinali originatori e i titolari di medicinali equivalenti/generici, è necessario un rapido richiamo alle differenze tra tali tipi di medicinali.

L'art. 8, comma 3, del Codice del farmaco, dispone che, per ottenere l'AIC di un farmaco è necessario che nella domanda siano riportati una serie di informazioni e documenti, tra cui i risultati delle prove farmaceutiche (chimico-fisiche, biologiche o microbiologiche), delle prove precliniche (tossicologiche e farmacologiche) e delle sperimentazioni cliniche. E' evidente che la presentazione di tali prove richieda, da parte delle aziende farmaceutiche, sostanziali investimenti in termini di tempo e di risorse umane, strutturali ed economiche tali per cui un'azienda, una volta ottenuta l'AIC, potrebbe decidere – al ricorrere di determinati presupposti – di tutelare il proprio prodotto attraverso la copertura brevettuale. La tutela brevettuale si presenta, in questo senso, quale soluzione ideale a fronte degli elevati costi di produzione di un farmaco[71] rappresentando una prospettiva di recupero dei costi di ricerca e sviluppo e finanche di guadagno monopolistico[72].

I brevetti in campo chimico-farmaceutico sostanziandosi nel diritto di escludere gli altri dal produrre, vendere o importare l'invenzione per un periodo di tempo pari a 20 anni, generano di fatto un "monopolio a tempo determinato".

Di contro, a livello nazionale, i farmaci generici[73] godono di una disciplina di *favor*, essendo prevista dall'articolo 10, comma 1, del Codice del farmaco una procedura semplificata che deroga alla disciplina ordinaria per l'ottenimento dell'AIC. Tale comma prevede, infatti, che "*fatta salva la disciplina della tutela della proprietà industriale e commerciale, il richiedente non è tenuto a fornire i risultati delle prove precliniche e delle spese può dimostrare che*

71 In tal senso, si richiama la già citata sentenza della C. Cost., 20 marzo 1978 n. 20, nella parte in cui è stato evidenziato che un efficace sistema brevettuale è un elemento essenziale nel perseguimento del contemperamento della tutela dell'interesse pubblico con quello privato facente capo alle imprese operanti nel settore farmaceutico, in quanto esso, tramite il diritto di esclusiva, fornisce alle imprese farmaceutiche gli incentivi economici necessari ad effettuare gli investimenti in ricerca e sviluppo per la produzione di nuovi farmaci più efficaci e, dunque, stimola il progresso economico e scientifico.

72 V. LEVY, FTC in *Bureau of Economics Staff Report – The Pharmaceutical Industry: A Discussion of Competitive and Antitrust Issues in an Environment of Change*, marzo 1999, fornisce una stima secondo la quale il 65% delle specialità medicinali introdotte nel mercato americano nel 1999 non sarebbe stato mai commercializzato in assenza di protezione brevettuale.

73 L'Organizzazione Mondiale della Sanità definisce un prodotto generico come "*un prodotto farmaceutico, solitamente inteso per essere intercambiabile con un prodotto innovatore, fabbricato senza licenza dell'azienda innovatrice e commercializzato dopo la data di scadenza del brevetto o di altri diritti esclusivi*". Sul punto, A. CRISTANCHO, R. ANDIA, T. BARBOSA, T. et al., *Definition and Classification of Generic Drugs Across the World*, Apply Health Econ Health Policy, 2015.

il medicinale è un medicinale generico di un medicinale di riferimento che è autorizzato o è stato autorizzato a norma dell'articolo 6 da almeno otto anni in Italia o nella Comunità europea".

Tale regime di favore per il rilascio dell'AIC ai medicinali generici è dovuto al fatto che tali prodotti, per loro stessa natura, non sono diversi dal medicinale di riferimento (anzi lo ricalcano integralmente) per quanto riguarda i requisiti di qualità, sicurezza ed efficacia, che sono oggetto di approfondita analisi e valutazione all'atto del rilascio dell'AIC di quest'ultimo. *L'art. 10, comma 5, del d. lgs. n. 219/2006, che ha recepito la Direttiva Europea 2001/83/CE, definisce come medicinale generico come quel farmaco che "ha la stessa composizione qualitativa e quantitativa di principi attivi e la stessa forma farmaceutica del medicinale di riferimento, nonché la bioequivalenza*[74] *con il medicinale di riferimento dimostrata da appropriati studi di biodisponibilità. I vari sali, esteri, eteri, isomeri, miscele di isomeri, complessi o derivati di una sostanza attiva sono considerati la stessa sostanza attiva se, secondo le informazioni aggiuntive fornite dal richiedente, non mostrano differenze o proprietà significative relative alla sicurezza, né quelli relativi all'efficacia. Il richiedente non può presentare studi di biodisponibilità se può dimostrare che il medicinale generico soddisfa i criteri pertinenti definiti nelle linee guida appropriate*". La norma conferma, pertanto, che il prodotto generico può essere definito come la "copia perfetta" del medicinale originatore di riferimento.

Il farmaco generico, per la sua peculiarità di medicinale "essenzialmente simile" al prodotto originatore, presenta, quindi, una strategia di progettazione e di sviluppo diversa dal medicinale di riferimento in quanto, da un punto di vista prettamente economico, garantisce un risparmio alle aziende che lo producono. Quando, infatti, scade la durata della tutela brevettuale del farmaco originatore, decadono automaticamente tutti i "privilegi" derivanti dalla tutela della proprietà intellettuale sull'invenzione o scoperta della sostanza che, fino a quel momento, avevano consentito all'azienda proprietaria del marchio di vendere in esclusiva il farmaco e di trarne un consistente profitto in quanto monopolista.

La legge consente, quindi, una volta scaduta la copertura brevettuale, a coloro i quali posseggano i mezzi tecnologici e le strutture idonee, di riprodurre, fabbricare e vendere, previa autorizzazione dell'ente regolatore di riferimento, un medicinale la cui efficacia e sicurezza sono ormai consolidate e ben note, praticando prezzi inferiori rispetto a quelli del medicinale originatore. In questo senso, la *ratio* del legislatore è stata quella di assicurare l'accesso al farmaco ad un costo sostanzialmente inferiore a quello dei corrispondenti medicinali di riferimento, come conseguenza diretta della scadenza del brevetto sul principio attivo (o sui principi attivi) che compone il medicinale di riferimento, sempre nell'ottica di tutelare la salute collettiva sancita dall'art. 32 Cost., nonché garantire al

74 Gli studi di bioequivalenza sono studi di farmacocinetica (dal greco kinesis, movimento, e pharmacon, medicinale) la cui finalità è quella di confrontare la biodisponibilità di due medicinali, ovvero la quantità di medicinale che passa nella circolazione sanguigna dopo somministrazione, in relazione alla velocità con cui questo avviene. In buona sostanza, essi sono diretti a dimostrare che, con la stessa dose, i profili di concentrazione nel sangue rispetto al tempo sono sovrapponibili e che è improbabile che tali concentrazioni possano produrre differenze rilevanti in termini di efficacia e sicurezza

contempo il contenimento della spesa sanitaria e più in generale l'equilibrio del bilancio di cui all'art. 81 Cost..

Il risparmio ottenuto tramite l'ingresso nel mercato dei generici può essere, infatti, reinvestito per la sperimentazione farmaci innovativi per la prevenzione e la cura di patologie croniche di grande rilevanza sociale, ovvero utilizzate per promuovere la ricerca no-profit dedicata alla sperimentazione sui c.d. farmaci orfani necessari per il trattamento delle malattie rare (c.d. Farmaci orfani).

In tale panorama, è quindi evidente, dal punto di vista concorrenziale, che le posizioni dei titolari di medicinali coperti dalla tutela brevettuale e dei titolari di medicinali generici siano naturalmente confliggenti tra di loro[75] e che, spesso, il titolare del brevetto sia disposto a ricorrere ad ogni possibile mezzo per aumentare la durata della copertura brevettuale del proprio prodotto o, ad ogni modo, ritardare il più possibile l'ingresso sul mercato dei relativi prodotti generici. Occorre pertanto bilanciare due opposti interessi: da una parte, l'esigenza di tutelare la proprietà industriale delle aziende titolari del medicinale *originator*, dall'altra parte, l'interesse delle aziende produttrici di farmaci generici ad accedere al mercato farmaceutico immediatamente dopo la scadenza brevettuale.

È proprio in tale contesto che l'AIFA svolge un ruolo fondamentale, avendo la responsabilità di garantire che ogni farmaco immesso in commercio rispetti tutti i requisiti di qualità, sicurezza ed efficacia, garantendo al contempo l'equilibrio della spesa farmaceutica pubblica. In tale contesto, si rende necessario garantire anche la corretta applicazione delle norme della concorrenza attraverso un costante monitoraggio del mercato nel settore farmaceutico. Come noto, le pratiche anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese di settore con fini unicamente escludenti per l'ottenimento della tutela brevettuale, possono mettere a repentaglio l'accesso dei pazienti a medicinali essenziali innovativi e a prezzi contenuti.

In particolare, una serie di indagini condotte al livello europeo, hanno dimostrato come il settore farmaceutico si possa considerare uno tra quelli maggiormente sanzionati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("Agcm"), a causa del costante utilizzo di pratiche e accordi strategici che, se pur astrattamente leciti, si pongono in contrasto con la normativa dettata dal legislatore in materia diritti di privativa industriale e con la normativa antitrust. A tal proposito, la Commissione europea ha pubblicato la propria Relazione in merito all'*Applicazione delle norme sulla concorrenza nel settore farmaceutico* (2009-2017), con il fine di garantire e stimolare l'accesso a farmaci più economici. Dalla Relazione emerge come i prezzi elevati dei medicinali gravino

75 Per una puntuale analisi degli aspetti economici della competizione tra i titolari di medicinali coperti da tutela brevettuale e i titolari di medicinali generici si vedano FARASAT A.S. BOKHARI, F. MARIUZZO, A. POLANSKI, *Entry limiting agreements for pharmaceuticals: pay-for-delay and authorized generic deals* †. 10.13140/RG.2.1.3241.5606 (2016) e LEMUS, J., TEMNYALOV, E. *Pay-for-Delay with Follow-On Products*. Rev Ind Organ (2020). https://doi.org/10.1007/s11151-020-09750-6.

pesantemente sul bilancio dei sistemi sanitari nazionali, in particolare per quanto riguarda la spesa per prodotti farmaceutici.

L'efficace concorrenza dei medicinali generici e, più di recente, dei medicinali biosimilari, generalmente rappresenta una fonte essenziale di concorrenza dei prezzi sui mercati farmaceutici, spingendoli fortemente al ribasso (per i farmaci generici, in media del 50 %). In questo modo, non solo i vecchi trattamenti diventano molto più accessibili, ma parte dei relativi risparmi può essere reindirizzata verso farmaci più nuovi e innovativi. Per attenuare l'impatto dei generici, che riducono notevolmente le entrate derivanti da farmaci commercialmente validi, le società produttrici di medicinali originali spesso mettono in atto strategie finalizzate a prolungare la vita commerciale dei loro vecchi farmaci (cfr. Relazione cit.).

Tra le condotte censurate dalla Commissione rientrano anche i c.d. accordi "*pay-for-delay*", come di seguito meglio specificati. In questo tipo di accordi, l'azienda titolare dei medicinali originali paga la società di medicinali generici affinché rinunci o rimandi la propria intenzione di entrare nel mercato. In questo modo, la società del farmaco generico ottiene una fetta della torta dell'azienda produttrice del medicinale originale derivante dai prezzi artificiosamente elevati.

Le autorità garanti della concorrenza hanno perseguito anche forme più classiche di comportamenti scorretti, come ad esempio cartelli in cui venivano manipolate le procedure di gara o strategie per escludere i rivali dall'accesso a fattori produttivi essenziali o alla clientela, intervenendo contro i tentativi volti a ritardare indebitamente l'ingresso sul mercato dei medicinali generici, si contribuisce a far rispettare la fine del periodo di esclusiva di mercato dell'innovatore e quindi si induce un'ulteriore innovazione da parte delle società produttrici dei medicinali originali (cfr. Relazione cit.). Un esempio emblematico di come siano state indirizzate, soprattutto nel recente passato, le strategie dei titolari di farmaci coperti da brevetto per tutelare il più possibile il proprio prodotto dal rischio concorrenziale rappresentato dall'ingresso sul mercato del relativo medicinale generico è fornito dal caso AstraZeneca[76], a livello euro-unitario, e dal caso Ratiopharm/Pfizer[77], a livello nazionale.

Nel primo caso, la Corte di Giustizia ha confermato la decisione della Commissione Europea di sanzionare AstraZeneca per abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE. In particolare, era stato riconosciuto che la società, che rivestiva una posizione dominante sul mercato rilevante dei farmaci inibitori della pompa protonica, aveva attuato una serie di condotte finalizzate a prolungare illegittimamente il proprio diritto di privativa, in modo da bloccare l'ingresso dei farmaci generici equivalenti al farmaco di propria titolarità.

A tale scopo, AstraZeneca aveva rilasciato dichiarazioni ingannevoli e mendaci nei confronti diversi Uffici brevettuali nazionali al fine di ottenere i Certificati di protezione

76 Corte di Giustizia, 6 dicembre 2012, Caso C-457/10P, AstraZeneca c. Commissione.
77 Cons. di Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693.

complementare (CCP) per il medicinale di propria titolarità anche in assenza dei presupposti per il loro rilascio.

Nel secondo caso, invece, il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso in appello proposto dall' Agcm avverso la sentenza del Tar del Lazio, sez. I, 20 giugno 2012, n. 7467 che aveva annullato il provvedimento dell'Autorità antitrust con cui le società del gruppo Pfizer erano state condannate al pagamento di una significativa sanzione pecuniaria per abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE.

Nello specifico, l'Agcm aveva accertato l'esistenza di una strategia unica e complessa attuata dal gruppo Pfizer al fine di prolungare, illegittimamente, la durata della protezione brevettuale in Italia di un farmaco di propria titolarità, al fine di allinearla a quella in vigore negli altri Paesi europei e ritardare così l'ingresso dei genericisti anche nel mercato rilevante nazionale.

Emerge come, in passato, i titolari di farmaci coperti da tutela brevettuale abbiano attuato condotte, spesso ritenute poi violative dell'art. 102 TFUE, finalizzate per lo più ad estendere la copertura brevettuale.

Come anticipato, sembra invece che ora le nuove strategie dei titolari di prodotti brevettati si stiano muovendo in un'altra direzione rappresentata dalla sottoscrizione di cd. "accordi *pay-for-delay*", attraverso i quali le imprese che commercializzano i medicinali di riferimento che godono di tutela brevettuale preferiscono trovare un accordo finanziario con i titolari dei prodotti generici, al fine di scongiurarne l'ingresso sul mercato e mantenere la propria posizione dominante[78].

Sul punto, giova evidenziare che la concorrenza nel settore farmaceutico viene particolarmente incisa dal differimento dell'ingresso sul mercato della versione generica di un farmaco originario: tale differimento, o finanche il mancato ingresso sul mercato, comporta infatti per il titolare del farmaco originatore il mantenimento di un prezzo di monopolio sul mercato di riferimento con conseguenze economiche rilevanti sia per il consumatore finale che per gli enti sanitari che acquistano e somministrano il prodotto ai pazienti. Al fine di tutelare al concorrenza nel settore dei farmaci, garantendone l'accesso a tutti i consociati, recentemente la Commissione ha adottato una Comunicazione avente ad oggetto il "*Quadro temporaneo per la valutazione delle questioni in materia di antitrust relative alla cooperazione tra imprese volta a rispondere alle situazioni di emergenza causate dall'attuale pandemia di Covid-19*"(2020/C 116 I/02), rappresentando così l'impatto del Covid-19 sull'economia e le possibili implicazioni a livello di norme antitrust anche nel settore dei farmaci, illustrando al contempo i principali criteri per la valutazione della compatibilità con le norme antitrust dei progetti di cooperazione tra imprese volti a far fronte alla carenza di prodotti e servizi essenziali durante la pandemia di Covid-19.

78 Si veda, in quest'ottica, il caso GlaxoSmithKline c/Generics e altri (caso C-307/2018) e la recente sentenza emessa sul punto della Corte di Giustizia dell'Unione Europea il 30 gennaio 2020. Per approfondimenti A. PAOLETTI, *Corte di Giustizia Europea e concorrenza in ambito farmaceutico. Gli accordi pay-for-delay. Nota a sentenza Corte di Giustizia Europea, 30 gennaio 2020 (C-307/2018)*, Fedaralismi.it, Osservatorio di diritto sanitario, n. 30/2020.

In particolare, la Comunicazione riguarda la possibilità di ammettere forme di cooperazione tra imprese, compatibilmente con quanto stabilito ai sensi dell'art. 101 TFUE, al fine di garantire la fornitura e l'adeguata distribuzione di prodotti e servizi essenziali, attualmente insufficienti, durante la pandemia di Covid-19, ponendo così rimedio alla carenza di tali prodotti e servizi essenziali, che deriva in primo luogo dalla crescita esponenzialmente rapida della domanda. Ciò comprende, in particolare, le medicine e le attrezzature mediche, utilizzate per testare e trattare i pazienti affetti da Covid-19 o che sono necessarie per circoscrivere la pandemia e possibilmente sconfiggerla.

In tale contesto, la cooperazione tra imprese e associazioni di categoria nel settore sanitario potrebbe essere necessaria per affrontare situazioni emergenza connesse all'attuale pandemia, soprattutto alla luce del rischio di carenza di medicinali per uso ospedaliero fondamentali per curare i pazienti affetti da Covid-19.

4. Diritto di proprietà industriale e diritto di accesso alle cure farmaceutiche alla luce dell'attuale emergenza sanitaria da Covid-19.

Un ultimo aspetto che merita di essere analizzato è relativo alla necessità di un contemperamento tra le ragioni legate alla tutela brevettuale e la tutela del diritto di accesso alle cure farmaceutiche, al fine di comprendere in quale misura la protezione brevettuale possa rischiare, in taluni casi, di ripercuotersi negativamente sulla distribuzione dei medicinali in via generale ma soprattutto, in particolare, alle popolazioni dei paesi in via di sviluppo.

L'argomento è di evidente attualità anche in ragione delle recenti discussioni internazionali legate all'approvvigionamento dei vaccini per la cura della sindrome respiratoria acuta grave Coronavirus-2 (SARS-CoV-2), meglio noto come Covid-19.

In via generale, si evidenzia che l'art. 15 del Patto internazionale di New York relativo ai diritti economici, sociali e culturali, concluso a New York il 16 dicembre 1966, riconosce il diritto di ciascun individuo di "*godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni*" e, allo stesso tempo, il diritto di "*godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore*"[79]. La sopra citata necessità di contemperamento tra la protezione del diritto di autore e la garanzia dell'accesso generalizzato al progresso scientifico è ancor più evidente

79 La formulazione dell'articolo ricalca fedelmente l'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948, alla cui stregua: "*1. Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici. 2. Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore*". Sempre in questa direzione, nell'aprile 2020, un Comitato di esperti presso le Nazioni Unite ha adottato un "Commento generale sulla scienza" per meglio specificare i presupposti di questo diritto, l'obbligo degli Stati di garantirlo, e il ruolo che la società civile può svolgere nell'impresa scientifica. In tale Commento si precisa, altresì, che tutti i paesi devono elaborare piani nazionali per la scienza, investire nella ricerca e promuovere l'istruzione scientifica sin dalla tenera età.

dalla lettura del secondo comma dell'art. 15 del Patto suddetto, nella parte in cui dispone che *"le misure che gli Stati parti del presente Patto dovranno prendere per conseguire la piena attuazione di questo diritto comprenderanno quelle necessarie per il mantenimento, lo sviluppo e la diffusione della scienza e della cultura"*.

Tale esigenza si ritrova anche nell'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, meglio noto come Accordo sui TRIPS[80] [81].

Tale accordo costituisce un allegato al più generale accordo, sottoscritto il 14 aprile 1995 a Marrakech, che ha istituito l'Organizzazione Mondiale del Commercio – OMC (World Trade Organization – WTO).

In particolare, l'accordo in esame ha previsto l'applicabilità in materia di proprietà intellettuale dei principi fondamentali del GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) del 1994 e dei pertinenti accordi o convenzioni internazionali, andando a riunire in un unico riferimento normativo la materia della proprietà industriale (già disciplinata dalla Convenzione di Parigi per la Protezione della Proprietà Industriale del 1883) nonché quella attinente al diritto d'autore (già disciplinata dalla Convenzione di Berna per la Protezione delle Opere Letterarie ed Artistiche del 1886).

In ambito farmaceutico, rileva inoltre la Dichiarazione sull'Accordo TRIPS e la salute pubblica, adottata a Doha nel 2001 durante la quarta Conferenza ministeriale dell'OMC[82]. Tale dichiarazione, infatti, ha ribadito la libertà dei Paesi dell'OMC di adottare misure idonee a salvaguardare la salute pubblica e, per tale finalità, autorizza a interpretare e applicare l'Accordo TRIPS in modo da promuovere l'accesso ai farmaci per tutti, anche, ove necessario, ponendo limitazioni ai diritti conferiti dai brevetti[83].

---

80 Il testo si articola in sette parti, che riguardano, rispettivamente, disposizioni e principi fondamentali (parte I, artt. 1-8), le norme relative all'esistenza, l'estensione e l'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale (parte II, artt. 9-40), i mezzi e le procedure per la loro tutela (parte III, artt. 41-61), l'acquisizione e il loro mantenimento (parte IV, art. 62), la prevenzione e il regolamento delle controversie (parte V, artt. 63-64), disposizioni transitorie (parte VI artt. 68-72). In particolare, rileva l'art. 13, ai sensi del quale "*I Membri possono imporre limitazioni o eccezioni ai diritti esclusivi soltanto in taluni casi speciali che non siano in conflitto con un normale sfruttamento dell'opera e non comportino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare"*. L'articolo 31 dell'Accordo Trips concede inoltre agli Stati Membri la possibilità di prevedere con legge "altri usi" dell'oggetto di un brevetto sottratti al monopolio. In Italia, la licenza obbligatoria è stata disciplinata dagli articoli 70-74 del Codice della Proprietà Industriale (C.p.i.), che verranno esaminato nel proseguo del presente Paragrafo.

81 Per approfondimenti si veda XIONG, P. *An International Law Perspective on the Protection of Human Rights in the TRIPS Agreement: An Interpretation of the TRIPS Agreement in Relation to the Right to Health*. Leiden: Brill | Nijhoff, 2012. ISBN 9789004211971.

82 WTO, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, November 20, 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, in www.wto.org

83 Si vedano, in particolare, i paragrafi da 4 a 6 della Dichiarazione: *"4. L'accordo TRIPS non impedisce e non deve impedire ai membri di adottare misure per proteggere la salute pubblica. Di conseguenza, pur ribadendo il nostro impegno per l'accordo TRIPS, affermiamo che l'accordo può e deve essere interpretato e attuato in modo favorevole all'OMC Diritto dei membri di proteggere la salute pubblica e, in particolare, di promuovere l'accesso ai medicinali per tutti. A questo proposito, riaffermiamo il diritto dei membri dell'OMC di utilizzare appieno le disposizioni dell'accordo TRIPS, che forniscono flessibilità a tal fine. 5. Di conseguenza e alla luce del paragrafo 4 di cui sopra, pur mantenendo i nostri impegni nell'accordo TRIPS, riconosciamo che queste flessibilità includono: (a) Nell'applicazione delle regole di interpretazione consuetudinarie del diritto internazionale pubblico, ciascuna disposizione dell'Accordo TRIPS deve essere letta alla luce dell'oggetto e dello scopo dell'Accordo espresso, in particolare, nei suoi obiettivi e principi. (b) Ogni Membro ha il diritto di concedere licenze obbligatorie e la libertà di*

Il 30 agosto 2003, il Consiglio Generale dell'OMC ha adottato una decisione sull'attuazione del paragrafo 6 della dichiarazione di Doha sull'accordo TRIPS e la salute pubblica, nella quale vengono previste deroghe a taluni obblighi concernenti la concessione di licenze obbligatorie stabiliti nell'accordo TRIPS al fine di rispondere alle esigenze dei membri dell'OMC con capacità di fabbricazione insufficienti[84].

Anche in ambito europeo si è avvertita la necessità di promuovere il trasferimento della tecnologia in paesi in cui la capacità di fabbricazione nel settore farmaceutico risultano insufficienti o inesistenti, garantendo così in questi paesi l'accesso al farmaco e alle cure sanitarie[85].

Con l'intento di prevedere una disciplina uniforme in materia di licenze obbligatorie, è stato, pertanto, adottato il Regolamento n. 816/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, recante un procedura di concessione di licenze obbligatorie per brevetti e certificati complementari di protezione concernenti la fabbricazione e la vendita di prodotti farmaceutici, se questi prodotti sono destinati all'esportazione verso paesi importatori ammissibili che ne hanno bisogno per affrontare problemi di salute pubblica. Il Regolamento in esame si inscrive in una più ampia azione europea e internazionale volta a porre rimedio ai problemi di salute pubblica riscontrati nei paesi meno avanzati e in altri paesi in via di sviluppo, e intende in particolare migliorare l'accesso a medicinali a prezzi abbordabili, garantendo al contempo la sicurezza e l'efficacia dei farmaci in commercio.

Nel contesto della disciplina in esame, si precisa, altresì che il sistema di licenze obbligatorie disciplinato dal Regolamento deve essere applicato in buona fede, essendo preclusa la sua applicazione per "*perseguire obiettivi di politica industriale o commerciale*" (cfr. Considerando 6, Reg. cit.).

Le ragioni per cui le sopra richiamate esigenze di contemperamento sono state da più parti avvertite come sempre più forti e non ulteriormente rinviabili vanno rinvenute nel fatto che, soprattutto nei paesi più poveri, a seguito dell'applicazione generalizzata delle leggi di mercato e della protezione dei diritti di proprietà intellettuale in ambito

---

determinare i motivi per i quali tali licenze sono concesse. (c) Ogni Membro ha il diritto di determinare cosa costituisce un'emergenza nazionale o altre circostanze di estrema urgenza, fermo restando che le crisi di salute pubblica, comprese quelle relative a HIV / AIDS, tubercolosi, malaria e altre epidemie, possono rappresentare un'emergenza nazionale o altre circostanze di estrema urgenza. (d) L'effetto delle disposizioni dell'Accordo TRIPS che sono rilevanti per l'esaurimento dei diritti di proprietà intellettuale è di lasciare ogni Membro libero di stabilire il proprio regime per tale esaurimento senza contestazioni, fatte salve le disposizioni della MFN e del trattamento nazionale di cui agli articoli 3 e 4. 6. Riconosciamo che i membri dell'OMC con capacità di produzione insufficienti o inesistenti nel settore farmaceutico potrebbero incontrare difficoltà nel fare un uso efficace delle licenze obbligatorie ai sensi dell'accordo TRIPS. Incarichiamo il Consiglio per il TRIPS di trovare una rapida soluzione a questo problema e di riferire al Consiglio Generale entro la fine del 2002 ".

84 Testo integrale consultabile tramite il seguente link: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.htm.

85 In merito al diritto di assistenza sanitaria rileva anche l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ai sensi del quale "*Ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana*".

farmaceutico, la gran parte della popolazione rimaneva esclusa dalla possibilità di accedere ai servizi sanitari e ai farmaci.

La Dichiarazione di Doha, al fine di scongiurare una lettura restrittiva dei TRIPS da parte dei paesi più sviluppati con conseguenti possibili ricadute sul prezzo dei farmaci, ha a tal fine chiarito che i suddetti accordi dovevano necessariamente essere interpretati alla luce della generale finalità di promuovere l'accesso ai farmaci per tutti. In particolare, è stato introdotto il principio della flessibilità della normativa sui brevetti relativi alla salute, al fine di fronteggiare situazioni di emergenza nazionale o di estrema gravità come quelle provocate dalle crisi sanitarie[86].

A tale scopo, viene stabilito che una nazione possa liberalizzare l'uso di farmaci protetti da brevetto concordando con il produttore una "*royalty* ragionevole". [87]

Anche questa soluzione, tuttavia, non si è dimostrata del tutto efficace tanto che l'Assemblea dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), nell'ambito di una generalizzata riflessione sulle relazioni tra salute pubblica, innovazione e proprietà intellettuale, ha in più occasioni tentato di promuovere una strategia globale per affrontare le criticità legate alle malattie che colpiscono maggiormente i paesi poveri e le difficoltà legate alle reali possibilità per tali paesi di accedere alle cure già individuate.

Un passo in avanti in questo senso è stato certamente rappresentato dall'istituzione di un gruppo di lavoro intergovernativo (*l'Intergovernmental Working Group on Public Health*, IGWG) con l'incarico di sviluppare un piano di azione comune tra paesi ricchi e paesi poveri. Sottoposto all'Assemblea dell'OMS nel 2008 ha tuttavia lasciato numerose criticità irrisolte.

In questo senso si richiama il noto caso del *Medical Act* del 12 dicembre 1997 con cui il governo Sudafricano sospese la tutela della proprietà intellettuale sui farmaci antiretrovirali, necessari per la cura dell'HIV/AIDS[88], consentendo così la produzione domestica di tali medicinali e garantendo alla popolazione una possibilità di cura altrimenti impossibile per via dell'elevato costo di tali medicinali che il governo nazionale non poteva sostenere[89].

E' noto, tuttavia, che a fronte di tale scelta "politica" la reazione delle aziende farmaceutiche fu quella di intentare una massiva compagna di azioni legali che, di fatto, bloccarono l'applicazione della legge. Non di meno, le aziende furono comunque costrette a desistere dalla prosecuzione delle azioni legali intraprese dinnanzi alle uniformi prese di posizione internazionali a favore del governo Sudafricano.

86 Nel documento si fa esplicito riferimento alle crisi determinate dalla pandemia di HIV/AIDS, dalla tubercolosi, dalla malaria e da altri tipi di epidemia.

87 Come riportato da A. GOLINI (a cura di), *Il futuro della popolazione nel mondo*, Bologna, Il Mulino, 2009 (ed. digit.: 2009, doi: 10.978.8815/143273, Viviana EGIDI: *Popolazione e tecnologia: opportunità e sfide per la salute*, pp. 95-117, doi capitolo: 10.1401/9788815143273/c3) "*negli anni recenti, facendo riferimento a questo accordo, un certo numero di paesi ha liberalizzato l'uso delle medicine necessarie per il trattamento dell'HIV/AIDS. La Malaysia ha adottato una royalty del 4%, il Mozambico del 2%, lo Zambia del 2,5% e l'Indonesia è arrivata a una royalty dello 0,5%*".

88 Nel 1997 si contavano nel paese circa 3 milioni di persone infettate da HIV/AIDS e almeno 100 mila morti l'anno.

89 Si trattava, infatti, di terapie che potevano costare fino a 10 mila dollari mentre in Sudafrica la spesa sanitaria annua pro capite si aggirava attorno ai 10 dollari.

E' evidente, in via generale, che la scelta di sospendere la tutela brevettuale possa rischiare di provocare forti pressioni e ritorsioni da parte delle industrie farmaceutiche e dei governi dei paesi ricchi, nonché l'emergere di accordi (i cd. accordi TRIPS-plus) bilaterali tra paesi ricchi e paesi poveri, che tendono a vanificare gli elementi di flessibilità già introdotti negli accordi TRIPS.

Venendo ai giorni nostri e alla grave situazione socio sanitaria collegata alla diffusione del virus Covid-19, ci si è da più parti interrogati se sia giusto mantenere privato il brevetto dei vaccini per la cura di tale patologia o se non sarebbe più etico, nonché socialmente utile, liberalizzare tali brevetti al fine di consentire a tutti i paesi di provvedere al proprio fabbisogno tramite una produzione nazionale.

Come noto, la tutela brevettuale rappresenta un incentivo fondamentale affinché le imprese investano nell'innovazione e producano nuovi medicinali e dispositivi medici, allo stesso tempo però si rileva che l'effetto preclusivo dei brevetti può comportare un approvvigionamento limitato sul mercato e un accesso ridotto a medicinali e prodotti farmaceutici.

L'attuale situazione epidemiologica da COVID-19 rende necessario trovare, pertanto, un equilibrio tra la promozione dell'innovazione, mediante l'effetto preclusivo dei brevetti e la garanzia dell'accesso ai medicinali per la tutela della salute dei cittadini.[90]

E' evidente, infatti, che la liberalizzazione dei brevetti e il loro utilizzo come bene pubblico comporterebbe una produzione vaccinale su larga scala in tempi molto più rapidi che metterebbe i paesi in sicurezza e garantirebbe l'accesso anche ai paesi in via di sviluppo che, in questa fase della gestione della pandemia, sembrano essere stati completamente dimenticati[9192].

Dovrebbe invece essere ormai palese che, in assenza di politiche sanitarie globali che coinvolgano l'intera popolazione mondiale, le concrete possibilità se non di una totale eradicazione, quanto meno di un efficace controllo di tale patologia, sono molto difficili se non impossibili da raggiungere. Ma anche a voler omettere considerazioni di carattere etico

90 Già il 2 ottobre 2020, i Governi di India e Sudafrica hanno inviato all'Organizzazione mondiale del commercio una proposta congiunta con cui chiedono una deroga ai brevetti e agli altri diritti di proprietà intellettuale in relazione a farmaci, vaccini, diagnostici, dispositivi di protezione personale e alle altre tecnologie medicali per tutta la durata della pandemia.

91 Si precisa, ad ogni modo, che il Parlamento Europeo ha presentato nel luglio 2020 una proposta di risoluzione in cui "*chiede che l'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPS) sia riformato in modo che i paesi del Sud del mondo possano beneficiare di un accesso equo e a costi accessibili alle tecnologie e ai medicinali di cui hanno bisogno i loro cittadini; chiede che i medicinali per la salute pubblica siano esenti dal sistema dei brevetti al fine di garantire che i paesi poveri abbiano il diritto giuridico di produrre e importare versioni generiche di medicinali salvavita*" (testo integrale consultabile tramite il link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0216_IT.html).

92 In data 2 dicembre 2020, è stata approvata, in Assemblea alla Camera dei deputati, la risoluzione di maggioranza n. 6-00158 che ha impegnato il Governo pro tempore, tra gli altri compiti, ad adoperarsi in seno all'Unione europea affinché l'Organizzazione mondiale del commercio deroghi per i vaccini anti COVID-19 al regime ordinario dell'Accordo TRIPS sui brevetti o su altri diritti di proprietà intellettuale, per garantire l'accesso gratuito e universale ai vaccini.

o di stampo più prettamente scientifico, vi è un'ulteriore considerazione che merita di essere svolta.

I costi per la ricerca e lo sviluppo dei vaccini per la cura del Covid-19 non sono ricaduti interamente sulle spalle delle aziende farmaceutiche titolari dei medesimi, in quanto le spese di tali sperimentazioni sono state sovvenzionate con importanti investimenti pubblici, sia tramite fondi per la ricerca sia tramite accordi di acquisto "preventivo" di dosi in fasi in cui le sperimentazioni erano ancora in corso, in modo tale che lo Stato investitore si è assunto un vero e proprio rischio di impresa sull'effettiva conclusione positiva delle sperimentazioni e sulla reale efficacia del prodotto finale.

Non può non cogliersi l'evidente squilibrio di un rischio di sviluppo del prodotto che è stato "socializzato" ricadendo, in buona parte, sugli stati nazionali o sulle confederazioni di stati (come ad esempio, l'Unione Europea) a fronte di un profitto che è rimasto privato, ossia interamente a vantaggio delle aziende che commercializzano il vaccino e vi detengono un brevetto in grado di escludere altri, finanche gli stessi Stati che ne hanno contribuito allo sviluppo, dalla produzione[93].

In quest'ottica, una soluzione potrebbe essere offerta dal ricorso alle cd. "licenze obbligatorie"[94] ossia la possibilità di "costringere" il titolare del brevetto a concedere a terzi la licenza d'uso del brevetto nei casi in cui vi sia il rischio di una lesione degli interessi collettivi dovuta alla mancata o insufficiente implementazione dell'invenzione.

Nel sistema brevettuale italiano tale ipotesi è disciplinata dall'art. 70 c.p.i. che prevede la possibilità di ricorrere a licenze obbligatorie a fronte della mancata o insufficiente attuazione dell'invenzione da parte del titolare del brevetto, nei casi in cui essa rischi di ingenerare una "*grave sproporzione con i bisogni del paese*"[95].

Tuttavia, la disposizione stabilisce che, per poter ricorrere alla licenza obbligatoria, occorre che la mancata o insufficiente attuazione dell'invenzione perduri per un periodo di tempo superiore a 3 anni.

Ciò pone in dubbio la sua concreta applicabilità nell'attuale situazione pandemica (anche tenuto conto del fatto che licenza deve in ogni caso essere richiesta secondo l'ordinaria procedura all'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi).

---

93 Sul punto, si precisa che i 50 Paesi più ricchi hanno acquistato il 60 per cento delle dosi disponibili di Pfizer, Moderna e AstraZeneca e, nonostante i finanziamenti per i vaccini anti COVID-19 siano pubblici, i brevetti per la loro produzione sono rimasti privati.

94 Germania, Israele, Ecuador, Brasile e Cile si stanno orientando verso licenze obbligatorie per i brevetti legati alla gestione del Covid-19, mentre Regno Unito e Canada hanno previsto la depenalizzazione dello sfruttamento dei brevetti legati al Covid-19.

95 In particolare, il primo comma della norma citata così stabilisce: "*Trascorsi tre anni dalla data di rilascio del brevetto o quattro anni dalla data di deposito della domanda se questo termine scade successivamente al precedente, qualora il titolare del brevetto o il suo avente causa, direttamente o a mezzo di uno o piu' licenziatari, non abbia attuato l'invenzione brevettata, producendo nel territorio dello Stato o importando oggetti prodotti in uno Stato membro della Unione europea o dello Spazio economico europeo ovvero in uno Stato membro dell'Organizzazione mondiale del commercio, ovvero l'abbia attuata in misura tale da risultare in grave sproporzione con i bisogni del Paese, può essere concessa licenza obbligatoria per l'uso non esclusivo dell'invenzione medesima, a favore di ogni interessato che ne faccia richiesta (...)*".

A livello nazionale, un'altra possibilità potrebbe essere il ricorso alla procedura di espropriazione del brevetto nell'interesse della difesa militare del paese o per altre ragioni di pubblica utilità ai sensi dell'art. 141 c.p.i. ma, anche in tale ipotesi, non è chiaro se la fattispecie pandemica possa giustificare il ricorso ad un simile strumento il cui impatto è evidentemente molto forte[96].

L'espropriazione, ai sensi del sopra citato Codice della proprietà industriale, è disposta con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro competente, di concerto con i Ministri dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, sentito il Consiglio dei ministri, e nel decreto di espropriazione è fissata l'indennità spettante al titolare del diritto di proprietà industriale.

In questo senso, l'implementazione del codice della proprietà intellettuale potrebbe essere una strada percorribile e doverosa al fine di autorizzare, temporaneamente, la concessione di licenze obbligatorie in caso di emergenze sanitarie nazionali, in modo da consentire la produzione di medicinali e dispositivi medici considerati indispensabili per il benessere e la salute dei cittadini.

Sarebbe auspicabile, tuttavia, l'intervento del legislatore affinché la licenza obbligatoria per i medicinali possa essere concessa su proposta del Ministro della salute, mediante definizione dei medicinali ritenuti essenziali da parte dell'Agenzia italiana del farmaco, sentito il titolare dei diritti di proprietà intellettuale, ovvero mediante definizione dei dispositivi medici ritenuti essenziali da parte dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, sentito il titolare dei diritti di proprietà intellettuale.

Uno spunto di riflessione può forse essere fornito anche dalla giurisprudenza che, in un caso relativo alla durata dei certificati complementari, ha affermato che l'art. 41 della Costituzione "*non è, però, un diritto assoluto della personalità e sconta, quindi, i limiti che la Costituzione stessa, anche mercé l'attuazione che di volta in volta ne dà il legislatore ordinario e negli ovvi limiti della ragionevolezza e dell'uguaglianza sostanziale dei cittadini, impone per esigenze sociali. In linea di principio, l'efficienza economica, connessa alla stabilità di rapporti e traffici giuridici (specie per quelli di durata) è sì un valore protetto, ma non gerarchicamente prevalente rispetto ad altri bisogni sociali. Invero, la disciplina dell'economia, che la Costituzione vuole dettata dal legislatore ordinario, dev'essere non solo ispirata all'intento di perseguire scopi immediatamente economici (aumento della produzione, equilibrio finanziario, ecc.), ma anche guidata dalla necessità d'attivare e favorire il processo di trasformazione sociale, le cui grandi linee sono tracciate dall'art. 3, secondo comma*" (cfr. Tar Lazio, sez. III, 30 settembre 2003, n. 7858).

Risulta quindi evidente che la soluzione più efficace, non solo per vincere la sfida legata alla cura della pandemia da Covid-19 ma anche, e più in generale, per trovare un punto di

96 In particolare, la norma in esame stabilisce che "*Con esclusione dei diritti sui marchi, i diritti di proprietà industriale, ancorché in corso di registrazione o di brevettazione, possono essere espropriati dallo Stato nell'interesse della difesa militare del Paese o per altre ragioni di pubblica utilità. L'espropriazione può essere limitata al diritto di uso per i bisogni dello Stato, fatte salve le previsioni in materia di licenze obbligatorie in quanto compatibili. Con l'espropriazione anzidetta, quando sia effettuata nell'interesse della difesa militare del Paese e riguardi titoli di proprietà industriale di titolari italiani, è trasferito all'amministrazione espropriante anche il diritto di chiedere titoli di proprietà industriale all'estero*".

equilibrio tra la tutela degli investimenti compiuti dalle imprese farmaceutiche in ricerca e sviluppo - in modo che in futuro la ricerca possa continuare anche ad attrarre capitali privati e raggiungere nuovi importanti traguardi - e il diritto di accesso agevolato alle cure e ai vaccini per tutti i paesi del mondo, non possa che passare attraverso una soluzione comune a livello internazionale e non da politiche nazionali a se' stanti e tra di loro non coordinate[97].

5. Considerazioni conclusive e proposte future alla luce del *Global health summit* 2021.

In questa direzione si stanno effettivamente orientando i principali leader mondiali. L'amministrazione Biden all'inizio di maggio si è infatti unita a India, Sud Africa e molti altri paesi in via di sviluppo nel chiedere una sospensione temporanea ai brevetti per i vaccini Covid-19, nell'ottica di un aumento della produzione e al fine di consentire una più equa distribuzione delle dosi di vaccino in tutto il mondo.

Ma l'Unione Europea e altri paesi produttori di vaccini hanno sollevato dubbi sulla sospensione delle coperture brevettuali, affermando che la rimozione delle restrizioni alle esportazioni statunitensi sulle materie prime dei vaccini, il trasferimento di *know-how* e la cooperazione volontaria tra i produttori di vaccini garantirebbero un aumento molto più rapido della produzione globale.

L'agenzia stampa Reuters[98] ha annunciato di aver visionato una bozza di risoluzione che è stata discussa il 21 maggio 2021 al *Global health summit* di Roma, un evento speciale della

97 Sul punto, si fa presente che, nella seduta n. 474 del 24 marzo 2021, la Camera ha adottato la mozione concernente "*iniziative volte a implementare la produzione e la distribuzione di vaccini anti covid-19, anche attraverso l'autorizzazione temporanea della concessione di licenze obbligatorie*", impegnando il Governo: "*1) ad intraprendere, in seno alle competenti sedi decisionali europee, ogni possibile iniziativa al fine di promuovere e sollecitare la necessità di iscrivere il regime di licenze obbligatorie all'interno di un'azione più ampia dell'Unione europea per affrontare la questione dell'accesso ai medicinali, in conformità all'approccio comune e alla strategia globale dell'Unione europea nella lotta al COVID-19; 2) a farsi promotore, in sede europea, di proposte di modifica riguardo ai termini e alle condizioni sulle restrizioni derivanti dai diritti di proprietà intellettuale, compresi i brevetti, affinché non rappresentino, in una situazione di pandemia e di difficoltà economica, un ostacolo all'accessibilità e alla distribuzione diffusa di qualsiasi futuro vaccino o trattamento contro il COVID-19, consentendo così la massima condivisione possibile di conoscenze, proprietà intellettuale e dati relativi alle tecnologie sanitarie, a beneficio di tutti i Paesi e di tutti i cittadini; 3) a disciplinare nell'ordinamento italiano, nella prima iniziativa normativa utile e in maniera compiuta, la licenza obbligatoria normata dall'Organizzazione mondiale del commercio, al fine di consentire al nostro Paese di superare con celerità la tutela brevettuale dinanzi a circostanze eccezionali, com'è il caso della pandemia COVID-19, garantendo che siano esplicitati i termini temporali e geografici di suddetta sospensione della licenza brevettuale; 4) ad avviare – tramite il Ministero della salute, coadiuvato da Agenzia italiana del farmaco e d'intesa con le regioni – una ricerca di stabilimenti produttivi per la produzione di vaccini contro il COVID-19 nel territorio italiano; 5) a valutare l'opportunità, nella prima iniziativa utile, anche attraverso un investimento pubblico strategico, di rafforzare la capacità produttiva e tecnologica delle aziende presenti sul territorio italiano nell'ottica di garantire, nel più breve tempo possibile, la produzione di mRna per i vaccini nonché dei medicinali e dei dispositivi medici ritenuti essenziali da parte dell'Agenzia italiana del farmaco, anche attraverso un adeguamento degli impianti esistenti*".

98 Sul punto, per un'analisi della problematica clicca sul seguente link: https://www.reuters.com/business/healthcare-pharmaceuticals/exclusive-g20-snubs-covid-patent-waiver-waters-down-pledge-whos-funding-draft-2021-05-18/

Presidenza G20, organizzato dall'Italia in partnership con la Commissione europea e presieduto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, Mario Draghi, e dalla Presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen[99].

In particolare, il Premier italiano ha manifestato la necessità di "*vaccinare tutti, ovunque, adesso*": rafforzare la cooperazione in campo farmaceutico è l'unico modo per "*superare i confini*" e rimediare alle ingiustizie e iniquità dei momenti più difficili della pandemia[100].

Sembra che i leader dei 20 Paesi più avanzati abbiano proposto una risoluzione secondo cui sarebbe preferibile un "*patent pool*" anziché la licenza obbligatoria.

La bozza, che è ancora soggetta a modifiche, è evidentemente il risultato della ricerca di un compromesso tra esperti dei paesi del G20 che rimangono divisi sulla possibilità di una rinuncia ai diritti di proprietà intellettuale per i vaccini Covid-19.

Il "*pooling* dei brevetti" proposto è una misura meno radicale della sospensione della copertura brevettuale pensata per incoraggiare la condivisione dei brevetti.

Si tratterebbe di far sì che i produttori di farmaci decidano volontariamente di condividere le licenze per la produzione dei loro prodotti nei paesi in via di sviluppo.

Tuttavia, non manca chi considera anche questa opzione come una mossa "ostile" nei confronti delle aziende farmaceutiche, seppure certamente molto meno estrema dell'ipotesi della sospensione dei brevetti.

La bozza sembra dare un duro colpo all'OMS e al suo piano per accelerare la distribuzione di vaccini, farmaci e test Covid-19 in tutto il mondo in quanto, sebbene i leader globali abbiano formalmente affermato il loro sostegno al programma, noto come ACT Accelerator, di fatto si sono finora astenuti dall'impegnarsi chiaramente a finanziarlo, con buona pace degli impegni inizialmente assunti per garantire, per la prima volta, un "finanziamento equo e completo" del programma.

Ancora una volta, quindi, citando le parole del capo dell'OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, pronunciate nel corso di un evento virtuale del Forum della pace di Parigi, "*il grosso problema è la mancanza di condivisione. Quindi la soluzione è più condivisione*".

Nella stessa direzione si è espresso anche il Comitato ONU per i diritti economici, sociali e culturali, il quale ha richiesto agli Stati un rafforzato dovere di cooperazione internazionale in campo scientifico, precisando come questa cooperazione internazionale debba ormai considerarsi essenziale anche a causa dell'esistenza di profonde disparità internazionali tra i paesi nel campo della scienza e della tecnologia. Gli Stati maggiormente sviluppati dovrebbero, pertanto, contribuire allo sviluppo della scienza e della tecnologia nei paesi in via di sviluppo, adottando misure per raggiungere questo scopo, come assegnare aiuti allo sviluppo e fondi alla costruzione e al miglioramento dell'educazione

99 In particolare, il Summit ha avuto ad oggetto (i) il Coronavirus Global Response, la maratona di donazioni che lo scorso anno ha raccolto quasi 16 miliardi di euro da donatori di tutto il mondo per l'accesso universale a trattamenti, test e vaccini contro il coronavirus (ii) l'attuale lavoro delle istituzioni e dei consessi multilaterali, tra cui l'Organizzazione Mondiale della Sanità e i Regolamenti Sanitari internazionali; (iii) altre iniziative e processi in materia di salute, compresi quelli che si svolgono nell'ambito del G20 e del G7.

100 Per consultare gli interventi del Presidente Mario Draghi e degli altri partecipanti si veda il seguente link: https://www.governo.it/it/articolo/gli-interventi-del-presidente-draghi-al-global-health-summit/16924.

scientifica, la ricerca e la formazione nei paesi in via di sviluppo, promuovere la collaborazione tra le comunità scientifiche dei paesi sviluppati e in via di sviluppo per soddisfare le esigenze di tutti i paesi e facilitare i loro progressi nel rispetto delle normative nazionali (cfr. Commento Generale sulla scienza, novembre 2020).

Del resto, le pandemie sono un esempio cruciale di come la cooperazione scientifica internazionale, soprattutto in campo medico, sia imprescindibile per affrontare la diffusione di virus e agenti patogeni che non conoscono confini, imponendo agli Stati una maggiore collaborazione nella consapevolezza che le soluzioni nazionali non saranno mai sufficienti a tutelare la salute collettiva.

LA POTESTÀ LEGISLATIVA TRASVERSALE DELLE REGIONI NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

FRANCESCO BOCCHINI*

ABSTRACT (IT.) La dottrina diffusa ritiene che le materie, oggetto della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, enunciate nell'art. 117 Cost., siano caratterizzate da una sostanziale asimmetria, perché la trasversalità può riguardare solo le materie, oggetto della potestà legislativa esclusiva dello Stato, ma non le materie, oggetto della potestà legislativa delle Regioni. La più recente giurisprudenza costituzionale (sentenze nn. 80 del 2012 e 91 del 2020) ha, però, riconosciuto anche alle regioni la potestà legislativa trasversale, specialmente, nelle materie residuali. Il lavoro approfondisce queste ultime sentenze della Corte costituzionale alla luce della più recente dottrina costituzionalista.

ABSTRACT (ENG.) *Widespread doctrine believes that the matters, subject to the legislative power of the State and the Regions, set out in art. 117 of the Constitution, are characterized by a substantial asymmetry, because the transversality can only concern the matters, object of the exclusive legislative power of the State, but not the matters, object of the legislative power of the Regions. The most recent constitutional jurisprudence (judgments nos. 80 of 2012 and 91 of 2020) has, however, also recognized the transversal legislative power to the regions, especially in residual matters. The work explores these latest rulings of the Constitutional Court in the light of the most recent constitutional doctrine.*

PAROLE CHIAVI: Principi costituzionali in materia di autonomie locali. Corte Costituzionale. Diritto regionale. Potestà legislativa trasversale delle regioni. Materia residuale.

KEYWORDS: *Constitutional principles on local self-government. Constitutional Court. Regional law. Transversal legislative powers of the regions. Residual matter*.

SOMMARIO: 1. Introduzione. **- 2.** Il problema della trasversalità legislativa regionale nella dottrina. **- 3.** L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. **– 4.** (segue). La sentenza n. 91 del 2020. **- 5.** Riflessioni sistematiche.

1. Introduzione.

La dottrina diffusa[1] ritiene che le materie, oggetto della potestà legislativa dello Stato e delle regioni, enunciate nell'art. 117 Cost., siano caratterizzate da una sostanziale asimmetria, perché la trasversalità può riguardare solo le materie, oggetto della potestà legislativa esclusiva dello Stato, ma non le materie, oggetto della potestà legislativa delle regioni.

Poiché, dopo la riforma del 2001 sul Titolo V della Parte II della Costituzione[2], la potestà legislativa dello Stato e delle regioni si caratterizza per una legislazione plurilivello in forza della quale la legge statale e la legge regionale hanno pari dignità giuridica[3], una dottrina[4] ha posto in discussione l'orientamento più diffuso, pervenendo alla conclusione che anche la potestà legislativa regionale possa avere carattere trasversale.

---

1 * *Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi del Molise.*
- A. RUGGERI, *Le Costituzioni passano, ma la giurisprudenza … resta*, in *www.federalismi.it*, 2004, n. 1, pp. 9 ss.; A. D'ATENA, *A proposito della "clausola di asimmetria" (art. 116 u.c. Cost.)*, in *Riv. AIC*, 2020, n. 4, pp. 313 ss.; G. RIVOSECCHI, *L'autonomia finanziaria regionale al tempo della crisi* in A. APOSTOLI-M. GORLANI-N. MACCABIANI (a cura di), *Quale rilancio per le autonomie territoriali*, Atti del convegno, Brescia, 24 maggio 2019, Giuffrè, Milano, 2020, p. 330; S. MANGIAMELI, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2003, n. 1, p. 343. Per un illuminante inquadramento della definizione delle materie v. R. BIN, *"Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale". Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Tirolo V*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. I, Jovene, Napoli, 2004, pp. 295 ss.; A. RUGGERI-C. SALAZAR, *Le materie regionali tra vecchi criteri e nuovi (pre)orientamenti metodici d'interpretazione*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. IV, Jovene, Napoli, 2004, pp. 1943 ss.; C. SALAZAR, *Dieci anni dopo la riforma del Titolo V: il "ruolo" delle fonti regionali*, in AA.VV. (a cura di S. MANGIAMELI), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2012, p. 224.
2 Per una efficace ricostruzione dell'autonomia normativa siciliana alla luce della giurisprudenza costituzionale v. A. SAITTA, *L'autonomia siciliana alla prova della riforma costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2015, n. 4, pp. 1 ss.
3 Per un'efficiente analisi del contenzioso costituzionale tra Stato e regioni v. A. PERTICI, *La potestà legislativa concorrente e la questione della tutela del diritto alla salute*, in *www.possibile.com*, 27 ottobre 2016, 1 ss. Sui problemi interpretativi ed applicativi posti dalla riforma del Titolo V Cost. all'indomani della sua introduzione v., *ex multiis*, V. ONIDA, *Autonomie e regionalismo nell'Italia di oggi*, in *Il Piem. Aut.*, 2019, n. 2, p. 1 ss.; A. ANZON, *Il difficile avvio della giurisprudenza costituzionale sul nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003, n. 2, pp. 1149 ss.; ID., *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 97 ss.; P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Regioni*, 2001, n. 6, p. 1223; M. LUCIANI, *L'autonomia legislativa*, in *Regioni*, 2004, nn. 2-3, p. 355; G. FALCON, *Il big bang del regionalismo italiano*, in *Regioni*, 2001, nn. 2-3, p. 1144; F. POLITI, *La ripartizione della potestà legislativa fra Stato e Regioni.* in F.P. TRASCI (a cura di), *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 51 ss.; T. GROPPI, *L'evoluzione della forma di Stato in Italia : uno Stato regionale senz'anima?*, in *www.federalismi.it*, 2007, n. 4, pp. 20 ss.; A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 2007, n. 1, pp. 139 ss.; F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Regioni*, 2003, n. 4, pp. 599 ss.
4 R. BIN, *Materie e interessi: tecniche di individuazione delle competenze dopo la riforma del Titolo V*, in E.R. BASILE (a cura di), *Dopo la modifica dell'art. 117 Cost.: problemi ed esperienze sulla competenza della materia agricoltura*, Atti del Convegno Siena 25-26 novembre 2005, Giuffré, Milano, 2006, pp. 18 ss.; ID., *Il governo delle politiche pubbliche tra Costituzione ed interpretazione del giudice costituzionale*, in *Regioni*, 2013, n. 3, pp. 512 ss.; F. BENELLI, *La "smaterializzazione" delle materie*, Giuffrè, Milano, 2006; ID., *L'ambiente tra "smaterializzazione" della materia e sussidiarietà legislativa*, in *Regioni*, 2004, n. 1, pp. 176 ss.; F. BOCCHINI, *La trasversalità delle competenze legislative regionali nella Costituzione*, Aracne, Ariccia, 2015, pp. 77 ss.

Poiché le materie trasversali incidono potenzialmente su tutti gli ambiti legislativi, resta da identificare la linea di confine tra competenze regionali e statali[5]. Di qui l'intensa opera di sistematizzazione compiuta dalla giurisprudenza costituzionale[6]. La Corte costituzionale[7], dal canto suo, in più sentenze, ha riconosciuto in via di principio che anche la potestà legislativa regionale può avere natura trasversale perché anche per le regioni esistono materie che non sono materie-oggetto, ma materie-funzioni[8]. Tuttavia la Consulta, quasi mai, ha dato attuazione, in concreto, a questo principio, dichiarando legittime costituzionalmente leggi regionali trasversali, che intercettano materie di competenza legislativa statale.

Il lavoro si propone, da un lato, di ricostruire la fondatezza delle posizioni dottrinali favorevoli alla potestà legislativa trasversale delle regioni e, dall'altro, di ripercorrere sistematicamente gli argomenti della giurisprudenza costituzionale più recente.

2. Il problema della trasversalità legislativa regionale nella dottrina.

E' stato correttamente osservato[9] che, nonostante la frequente proclamazione, specie in sede politica negli scorsi decenni di un vero e proprio federalismo, è pur sempre l'orientamento regionalista che fa da sfondo alla dottrina ed anche alla giurisprudenza della Corte costituzionale. Di qui l'osservazione che alle regioni non serve tanto aggiungere nuove competenze materiali a quelle esistenti, ma stabilire "titoli di partecipazione della regione alle decisioni che le coinvolgono e, quindi, prevedere la necessità che le regioni raggiungano intese c.d. "forti" con lo Stato, sino a coordinare le reciproche attività".

5 R. BIN, *Dopo la riforma*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, nn. 3-4, pp. 596 ss.; ID., *Le potestà legislative regionali, dalla Bassanini ad oggi*, in *Regioni*, 2001, n. 4, pp. 613 ss.; S. STAIANO, *Il regionalismo differenziato. Debolezza teorica e pratica del conflitto* in *Gruppodipisa.it*, 2019, n. 3, p. 226; U. DE SERVO, *Il regionalismo in alcune disposizioni del disegno di legge di revisione costituzionale n. 1429*, in *Oss. sulle fonti*, 2014, n. 2, pp. 1 ss.; S. GAMBINO, *Una nuova riforma costituzionale per il Titolo V: soluzione intricata e compromesso difficile fra riassetto istituzionale ed esigenze in conflitto*, in *Oss. Cost. AIC*, 2015, n. 3, pp. 3 ss.; F. BENELLI, *I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2007, n. 1, p. 26; R. BIFULCO-A. CELOTTO, *Corte costituzionale e materie*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO (a cura di), *Le materie dell'art. 117 della Costituzione nella giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze tra Stato e Regioni 2001-2014*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, pp. 12 ss.; G. SERGES, *La potestà legislativa delle Regini nel progetto di riforma della Costituzione*, in *Riv. AIC*, 2015, n. 3, pp. 6 ss.

6 Corte cost. 26 luglio 2002, n. 407; Corte cost. 20 dicembre 2002, n. 536; Corte cost. 24 giugno 2003, n. 222. Per un'efficiente analisi del regionalismo asimmetrico v. A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, 2019, n. 2, pp. 29 ss.

7 Per una illuminante ricostruzione del regionalismo duale v. A. CERRI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sui rapporti tra Stato e regioni dal luglio 1981 al luglio 1986: linea di tendenza e problemi aperti*, in *Regioni*, 1987, nn. 1-2, pp. 30 ss; ID., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 389 ss.

8 F. BENELLI, *Quid iuris? Il giudice delle leggi (statali e regionali) tra "vecchio" e "nuovo" Titolo V della Costituzione*, in *Studium iuris*, 2003, p. 1242.

9 A. CARIOLA, *Lo statuto siciliano alla prova di un regionalismo in divenire (settembre 2017)*, in *www.issirfa.cnr.ir*, 29 settembre 2017, p. 6.

Mi sia consentito, allora, come osservato in altra sede[10], ritenere che, anche, le materie di competenza legislativa regionale possano essere caratterizzate dalla trasversalità attiva sulla base di argomenti di carattere logico, teleologico e sistematico.

L'argomento logico si fonda sulla convinzione che la trasversalità costituisca un valore che attraversa tutte le materie oggetto di potestà legislativa[11] e che si inquadra in un «arco di valori in grado di mettere in moto profonde trasformazioni della legislazione e della giurisprudenza "[12].

La trasversalità attiene, invero, alla struttura oggettiva della materia, perché ogni materia può essere rigida o elastica e prescinde dalla titolarità soggettiva della correlata potestà legislativa. Naturalmente la trasversalità, per una esigenza logica prima che giuridica, trova il suo limite implicito nella funzione che le diverse potestà legislative sono chiamate ad esplicare. L'elasticità, quindi, non attiene alla potestà legislativa, perché la potestà legislativa rimane sempre la stessa, sia che si riferisca ad una materia elastica (es. tutela dell'ambiente) sia che si riferisca ad una materia rigida (es. tutela della moneta). La causa della trasversalità attiene, quindi, al contenuto della materia e non della potestà legislativa. E questa è la ragione per la quale il valore della trasversalità deve o può riguardare, indifferentemente, tutte le potestà legislative e statali e regionali.

Veniamo ora all'esame dell'argomento teleologico. La trasversalità della materia, intesa come carattere generale, comporterebbe una competenza illimitata della potestà legislativa che finirebbe con l'espropriare il campo d'azione delle altre potestà legislative in un sistema legislativo plurilivello[13]. Invece la funzione delimita il campo d'azione di ogni materia. Il terreno, allora, sul quale la trasversalità attiva regionale può convivere con la potestà legislativa dello Stato è quello della reciproca competenza funzionale. Invero l'attività legislativa è, per definizione, attività biunivoca, nel sistema della legislazione plurilivello, perché guarda, come un Giano bifronte, da un lato, alle esigenze locali delle regioni[14] e, dall'altro, agli interessi unitari dello Stato[15].

10 F. BOCCHINI, *La trasversalità delle competenze legislative regionali nella Costituzione*, Aracne, Ariccia, 2005, pp. 104 ss.

11 R. BIN, *"Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale". Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, cit., p. 304, osserva che l'artificiosità della distinzione tra norme di principio e norme di dettaglio ai fini della delimitazione delle rispettive competenze di Stato e regioni costituisce "uno dei piedi d'argilla su cui il costituente del '48 ha edificato il sistema regionale italiano: non ha alcuna seria giustificazione teorica ed è naufragata completamente nella pratica legislativa".

12 A.A. CERVATI, *In tema di percorsi per il riconoscimento del diritto costituzionale*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 221 ss.

13 Per un'efficace ricostruzione del valore del costituzionalismo come contenitore e veicolo di valori universali A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *www.costituzionalismo.it*, 2019, n. 3, pp. 1 ss.

14 Per un'efficace analisi dell'assetto generale delle autonomie locali nell'ottica della sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, v. A. DEFFENU, *Il ridimensionamento delle province nell'epoca dell'emergenza finanziaria tra riduzione delle funzioni, soppressione dell'elezione diretta e accorpamento*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2012, n. 3, p. 29.

15 A. BARBERA, *Scompare l'interesse nazionale?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2001, pp. 1 ss.; ID., *Chi è il custode dell'interesse nazionale*, in *Quaderni cost*, 2001, n. 2, pp. 345 ss. osserva che il peso del controllo sul rispetto dell'interesse nazionale ricadrà, dopo la riforma del 2001, sulle spalle della Corte costituzionale; S. STAIANO, *Costituzione italiana: articolo 5*, Carocci, Roma, 2017, pp. 102 ss. Sulla stessa linea si colloca M. CARLI, *I limiti alla potestà legislativa regionale*, in *Regioni*, 2002, n. 6, pp. 1369 ss. il quale osserva "che le regioni, da sole, possono farsi

L'unità della funzione legislativa non esclude la diversità degli interessi tutelati, rispettivamente, dallo Stato e dalle regioni. Pertanto, sul piano sistematico, due sub-funzioni, rispettivamente, dello Stato e delle regioni si collegano all'unica funzione legislativa. E' possibile, allora, affidare allo Stato e alle regioni sub-funzioni legislative partecipi dell'unica funzione legislativa, operante sui due versanti, rispettivamente, dello Stato e delle regioni. Le sub-funzioni non sono espressione di alcuna subordinazione, ma solo di diversità di esigenze ed interessi pubblici tutelabili, a diverso livello, dalla funzione legislativa.

In questo modo la trasversalità della materia non è più un presupposto "statico" e "pietrificato" dalla funzione legislativa, ma agisce in modo "dinamico", perché diventa uno strumento di ripartizione simmetrico e paritario delle competenze legislative statali e regionali. Questo argomento trova uno sbocco naturale nel principio costituzionale della leale collaborazione[16] nell'esercizio della funzione legislativa. Quest'ultima non può e non deve svolgersi attraverso interventi legislativi esclusivi dello Stato espropriativi del livello legislativo regionale, basati sulla supremazia dello Stato. Invero il sistema costituzionale si fonda sulla duplice autonomia legislativa e dello Stato e delle regioni che si esplica attraverso il principio della leale collaborazione, al fine di realizzare un bilanciamento tra i diversi e, talora, opposti interessi presenti in diversi livelli legislativi di normazione[17].

Solo, così, si supera sia la dicotomia tra principio di trasversalità e principio di chiamata in sussidiarietà, che funziona, in via di completamento o integrazione[18], e che la dottrina tende, invece, a ritenere distinti, sia la dicotomia tra orientamento regionalista e

carico dei problemi di interesse (massimo) regionale, e i c.d. interessi infrazionabili non possono essere lasciati solo agli accordi infraregionali". Secondo altri (R. TOSI, *A proposito dell'"interesse nazionale"*, in *Quaderni cost.*, 2002, n. 1, pp. 86 ss.) la determinazione degli interessi nazionali costiuerebbe, viceversa, il frutto di una collaborazione tra il Parlamento e il giudice costituzionale. In particolare, al Parlamento "spetta di scegliere la concreta collocazione del confine tra interessi, cui ogni riparto costituzionale lascia inevitabilmente ed opportunamente margini di mobilità" attraverso i varchi concessi dagli artt. 117, 118 e 120 Cost., mentre competono al giudice costituzionale le "piccole correzioni", oltre alla "messa a punto dei titoli che giustificano l'intervento statale a tutela degli interessi nazionali". Si ribadisce, così, l'esistenza di margini discrezionali nell'individuazione degli interessi nazionali, ma, essendo mutate le norme costituzionali di riferimento, si mette in conto che quegli stessi confini possano essere inevitabilmente slittati. Secondo altri (P. CAVALERI, *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 2003 pp. 141 ss.; ID., *La nuova autonomia legislativa delle Regioni*, in *Foro it.*, 2001 V, p. 202) i vincoli ai quali la potestà legislativa regionale possono essere sottoposti sono determinati dai poteri che lo Stato esercita attraverso l'art. 117, comma 2, e (per i principi fondamentali di legislazione regionale) comma 3 Cost. nonché dall'estensione dei suoi interventi sostitutivi (artt. 117, comma 5, e 120 Cost.) In particolare, l'interesse nazionale, nel nuovo Titolo V Cost, sarebbe "tipizzato" (A. ANZON, *Un passo indietro verso il regionalismo "duale"*, in S. MANCINI, *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 231) ovvero "esemplificato", (M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario*, *Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2002, n. 5). Secondo altri (R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Regioni*, 2002, nn. 2-3, pp. 1218 ss.) l'interesse nazionale si traduce, dopo la riforma del Titolo V Cost., nell'idea della sussidiarietà e per identificarlo occorre una valutazione concreta degli interessi di volta in volta in discussione. La Corte costituzionale, osserva l'autore, non dovrà più valutare, come in passato, e nel merito, se le norme di coordinamento impugnate, incarnino un effettivo interesse nazionale, ma potrà limitarsi a verificare se gli atti e le disposizioni impugnate siano il precipitato di un procedimento di contrattazione rispondente alle regole della leale cooperazione.

16 G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

17 A. CERRI, *Il principio di leale collaborazione ed il mancato accordo*, in *Foro it.*, 2012, n. 1, pp. 2939 ss.

orientamento federalista, a discapito del principio costituzionale dell'unità [19]. Si realizza, così, non solo un effettivo principio di interattività ma, soprattutto, si riconduce, attraverso il principio di sussidiarietà[20], la nozione di trasversalità ad unità, perché entrambi i principi di sussidiarietà e di trasversalità sono diretti a soddisfare la medesima esigenza di coordinamento tra le potestà legislative dello Stato e delle regioni, in un contesto di leale collaborazione.

3. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale.

Venendo all'esame della giurisprudenza costituzionale[21] è possibile ricostruire la sua evoluzione nel tempo che ha portato la Corte costituzionale, di recente, con la sentenza n. 91 del 2020 a ritenere compatibile la potestà legislativa regionale trasversale nelle materie-funzione con il sistema costituzionale[22].

Invero se si esamina la giurisprudenza costituzionale successiva all'anno 2001 è possibile enucleare un duplice orientamento con riferimento alla trasversalità della potestà legislativa dello Stato e delle regioni.

Un orientamento della Corte costituzionale "centralista"[23] ha rigettato i ricorsi promossi dalle regioni ed ha affermato la legittimità degli interventi legislativi statali in esecuzione della trasversalità della potestà legislativa statale (sentenze n. 197 del 2003; 255 del 2004; 214 del 2006; 88 del 2007; 104 del 2008 76/2009; 164 del 2012)

Un altro orientamento della Corte costituzionale (sentenze nn. 178 del 2014; 171 del 2012, 454 del 2007; 49 del 2014; 132 del 2010; 194 del 2013; 27 del 2013; 235 del 2011; 369 del 2008) ritiene che le leggi statali trasversali, in astratto, devono lasciare uno spazio

18 A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*¸ 2003, n. 3, pp. 2778 ss.; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*¸ 2003, pp. 2782 ss.; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Regioni*, 2004, nn. 2-3, pp. 578 ss.; A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare…) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia (nota a Corte cost. n. 303 del 2003*), in www.*forumcostituzionale.it*, 2003, pp. 1 ss.; P. CARETTI, *Principio di sussidiarietà e funzione legislativa*, in AA.VV., *Le Regioni tra riforma amministrativa e revisione costituzionale*, Maggioli, Rimini, 2002, p. 86; M. LUCIANI, *Nuovi rapporti fra Stato e Regioni*: *un altro passo della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 1987, p. 385; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa "concorrente", leale collaborazione e strict scrutiny*, in *Le Regioni*, 2004, n. 1, pp. 587 ss.; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2003, pp. 1 ss.; G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, n. 2, pp. 465 ss.

19 S. MANGIAMELI, *Le materie di competenza regionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 69; G. ROLLA, *Il principio unitario nei sistemi costituzionali a più livelli*, in *Regioni*, 2003, n. 5, p. 717.

20 Per un'efficace ricostruzione del principio di sussidiarietà v. S. STAMMATI, *Il principio di sussdiairietà tra passato e presente*, in *Dir. e società*, nn. 2-3, 2011, pp. 337 ss.

21 Per un'ampia e puntuale analisi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sui conflitti di attribuzione v. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 267 ss.

22 A. RUGGERI, *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione, con specifico riguardo alle dinamiche della normazione ed al piano dei controlli*, in AA.VV., *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione*, Giuffré, Milano, 2002, pp. 11 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Il problema dell'attuazione della Riforma del Titolo V della Costituzione*, in AA.VV., *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 195 ss.

23 R. BIN-G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 240 ss.

normativo alla potestà legislativa residuale dichiarando, nella sentenza n. 80 del 2012, in materia di "turismo" incostituzionale l'art. 1, comma 1, d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, che ha approvato l'art. 1 dell'allegato 1, Codice del turismo, nella parte nel quale la potestà legislativa dello Stato invade l'area di competenza della potestà legislativa residuale regionale[24].

Ma la Consulta, **in** quest'ultimo orientamento, non si è mai spinta sino al punto di affermare la legittimità costituzionale di una legge regionale trasversale che incide su materie di competenza esclusiva dello Stato. Solo in tempi recenti la sentenza n. 91 del 2020 ha ritenuto legittima costituzionalmente una legge regionale nella materia dei "servizi sociali" che detta norme nelle materie dei "livelli essenziali delle prestazioni" e del "coordinamento della finanza pubblica" di competenza esclusiva statale.

Queste sentenze della Consulta dimostrano che fino a quando le regioni non occupano gli spazi lasciati vuoti dallo Stato, nelle materie di competenza esclusiva statale, le leggi regionali superano lo scrutinio di costituzionalità. Di contro le leggi regionali sono dichiarate incostituzionali quando nell'esercizio concreto della potestà legislativa trasversale dettano norme che incidono sulle materie di potestà legislativa statale. E' questa la ragione per la quale la sentenza n. 91 del 2020 merita particolare attenzione, posto che questa sentenza dichiara costituzionalmente legittima una legge regionale trasversale nonostante incida su materie riservate alla potestà legislativa dello Stato.

Ma per comprendere l'importanza di questa sentenza occorre esaminare il profilo processuale di questi giudizi di costituzionalità a seconda che la questione sia sollevata dallo Stato o dalle regioni.

---

24 La Corte costituzionale nella sentenza n. 80 del 2012 ha fondato la propria decisione sulla premessa che l'oggetto della delega legislativa era circoscritta al coordinamento formale di settori omogenei della legislazione statale nella materia del turismo, con la facoltà di introdurre solo le integrazioni necessarie ad un coerente riassetto normativo delle singole materie, al fine di semplificazione normativa e di agevolazione della conoscenza delle norme statali da parte dei cittadini nella materia del turismo. La disposizione censurata, secondo la Consulta, è andata, invece, oltre la delega, perché ha previsto un vero e proprio codice del turismo recante norme sull'esercizio unitario delle funzioni amministrative nella materia del turismo. Ma questo esercizio unitario delle funzioni amministrative nella materia del turismo non era consentito alla legge delegata la quale – osserva la Corte – ha perseguito finalità attinenti non al riassetto della legislazione statale in materia di turismo, ma al riordino innovativo dell'assetto dei rapporti tra Stato e Regioni nella materia del turismo. Ciò non era possibile perché, secondo la Corte, eccedeva la delega contenuta nella legge 28 novembre 2005, n. 246 la quale limitava la delega al coordinamento formale ed alla ricomposizione logico-sistematica di settori omogenei di legislazione statale, con la finalità di operare solo una semplificazione normativa in diverse materie, al punto, di agevolarne la conoscenza della normativa statale da parte dei cittadini. Secondo la Corte, in sostanza, la norma legislativa impugnata esulava dall'ambito della delega, in quanto operava un riassetto generale dei rapporti tra lo Stato e le Regioni nella materia del turismo, materia non di competenza esclusiva statale. E, così, per la Consulta il riassetto legislativo dei rapporti Stato-Regioni nella materia del turismo avrebbe dovuto coinvolgere necessariamente le Regioni. Né la legittimità costituzionale della legge delega poteva fondarsi, per la Consulta, sulla chiamata in sussidiarietà da parte dello Stato. Infatti nella legge n. 246 del 2005 non si rinviene alcun cenno alla chiamata in sussidiarietà e, pertanto, non può valere una generica delegazione al Governo ad operare un riassetto di norme statali, senza una espressa enunciazione dei principi e criteri direttivi della chiamata in sussidiarietà per la regolamentazione interordinamentale di singole materie. In definitiva, la Corte osserva che la delega non consentiva la disciplina *ex novo* dei rapporti tra Stato e Regioni nella materia del turismo, in assenza, nella legge delega, della espressa "attrazione in sussidiarietà", che richiede una precisa manifestazione di volontà legislativa del Parlamento, con indicazione, tra l'altro, di adeguate forme collaborative tra Stato e Regioni, del tutto. assente nella legge di delegazione n. 246 del 2005 e con espressa specificazione dei principi e criteri direttivi della delega.

Quando il giudizio è promosso dalle regioni, leggendo le sentenze della Corte, appare evidente che il rigetto del ricorso delle regioni, con un orientamento "centralista", consente alla Corte di affermare, quasi come un "contentino" alle regioni, che la legge dello Stato sia costituzionalmente legittima, ma essa non esaurisce l'intera disciplina della materia residuale delle regioni, dal momento che, in astratto, le regioni, esistendo spazi vuoti nella legge dello Stato, potranno riempirli se e quando vorranno a tutela degli interessi locali. In questi giudizi la Corte costituzionale non è chiamata a riconoscere la legittimità costituzionale di una legge regionale che abbia invaso il campo della potestà legislativa statale, non essendo questo l'oggetto del sindacato costituzionale.

Dall'enunciazione di una potestà legislativa regionale non deriva alcuna conseguenza nel giudizio di costituzionalità e, meno che mai, nel dispositivo finale, perché il ricorso delle regioni è rigettato avendo il giudizio ad oggetto la costituzionalità della legge statale.

Naturalmente tutto cambia quando il giudizio di costituzionalità è promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti di una regione. Questi giudizi hanno ad oggetto le leggi regionali trasversali perché le regini hanno fatto tesoro della potestà legislativa traversale astrattamente riconosciuta dalla Corte costituzionale.

3.3. Solo in tempi recenti, almeno, in due sentenze, la Corte costituzionale ha modificato il suo orientamento. Trattasi delle sentenze nn. 80 del 2012 e 91 del 2020 molto diverse nell'oggetto ed entrambe orientate a favore della regione.

Nella sentenza n. 80 del 2012, nella materia del "turismo", la regione ha promosso un ricorso alla Consulta per la declaratoria di incostituzionalità di una legge statale trasversale che aveva inciso sulla competenza legislativa residuale delle regioni nella materia del "turismo". Nella sentenza n. 91 del 2020 oggetto del giudizio di costituzionalità è una legge regionale che ha inciso su due competenze legislative statali esclusive nelle materie dei "livelli essenziali delle prestazioni" e del "coordinamento della finanza pubblica". I due giudizi hanno un contenuto simmetrico, ma una sostanza analoga perché l'oggetto del giudizio è sempre e soltanto la potestà legislativa trasversale attiva delle regioni.

Nel giudizio deciso dalla sentenza n. 80 del 2012 la materia residuale di competenza delle regioni è "minacciata" da una legge statale (il Codice del turismo) mentre nel giudizio deciso dalla sentenza n. 91 del 2020 la materia residuale è esercitata dalla regione provocando, così, il ricorso della Presidenza del Consiglio dei ministri avverso la legge regionale. Si potrebbe affermare che la materia residuale è affermata dalla Consulta, rispettivamente, nel primo giudizio nella sua "dimensione statica" mentre nel secondo giudizio nella sua "dimensione dinamica" perché la regione esercita, in concreto, in questo secondo caso, la potestà legislativa trasversale attiva nella materia residuale e lo Stato propone, di conseguenza, il ricorso alla Corte costituzionale.

Se si spinge più a fondo l'esame, sul piano sistematico, la razionalità della giurisprudenza costituzionale sembra evidente. Quando l'oggetto del giudizio è una legge statale, la Corte costituzionale non ha difficoltà, nel momento stesso nel quale rigetta il ricorso della regione avverso la legge dello Stato, a riconoscere, in astratto, lo spazio

normativo per consentire ipotetici interventi legislativi delle regioni al fine di garantire un livello maggiore di tutela degli interessi locali. Ma tale spazio è astratto in quanto oggetto del giudizio di costituzionalità non è una legge regionale, ma una legge dello Stato. Pertanto la Corte conclude il giudizio rigettando il ricorso della regione ed affermando che la legge dello Stato è costituzionalmente legittima, mentre la regione "porta a casa" un'*astratta potestà di legiferare* negli spazi normativi lasciati vuoti dalla legge statale.

Viceversa nelle fattispecie nelle quali oggetto del giudizio di costituzionalità è, proprio, una legge regionale nella quale la regione esercita la potestà legislativa trasversale, la Corte non può limitarsi a riconoscere, in astratto, una potestà legislativa regionale se essa sia stata concretamente esercitata e sia "sotto il tiro" della Presidenza del Consiglio dei ministri che promuove il giudizio di costituzionalità avente proprio ad oggetto la declaratoria di illegittimità costituzionale della legge regionale.

In questi casi la Corte deve giudicare proprio la legittimità costituzionale della legge regionale che ha esercitato in concreto la sua astratta potestà legislativa residuale. E lo *spatium deliberandi* della Corte è ancora minore se la stessa legge statale, oggetto del giudizio di costituzionalità riconosce non più in astratto, ma in concreto, il potere della regione di integrare e completare la normativa statale dettando ulteriori livelli di normazione a tutela degli interessi locali. In questi casi gli spazi normativi vuoti sono "riempiti" dalle regioni. Le osservazioni svolte consentono, allora, di conferire particolare rilievo alla sentenza n. 91 del 2020 nella quale la Corte costituzionale ha affermato la legittimità costituzionale della potestà legislativa regionale nelle materie di natura trasversale.

4. … (segue). **La sentenza n. 91 del 2020.**

4.1. La fattispecie esaminata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 91 del 2020 concerne la legittimità costituzionale della legge della regione Piemonte n. 16 del 2019[25].

Questa legge ha introdotto, per la determinazione dell'accesso alle prestazioni erogate dalla regione Piemonte, un nuovo indicatore sintetico della situazione reddituale, denominato «Fattore famiglia», integrativo di ogni altro che rappresenta le condizioni economiche reali dei nuclei familiari e favorisce quelli con carichi maggiori, in considerazione del numero di figli minorenni, di disabili non autosufficienti o di anziani[26].

In particolare, l'art. 3 della legge della regione Piemonte n. 16 del 2019 prevede i seguenti ambiti di applicazione del Fattore famiglia: a) prestazioni sociali e sanitarie, comprese le compartecipazioni alla spesa, b) servizi socio-assistenziali, c) misure di sostegno per l'accesso all'abitazione principale, d) servizi scolastici, di istruzione e

25 T. CERRUTI, *La Corte costituzionale "salva" il Fattore famiglia piemontese*, in *Il Piem. Aut.*, 2020, n. 2, p. 1 ss.

26 Per un'efficiente analisi delle novità introdotte dalla legge 8 novembre 2000, n. 328 sulla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali v. A. POGGI, *I diritti delle persone. Lo Stato scoiale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, Mondadori, Torino, 2014, p 81 ss.

formazione anche universitari, comprese le erogazioni di fondi per il sostegno al reddito e per la libera scelta educativa e il trasporto pubblico locale. Viene, inoltre, attribuita alla Giunta regionale la facoltà di estenderne l'uso a ulteriori ambiti.

A sua volta, l'art. 4 della medesima legge regionale attribuisce alla Giunta, previo parere dell'Osservatorio per l'attuazione del Fattore famiglia, di cui al successivo art. 5, e sentite le commissioni consiliari competenti, il potere di determinare le modalità attuative del Fattore famiglia e ne prevede l'aggiornamento triennale. La Giunta regionale ha competenza a prevedere la definizione di specifiche agevolazioni integrative di quelle previste dalla normativa statale e all'introduzione di elementi di priorità per le famiglie che hanno in essere un mutuo per l'acquisto dell'abitazione principale, per la presenza di persone anziane, non autosufficienti o diversamente abili, nonché per le madri in accertato stato di gravidanza. L'accesso ai benefici previsti dalla legge regionale è riservato ai nuclei familiari che abbiano adempiuto al pagamento delle imposte regionali.

A sua volta, il successivo art. 7 prevede l'istituzione di un fondo specifico, denominato anch'esso «Fattore famiglia», alimentato da risorse regionali, a cui possono accedere le amministrazioni per compensare le maggiori spese derivanti dall'ampliamento delle agevolazioni sui costi dei servizi.

4.2. La Presidenza del Consiglio dei ministri ricorre alla Consulta denunciando l'illegittimità costituzionale degli artt. 3 e 4 della legge della regione Piemonte 9 aprile 2019, n. 16 per violazione dei principi fondamentali in materia di «coordinamento della finanza pubblica» e di "livelli essenziali delle prestazioni". L'art. 3, comma 1, lett. a), includerebbe, con una formulazione generica e non chiara, tra gli ambiti di applicazione del Fattore famiglia, anche, l'accesso alle prestazioni di carattere sanitario violando la normativa statale.

Il principio generale, per la Presidenza del Consiglio dei ministri, ricavabile dalla normativa statale sarebbe quello in forza del quale le regioni, pur potendo individuare misure di partecipazione al costo delle prestazioni alternative alla quota fissa per ricetta, sarebbero, comunque, tenute a garantire il medesimo gettito quantificato a livello nazionale. La norma regionale impugnata non chiarirebbe, per lo Stato, come la regione intenda utilizzare l'indicatore Fattore famiglia nell'accesso e nelle compartecipazioni alla spesa relativa alle prestazioni di carattere sanitario. Pertanto tale norma sarebbe in contrasto con la normativa nazionale che stabilisce la compartecipazione per l'assistenza specialistica ambulatoriale e non prevede la possibilità di rimodulazione in base alla situazione economica dell'assistito. Peraltro, la generica formulazione della norma non consentirebbe neppure di interpretare la medesima nel senso che l'utilizzo del Fattore famiglia sia destinato a operare limitatamente all'ulteriore quota fissa di dieci euro sulla ricetta e alle eventuali quote di compartecipazione introdotte a livello regionale che possono essere eventualmente rimodulate a seconda della diversa situazione reddituale dell'assistito.

Per la Presidenza del Consiglio dei ministri, poi, anche l'art. 4 della legge della regione Piemonte n. 16 del 2019 violerebbe l'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost., perché i criteri e le modalità attuative del Fattore famiglia indicati dalla regione si sovrapporrebbero ai parametri previsti dalla normativa statale ai fini della determinazione dell'indicatore della situazione economica, incidendo sulla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni assistenziali. Infine la norma regionale *de qua* invaderebbe, altresì, la materia riservata alla legislazione statale dall'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. non prevedendo criteri di selezione ulteriori, rispetto a quelli individuati a livello statale, che identifichino specifiche platee di beneficiari di prestazioni che per la loro natura rendano necessario fissare siffatti criteri.

4.3. La Consulta ha dichiarato non fondata la prima questione di legittimità costituzionale nei confronti dell'artt. 3, comma 1, lett. a, della legge della regione Piemonte n. 16 del 2019 osservando che "ferma restando l'intangibilità delle quote di compartecipazione come fissate dalla normativa statale, è tuttavia possibile interpretare tale disposizione in modo costituzionalmente orientato, nel senso che l'art. 1 della legge impugnata, istituendo «il Fattore famiglia quale specifico strumento integrativo per la determinazione dell'accesso alle prestazioni erogate dalla Regione e dai soggetti aventi titolo negli ambiti di applicazione di cui all'articolo 3», non comporta alcuna integrazione normativa del regime delle compartecipazioni alle spese socio-sanitarie di cui all'art. 3, comma 1, lettera a), come fissato dalla legislazione statale, riguardando unicamente la possibilità di modulare i costi individuali relativi alle altre tipologie di prestazioni per le quali non opera il criterio di uniformità sull'intero territorio nazionale".

La Corte ha, poi, dichiarato non fondata la seconda questione di legittimità costituzionale nei confronti dell'artt. 4 della legge della regione Piemonte n. 16 del 2019, promossa dal Governo anche con riferimento alla presunta violazione dell'art. 117 Cost., secondo comma, lett. m), nella materia dei "livelli essenziali delle prestazioni". In particolare, la Consulta ha osservato che la norma impugnata nello stabilire che, sulla base del numero dei componenti del nucleo familiare, si provveda «alla definizione di specifiche agevolazioni integrative di quelle previste dalla normativa statale», tenendo conto di alcuni criteri di selezione già considerati anche dalla legislazione statale nella determinazione dell'ISEE non viola l'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost., in quanto non si sovrappone alla regolamentazione statale nella determinazione dell'indicatore della situazione economica.

La Consulta ha, così, osservato che "la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, attraverso l'esercizio della competenza legislativa esclusiva di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., *non comporta la regolazione dell'intera disciplina delle materie cui essa possa di fatto accedere e non esclude che le regioni e gli enti locali possano garantire, nell'ambito delle proprie competenze, livelli ulteriori di tutela*". Tanto premesso, per la Corte costituzionale, "l'ascrivibilità della disposizione impugnata anche alla materia regionale

residuale "servizi sociali" legittima l'esercizio della potestà legislativa regionale. Se, difatti, l'azione trasversale della normativa statale individua, ai sensi del parametro evocato, la prestazione essenziale da assicurare su tutto il territorio dello Stato, *oltre tale limite si riespande la generale competenza della Regione sulla materia, residuale, oggetto di disciplina* (sentenza n. 222 del 2013)".

La Corte ha, così, legittimato costituzionalmente, la legge regionale trasversale impugnata dalla Presidenza del Consiglio die ministri nella materia dei servizi sociali, in quanto la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie non preclude al legislatore regionale di garantire, nell'ambito delle proprie competenze, livelli ulteriori di tutela[27].

5. Riflessioni sistematiche.

L'esame della giurisprudenza costituzionale ed, in particolare, della sentenza della Corte costituzionale n. 91 del 2020 suggerisce nuove riflessioni sistematiche.

Tali riflessioni se apparentemente riguardano la potestà legislativa regionale trasversale, in realtà, si riferiscono a tutte le potestà legislative trasversali e regionali e statali, dal momento che la trasversalità delle materie presenta carattere generale, in un sistema costituzionale caratterizzato da una legislazione plurilivello, ripartito per materie, nel quale le potestà legislative hanno pari dignità giuridica.

La dottrina[28] ha osservato che, se in una prima fase della giurisprudenza costituzionale, la trasversalità delle materie era stata interpretata nel senso di permettere anche un intervento delle regioni negli ambiti materiali di esclusiva competenza statale, nel tempo, la Corte costituzionale ha assunto posizioni sempre più centraliste[29] fino alle sentenze nn. 80 del 2012 e 91 del 2020. In passato, infatti, la Corte ha sostenuto che la riserva statale, nelle materie trasversali "viene a funzionare come un limite alla disciplina che le regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza" e che "non può certo dirsi … che la materia ambientale non sarebbe una materia in senso tecnico" (sentenza n. 104 del 2008). In buona sostanza la dottrina prende atto che la Corte costituzionale afferma il carattere "onnivoro" della potestà legislativa statale, attraverso la categoria della trasversalità, sino al punto da incidere sulla totalità degli ambiti materiali senza lasciare

27 L. VIOLINI, *I dilemmi irrisolti delle politiche di contrasto alla povertà. Solo centralismo*, in *Regioni*, 2018, n. 3, p. 365; A. RUGGERI, "*Livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2010, pp. 2 ss.; A. ANZON, *Potestà legislativa regionale residuale e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 155 ss..; L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 365; S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC, in *Riv. AIC*, 2013, n. 4, pp. 29 ss ; E. LONGO, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale,* in *Giur. cost.*, 2010, pp. 164 ss.; C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *Regioni*, 2010, n. 4, pp. 941 ss.

28 R. BIN-G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, cit., pp. 941 ss.

29 V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce se stessa*, in *Riv. AIC*, 2013, n. 1, pp. 1 ss.

alcuno spazio alle regioni (Corte costituzionale nn. 80 del 2006, 249 del 2009, 288 del 2010, 250 del 2011, 2 del 2014, 93 del 2017).

Tutta la giurisprudenza costituzionale dal 2001 ad oggi è stata orientata per circa un ventennio a senso unico perché la categoria della trasversalità è stata concepita dalla Corte con riferimento alla potestà legislativa statale nelle materie-funzioni. Ciò è avvenuto anche perché la scoperta della trasversalità anche nelle materie di competenza esclusiva regionale è avvenuta di recente, ipotizzata più dalla Consulta che dalla dottrina e teorizzata dalla Consulta in astratto, in guisa che la Corte non ha tratto dalla trasversalità delle materie regionali le conseguenze di diritto positivo nelle sue decisioni. Invero mentre le materie di riserva statale sono state tipizzate e nominate dalla Costituzione con la riforma del 2001, le materie di competenza residuale della regione sono rimaste innominate e atipiche. Pertanto la loro stessa enucleazione è avvenuta a fatica ad opera della Consulta, con la conseguente difficoltà di qualificare le stesse una volta individuate materie-oggetto o materie-funzioni. E in questa opera di individuazione delle materie residuali la Corte costituzionale è stata non poco avara con le regioni.

Quale che sia stata la ragione di tale avarizia, certo è che nell'ultimo ventennio la trasversalità regionale, pur se concepita in astratto, non ha avuto la stessa dignità giuridica della trasversalità statale.

Si rifletta. L'albo delle materie regionali trasversali non dovrebbe essere "esiguo" perché il suo contenuto innominato dovrebbe essere, potenzialmente aperto, proprio perché non circoscritto dalla Carta. Ma, in concreto, chi individua l'albo delle materie trasversali che la Costituzione ha omesso? Sicuramente la Corte costituzionale attraverso una delicata opera di sistematizzazione. In sostanza, se le singole pagine dell'albo delle materie di competenza legislativa statale esclusiva o concorrente sono state numerate, ma lasciate bianche, l'albo delle materie regionali è senza pagine, né scritte, né bianche. E un albo senza pagine avrà tante pagine quante la Consulta vorrà volta a volta isolarle. La Corte quando decide caso per caso la legittimità costituzionale di una legge regionale avente ad oggetto una determinata materia può individuare o meno per ogni fattispecie esaminata una materia residuale, oggetto della legislazione regionale, facendo, poi, derivare conseguenze giuridiche *de iure condito*.

La riflessione apre la strada ad ulteriori riflessioni sistematiche in tema di trasversalità delle materie regionali residuali.

Al riguardo occorre riflettere che, spesso, due materie trasversali sono oggetto di potestà legislative rispettivamente dello Stato o della regione e la Corte costituzionale quando isola una materia residuale ne indica, altresì, il contenuto, i confini e la natura (materie-oggetto o materie-funzione)[30]. Ma l'individuazione della materia di competenza regionale come funzione trasversale impone alla Consulta di porre in essere una vera e propria *actio finium regundorum*. E ciò perché la trasversalità è di per sé un'ipotesi di interferenza tra potestà legislative concorrenti, ancorché, esclusive.

30 R. BIN-G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, cit., pp. 258 ss.

Nell'interferenza tra più materie e, quindi, tra più potestà legislative trasversali, la Corte costituzionale deve risolvere, secondo il proprio insindacabile giudizio, tale interferenza[31]. Ora in questi venti anni di giurisprudenza costituzionale quasi sempre il c.d. criterio della prevalenza[32] è stato applicato dalla Corte costituzionale[33] a favore della competenza legislativa dello Stato, mentre quasi mai è stata dichiarata prevalente, rispetto alle materie statali, una materia residuale regionale. E, così, l'orientamento della giurisprudenza costituzionale è stato caratterizzato da un c.d. centralismo[34] con un frequente riconoscimento implicito di chiamata in sussidiarietà a favore dello Stato.

Posto che il principio di sussidiarietà c.d. verticale imporrebbe di favorire l'ente pubblico più vicino ai cittadini, la Consulta dovrebbe escludere una chiamata in sussidiarietà da parte dello Stato nelle fattispecie nelle quali sia dato spazio alla legge regionale residuale.

Così ricostruito l'*iter* concettuale di un orientamento c.d. "centralista" della Corte costituzionale, emerge che le sentenze nn. 80 del 2012 e 91 del 2020 inaugurano un nuovo corso. E' importante isolare, in questa giurisprudenza costituzionale recente, tutti i nodi concettuali che la Consulta scioglie a favore delle regioni dopo un lungo "inverno".

In primo luogo, la Corte costituzionale individua, a fronte della materia dei "livelli essenziali delle prestazioni" di competenza statale e della materia del "coordinamento della finanza pubblica" di competenza concorrente, la materia residuale dei "servizi sociali" rispetto alla quale riconosce la "generale competenza della regione". In quest'ultima espressione non è difficile individuare per la Consulta una competenza esclusiva della regione posto che la dottrina[35] ha chiarito che non tutte le competenze che hanno natura "residuale" siano anche esclusive.

In secondo luogo, la Consulta riconosce implicitamente che la materia dei "servizi sociali" non è una materia-oggetto, ma una materia-funzione, perché ritiene che essa possa avere carattere trasversale lì dove afferma che "oltre tale limite (della legislazione statale in materia dei livelli essenziali delle prestazioni) si riespande la generale competenza della Regione sulla materia, residuale, oggetto di disciplina (sentenza n. 222 del 2013)".

---

31 L. VIOLINI, *I dilemmi irrisolti delle politiche di contrasto alla povertà. Solo centralismo*, in *Regioni*, 2018, n. 3, p. 247.

32 R. BIN-G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, II ed., cit., pp. 247 ss.; R. BIN-F. BENELLI, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Regioni*, 6, 2009, pp. 1207 ss.; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2003, pp. 1 ss.; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale attua (ed integra) il Titolo V*, in *www.federalismi.it*, 2003, n. 12, pp. 3 ss.; A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare…) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia*, cit., pp, 2 ss.; M. BELLETTI, *Il difficile rapporto tra "tutela della salute" ed "assistenza ed organizzazione sanitaria". Percorsi di una prevalenza che diviene cedevole*, in *Regioni*, 2006, n. 5, pp. 1176 ss.

33 Corte cost. 23 dicembre 2003, n. 370; Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50; Corte cost. 8 giugno 2005, n. 219; Corte cost. 16 giugno 2005, n. 234; Corte cost. 5 maggio 2006, n. 181; Corte cost. 29 maggio 2009, n. 166; Corte cost. 29 maggio 2009, n. 168.

34 A. LUCARELLI, *Il potere regolamentare delle regioni nel "nuovo" regime delle competenze*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015, p. 3.

35 R. BIN-G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, cit., p. 258.

In terzo luogo, la Corte costituzionale esclude, implicitamente, che la materia dei "livelli essenziali delle prestazioni" sia prevalente sulla materia dei "servizi sociali" di competenza della regione. Ancora la Corte esclude implicitamente che lo Stato, nella sua legislazione, abbia fissato i punti di equilibrio a proprio favore, oltre i quali non potrebbe riespandersi la competenza residuale regionale in tema di servizi sociali.

Inoltre la Corte esclude, implicitamente, che nella legislazione statale non vi sia stata alcuna chiamata in sussidiarietà rispetto alla materia dei "servizi sociali" di competenza residuale e, anzi, all'opposto la Corte ritiene che lo Stato nella sua normazione (art. 2, comma 1, d.P.C.m. 259 del 2013) abbia espressamente previsto in concreto, nel testo stesso della legge, che le regioni, erogatrici dei servizi pubblici sociali, possano prevedere, accanto agli indicatori ISEE (della situazione economica equivalente) <<criteri ulteriori di selezione volti ad identificare specifiche platee di beneficiari, tenuto conto delle disposizioni regionali in materia e delle attribuzioni regionali in tema di servizi sociali».

E' tempo di concludere. L'impressione globale è che fino a quando prevarrà, nel pensiero della Corte costituzionale, la c.d. "funzione tutoria dello Stato nei confronti delle regioni, queste ultime non potranno che vedere sensibilmente compromessi i loro ambiti di competenza"[36]. E la dottrina più attenta[37] ha giustamente osservato che il modo più utilizzato per limitare la potestà legislativa regionale è la configurazione di principi fondamentali posti da leggi statali. Ma nella giurisprudenza costituzionale più recente si scorge la fine di questo atteggiamento "tutorio".

36 M. BELLETTI, *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni e il superamento del riparto per materie*, in *Regioni*, Il Mulino, Bologna, 2006, n. 5, p. 929; A. D'ATENA, *Tra Spagna e Germania. I modelli storici del regionalismo italiano*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano tra tradizione unitaria e processi di federalismo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 93 ss.

37 Sulla ricostruzione nel giudizio di costituzionalità della teoria delle norme interposte tra le quali vanno ascritti i principi fondamentali deducibili da leggi statali v. l'analisi sistematica ed efficiente di M. SICLARI, *Le <<norme interposte>> nel giudizio di costituzionalità*, Cedam, Padova, 1992, pp. 111 ss. il quale conclude che <<l'unico carattere comune delle norme considerabili come interposte è la parametricità o, in altri termini, il valore costituzionale (derivato) inteso nel senso più ristretto di <<trattamento>> ai fini del giudizio di costituzionalità>>.

IL PROBLEMA RELATIVO ALL'ORDINE DI TRATTAZIONE DEL RICORSO PRINCIPALE E DEL RICORSO INCIDENTALE NEL DIBATTITO TRA LE CORTI.

Miriam Fanelli
Magistrato Ordinario in Tirocinio

ABSTRACT (IT) Il presente lavoro si propone di ricostruire, per linee essenziali, i passaggi più importanti che hanno scandito il dibattito dottrinario e giurisprudenziale, interno e comunitario, relativamente alla questione dell'ordine di trattazione del ricorso incidentale rispetto a quello principale. Quest'ultimo, soprattutto in materia di appalti, risulta condizionato da un lato da esigenze di economia processuale e dall'altro da istanze di tutela di interessi sostanziali legati alla eventuale riedizione della procedura di gara. Le indicazioni che sul punto sono state offerte dalla Corte di Giustizia dell'UE, nell' intento di definire la questione, hanno introdotto ulteriori e più generali profili problematici sul piano del ruolo, degli effetti e della forza vincolante delle pronunce sovranazionali nell' ordinamento dei singoli Stati membri.

ABSTRACT (ENG) *The present paper aims to outline an overview of the most important steps that have marked the doctrinaire and judicial debate, both at domestic and European level, relating to the order of discussing the cross-appeal with respect to the main appeal. The latter, especially in relation to tender offers, appears to be affected by the demands of procedural economy, on the one hand, and by requests of protecting the substantial interests linked to the possible re-publication of the tender procedure, on the other hand. The indications provided in this regard by the European Court of Justice, with the purpose of defining the issue, have introduced additional and more general problematic profiles on the role, effects and the binding force of the supranational decisions on the legal systems of the single Member States.*

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema: natura e funzione del ricorso incidentale. **– 2.** Il problema dell'ordine di trattazione del ricorso incidentale e del ricorso principale in materia di appalti. **– 2.1** L' incidenza del rito super accelerato sul dibattito. **– 3.** Le ragioni del contrasto tra la giurisprudenza nazionale e quella comunitaria. **– 4.** Riflessioni critiche.

1. Introduzione al tema: natura e funzione del ricorso incidentale.

Il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, soprattutto per quanto attiene il profilo inerente all'ordine in cui tali ricorsi debbano essere esaminati da parte del giudice, è al centro di un articolato e controverso dibattito dottrinale[1] e giurisprudenziale che, a

1 Sul tema, tra innumerevoli contributi dottrinali si segnalano, senza pretesa di esaustività: A. REGGIO D' ACI, *La IV Sezione del Consiglio di Stato ribadisce che l'effetto «paralizzante» del ricorso incidentale non può subire deroghe neanche nel caso in cui vi siano due soli concorrenti alla gara pubblica. Rimangono, però, non esaminate alcune tematiche che potrebbero suggerire un ragionevole ripensamento di questo nuovo orientamento*, in *Dir. proc. amm.*, I,

tutt'oggi, non ha ancora trovato una soluzione condivisa. Nel tempo, anzi, la distanza tra le posizioni si è andata progressivamente accentuando e ampliando, coinvolgendo diversi aspetti problematici spesso connessi tra loro. Il dibattito, che ha travalicato i confini nazionali divenendo particolarmente spinoso in materia di appalti, vede in netta contrapposizione, come si esaminerà in seguito, la tesi della CGUE[2] e quella proposta dalla giurisprudenza nazionale.

Lo scopo di questo articolo è, dunque, non solo quello di compiere una ricognizione dei più significativi approdi della giurisprudenza interna e comunitaria sul tema, in considerazione delle recenti pronunce della CGUE, ma anche quello di effettuare un'analisi critica circa il ruolo, gli effetti e la forza vincolante delle pronunce sovranazionali nell'ordinamento interno degli Stati membri.

Per comprendere l'impatto e le conseguenze che le varie tesi proposte al riguardo avrebbero nel nostro ordinamento, anche in termini di compatibilità con i principi generali interni ed internazionali, occorre soffermarsi, oltre che sui profili sostanziali, sulla funzione svolta in sede processuale dal ricorso incidentale, nonché sui suoi rapporti con il ricorso principale.

Il ricorso incidentale, disciplinato dall'art. 42 d.lgs. n.104/10, è qualificabile come il mezzo di impugnazione mediante il quale i controinteressati e le parti resistenti impugnano il provvedimento emesso dalla pubblica amministrazione per motivi in tutto o in parte diversi da quelli prospettati dal ricorrente principale[3].

Esso rappresenta, dunque, uno strumento di difesa "attivo" e non meramente "passivo", che consente ai controinteressati ed alla parte resistente di paralizzare le pretese del ricorrente principale al fine di conservare la posizione di vantaggio derivante dal provvedimento impugnato[4]. Tale specifica funzionalità deve indurre a ritenere che il ricorso incidentale sia esperibile soprattutto in rapporto alle azioni di annullamento, caratterizzate dalla caducazione del provvedimento impugnato, e non sia utilizzabile invece, in caso di azioni di accertamento e condanna in cui viene meno l'aspetto impugnativo/caducatorio. Il ricorso incidentale si trova, dunque, in una relazione di accessorietà con il ricorso principale non solo perché l'interesse al ricorso incidentale sorge in conseguenza della proposizione del ricorso principale ma, anche perché, risulta fortemente condizionato dalle vicende che riguardano quest'ultimo. Il particolare rapporto di dipendenza ed accessorietà che lega il ricorso incidentale al ricorso principale, implica che in caso di estinzione dell'azione principale, venga meno l'interesse dei ricorrenti a

2008, pp. 215 ss.; L. TARANTINO, La Plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo, in Urb. e app., I, 2009, pp. 48 ss.; A. SQUAZZONI, *Sul necessario esame delle censure escludenti invocate a prescindere dal numero dei concorrenti e della differenza tra motivi ed effetti escludenti. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in *Dir. proc. amm*. 2016, pp. 790 ss.; E. FOLLIERI, *Individuazione degli interessi protetti dall'ordine di trattazione dei ricorsi reciprocamente escludenti*, in *Giur. it.* 2014, pp. 2555 ss.; R. CAPONIGRO, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2008;

2 Come si approfondirà nel prosieguo della trattazione, l' orientamento prevalente in ambito comunitario, favorevole ad un esame contestuale di entrambi i ricorsi, è stato da ultimo consacrato nella sentenza CGUE, sez. X, del 5/9/2019, emessa nella causa C-133/18, in www.eur-lex.europa.eu

3 Per una ricostruzione storica dell'istituto cfr. C. BENETAZZO, *L'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale tra "oscillazioni" giurisprudenziali e questioni irrisolte*, in www.giustamm.it, 2014; più ampiamente C. BENETTAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività,* Torino, Giappichelli, 2016.

4 Sotto il profilo del petitum il ricorso incidentale consente l'introduzione, per iniziativa di soggetti diversi dal ricorrente principale, di nuove questioni.

proporre quella incidentale. Si tratta di una relazione di interdipendenza funzionale qualificabile in termini di "accessorietà necessaria".

Ulteriore conferma del carattere sussidiario o accessorio del ricorso incidentale si ricava, peraltro, da un'indicazione di diritto positivo. A norma dell'art. 42 cpa sono legittimati a promuovere il ricorso incidentale i soggetti che beneficiano degli effetti favorevoli del provvedimento emesso dalla pubblica amministrazione i quali, proprio per questo hanno interesse a che esso sia salvaguardato e che i relativi effetti siano conservati. Di fronte all'iniziativa del ricorrente principale che si attivi per neutralizzare gli effetti negativi del provvedimento amministrativo, i controinteressati potranno agire attraverso il rimedio del ricorso incidentale per fare valere le loro ragioni. In caso contrario, essi non avrebbero interesse all' impugnazione.

Oltre al profilo dell'accessorietà un'altra questione che, in ordine logico, si presenta prioritaria per la definizione del problema inerente l'ordine di trattazione dei ricorsi, è quella che riguarda la natura giuridica, già a monte controversa, del ricorso incidentale.

In particolare si discute se esso sia qualificabile come eccezione in senso stretto o come domanda autonoma[5]. La soluzione accolta non è indifferente in quanto comporta conseguenze rilevanti in termini di regime temporale e formale del ricorso incidentale. L'Adunanza Plenaria[6] non si è sottratta al quesito ed è intervenuta sul punto, riconoscendo la natura di atto multiforme del ricorso incidentale: esso assumerebbe connotazioni diverse a seconda del contesto processuale in cui è calato. In particolare, quando il ricorso incidentale è finalizzato ad evidenziare la carenza di interesse del ricorrente principale, avrebbe natura di eccezione e al suo eventuale accoglimento farà seguito la dichiarazione di improcedibilità del ricorso principale.

---

5 A sostegno della tesi dell'eccezione in senso stretto cfr. G. VACIRCA, *Appunti per una nuova disciplina dei ricorsi incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* , 1986, pag 59; S. SANTORO, *Appunti sulle impugnazioni incidentali nel processo amministrativo,* in *Dir. Proc. Amm*., 1986, pag 424 ss. Per la tesi, minoritaria, che qualifica il ricorso incidentale come domanda riconvenzionale cfr. S. BACCARINI, *L' impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo tra tradizione e innovazione*, in *Dir. Proc. Amm*., 1991, pag. 651 ss.; W. CATALOZZI, *Ricorso incidentale (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur*., XVII, Roma, 1991, pag. 1 ss.

6 Cfr. sent Cons. St. V sez. dell'8 maggio 2002 n. 2468 in www.giustizia-amministrativa.it, la quale ha riconosciuto al ricorso incidentale natura "composita" ora di eccezione, ora di domanda riconvenzionale. Ad analoga soluzione sembra approdare la sent. Ad. Plen. 10/11/2008 n. 11, in www.giustizia-amministrativa.it: "Quanto all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, a seconda dei casi il giudice può esaminare con priorità quello che risulta decisivo per dirimere la lite. A volte, per ragioni di ordine logico il giudice può esaminare dapprima il ricorso principale (come avviene quando questo impugni il verbale di proclamazione degli eletti e lamenti la mancata attribuzione di ulteriori propri voti di preferenza, ovvero l'illegittima attribuzione di voti al controinteressato) : solo se risulti fondato il ricorso principale, sussiste un effettivo interesse del controinteressato all'esame del suo ricorso incidentale (che, a sua volta, abbia lamentato sotto altri profili la mancata attribuzione di ulteriori propri voti di preferenza, ovvero l'illegittima attribuzione di voti di preferenza al ricorrente principale, al fine di ripristinare le posizioni antecedenti alla proposizione dei ricorsi).Tuttavia, nulla preclude al giudice di esaminare prima il ricorso incidentale che risulti fondato e di dichiarare inammissibile il ricorso principale (per la "prova di resistenza, poiché l'atto impugnato non potrebbe essere annullato anche nel caso di fondatezza del ricorso principale).Analoghi criteri possono essere seguiti quando si tratti della impugnazione della graduatoria (di un concorso, di una gara o comunque per l'assegnazione di benefici) e il ricorrente principale lamenti la mancata attribuzione di un punteggio (o che al controinteressato sia stato attribuito un punteggio superiore a quello spettante), mentre corrispondenti censure siano proposte dal ricorrente incidentale (che sotto altri profili lamenti la mancata attribuzione di un punteggio o che al ricorrente principale sia stato attribuito un punteggio superiore a quello spettante).In tutti tali casi, il ricorso incidentale - rivolto avverso il medesimo provvedimento impugnato in via principale - va esaminato tenendo conto delle esigenze di economia processuale e costituisce una eccezione in senso tecnico, la cui fondatezza preclude l'accoglimento del ricorso principale (senza comportare l'annullamento in parte qua dell'atto impugnato e conseguenze su soggetti non intimati nel giudizio)."

Quando invece il ricorso incidentale è finalizzato all'annullamento del provvedimento impugnato, esso assumerà natura di domanda autonoma. Proprio la variabile qualificazione del ricorso in questione produce diverse ripercussioni sul problema dell'ordine di trattazione dei ricorsi. La questione assume rilievo soprattutto nell'ipotesi in cui il ricorso incidentale assuma natura di eccezione e produca effetti paralizzanti. In questo caso, l'opzione a favore della trattazione prioritaria del ricorso incidentale sarebbe da preferire se si considera che il suo esame preliminare potrebbe già essere risolutivo della causa. Occorre considerare, infatti, che, qualora il ricorso incidentale con effetti paralizzanti fosse fondato, quello principale dovrebbe dichiararsi inammissibile e, dunque, sarebbe inutile una sua valutazione nel merito.

In senso contrario, occorre considerare che la trattazione prioritaria del ricorso incidentale contrasta con la sua natura accessoria, oltre che con la circostanza che esso si pone in un ordine logico e cronologico, successivo al ricorso principale.

La soluzione che ribalta l'ordine naturale di trattazione e propende per l'esame prioritario del ricorso incidentale, e per l'esame solo eventuale e secondario del ricorso principale[7], risponde al principio di economia dei mezzi giuridici. Essa comporta una serie di vantaggi: consente, infatti, di risparmiare risorse processuali evitando l'esame nel merito di questioni già inammissibili sotto il profilo procedurale, oltre che di ottenere una sentenza di rito conclusiva del giudizio, senza che sia necessario esaminare nel merito i motivi dedotti con ricorso principale.

Le argomentazioni che possono essere addotte a sostegno dell'una come dell'altra tesi sono di diversa natura e qualità. Il quesito in rilievo è, infatti, di carattere prettamente interpretativo in quanto, sulla specifica questione dell'ordine di trattazione, l'art. 42 cpa non offre indicazioni, con la conseguenza che la relativa soluzione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice adito. Si deve soprattutto alla giurisprudenza, non solo interna ma anche comunitaria, il merito di aver elaborato diverse soluzioni a riguardo, anche tenendo conto della specificità delle singole ipotesi concrete.

Come si evincerà dall'analisi della giurisprudenza, il problema dell'ordine di trattazione dei ricorsi presenta particolari profili di criticità in materia di appalti, non solo in considerazione della complessità della disciplina, ma anche in quanto si tratta di un settore connotato da una forte influenza comunitaria, che trova ampia regolamentazione a livello sovranazionale[8].

In tale ambito si è reso necessario il rinvio pregiudiziale alla CGUE affinché questa si pronunciasse sulla compatibilità con l'ordinamento comunitario delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza nazionale.

2. Il problema dell'ordine di trattazione del ricorso incidentale e del ricorso principale in materia di appalti.

L'orientamento tradizionale, più risalente, sosteneva, in ossequio al principio della domanda, che il ricorso principale e i fatti costitutivi posti a fondamento di esso dovessero

7 L' esame del ricorso principale avrebbe luogo nel solo caso di infondatezza del ricorso incidentale.

8 La stessa disciplina interna in tema di appalti è frutto di una legge di recepimento (d. lgs. n.50/2016) di direttive comunitaria (2014/24/UE e 2014/25/UE). Si tratta, è chiaro, di un settore in cui coesistono interessi concorrenti e convergenti di più soggetti i quali tutti aspirano all'aggiudicazione dell'appalto.

essere esaminati prioritariamente rispetto al ricorso incidentale, basato invece su fatti impeditivi/estintivi. Tuttavia, come si è correttamente affermato in giurisprudenza, la soluzione prospettata non può essere recepita passivamente, soprattutto dopo che la Adunanza Plenaria[9] ha riconosciuto la natura multiforme del ricorso incidentale. Questa, infatti, impone all'interprete di verificare il ruolo che, di volta in volta, il ricorso incidentale assolve nel caso concreto. Se il ricorso incidentale ha natura di eccezione, si imporrà un suo esame immediato, considerato il suo ruolo decisivo e assorbente di ogni altra questione in ordine alla definizione della causa.

L'indirizzo giurisprudenziale che stabilisce il prioritario esame del ricorso incidentale cosiddetto paralizzante o preclusivo subisce, però, un temperamento in materia di appalti. La giurisprudenza ha precisato che, se si accoglie una nozione estensiva di "interesse a ricorrere", il ricorrente principale (ossia il concorrente non aggiudicatario) qualora siano emerse delle irregolarità, potrebbe avere non solo un interesse all'aggiudicazione della gara, ma anche un interesse al rinnovo della procedura di evidenza pubblica. Tale osservazione ha il merito di aver ampliato l'oggetto di tutela fino a ricomprendervi l'interesse alla correttezza e alla legittimità dell'agire amministrativo, a prescindere dalla fondatezza della pretesa all'aggiudicazione[10]. Nella prassi applicativa, questo indirizzo ha trovato applicazione soprattutto nelle gare con due soli concorrenti che deducono in giudizio censure reciprocamente escludenti[11]. Secondo la giurisprudenza, in questa situazione, nonostante la fondatezza del ricorso incidentale, residuerebbe comunque un interesse all'esame del ricorso principale in quanto una sua valutazione positiva potrebbe aprire la strada al rinnovo della procedura. In questo caso viene proprio in considerazione l'ipotesi in cui entrambe le imprese, accanto all'interesse alla aggiudicazione, vantino anche un interesse strumentale al rinnovo della gara, dal momento che la partecipazione degli unici due candidati risulta irregolare.

In realtà, focalizzare l'attenzione in via esclusiva sul valore dirimente del ricorso incidentale potrebbe limitare gravemente il campo di osservazione e pregiudicare una valutazione complessiva degli interessi coinvolti.

9 Con riferimento alla natura multiforme del ricorso incidentale cfr. nota 6.

10 Cfr. Ad.Plen.10/11/2008 n. 11 cit. "La giurisprudenza amministrativa ha precisato da tempo che una impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse "strumentale", mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando (ad esempio, quando una impresa, pure se esclusa, abbia impugnato tutti gli atti di ammissione delle altre imprese o abbia impugnato il bando in ragione di una sua "clausola escludente: Ad. Plen., 23/01/2003, n. 1 in www.giustizia-amministrativa.it)." Tale più recente orientamento, ampliando la nozione di interesse ad agire riconosce tutela non solo all'interesse all' aggiudicazione ma anche ai c.d. interessi "strumentali", quali l'interesse al rinnovo della gara o l'interesse alla partecipazione. Viene in questo modo a crearsi una contrapposizione con l' orientamento tradizionale, consacrato dall' Ad. Plen. 1/2003 in www.giustizia-amministrativa.it, la quale afferma "L'interesse alla legittimità della procedura costituisce un aspetto ed un riflesso dell'interesse all'aggiudicazione, ed è anzi quest'ultimo che può fondare e sostenere il primo, sicché l'eventuale illegittimità della procedura acquista significato e rilievo soltanto se comporta il diniego di aggiudicazione, in tal modo ledendo effettivamente l'interesse protetto, di cui è titolare il soggetto che ha preso parte alla gara. Quanto, infatti, all'interesse protetto, o comunque alla situazione soggettiva di cui è titolare il partecipante alla gara, occorre ribadire che il suo contenuto è costituito non dall'astratta legittimità del comportamento dell'Amministrazione, ma dalla possibilità di conseguire l'aggiudicazione. L'aggiudicazione costituisce *il bene della vita* che l'interessato intende conseguire attraverso la gara; ed è il medesimo *bene della vita* che si intende conseguire attraverso la tutela giurisdizionale, nell'ipotesi di illegittimo diniego di aggiudicazione".

11 Tale orientamento rinviene la propria fonte in sent. Cons. St., sez V, 8 maggio 2002 n. 2468 cit.. Per completezza sul punto si confrontino anche sent. Cons. St., sez. VI, 5 febbraio 2007 n. 463 in www.giustizia-amministrativa.it e sent. Cons. St. ,sez IV, 15 Febbraio 2002 n. 952 in www.giustizia-amministrativa.it.

Per salvaguardare queste esigenze si prospetta una soluzione temperata a cui aderiscono sia la CGCE con la nota sentenza Fastweb[12], sia la giurisprudenza amministrativa[13]. Nello specifico, l'Adunanza Plenaria del 2014 ha ribadito e integrato la regola elaborata dalla giurisprudenza precedente, segnalando una serie di limiti applicativi. Si prospetta la soluzione di procedere all'esame congiunto dei due ricorsi, allorquando le contestazioni riguardino la medesima gara, i concorrenti siano soltanto due e il vizio dedotto da entrambi sia lo stesso (c.d. simmetria invalidante).

In particolare, si chiarisce che la simmetria invalidante ossia l'identità del vizio, ricorre se la irregolarità lamentata riguarda, per entrambi i concorrenti, la medesima fase della procedura. Potrà, quindi, trattarsi, secondo una tripartizione operata dalla stessa Adunanza Plenaria a fini esemplificativi, di un vizio relativo alla tempestività della domanda o all'integrità dei plichi, ovvero alla mancanza dei requisiti oggettivi, o ancora, alla carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione[14].

In realtà, neanche la ricostruzione operata dalla Adunanza plenaria del 2014 è riuscita a porre fine alla *querelle*. Sulla questione è, infatti, intervenuta nuovamente la CGCE che ha preso le distanze dalle conclusioni cui era giunta la giurisprudenza nazionale, stabilendo l'obbligo per il giudice di esaminare entrambi i ricorsi, a prescindere dal numero di imprese in gara e dalla natura del vizio.

Con la sentenza "Puligenica"[15], la CGCE sembra prospettare l'esistenza di un obbligo generale e non eccezionale o contingente dell'esame congiunto dei due ricorsi. Il parametro normativo di riferimento sarebbe costituito dall'art.1 par. 1 e 3 della Direttiva n. 89/665 in materia di coordinamento delle disposizioni regolamentari e normative in tema di appalti. Tale normativa comunitaria impedirebbe agli ordinamenti dei singoli Stati membri di introdurre una disciplina interna (anche solo di matrice giurisprudenziale) che pregiudichi la possibilità per il ricorrente principale, leso da una violazione del diritto UE, di accedere ad una tutela nel merito, per effetto del prioritario esame del ricorso incidentale paralizzante.

In realtà, neanche tale indicazione di provenienza comunitaria ha prodotto conseguenze chiarificatrici generando, piuttosto, nella giurisprudenza nazionale dubbi interpretativi sia

12 Sentenza Corte Giustizia UE sez. X, del 4 Luglio 2013, nella causa C-100/12 in www.eur-lex.europa.eu. A detta della Corte "il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare."

13 Sentenza Ad. Plen. 25/02/2014 n. 9 in www.smartlex24.ilsole24ore.com

14 Solo in presenza di queste circostanze, infatti, sarebbe ravvisabile un interesse strumentale del ricorrente principale alla riedizione della gara, in quanto la fondatezza di entrambi i ricorsi avrebbe condotto all'annullamento della gara ed al suo rinnovo. Diversamente, se i ricorsi escludenti non avessero coinvolto la posizione di altri concorrenti in gara, la fondatezza del ricorso incidentale avrebbe precluso l'esame del ricorso principale, con la conseguenza che la stazione appaltante avrebbe dovuto aggiudicare l'appalto al terzo e non al ricorrente principale. Sul punto, cfr. A. GRAZZINI, *Ricorsi incidentali escludenti: la giustizia amministrativa alla prova di resistenza del diritto europeo in materia di appalti*, in *Contratti delle pubbliche amministrazioni-questioni attuali*, a cura di G.M. Caruso, D. D'alessandro, D. Pappano, Giappichelli editore, 2019, pag. 255.

15 Cfr. Sentenza della Corte di Giustizia UE, Grande Camera, 5 Aprile 2016, nella causa C-689/13, c.d. "Puligienica", in www.curia.europa.eu. Tale pronuncia ha precisato che in presenza di un ricorso incidentale "escludente" non viene meno la legittimazione del ricorrente principale che abbia dedotto anch'egli censure "escludenti". Ciascuna parte ha, infatti, un interesse all'esclusione dell'altra, essendo però, parimenti possibile, che una delle irregolarità dedotte a giustificazione dell'esclusione, invalidi le altre offerte presentate nell' ambito della gara, imponendo alla stazione appaltante di avviare una nuova procedura di aggiudicazione.

relativamente alla portata del principio espresso dalla CGCE , sia circa la sua compatibilità con i fondamenti dell'ordinamento interno. Dubbi interpretativi che, a loro volta, hanno reso necessario un nuovo rinvio pregiudiziale alla CGCE.

Un primo orientamento[16] ricostruisce il significato della sentenza comunitaria alla luce dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., ai sensi del quale per ricorrere in giudizio bisogna avervi interesse. Secondo questa ricostruzione, il giudice sarebbe tenuto ad esaminare anche il ricorso principale, nonostante la fondatezza del ricorso incidentale, ma solo qualora ritenesse che dal suo accoglimento potrebbe derivare un vantaggio per il ricorrente principale. Il vantaggio in questione non si identifica, pertanto, nell'aggiudicazione della gara, quanto piuttosto nell'interesse strumentale al rinnovo della procedura selettiva. L'accertamento della fondatezza del ricorso incidentale consente al giudice di verificare che il ricorrente principale non avrebbe potuto rendersi aggiudicatario ma avrebbe dovuto essere escluso, per carenza dei requisiti di partecipazione. Potrebbe, semmai, residuare un interesse di quest'ultimo all'esame del suo ricorso nell'ipotesi in cui, da esso emergano vizi e irregolarità della procedura che giustifichino il rinnovo della gara.

Così discorrendo, l'obbligo di esaminare il ricorso principale quando le imprese partecipanti siano più di due, sussiste allora, se tutte, anche all'esito di una valutazione prognostica del giudice, siano incorse nel medesimo vizio e per tutte si profila attuale, l'interesse strumentale al rinnovo della gara. Il giudice, dunque, una volta verificata la comunanza del vizio anche alle altre imprese estranee al giudizio, potrà effettuare una valutazione prognostica circa l'eventualità che la stazione appaltante si determini ad annullare la gara in autotutela. Infatti, L'esistenza di vizi che inficiano la regolarità della gara, renderebbe necessario il rinnovo della procedura, non potendosi diversamente provvedere ad aggiudicare l'appalto ad altra impresa che abbia validamente partecipato.

Un altro orientamento[17], invece, considerando in termini più ampi l'area dell'interesse ad agire del ricorrente principale attribuisce prevalenza assoluta al *dictum* del giudice europeo, considerando recessivo sia il principio di autonomia dell'ordinamento processuale sia la regola di cui all'art. 100 c.p.c.. Secondo questa diversa impostazione, il giudice è sempre obbligato all'esame di entrambi i ricorsi, a prescindere dal numero di partecipanti alla gara e senza dover accertare i vizi delle altre offerte. Il doppio esame si impone, infatti, non a fronte di un interesse immediato all'aggiudicazione ovvero strumentale alla riedizione della gara, ma in forza di un interesse eventuale e meramente ipotetico che si attualizza se, e quando, la stazione appaltante, dinanzi all'esclusione delle prime classificate, decida di riesaminare in autotutela gli atti di ammissione delle altre imprese al fine di verificare se il vizio accertato sia loro comune e non residui spazio per una aggiudicazione regolare.

L'evidente difformità di vedute circa la corretta interpretazione del principio di diritto enunciato dalla CGCE, ha indotto l'Adunanza Plenaria[18] a richiedere, tramite rinvio pregiudiziale alla CGCE un chiarimento definitivo in merito al rapporto e all'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale, nelle gare di appalto con più di due concorrenti le cui offerte non siano state contestate.

16 Sul punto cfr. sent. Cons. St, sez III, 26/08/2016 n. 3708 in www.giustizia-amministrativa.it
17 Vedi sul punto sent. Cons. St., sez V, 20/07/2017 n. 3593 in www.giustizia-amministrativa.it
18 Cfr. ordinanza Ad.Plen. 11/06/2018 n. 6 in www.giustizia-amministrativa.it

2.1 L' incidenza del rito super accelerato sul dibattito.

Prima di passare all'esame della recente pronuncia chiarificatrice della CGUE, occorre evidenziare alcuni profili di problematicità che hanno riguardato, nel periodo tra il 2016 e il 2019, il coordinamento e la compatibilità dei principi espressi dalla sentenza Puligenica con il c.d. "rito super accelerato" in materia di appalti[19]. È opportuno premettere che, ad oggi, la questione del rapporto con il rito "super accelerato" è stata superata, in considerazione del fatto che, tale procedimento speciale, introdotto all'art. 120 comma 2 *bis* cpa con la d. lgs. 50/2016, è stato abrogato nella primavera del 2019[20]. Ciò non di meno qui interessa evidenziare l'impatto che, nella vigenza di questa disposizione, hanno avuto i principi enunciati dalla sentenza Puligenica. Infatti il rito "super accelerato" prevedeva l'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione e di esclusione delle imprese in gara, all'esito dell'esame preliminare relativo al possesso dei requisiti di partecipazione.

Il medesimo articolo precisava poi, che l'omessa impugnazione avrebbe impedito la possibilità di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura anche per il tramite di ricorso incidentale. Lo scopo di tale rito speciale, caratterizzato da termini processuali brevi, era quello di anticipare il contenzioso in ordine alle ammissioni ed esclusioni in una fase antecedente rispetto a quella della valutazione delle offerte, così operando in modo deflattivo sul contenzioso a valle. Le ipotesi di ricorsi incrociati escludenti, dirette a far valere il vizio di partecipazione delle altre imprese in gara, allo scopo di ottenere il rinnovo dell'intera procedura, avrebbero dovuto, così, sensibilmente ridursi.

Tale risultato sarebbe stato la conseguenza dell'onere imposto dall'art. 120 c. 2 *bis* c.p.a., che contempla la possibilità di far valere la regolarità dei provvedimenti di ammissione e di esclusione già nella prima fase della procedura, senza aspettare l'aggiudicazione. In questo modo i principi enunciati dalla sentenza Puligenica, sarebbero rimasti svuotati di contenuto. In realtà, la portata deflattiva e semplificatrice del rito "super accelerato" è stata attenuata in considerazione di una serie di elementi, ragione per cui non può dirsi neutralizzata la questione posta a fondamento della sentenza Puligenica[21]. L'art. 80 comma 6 d.lgs. 50/2016 prevede comunque, la possibilità, per la stazione appaltante, di escludere in qualunque momento della gara, un concorrente che si trovi in una delle situazioni di cui ai commi 1,2, 4, 5. Se ne desume che i provvedimenti di esclusione non sono adottati solo all'inizio della procedura, a seguito della verifica dei requisiti, ma in qualunque momento, con conseguente possibilità per i concorrenti di presentare ricorso avverso tale provvedimento di esclusione. Inoltre, la portata limitata dell'art. 120 comma 2 *bis* emerge anche dalla previsione dell'art. 133 comma 8 d.lgs. 50/2016, in virtù del quale, nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di anticipare l'esame delle offerte e differire ad un momento successivo la verifica in ordine all'assenza di motivi di esclusione.

19 Per una completa disamina del rito "super accelerato" cfr. A. FANIZZA, *La tutela giurisdizionale*, in *Manuale breve di diritto dei contratti pubblici*, a cura di A. Meale, Pacini editore, 2019, pag. 244 ss.

20 Cfr. d.l. n. 32 del 2019

21Sul punto cfr. A. GRAZZINI, *Ricorsi incrociati escludenti: la giustizia amministrativa alla prova di resistenza del diritto europeo in materia di appalti*, in *Contratti delle pubbliche amministrazioni – questioni attuali*, a cura di G. M. Caruso, D. D'alessandro, D. Pappano, Giappichelli editore, 2019, pag. 259 ss.

L'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a. ha, peraltro, sollevato dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con i principi di ragionevolezza (art. 3 Cost.) ed effettività della tutela giurisdizionale, (artt. 24, 103 e 113 Cost.). Ciò, in quanto, il bene della vita cui aspirano i concorrenti si identifica con l'aggiudicazione della gara e non con la mera regolarità dell'operato della p.a.[22]. Pertanto, l'irregolarità della esclusione o ammissione avrebbe potuto essere fatta valere solo quando, a seguito dell'aggiudicazione a favore di altro concorrente, il ricorrente avesse subito una lesione attuale e concreta del proprio interesse. Prima di tale momento l'onere di impugnativa immediata delle ammissioni ed esclusioni sarebbe apparso inutile.

3. Le ragioni del contrasto tra la giurisprudenza nazionale e quella comunitaria.

L'Adunanza Plenaria con ordinanza del 2018 ha rimesso alla Corte di giustizia europea la questione controversa affinché la Corte fornisca chiarimenti interpretativi riguardo alla propria precedente pronuncia.

Nell'ordinanza di rimessione, l'Adunanza Plenaria esprime il proprio punto di vista sul principio enunciato dall'organo di giustizia comunitario e sugli orientamenti giurisprudenziali interpretativi appena esaminati. Essa aderisce, sostanzialmente, alla soluzione che prevede di valutare l'interesse del ricorrente principale in concreto e non sulla base di ragioni astratte o alternative decisionali meramente ipotetiche. Tale interpretazione risulta maggiormente coerente con i valori fondamentali dell'ordinamento processuale nazionale, a cominciare dal principio dispositivo e dell'iniziativa delle parti. In questa prospettiva dovrebbe essere rimesso all'ordinamento processuale dei singoli Stati membri il compito di individuare gli strumenti idonei a valutare la concretezza dell'interesse del ricorrente principale, assicurando anche il diritto di difesa delle altre imprese in gara non convocate in giudizio.

L'ulteriore pregio di questa impostazione si riconosce nella capacità di assicurare maggiore aderenza alla struttura del giudizio di impugnazione.

Del resto, il ricorso al giudice amministrativo deve essere interpretato come ricorso predisposto nell'interesse di una parte e mai, come ricorso finalizzato ad assicurare il mero rispetto di regole formali. La CGUE[23] con la sentenza del 5 Settembre 2019, sulla causa C-

22 Per una disamina più approfondita in ordine all'individuazione del bene della vita in materia di evidenza pubblica confronta nota n.10

23 Sul punto cfr. sent. Corte di Giustizia UE, sez. X, del 5 Settembre 2019, sulla causa C-333/18 in www.eur-lex.europa.eu. Si riporta di seguito quanto affermato in conclusione dalla Corte: "L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi."

333/18 si è pronunciata sulla questione a lei rimessa e ha ribadito la propria posizione imponendo il necessario esame di entrambi i ricorsi, quali che siano il numero dei partecipanti alla gara e a prescindere dal numero degli intervenuti in giudizio. A questa determinazione la Corte arriva considerando che la ricevibilità del ricorso principale non può essere subordinata alla prova che tutte le offerte delle imprese partecipanti alla gara, comprese quelle classificatesi successivamente al ricorrente principale, siano irregolari, circostanza che porterebbe la stazione appaltante a ordinare il rinnovo della procedura di gara. Sarà, piuttosto, sufficiente evidenziare, la mera possibilità che l'amministrazione si determini in tal senso. Tale ricostruzione, avrebbe portata generale e dovrebbe trovare applicazione a prescindere dal numero dei concorrenti in gara e dal numero delle imprese partecipanti al giudizio.

In realtà, questa soluzione, adottata dalla CGUE, contrasta con una serie di principi processuali dell'ordinamento nazionale, nonché con la ratio di selezione del miglior offerente propria della disciplina degli appalti.

Con riguardo alla disciplina processuale nazionale, infatti, imporre al giudice l'esame congiunto di entrambi i ricorsi sulla base della mera eventualità che possano essere riscontrate irregolarità procedimentali o nelle offerte dei concorrenti, significa adottare una soluzione in violazione degli artt. 115 c.p.c. e 2909 cc. Il contrasto emerge dalla circostanza per cui il giudice, a prescindere da qualunque allegazione probatoria, sarebbe tenuto, a seguito dell'esame congiunto dei ricorsi, a verificare la regolarità della partecipazione degli altri concorrenti in gara, anche se questi non hanno partecipato al giudizio. Ciò al solo fine di accertare la possibilità di rinnovo della procedura di gara. Così procedendo il giudice amplierebbe l'oggetto dell'accertamento, in violazione dell'art. 115 c.p.c. che impone al giudice di porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti.

Peraltro, non meno rilevante sul piano del contrasto con l'ordinamento interno, è la circostanza per cui verrebbero ad essere coinvolti nel giudizio soggetti estranei ad esso, in quanto partecipanti alla gara ma privi della qualità di parte processuale, a cui la legge circoscrive gli effetti del giudicato ex art. 2909 cc.

I profili di criticità relativi alla soluzione adottata dalla Corte di Giustizia, non emergono solo con riferimento alla disciplina nazionale in materia processuale, ma si evidenziano anche rispetto all'esigenza fondamentale sottesa alla normativa degli appalti, che è quella di aggiudicare la gara al miglior offerente, il quale sulla base dei criteri di selezione adottati risulti essere il primo classificato. Questa esigenza resterebbe disattesa, allorché il giudice, in sede di accertamento della regolarità della procedura e delle posizioni degli altri concorrenti in gara, non riscontri alcun vizio. In questo caso, non essendovi i presupposti per ordinare il rinnovo della procedura, non resterebbe altra soluzione se non quella di aggiudicare la gara al concorrente, terzo o quarto classificato, la cui posizione risulti regolare.

Proprio questo esito frustrerebbe la selezione nel merito che è alla base della procedura di evidenza pubblica. Alla luce di queste osservazioni, resterebbe da valutare se ricorrano, in questo caso, le condizioni per applicare l'art. 95 comma 12 d.lgs. 50/2016. La disposizione, in tema di criteri di aggiudicazione dell'appalto, dispone che: «le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all' aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea, in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito». Il potere discrezionale di non aggiudicare la gara, che la stazione appaltante esercita, non è riconducibile all'esercizio del

potere di autotutela, bensì configura un potere fondato su ragioni di pubblico interesse[24]. Qualora l'amministrazione intenda procedere nel senso descritto dalla norma dovrà adeguatamente motivare la propria scelta[25].

Appare chiaro che la distanza tra le soluzioni offerte dalla giurisprudenza interna e da quella comunitaria si fonda sulla diversa individuazione del bene della vita tutelato in materia di appalti. Quest'ultimo per la giurisprudenza della Adunanza Plenaria è rappresentato dall'interesse all'aggiudicazione che sostiene il ricorso principale, per la giurisprudenza comunitaria si identifica, invece, nell'interesse strumentale alla regolarità della gara.

Le considerazioni sinora effettuate e rimaste inespresse nel confronto dialettico tra le Corti avrebbero consentito di mettere adeguatamente a fuoco gli aspetti problematici della soluzione adottata dalla CGUE. Quest'ultima respinge l'interpretazione caldeggiata dalla giurisprudenza nazionale che invece, valorizza ai fini dell'esame del ricorso principale, la sussistenza di un concreto interesse al rinnovo della gara, senza del quale non sarebbe possibile estendere la valutazione anche al ricorso principale.

L'orientamento sostenuto e accolto dalla CGUE, favorevole ad una valutazione congiunta di entrambi i ricorsi, benchè censurabile sotto i profili esaminati, non rimane del tutto privo di fondamento. Esso, infatti, si giustifica in considerazione del fatto che un offerente, che abbia proposto ricorso principale, non può, sulla base di norme o prassi nazionali, essere privato del diritto a vedere esaminato il suo ricorso nel merito, quando abbia subito una lesione riconducibile alla violazione di norme e principi comunitari. Si tratta di un orientamento assolutamente coerente con il contesto normativo dal momento che proprio la materia degli appalti è stata ampiamente regolamentata dal legislatore sovranazionale che ha fissato regole e principi. La soluzione proposta dalla Corte di giustizia, mira, quindi, a salvaguardare il principio di effettività del diritto comunitario[26].

4. Riflessioni critiche.

Il contrasto di orientamenti sinteticamente descritto nei paragrafi precedenti ha evidenziato, attraverso il confronto dialettico instauratosi tra la giurisprudenza nazionale e la corte di Giustizia, una serie di questioni problematiche che trascendono il tema circoscritto e specifico dell'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale. Il braccio di ferro instauratosi tra le due corti ha fatto emergere, pur nella

24 Cfr. Cons. St., sez. IV, 31/05/2007 n. 2838 in www.giustizia-amministrativa.it.

25 cfr. Cons. Stato, sez. III, 20/04/2015, n. 1994 in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 11/06/2013, n. 3215 in www.giustizia-amministrativa.it. La mancata aggiudicazione del contratto non dipende dai vizi che pregiudicano gli atti di gara né da una rivalutazione dell'interesse pubblico, ma deriva piuttosto dalla valutazione negativa delle offerte presentate che, sebbene rispondano formalmente ai requisiti previsti dal bando di gara, non sono valutate idonee a soddisfare gli obiettivi perseguiti con la gara. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 18/07/2017, n. 3553 in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 28/07/2015, n. 3721 in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 16/10/2012, n. 5282 in www.giustizia-amministrativa.it

26 Per un approfondimento sul principio di effettività cfr. A.M. SANDULLI, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in Atti del Convegno celebrativo del centocinquantenario della istituzione del Consiglio di Stato, Milano, 1983, 305 ss.; G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 919 ss.; F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 2780 ss.; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2007; M. CLARICH, *L'effettività della tutela nelle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 523 ss.

specificità delle contestazioni reciproche, una profonda diversità di vedute. Su questo fronte bisognerà fare chiarezza circa l'assetto dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, anche con specifico riguardo alla materia processuale, e circa gli effetti delle pronunce della CGUE negli ordinamenti dei singoli Stati membri.

Tale valutazione si impone in considerazione del fatto che numerosi sono stati gli interventi della Corte di Giustizia europea nella materia in questione. Occorre, dunque, chiarire se questi abbiano una portata vincolante e conformativa per il giudice interno, il quale sarebbe condizionato nella soluzione da adottare. Si tratta di valutare, inoltre, le conseguenze di un eventuale discostamento dal *dictum* comunitario.

Partendo dal considerare i rapporti fra il diritto interno e quello comunitario non vi è uniformità di vedute tra la Corte costituzionale e la CGUE le quali sostengono orientamenti contrapposti.

Secondo la CGUE[27] il rapporto che intercorre tra i due ordinamenti è di piena integrazione. Il diritto dell'Unione europea dovrebbe considerarsi ricompreso nell'ordinamento dei singoli Stati membri dando vita ad un unico sistema giuridico retto dal principio di gerarchia delle fonti, il quale assicura il primato del diritto comunitario sul diritto interno. La condizione di supremazia del diritto comunitario impone, quindi, al giudice nazionale di disapplicare norme interne contrastanti con il diritto sovranazionale.

La Corte costituzionale[28], al contrario, sostiene che i due ordinamenti siano autonomi seppure coordinati. In caso di contrasto tra il diritto interno e quello comunitario occorrerebbe distinguere il tipo di atto che viene, di volta in volta, in rilievo così da individuare le possibili soluzioni di contemperamento. Nel caso in cui si configuri un contrasto tra un atto direttamente applicabile dell'Unione (quale, ad esempio, il Trattato) e la legge ordinaria interna, il giudice dovrà dare prevalenza al diritto comunitario disapplicando la legge nazionale. Nel caso in cui il contrasto, invece, coinvolga una legge costituzionale il giudice non potrà applicare puramente e semplicemente la legge comunitaria, rappresentando la normativa costituzionale il contro-limite al diritto dell'unione europea. In caso di atti comunitari non direttamente applicabili (direttive), qualora questi contrastino con il diritto interno, il giudice non potrà disapplicarli ma dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale rimettendo al giudice delle leggi la soluzione del contrasto.

Accanto alle ipotesi segnalate, potrebbero presentarsi altre situazioni problematiche in cui il contrasto tra i due ordinamenti giuridici potrebbe non essere evidente ed esplicito come in questi casi. Esso potrebbe tradursi semplicemente in un dubbio interpretativo circa la portata da attribuire alla norma comunitaria chiamata ad essere applicata nel diritto interno. In questa situazione, il rimedio applicabile è quello del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea affinché questa chiarisca le incertezze interpretative.

27 L'orientamento favorevole alla integrazione tra i due ordinamenti, sostenuto dalla CGUE, può ricostruirsi alla luce di una serie di pronunce, tra cui si richiamano: sent. CGUE del 9 Marzo 1978 nella causa C-106/77 (c.d. sentenza Simmenthal) in www.eur-lex.europa.eu; sentenza della CGUE del 15 Luglio 1964 nella causa C 6/64 (c.d. Costa contro Enel) in www.eur-lex.europa.eu; sentenza CGUE del 19 Giugno 1990 nella causa C-213/89 (c.d. sentenza Factortrame) in www.eur-lex.europa.eu.

28 L'orientamento "autonomista" sostenuto dalla Corte Costituzionale è ricostruibile sulla base di varie pronunce, tra cui: sent. Corte Cost. n. 183 del 1973 in www.cortecostituzionale.it; sent. Corte Cost. n. 232 del 1975 in www.cortecostituzionale.it; sent Corte Cost. n. 170 del 1984 in www.cortecostituzionale.it; ordinanza Corte Cost. n. 103 del 2008 in www.cortecostituzionale.it.

La questione del coordinamento tra norme di ordinamenti diversi non riguarda solo le ipotesi di contrasto fra diritto interno e diritto comunitario ma riguarda anche il contrasto tra l'interpretazione giurisprudenziale di norme interne e l'ordinamento comunitario. Proprio questa è l'ipotesi in cui ricade il caso in esame, in cui l'antinomia si pone tra principi e/o norme comunitarie (direttiva n.89/665, direttive appalti 2014/24/UE e 2014/25/UE) e l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza interna con riguardo all'ordine di trattazione tra ricorso principale e ricorso incidentale.

Premesso che, com'è noto, le norme comunitarie prevalgono anche sugli orientamenti giurisprudenziali nazionali, occorre chiarire se, nel caso di specie, sussista una qualche competenza concorrente del legislatore e del giudice comunitario, in materia processuale. Sulla questione la stessa giurisprudenza comunitaria nel caso *"Rewe"*[29], ha avuto occasione di ribadire che l'attività dei giudici nazionali, nell'applicazione del diritto dell'Unione europea, si informa al principio di "autonomia procedurale"[30]. Tale principio implica che «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che oltre a designare il giudice competente a conoscere della causa, disciplina i profili procedurali delle azioni finalizzate a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in virtù di norme comunitarie a efficacia diretta». Tale ricostruzione si fonda sulla considerazione che, ai sensi dell'art. 5 c.1 TUE, le competenze dell'Unione europea devono essere espressamente attribuite. Dal momento che, ad oggi, non vi è alcuna disposizione che riconosca all'Unione europea competenza legislativa in materia processuale questa deve ritenersi prerogativa dei singoli Stati membri[31].

Ciò detto, l'autonomia procedurale degli Stati membri trova il proprio limite esterno nell'esigenza di garantire l'osservanza delle norme comunitarie sostanziali. Sebbene pertanto, l'ordinamento comunitario non esplichi in materia procedurale la propria efficacia diretta, esso recupera certamente la propria influenza in via indiretta e mediata: ferma restando l'autonomia procedurale dei singoli Stati membri si impone, in sede giurisprudenziale, l'obbligo di interpretare le norme processuali in termini conformi al diritto UE, così da assicurarne l'attuazione. Un vincolo, questo, assolutamente funzionale ad evitare che i meccanismi di tutela processuale, predisposti dal legislatore interno, rendano inefficace la normativa comunitaria[32].

Alla luce di questa ricostruzione è possibile comprendere la posizione rigorosa assunta dalla Corte di giustizia con la pronuncia del 2019. Essa ha inteso evitare che, aderendo alla tesi dell'inutilità dell'esame del ricorso principale, in caso di ricorso incidentale

29 Sul punto cfr. sent. Corte di Giustizia UE, 16 Dicembre 1976, sulla causa 33/76 in www.eur-lex.europa.eu.

30 Diversi sono stati i contributi forniti dalla dottrina in tema di autonomia procedurale e tutela processuale amministrativa. Tra gli altri si richiamano: E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea,* in *Il Diritto dell'Unione europea, 2008/3*, p. 447 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008/2, p. 433 ss.; L. DANIELE, L'effettività *della giustizia amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo,* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 1996, p. 1385 ss.; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002;

31 Cfr. D.U.GALETTA, *La giurisprudenza della corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli stati membri dell'Unione Europea,* in *Ius publicum network rewiew*,2011, www.ius-publicum.com, pagg. 6-7.

32 Sul punto si confronti la fondamentale pronuncia della CGUE del 14 dicembre 1995 in cause riunite C-430/93 e C-431/93, nota anche come sentenza "van Schijindel reperibile su www.eur-lex.europa.eu. Questa sentenza rappresenta un punto di svolta in tema di autonomia procedurale degli stati membri, in quanto si delinea l'obbligo «del giudice nazionale di "funzionalizzare" gli strumenti messi eventualmente a disposizione ddal diritto interno per perseguire l' obiettivo primario di garantire l' effettività del diritto comunitario.» cfr. ID., *op.cit*., pag. 12.

paralizzante, venga privato di una tutela nel merito il soggetto che lamenta una lesione del diritto comunitario in tema di evidenza pubblica.

Nonostante la pluralità di interventi, con cui la Corte di Giustizia ha cercato di chiarire e affermare la sua posizione sul tema, non può finora ravvisarsi alcuna violazione della giurisprudenza comunitaria da parte del giudice nazionale, tale da comportare il ricorso ad una procedura d'infrazione. Il confronto, anche molto serrato, tra le due corti ha, contribuito a rendere più chiari ed espliciti i termini del contrasto, focalizzandosi, di volta in volta, su questioni collegate ma differenti.

Con riferimento alla tematica dell'efficacia delle decisioni della Corte nell'ordinamento interno occorre richiamare, *in primis*, l'art. 267 TFUE il quale ripartisce le competenze tra giudici interni e comunitari quando viene in rilievo la risoluzione di una questione che implica l'applicazione della disciplina comunitaria. Alla luce di tale disposizione il giudice comunitario ha poteri interpretativi del diritto UE, senza i relativi poteri di risoluzione del caso concreto. Il giudice interno, invece, in caso di rinvio pregiudiziale alla CGUE, dovrà decidere il caso uniformandosi all'interpretazione fornita dalla Corte le cui pronunce troveranno applicazione con prevalenza sulla giurisprudenza interna. L'eventuale rifiuto del giudice nazionale di conformarsi alle sentenze della Corte comporta l'apertura di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE.

Un margine di autonomia per il giudice interno, di fronte ad una sentenza della CGUE, si rinviene nel caso in cui, in ragione dell'oscurità dell'interpretazione fornita dalla Corte, non risulti possibile uniformarsi alla prescrizione indicata, risultando necessario piuttosto un nuovo rinvio con funzione chiarificatrice. Allo stato dei fatti, dunque, considerata la diversità delle questioni interpretative sottoposte alla Corte, ora con riferimento a gare che coinvolgono solo due partecipanti, ora alle ipotesi di più imprese concorrenti, non si può dire che il giudice nazionale abbia mai adottato decisioni contrastanti con le statuizioni della CGUE. In realtà, alla base delle diverse ordinanze di rimessione alla Corte di giustizia europea, sembra esserci la preoccupazione del giudice nazionale di sollecitare la risoluzione del quesito interpretativo in maniera maggiormente conforme con le peculiarità dell'ordinamento italiano.

Anche a fronte dell'ultimo approdo giurisprudenziale sul punto, il quesito che, destando non poche perplessità, rimane ancora aperto è quello relativo ai limiti entro i quali il giudice comunitario possa imporre indicazioni sull'interpretazione del diritto processuale interno senza tenere conto della struttura, dei principi e delle peculiarità che contraddistinguono l'ordinamento nazionale. La decisione della CGUE di ritenere necessario sempre e comunque l'esame del ricorso principale, anche allorquando sia fondato su un interesse meramente potenziale ed astratto, confligge gravemente con i principi cardine del nostro ordinamento processuale.

In particolare, verrebbe ad essere obliterato il principio per cui l'iniziativa processuale è rimessa alle parti, il principio dispositivo, il principio dell'onere della prova, il quale impone di allegare fatti e documenti a sostegno della propria domanda, nonché il principio per cui per ricorrere occorre avervi un interesse concreto ed attuale[33]. Manca nell'ordinamento amministrativo un soggetto equiparabile al pubblico ministero del

33 Per un approfondimento sulla possibilità di conciliare il principio di effettività con la funzione del ricorso incidentale come strumento di garanzia del contraddittorio cfr. C. BENETTAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività cit.,*pag 14 ss.

giudizio penale, il quale si faccia portatore e garante dell'interesse generale al rispetto della legalità. Per questa ragione imporre l'esame del ricorso principale sempre e comunque significherebbe imporre al giudice interno di effettuare un controllo sulla legalità dell'operato della p.a. pur in mancanza di prove che ne richiedano imprescindibilmente l'esame.

CONCESSIONI IDROELETTRICHE DI PICCOLA DERIVAZIONE E PROCEDURE DI RINNOVO: TRA PRECETTI DELL'UE, LACUNE NORMATIVE ED INTERVENTI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.

Cesare Mainardis*

ABSTRACT: Il saggio affronta il tema dei procedimenti di rinnovo delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica, alla luce della presa di posizione dell'AGCM che ha indicato alle P.A. concessionarie la necessità di disapplicare la normativa vigente per indire procedure di gara. La tesi dell'AGCM viene affrontata, e criticata sotto due profili: il primo relativo alla nozione di "effetto diretto" della normativa UE; il secondo relativo al ricorso alla analogia e correlati limiti nell'ordinamento nazionale.

PAROLE CHIAVE: Diritto amministrativo. Diritto dell'energia. Concessioni di beni demaniali. Effetto diretto del Diritto dell'UE.

ABSTRACT: *The essay deals with the issue of renewal procedures for small-scale diversion hydroelectric concessions, in the light of the Italian Antitrust Authority's position, which has indicated to the concessionary public authorities the need to disregard the regulations in force, in order to launch tendering procedures. The Italian Antitrust Authority's position is discussed and criticised from two points of view: the first relates to the notion of "direct effect" of EU legislation; the second relates to the use of analogy and its related limits in national law.*

KEYWORDS: *Administrative law. Energy law. Concessions of state property. Direct effect of EU law.*

SOMMARIO. 1. Introduzione. **2.** L'AGCM e la disciplina del rinnovo delle concessioni di piccola derivazione. **3.** Quali criteri per l'aggiudicazione di eventuali procedure competitive? **4.** Quale regime giuridico per la destinazione delle opere realizzate? **5.1** Con una prospettiva più ampia: diritto UE, effetto diretto "oppositivo" e lacune normative. **5.2** *(segue)* I limiti all'analogia (tra grandi e piccole derivazioni). **6.** Qualche conclusione.

1. Introduzione.

La disciplina del rinnovo delle concessioni di piccola derivazione ad uso idroelettrico è tema senz'altro di settore, poiché regolato da una disciplina speciale assai articolata[1]; esso tuttavia si presenta di grande attualità e, alla luce di recenti vicende ordinamentali, offre l'occasione per riflessioni di più ampio respiro. Più o meno in concomitanza con la pubblicazione di questo scritto si riunirà infatti l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato per pronunciarsi sulla legittimità delle proroghe automatiche e generalizzate di altre concessioni demaniali, ovvero quelle marittime per finalità turistico-ricreative - con interessanti addentellati in ordine alla portata dell'effetto diretto e del correlato obbligo disapplicativo di normativa nazionale contrastante con l'UE[2] (argomento su cui ci soffermeremo al par. 5.1); inoltre, la produzione normativa collegata all'attuazione del P.N.R.R. e relativa alla "*rimozione di barriere all'entrata dei mercati*" interesserà, presumibilmente, anche il settore delle concessioni idroelettriche[3]. Nel frattempo, la posizione assunta nel corso degli ultimi mesi dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), alla luce anche di un precedente del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, pone le Amministrazioni concedenti, chiamate a pronunciarsi su eventuali istanze di rinnovo, in una posizione tutt'altro che agevole: tra l' "incudine" dell'Autorità Garante (che invoca la disapplicazione delle norme di legge vigenti), con possibili impugnazioni di rinnovi disposti senza gara; ed il "martello" dei concessionari uscenti ed aspiranti al rinnovo, con a monte un'oggettiva difficoltà (come vedremo) nell'individuare la normativa applicabile alla fattispecie.

2. L'AGCM e la disciplina del rinnovo delle concessioni di piccola derivazione.

Come accennato, nel corso del corrente anno sul tema è intervenuta in ben due occasioni l'AGCM: dapprima con una "segnalazione" rivolta a Parlamento, Governo e Regioni ai sensi dell'art. 21 della L. n. 287/1990[4]; successivamente, con un parere motivato su richiesta

1 Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico, Dipartimento di Scienze dell'Ambiente e della Prevenzione, Università di Ferrara.
Cfr. R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, *Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici,* artt. 28 e 30.

2 Cfr. il Decreto del Pres. del Consiglio di Stato 24 maggio 2021, n. 160, che ha deferito d'ufficio, ai sensi dell'art. 99 C.p.a., tre questioni di diritto collegate all'applicazione da parte della P.A. dell'art. 1, comma 683, della L. n. 145/2018. L'Adunanza Plenaria, convocata per il 20 ottobre 2021, segue a pronunce dei TAR non omogenee: cfr. ad es. TAR Firenze, n. 363/2021 e TAR Puglia–Lecce, n. 981/2021.

3 Cfr. il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (adottato dal Governo italiano e approvato definitivamente il 13.7.2021 con Decisione di esecuzione del Consiglio, su proposta della Commissione europea) punto 2A, *Le riforme abilitanti: semplificazione e concorrenza*, pagg. 73-74.

4 Cfr. AGCM, AS1722 - *Rinnovi automatici di concessioni per piccole derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico*, dd. 3.3.2021, in Bollettino 10/2021.

di un Ente Locale (la Città Metropolitana di Torino)[5]. Questa, in sintesi la posizione dell'AGCM: a) l'attuale normativa statale di cui agli artt. 28 e 30 del R.D. 1775/1933[6], talvolta integrata da legislazioni regionali nella sostanza conformi, stabilisce la possibilità di un rinnovo delle concessioni di piccola derivazione al ricorrere di determinati presupposti, ma in assenza di un confronto competitivo; b) tale disciplina non è conforme ai parametri di diritto dell'UE, ed in particolare all'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (cd. direttiva Bolkenstein): disposizione che, conformemente agli artt. 49 e 57 del TFUE, qualora il numero di "autorizzazioni" a svolgere una determinata attività "*sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali e delle capacità tecniche utilizzabili*", esclude la possibilità di rinnovi automatici a vantaggio del "*prestatore uscente*"; c) da ciò, per un verso, l'auspicio di un intervento del Legislatore – statale, in prima battuta – che riscriva l'attuale quadro regolatorio: introducendo procedure trasparenti, aperte e non discriminatorie che sostituiscano gli attuali procedimenti di rinnovo in favore del concessionario uscente; d) per altro verso, e nelle more, l'esplicito invito nei confronti della P.A. a predisporre selezioni competitive per il rinnovo delle concessioni in scadenza[7].

A sostegno della propria posizione l'AGCM cita, in particolare, un precedente specifico del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche che, con argomentazioni analoghe a quelle dell'Autorità Garante, ha annullato un provvedimento di rinnovo disposto in favore del concessionario uscente: e ciò previa disapplicazione dell'art. 30 cit., esattamente nella parte in cui accorda tale rinnovo "*senza la previa indizione di una procedura, trasparente e conoscibile, che consenta ai terzi che vi hanno interesse di formulare una proposta concorrente*"[8].

La posizione assunta dall'AGCM chiama dunque in causa, in primo luogo, il Legislatore: e, come accennato, la riforma della materia qui in esame potrebbe essere uno degli

5 Cfr. AGCM, AS1780 – *Città metropolitana di Torino – Rinnovo automatico delle concessioni di piccola derivazione d'acqua, dd. 25.6.2021*, in Bollettino 32/2021.

6 L'art. 30 del R.D. 1775/1933, dedicato alle concessioni di piccola derivazione, richiama l'art. 28, riservato alle grandi derivazioni (torneremo in seguito sulla distinzione), disposizione quest'ultima oggi superata dalla disciplina contenuta nel novellato art. 12 del D.Lgs n. 79/1999 (come modificato dal D.L. n. 135/2018, conv. nella L. n. 12/2019). In generale, la bibliografia in materia di concessioni idroelettriche, e di piccola derivazione in particolare, non è particolarmente estesa: ad es., assai datato nel tempo E. MICCOLI, *Le acque pubbliche*, Torino 1958, pagg. 83 ss.; cfr. poi D. FLORENZANO, *La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni*, in AA.VV. (a cura di G.Santucci, A.Simonati e F.Cortese), *L'acqua e il diritto*, Trento, 2011, 379 ss.; F. TODARELLO–F. NOVELLI, *Le concessioni di (piccole) derivazioni ad uso idroelettrico*, e B. TONOLETTI, *Alcuni aspetti della giurisprudenza recente in materia di concessioni idroelettriche*, entrambi in AA.VV., a cura di M. DE FOCATIS e A. MAESTRONI, *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, 95 ss., 203 ss.; S.R. MASERA, *Concessioni idroelettriche. Evoluzioni e Prospettive*, Pisa, 2018. Nella sterminata bibliografia, invece, in materia di concessioni vedi, per un inquadramento generale, M. D'ALBERTI M., *Concessioni amministrative, Enc. giur.*, Roma, 1988; in materia di acque pubbliche, V. CERULLI IRELLI V., *Acque pubbliche*, *Enc. giur*., Roma, 1988. Sulla peculiare posizione del concessionario aspirante al rinnovo cfr. ad es. S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, *Giorn. dir. amm*., 2003, 355 ss.

7 Cfr. AGCM, AS 1722 e AS 1780, op. cit.

8 T.S.A.P., 13.12.2018, n. 201 sulla quale vedi la nota redazionale di A. TRAVI in *Foro It*., 2020, n. 2, parte 3, c. 66. Va precisato che la sentenza del T.S.A.P. è stata impugnata in Cassazione, ai sensi dell'art. 201 del R.D. 1775/1933, ma il ricorso è stato dichiarato inammissibile per sopravvenuto difetto di interesse in ragione della transazione intercorsa tra le parti (Cass.Civ., S.U., n. 27771/2020), con interessanti profili processuali – che qui non possono trovare svolgimento – quanto alla "caducazione", o meno, dell'effetto di annullamento del provvedimento impugnato come disposto dalla pronuncia del T.S.A.P.

argomenti ricompresi nell'agenda attuativa del P.N.R.R. - il quale invero, e allo stato, menziona il tema solamente con riferimento alle concessioni di grande derivazione[9], peraltro già oggetto di una riforma legislativa pochi anni orsono[10]. In secondo luogo, l'AGCM si rivolge direttamente alle P.A. concedenti: invitandole a non tergiversare in attesa di (auspicate) riforme legislative, e a procedere piuttosto alla disapplicazione della legislazione nazionale in contrasto con quella dell'UE nonché all'indizione di procedure di gara. Ed è proprio su questo secondo profilo che vorrei ora soffermarmi.

3. Quali criteri per l'aggiudicazione di eventuali procedure competitive?

L'invito a prevedere selezioni ad evidenza pubblica reca con sé un'inevitabile domanda: sulla base di quali criteri andrebbe regolata la procedura competitiva e, quindi, assegnato il rinnovo della concessione nell'ipotesi di concorso tra più aspiranti? L'AGCM invita le P.A. concedenti a "*valutare l'opportunità*" di estendere, anche ai casi di rinnovo, la normativa già vigente e rivolta a risolvere le procedure "in concorrenza" – ovvero l'ipotesi in cui, nel procedimento di rilascio della concessione, si fronteggino più domande tra loro in competizione. Tale normativa è prevista a livello statale (art. 9 del R.D. n. 1775/1933), con svariate integrazioni regionali nell'individuare i criteri puntuali con cui risolvere la "concorrenza" tra più istanze di concessione.

L'indicazione dell'AGCM, di primo acchito, non pare avere alternative: in primo luogo, infatti, il corrispettivo che il concessionario versa alla P.A. (a titolo di "canone") è oggetto, anche nella sua misura, di una analitica disciplina legislativa a cavallo tra competenze statali e regionali e sulla base di coordinate individuate dalla giurisprudenza costituzionale[11]; e dunque non è sotto questo profilo che, in assenza di una modifica della base legislativa, l'Amministrazione concedente potrebbe costruire una procedura competitiva in sede di rinnovo, in contrasto con norme di rango primario. In secondo luogo, nella disciplina in materia di acque pubbliche non si rinvengono altre disposizioni che consentano un confronto competitivo tra concessionari idroelettrici o aspiranti tali. Ciò precisato, la trasposizione alla fase del rinnovo dei criteri previsti per la risoluzione (a monte) della concorrenza tra diverse istanze di concessione desta più di qualche perplessità.

Una doverosa premessa: ad essere radicalmente diverse sono le due fattispecie in esame. Nell'ipotesi di concorrenza tra istanze di concessione, il presupposto è che le domande

9 Cfr. P.N.R.R., *op. ult. cit.*

10 D.L. n. 135/2018, conv. nella L. n. 12/2019, con modifica dell'art. 12 del D.Lgs n. 79/1999. Torneremo sull'argomento al par. 5.2.

11 Cfr. M. BUCELLO, *La regolazione dei canoni, sovracanoni e canoni aggiuntivi per le concessioni idroelettriche*, AA.VV., *Dialoghi*, cit., 153 ss.; F. TODARELLO–F. NOVELLI, *op. cit.*, 104 ss.; volendo, più di recente, C. MAINARDIS, *Canoni idroelettrici e riparto di competenze: l'inerzia statale non (sempre) paralizza l'attività regionale*, *Le Regioni,* 2017, 181 ss.

siano tra loro "*tecnicamente incompatibili*" poiché rivolte ad attingere la medesima risorsa idrica[12]: in tale contesto, a fronteggiarsi sono dunque due o più progetti aventi come contenuto la realizzazione di un impianto idroelettrico, caratterizzato da una serie di componenti (opere di presa, di adduzione, di restituzione, centrale di produzione) che possono trovare ovviamente diversa collocazione in relazione al corpo idrico interessato, ed avere caratteristiche progettuali e tecniche sensibilmente differenti tra loro. Nell'ipotesi invece di rinnovo della concessione, il presupposto è che un impianto sia già stato realizzato e risulti in esercizio; e l'eventuale "offerta" di un soggetto diverso dal concessionario uscente potrà avere ad oggetto solamente i profili gestori dell'impianto (a meno di ipotizzare l'assurdo, ovvero la "sostituzione" dell'impianto esistente con uno diverso, previa rimozione del primo e costruzione *ex novo* del secondo – ma già non saremmo più nel perimetro del rinnovo di una concessione, ma semmai della realizzazione di un nuovo impianto).

Ebbene, la normativa suggerita dall'AGCM al fine di assegnare i rinnovi di concessione è in realtà concepita al fine di valutare due (o più) progetti in concorrenza tra loro, e mal si presta ad essere applicata al di fuori di tale ambito. Vediamo perché. Ai sensi dell'art. 9 del R.D. cit., la P.A. concedente è chiamata a premiare l'istanza che assicuri "*la più razionale utilizzazione della risorsa idrica*" in relazione a ben precisi criteri relativi all'equilibrio del bilancio idrico, alla compatibilità con altri utilizzi della risorsa, alla tutela quantitativa e qualitativa del corpo idrico, alla quantità e qualità dell'acqua restituita; in caso di domande concorrenti per usi produttivi, è poi valorizzata l'adesione del proponente a sistemi di gestione ambientale certificati; a parità di condizioni, subentra il criterio delle "*maggiori ed accertate garanzie tecnico-finanziarie ed economiche d'immediata esecuzione* (dell'opera: n.d.s.) *ed utilizzazione"*; infine, in via residuale, si impone la priorità di presentazione della domanda[13]. Senza entrare nel dettaglio dei singoli criteri, che presuppongono in taluni casi nozioni tecniche e scientifiche peculiari o il rimando ad ulteriori normative di settore[14], va comunque sottolineato come essi siano tutti funzionali a comparare progetti diversi, volti alla costruzione di differenti impianti. Molti di quei criteri, come apprezzati dalla P.A. in relazione all'istanza prescelta, si trasformano poi in contenuti della concessione rilasciata che (in una con la Autorizzazione Unica alla costruzione e all'esercizio dell'impianto[15]) fissa inderogabilmente quantità di acqua attingibile, energia producibile, caratteristiche dell'impianto nel suo complesso e nelle singole componenti, ecc. Ipotizzare una loro applicazione ai fini di risolvere una procedura competitiva avente ad oggetto la sola

12 Cfr. l'art. 7 del R.D. 1775/1933; in argomento, sinteticamente, F. TODARELLO–F. NOVELLI, *op. cit*., 99 ss.
13 Cfr. l'art 9 del R.D. 1775/1933.
14 Cfr., in argomento, F. TODARELLO–F. NOVELLI, *op. cit.*, 101 ss.
15 La cd. autorizzazione unica alla costruzione e all'esercizio di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili è stata introdotta dall'art. 12 del D.Lgs 387/2003 - per una prima disamina cfr. E. PICOZZA (a cura di), *Il nuovo regime autorizzatorio degli impianti di produzione di energia elettrica*, Torino, 2003; sui rapporti tra i procedimenti volti al rilascio della concessione a derivare (regolato dal R.D. 1775/1933) e della autorizzazione unica cfr., a livello nazionale, il D.M. del MISE 10.9.2010, *Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili,* Allegato, parte V, par. 18.3.

gestione di un impianto le cui specifiche di funzionamento, oltretutto, risultano scolpite nei provvedimenti concessori ed autorizzativi già rilasciati appare dunque difficile (se non velleitario).

Nel parere reso dall'AGCM in favore della Città Metropolitana di Torino si rimanda invero e direttamente alla normazione vigente a livello regionale che, nel caso del Piemonte, richiama i criteri previsti dalla legislazione statale introducendone però di aggiuntivi: tra questi, potrebbero assumere un qualche rilievo, nella nostra prospettiva, la valutazione della "*mitigazione degli impatti*" e il "*miglioramento delle condizioni ambientali del corpo idrico*", per un verso; e le "*ricadute sociali, occupazionali ed economiche dell'intervento a livello locale*", per altro verso[16]. Circostanze che parrebbero poter differenziare le offerte del concessionario originario di altri potenziali concorrenti.

Vanno svolte tuttavia due considerazioni. La prima riguarda i criteri di per sé considerati. Innanzitutto, quanto al profilo di ulteriore tutela ambientale come criterio discretivo tra più aspiranti concessionari in sede di rinnovo, può rilevarsi come la concessione a derivare venga rilasciata, ed oggi rinnovata solamente a condizione del rigoroso rispetto dei parametri sovranazionali, statali, distrettuali e regionali a tutela del corpo idrico, che limitano così la produttività degli impianti condizionandone sovente la sostenibilità economica[17]; ipotizzare *significativi* interventi sull'impianto già realizzato, al fine di innalzare *in misura apprezzabile* la tutela ambientale oltre gli standard imposti dalla normativa vigente, con ulteriori correlate conseguenze negative in termini di produttività appare dunque irrealistico (o comunque limitabile a casi marginali). Quanto invece alla valorizzazione delle ricadute sociali, occupazionali ed economiche può osservarsi che, da un lato, la gestione ordinaria e la manutenzione degli impianti idroelettrici di piccola derivazione viene svolta sovente e direttamente dal produttore, in economia; oppure affidata con contratti *ad hoc* a soggetti esterni: immaginare dunque una competizione, in sede di rinnovo, sotto questo profilo appare davvero arduo. Se invece si intende privilegiare un produttore o aspirante tale in forza delle sue caratteristiche soggettive (l'essere ad esempio un operatore economico già attivo sul territorio, che intende avviare un'attività anche nel settore idroelettrico, differenziandosi così rispetto ad un produttore "puro"), ebbene l'obiettivo rischia di collidere con il principio del libero mercato

16 Cfr. Reg. regionale del Piemonte, 29.7.2003, n. 10/R e s.m., *Disciplina dei procedimenti di concessione di derivazione di acqua pubblica (Legge regionale 29 dicembre 2000, n. 61)*, art. 15 bis.

17 Gli standard di tutela di un corpo idrico, che condizionano dunque la quantità di acqua attingibile e, di conseguenza, la produttività di un impianto idroelettrico (ma prima ancora l'*an* della derivazione) sono fissati alla luce di una articolata catena normativa, a partire dai principi contenuti nella cd. Direttiva Acque (2000/60/CE), ed in particolare quelli di "*non deterioramento*" e di raggiungimento degli obiettivi di qualità minimi, salvo eccezioni (cfr. soprattutto gli artt. 1, 4 comma 1, 11 della Direttiva cit.); principi attuati con l'introduzione della Parte III del Codice dell'Ambiente (D.Lgs 152/2006 e s.m.) ed affinati, ad esempio, quanto alle cd. valutazione *ex ante* delle derivazioni, e al cd. deflusso ecologico, dai D.M. del M.A.T.T.M. 29/STA e 30/STA, dd. 13.2.2017; tale disciplina trova poi ulteriore specificazione a livello territoriale tramite le prescrizioni previste dai Piani di Gestione delle Acque, adottati dai Distretti Idrografici (P.A. che sono succedute, accorpandole, alle Autorità di Bacino), ai sensi degli art. 65 e ss., 117 e ss. del Cod. Ambiente; e dai P.R.T.A., approvati dalle singole Regioni ai sensi degli artt. 121 ss. del Cod. Amb.

concorrenziale in materia di produzione di energia, introducendo indebite restrizioni nell'accesso o nella permanenza[18].

La seconda considerazione: molte delle legislazioni regionali oggi vigenti nemmeno prevedono criteri aggiuntivi sulla falsariga della normativa piemontese, oppure ne introducono di altri tutto sommato simili e parimenti inadatti a risolvere procedure competitive di rinnovo[19]; in ogni caso, saremmo di fronte ad una frammentazione normativa, da Regione a Regione, inidonea ad assicurare uno svolgimento uniforme delle procedure di rinnovo sull'intero territorio nazionale.

In conclusione. L'invito dell'AGCM pone le P.A. concedenti nella oggettiva difficoltà non solo di prevedere procedure competitive in sede di rinnovo – a ben guardare, difetta una base legale dettagliata che regoli tale fase quanto alla scansione procedimentale; ma, soprattutto, di decidere poi tali gare, posto che i criteri rinvenibili nella normativa di settore (e suggeriti dall'Autorità Garante) sono pensati per la diversa fase, a monte, del confronto concorrenziale tra più progetti e mal si prestano, a valle (per diversi motivi di ordine giuridico, tecnico, scientifico e pratico) ad essere reimpiegati in una comparazione avente ad oggetto solamente il profilo gestorio dell'impianto.

4. Quale regime giuridico per la destinazione delle opere realizzate?

In ogni caso, anche ritenendo superabili in qualche modo gli argomenti esposti sino a qui, vi è un ulteriore profilo che rende inattuabile il suggerimento rivolto dall'AGCM alle P.A. concedenti. L'impianto realizzato, nelle sue componenti costitutive, è di proprietà del concessionario (e sovente lo è anche il terreno sul quale sorge almeno parte dell'impianto medesimo); nell'ordinamento vi è una precisa disposizione di rango primario che disciplina la destinazione di tali opere alla scadenza della concessione ma "*in mancanza di rinnovazione*", distinguendo tra concessioni di piccola e di grande derivazione: con riferimento alle prime, le opere cd. bagnate transitano nella proprietà dello Stato che ha diritto di ritenerle senza compenso alcuno, oppure debbono venire rimosse dal concessionario eseguendo a proprie spese i lavori di ripristino ambientale; le opere cd.

18 Il *"principio del libero mercato concorrenziale in materia di produzione dell'energia ... permea tutta la normativa statale e, ancor prima, la normativa comunitaria, cui il legislatore italiano ha dato attuazione*", e si afferma in particolare "*nel caso di energia prodotta da fonti rinnovabili*" alla luce delle peculiari caratteristiche di quel settore: in termini, C. cost. n. 310/2011; cfr. anche Corte cost. 124/2010. In argomento, ad es., L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Milano, 2011, 69 ss.

19 Cfr. ad es, la L. Reg. FVG n. 11/2015 che, all'art. 44, comma 3, prevede quali criteri aggiuntivi a quelli previsti dall'art. 9 del R.D. 1775/1933 il riferimento a caratteristiche strutturali ed edilizie dell'impianto da costruire, oppure la presenza di aree oggetto di particolare tutela ove localizzare l'opera (qui già realizzata), oppure ancora la presentazione di progetti di riqualificazione del tratto sotteso (e vale allora quanto osservato per la normativa piemontese, a meno di voler ipotizzare l'assegnazione di una concessione pluridecennale in forza della realizzazione di qualche intervento marginale di "miglioramento" ambientale); infine, l'entità delle compensazioni territoriali (che non possono consistere in misure monetarie: cfr. D.M. del MISE 10.9.2010, cit., All. 2) e "*ricadute a favore del territorio*", criteri obiettivamente generici e difficili da applicare se ritenuti unici parametri volti a determinare l'aggiudicazione di un rinnovo.

asciutte rimangono invece nella proprietà del concessionario, salvo – è da aggiungere - puntuali prescrizioni sempre correlate al ripristino ambientale (esemplificando: l'edificio contenente la centralina potrebbe dover essere demolito, ma i macchinari posti all'interno rimangono al concessionario che sarà libero di asportarli e reimpiegarli come crede)[20]. Non a caso, la riforma legislativa che ha riscritto radicalmente le procedure di rinnovo per le concessioni di grande derivazione, introducendo l'ipotesi di un subentro al concessionario uscente, si è occupata di regolare analiticamente anche questo aspetto compiendo scelte frutto di discrezionalità legislativa (torneremo sul punto, allorché valuteremo la possibilità di applicare in via analogica tale normativa anche al caso che ci occupa[21]).

Orbene, l'AGCM, nel parere reso all'Ente Locale dubbioso quanto alle procedure da seguire in sede di rinnovo, non si fa carico del profilo in esame che è invece affrontato, in maniera assai concisa, nel precedente del T.S.A.P. citato: laddove il Giudice, disattendendo la prospettiva del concessionario (destinatario del rinnovo impugnato) osserva che "*quanto alle difficoltà che caratterizzano il subentro di un nuovo concessionario all'uscente, non se ne vuole disconoscere l'esistenza, ma trattasi di impedimenti che devono essere equamente regolati dall'amministrazione, nell'ottica del superamento, …*"[22]. Come accennato, l'assunto rispondeva invero ad una tesi difensiva di parte che poneva l'accento sulla antieconomicità ed inefficienza del subentro di altro operatore a fronte del permanente diritto di proprietà del concessionario sulle opere cd. asciutte – tutto ciò, nell'ottica del controinteressato, "*contrastando con l'interesse pubblico al buon andamento dell'amministrazione*"[23].

Ma ciò che invero non persuade, nella motivazione del T.S.A.P., è piuttosto il rinvio ad un intervento diretto della P.A. nella regolazione degli "*impedimenti*" conseguenti al subentro di un nuovo concessionario: tali "impedimenti" infatti, riguardano un diritto, quello di proprietà, che è coperto da riserva di legge e che non ammette limitazioni da parte della P.A. in assenza di una base legale[24]. E ciò, si crede, anche nell'ipotesi di riconduzione di tali opere alla categoria, ad esempio, dei cd. beni privati di interesse pubblico: riconduzione che non autorizza certo un intervento diretto dell'Amministrazione, a prescindere da un fondamento legislativo del potere esercitato[25]. Mentre del tutto assurdo, ancora una volta, sarebbe ipotizzare che lo schema suggerito dall'AGCM debba tradursi in uno smantellamento, ad opera del concessionario uscente, delle opere cd. asciutte, e la realizzazione (o installazione) da parte del subentrante di nuove opere (e macchinari) identiche alle precedenti: si tratterebbe infatti di una

20 Cfr. l'art. 30 del R.D. 1775/1933; la disciplina dettata dagli artt. 25 e 26 del R.D. cit. per le concessioni di grande derivazione va oggi riletta, invece, alla luce dei precetti introdotti dall'art. 11 *quater* del D.L. n. 135/2018, conv. nella L. n. 12/2019, che ha riformulato l'art. 12 del D.Lgs n. 79/1999 riscrivendo radicalmente la disciplina relativa alla fase di rinnovo di tali concessioni – ritorneremo sul punto al par. 5.2.

21 Cfr. il successivo par. 5.2.

22 Cfr. T.S.A.P., sent. 201/2018, cit., pag. 14.

23 Ancora T.S.A.P., sent. 201/2018, pag. 13.

24 Sulla riserva di legge in materia di proprietà privata cfr. riassuntivamente, M. GIAMPIERETTI, *Art. 42*, in AA.VV. (a cura di S. BARTOLE – R. BIN), *Comm. Breve alla Costituzione*, Padova, 2008.

25 Sulla natura giuridica delle opere costituenti un impianto idroelettrico cfr. S.R. MASERA, *op. cit*., 131 ss. che ragiona di beni privati a destinazione pubblica.

prospettiva inattuabile per un aspirante nuovo produttore, poiché palesemente diseconomica e quindi disincentivante la partecipazione ad eventuali procedure competitive; in secondo luogo, saremmo di fronte ad una soluzione irrazionale ed oltretutto impattante sull'ambiente, alla luce dei doppi lavori (di rimozione, e di ricostruzione) da eseguire.

Insomma, qualora si ipotizzino quadri regolatori futuri che introducano procedure competitive in sede di rinnovo, questi dovranno prevedere altresì una adeguata disciplina di tutti gli aspetti rilevanti nella fattispecie in esame, a partire dal destino delle opere realizzate (quanto alla loro proprietà) in caso di subentro di un nuovo concessionario: va da sé che le molteplici soluzioni che possono ipotizzarsi, tutte espressione di legittima discrezionalità legislativa, confermano tuttavia, e allo stato, l'inattuabilità di un intervento diretto della P.A. concedente in assenza di una base legale espressa - *rectius*, di un intervento da parte delle decine di diverse P.A. concedenti disseminate sul territorio nazionale (Regioni, Province autonome di Trento e di Bolzano, Province in taluni contesti regionali) chiamate ciascuna a regolare direttamente, nella prospettiva qui criticata, il profilo in esame (con una babele di possibili, diverse soluzioni).

5.1. Con una prospettiva più ampia: effetto diretto "oppositivo" del diritto UE e lacune normative.

I profili sino a qui affrontati offrono lo spunto per alcune considerazioni di carattere più generale, che comportano peraltro concrete ricadute sulla vicenda esaminata.

Una prima questione riguarda la peculiare declinazione che assume la dottrina del cd. effetto diretto delle norme UE con riferimento alla nostra fattispecie. Lo schema suggerito dall'AGCM alla P.A. invita a dare "*immediata applicazione alle norme dell'Unione Europea provviste di effetto diretto, quale corollario … del principio di primazia del diritto europeo … e, per tale ragione, di disapplicare le norme di diritto interno con esse incompatibili*"[26]. Ebbene, mi pare pacifico che qui non siamo di fronte alla versione tradizionale (per così dire) della dottrina dell'effetto diretto, secondo il modello consolidatosi a partire dalla nota pronuncia della Corte di Giustizia *Van Gend & Loos* (C-26/62); bensì ad una diversa versione "*oggettiva e oppositiva*", affermata da parte della dottrina anche alla luce di determinati orientamenti della CGUE[27]: posto che la normativa dell'UE - nella prospettiva dell'AGCM – funge

26 Cfr. AGCM, AS1780, *op. cit.*

27 Nella dottrina italiana ha insistito e insiste su questi profili soprattutto D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione Europea e disapplicazione, oggi*, *Oss. sulle fonti*, n. 3/2019, in http://www.osservatoriosullefonti.it (scritto dal quale sono tratte le citazioni riportate nel testo); in precedenza, del medesimo Autore, cfr. l'ampio lavoro monografico, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali: evoluzione di una dottrina controversa,* Milano, 2018; in argomento, cfr. anche, di recente, L. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poplawski*, in www.giustiziainsieme.it, 3.2.2021. Nell'ambito della dottrina costituzionalista il tema è sovente affrontato unitamente a questioni più generali: cfr. ad es. e tra i tanti, R. BIN, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, *Quad. Cost.* 4/2020, 861 ss.; C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in www.giustiziainsieme.it,

certamente da parametro di legittimità per le disposizioni di diritto nazionale che, se contrastanti, debbono venire disapplicate ma non offre norme precise, chiare ed incondizionate capaci di regolare direttamente la fattispecie all'esame della P.A.. E ciò, nel nostro caso, pare vero sotto almeno due profili, anche alla luce di quanto esposto nei precedenti paragrafi: in primo luogo, in ordine ai criteri per l'aggiudicazione della eventuale procedura competitiva bandita dalla P.A. tra istanze di rinnovo concorrenti; ed in secondo luogo in ordine al regime giuridico della proprietà delle opere realizzate in caso di subentro di un nuovo concessionario – profili carenti di normazione nazionale e, a maggior ragione, di norme dell'UE idonee a disciplinare compiutamente la fattispecie. Norme UE che, difatti, la stessa AGCM si guarda bene dall'indicare, optando piuttosto per un rinvio (qui criticato) a prescrizioni di diritto nazionale.

In realtà, la configurazione di un effetto diretto al di fuori dello schema tradizionale consolidatosi a partire da *Van Gend & Loos* non è condivisa da ampia parte della dottrina che, per giungere alla disapplicazione del diritto nazionale, ritiene sempre necessaria una "*data soglia di compiutezza normativa*" da parte del diritto dell'UE al fine di configurare in capo ai singoli "*posizioni soggettive complete*": determinandosi altrimenti una divaricazione tra primato del diritto dell'UE ed effetto diretto, nonché la messa in discussione dell'assioma del divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive[28]. Inoltre, anche i precedenti della CGUE possono venire variamente riletti[29]: e, a questo proposito, va detto che in effetti l'analisi delle pronunce citate a sostegno della versione "*oggettiva e oppositiva*" dell'effetto diretto lascia qualche perplessità, soprattutto alla luce di un confronto con la fattispecie qui esaminata. Vediamo alcuni esempi[30]. Nella sentenza *Kraaijeveld* (C-72/95) relativa ad un'ipotesi di *administrative review* ed inerente all'interpretazione della Direttiva 85/337 in materia di valutazione di impatto ambientale, la Corte di Giustizia riconosce(va) agli Stati un certo margine di discrezionalità nella valutazione dei progetti pubblici e privati da sottoporre a verifica; qualora detto margine venga superato, ne consegue la disapplicazione della normativa nazionale ed il conseguente dovere, per lo Stato membro, di adottare i provvedimenti generali e particolari affinché l'impatto ambientale di determinati progetti venga esaminato e conduca, se del caso, alla procedura di VIA. Ciò tuttavia, a ben guardare, comporta l'illegittimità di un eventuale provvedimento amministrativo nazionale di approvazione del progetto e/o di autorizzazione alla realizzazione dell'opera, che può essere fatta valere da coloro ai quali l'ordinamento riconosca legittimazione ed interesse all'impugnazione; l'effetto diretto "*oppositivo*" opera

19.10.2020; G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della corte costituzionale sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali*, *Rivista A.I.C.*, 4/2019, 3 ss.

28 Citazioni da E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2017, 126 ss.; dello stesso Autore cfr. anche *La dottrina degli effetti diretti in taluni dei suoi sviluppi più recenti*, in AA.VV. (a cura di M. DI STEFANO), *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, Napoli, 2017, 9 ss.; numerose citazioni di altra dottrina, anche straniera, in D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., 20 ss.

29 Lo ammette lo stesso D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., 32, che parla di orientamento "*ondivago*" della CGUE, con una giurisprudenza connotata da "*incertezze e ambiguità*".

30 Citati proprio da D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., 13 ss. e diversamente riletti dall'Autore rispetto a quanto prospettato nel testo.

come parametro negativo (per così dire) per l'Amministrazione, ma non le impone una faticosa ed opinabile ricerca di una base normativa, che soddisfi oltretutto il principio di legalità sostanziale, per un'ulteriore attività positiva relativa a ciascun singolo caso e al fine di soddisfare diritti individuali.

Anche il riferimento alla sentenza *Cia Security International* (C-194/94) (altra pronuncia menzionata come precedente in materia di effetto diretto "*oppositivo*") non pare persuasivo: la Direttiva 83/189 prevedeva l'obbligo per lo Stato membro di notificare alla Commissione ogni progetto di regola tecnica rientrante nell'ambito applicativo della predetta Direttiva: alla violazione di tale precetto procedimentale conseguiva, nella prospettiva della Corte di Giustizia, il dovere per il giudice nazionale di disapplicare la regola tecnica illegittimamente approvata. Ma anche in questo caso non siamo di fronte al venir meno della base legale per una determinata attività amministrativa, a cui consegua un obbligo di *facere* imposto alla P.A. (a tutela di "diritti" soggettivi) unitamente alla ricerca, nell'ordinamento nazionale o in quello dell'Unione Europea, di nuovi parametri normativi; bensì, più limitatamente, alla mancata applicazione di una regola che imponeva specifiche tecniche peculiari ad un determinato prodotto, con conseguente rimozione (ad esempio) del divieto alla sua commercializzazione oppure annullamento di una determinata sanzione su iniziativa giudiziale del diretto interessato.

D'altra parte, anche coloro che ritengono ammissibile la configurabilità di un effetto diretto (con conseguente obbligo di disapplicazione del diritto nazionale contrastante) in assenza di una normativa UE immediatamente applicabile, riconoscono subito appresso come "*l'emersione di lacune nell'ordinamento interno come conseguenza dell'effetto diretto oggettivo-oppositivo*" rappresenti "*un tema … non trascurabile*"[31]. Più precisamente, si ritiene che tale ipotesi integri proprio una delle possibili eccezioni alla automatica ed immediata disapplicazione del diritto nazionale contrastante con l'ordinamento UE, in ragione dell'effetto diretto. La questione, invero, viene affrontata dalla dottrina citata sotto una duplice prospettiva, che tuttavia non si rivela utile al nostro caso.

Per un verso, infatti, si rimarca come a fronte dell'effetti oppositivo (e non sostitutivo) del diritto dell'UE ne consegua che "*la fattispecie è governata dal diritto nazionale "sopravvissuto" alla disapplicazione*" [32]: tuttavia, può accadere – ed accade nel nostro caso – che la normativa interna non offra una disciplina compiuta e soddisfacente per la fattispecie in esame.

Per altro verso, "*in presenza del vuoto normativo*" causato dalla disapplicazione del diritto nazionale si individuano in mano al giudice nazionale tre opzioni, che potremmo riassumere così: ricorso all'interpretazione conforme rispetto del diritto nazionale al diritto UE; ricorso alla analogia, con applicazione di altre norme UE chiare, precise ed incondizionate; in via residuale, promovimento di una questione di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative contrarie al diritto dell'UE[33].

31 D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., 35 ss., 37.
32 D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., 13.
33 D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., 35 ss.

Ricordato che, nel nostro caso, non è l'Autorità Giudiziaria bensì una P.A. a doversi fare carico dell'applicazione dell'effetto diretto nella sua versione "*oggettiva e oppositiva*", del tutto inapplicabile risulta la terza opzione. Le prime due soluzioni, viceversa, sono in astratto estendibili anche alla nostra fattispecie: non rivelandosi tuttavia, in concreto, risolutive.

Quanto all'interpretazione conforme della normativa nazionale "residua", è compito che grava certamente anche sulla P.A.: ma, nel nostro caso, la soluzione non ci porta granché lontano posto che, come più volte sottolineato, siamo di fronte ad una vera e propria lacuna di diritto interno quanto ai criteri di puntuale aggiudicazione di una procedura competitiva e, soprattutto, quanto alla disciplina del diritto di proprietà in ordine alle opere realizzate in caso di successione nella titolarità della concessione.

Quanto all'opzione per l'interprete (giudice, ma ancora una volta anche P.A.) di ricorrere all'analogia per applicare altre norme di diritto UE, può osservarsi quanto segue. Concentrandoci sul profilo della disciplina della proprietà delle opere realizzate, non pare davvero potersi rinvenire nella normativa dell'UE disposizioni dotate di sufficiente puntualità per regolare il profilo in esame, invocabili quindi in via analogica: ricordato che, per un verso, la Direttiva in materia di concessioni non risulta applicabile al nostro caso[34]; mentre la Direttiva cd. Bolkenstein, invocata dall'AGCM, offre solamente un parametro normativo riferito alle procedure competitive per l'assegnazione di autorizzazioni da parte della P.A.

5.2. (segue) I limiti all'analogia (tra grandi e piccole derivazioni).

In realtà, è semmai nell'ordinamento nazionale che si rinviene una normativa astrattamente invocabile in via analogica: ed il riferimento va alla nuova disciplina dei diritti dominicali relativi alle opere realizzate per lo sfruttamento delle cd. grandi derivazioni, oggetto oggi di procedura di gara alla loro scadenza e di possibile subentro di un nuovo concessionario.

Andiamo con ordine. All'esito di una contrapposizione pluridecennale con l'UE, il Legislatore statale ha riformato l'intera materia fissando le seguenti coordinate: a) alla scadenza delle concessioni di grande derivazione le opere cd. bagnate passano senza compenso alcuno in proprietà delle Regioni, che decidono poi tra tre possibili modalità di ri-assegnazione delle concessioni (ad un operatore economico, tramite gara; ad una società mista, con scelta del socio privato tramite procedura competitiva; mediante forme di partenariato pubblico-privato, previste dalla legislazione in materia di contratti pubblici); b) con legge regionale vengono previste quindi le modalità di svolgimento delle procedure di assegnazione: termini, criteri di selezione, requisiti, durata della concessione, peculiari

34 Così, con argomenti condivisibili, E. BRUTI LIBERATI, *La disciplina delle gare per le concessioni di grande derivazione idroelettrica*, in AA.VV., *Dialoghi*, cit., 64 ss., a proposito della Direttiva 2014/23/UE, *DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.*

obblighi in capo all'aggiudicatario, ecc., nonché c) le modalità di utilizzo delle opere cd. asciutte "*nel rispetto del codice civile*" e secondo criteri analiticamente stabiliti anche con riferimento all'indennizzo, spettante al concessionario uscente, nel caso che i beni mobili ed immobili trovino riutilizzo nell'ambito della concessione riassegnata[35]. Si potrebbe quindi ipotizzare l'applicazione in via analogica di quest'ultimo profilo anche alle concessioni di piccola derivazione, individuandosi dunque nell'ordinamento nazionale una regola giuridica che governi la successione nel diritto di proprietà delle opere.

Tale trasposizione, tuttavia, non appare convincente. Il tema dell'analogia è, come noto, assai impegnativo intersecando complesse questioni di teoria generale del diritto e, più in particolare, di teoria dell'interpretazione[36]: nel nostro caso è invero sufficiente un approccio minimale per evidenziare la palese forzatura che comporterebbe siffatta operazione ermeneutica. In primo luogo, la legislazione in materia di acque pubbliche ha posto il criterio quantitativo come tradizionale elemento di distinzione nella disciplina delle derivazioni, a prescindere dai diversi utilizzi (forza motrice, acqua potabile, irrigazione, bonifica, usi industriale o ittiogenici, costituzione di scorte idriche): "*grandi e piccole derivazioni*" ricevono infatti, sin dal R.D. 1775/1933 e poi nella legislazione successiva, una diversa regolazione sotto molteplici aspetti (ed in particolare, proprio in ordine alla disciplina nell'ipotesi di "*mancata rinnovazione*"[37]). D'altra parte, e con riferimento alle derivazioni ad uso idroelettrico, le concessioni di grande derivazione intersecano la storia dello sviluppo industriale del nostro Paese dal secondo dopoguerra ad oggi, dalla

35 L'art. 11 quater del D.L. n. 135/2018, conv. nella L. n. 12/2019, ha riscritto l'art. 12 del D.Lgs n. 79/1999, introducendo i commi 1, 1 bis e 1 ter il cui contenuto è stato succintamente riassunto nel testo. A commento della novella legislativa cfr. ad es. A.ARGENTATI, *Rinnovo delle concessioni idroelettriche e possibili conflittitra i diversi portatori di interesse. Rischi e criticità dei processi in itinere,* in AA.VV. (a cura di M. COZZIO e G. GIOIS), *La gestione della risorsa acqua nelle aree montane. Profili economici e giuridici rilevanti in tema di concessioni idroelettriche*, Trento, 2020, 39 ss. Sulle vicende precedenti, dalla liberalizzazione parziale introdotta con il D.Lgs n. 79/1999 alle pronunce successive della giurisprudenza costituzionale, alle varie procedure di infrazione avviate nel tempo dall'UE, rinviamo alla bibliografia che si è succeduta nel tempo tra cui cfr., almeno, M.A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in www.federalismi.it, 2013; N.BASSI, *L'incertezza eretta a sistema: una storia a episodi dell'evoluzione della disciplina italiana in tema di rilascio delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico*, *Dialoghi*, cit., 31 ss., A. TRAVI, *La disciplina transitoria delle concessioni idroelettriche e i principi di concorrenza*, *Dialoghi*, cit., 49 ss.; E. BRUTI LIBERATI, op. cit.; M. DE FOCATIS, *Le concessioni idroelettriche nella giurisprudenza della Corte costituzionale: le ragioni della concorrenza e i tentativi di ripubblicizzazione del settore*, *Dialoghi*, cit., 189 ss.; S. QUADRI, *Le concessioni di grandi derivazioni ad uso idroelettrico e il diritto della concorrenza nell'Unione Europea*, *Dialoghi*, cit., 223 ss. Infine, anche alla luce della recente lettera di costituzione in mora complementare da parte dell'UE dd. 2019, cfr. il Parere AGCM, AS1697 del 3.9.2020.
Per alcuni esempi di leggi regionali attuative, nonché per una panoramica di altre procedure di infrazione avviate, nella stessa materia, dall'UE contro altri Stati cfr. l'interessante paper di ricerca della Fondazione Magna Carta, *Le concessioni idroelettriche in Italia. Principi, norme, prospettive future,* 33 ss., 57 ss.
36 La dottrina, in materia di analogia, è sterminata: limitandoci solo a qualche citazione generale cfr. G.CARCATERRA, *Analogia*, *Teoria Generale*, *Enc.Giur.*, Roma, 1988; L.GIANFORMAGGIO, *Analogia*, *Dig. disc. civ.*, Torino, 1987; per una prospettiva in parte diversa dagli approcci tradizionali nell'ambito della filosofia del diritto, L.CAIANI, *Analogia*, *Teoria Generale*, *Enc. Dir.*, 1958.
37 Cfr. l'art. 30 del R.D. 1775/1933, per le piccole derivazioni; e gli artt. 25 e 26 per le grandi derivazioni. La distinzione tra le due tipologie di derivazioni è contenuta "storicamente" (per la legislazione antecedente cfr. invece E. MICCOLI, *op. cit.*, 1 ss.) nell'art. 6 del R.D. 1775/1933, che "*per produzione di forza motrice*" individua la soglia discretiva dei 3000 kW di potenza nominale media annua.

nazionalizzazione della produzione e più in generale del mercato elettrico ad inizio degli anni '60 del '900 sino alla successiva liberalizzazione, avvenuta per fasi anche sotto la spinta dell'ordinamento comunitario: si tratta di impianti - appunto - di rilevanti dimensioni, che presuppongono una risorsa idrica proporzionata, assicurano storicamente una quota preponderante dell'energia prodotta da fonte idraulica nel nostro Paese, sono gestiti - dopo la fine del monopolio statale - da pochi operatori economici anch'essi di "taglia" significativa. Diversamente, le concessioni di piccola derivazione sono numericamente assai più elevate, tendenzialmente diffuse in maniera capillare quanto alla loro titolarità, con impatti ambientali decisamente minori ma conseguente inferiore capacità produttiva (non però irrilevante, nel contesto complessivo della produzione di energia da F.E.R. in Italia[38]). Questa differenziazione in fatto ha poi trovato e trova costante riverbero nella conseguente disciplina delle due tipologie di derivazione, come da ultimo testimoniato dalla profonda riforma del sistema concessorio di grande derivazione, avviata dal Legislatore statale nel 2018, anche in risposta ad una procedura di infrazione da parte dell'UE che aveva ad oggetto questa sola, peculiare fattispecie[39].

Orbene, le scelte di dettaglio compiute dal Legislatore nel 2018 hanno, a monte, una decisione di fondo: ovvero la regionalizzazione degli impianti di grande derivazione, e quindi il loro rientro nel dominio della sfera pubblica (con riapertura al mercato quanto all'aspetto della gestione). E ciò, innanzitutto, con la titolarità delle opere cd. bagnate che passa alla Regione senza compenso alcuno; segue poi la discrezionalità da parte delle Regioni, entro la cornice normativa dettata dallo Stato, quanto alla scelta in ordine alla tipologia di gestione (con criteri concorrenziali nella selezione degli operatori economici privati), nonché ai profili più significativi del nuovo regime concessorio (durata, criteri di gara, ecc.); infine, la definizione delle modalità di subentro al concessionario uscente anche sotto il profilo di ciò che è indennizzabile, e di ciò che non lo è (oltre ai criteri per definire il *quantum*). Ma quest'ultimo profilo, del quale potrebbe invocarsi l'applicazione in via analogica alle concessioni di piccola derivazione, non è che una tessera di un mosaico assai più ampio: in termini giuridici, siamo di fronte infatti ad un intervento legislativo connotato da una ben precisa *ratio* complessiva, dalla quale è piuttosto discutibile disarticolare un singolo aspetto per trasporlo ad un ambito dell'ordinamento nel quale quella *ratio* non trova, oggi, analoga cogenza. In ogni caso, proprio perché siamo di fronte a scelte legislative di sistema, che orientano una parte di un determinato settore produttivo, il ricorso all'analogia per la regolazione di altre parti di quel settore appare davvero forzato.

38 Elaborando i dati contenuti nel *Rapporto Statistico 2019. Fonti rinnovabili*, redatto dal G.S.E. Gestore dei Servizi Energetici S.p.A., e reperibile sul sito della predetta Amministrazione, può desumersi (con l'ausilio di tecnici, che interpretino tali dati non esposti esattamente seguendo la distinzione tra piccole e grandi derivazioni, come prevista normativamente nel R.D. 1775/1933) che nel nostro Paese l'energia da fonte idraulica copre il 40% circa dell'energia prodotta da FER e, nell'ambito di tale porzione, gli impianti di piccola derivazione ne assicurano circa il 15%.
39 Cfr. in precedenza nota 36.

L'inferenza analogica ha tra i suoi presupposti una ragionevole similitudine delle due fattispecie poste a confronto (quella non regolata, e quella regolata dalla quale l'interprete ricava appunto il precetto per colmare la lacuna normativa[40]): nel nostro caso non solo siamo di fronte a due fattispecie obiettivamente diverse quanto al loro rilievo economico nel mercato di riferimento, ma anche ad una scelta legislativa espressamente riservata ad una categoria di derivazioni, con a monte un'opzione di politica del diritto assai forte. Tale quadro normativo, opinabile da un punto di vista squisitamente politico, ha comunque una sua intrinseca coerenza che ne segna tuttavia anche i limiti quanto alla applicabilità - in via analogica - di singole disposizioni al di fuori di quel contesto. Con il che, come evidente, si contesta sia il ricorso alla cd. *analogia legis*, ovvero - nel nostro caso – all'applicazione dei criteri puntuali individuati dal Legislatore statale per stabilire le modalità di subentro al (e di indennizzo del) concessionario uscente, ai sensi del vigente art. 12, comma 1-ter, del D.Lgs n. 79/1999; ma anche alla cd. *analogia iuris*[41], posto che, per un verso, il comma 1-ter cit. non stabilisce principi (dal quale trarre, in ipotesi, regole applicabili alle piccole derivazioni) bensì regole immediatamente applicabili; per altro verso, quelle regole presuppongono a monte, e come più volte ribadito, un'opzione di politica legislativa (la regionalizzazione degli impianti, con la proprietà di parte delle opere che transita agli Enti regionali) che per le concessioni di piccola derivazione non è (oggi) prevista nell'ordinamento.

Infine, seppure tralasciando la questione (tanto suggestiva quanto impegnativa e meritevole perciò di autonomo approfondimento) dei limiti all'analogia nel caso di materie coperte da riserva di legge in Costituzione[42], c'è un ultimo aspetto su cui insistere – rimanendo sempre entro i confini della legislazione speciale in esame. La riforma statale introduce una vera e propria riserva di legge regionale quanto alla decisione sul porre (o meno) a carico del concessionario subentrante la previsione dell'eventuale indennizzo in favore di quello uscente; opinabile, certamente, la pretesa statale di vincolare la Regione all'impiego di un determinato atto-fonte, ciò che qui rileva è comunque la vigenza di una disposizione di rango primario che rimanda ad un altro atto normativo la regolazione di un aspetto della complessiva disciplina[43]. Ciò premesso, la pretesa di trasporre in via analogica la normativa in materia di grandi derivazioni alle ipotesi di rinnovo delle piccole derivazioni, per ricavarne precetti immediatamente applicabili per la P.A., si scontrerebbe dunque con un ostacolo insormontabile: ovvero la necessità di "riempire" quei contenuti normativi, demandati oltretutto ad una fonte primaria, con il ricorso alla discrezionalità amministrativa, in assenza però di una base legislativa ed in contrasto con la predetta fonte primaria.

40 Cfr., per tutti, G. CARCATERRA, *op. cit.*, 10 ss.
41 Sulla distinzione tra *analogia legis* e *analogia iuris*, ad es., G. CARCATERRA, op. cit., 19 ss.
42 Mi riferisco sempre al diritto di proprietà, ai sensi dell' art. 42 Cost.
43 Cfr. il comma 1-ter, lett. d), dell'art. 12 del D.Lgs n. 79/1999, come riformulato dall'art. 11 quater del D.L. n. 135/2018 più volte citato. Sul profilo esposto nel testo, cfr. A.ARGENTATI, *Rinnovo,* cit., 48.

6. Qualche conclusione.

Alla luce di quanto esposto sino a qui, la posizione assunta dall'AGCM - con l'invito alle P.A. concedenti a disapplicare la normativa vigente in materia di rinnovi e a bandire immediatamente procedure competitive - desta più di qualche perplessità. In primo luogo, la trasposizione alla fase del rinnovo dei criteri previsti per la risoluzione della concorrenza tra più istanze di concessione (suggerita dall'Autorità Garante) appare soluzione difficilmente praticabile, se non improduttiva nell'ottica di un vero confronto competitivo. In secondo luogo, l' "*impedimento*"[44] che la P.A. incontra nel regolare la titolarità delle opere che – in ipotesi – transitino dal concessionario uscente a quello entrante riguarda invero la disciplina di un diritto, quello di proprietà, coperto da riserva di legge.

Approfondendo ancora: anche ritenendo, a monte, il contrasto tra legislazione nazionale e normativa UE in materia di rinnovi di concessioni; ed anche sposando la dottrina dell'effetto diretto nella sua declinazione oppositiva, rimane pur sempre vero che il caso in esame rientra in quelle ipotesi di "vuoto normativo", generato dalla disapplicazione del diritto nazionale, di cui l'interprete deve farsi carico. Ebbene, escluso - sotto più profili - il ricorso ad una possibile analogia con la disciplina in materia di grandi derivazioni (che attende oltretutto un completamento legislativo regionale, non surrogabile con provvedimenti discrezionali della P.A.), ne consegue che ci troviamo allora alle prese con l'ultima opzione individuata dalla dottrina per uscire dall'*impasse*: ovvero la dichiarazione di incostituzionalità della legge divergente dai precetti dell'UE, parametri interposti rispetto agli artt. 117 e 11 della Costituzione. Il promovimento di una questione di legittimità costituzionale è però prerogativa dell'Autorità Giudiziaria; la P.A., di contro, è tenuta all'applicazione della legge (anche) incostituzionale, in attesa di una modifica da parte del Legislatore. Il primato del diritto UE non è così compromesso, ma trova affermazione nel rispetto delle regole interne all'ordinamento nazionale che, oltretutto, chiamano i diversi soggetti al rispetto dei propri ruoli e correlate responsabilità, senza stravolgimenti e forzature. La P.A. ed il Giudice sono parimenti tenuti a disapplicare la legge contrastante con il diritto dell'UE in presenza di disposizioni sovranazionali chiare, precise ed incondizionate che configurino "diritti" individuali; in caso contrario, l'interpretazione conforme o, al limite, il ricorso all'analogia potranno colmare le lacune generate dalla disapplicazione del diritto nazionale; se ciò non è (ragionevolmente) possibile, al Giudice spetta il dovere di rivolgersi alla Corte costituzionale; alla P.A. quello di applicare comunque la legge, mentre la primazia del diritto dell'UE troverà affermazione attraverso la via giudiziale, qualora esperibile su iniziativa di terzi interessati; o attraverso la responsabilità dello Stato, chiamato a modificare la legislazione contrastante con il diritto dell'UE. Ipotizzare, di contro, una P.A. protesa alla ricerca di una normativa

44 Citando sempre la sent. n. 201/2018 del T.S.A.P., pag. 14.

applicabile purchessia, forzando il ricorso all'analogia e/o in violazione persino delle riserve di legge previste in Costituzione appare soluzione poco persuasiva[45].

In chiusura, ed in parte riprendendo considerazioni legate alla normativa speciale oggetto di questo scritto, una considerazione controcorrente rispetto alle affermazioni lapidarie spese dall'AGCM nei propri atti. Nulla da eccepire all'auspicio di misure pro concorrenziali in questo, come in altre settori dell'ordinamento laddove funzionali ad interessi meritevoli di tutela: ma è proprio vero che l'attuale quadro regolatorio in materia di rinnovi escluda radicalmente procedure competitive? Non pare così: ai sensi dell'art. 49 del R.D. n. 1775/1933, nel caso di richiesta di cd. variante sostanziale ad un progetto già assentito, o anche già realizzato si apre infatti un nuovo procedimento istruttorio, aperto anche ad una possibile concorrenza da parte di altri soggetti. E talune normative regionali traducono il portato di tali precetti riferendoli esplicitamente anche alla fase di rinnovo della concessione: non ostando alcunché, nella legislazione statale di principio, a tale conclusione[46].

In sostanza, alla luce di siffatta articolata disciplina, qualora l'istanza di rinnovo si accompagni a richieste di varianti sostanziali della concessione si apre una nuova istruttoria con possibili inserimento, previa adeguata pubblicità dell'istanza presentata, di potenziali concorrenti e conseguente giudizio da parte della P.A. sui due o più progetti in concorrenza, alla luce dei criteri su cui ci siamo in precedenza soffermati (dettati dall'art. 9 del R.D. cit., integrato talora dalle normative regionali di settore). In queste ipotesi viene dunque soddisfatta ogni esigenza di procedura competitiva aperta, trasparente e non discriminatoria[47]. Che poi tale disciplina, alla luce della peculiare fattispecie in esame (complessivamente considerata[48]), sia di per sé sufficiente a soddisfare le esigenze di aperture concorrenziali volute dall'UE è argomento ancora diverso, sul quale merita senz'altro interrogarsi e al quale darà – presumibilmente - una prima risposta il Legislatore statale nei prossimi mesi.

45 Per critiche motivate ad una nozione dell' "effetto diretto" così dirompente cfr., ad es., R. BIN, *op. cit.*, nonché la dottrina riportata – seppure criticandola – da D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., 20 ss.

46 Cfr. ad es. L. Reg. FVG, 11/2015, art. 48, comma 5 – sebbene tale articolo di legge oggi non sia più applicabile alle concessioni idroelettriche in forza della sopravvenuta L. Reg. FVG n. 13/2021, art. 4, che ha riscritto la disciplina della fase di rinnovo.

47 Sulle procedura "in concorrenza" come fattispecie di confronto competitivo ispirato ai principi, di derivazione europea, citati nel testo, cfr. ad es. T.S.A.P. sent. n. 194/2017.

48 Sul complesso intreccio di interessi che vengono in gioco nel caso delle concessioni idroelettriche, a differenza di altre fattispecie concessorie di beni demaniali, cfr. ad es. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 20212, 463 ss., seppure con peculiare riferimento alla prospettiva ambientale; S. QUADRI, *op. cit.*

FISCALITÀ E TUTELA DELL'AMBIENTE: ALLA RICERCA DI UN LINGUAGGIO UNIVERSALE E GLOBALE.

Fabio Saverio Romito

Abstract. L'articolo, ripercorrendo le tappe significative di ciò che la Comunità Internazionale ha realizzato, dal 1972 a Stoccolma fino alla stesura dell'Agenda del 2030, in ambito normativo, economico e dottrinale per la tutela ambientale, evidenzia come sia necessario attuare una politica fiscale globale che poggi su basi comuni. E' posto in luce il ruolo prioritario svolto dall'Unione Europea in ambito politico, legislativo e normativo nella creazione di un linguaggio comune finalizzato ad incrementare gli investimenti in tecnologie *green* e ad individuare l'obiettivo ambientale dei tributi. Viene sottolineato come sia determinante l'economia circolare nell'ottica di uno sviluppo sostenibile, rimarcando come i fenomeni dell'industrializzazione e della globalizzazione hanno reso contrastanti gli interessi degli Stati con quelli dell'ambiente e della salute, per cui lo snodo decisivo consiste non solo nell'allungamento del ciclo di vita dei prodotti, ma anche nella loro trasformazione in fonti energetiche, rendendo così il rifiuto risorsa. L'articolo individua quali strumenti determinanti per il sostenimento delle gravose e urgenti politiche ambientali di cui necessita il pianeta, l'armonizzazione dell'economia circolare letta in combinato con una fiscalità anch'essa circolare - volta non tanto a sanzionare quanto a incentivare - e la creazione di un comune linguaggio giuridico.

Abstract. *The article retraces the significant stages of what the International Community has achieved, from 1972 in Stockholm until the drafting of the 2030 Agenda, in the regulatory, economic and doctrinal field for environmental protection, underlines the need for a comprehensive fiscal policy based on a common basis. The priority role played by the European Union in the political, legislative and regulatory field is highlighted in the creation of a common language aimed at increasing investments in green technologies and identifying the environmental objective of the levies. It is stressed that the circular economy is crucial in the perspective of sustainable development, noting how the phenomena of industrialization and globalization have made conflicting the interests of states with those of the environment and health, therefore the decisive point is not only in extending the life cycle of products, but also their transformation into energy sources, thus making waste a resource. The article identifies the harmonization of the circular economy with a tax system that is also circular, aimed not so much at sanctioning as at encouraging, and in the creation of a common legal language the decisive tools for supporting the burdensome and urgent environmental policies that the planet needs.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. **2.** La necessità di un linguaggio comune. **3.** Le origini. **4.** La fiscalità ambientale in Italia. **5.** Capacità contributiva e tributi ambientali. **6.** Dall'economia lineare a quella circolare. **7.** Fiscalità circolare e ambiente: la *plastic tax*. **8.** Conclusioni.

1. Introduzione.

Nel corso degli ultimi decenni, il tema della fiscalità ambientale e del più generale approccio al tema della tutela dell'ambiente, ha subito profonde trasformazioni ed evoluzioni dal punto di vista dottrinale, normativo ed economico.

Più in particolare, in materia fiscale[1], alla teoria pigouviana[2] volta a tassare le esternalità negative e quindi a porre in diretta correlazione il danno marginale causato all'ambiente con il pagamento di un tributo, si sono accostate, nel corso degli anni, teorie più moderne improntate alla previsione di benefici e agevolazioni[3] in grado di sostenere politiche produttive protese alla salvaguardia dell'ambiente.

Lo scopo di tale approccio è quello di orientare la produzione e quindi i consumi abbandonando l'idea di neutralità fiscale in ambito economico, per accedere invece a politiche più interventiste dirette a rendere più onerosi determinati processi produttivi inquinanti o poco attenti ai principi di riuso. In tal senso, si pensi a quanto avvenuto di recente con l'introduzione nell'ordinamento italiano della c.d. Plastic Tax[4] che si esaminerà meglio nei successivi paragrafi.

In tale prospettiva, quindi, il principio "*chi inquina paga*" [5] da solo non può più ritenersi idoneo a perseguire l'obiettivo di creare un mercato globale competitivo ma anche attento

1 Sul punto, è bene esplicitare la partizione elaborata dalla dottrina in ordine ai tributi ambientali adottati dall'ordinamento italiano, distinguendo i tributi ambientali in senso proprio e quelli in senso funzionale. Alla prima categoria appartengono quelli rispondenti al principio comunitario "chi inquina paga" (che si esaminerà nel successivo capoverso) il cui presupposto è il fattore inquinante alla base del danno ambientale arrecato dal soggetto passivo d'imposta, caratterizzato "*da una relazione diretta, causale, fra il suo presupposto e l'unità fisica (emissione inquinante, risorsa ambientale, bene o prodotto) che produce o può produrre un danno all'ambiente*". Al secondo gruppo invece appartengono i tributi che utilizzano parametri e presupposti d'imposta quali il reddito, il consumo, il patrimonio ma con una finalità di carattere incentivante o disincentivante in ordine allo svolgimento di attività o l'utilizzo e la produzione di beni che interessano l'ambiente. In questi ultimi, quindi, l'ambiente si colloca al di fuori della fattispecie impositiva. Vedasi F.Gallo – F. Marchetti, *I presupposti della tassazione ambientale*, in Rass.Trib. 1999, 1,119; F. Picciaredda – P. Selicato, *I tributi e l'ambiente*, Milano, 1996, p.101-102, DI PIETRO A., *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, Cacucci, Bari, p.470-471, A. Dagnino, *La potestà normativa delle regioni e degli enti locali in materia di fiscalità ambientale*, in *Riv. Dir. trib. int,* 2004, 329; MICELI R. *Tassazione ambientale e sistema tributario nazionale: nuove linee guida per le Regioni dalla sentenza della Corte Cost. N. 58/2015*, p.65;

2 L'opera più importante dell'economista Arthur Cecil Pigou "L'economia del benessere", edita nel 1920, ricostruisce il pensiero per il quale l'inquinamento è un costo sociale che deve essere necessariamente internalizzato tra i costi dell'inquinatore. Sul punto vedasi anche R. ALFANO, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, pag. 17; Y.Edrey, *Elementi di diritto tributario*, Ferrara, 2018, pag.42

3 Sulle *tax expenditures* del sistema tributario italiano vedasi M.Aulenta, *Tax Expenditures negli enti territoriali*, in Riv. Dir. fin. Sc. Fin., 2015, 544 ss. ; Id., *Tax expenditures* nelle imposte erariali, in A. Uricchio – M. Aulenta – G.Selicato (a cura di), La dimensione promozionale del fisco, Bari, 2015, 33 ss.

4 Sul punto, vedasi A.F. Uricchio, *Fiscalità alimentare e circolare: problemi e opportunità a seguito dell'introduzione di Sugare Tax e Plastic Tax*, in Diritto agroalimentare, 2020, pag. 185

5 In ordine all'applicazione nel diritto tributario interno del principio in questione, vedasi: P. Selicato, *Imposizione fiscale e principio "chi inquina paga"*, in Rass. trib., 4, 2005, p. 1166; Cfr. MELI L. M., "*Le origini del principio "chi inquina paga" e il suo accoglimento da parte della Comunità Europea*", cit., p. 218; TARANTINI G., "*Il principio 'chi inquina paga' tra fonti comunitarie e competenze regionali*", cit., p. 732; Cfr. DE CESARIS A. L., "*Le politiche comunitarie in materia di ambiente*", in Diritto ambientale comunitario (a cura di CASSESE S.), Giuffrè, Milano, 1995, pp. 46 e ss.; VERRIGNI C., "*La rilevanza del principio comunitario "chi inquina paga" nei tributi ambientali*", in rass. Trib. 2003, cit., pp. 1614 e ss.;

alla tutela dell'ambiente, non più inteso come orpello trascurabile ma come un bene comune dotato di un vero e proprio valore, economicamente apprezzabile, meritevole di tutela[6]. Siffatto principio, fra gli altri, si rinviene anche nel vigente Codice dell'Ambiente[7], novellato dal d.lgs. n.4 del 16 gennaio 2008, il quale ha ulteriormente allargato la prospettiva di cui si dibatte, introducendo nell'ordinamento i principi di prevenzione, precauzione e correzione tesi a conformare l'attività umana - *in primis* in campo economico - non soltanto all'esigenza del momento, ma anche al diritto delle generazioni future a non vedere compromessa la propria qualità della vita.

In quest'ottica, dunque, deve leggersi l'evoluzione dottrinale e normativa che ha interessato la Comunità Internazionale, inclusa la maggioranza dei Paesi dell'Unione europea (in prosieguo UE) che, a più riprese, hanno introdotto misure agevolative in grado di incentivare processi produttivi sempre più "circolari" e quindi meno inquinanti.

Per incidere in maniera più significativa e coordinata su un tema globale come quello della tutela ambientale, le istituzioni unionali hanno a più riprese provato a elevare gli *standard* – attraverso la fase definita di *command* - e gli obiettivi da raggiungere in termini di livelli di emissioni climalternanti concesse oltre ad intensificare il monitoraggio e quindi i controlli finalizzate all'applicazione delle relative sanzioni - fase di *control* - [8]. Inoltre, sono state ampliate le agevolazioni fiscali connesse alla produzione e utilizzo di energie rinnovabili e si sono introdotti tributi disincentivanti funzionali all'adozione del noto "*Green New Deal*"[9].

---

6 In ordine alla dimensione economica dell'ambiente, inquadrato come un vero e proprio fenomeno economico, una sorta di "patrimonio multifunzionale" dal quale attingere "funzioni e servizi di carattere economico, tali che se comprati o venduti in un mercato sarebbero tutti caratterizzati da un prezzo positivo". In relazione a ciò può effettuarsi una valutazione "in termini di benefici, ossia di aumento di benessere o soddisfacimento di desideri, e di costi, ossia di riduzione di benessere o di sottrazione a desideri". M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente* cit. 117-118-119; P.Mastellone, *La leva fiscale come strumento economico per la tutela dell'ambiente*, in S.Dorigo – P.Mastellone, *La fiscalità per l'ambiente*, Roma 2013, 23, ss.; B. Caravita, Diritto dell'ambiente, Bologna, 2005, 39-40; G.F Cartei, *Paesaggio* (voce) *Enciclopedia giuridica Il Diritto*, X, Milano, 2007, 631; B.Cavallo, *Profili amministrativi della tutela dell'ambiente: il bene ambientale tra tutela del paesaggio e gestione del territorio*, in *Riv. trim dir. Pubbl.*, 1990, 398 e ss; S: Civitarese, *Ambiente e paesaggio nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in www.aedon.mulino.it n.1 del 2002; Id., B. Pozzo – M. Renna (a cura di), *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2004, 135 e ss.;

7 Cfr. F. Vessia, "*Verso la responsabilità sociale del consumatore*" in "*La responsabilità sociale d'impresa tra diritto societario e Diritto Internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, pag 179. Sul Codice dell'Ambiente ed in particolare sul principio di precauzione, prevenzione, chi inquina paga e solidarietà intergenerazionale vedasi M. CAFAGNO, Sub artt.*3 -ter e 3 -quater,* in G. BOTTINO et al. (a cura di), *Codice dell'Ambiente. Commento al D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 aggiornato alla Legge 6 giugno 2008, n.101*, Milano, 2008, p.81 ss; M.FALCONE, *Principi ambientali di diritto comunitario, in Codice dell'ambiente e normativa collegata. Commentario*, diretto da A. BUONFRATE, Torino, 2008, p.13 ss.; C. DE SIENNO, Principi di diritto nazionale, in Codice dell'ambiente, diretto da L. Costato, F.PELLIZER, Padova, 2012, p.14 ss; S.R. MASERA, Principio " chi inquina paga", obblighi di bonifica e di messa in sicurezza, in Urb. App, 2016, p. 721 ss; D.PORENA, *Il "rango" del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto; norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione*, cit. pp. 10 -12

8 Sulla c.d politica del *command and control* vedasi, fra gli altri, M. Cecchetti, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"* in *www.federalismi.it,* 78 e ss.

9 COM/2019/640 final del 11 dicembre 2019; sul punto vedasi anche la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) 2018/1999 – Legge europea sul clima, Bruxelles, COM/2020 80 final, 1;

Nella stessa direzione deve leggersi l'adozione, da parte della Commissione europea, di un nuovo piano d'azione[10] per l'economia circolare, attraverso il quale sono state introdotte ulteriori misure volte ad accrescere l'impostazione circolare dell'economia del continente, in luogo di quella lineare.

L'obiettivo del piano e quello di garantire all'Europa una "*nuova strategia per la crescita che trasformi l'Unione in un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva in cui nel 2050 non siano più generate emissioni nette di gas a effetto serra, la crescita economica sia dissociata dall'uso delle risorse, nessuna persona e nessun luogo sia trascurato*". Per non vanificare questa epocale occasione di rinnovamento, tuttavia, è necessario prevedere, per le tematiche fiscali, un approccio ancor più globale che possa tradursi in un linguaggio giuridico e normativo fortemente armonizzato, in grado di spiegare i suoi effetti non solo nell'economia europea ma anche nel più ampio contesto internazionale.

A tal proposito, l'esperienza del progetto denominato "*Base Erosion and Profit Shifting*" (in prosieguo BEPS) - ideato dall'OCSE e dal G20- potrebbe suggerire l'individuazione di una piattaforma comune in grado di programmare interventi normativi, coordinati e omogenei, che utilizzino cruscotti di misurazione già esistenti -si pensi all'esperienza italiana dell'ecobilancio dello Stato- in grado di misurare l'impatto effettivo dei predetti interventi sulle economie dei singoli stati.

2. La necessità di un linguaggio comune.

Il tema della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, in combinato disposto con le questioni legate all'economia e alla crescita[11], ha assunto negli ultimi decenni un rilievo crescente nel dibattito politico e sociale internazionale. Sul punto, l'Unione Europea ha

10 Lo strumento in questione – COM/2020/98- è realtà l'aggiornamento del precedente Piano d'azione elaborato nel 2015.

11 A proposito della dimensione economica dell'ambiente vedasi M.Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, 2000, 117 ss. ; P.Mastellone, *La leva fiscale come strumento economico per la tutela dell'ambiente*, in S.Dorigo – P. Mastellone, *La fiscalità per l'ambiente*, Roma, 2013, 23 ss.; Turner R.K, Pearce D.W, Bateman I., *Economia ambientale*, Bologna, 2003.

provato ad assumere un ruolo da protagonista[12] nelle iniziative in materia di clima[13] in relazione anche ai regimi impositivi (si pensi alla Comunicazione della Commissione del 1997 che si esaminerà successivamente) arrivando a prevedere, con il menzionato *Green Deal* , la graduale riduzione delle emissioni climalernanti, contribuendo con almeno 100 miliardi di euro per il periodo 2021- 2027, fino al raggiungimento della neutralità climatica nel 2050.

In ordine a tale linea direttrice, l'attuale Vice Presidente della Commissione Europea F.T- intervenuto nell'European *Business Summit* tenutosi a novembre 2020, ha dichiarato che "*the bloc needs to rectify the current system, where taxes reflect the cost of making and transporting a product but fail to account for its toll on the environment. At some point, we need to make sure that our carbon footprint is fully reflected in our taxes*". Lo stesso Timmermans[14] ha poi posto l'accento sulla necessità di produrre uno sforzo comune che vada oltre le legislazioni nazionali che da sole non sarebbero in grado di ottenere risultati sufficienti al raggiungimento degli obiettivi preposti.

Per comprendere quanto globale sia il dibattito sul cambiamento climatico , basti pensare che di questo importante argomento si sono occupati tutti i principali *players* economici, sociali e politici del Pianeta: *rockstar* come M. J[15]. , il Pontefice autore dell'Enciclica "*Laudato Si*"[16] e, da ultimo, il Presidente Statunitense Joe Biden che ha

12 L'obiettivo dell'Unione Europea di assumere la leadership nelle politiche orientate a combattere il climate change è finanche ripreso nel punto della proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio (COM 80 final 2020/0036 COD) che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento 2018/1999 (Legge europea sul clima) in cui si afferma che "*La sfida dei cambiamenti climatici è di portata mondiale e perciò richiede un'azione a livello mondiale. Posto che è responsabile di meno del 10 % delle emissioni mondiali di gas a effetto serra, l'UE non può risolvere il problema dei cambiamenti climatici da sola, ma ha assunto un ruolo di leadership nella transizione del pianeta verso un'economia a zero emissioni nette di gas a effetto serra. Visto che i progressi compiuti a livello mondiale verso gli obiettivi dell'accordo di Parigi sono insufficienti, il ruolo guida dell'UE oggi è più importante che mai. L'UE stabilisce i propri ambiziosi obiettivi e continuerà anche a guidare i negoziati internazionali in modo da rafforzare l'ambizione dei principali responsabili delle emissioni in vista della conferenza delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici 2020 che si terrà a Glasgow. L'UE continuerà a promuovere e attuare una politica climatica ambiziosa a livello mondiale, anche nel contesto di una diplomazia climatica forte, e a collaborare strettamente con tutti i partner per intensificare lo sforzo collettivo, garantendo nel contempo condizioni di parità*".

13 In ordine alle politiche ambientali dell'Unione vedasi, fra tutti, I. INGRAVALLO, *Osservazioni in merito alla politica ambientale europea alla luce del Trattato di Lisbona*, in M.PENNASILICO (a cura di), *Scritti in onore di Elio Barbiera*, Napoli, 2012, p.651 e ss; F. MUNARI, L.SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012, p.69 ss; E. TRIGGIANI *Spunti e riflessioni sull'Unione Europea*, Bari, 2015, p. 203; G.MELIS – A. PERSIANI, *Trattato di Lisbona e sistemi fiscali*, retro, 2013, I, 325 ss.

14 Il Vice Presidente della Commissione Europea ha affermato che "*I say this fully knowing that this is very often (the responsibility of) national policy. But if you want to be consistent on this, and you want us to go into a circular economy, you will have to think about changing the tax system".*

15 Si pensi alla celebre canzone "*Earth Song*", pubblicata nel 1995 è stata la prima ad affrontare apertamente il tema dell'ambiente e del benessere degli animali.

16 Nella Enciclica in parola sulla cura della casa comune, pubblicata il 24 maggio 2015, il Pontefice osserva che "*il sistema industriale, alla fine del ciclo di produzione e di consumo, non ha sviluppato la capacità di assorbire e riutilizzare rifiuti e scorie. Non si è ancora riusciti ad adottare un modello circolare di produzione che assicuri risorse per tutti e per le generazioni future e che richiede di limitare al massimo l'uso delle risorse non rinnovabili, moderare il consumo, massimizzare l'efficienza dello sfruttamento, riutilizzare e riciclare. Affrontare tale questione sarebbe un modo di contrastare la cultura dello scarto che finisce per danneggiare il pianeta intero, ma osserviamo che i progressi in questa direzione sono ancora scarsi*".

istituito una figura[17] *ad hoc* per occuparsi di cambiamento climatico che per la prima volta siederà nel Consiglio per la Sicurezza Nazionale.

Tale ultima disposizione assume un significato ancor più rilevante se si pensa che la precedente presidenza degli Stati Uniti, aveva deciso di recedere dagli impegni assunti attraverso l'Accordo di Parigi[18] sul clima sottoscritto il 12 dicembre 2015 ed entrato in vigore il 4 novembre 2016. L'importante strumento pattizio è entrato in vigore il 4 novembre del 2016, all'esito di un lungo e impegnativo percorso che aveva visto tanto i Paesi sviluppati quanti quelli in via di sviluppo interrogarsi sul futuro dell'ambiente e sulla incombente necessità di preservarne l'integrità onde evitare il perdurare di condizioni ad esso ostili, tra tutte il crescente aumento di emissioni di Co2. Il predetto strumento giuridico ha posto in capo ai Paesi che lo hanno ratificato una serie di comuni incombenze tese a raggiungere, attraverso l'armonizzazione di regole e limiti, obiettivi[19]

17 Tale compito è stato affidato al senatore John Kerry, https://www.affarinternazionali.it/2020/11/con-biden-e-kerry-il-ritorno-di-una-superpotenza-climatica/;https://www.agi.it/estero/news/2020-11-26/biden-kerry-mister-clima-peso-massimo-10445596/

18 L'accordo in parola è stato adottato con la decisione 1/CP21, ratificato da 193 Paesi, mira ad impedire l'aumento della temperatura terrestre rispetto ai livelli degli anni Novanta. Sul punto, ex multis, si veda M. MONTINI, *Riflessioni critiche sull'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici,* in *Riv. dir. internazionale*, fasc. 3, 2017, 719. L. ARISTEI, *L'Accordo di Parigi: obiettivi e disciplina,* in *Riv. quadrim. dir. amb.,* 2017, n. 3, 2, ss; M.GERVASI, *Rilievi critici sull'Accordo di Parigi: le sue potenzialità e il suo ruolo nell'evoluzione dell'azione internazionale di contrasto al cambiamento climatico*, in *La comunità internazionale*, 2016, p.21; J.BLAU, *The Paris Agreement: Climate Change, Solidarity and Human Rights*, Berlino, 2017;

19 L'Accordo di Parigi persegue l'obiettivo di limitare ben al di sotto dei 2 gradi Celsius il riscaldamento medio globale rispetto al periodo preindustriale, puntando a un aumento massimo della temperatura pari a 1,5 gradi Celsius. Inoltre mira a orientare i flussi finanziari privati e statali verso uno sviluppo a basse emissioni di gas serra e a migliorare la capacità di adattamento ai cambiamenti climatici. L'Accordo impegna tutti i Paesi, in forma giuridicamente vincolante, a presentare e commentare ogni cinque anni a livello internazionale un obiettivo nazionale di riduzione delle emissioni (*Nationally Determined Contribution, NDC*). Il raggiungimento dell'obiettivo è vincolante solo dal punto di vista politico, mentre sono giuridicamente vincolanti l'attuazione delle misure nazionali e la rendicontazione sul grado di raggiungimento degli obiettivi. L'Accordo stabilisce inoltre prime regole per definire gli obiettivi di riduzione dei singoli Paesi. Tali obiettivi devono essere chiari e quantificabili. Inoltre, ogni obiettivo successivo deve dipendere da quello precedente ed essere il più ambizioso possibile. I Paesi che hanno già annunciato un obiettivo di riduzione fino al 2030 possono confermarlo per il periodo 2025-2030 senza dover aumentare la prestazione di riduzione. L'Accordo basato sul principio delle regole dovrà poter essere ampliato per i prossimi anni. Le nuove regole saranno tuttavia vincolanti solo per gli obiettivi di riduzione successivi. Per il raggiungimento degli obiettivi ai sensi dell'Accordo le emissioni ottenute all'estero sono ammesse per il raggiungimento degli obiettivi ai sensi dell'Accordo, purché siano rispettose dell'ambiente, contribuiscano allo sviluppo sostenibile e non causino doppi conteggi. In questo contesto, l'articolo 6 dell'Accordo di Parigi ammette due tipi di riduzioni delle emissioni conseguite all'estero (*Internationally transferred mitigation outcomes, ITMOS*): quelle che risultano da un meccanismo regolato dall'Accordo di Parigi e quelle che risultano da accordi bilaterali e multilaterali. L'Accordo mette praticamente fine alla severa distinzione di principio fra Paesi industrializzati e Paesi in via di sviluppo. Ai Paesi più poveri viene concesso un certo margine di discrezionalità per l'attuazione. I Paesi industrializzati sono inoltre esortati, ma non obbligati, a rispettare il loro ruolo di pionieri, continuando a fissare obiettivi assoluti sull'insieme dell'economia. In cambio, i Paesi in via di sviluppo sono invitati a perseguire anche obiettivi sull'insieme dell'economia. La distinzione fra i Paesi è dinamica poiché gli obiettivi di riduzione sono fissati a livello nazionale e devono rappresentare la maggiore ambizione possibile di un Paese. L'obiettivo di riduzione di ogni Paese è quindi misurato in base alla propria responsabilità e alle capacità mutevoli in ambito climatico. Per l'adattamento ai cambiamenti climatici, tutti i Paesi devono elaborare, presentare e aggiornare a scadenze regolari piani e misure di adattamento. Ogni Paese può definire autonomamente il momento e la forma della presentazione a livello internazionale. I Paesi devono inoltre stilare un rapporto periodico sulle misure di adattamento. L'accordo rafforza i meccanismi esistenti di prevenzione e riduzione di perdite e danni (*Loss and Damage*), escludendo esplicitamente la responsabilità e la compensazione. L'Accordo di Parigi non stabilisce nuovi obblighi in merito al finanziamento climatico. I Paesi industrializzati sono come finora tenuti, dal punto di vista giuridico, a sostenere i Paesi

concreti e misurabili in ordine alla acclarata necessità di preservare il bene comune ambiente e impedendone il suo costante depauperamento.

L'Accordo è solo uno dei numerosi tentativi che nel corso degli ultimi decenni[20] la Comunità internazionale ha provato ad esperire per individuare un linguaggio comune, indispensabile per raggiungere un obiettivo tanto globale quanto complesso quale deve considerarsi la tutela dell'ambiente. L'Unione Europea, poi, parallelamente al citato arretramento statunitense in ordine ai temi della tutela ambientale[21], ha profuso notevoli sforzi sia sotto l'aspetto prettamente politico sia sotto quello legislativo – si pensi all'approvazione dell'European Green Deal - , programmando un piano pluriennale diretto all'annullamento, entro il 2050, delle emissioni di gas serra attraverso la promozione di un utilizzo più efficiente delle risorse - tipica di un'economia pulita e circolare - e della salvaguardia della biodiversità.

L'attività preparatoria realizzata per il raggiungimento di tale ambizioso obiettivo, tuttavia, è stata caratterizzata da numerosi atti prodromici, fra i quali deve essere certamente menzionato quello relativo all'approvazione del pacchetto di direttive sull'Economia Circolare, finalizzate ad incrementare il riciclo dei rifiuti urbani ad almeno il 55% entro il 2025, al 60% entro il 2030 e al 65% entro il 2035[22]. L'insieme di norme ha poi favorito un nuovo approccio rispetto alla gestione ed alla circolarità del rifiuto, imponendo la diminuzione del conferimento degli stessi nelle discariche fino ad arrivare ad una quota massima del 10% entro il 2035.

Al fine di raggiungere la neutralità climatica nel 2050, l'Unione europea ha inteso trasformare il predetto impegno meramente politico, in una vera e propria iniziativa giuridica attraverso la presentazione di una Legge europea per il clima[23].

Il "linguaggio comune" individuato dall'Unione, quindi, ha quale corollario logico e indispensabile la predisposizione di azioni congiunte in ambito economico e giuridico

---

in via di sviluppo nell'adozione delle loro misure di adattamento e di riduzione delle emissioni. Per la prima volta, anche i Paesi non industrializzati sono invitati a sostenere i Paesi in via di sviluppo e a promuovere investimenti rispettosi del clima. Nell'ambito del finanziamento climatico la distinzione a livello di regime climatico internazionale fra Paesi industrializzati e Paesi in via di sviluppo non è quindi stata abrogata, ma sensibilmente indebolita. La mobilizzazione di investimenti da fonti pubbliche e private è ora un compito generale. I Paesi industrializzati devono tuttavia continuare a svolgere un ruolo di pioniere. L'obiettivo comune di mobilizzare ogni anno, a partire dal 2020, 100 miliardi di dollari USA di fondi finanziari privati e pubblici è stato confermato fino al 2025 mentre per il periodo successivo è stato delineato un nuovo obiettivo analogo. I Paesi industrializzati sono di conseguenza obbligati a presentare ogni due anni un rapporto relativo ai fondi mobilizzati e, nella misura del possibile, fornire indicazioni sulla qualità e la quantità di fondi previsti per gli anni successivi. Le regole per tale rendicontazione dovranno essere ulteriormente approfondite. Analogamente, i Paesi in via di sviluppo sono tenuti a presentare ogni due anni un rapporto sui fondi necessari e ricevuti come pure sugli investimenti rispettosi del clima mobilizzati da parte loro e il finanziamento climatico internazionale. (Report UFAM, Ufficio Federale dell'Ambiente)

20 A titolo meramente esemplificativo si pensi alla Convenzione quadro sui cambiamenti climatici delle Nazioni Unite del 1992, al Protocollo di Kyoto del 1998 ed agli emendamenti di Doha del 2012 ed infine all'Accordo di Parigi.

21 Una delle decisioni più controverse adottate dall'Amministrazione Trump sotto tale profilo è stata quella relativa all'uscita da parte degli Stati Uniti dall'Accordo di Parigi.

22 Le Direttive Ue n.2018/852, 2018/851, 2018/850, 2018/849 sono state adottate nel luglio del 2018 e recepite nell'ordinamento italiano attraverso i DD.LL n. 116, 118,119,121 del 3.10.2020.

23 Proposal for a Regulation Of The European Parliament And Of The Council establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law).

finalizzate a incrementare gli investimenti in tecnologie *environmentally friendly*, a sostenere l'industria dell'innovazione, a introdurre forme di trasporto pubblico e privato più pulite, a decarbonizzare il settore energetico, a garantire una maggiore efficienza energetica degli edifici, a collaborare con i partner internazionali per migliorare gli standard ambientali mondiali. È quindi necessario provare e delineare i tratti fondamentali di un nuovo strumento giuridico globale, improntato alla salvaguardia e alla tutela dell'ambiente, inteso come un vero e proprio valore economico suscettibile di tutela.

3. Le origini.

Ove si volesse porre un ideale nastro di partenza per quanto attiene al concetto di diritto internazionale in materia ambientale, bisognerebbe necessariamente ripercorrere i lavori della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente Umano, tenutasi a Stoccolma nel 1972 - *United Nations Conference of Human Environment* - durante la quale, per la prima volta, venivano sanciti dei principi comuni[24] tesi alla salvaguardia dell'ambiente e all'avvio [25] di un dibattito giuridico oltre che dottrinale destinato a durare per decenni.

La Conferenza, la prima ad occuparsi esclusivamente del tema ambientale declinato in una accezione complessiva e immanente rispetto al contesto sociale ed economico del pianeta, si concluse tuttavia con la predisposizione di tre diversi atti caratterizzati dalla loro natura non vincolante e meramente enunciativa[26] che tuttavia possono essere riconosciuti quali i primi tentativi di originare un diritto internazionale di natura ambientale. Fra i principi[27] enunciati nella Conferenza merita particolare attenzione, a parere di chi scrive, il secondo, il quale affermava che "*Le risorse naturali della Terra, ivi incluse l'aria, l'acqua, la flora, la fauna e particolarmente il sistema ecologico naturale, devono essere salvaguardate a beneficio delle generazioni presenti e future, mediante una programmazione accurata o una appropriata amministrazione*". L'ambiente, quindi, diviene un vero e proprio bene da salvaguardare e da preservare, anche in un'ottica generazionale e non più da intendersi in maniera meramente utilitaristica.

Vent'anni dopo la Conferenza di Stoccolma, le Nazioni Unite diedero impulso ad un nuovo *forum* internazionale in materia di ambiente, organizzando dal 3 al 14 giugno del 1992 a Rio De Janeiro la Conferenza su ambiente e sviluppo ove presero parte 183 Stati.

24 Fra i principi più importanti affermati in questa sede, è il caso di menzionare quello contenuto nella relazione finale dei lavori della conferenza in cui veniva stabilito che "*Siamo arrivati ad un punto della storia in cui dobbiamo regolare le nostre azioni verso il mondo intero, tenendo conto innanzitutto delle loro ripercussioni sull'ambiente*".
25 A. Marzant i- A. Mattioni, *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007 pagg. 131,132
26 Una *Risoluzione relativa ad accordi istituzionali e finanziari;* un *Piano d'azione* contenente 109 raccomandazioni; una *Dichiarazione delle Nazioni Unite* volta ad indicare regole per la protezione dell'ambiente dove veniva affermato che "*la protezione ed il miglioramento dell'ambiente è una questione di capitale importanza che riguarda il benessere dei popoli e lo sviluppo economico nel mondo intero…*".
27 https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/educazione_ambientale/stoccolma.pdf,

Nel Summit sulla Terra, per la prima volta, 108 Capi di Stato o di Governo si incontrarono per discutere ed approvare importanti atti[28], fra i quali la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, che può essere considerata l'antecedente logico oltre che giuridico al successivo protocollo di Kyoto[29].

In questo contesto, quindi, la Comunità internazionale istituzionalizzò un diverso e più organico livello di cooperazione tra Stati, individuando quale elemento indispensabile per il raggiungimento di più importanti obiettivi, quello della predisposizione di opportuni strumenti giuridici armonizzati e comuni che potessero sopravanzare il ben più limitato livello locale e quindi nazionale. Come riferito, nel 1997 a distanza di cinque anni dalla Conferenza di Rio, più di 180 delegazioni governative si riunirono per negoziare quello che sarebbe diventato il protocollo di Kyoto sul clima, assegnando così alla Conferenza delle Parti - COP[30]- della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) un ruolo decisivo nel complesso e frastagliato percorso verso il riconoscimento di una coscienza ambientale consapevole e risolutiva.

Da ultimo, l'Agenda 2030 dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e la Decisione 1386/2013/UE[31] rappresentano una vera e propria presa di coscienza da parte della Comunità internazionale in ordine alla imprescindibile correlazione fra produzioni di rifiuti e depauperamento dell'ambiente, da combattersi attraverso politiche economiche e fiscali volte a promuovere e valorizzare processi produttivi improntati alla circolarità e a disincentivare comportamenti non sostenibili dal punto di vista dell'impatto ambientale.[32]

28 Furono inoltre approvati, quali documenti ufficiali, la Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo, l'Agenda 21 in merito allo sviluppo sostenibile, la Convenzione sulla diversità biologica, la Convenzione quadro sui cambiamenti climatici, la Dichiarazione di principi sulle foreste.

29 Per un approfondimento in merito al Protocollo citato vedasi J. SHOGREN, *The Benefits and Costs of the Kyoto Protocol*, Washington, 1999; M. GRUBB, C. VROLIJK, D.BARACK, *The Kyoto Protocol: A guide and assessment*, Abingdon, 1999;

30 La Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici è stata firmata il 4 giugno 1992 ed è entrata in vigore 21 marzo 1994. Tale Convenzione, sottoscritta da 196 Paesi, ha istituito la Conferenza delle Parti, imprescindibile *forum* di discussione in materia di clima.

31 Tale decisione è relativa al programma di azione UE in materia di ambiente fino al 2020 intitolata "*Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta"*, venivano fissati i seguenti nove obiettivi da conseguire entro il 2020: proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale dell'Unione; trasformare l'Unione in un'economia a basse emissioni di carbonio, efficiente nell'impiego delle risorse, verde e competitiva; proteggere i cittadini dell'Unione da pressioni legate all'ambiente e da rischi per la salute e il benessere; sfruttare al massimo i vantaggi della legislazione dell'Unione in materia di ambiente migliorandone l'attuazione; migliorare le basi di conoscenza e le basi scientifiche della politica ambientale dell'Unione; garantire investimenti a sostegno delle politiche in materia di ambiente e clima e tener conto delle esternalità ambientali; migliorare l'integrazione ambientale e la coerenza delle politiche; migliorare la sostenibilità delle città dell'Unione; aumentare l'efficacia dell'azione unionale nell'affrontare le sfide ambientali e climatiche a livello internazionale.

32 Sul punto vedasi anche il rapporto OCSE 2016 "*Policy Guidance on Resource Efficiency*" secondo cui "*the report responds to the request by G/ Leaders at the Scholss Elmau Summit in June 2015 for the OECD to develop policy guidance on resource efficiency and provides an input to the G7 Toyama Environment Ministers's Meeting as well as to the G7 Leaders Summit in Ise -Shima in May 2016. Establishing a resource efficient economy is a major environmental, development and macroeconomic challenge today. Improving resource efficiency by putting in place policies that implement the principles of reduce, reuse, recycle (the 3Rs) is crucial to improving resource use, security and competitiveness while diminishing the associated environmental impacts.*"

4. La fiscalità ambientale in Italia.

Nel 2018, le imposte ambientali in Italia hanno generato un gettito complessivo di 57,8 miliardi di euro, suddivise rispettivamente in 46,3 miliardi dall'energia (oli minerali e derivati, energia elettrica e oneri di sistema delle fonti rinnovabili), 10,9 miliardi dai trasporti (proprietà e utilizzo dei veicoli automobilistici) e i rimanenti 0,6 miliardi da imposte sull'inquinamento (emissioni atmosferiche o sui reflui e gestione dei rifiuti).

L'incidenza della tassazione ambientale calcolata sul totale delle imposte e dei contributi sociali, è pari a circa l'8 per cento, ed è superiore alla media Ue (6 per cento) e a quelle delle maggiori economie europee, come Regno Unito (7 per cento), Francia (5,1 per cento), Spagna (5,5 per cento) e Germania (4,5 per cento).

Il primo aspetto da riferire in ordine ai dati su esposti è che gli stessi difettano di una specifica caratterizzazione in senso ambientale, in quanto vi sono ricompresi tributi generici e ormai vetusti quali per esempio le accise sui carburanti.

L'ulteriore aspetto che preme analizzare, ai fini della effettiva comprensione dell'attuale orizzonte fiscale del nostro Paese, è che solo l'1 per cento delle "imposte ambientali" appartiene alla peculiare categoria delle imposte di scopo, con un effettivo reimpiego delle risorse raccolte nelle politiche di tutela, protezione e valorizzazione del bene – ambiente, mentre gli altri 57 miliardi di euro, pur raccolti in un'ottica di teorica protezione ambientale, vengono impiegati per finalità del tutto o quasi del tutto estranee al loro "*nomen iuris*"[33].

La distinzione che merita maggiore attenzione, ai fini del presente lavoro, è quindi quella che consente di distinguere[34] i tributi ambientali "redistributori", il cui gettito viene invece segnatamente destinato a finalità di tutela e valorizzazione ambientale e delle risorse naturali il cui costo viene riversato sugli utenti inquinatori, da quelli "incentivanti" che colpendo le attività inquinanti, inducono i soggetti inquinatori a investire in tecnologie green – anche utilizzando fonti di energia pulita – così riducendo le attività nocive[35]. A tal proposito, con un carattere curiosamente premonitore, la Commissione Europea, ipotizzando i rischi di un impiego non corretto dei tributi in materia ambientale, nella sua Comunicazione "*Tasse e imposte ambientali nel mercato unico*" del 26.3.1997 individuava l'obiettivo ambientale dei tributi[36], dal momento che soltanto intervenendo direttamente

33 Elaborazioni Laboratorio Ref Ricerche su dati Eurostat, report annuale Ministero dell'Economia e delle Finanze.

34 Sulla distinzione tra tributi ambientali in senso stretto e tributi ambientali in senso più generico si veda A.F. Uricchio, *Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali*, Bari, 2010, pag. 184; F. Gallo e F. Marchetti, *La Tassazione ambientale*, in *Rass. Trib.* 1999, 115 e ss.

35 S. Dorigo, P. Mastellone, *La fiscalità per l'ambiente. Attualità e prospettiva per la tassazione ambientale*, Roma, 2013 pag. 31. Sempre sulle agevolazioni in tema di tributi ambientali, con specifici richiami al tributo speciale, vedasi G.Selicato, *Profili teorici e lineamenti evolutivi degli strumenti agevolativi a carattere fiscale e non fiscale per la promozione dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. dir. Trib. Int*., vol 2-3, 2004, 3999 e ss.

36 Così il punto III A.a della Comunicazione in parola "*L'articolo 2 del Trattato CE stabilisce che la Comunità ha segnatamente il compito di promuovere "una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente". A norma dell'articolo 130 R, la politica della Comunità in materia ambientale contribuisce salvaguardare, tutelare e migliorare la qualità dell'ambiente, a proteggere la salute umana, a garantire l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali. Il principio dell'intervento preventivo è fondamentale quanto il principio "chi inquina paga" e quello*

sul corretto impiego delle risorse si potranno conseguire quei risultati comuni auspicati e inseguiti dall'Unione Europea ed indispensabili per l'intero pianeta.

5. Dall'economia lineare a quella circolare.

Come fin qui evidenziato, dunque, il concetto di ambiente non può essere declinato nella sua accezione più moderna ed attenta, se non si pone altrettanta attenzione allo studio e alla ricerca di nuovi processi produttivi, più sostenibili e allineati al principio di tutela dell'ambiente, indispensabili per passare da una economia di tipo lineare ad una di tipo circolare.

I processi produttivi che hanno caratterizzato l'evoluzione dell'economia per tutto il XX secolo e che hanno contraddistinto le metodologie adottate dai Paesi industrializzati a partire dalla seconda rivoluzione industriale in poi, si basavano infatti su un'economia industriale essenzialmente basata sulla incessante estrazione di materie prime[37], sul consumo di massa e sulla formazione di una crescente produzione di rifiuti generati dai prodotti realizzati il cui ciclo di vita, già di per se molto breve a causa della scarsità di tecnologie e *know how* produttivo, terminava dopo l'utilizzo.

Tale modello economico, definito lineare, aveva quindi quali presupposti fondamentali quelli dello sfruttamento delle risorse naturali (prevalentemente fossili) e quello della inevitabile caducità dei singoli prodotti, destinati al fine vita e quindi non più utilizzabili. In tale prospettiva di continuo impiego di risorse, lo schema prevalente è quello che parte dall'estrazione, prosegue con la produzione e il consumo per terminare nello smaltimento, senza tenere in alcun modo conto del problema legato al "fine vita" dei prodotti.

Lo sviluppo industriale, quindi, se da un lato ha certamente prodotto dei positivi effetti in termini di ricchezza e prosperità, dall'altro ha finito per causare ricadute negative sia sotto il profilo ambientali che, specularmente, sia sotto quello più rilevante della salute pubblica. È dunque di meridiana evidenza che non si può immaginare di recidere il rapporto biunivoco e connesso fra qualità dell'ambiente e tutela della salute.[38]

Non può dubitarsi, invero, che il combinato disposto di due fenomeni del presente e del passato secolo, vale a dire quelli della globalizzazione e dell'industrializzazione, ha

della precauzione. Tale articolo prevede parimenti che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche comunitarie. Quando adottano tributi ambientali, gli Stati membri devono essere in grado di motivarne validamente la necessità per la soluzione di problemi ambientali. Meritano particolare attenzione la relazione fra tali provvedimenti e le disposizioni dell'articolo 130r del Trattato CE, il diritto comunitario dell'ambiente e la relativa giurisprudenza, il Quinto programma comunitario di politica' ed azione a favore dell'ambiente e gli accordi internazionali firmati dalla Comunità europea".

37 In tali termini si esprimono Ennio Forte e Delio Miotti in "*La gestione del ciclo dei rifiuti, da problema igienico ambientale a risorsa per lo sviluppo economico. Una transizione agevolata da una proposta innovativa: la nave ecologistica*", in "Rivista Giuridica del Mezzogiorno / a. XXXII, 2018, n.4

38 Cfr. A. Uricchio, *Valutazione economica degli effetti sanitari dell'inquinamento atmosferico: la metodologia dell'EEA. Inquadramento giuridico-normativo*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Anno V, Cacucci, Bari 2012, p. 696.

inevitabilmente posto su piani inconciliabili e spesso contrapposti l'interesse dei singoli Stati ad uno sviluppo rapido ed esponenziale con l'interesse più generale della tutela dell'ambiente[39].

Al contrario, un approccio più circolare alla materia economica impone di conservare nel tempo le risorse naturali disponibili, prediligendo le fonti energetiche c.d. "rinnovabili", minimizzando l'impiego di materie prime e incrementando al massimo il riuso dei prodotti, allungandone il ciclo di vita e rendendoli essi stessi nuova fonte di energia. Tale impostazione assume quale elemento dirimente quello legato alla tutela e valorizzazione dell'ambiente.

L'economia circolare è organizzata attraverso processi che trasformano il rifiuto in risorsa così da rigenerarsi autonomamente, conservandone il valore[40] che anziché esaurirsi nel suo punto di *end life of product* continuerà a generare valore sotto diverse forme, trasformandosi e mutando le proprie caratteristiche in ragione del "*prossimo utilizzatore*". Tale prospettiva consente di organizzare il sistema produttivo secondo uno schema in cui tutte le attività, dall'estrazione alla produzione finale, rispondono all'esigenza di trasformare gli scarti di qualcuno in risorse per qualcun altro.

L'economia circolare oggi rappresenta uno strumento di sviluppo e crescita, soprattutto per l'Unione Europea, anche in virtù delle ingenti risorse messe a disposizione dei Paesi membri dalla Commissione attraverso il *Recovery Plan*. Questo tipo di economia, poi, possiede l'ulteriore pregio di consentire a imprese e consumatori di creare e ottenere nuove forme di valore, concorrendo alla creazione di mercati elastici e catene produttive – commerciali in grado di offrire nuovi spazi di intervento su profili come la progettazione, produzione, consumo e gestione dei rifiuti, consentendo a questi ultimi di generare nuova utilità e, quindi, ricchezza.[41]

Per ricostruire l'Europa dopo la pandemia saranno infatti stanziati in totale più di 1.800 miliardi di euro, distribuiti fra i diversi Stati membri. Tali risorse saranno principalmente impiegate per implementare lo sviluppo di politiche e processi economici ecologici e digitali, ed infatti oltre il 50% delle risorse sarà destinato alla modernizzazione dell'Unione, attraverso finanziamenti mirati alla ricerca e all'innovazione – attraverso il programma Orizzonte Europa - , le transizioni climatiche e digitali eque – attraverso il Fondo per una transizione giusta e il programma Europa digitale - la lotta ai cambiamenti climatici – a cui verrà riservato il 30% dei fondi, la percentuale più alta di sempre per il bilancio dell'Unione - .

Per rendere effettivi e concreti gli sforzi tesi a rendere sempre più circolare il modello organizzativo dei processi produttivi e quindi economici all'interno dell'Unione, tuttavia,

39 Cfr. F. Batistoni Ferrara, I tributi *ambientali* nell'ordinamento italiano, in Riv. dir. trib., 2008, I, p.1094.
40 Ellen Mac Artuhr Foundation, Towards the Circular Economy, Vol.1 Economic and Business Rationale for an Accelerated Transition, Cowes, Ellen Mac Artuhr Foundation, 2013.
41 Cfr. Antonio Felice URICCHIO, *Diritto agroalimentare* n.3 – 2020, "*La costruzione della società ecologica: il Green New Deal e la fiscalità circolare*", pag.14.

bisognerà abbinare a strumenti di carattere fiscale e agevolativo[42], anche politiche che possano indirizzare nel senso di uno sviluppo sostenibile[43] la produzione e quindi i consumi.

In questa direzione dovrà muoversi anche l'Unione Europea, per armonizzare strumenti comuni in ambito di raccolta e smaltimento dei rifiuti, così da improntare anche la fiscalità sul modello dell'economia circolare[44], tassando lo spreco, l'inquinamento e favorendo indirettamente il riuso e il riciclo, allungando la vita dei prodotti. Proprio quest'ultimo tema è quello su cui bisognerà intervenire, nei prossimi anni, anche introducendo aliquote fiscali di favore per manufatti generati da processi produttivi *green*, incrementando le agevolazioni in termini di imposte per le fonti energetiche rinnovabili, rendendo più convenienti[45] per il consumatore finale prodotti con un ciclo di vita più lungo, implementando gli interventi normativi a sostegno della *sharing economy*.

6. Capacità contributiva e tributi ambientali.

Una delle principali questioni che hanno caratterizzato – ed in parte ancora caratterizzano[46] – il dibattito in ordine ai tributi ambientali è quella relativa alla compatibilità dei predetti con il principio di capacità contributiva[47], sancito dall'art. 53 Cost.. Per meglio comprendere l'applicazione del principio[48] in parola, ai tributi

42 Su tutte, si veda la Comunicazione (2018) 773 "*Un pianeta pulito per tutti – Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra*"

43 P.A. PILLITU, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto ambientale dell'Unione Europea*, in P. FOIS (cur.), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007, pp 219; A. MARZANTI, *Lo sviluppo sostenibile* , in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI, (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea, Percorsi ed ipotesi*, Napoli, 2003, pp. 139 ss; M. PENNASILICO *Sviluppo Sostenibile, legalità costituzionale e analisi ecologica del contratto*, in *Persona e mercato*, 2015, 1, p.37 ss;

44 Sul punto, vedasi A.URICCHIO, "*I tributi ambientali e la fiscalità circolare"* in Dir. prat. Trib., 2017, pag. 1849 ss;

45 In tale prospettiva leggasi ALLENA M., *Tributi ambientali: Profili nazionali ed europei*, in *Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria- Fiscalità nazionale ed europea- Questioni sostanziali e processuali*, Siena, 2014, p. 3. per il quale ''*La tutela dell'ambiente è un effetto, sperato, derivante dall'introduzione di un prelievo anche fiscale, che, determinando un aumento del costo del bene o dell'attività inquinante, induca il consumatore a rivolgersi verso altri beni con minor impatto ambientale*."

46 Sul piano costituzionale, per parte della dottrina appare necessario chiarire come rendere compatibili con il principio in parola "*prelievi che colpiscono fatti, che pur di preminente interesse pubblico, non costituiscono evidente indice di ricchezza*", cfr. FICARI V. – SCANU G.,"*Tourism Taxation". Sostenibilità ambientale e turismo fra fiscalità locale e competitività*, Torino, 2013, p.283.

47 F. GALLO, *Nuove espressioni di capacità contributiva*, in *Rass. trib*., 2015, p. 771 ss.; anche FEDELE, *op. cit*., p. 1045.

48 M. PROCOPIO, "*La natura non commutativa dei tributi ambientali e la loro compatibilità con il principio di capacità contributiva*", in Dir. prat. trib., 5, 2013, p. 1170; Ibidem; S.A. Parente, "*Tax tools of environmental protection*", cit., p. 324; S.A. Parente, S. Kisiel, "*Sensibilità culturale, educazione all'ambiente e leva fiscale*", cit., p. 169; L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, cit. 265 ss.; G.FALSITTA, *Storia veridica, in base ai lavori prepatori della inclusione del principio di capacità contributiva nella Costituzione*, in *Riv. dir. Trib*. 2009, 97 ss;

ambientali, poi, bisognerà inquadrarli[49] in relazione alla loro precipua natura – imposte o tasse – sì da declinarli nel senso più appropriato.

A parere di chi scrive, i tributi ambientali devono necessariamente ascriversi al novero delle imposte, in quanto ne possiedono le caratteristiche tipiche – coattività della prestazione patrimoniale pretesa dell'ente pubblico, mancanza del rapporto di sinallagmaticità, destinazione del tributo a servizi indivisibili, depauperamento del soggetto passivo d'imposta – e dal momento che non vi è alcuna contro prestazione da parte dello Stato diretta nei confronti degli stessi soggetti passivi. Nei tributi ambientali vi è una attività da parte dello Stato – di tutela, controllo, salvaguardia – ma diretta non già verso i soggetti passivi d'imposta ma verso la collettività, per proteggere la stessa dagli effetti negativi sull'ambiente cagionati dagli agenti inquinanti.

In ordine al più generale principio della capacità contributiva, invece, ove si intendesse aderire alla teoria che assegna al principio dianzi menzionato il significato più stringente[50] di "capacità economica qualificata", bisognerà necessariamente stabilire se l'unità fisica che determina o può in potenza determinare un danno ambientale possa essere assunta come una circostanza comprovante un indice di ricchezza economica attuale e concreta. Una qualificazione meno stringente e più dinamica[51] del predetto principio[52], invece, consente di guardare alla capacità contributiva come un mero criterio di riparto[53], equo e ragionevole, che permetterebbe di assumere quali parametri di riferimento, tutti quei fatti socialmente rilevanti ed espressivi di potenzialità economica nell'unità fisica che incide sull'ambiente delineando così ulteriori indici di potenzialità economica diversi da quelli tradizionalmente ancorati ad una idea meramente materiale e patrimoniale dei soggetti passivi.

Una visione più dinamica e moderna del principio in parola, quindi, consente di distribuire il peso delle spese pubbliche sui consociati – contribuenti ispirando il

49 FALSITTA, *Considerazioni conclusive*, in *Studi in onore di Gaspare Falsitta* (a cura di Beghin, Moschetti, Schiavolin, Tosi e Zizzo), Padova, 2012, 271 ss.; F.GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale*, in Rass. trib., 2010, 309 ss.; Moschetti, «*Interesse fiscale*» e «*ragioni del fisco*» *nel prisma della capacità contributiva*, in *Studi in onore di Gaspare Falsitta*, cit., 157 ss.

50 FLASITTA, Considerazioni conclusive, cit, 276 e ss.; MOSCHETTI, "*Interesse fiscale*" e "*ragioni del fisco*" *nel prisma della capacità contributiva*, in *Studi in onore di Gaspare Falsitta*, Padova, 2012, pag. 197; E. Giardina, *Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*, Milano, 1961, 129 ss., 434 ss., e *passim*; I. Manzoni, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 55 ss., 67 ss., e *passim*; F. Moschetti, *Il principio della capacità contributiva*, cit., 25 ss., 217 ss., e *passim*; Id., *Interesse fiscale e ragioni del fisco nel prisma della capacità contributiva*, in *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, Padova, 2012, 157 ss.; G. Gaffuri, *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1969, 63 ss., e *passim*. Si veda in particolare G. Falsitta, *Il doppio concetto di capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.,* 2004, 899, 904; M. Poggioli, *Indicatori di forza economica e prelievo confiscatorio*, Padova, 2012, 14 ss., e *passim*; Id., *L'imposizione confiscatoria, tra valutazione astratta e misurazione concreta: alcune riflessioni in prospettiva dialogica*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 201 ss; D. Stevanato, *La giustificazione sociale dell'imposta*, Bologna, 2014, 18 ss., 147 ss., 419 ss.,

51 Secondo autorevole dottrina (F.GALLO, *L'evoluzione del sistema tributario e il principio di capacità contributiva*, in Rass. Trib.2013, 49), "*il principio di ripartizione delle imposte è un problema prima di tutto politico, scientificamente indeterminato, perché la sua soluzione è in funzione di presupposti, storicamente mutevoli, forniti dal complesso delle condizioni economiche e politiche, delle forze e sentimenti operanti in un dato aggregato sociale*"

52 A.FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, I, Torino, Giappichelli ed., 2003, 31 ss.

53 F. GALLO – A. FEDELE, *Profili critici della tassazione ambientale*, Rassegna Tributaria, 2 / 2010, p. 303

legislatore tributario ai principi di ragionevolezza, uguaglianza e solidarietà, che suggeriscono di valutare indici di ricchezza anche non strettamente connessi alla disponibilità patrimoniale del soggetto passivo d'imposta. In questa prospettiva Devono leggersi in questo senso dunque i tributi ambientali che colpiscono situazioni e attività suscettibili di procurare un arricchimento, un vantaggio[54] del soggetto agente. Bisogna quindi assumere come ulteriore e determinante elemento di valutazione quello relativo alle condizioni per le quali l'unità fisica che determina il danno ambientale - e l'utilità[55] per il soggetto passivo d'imposta - sia quantificabile ed apprezzabile dal punto di vista economico. Le diverse teorie a proposito della capacità contributiva, invero, avevano già caratterizzato il dibattito dottrinale[56] in ordine ad un altro tributo, l'Irap, per il quale si era sposata la tesi di una capacità contributiva intesa non nella sua accezione più stringente ma in una forma dinamica e poco tradizionale, pure avallata dalla giurisprudenza costituzionale[57].

Appare quindi di meridiana evidenza che per sostenere il progresso del Paese verso forme di produzione e consumo sempre più sostenibili - e quindi circolari - sarà necessario utilizzare approcci dottrinali e normativi dinamici, orientati nella direzione di una "fiscalità ecologica" che non pur non potendo prescindere dall'attualizzazione del principio di capacità contributiva, non potrà neppure azzerarne la sua funzione protettiva nei confronti del contribuente.

7. Fiscalità circolare e ambiente: la *plastic tax.*

54 Il principio di capacità contributiva, letto in tale prospettiva, consente di richiedere a taluni soggetti "*un maggiore concorso alle pubbliche spese per il solo fatto che essi si trovano rispetto ad altri in una posizione di vantaggio – e quindi migliore – senza che tale vantaggio si risolva necessariamente, in termini assoluti, in un loro arricchimento patrimoniale dato da entità scambiabili sul mercato*" , F. GALLO, *Imposta regionale sulle attività produttive*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, Milano 2001, 665; F. GALLO , *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna, 2011, 84-85)

55 F.GALLO, *Diseguaglianze, giustizia distributiva e principio di progressività*, in Rass. trib., 2012, 288 ss.

56 F. BATISTONI FERRARA, *L'Irap è un'imposta incostituzionale?*, in *Riv. dir. trib.,* 2000, 95 ss.; Id., *Eguaglianza e capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.,* 2008, 477 ss.; A. Fedele, *Prime osservazioni in materia di Irap*, in *Riv. dir. trib.,* 1998, I, 470 ss.; A. Colli Vignarelli-L. Ferlazzo Natoli, *Il meccanismo impositiva dell'Irap: dubbi di costituzionalità*, in *Boll. Trib.*, 1998, 654.

57 Nel punto 6.2 della sentenza n.156 del 2001, i Giudici della Corte affermano che "*E' costante nella giurisprudenza di questa Corte l'affermazione secondo la quale rientra nella discrezionalità del legislatore, con il solo limite della non arbitrarietà, la determinazione dei singoli fatti espressivi della capacità contributiva che, quale idoneità del soggetto all'obbligazione di imposta, può essere desunta da qualsiasi indice che sia rivelatore di ricchezza e non solamente dal reddito individuale (sentenze n. 111 del 1997, n. 21 del 1996, n. 143 del 1995, n. 159 del 1985).Nel caso dell'IRAP il legislatore, nell'esercizio di tale discrezionalità, ha individuato quale nuovo indice di capacità contributiva, diverso da quelli utilizzati ai fini di ogni altra imposta, il valore aggiunto prodotto dalle attività autonomamente organizzate. La scelta di siffatto indice – diversamente da quanto i rimettenti assumono - non può dirsi irragionevole, né comunque lesiva del principio di capacità contributiva, atteso che il valore aggiunto prodotto altro non é che la nuova ricchezza creata dalla singola unità produttiva, che viene, mediante l'IRAP, assoggettata ad imposizione ancor prima che sia distribuita al fine di remunerare i diversi fattori della produzione, trasformandosi in reddito per l'organizzatore dell'attività, i suoi finanziatori, i suoi dipendenti e collaboratori.L'imposta colpisce perciò, con carattere di realità, un fatto economico, diverso dal reddito, comunque espressivo di capacità di contribuzione in capo a chi, in quanto organizzatore dell'attività, é autore delle scelte dalle quali deriva la ripartizione della ricchezza prodotta tra i diversi soggetti che, in varia misura, concorrono alla sua creazione.*"

In linea con le considerazioni svolte nei precedenti paragrafi, per fiscalità circolare si intende l'insieme dei tributi volti da un lato a disincentivare comportamenti non sostenibili quali spreco e condotte inquinanti e dall'altro a stimolare simmetricamente condotte improntate alla tutela dell'ambiente.

In questo contesto, e cioè nella prospettiva di tassare sistemi produttivi altamente impattanti sull'ecosistema, deve leggersi l'iniziativa del legislatore che ha portato all'introduzione nel panorama normativo italiano della c.d *plastic tax*[58]. Tale iniziativa deve ricondursi al più generale contesto designato nella "*Strategia europea per la plastica nell'economia circolare*"[59], finalizzato a individuare soluzioni concrete per contrastare la crescente produzione e dispersione di rifiuti di plastica nell'ambiente.

Il tributo in parola intende colpire la produzione di manufatti di plastica destinati ad un singolo utilizzo - MACSI - attraendo nella fattispecie impositiva prodotti con un ciclo vitale assai limitato e non destinati al riutilizzo, escludendo tuttavia i prodotti destinati ad un utilizzo medicale. La norma in esame, tuttavia, oltre a sanzionare i cicli produttivi altamente impattanti, interviene anche con strumenti premiali, prevedendo un credito d'imposta in favore delle imprese virtuose attive nel settore dei MACSI, che si adoperano per un adeguamento tecnologico dedicato alla produzione di manufatti compostabili.

Il legislatore, quindi, ha inteso operare una scelta fiscalmente non neutrale, imprimendo di fatto un aggravio di costi[60] per il consumatore finale, idoneo, in ipotesi, a dissuaderlo dall'utilizzo degli stessi.

Anche il legislatore europeo, d'altronde, si è adoperato per l'introduzione[61] di una *plastic tax*, questa volta a carico degli Stati membri, che prevede un'aliquota uniforme di prelievo sul peso dei rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati generati da ciascun Stato, garantendo così indirettamente un ulteriore effetto deflattivo sui singoli stati.

Su tale questione, inoltre, v'è da appuntare un parziale disallineamento fra le posizioni interne e il diritto unionale, in quanto la direttiva la Direttiva europea Sup sulla plastica monouso (*Single Use Plastic*) approvata nel 2019[62] e in vigore dal 3 luglio, ha vietato la produzione di manufatti monodose realizzati sia in plastica che bioplastica.

Tale impostazione è stata contestata dal governo italiano in quanto gravemente pregiudizievole nei confronti di molte aziende italiane leader di mercato[63] nella

58 L'entrata in vigore di tale tributo, in forza di quanto stabilito nella manovra finanziaria per il 2022, è slittata di una ulteriore annualità, al 2023.

59 COM (2018) 28 final.

60 Tale aumento discende indirettamente dall'aumento dei costi sostenuti dai produttori. I soggetti obbligati a versare la Plastic Tax, infatti, sono diversi: per i MACSI fabbricati in Italia, il fabbricante o il committente, cioè il soggetto che richiede la fabbricazione di MACSI in conto lavoro; per i MACSI provenienti da altri Paesi dell'Unione europea, il soggetto che acquista MACSI nel caso di vendite B2B o il cedente nel caso di vendite B2C a consumatori privati in Italia; per i MACSI provenienti da paesi terzi invece, l'importatore.

61 Decisione del Consiglio n. 2020/2053 (UE-Euratom).

62 Direttiva n. 2019/904/UE.

63 Nel 2019, il nostro Paese ha coperto il 30% della produzione europea di stoviglie monouso tradizionale per un giro d'affari di circa un miliardo di euro.

produzione di monouso, che hanno intrapreso un percorso di riconversione della propria produzione verso la bioplastica, biodegradabile e compostabile. Appare evidente che la *ratio* dell'approccio c.d disincentivante, sollecitato[64] dall'Unione agli Stati membri, può rappresentare un efficace strumento per indurre i maggiori *players* economici a ricercare risparmi d'imposta attraverso la riconversione della produzione in senso *green*.

L'ulteriore, decisivo passo necessario per poter addivenire ad un sensibile miglioramento dell'impatto ambientale dei cicli produttivi, deve essere sostenuto anche mediante l'introduzione di ulteriori agevolazioni fiscali per orientare i consumi, - con aliquote fiscali di favore per manufatti generati da processi produttivi *green*, con un ciclo di vita più lungo - incrementando le agevolazioni in termini di imposte per le fonti energetiche rinnovabili, implementando gli interventi normativi a sostegno della *sharing economy*.

Tale percorso, però, si è scontrato da un lato con la naturale diffidenza verso l'introduzione di nuovi tributi – secondo il noto pensiero di Einaudi per cui le tasse sono come le scarpe, più sono vecchie, meno fanno male – dall'altro con molteplici ostacoli di carattere normativo[65].

8. Conclusioni.

Per conseguire gli ambiziosi obiettivi fin qui descritti sia in ambito europeo che in quello internazionale, deve necessariamente individuarsi una base comune di gettito fiscale che possa sostenere le dispendiose politiche da perseguire in materia ambientale.

Il gettito garantito dai soli tributi ambientali[66], infatti, potrebbe non essere sufficiente a garantire, almeno nella fase di *start - up*, il necessario sostegno economico necessario per garantire la riconversione industriale, il sostegno alla ricerca, il superamento delle fonti energetiche fossili per addivenire ad una completa conversione verso fonti energetiche rinnovabili.

Per tali ragioni appare necessario pensare ad uno strumento di tassazione sovranazionale, orizzontale e quindi globale, teso da un lato a garantire un gettito sufficiente a tutti i Paesi, dall'altro ad affievolire le disuguaglianze causate dalla capacità fiscale delle singole economie. Tale prospettiva si rende ancor più necessaria anche in

64 Sul punto, si veda A.F. Uricchio, "*Italia, le politiche tributarie in materia ambientale*", in "*La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*", Bari, 2014, p.468;

65 Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla mancata attuazione dell'art. 15 della l. n. 23/2014 che avrebbe dovuto regolare la fiscalità ambientale, orientandola verso modi di sviluppo e di consumo ecosostenibili, anche in considerazione "*delle misure adottate dall'Unione europea in materia di sviluppo sostenibile e green economy"*.

66 Per essere caratterizzato come ambientale, il tributo deve essere caratterizzato dall'esistenza di un nesso di interrelazione tra lo svolgimento di un'attività d'impresa/professionale e il danno (reversibile) causato all'ambiente. Cfr. M. Procopio – "*La natura non commutativa dei tributi ambientali e la loro compatibilità con il principio di capacità contributiva*" in Diritto e Pratica tributaria, n. 5/2013 p. 11167.

relazione alle necessarie politiche fiscali tese ad impedire fenomeni evasivi o elusivi[67] che possono essere adottate solo attraverso una visione globale del fenomeno. Un potenziale, prezioso alleato in tale prospettiva potrebbe essere individuato nel tributo globale, anticipato Il 1° luglio 2021, dopo il via libera del G7 alla proposta USA, l'*Inclusive Framework* dell'OCSE, di cui fanno attualmente parte 139 Paesi e confermato nell'ultimo G20 di Venezia, cui dovrebbero essere assoggettate le multinazionali con una cifra d'affari annuale di oltre 20 miliardi di euro e un margine di profitto del 10%.

L'OCSE stima in 150 miliardi di dollari l'anno la redistribuzione del gettito delle imposte sui profitti tra le varie nazioni.

La c.d. *"Global Minimum Tax"*, è stata immaginata per porre un argine alla perdurante sottrazione di base imponibile operata dai giganti del web, grazie allo strumentale utilizzo di paesi con regimi fiscali di favore quali - con riferimento all'eurozona - per esempio, l'Irlanda, l'Estonia, l'Olanda, l'Ungheria e il Lussemburgo.

Tale tributo[68] possiede il requisito della globalità, indispensabile per garantire, mediante il proprio gettito (o una parte di esso), il sostegno alle politiche di lotta ai cambiamenti climatici e tutela dell'ambiente, così intervenendo direttamente nel percorso di circolarizzazione dell'economia e della fiscalità.

L'OCSE ha elaborato una serie di proposte per adeguare nel lungo periodo l'imposizione delle imprese alle nuove realtà segnate dalla rivoluzione del digitale. In sostanza, l'attuale *Global minimum tax* è il derivato combinato dell'incontro del lavoro svolto in sede OCSE, a partire dalla BEPS, con una nuova visione fiscale internazionale proposta dall'Amministrazione statunitense guidata dal presidente Joe Biden.

Solo attraverso lo strumento della cooperazione e preservando il principio di responsabilità solidale fra gli stati, quindi, si potrà segnare un decisivo cambio di passo necessario per il raggiungimento degli obiettivi preposti in ordine alla tutela dell'ambiente - e al finanziamento delle politiche ad essa protese - e al contrasto al cambiamento climatico.

È necessario, quindi, protendere verso un linguaggio giuridico - e fiscale - comune e quindi condiviso.

67 Sull'elusione fiscale, cfr. H.W. Kruse, *Il risparmio d'imposta, l'elusione fiscale e l'evasione,* in A. Amatucci (diretto da), *Trattato di diritto tributario – I tributi in Italia,* vol. III, Cedam, Padova 1994, p. 207 ss.; A. Lovisolo, voce *Evasione ed elusione tributaria,* in *Enc. giur. Treccani,* vol. XIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1989, p. 1 ss.; R. Lupi, G. Sepio, voce *Elusione fiscale,* in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24-Ore,* diretta da S. Patti, vol. 6, Corriere della Sera – Il Sole 24 Ore, Milano 2007, p. 1 ss.; P.M. Tabellini, *Elusione della norma tributaria,* Giuffrè, Milano 2007; A. Marcheselli, *Elusione e sanzioni: una incompatibilità logico giuridica,* in *Corr. trib.,* 25, 2009, p. 1988.

68 Il tributo in parola, secondo le previsioni, dovrebbe entrare in vigore dal 2023, al termine delle necessarie negoziazioni all'interno dell'OCSE. Le due principali caratteristiche del tributo in parola possono essere sintetizzate nella previsione del trasferimento dei diritti impositivi agli Stati di commercializzazione - *market-States* - dove cioè risiedono i consumatori che acquistano beni e servizi da una grande multinazionale e nella previsione di un'aliquota minima di almeno il 15% per le imprese attive a livello internazionale con determinate caratteristiche di fatturato, ricavi e margini di profitto.

DIRITTO DI DIFESA ED EFFETTIVITA' DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE: la mobilita' del *dies a quo* non incide sull'immutabilita' del termine - legittimita' costituzionale dell'art.120,co.5, c.p.a.

Francesco Caricato

Abstract: Con la sentenza n. 204, pubblicata il 28.10.2021, la Corte Costituzionale pone fine a qualsiasi residua perplessità interpretativa in ordine alla durata e al dies a quo - oramai mobile - della decorrenza del termine di decadenza per la proposizione di motivi aggiunti nel contenzioso attinente le gare pubbliche.

Abstract. *With the judgment no. 204, published on 28.10.2021, the Constitutional Court ends any residual interpretative concern regarding the lenght and dies a quo - now mobile - of the effect of the term of forfeiture for the proposition of additional reasons litigation relating to public tenders.*

Riti speciali - Appalti - Motivi aggiunti ex art.120, comma 5 cpa - Termine per la proposizione - Contrasto con l'art. 24 - Rilevanza e non manifesta infondatezza.

La Corte costituzionale. con la sentenza n. 204, pubblicata il 28.10.2021, ha dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 5, dell'Allegato 1 (Codice del processo amministrativo) al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), sollevata, in riferimento all'art. 24 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, con l'ordinanza n. 297 del 02 marzo 2020.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 204, pubblicata il 28.10.2021, ha dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, co. 5, del c.p.a[1], promossa dal TAR per la Puglia, sezione staccata di Lecce, nel procedimento vertente tra un'impresa e una stazione appaltante, in riferimento all'art. 24 Cost., nella parte in cui fa

1 Sul "nuovo" codice dei contratti cfr.:B.Bruno M. Mariani, *I contratti pubblici dopo il decreto PNRR*, Hoepli.it, 2021;R.Dipace, *Manuale dei contratti pubblici*, Giappichelli, Firenze, 2021; V. Lopilato *Manuale di Diritto Ammnistrativo* Giappichelli, Firenze, 2021; F. Caringella, *Il processo dei contratti pubblici dopo il D.Lgs. n. 50/2016*, in Manuale di diritto amministrativo – Parte Generale e Speciale - XIV edizione, Dike, 2021; Ufficio studi, massimario e formazione (Curatore), *Il libro della giustizia amministrativa 2021*, Giappichelli, 2021

decorrere il termine per proporre motivi aggiunti, nelle controversie di cui al co.1, dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del d. lg.vo 12 aprile 2006, n. 163[2].

La fattispecie concreta posta all'attenzione del rimettente ha preceduto di gran lunga l'arresto del Cons. St., ad. plen. n.12 del del 02/07/2020 e attiene gli atti di una procedura di affidamento di un appalto di servizi impugnati a seguito della comunicazione di aggiudicazione a favore della controinteressata con un ricorso proposto ai sensi dell'art. 120 del c.p.a. e per i quali la ricorrente aveva chiesto l'accesso[3] agli atti di gara[4] lo stesso

2 Sul "vecchio" codice dei contratti cfr.: F. Saitta, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, 2008

3 Sull'accesso in generale, cfr. U. Allegretti, *Imparzialità e buon andamento*, in Dig. disc. pubbl., VIII, Torino, 1993; G. Arena, in Id. (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1992; V.Bachelet, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della Pubblica Amministrazione*, in Scritti in Onore di C. Mortati, Milano, 1977; A. Bonomo, Informazione e pubbliche amministrazioni, Bari, 2012; A.Barettoni Arleri, *Trasparenza Amministrativa e tutela della privacy*, in Le trasformazioni del diritto amministrativo: scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini a cura di S.Amorosino, Milano, 1995; V. Caputi Iambrenghi, *L'accesso nel corso del procedimento amministrativo e il problema dell'atto conclusivo*, in Studi in onore di Feliciano Benvenuti, Modena, 1996,377 e ss; F.Caricato, *La trasparenza per la difesa in giudizio*, in D. Mastrangelo (a cura di), La trasparenza amministrativa aspetti e problemi, Aracne, 2019; E.Casetta, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e Pubblica Amministrazione*, Diritto Amministrativo, 1993, 913; Id. *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffré Francis Lefebvre, 2021; S.Cassese, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2015; F.Caringella – R.Garofali – M.T. Sempreviva, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano,2007; F. Caringella – S.Mazzamuto - G.Morbidelli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2011; Id, *Corso di diritto amministrativo*, 2011; E. Carloni, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione Diritto Amministrativo*, 2016, 04, 0579; V.Cerulli Irelli, C*orso di diritto amministrativo*, Torino,2006, Id, L*ineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2017; M.P. Chiti-G.Greco, *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007; M.P. Chiti, Diritto amministrativo europeo, Milano, 2018; M.Clarich, *Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa*, relazione al Convegno su Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa, Roma,11.02.2004, in www. Giustizia-amministrativa, 2004; C.E.Gallo – S.Foà, *La nuova trasparenza amministrativa*, Diritto Amministrativo, 2017, 01, 0065; S.Foà, voce *Accesso agli atti amministrativi*, in Digesto delle Discipline Pubblicistiche, Agg, Torino, 2000; D.U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in G*iustizia amministrativa (www.giustamm.it), Anno XI, giugno 2014; G.Landi – G.Potenza*, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2002; A.G. Orofino, *Profili giuridici della trasparenza*, Bari, 2013; F. Renda, *Il diritto di accesso ex artt. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241*: *legittimazione all'ostensione, natura giuridica dell'accesso e poteri del giudice amministrativo*, in Foro Amministrativo (Il) 2017, 6, 1386 ; A.RomanoTassone, *A chi serve il diritto d'accesso*, in Dir.Amm., 1995, 315; F.G.Scoca, *Diritto amministrativo*, Firenze, 2021; S.Teresi, *Diritto di accesso e diritto alla riservatezza: un delicato equilibrio*, in Diritto d'Autore (Il) 2015, 03, 0517.

4 Sull'accesso nelle gare pubbliche:S. Abrate, *Accesso agli atti e nozione segreto tecnico e commerciale*, in M. Lipari- M.A.Sandulli, l'Amministrativista, Giuffré Francis Lefebvre, 19 ottobre 2021;D. Cicu, *Condizioni e limiti del diritto di accesso agli atti di gara*, in M. Lipari - M.A.Sandulli, l'Amministrativista, Giuffré Francis Lefebvre, 18 Febbraio 2021; C.Genovese, *Sul bilanciamento tra diritto di accesso e ragioni di riservatezza*, in M. Lipari- M.A.Sandulli, l'Amministrativista, Giuffré Francis Lefebvre, 03 Maggio 2021; N. Posteraro – V.Bilotto, Termine per l'esercizio del diritto di accesso informale e termine per l'impugnazione, in M. Lipari- M.A.Sandulli, l'Amministrativista, Giuffré Francis Lefebvre, 12 Marzo 2021; F. Renda, *L'accesso alla documentazione relativa al procedimento di verifica di anomalia dell'offerta del vincitore di una procedura di affidamento pubblica*, in M.Lipari- M.A.Sandulli, l'Amministrativista, Giuffré Francis Lefebvre, 09 Novembre 2020; M.A.Sandulli-R.De Nictolis-R.Garofali, Trattato sui contratti pubblici, Milano, 2011; M.A.Sandulli, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in Giornale di diritto amministrativo, n.5, 2005; Id, Principi e regole dell'azione amministrativa, Milano, 2015; F.G.Scoca, L*a partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere:un'ipotesi ricostruttiva*, Diritto Amministrativo, 2002, 283; G.Simone, *L'utilizzabilità della documentazione richiesta in sede di accesso è nella valutazione della sola parte istante, non anche della p.a*., in M. Lipari- M.A.Sandulli, l'Amministrativista, Giuffré Francis Lefebvre, 05 ottobre 2021; Tanda, voce *Trasparenza (Principio di)*, in Digesto delle Discipline Pubblicistiche, Agg, Torino, 2008; R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in Dir. Proc. Amm., 1987;

giorno della ricezione della comunicazione ottenendolo solo dopo quarantacinque giorni, il sedicesimo giorno successivamente ai quali ha proposto motivi aggiunti al ricorso[5].

A parere del giudice *a quo*, i motivi aggiunti[6] sarebbero stati irricevibili per tardività, in applicazione del denunciato art. 120, co. 5, c.p.a., e da tanto seguirebbe la rilevanza della questione di legittimità costituzionale della norma censurata.

Il rimettente ha ritenuto di essere vincolato ad applicare l'art. 120, co. 5, c.p.a. nell'univoco senso espresso dalla lettera della disposizione, che riconnetterebbe la decorrenza del termine alla sola ricezione della comunicazione di aggiudicazione inviata agli operatori concorrenti alla gara ai sensi dell'art. 79 del "primo" cod. contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006.

Tuttavia, alla luce di quell'argomentare, una tale lettura dello scenario normativo di riferimento, confliggerebbe con l'art. 24 Cost., nel caso in cui, come nella fattispecie in esame, i vizi da porre a base dei motivi aggiunti, fossero stati conosciuti solo in data successiva a tale ricezione, in forza dell'accesso agli atti di gara, perché il termine per la proposizione dei motivi medesimi decorrerebbe prima della cognizione del vizio e tanto impedirebbe "di fatto" la tutela giurisdizionale.

Peraltro, il giudice *a quo*, al fine di risolvere il profilo di illegittimità costituzionale, ha eccepito, altresì, l'inadeguatezza della soluzione interpretativa invalsa in giurisprudenza[7], secondo la quale, in caso di accesso agli atti di gara, il termine di trenta giorni per proporre ricorso, anche con motivi aggiunti, andrebbe incrementato di un numero di giorni pari a quelli che l'art. 79 del "primo" cod. contratti pubblici assegna ai fini dell'accesso.

Il rimettente ha dato atto che l'art. 79, appena citato, è stato abrogato, e che, ad oggi, parte della giurisprudenza si è attestata nel senso che il rinvio operato dall'art. 120, co. 5, c.p.a. a tale disposizione vada ora indirizzato al nuovo art. 76, co. 2, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che, pur con una diversa formula letterale, assegnerebbe quindici giorni, anziché dieci, dalla comunicazione[8] della aggiudicazione per un tempestivo accesso, di

5 Su i suoi limiti: Cons.St., sez. V, 2 marzo 2021 n. 1779

6 Sul ricorso per motivi aggiunti cfr. R. Chieppa – R.Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffré Francis Lefebvre, 2021; R. Garofali – G.Ferrari, *Manuale superiore di diritto amministrativo*, XV ed., Nel diritto Editore, 2021; V. Lopilato, *Manuale di Diritto Ammnistrativo* cit., cap.26- parte seconda, par.13.; F.S. Marini ed A. Storto, *Diritto Processuale Amministrativo*, 2018- La Tribuna; F.Caringella, *Manuale ragionato di Diritto Amministrativo*, Dike editrice, parte XII, cap.IV, par.4.3.; G. A. Giuffrè, *Sulla decorrenza dei termini per l'impugnazione del bando e la legittimazione e l'interesse del ricorrente a contestare la disciplina di gara*, in M.Lipari-M.A.Sandulli, l'Amministrativista, Giuffré Francis Lefebvre, 13 Luglio 2021; A. Liberati, *Il Processo innanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali*, Tomo I, Cedam;S. Pignotti, *L'acquisizione documentale ex art. 76, d.lgs. n. 50/2016, consente il superamento del termine impugnatorio di cui all'art. 120, c.p.a*, in M.Lipari-M.A.Sandulli, l'Amministrativista, Giuffré Francis Lefebvre, 28 Settembre 2021; M.A.Sanduli - R. De Nictolis, *Trattato sui Contratti pubblici*, p. 742 Giuffré Francis Lefebvre, 2019; C.M. Tanzarella, *Rito appalti e motivi aggiunti*, in M.Lipari-M.A.Sandulli, l'Amministrativista, Giuffré Francis Lefebvre, 27 Gennaio 2021; P. M. Vipiana - V. Fanti – M.Trimarchi, *Giustizia amministrativa*, CEDAM, 2019

7 Cons. St.,V, 28 ottobre 2019, n. 7387; Cons. St.,V, 21 marzo 2016, n. 1143; TAR Lombardia sez.I, Milano, 10 settembre 2018, n. 2056; TAR Catanzaro, 22 febbraio 2021, n,359.

8 Sulla comunicazione ex art. 76 d.lgs. 50/2016 Cfr. E. Casetta, *La tutela dinanzi al giudice amministrativo- I riti speciali*, in Manuale di Diritto Amministrativo, XXI ed., Milano, Giuffrè, parte II, cap. X, sez.II, par. 23.

guisa che il termine per proporre motivi aggiunti potrebbe essere incrementato di conseguenza.

Tale soluzione, secondo il rimettente, non sarebbe compatibile con la lettera della norma censurata, che continua a rinviare all'art. 79 del "primo" cod. contratti pubblici, per quanto abrogato, ma soprattutto perché comporterebbe lo slittamento anche del termine per proporre il ricorso principale, in radicale contrasto con la previsione del rito speciale accelerato[9] in materia di appalti pubblici[10].

Si è già riferito come, nelle more della decisione qui annotata, sulla questione sia intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che, preliminarmente alla sua decisione, ha avvertito la necessità di chiedere un intervento risolutivo al legislatore, rispetto al quale la parte motiva della decisione della Corte non può che tracciarne la rotta[11].

In disparte dalla premessa, non ci si può esimere dal rilevare come, indipendentemente dalle diverse interpretazioni, il termine di trenta giorni per esercitare il diritto di difesa nella proposizione dei motivi aggiunti abbia una sua assoluta coerenza sistematica.

Il legislatore codicistico, all'art.43 c.p.a., infatti, ha sancito che "*ai motivi aggiunti si applica la disciplina prevista per il ricorso ivi compresa quella relativa ai termini.*".

Dal riferito assunto il quinto comma dell'art.120 cpa non si è discostato laddove ha dettato le "*disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'art.119, comma 1, lettera A)*" e ha sancito che il termine per proporre il ricorso e i motivi aggiunti, nella materia che ci occupa, è lo stesso ed è di trenta giorni.

Il codice del processo amministrativo, quindi, tanto nel disciplinare in generale (art.43), quanto nel dettare le disposizioni specifiche per i giudizi di cui alla lettera a) del primo comma dell'art.119 (art.120, 5° co.), ha legato la proponibilità del ricorso e quella dei motivi aggiunti allo stesso identico termine.

---

9 Sul rito accelerato previsto dall'art. 120 c.p.a. cfr. F. Caringella, *Il processo dei contratti pubblici dopo il D.Lgs. n. 50/2016*, in *Manuale di Diritto Amministrativo*, XIV ed.- 2021, Dike Editrice; M.A.Sanduli - R. De Nictolis, *Trattato sui Contratti pubblici*, p. 773, Giuffré Francis Lefebvre, 2019;

10 Sulla dimidiazione dei termini processuali relativi agli atti introduttivi cfr. E. Casetta, *La tutela dinanzi al giudice amministrativo- I riti speciali*, in Manuale di Diritto Amministrativo, XXI ed., Giuffrè Francis Lefebvre; E, Guarnaccia, *Il contenzioso su appalti e contratti pubblici*, 2019, Maggioli Editore; F.G. Scoca, *Giustiza Ammnistrativa,207*, Giappichelli; V. Lopilato *Manuale di Diritto Ammnistrativo*, Torino, Giappichelli editore, 2020,

11 Cons. St., ad. plen., 02/07/2020, n.12: "*Prima di esaminare le questioni sulla tempestività del ricorso di primo grado, l'Adunanza Plenaria:- premette che, per la pacifica giurisprudenza della Corte di Giustizia, gli Stati membri hanno l'obbligo di istituire un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti ed obblighi' (Corte di Giustizia, 14 febbraio 2019, in C-54/18, punto 29; 7 novembre 1996, in C-221/94, punto 22; 10 maggio 1991, in C-361/88);- rileva che le questioni sulla tempestività del ricorso di primo grado non riguardano la singola controversia in esame, ma attengono alla ricostruzione del quadro normativo dell'ordinamento nazionale, conseguente ad un mancato coordinamento tra le modifiche introdotte con il 'secondo codice' dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 e le preesistenti disposizioni del c.p.a.;*
- nel decidere sui quesiti sollevati dall'ordinanza di rimessione, in applicazione dell'art. 58 del regio decreto n. 444 del 1942 ritiene di dover trasmettere copia della presente sentenza alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, per la doverosa segnalazione di tale mancato coordinamento, affinché sia disposta una modifica legislativa ispirata alla necessità che vi sia un 'sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile', disciplinato dalla legge con disposizioni di immediata lettura da parte degli operatori cui si rivolgono le direttive dell'Unione Europea."

Il legislatore, nel disciplinare l'istituto dei motivi aggiunti, non ha previsto, quindi, alcuna possibilità di una ulteriore dimidiazione del termine[12] per la loro proposizione che fosse in distonia con quello per la proposizione del ricorso principale, in tal modo offrendo una straordinaria coerenza sistematica dell'ordinamento processuale amministrativo, sancita, appunto, in linea di principio nella disciplina generale (art.43) e dandone concreta attuazione in quella specifica di settore (art.120, 5° co.), laddove si dispone che il termine per la proposizione del ricorso e quello per la proposizione dei motivi aggiunti è identico ed è di trenta giorni.

Di modo che non è possibile alcuna interpretazione che direttamente o indirettamente prescinda dalla *voluntas legis* che è quella di avere un unico termine per l'esercizio dell'azione, indipendentemente dalla veste nella quale l'azione stessa si manifesti, sia essa nella forma del ricorso che nei motivi aggiunti.[13]

---

12 Sulla dimidiazione dei termini processuali relativi agli atti introduttivi; cfr. E. Casetta, *La tutela dinanzi al giudice amministrativo- I riti speciali*, in Manuale di Diritto Amministrativo, XXI ed., Giuffrè Francis Lefebvre; G. Leone, Elementi di diritto processuale amministrativo, Cedam, 2021; F.G. Scoca, Giustiza Ammnistrativa, 2020, Giappichelli; V. Lopilato Manuale di Diritto Ammnistrativo, Torino, Giappichelli, 2020; M.A. Sandulli, Rito speciale in materia di contratti pubblici, in Federalismi, 20 aprile 2016

13 C. cost. n. 204/2021: "*Questa Corte osserva, in via preliminare, che senza dubbio sarebbe contrario alle garanzie proprie del diritto di difesa un assetto che imponga alla parte lesa dal provvedimento di aggiudicazione di proporre un ricorso recante motivi aggiunti prima che essa sia stata posta nelle condizioni di percepire il vizio che si intende denunciare, o comunque quando non le sia stato assicurato, a tal fine, l'intero termine di trenta giorni previsto dalla legge, e non le possa essere mosso alcun addebito di colpevole inerzia, o comunque di negligenza. L'istituto stesso dei motivi aggiunti, infatti, è finalizzato, per quanto qui rileva, a permettere l'introduzione in giudizio di profili di illegittimità dell'atto impugnato che non era stato possibile percepire innanzi, sulla base della sola cognizione del provvedimento lesivo.Perciò, prevedere che il termine di decadenza per proporre i motivi aggiunti maturi, nonostante il vizio non fosse conoscibile mediante l'impiego della ordinaria diligenza, comporterebbe una arbitraria e irragionevole compressione del diritto di agire (ex plurimis, sentenze n. 271 del 2019 e n. 94 del 2017)." Oltretutto, nella materia degli affidamenti pubblici di lavori, servizi o forniture soggetti al diritto dell'Unione europea, una tale previsione sarebbe anche in contrasto con quest'ultimo, che invece esige che il termine per proporre ricorso decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della illegittimità che intende denunciare (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 28 gennaio 2010, in causa C-406/08, Uniplex, UK, Ltd, e ordinanza 14 febbraio 2019, in causa C-54/18, Cooperativa Animazione Valdocco S.C.S. Impresa sociale Onlus), formulando così una regola che, in tale settore, concerne sia il ricorso principale, sia la proposizione di motivi aggiunti. Perciò, sono compatibili con l'art. 24 Cost., oltre che con il diritto dell'Unione europea, ove applicabile, quelle sole interpretazioni del quadro normativo per effetto delle quali la parte ricorrente disponga di un termine non inferiore a trenta giorni per agire in giudizio, e comunque per proporre motivi aggiunti, tenuto conto della data in cui essa ha preso conoscenza, o avrebbe potuto prendere conoscenza usando l'ordinaria diligenza, dei profili di illegittimità oggetto dell'impugnativa. Si tratta, infatti, del termine discrezionalmente scelto dal legislatore per la proposizione sia del ricorso principale, sia dei motivi aggiunti, per i quali ultimi non è stabilita normativamente alcuna dimidiazione di esso. 6.– L'interpretazione respinta dal rimettente, ma avallata da ultimo dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, rientra nel novero appena descritto delle letture costituzionalmente orientate del censurato art. 120, comma 5, cod. proc. Amm.*

Difatti, essa assicura, mediante il meccanismo della cosiddetta dilazione temporale per i casi di accesso tempestivamente soddisfatto dall'amministrazione, che il termine per proporre i motivi aggiunti, pur decorrendo, per l'ipotesi prevista dalla disposizione censurata, dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione, sia ugualmente pieno.

Parimenti, per il caso in cui l'amministrazione, invece, neghi l'accesso o lo procrastini con condotte dilatorie, il termine, secondo tale lettura esegetica, decorre, quanto ai vizi non percepibili innanzi, dalla data di effettiva conoscenza degli atti di gara, sicché con ciò si assicura alla parte ricorrente di poter usufruire dei trenta giorni assegnati dall'art. 120 cod. proc. amm. per articolare le proprie censure in giudizio. 7.– La configurabilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, che supera il profilo di illegittimità costituzionale denunciato, e che peraltro è già dominante in giurisprudenza, rende non fondata la questione sollevata dal rimettente."

L'interpretazione, posta a disposizione dalla Suprema Corte delle Leggi, tutela l'essenza stessa del diritto di difesa, garantendo il sostanziale coordinamento sistematico con i principi di rango superiore costituzionale ed europeo.

La durata del termine per impugnare con i motivi aggiunti, identica a quella sancita per il ricorso, è stabilita dal codice in trenta giorni.

Alla luce dell'arresto qui in esame, quindi, non v'è chi non veda, come non fosse in alcun modo legittimata l'automatica radicale decurtazione del termine per proporre motivi aggiunti ad un terzo, laddove si opinasse di aggiungervi solo dieci giorni, tanto meno alla metà, laddove si aderisse alla tesi per la quale i giorni da aggiungere avrebbero dovuto essere quindici[14].

Entrambe le interpretazioni non solo non garantiscono il diritto di difesa, violando il principio costituzionale, ma si pongano in aperta antitesi con la volontà del legislatore che in nessun passo né nel codice di rito, tanto meno in quello dei contratti pubblici, ha nemmeno astrattamente adombrato una tale possibilità.

Data l'evidenza dell'insostenibilità sistematica dell'assunto, la Corte, sul solco già tracciato dall'Ad. plen, ha individuato, con la certezza richiesta dai principi eurounitari, il *dies a quo* dal quale calcolare il termine tanto per proporre ricorso, quanto per proporre i motivi aggiunti, non cristallizzandolo affatto univocamente dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione, ma distinguendo le possibili ipotesi come segue.

Se la stazione appaltante nella comunicazione ex art. 79 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 abbia reso disponibile ogni documento utile ad apprezzare la legittimità dell'aggiudicazione, il *dies a quo* dal quale calcolare i trenta giorni sarebbe inequivocabilmente quello della comunicazione.

In questo caso, entrambi gli atti processuali nei quali si realizza il diritto di difesa (ricorso e motivi aggiunti) oltre ad avere il medesimo termine di trenta giorni, avrebbero la medesima decorrenza, nel rispetto della *voluntas legis* e del diritto di difesa.

Nelle fattispecie, invece, come quella sottoposta al vaglio del TAR salentino e quindi della C. Cost., laddove la piena conoscenza[15] della documentazione di gara è incolpevolmente pervenuta a distanza (di quarantacinque giorni) dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione, la decorrenza dei trenta giorni non coinciderà con la stessa,

14 Cons. St.,III, 6 marzo 2019, n. 1540; TAR Sicilia. II, 16 ottobre 2019, n. 2404

15 Sul tema della piena conoscenza cfr. M Clarich, *Manuale di Diritto Ammnistrativo*, quarta edizione, ed. Il Mulinosi; S. De Paolis — B. Rinaldi, *Piena conoscenza ed effettività della tutela: riflessioni e attualità del pensiero dei maestri*, in Atti del convegno "L'impugnabilità degli atti amministrativi", Giornate di studio in onore di E. Cannada Bartoli, 13-14 giugno 2008, Siena, in *giustamm.it*; L. Ferrara, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. Tar,* 2008, 1193; A. Reggio d'Aci, *La piena conoscenza del provvedimento amministrativo e la decorrenza del termine per la sua impugnazione*, in *Urb. app*., 2007, 11, 1367; F. Ceglio, *La piena conoscenza e la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso*, in *Giorn dir. amm*., 2003, 5, 495; R. Damonte, *Conoscenza del provvedimento amministrativo e termini di proposizione del ricorso al giudice amministrativo*, in Riv. giur. edil., 2000, 1, 1135; R. Politi, *Decorrenza del termine per l'impugnazione del provvedimento in sede giurisdizionale e conoscenza della motivazione dell'atto: spunti di riflessione*, in TAR, 1999, 2, 133; G. Virga, *La disciplina dei termini nel processo amministrativo*, in Atti del convegno di studi organizzato dalla facoltà di giurisprudenza di Messina, 15-16 aprile 1988, Milano, Giuffré, 1989, 249; S. Baccarini, *La comunicazione del provvedimento amministrativo tra prassi e nuove garanzie*, in *Dir. proc. amm*., 1994, 1, 8; Id., motivazione ed effettività della tutela, in giustamm.it.

pena l'impossibilità di esercitare compiutamente il proprio diritto di difesa, ma dalla piena conoscenza.

In questo caso, quindi, il *dies a quo* dal quale calcolare il termine per proporre i motivi aggiunti si "sposta" dalla data della comunicazione, di cui alla prima parte del quinto comma dell'art.120 c.p.a., arrivando a coincidere con la "piena conoscenza" che il legislatore codicistico ha previsto nell'espressione di chiusura del capoverso di quella stessa norma: "*in ogni altro caso*" [il termine decorre] "*dalla conoscenza dell'atto*". La Corte ha riconosciuto, quindi, come non vi sia alcuna esplicita previsione legislativa che preveda, in definitiva, un meccanico taglio netto, oramai non importa più di quanto, del termine per la proposizione dei motivi aggiunti e ogni interpretazione che legittimasse una simile decurtazione violerebbe il contenuto precettivo di tutte le norme che regolano la proposizione dei motivi aggiunti che dispongono espressamente lo stesso identico termine per la proposizione del ricorso (art.43 cpa) e, nella specifica materia qui in esame, in trenta giorni (art.120, V co., c.p.a), senza mai disporre una loro riduzione a dieci nel codice dei contratti pubblici previgente e quindici in quello attuale.

A valle della decisione qui in esame si perviene ad una lettura della norma totalmente conforme al parametro costituzionale della pienezza del diritto di difesa nell'ossequioso rispetto della *voluntas legis*, laddove non pone a carico del ricorrente incolpevolmente diligente alcuna contrazione per l'esercizio del proprio diritto di difesa.

Il legislatore è stato lapidario e la Corte lo ha ribadito: i motivi aggiunti (così come il ricorso), realizzando compiutamente il diritto di difesa, devono essere proposti entro lo stesso termine di trenta giorni, e tale termine non può subire riduzioni non espressamente codificate nemmeno a valle di interpretazioni di diverse disposizioni che prevedono altro e in ogni caso non attinenti.

Una meditata valutazione comparativa delle esigenze di celerità e immediatezza, proprie della specialità della materia che si dimostra realmente ossequiosa dei principi di effettività della tutela giurisdizionale[16], come enucleati anche dalla giurisprudenza della C. giust. U.E.[17] [18] peraltro già fatta propria dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che si è spinta ben oltre.[19]

Dal combinato dei principi dettati dall'Ad. Plen. n. 12 del 2020 e dalla C. cost. n.204 del 2021 non residua più dubbio alcuno sulla inidoneità della comunicazione della sola avvenuta aggiudicazione, priva dei relativi allegati, a far decorrere i trenta giorni per

16 art. 24 Cost., e art. 1 c.p.a.

17 C. giust.U.E., Sez. V, 8/5/2014 n. C-161/13 Idrodinamica Spurgo),

18 Sul rapporto tra processo amministrativo e diritto comunitario cfr. E. Picozza, *Processo Amministrativo e Diritto Comunitario*, seconda edizione, Padova, Cedam; M.P. Chiti e G. Greco, T*rattato di Diritto Amministrativo Europeo*, 2017, Giuffrè ed.

19 Cons. St.,V, 3 aprile 2019, n. 2190: "*qualora la stazione appaltante rifiuti illegittimamente di consentire l'accesso (ovvero, in qualunque modo tenga una condotta di carattere dilatorio), il potere di impugnare non "si consuma" con il decorso del termine di legge, ma è incrementato di un numero di giorni necessari alla effettiva acquisizione dei documenti stessi (cfr. Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540; sez. III, 14 gennaio 2019, n. 349; sez. V, 5 febbraio 2018, n. 718; sez. III, 22 luglio 2016, n. 3308).*"

proporre il ricorso (principi *d* ed *e*)[20], così come è, altrettanto certa la "mobilità" del *dies a quo* dal quale far decorrere il termine per proporre i motivi aggiunti, di cui all'ordinanza di remissione, che coinciderà con la effettiva "*conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario"* (principi *b* e *c*)[21].

La decorrenza dei trenta giorni dall'effettiva conoscenza è l'unica interpretazione che rispetta la *voluntas legis* ed è contemporaneamente è fedele al canone costituzionale che garantisce l'effettività del diritto di difesa, inteso non come un vuoto simulacro suscettibile di periodiche alterne compressioni ma come concretamente già apprezzato dalla Corte, in ogni sua pronuncia fin dal 1957[22].

E' stata fatta definitiva chiarezza in ordine al *dies a quo*, oramai definito *mobile,* dal quale far decorre il termine per impugnare quando, come nel caso che ci occupa, le censure siano diretta conseguenza della documentazione, dapprima ignota, che integra l'offerta dell'aggiudicatario ma anche delle giustificazioni rese in occasione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Di modo che, alla luce dei principi affermati dalla Corte costituzionale, non c'è più spazio per i paradossi logici che potevano continuare a verificarsi.

Nella fattispecie sottoposta al suo esame, infatti, il termine per impugnare, deducendo vizi sussumibili solo a valle dell'ostensione documentale, decorrerebbe dalla data nella quale è stato consentito l'accesso, nei trenta giorni successivi alla quale il ricorrente avrebbe potuto tempestivamente proporre finanche il ricorso; invece, i motivi aggiunti proposti sedici giorni dopo la medesima data nella quale si è avuta la conoscenza degli atti, secondo l'argomentare dei sostenitori della tesi della mera "dilazione temporale del termine", non importa se di dieci o quindici giorni, a *dies a quo* "immobile", sarebbero intempestivi nonostante proposti nel termine di trenta giorni per impugnare, così come individuato dall'Adunanza plenaria e riaffermato dalla Corte costituzionale.

Il paradosso logico, definitivamente evitato, non può sfuggire, ma non è l'unico.

La complessità del rito degli appalti, in ragione delle esigenze di celerità e concentrazione proprie del settore, ha già conosciuto la dimidiazione dei termini per la proposizione del ricorso che, nella fattispecie come quella che ci occupa, costituisce *ex se* quel contemperamento tra le esigenze di celerità della materia dei contratti pubblici e della compiutezza dell'esercizio del diritto di difesa.

---

20 Cons. St., ad. plen., 02/07/2020, n.12: "*d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione; e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati*".

21 Cons. St., ad. plen., 02/07/2020, n.12: "*b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale; c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta*".

22 Sentt. n. 46 del 1957, n. 127 del 1979, n. 149 del 1983, n. 175 del 1996 e n. 35 del 2019.

A questo punto non può prescindersi dall'evidenziare come il ricorso "al buio", al quale finora si è stati costretti a ricorrere, si svilisse in una questione di mera legittimazione a proporre i motivi aggiunti.

Nel caso in esame, nel quale, la stazione appaltante ha violato tutte le prescrizioni in tema di comunicazione dell'aggiudicazione e in relazione al termine per consentire l'accesso, l'esercizio del diritto di difesa non poteva che realizzarsi, compiutamente, per la prima volta, solo con la proposizione dei motivi aggiunti, poiché, solo in quel momento il ricorrente è stato posto nelle condizioni di conoscere la documentazione necessaria a formalizzare concretamente le proprie censure.

Date le premesse, non può non convenirsi sull'evidenza che se fossero vere le tesi pure sostenute in giurisprudenza[23], si realizzerebbe un secondo illogico e incoerente paradosso giuridico per il quale, per impugnare "al buio", al solo fine di proporre i motivi aggiunti, il ricorrente avrebbe trenta giorni a disposizione; viceversa, quando finalmente entrato nella disponibilità dei documenti sui quali effettivamente fondare le proprie doglianze e quindi esercitare appieno il proprio diritto di difesa, i termini, nel silenzio del legislatore, si ridurrebbero a un terzo (dieci giorni) o alla metà (quindici giorni).

La C. cost. ha posto un punto fermo sulla *quaestio juris* evocata e lo ha fatto evidenziando come una siffatta interpretazione strida fortemente con i suoi stessi insegnamenti, da sempre volti ad assicurare l'effettività del diritto ad agire e a difendersi in giudizio.

Una tale piana lettura della norma non ha necessitato di alcuna forzatura ermeneutica che potesse ledere, nemmeno in teoria, il diritto di difesa, il quale resta completamente soddisfatto dal permanere dei trenta giorni, nella loro interezza, a disposizione del ricorrente, senza che la condotta strumentalmente ostruzionistica della S.A. si possa risolvere in un suo premiale vantaggio dato dalla straordinaria, quanto ingiustificata, riduzione dei termini a disposizione del ricorrente nel proporre l'unico strumento processuale superstite a sua disposizione idoneo a garantire la concreta ed effettiva realizzazione del diritto di difesa, visto che il ricorso è stato consumato solo per non prestare acquiescenza al provvedimento lesivo e a consentire la proposizione dei motivi aggiunti.

Si è avuto modo di anticipare come l'interpretazione della norma processuale offertaci, conforme alla volontà del legislatore e a quella del Costituente, eviti di far gravare sul ricorrente il rischio derivante dalla condotta omissiva altrui, nella fattispecie in esame della S.A., la colposa inerzia della quale si risolverebbe nel rendere il più difficoltoso possibile l'esercizio del diritto di difesa.

Già in altri casi, a prescindere dalla diversa tipicità delle singole fattispecie concrete sulle quali è intervenuta, la Corte ha da sempre ribadito che l'art. 24 Cost. deve esser interpretato quale presidio posto a garanzia del diritto di difesa finanche dall'inerzia dei terzi .[24]

23 Cons. St.,III, 6 marzo 2019, n. 1540; TAR Sicilia. II, 16 ottobre 2019, n. 2404, cit.

24 C. cost., 20/07/2021, n.157: "*che non possono «gravare sul richiedente le conseguenze del ritardo o delle difficoltà nell'acquisire la documentazione in parola, ciò che la renderebbe costituzionalmente illegittima in quanto*

In definitiva, l'interpretazione accolta dalla Corte si presenta ossequiosa del principio costituzionale laddove evita di far gravare sul ricorrente l'oggettiva impossibilità di esercitare il diritto di difesa nel termine normativamente previsto, come conseguenza di una altrui deliberata attività ostruzionistica volta a impedire, a chi non ha altra possibilità che soggiacere alla volontà della stazione appaltante di rispettare norme che pure esistono, l'effettività dell'accesso alla giustizia, con conseguente sacrificio del nucleo intangibile del diritto alla tutela giurisdizionale.

Del resto, come più volte evidenziato dalla stessa giurisprudenza della C. giust. U.E. e ripreso dalla più volte citata Ad. plen. n.12/20, le direttive ricorsi non hanno formalmente individuato un preciso momento a partire dal quale gli ordinamenti nazionali devono garantire la possibilità di proporre un ricorso contro le decisioni adottate dalle stazioni appaltanti; pertanto, gli Stati membri possono liberamente stabilire le modalità processuali per la contestazione delle decisioni adottate durante la procedura di gara, anche mediante la fissazione di termini decadenziali molto brevi, fermo restando che dette regole non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti dall'ordinamento interno ("principio di equivalenza"), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione ("principio di effettività") e un'ennesima dimidiazione non appare sostenibile perché premierebbe una condotta affatto leale e collaborativa che si concretizza nella ritardata ostensione della documentazione necessaria alla proposizione dell'azione.

irragionevolmente discriminatoria» (sentenza n. 9 del 2021). Gli stessi principi sono stati, del resto, affermati in materia di notifiche, là dove la Corte ha ritenuto «palesemente irragionevole, oltre che lesivo del diritto di difesa del notificante, che un effetto di decadenza possa discendere [...] dal ritardo nel compimento di un'attività riferibile non al medesimo notificante, ma a soggetti diversi [...] e che, perciò resta del tutto estranea alla sfera di disponibilità del primo» (sentenza n. 447 del 2002, che estende a tutte le notifiche quanto già previsto per le notifiche all'estero dalla sentenza n. 69 del 1994. Il principio generale è stato poi ripreso dalle sentenze n. 3 del 2010, n. 318 del 2009, n. 28 del 2004 e dalle ordinanze n. 154 del 2005, n. 118 del 2005 e n. 153, n. 132 e n. 97 del 2004"

LE ORDINANZE DI RIMOZIONE DEI RIFIUTI E RIPRISTINO DELLO STATO DEI LUOGHI *EX* ART. 192 DEL CODICE DELL'AMBIENTE NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA.

Gabriele Serra

Magistrato T.A.R. Calabria, Catanzaro

***Abstract*.** L'articolo affronta il tema delle ordinanze di rimozione dei rifiuti oggetto di abbandono o deposito incontrollati e di ripristino dei luoghi, di cui all'art. 192, comma 3 del Codice dell'Ambiente, nell'applicazione fattane dalla giurisprudenza amministrativa. Nella convinzione della rilevanza del formante giurisprudenziale nella materia ambientale, lo scritto si concentra sulle perduranti problematiche applicative della norma in esame nella giurisprudenza, che ancora spesso rivela contrasti e talvolta aporie, quali la competenza all'adozione del provvedimento, l'individuazione dei soggetti destinatari, i profili procedimentali e il rapporto con le ordinanze di necessità e urgenza, risultandone confermata l'importanza dell'interpretazione giurisprudenziale per una coerente applicazione delle norme del Codice dell'Ambiente.

Abstract. *The article deals with the issue of administrative orders to remove waste and restore the site where has been uncontrolled abandoned or deposited, as provided by Article 192, paragraph 3 of the Environmental Code, in the application made by administrative case law. Moving from the importance of case law in environmental matters, the paper focuses on the problems of application of the Article 192 in the case law, which still often reveals contrasts, such as the competence to adopt the measure, the identification of the addressees, the procedural profiles and the relationship with the generals orders of necessity and urgency, so that seems to be confirmed the importance of case law interpretation for a consistent application of the rules of the Environment Code.*

SOMMARIO: 1. Premessa. **2.** L'art. 192 del D.lgs. n. 152/2006 "Codice dell'Ambiente". Inquadramento normativo. **3.** La competenza all'emanazione dell'ordinanza *ex* art. 192, comma 3 Codice dell'Ambiente. **4.** I soggetti destinatari dell'ordinanza. La posizione del curatore fallimentare nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2021. **5.** Il procedimento, con particolare riferimento alla comunicazione d'avvio. **6.** Il rapporto con le ordinanze contingibili e urgenti del Sindaco *ex* art. 54, comma 4 del Testo Unico Enti Locali. **7.** Conclusioni.

1. Premessa.

È opinione tendenzialmente condivisa che i tratti fondamentali della tutela ambientale nel nostro ordinamento siano emersi nella giurisprudenza prima che nella legislazione[1].

Vieppiù, nel diritto ambientale, la giurisprudenza trainante è stata quella sovranazionale, in particolare della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha elaborato dapprima un sistema di principi e valori sulla cui base si è poi formato il diritto positivo[2].

Senza ripercorrere in questa sede l'evoluzione pretorile in tema e dando dunque per assodato il presupposto citato[3], non deve allora stupire che la pure raggiunta normazione a livello di diritto positivo, da ultimo con il D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 c.d. Codice dell'Ambiente, non abbia determinato un ridimensionamento del ruolo del formante giurisprudenziale nel diritto ambientale.

In questo ambito più che in altri, dunque, si impone all'interprete la conoscenza delle decisioni, dei suoi contrasti e delle sue aporie, al fine di individuare le risposte ai problemi che il diritto ambientale offre.

Quale cartina al tornasole, tra i tanti specifici ambiti di possibile indagine, il presente scritto analizza la giurisprudenza amministrativa in merito alla disciplina dettata dall'art. 192 del Codice dell'Ambiente, che disciplina il fenomeno dell'abbandono e del deposito incontrollato di rifiuti, con particolare riferimento ai soggetti (organo competente e destinatari), al procedimento e al rapporto con i poteri atipici, siccome non ancora oggetto di una consolidata interpretazione.

Attraverso un compiuto esame delle sentenze in tema, spesso contrastanti, emerge la decisività dell'applicazione pratica delle regole dettate dal Codice dell'Ambiente; contrasti giurisprudenziali che, come si vedrà, già risalenti nel tempo, continuano ad essere perpetrati nella giurisprudenza dei Tribunali Amministrativi Regionali e del Consiglio di Stato.

È doveroso peraltro precisare, prima di entrare in argomento, che nel presente lavoro non si procederà anche ad un compiuto esame della – affine, ma diversa – problematica inerente la disciplina di cui agli artt. 239 e ss. del Codice dell'Ambiente in tema di bonifica dei siti inquinati e dei soggetti tenuti a porla in essere[4].

1 Da ultimo sul tema V. G. MONTEDORO, *Codificazione e giurisprudenza nel diritto ambientale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

2 Cfr. R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in R. FERRARA (a cura di), *La tutela dell'ambiente*, Torino, 2006, p. 26.

3 Per un esame dell'evoluzione del diritto ambientale nel nostro ordinamento e dei principi rilevanti, v. F. SCARDINA, *La responsabilità per danno ambientale*, Tesi di dottorato, Università degli Studi di Palermo, a.a. 2011-2012, pp. 3-53; G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, V. ed., 2021; M. MICHETTI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, pp. 1895- 1935; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, n. 1-2/2012, pp. 61-84;

4 In tema v. A. RUSSO, *La responsabilità per la bonifica ambientale: profili comparatistici europei*, in *Federalismi.it*, n. 6/2018; P. DI GERONIMO, *Il principio "chi inquina paga" alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in AA. VV., *Diritto Amministrativo e società civile*, *Vol. 2 Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, 2019, pp. 675-689; M. RUSSO, *Chi inquina paga? La multiforme applicazione del principio nella giurisprudenza nazionale in tema di*

Ciò se non nei limiti in cui, talvolta criticabilmente, la giurisprudenza ha esteso affermazioni e principi propri di quel settore all'interpretazione dell'art. 192 in tema di abbandono e deposito di rifiuti (v. *infra* par. 4).

2. L'art. 192 del D.lgs. n. 152/2006 "Codice dell'Ambiente". Inquadramento normativo.

L'art. 192 del Codice dell'Ambiente riproduce, senza particolari modificazioni, il contenuto del previgente art. 14 del D.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 c.d. Decreto Ronchi[5].

Sotto il profilo oggettivo, la disciplina vigente vieta le condotte di abbandono e deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo (comma 1), nonché l'immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee (comma 2).

Il successivo comma 3 individua le sanzioni, amministrative e penali, che possono conseguire dalla violazione dei citati divieti, nonché i destinatari delle medesime sanzioni.

In apertura, la norma opera un rinvio alle sanzioni previsto dagli artt. 255 e 256 del Codice dell'Ambiente[6], laddove detta una disciplina specifica per ciò che concerne il potere dell'amministrazione di intervenire per la rimozione e il ripristino dello stato dei luoghi.

In tal senso, prevede che il Sindaco possa adottare una ordinanza di rimozione, di avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed di ripristino dello stato dei luoghi nei confronti del responsabile delle violazioni, nonché del proprietario e dei titolari di diritti reali o

ripartizione degli obblighi di risanamento ambientale, in *Riv. giur. edil*., 2017, 4, pp. 889 ss.; R. LEONARDI, *La responsabilità in tema di bonifica dei siti inquinati: dal criterio soggettivo del "chi inquina paga" al criterio oggettivo del "chi è proprietario paga"?*, in *Riv. giur. edil*., 2015, 1; G. ATZORI, *Chi (non) inquina, paga? La giurisprudenza più recente sugli obblighi del proprietario incolpevole*, in *Amb. e Svil*., 2015, pp. 557 e ss.; M. FERMEGLIA, *Chi inquina, ripara: imputazione della responsabilità per danno ambientale e risarcimento dopo la legge europea 2013*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 5, pp. 1591 ss.; F. GRASSI, *Bonifica ambientale di siti contaminati*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2018, pp. 424 ss.; R. AGNOLETTO, *I settori delle discipline ambientali*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Milano, 2014, pp. 443 ss.; S. GRASSI, *La bonifica dei siti contaminati*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Milano, 2014, pp. 687 ss.; R. INVERNIZZI, *Inquinamenti risalenti, ordini di bonifica e principio di legalità CEDU: tutto per l'"ambiente"?*, in *Urb. e app*., 2014, 8-9, pp. 967 ss.; L. COSTATO, F. PELLIZER, *Commentario breve al codice dell'ambiente: d. lgs. 3 aprile 2006 n. 152*, Padova, 2012, pp. 239-254; A. AMOROSO, *Nuovi rilievi sull'attività volta all'accertamento della responsabilità dell'inquinamento del sito*, in *Riv. giur. amb*., 2006, 6, pp. 318 ss.; F. GOISIS, *La natura dell'ordine di bonifica e ripristino ambientale ex art. 17 d. lgs. n. 22 del 1997: la sua retroattività e la posizione del proprietario non responsabile della contaminazione*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 2, pp. 567 ss.; R. LOMBARDI, *Il problema dell'individuazione dei soggetti coinvolti nell'attività di bonifica dei siti contaminati*, in P.M. VIPIANA PERPETUA (a cura di), *La bonifica dei siti inquinati: aspetti problematici*, Padova, 2002, pp. 111 ss..

5 Sul rapporto tra le due norme richiamate v. V. CINGANO, I *presupposti applicativi per l'adozione dell'ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti abbandonati e per il ripristino dello stato dei luoghi, ai sensi dell'articolo 192 del decreto legislativo n. 152 del 2006*, in *Riv. giur. amb.*, fasc. 3-4, pp. 465 e ss., che, nel richiamare la giurisprudenza penale intervenuta subito dopo l'entrata in vigore del Codice dell'Ambiente, conferma la continuità normativa tra le due fattispecie in successione.

6 Sulle conseguenze sanzionatorie di cui agli artt. 255 e 256 Codice dell'Ambiente, non oggetto del presente contributo, si v. L. RAMACCI, *L'abbandono di rifiuti tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Lexambiente.it*, fasc. 3/2021, pp. 55-65.

personali di godimento sull'area, «ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo».

A fronte di tale previsione normativa e prima di esaminare i profili maggiormente complessi e controversi in giurisprudenza citati in premessa, quanto alle condotte sanzionate dalla norma in discorso, vi è sostanziale unanimità di opinioni in merito ai concetti di abbandono e deposito incontrollati, nonché di immissione di rifiuti.

L'abbandono, la cui definizione è operata dalla giurisprudenza spesso in negativo rispetto al concetto di discarica, si caratterizza per l'occasionalità della condotta (laddove la discarica è connotata da abitualità) che può essere desunta da elementi indicativi concreti; il deposito incontrollato si realizza quando il deposito dei rifiuti è effettuato al di fuori delle ipotesi e senza rispettare le modalità espressamente previste dal Codice dell'Ambiente, che vengono individuate nel deposito temporaneo (art. 183, lett. bb) e 185-bis), nella messa in riserva (art. 183, lett. aa) che la indica tra le attività di stoccaggio) e nel deposito preliminare (art. 183, lett. aa) anch'esso compreso tra le attività di stoccaggio); l'immissione di rifiuti solidi o liquidi si realizza quando si verifichi un rilascio discontinuo e temporaneo di rifiuti nelle acque superficiali o sotterranee[7].

3. La competenza all'emanazione dell'ordinanza *ex* art. 192, comma 3 del Codice dell'Ambiente.

Così inquadrato l'istituto in esame, una prima problematica, sotto il versante soggettivo, ha riguardato la competenza all'adozione dell'ordinanza di cui al citato art. 192, comma 3 del Codice dell'Ambiente.

Tale problema interpretativo è peraltro figlio anche della successione normativa sopra richiamata dell'art. 14 del D.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 con l'art. 192 del Codice dell'Ambiente: entrambe le norme, in realtà, espressamente riferiscono, come visto, la competenza all'adozione dell'ordinanza di rimozione, avvio a recupero o allo smaltimento e ripristino dello stato dei luoghi, al Sindaco.

Tuttavia, i pur chiari dettati normativi, non hanno impedito l'emersione di un orientamento che, in chiave sistematica, ha escluso la competenza sindacale all'adozione del provvedimento, in favore di quella dirigenziale.

Detta impostazione, emersa già sotto la vigenza del citato art. 14, ha ritenuto che sul dato letterale dovesse prevalere il principio di separazione delle funzioni tra politica e amministrazione, sancita dapprima dall'art. 107 del D.lgs. n. 267/2000 e poi dall'art. 70, comma 6 del D.lgs. n. 165/2001, con conseguente attribuzione della competenza all'adozione dell'ordinanza *ex* art. 192, comma 3 cit. ai dirigenti.

7 Così L. RAMACCI, *op. ult. cit.*, pp. 48-50. Cfr. anche V. CINGANO, I *presupposti applicativi, op. cit.,* e giurisprudenza penale ivi richiamata.

In quest'ottica, le decisioni inscrivibili in questo filone interpretativo, in merito al previgente art. 14 del Decreto Ronchi, avevano rilevato come la norma non avesse natura eccezionale e pertanto non prevalesse su quelle emanate successivamente che avevano previsto il trasferimento delle competenze nell'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi dagli organi di natura politica, tra cui il Sindaco, ai dirigenti, specificando proprio che le norme che alla data di entrata in vigore del Testo Unico Enti Locali attribuivano la competenza «agli organi di cui al precedente Capo I, Titolo III (…) si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti». Unica eccezione era riferibile alle ordinanze contingibili e urgenti di cui agli artt. 50 e 54, comma 4 del T.U.E.L., rispetto alle quali però la giurisprudenza chiariva la diversa natura dall'ordinanza *ex* art. 14 cit[8].

La tesi in esame ha peraltro mantenuto seguito in parte della giurisprudenza anche dopo l'entrata in vigore del Codice dell'Ambiente, evidenziandosi la piena e completa continuità normativa tra l'art. 14 del D.lgs. n. 22/1997 e l'art. 192, comma 3 del Codice, in quanto meramente riproduttivo della norma precedente[9].

Tuttavia, altro e diverso orientamento, subito successivamente proprio all'entrata in vigore del disposto dell'art. 192, comma 3 cit., ha ritenuto di superare la tesi ora esposta, evidenziando che quest'ultima è norma speciale sopravvenuta rispetto all'art. 107, comma 5, del D.lgs. n. 267/2000 e attribuisce espressamente al Sindaco la competenza a disporre con ordinanza le operazioni necessarie alla rimozione ed allo smaltimento dei rifiuti previste dal comma 2, con conseguente sua prevalenza sul disposto dell'art. 107, comma del T.U.E.L., sulla base degli ordinari criteri preposti alla soluzione delle antinomie normative (criterio della specialità e criterio cronologico)[10].

La tesi in discorso, che la dottrina al tempo aveva definito ormai consolidata, ritenendo perciò superato il profilo problematico[11], è in effetti stata a più riprese ribadita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha recentemente affermato che «se, infatti: - il codice dell'Ambiente, alla Parte Quarta, riproduce nella sostanza, salvo adattamenti e integrazioni per coordinamento con normative sopraggiunte, il decreto Ronchi, di cui dispone conseguentemente l'abrogazione; - e, in particolare, l'art. 192 riproduce l'art. 14 del decreto Ronchi pressoché testualmente, ribadendo la competenza del Sindaco a emanare l'ordinanza per la rimozione dei rifiuti; deve ribadirsi (…) che la volontà del legislatore

8 Cfr. T.A.R. Basilicata, 23 maggio 2007, n. 457; T.A.R. Veneto, Sez. III, 29 marzo 2006, n. 1010; T.A.R. Sardegna, Sez. II, 24 gennaio 2005, n. 104; T.A.R. Molise, 25 novembre 2004, n. 729; T.A.R. Basilicata, 18 settembre 2003, n. 878; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 12 giugno 2003, n. 7532; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 8 maggio 2002, n. 1152; T.A.R. Lombardia, Brescia, 25 settembre 2001, n. 792; T.A.R. Veneto, Sez. III, 24 gennaio 2006, n. 130, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

9 Cfr. Cons. Stato sez. V, 12 giugno 2009, n. 3765, in *Dir. e giur. agr.*, 2010, 3, p. 210; più recentemente T.A.R. Sardegna, Sez. II, 8 febbraio 2018, n. 85; T.A.R. Liguria, Sez. I, 5 giugno 2014, n. 876; T.A.R. Campania, Napoli, 10 febbraio 2012, n. 730, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

10 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4061, in *www.dirittoambiente.com*, con nota di D. VALENTINI, *Le ordinanze di rimozione dei rifiuti abbandonati e ripristino dello stato dei luoghi emesse ai sensi dell'art. 192 D.Lgs. 152/2006: a chi compete la firma dell'ordinanza*.

11 Cfr. V. CINGANO, I *presupposti applicativi*, *op. cit.*

vada ricostruita nel senso di affermare la competenza del Sindaco ad emanare le ordinanze in materia di rimozione di rifiuti, *ex* art. 14 del D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (decreto Ronchi), anche successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.) e fino all'entrata in vigore del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (codice ambientale), che ha ribadito tale competenza»[12].

Ciò nonostante, deve invece rilevarsi come altra più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato abbia nuovamente sostenuto la tesi della competenza in capo al dirigente nell'adozione dell'ordinanza *ex* art. 192, comma 3, riprendendo le argomentazioni sostenute dalla prima delle tesi qui esposte, ed evidenziando che «essendo l'art. 192 del decreto legislativo n. 152/2006 (cosiddetto codice dell'ambiente) sostanzialmente riproduttivo dell'art. 14 del decreto legislativo n. 22/1997 e soprattutto considerato che l'art. 107 del decreto legislativo n. 267/2000 (che attribuisce alla dirigenza il potere di emanare tutti i provvedimenti dell'ente locale salvo quelli attinenti alle funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo), in base all'art. 1, comma 4, del medesimo decreto è norma di generale applicazione a tutti i provvedimenti nominati nell'ordinamento (a prescindere dalla loro entrata in vigore), salve espresse deroghe («*le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni*»), il dirigente può adottare un'ordinanza di cui all'art. 192, comma 3, del decreto legislativo n. 152/2006, trattandosi di un atto di gestione ordinaria. (…)»[13].

Il contrasto non sembra dunque ancora sopito, seppure la tesi della competenza sindacale appaia maggioritaria e suffragata dai migliori criteri ermeneutici, in quanto tanto il profilo letterale, quanto quello storico inducono ad affermare la competenza del Sindaco nell'adozione del provvedimento, nonché quelli di risoluzione delle antinomie richiamati, quali il criterio di specialità e, ormai, anche quello cronologico.

---

12 Cons. Stato, Sez. II, 19 ottobre 2020, n. 6294; nello stesso senso Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2019, n. 1684, che ha specificato che l'incompetenza del "Responsabile del settore" sussiste anche in caso di delega a suo favore adottata dal dirigente del settore; Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 2019, n. 4781; Cons. Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2019, n. 509; Cons. Stato, Sez. IV, 12 aprile 2018, n. 2195; Cons. Stato, Sez. II, 24 ottobre 2019, n. 7239, per cui «la competenza del Sindaco ad emanare le ordinanze in materia di rimozione di rifiuti, ex art. 14 d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, anche successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. Enti locali) e fino all'entrata in vigore del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente), che ha ribadito tale competenza (Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4230)"; Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2017 n. 4449; Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2013 n. 4773, nella quale viene affermato che «l'art. 14 del decreto Ronchi conferma la corretta individuazione nell'organo di vertice dell'amministrazione comunale quale soggetto competente ad adottare il provvedimento impugnato», nonché Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2021, n. 2171, tutte reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*.

13 Cons. Stato, Sez. II, 27 ottobre 2021, n. 7189, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che aggiunge che «il mutato quadro costituzionale recato dalla legge costituzionale n. 3/2001 non impinge sull'applicazione generalizzata del principio di ripartizione delle competenze tra organi politici e organi dirigenziali (a cui sono attribuite tendenzialmente tutte le competenze di gestione), che travalica anche l'ordinamento degli enti locali, essendo uno schema valevole per tutte le amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 4 del decreto legislativo n. 165/2001. Ad ogni modo, anche a prescindere dalla disposizione di cui all'art. 1, comma 4, del decreto legislativo n. 267/2000, l'art. 107 del medesimo decreto depone già di per sé, in base al suo tenore letterale, per una sua applicazione generalizzata indifferente, in assenza di deroghe espresse, al profilo temporale di introduzione normativa di un potere dell'ente locale».

4. I soggetti destinatari dell'ordinanza. La posizione del curatore fallimentare nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2021.

Sempre sul versante soggettivo, ma sul piano passivo, la giurisprudenza si è particolarmente affaticata in ordine all'individuazione dei presupposti in presenza dei quali il proprietario dell'area su cui insista l'abbandono o il deposito incontrollati di rifiuti risponda in solido col responsabile; come visto in apertura infatti, l'art. 192, comma 3 del Codice dell'Ambiente richiede l'accertamento del requisito soggettivo del dolo o della colpa.

In linea generale dunque, la giurisprudenza amministrativa richiede un serio accertamento della responsabilità del proprietario, ancorché questo possa essere fondato su presunzioni e nei limiti dell'esigibilità, dovendosi escludere, anche alla luce del diritto europeo, la configurabilità di una responsabilità da posizione o oggettiva[14].

Peraltro, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, spesso richiamata anche dalla giurisprudenza amministrativa, descrive la posizione del proprietario colpevole nel senso che «le esigenze di tutela ambientale sottese alla norma citata rendono evidente che il riferimento a chi è titolare di diritti reali o personali di godimento va inteso in senso lato, essendo destinato a comprendere qualunque soggetto si trovi con l'area interessata in un rapporto, anche di mero fatto, tale da consentirgli - e per ciò stesso imporgli - di esercitare una funzione di protezione e custodia finalizzata ad evitare che l'area medesima possa essere adibita a discarica abusiva di rifiuti nocivi per la salvaguardia dell'ambiente; per altro verso, il requisito della colpa postulato" dall'art. 192, comma 3 del d.lgs. n. 152 del 2016 ben può consistere proprio nell'omissione degli accorgimenti e delle cautele che l'ordinaria diligenza suggerisce per realizzare un'efficace custodia e protezione dell'area, così impedendo che possano essere in essa indebitamente depositati rifiuti nocivi»[15].

Applicando tali coordinate ermeneutiche, recente giurisprudenza amministrativa ha, ad esempio, valorizzato quali indici concreti della colpa del proprietario, per omessa adozione delle cautele per custodia e protezione richieste dalla diligenza ordinaria, la non ampiezza eccessiva della proprietà da proteggere, l'oggettiva presenza di varchi nel perimetro, la conoscenza/consapevolezza protratta per anni del deposito incontrollato di rifiuti da parte di estranei senza che fosse esperita alcuna iniziativa volta a riprendere pieno possesso dell'edificio e/o ad impedire la protrazione dell'illecito abbandono di rifiuti[16].

14 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 7 giugno 2018, n. 3430, in *www.giustizia-amministrativa.it*

15 Cass. Civ., Sez. III, 9 luglio 2020, n. 14612, in *Giust. Civ. Mass. 2020*, che richiama Cass. Civ., S.U., 25 febbraio 2009, n. 4472, in *Riv. dir. agr.* 2009, 2, II, p. 125 con nota di A. JANNARELLI, *L'articolazione delle responsabilità nell'"abbandono dei rifiuti": a proposito della disciplina giuridica dei rifiuti come non-beni sia in concreto sia in chiave prospettica* e Cass. Civ., Sez. III, 22 marzo 2011, n. 6525, in *Diritto e Giustizia*, con commento di D. PALOMBELLA, *Il proprietario risponde per l'abbandono dei rifiuti sul fondo*.

16 Cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. III, 11 marzo 2021, n. 635, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

In merito agli strumenti di protezione dell'area che il proprietario deve adottare per scongiurare il pericolo di abbandono, da parte di terzi, di rifiuti sull'area, la giurisprudenza ha però escluso che l'omessa recinzione del suolo costituisca, *ex se*, un indice di negligenza nella vigilanza sul fondo da parte del proprietario, essendo oltre tutto le recinzioni scarsamente dissuasive in determinati contesti, argomentando altresì come, ai sensi dell'art. 841 c.c., la recinzione dell'area costituisca una facoltà del proprietario, la cui scelta di non avvalersene non può costituire di per sé fatto colposo ovvero la scelta di implementarla onere ai sensi dell'ordinaria diligenza. Nello stesso senso, si esclude che costituisca onere da assolvere l'implementazione di un sistema di video-sorveglianza, stanti gli alti costi di acquisto e manutenzione, nonché, in presenza di una illecita occupazione, non costituisce onere del proprietario la dimostrazione di aver proposto azione possessoria davanti al giudice civile, essendo sufficiente, al contrario, che egli segnali all'autorità amministrativa l'occupazione da parte dei terzi[17].

Dunque una responsabilità di natura omissiva è senz'altro configurabile in capo al proprietario, per quanto la stessa, come ben argomentato dalla migliore giurisprudenza del Consiglio di Stato, richieda una rigorosa attività per l'identificazione del responsabile dell'inquinamento, nonché in merito all'accertamento del nesso di causalità tra il comportamento del responsabile e l'evento, che presuppone un'adeguata istruttoria, non essendo configurabile, come detto, una sorta di responsabilità oggettiva del proprietario[18]; applicando tali assunti, la giurisprudenza di primo grado ha, ad esempio, recentemente affermato l'illegittimità del provvedimento comunale in quanto era rimasta indimostrata la responsabilità del proprietario poiché i fatti indicati nel provvedimento risalivano a data antecedente l'acquisto della proprietà da parte del ricorrente e per lungo tempo la nuova proprietà non ha avuto la disponibilità dell'area, essendo stata sottoposta a sequestro penale[19].

Anche recentemente poi, il Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire l'affermazione di responsabilità del gestore di tratti stradali interessati dal fenomeno dell'abbandono dei rifiuti, che si fonda su oneri di vigilanza stringenti stante la pluralità di interessi pubblici coinvolti e relativi alla sicurezza della circolazione, integrando, tra i parametri normativi specificamente rilevanti ai fini della valutazione del requisito della diligenza, quello di cui all'art. 14 del D.lgs. 30 aprile 1992 n. 285 c.d. Codice della Strada, a mente del quale i proprietari o i concessionari delle strade provvedono alla loro manutenzione e pulizia; con la conseguenza che «tale norma integra una previsione normativa chiara nell'incentrare sul gestore del servizio stradale tutte le competenze relative alla corretta manutenzione, pulizia e gestione del tratto stradale, con le annesse pertinenze, potendo costituire pertanto

17 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2020, n. 7657; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 3 marzo 2020, n. 495, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
18 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2021, n. 172, in *www.giustizia-amministrativa.it.*
19 Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 28 gennaio 2021, n. 122, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

il parametro normativo per l'individuazione del profilo della colpa ai fini dell'art. 192 cit.»[20].

Così ricostruito il quadro giurisprudenziale in merito ai presupposti per l'affermazione di responsabilità in capo al proprietario dell'area, recentemente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha esaminato la problematica inerente alla possibilità di affermare che gli obblighi di rimozione dei rifiuti e ripristino dell'area, che gravavano su una società fallita, possano essere ritenuti perduranti in capo al curatore fallimentare che ne abbia la giuridica disponibilità.

La Adunanza Plenaria, con la decisione 26 gennaio 2021 n. 3[21], ha affermato che «ricade sulla curatela fallimentare l'onere di ripristino e di smaltimento dei rifiuti di cui all'art. 192 d.lgs. n. 152-2006 e i relativi costi gravano sulla massa fallimentare», pur escludendo che si verifichi un fenomeno successorio tra il fallito e il curatore.

In primo luogo, la Plenaria motiva sulla scorta della posizione del curatore quale «detentore acquisita dal curatore fallimentare non in riferimento ai rifiuti (che sotto il profilo economico a seconda dei casi talvolta si possono considerare 'beni negativi'), ma in virtù della detenzione del bene immobile inquinato (normalmente un fondo già di proprietà dell'imprenditore) su cui i rifiuti insistono e che, per esigenze di tutela ambientale e di rispetto della normativa nazionale e comunitaria, devono essere smaltiti)».

A tale prima affermazione, la Plenaria aggiunge poi che tale conclusione sarebbe conforme alla disciplina eurounitaria, nella quale si ha la sola contrapposizione tra produttore del rifiuto e detentore dello stesso, essendo quest'ultimo il soggetto che sia in possesso dei beni immobili su cui i rifiuti si trovano, e ritenendo perciò «sufficiente la sussistenza di un rapporto gestorio, inteso come 'amministrazione del patrimonio altrui', ciò che certamente caratterizza l'attività del curatore fallimentare con riferimento ai beni oggetto della procedura», perché il curatore fallimentare possa essere destinatario di una ordinanza *ex* art. 192, comma 3 del Codice dell'Ambiente.

Ciò anche perché, prosegue la Plenaria, il detentore dei rifiuti non potrebbe avvalersi della – così definita – esimente interna di cui all'art. 192, comma 3, *i.e.* la necessità della sussistenza del requisito della colpa in capo al proprietario dell'area, e ciò anche quando il curatore non prosegua l'attività imprenditoriale.

Infine, pur avendo inizialmente chiarito che la fattispecie in esame è differente da quella esaminata dall'Adunanza Plenaria n. 10/2019[22], contraddittoriamente e confondendo gli

20 Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2021, n. 2171, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

21 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 26 gennaio 2021, n. 3, in *Foro it.*, 2021, 5, III, p. 294, nonché in *IlFallimentarista.it*, 23 marzo 2021, con nota di P. PIZZA, *Le regole per attribuire al curatore la qualifica di "detentore dei rifiuti" e per addossare i connessi oneri economici alla massa fallimentare*. Per una disamina degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema v. V. VISONE, *Il Consiglio di Stato sull'abbandono dei rifiuti della società fallita e gli obblighi del curatore*, in *Cammino Diritto*, n. 6/2021, in part. pp. 10-15.

22 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 23 ottobre 2019, n. 10, in *Riv. giur. edil.*, fasc.6, 2019, p. 1548, con nota di R. LEONARDI, *L'oggettivizzazione della responsabilità in tema di bonifiche ambientali e l'affermazione dell'ambiente come bene inviolabile*. L'Adunanza Plenaria n. 3/2021 afferma infatti espressamente: «Sempre in via preliminare va evidenziato che, per risolvere la questione in esame, non appare pertinente il richiamo al principio di diritto enunciato dalla sentenza di questa Adunanza plenaria n. 10 del 2019, che ha riguardato una ben diversa fattispecie, in cui vi era

istituti, la sentenza n. 3/2021 richiama i principi affermati in tema di bonifica dei suoli inquinati, le norme di cui agli artt. 239 e ss. del Codice dell'Ambiente e l'assenza di matrice sanzionatoria in esse contenuta, con la conseguente affermazione di responsabilità oggettiva pur se non di posizione; conclude perciò, con riferimento alla fattispecie esaminata, che «la responsabilità della curatela fallimentare - nell'eseguire la bonifica dei terreni di cui acquisisce la detenzione per effetto dell'inventario fallimentare dei beni (come è già stato messo in luce), *ex* artt. 87 e ss. L.F. - può analogamente prescindere dall'accertamento dell'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta e il danno constatato».

Ora, senza pretese di completezza di commento, la sentenza in esame, come forse già emerge dai punti motivazionali su cui si fonda, si pone in evidente contrasto con i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di soggetti destinatari dell'ordinanza di cui all'art. 192, comma 3 che finora si sono tratteggiati.

In primo luogo, per vero, il conflitto emerge plasticamente dalla ripetuta affermazione del titolo di responsabilità in capo al curatore fallimentare quale detentore dell'area su cui si trovano i rifiuti e richiamando la sua posizione gestoria.

A tal fine, si deve rilevare, in senso contrario, che la situazione di mera detenzione non assume rilevanza ai sensi dell'art. 192 del Codice dell'Ambiente e, di riflesso, il detentore non può essere destinatario dell'ordinanza di ripristino di cui al comma 3.

Ciò si desume da quanto previsto dall'art. 188 del Codice dell'Ambiente, che prescrive a carico del produttore o del detentore dei rifiuti obblighi di gestione relativi al trattamento degli stessi in via diretta o mediata[23].

---

stata la successione di un 'distinto soggetto giuridico' a quello su cui precedentemente gravava l'onere della bonifica, con l'affermazione del principio per cui l'acquirente del bene – anche nel caso di fusione per incorporazione – subentra negli obblighi gravanti sul precedente titolare. Nel caso in esame, come si è detto, non si verifica un fenomeno successorio».

23 Prescrive infatti l'art. 188 del Codice dell'Ambiente: «1. Il produttore iniziale, o altro detentore, di rifiuti provvede al loro trattamento direttamente ovvero mediante l'affidamento ad intermediario, o ad un commerciante o alla loro consegna a un ente o impresa che effettua le operazioni di trattamento dei rifiuti, o ad un soggetto addetto alla raccolta o al trasporto dei rifiuti, pubblico o privato, nel rispetto della Parte IV del presente decreto.

2. Gli enti o le imprese che provvedono alla raccolta o al trasporto dei rifiuti a titolo professionale sono tenuti all'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali di cui all'articolo 212 e conferiscono i rifiuti raccolti e trasportati agli impianti autorizzati alla gestione dei rifiuti o a un centro di raccolta.

3. I costi della gestione dei rifiuti sono sostenuti dal produttore iniziale dei rifiuti nonché dai detentori che si succedono a vario titolo nelle fasi del ciclo di gestione.

4. La consegna dei rifiuti, ai fini del trattamento, dal produttore iniziale o dal detentore ad uno dei soggetti di cui al comma 1, non costituisce esclusione automatica della responsabilità rispetto alle operazioni di effettivo recupero o smaltimento. Al di fuori dei casi di concorso di persone nel fatto illecito e di quanto previsto dal regolamento (CE) n. 1013/2006, la responsabilità del produttore o del detentore per il recupero o smaltimento dei rifiuti è esclusa nei seguenti casi:

a) conferimento dei rifiuti al servizio pubblico di raccolta;

b) conferimento dei rifiuti a soggetti autorizzati alle attività di recupero o di smaltimento a condizione che il detentore abbia ricevuto il formulario di cui all'articolo 193 controfirmato e datato in arrivo dal destinatario entro tre mesi dalla data di conferimento dei rifiuti al trasportatore ovvero che alla scadenza di detto termine il produttore o detentore abbia provveduto a dare comunicazione alle autorità competenti della mancata ricezione del formulario. Per le spedizioni transfrontaliere di rifiuti, con riferimento ai documenti previsti dal regolamento (CE) n. 1013/2006, tale termine è elevato a sei mesi e la comunicazione è effettuata alla Regione o alla Provincia autonoma.

Ed infatti, la più accorta giurisprudenza amministrativa, ha rilevato che la condotta di presa in carico di un'area sulla quale insista un abbandono incontrollato di rifiuti alla cessazione di un contratto di affitto d'azienda da parte del proprietario non colpevole dell'abbandono, non integra condotta rilevante ai sensi dell'art. 192, comma 3 del Codice dell'Ambiente, bensì una condotta di detenzione dei rifiuti e, perciò, una attività di gestione di rifiuti non autorizzata, rilevante ai sensi dell'art. 188 cit., con conseguente illegittimità del provvedimento comunale adottato quale ordinanza di rimozione e ripristino dello stato dei luoghi, e non al fine di compulsare l'obbligo del detentore al trattamento, diretto o mediato, dei rifiuti stessi[24].

Le affermazioni della Plenaria dunque non possono essere condivise, scontrandosi con la distinzione tra obblighi gravanti sul detentore ai sensi dell'art. 188 del Codice dell'Ambiente, *i.e.* il trattamento dei rifiuti, rispetto a quelli di rimozione e ripristino dei luoghi propri del proprietario – colpevole – dell'area su cui i rifiuti sono abbandonati *ex* art. 192 del Codice dell'Ambiente.

Sotto questo profilo, ed anche con riferimento alla giurisprudenza enucleata in punto di accertamento dell'elemento soggettivo, la Plenaria costruisce poi il requisito dell'accertamento della colpa come una causa di esclusione della responsabilità e ne afferma l'inapplicabilità al detentore.

Escluso intanto che la posizione di mero detentore possa in alcun modo assumere rilevanza ai sensi dell'art. 192 del Codice dell'Ambiente, non pare corretto qualificare il prescritto requisito della colpa in capo al proprietario come una circostanza che esclude la responsabilità; essa invece, nel sistema, risulta un presupposto per l'affermazione della responsabilità del proprietario che lo espone alla possibilità di essere destinatario dell'ordinanza *ex* art. 192, comma 3 del Codice dell'Ambiente.

Ed infatti, come emerge chiaramente anche dalla giurisprudenza amministrativa consolidata e che si è sin qui richiamata, la responsabilità per abbandono dei rifiuti non è una responsabilità oggettiva o per colpa presunta, bensì una vera e propria responsabilità colpevole[25]; con la rilevantissima conseguenza che la prova in ordine alla colpa del proprietario in merito all'abbandono dei rifiuti deve essere offerta dall'amministrazione e deve essere fondata su accertamenti di fatto, in contraddittorio con l'interessato, che

5. Nel caso di conferimento di rifiuti a soggetti autorizzati alle operazioni intermedie di smaltimento, quali il raggruppamento, il ricondizionamento e il deposito preliminare di cui ai punti D13, D14, D15 dell'allegato B alla parte quarta del presente decreto, la responsabilità per il corretto smaltimento dei rifiuti è attribuita al soggetto che effettua dette operazioni. La disposizione di cui al presente comma si applica sino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 188-bis, comma 1, in cui sono definite, altresì, le modalità per la verifica ed invio della comunicazione dell'avvenuto smaltimento dei rifiuti, nonché le responsabilità da attribuire all'intermediario dei rifiuti».

24 Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 9 maggio 2020, n. 777, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

25 Sul tema civilistico delle diverse forme della responsabilità si v., almeno, M. FRANZONI, *La regola della colpa e le ipotesi di responsabilità senza colpa*, par. 1, Sez. I, cap. IV, vol. I, L'illecito, in M. FRANZONI, *Trattato della Responsabilità civile*, Milano, 2010, p. 395 e ss.; C. DITONNO, *La responsabilità per colpa nell'illecito aquiliano e gli elementi di esenzione dalla responsabilità*, par. 1, Sez. II, cap. IX, vol. I, in P. CENDON, *Responsabilità Civile*, Milano, 2017, pp. 256-263.

risultino da una congrua motivazione del provvedimento, pena la sua illegittimità e l'annullamento dello stesso in sede giurisdizionale.

Aderendo alla tesi della Plenaria, l'amministrazione sarebbe sempre legittimata ad imporre l'ordine di rimozione e ripristino dello stato dei luoghi al proprietario in quanto tale, salvo che quest'ultimo non sia in grado di dimostrare l'assenza dell'elemento soggettivo; che tale sia la posizione della Plenaria, assolutamente criticabile, emerge anche dall'inciso motivazionale per cui gli obblighi di cui all'art. 192, comma 3 gravano sul responsabile e sul proprietario, in solido, «a condizione che la violazione sia ad almeno uno di essi imputabile secondo gli ordinari titoli di responsabilità, anche per condotta omissiva, colposa nei limiti della esigibilità, o dolosa».

Tale affermazione è gravemente contraddittoria con il dato normativo letterale, che al contrario richiede l'accertamento della colpa non già indifferentemente in capo al responsabile o al proprietario perché entrambi ne rispondano in solido, bensì afferma che la responsabilità solidale del proprietario sussiste solo laddove in capo a questi possa riconoscersi il requisito della colpa.

Peraltro, la confusione tra gli istituti che pare rinvenibile nella decisione dell'Adunanza Plenaria, si ravvisa anche nell'ultimo passaggio motivazionale su richiamato, nel quale infatti, per affermare logiche proprie della disciplina sulla bonifica, che viene erroneamente utilizzato come termine fungibile a quello della rimozione dei rifiuti e ripristino dei luoghi[26], rinnega la natura sanzionatoria dell'ordinanza *ex* art. 192, comma 3 del Codice dell'Ambiente, in aperto contrasto con la granitica ricostruzione dell'istituto in esame, che poggia proprio sulla possibilità che i destinatari di essa siano soltanto i soggetti cui sia soggettivamente, per dolo o colpa, anche omissiva, imputabile la violazione (v. anche *infra* par. 6).

Ora, calando tali considerazioni in relazione al curatore fallimentare, la sua posizione, stante l'esplicita affermazione della Plenaria per cui non si verifica un vicenda successoria con il fallito, è equiparabile a quella che abbiamo visto essere stata oggetto di esame della giurisprudenza relativa ai proprietari di un'area sopravvenuti rispetto al momento, certo, di abbandono dei rifiuti, il che esclude che gli stessi possano essere stati colpevolmente, anche solo in via omissiva, responsabili dell'abbandono.

Come visto, al più, la posizione del curatore fallimentare, siccome inserito nell'amministrazione dei beni del fallito, potrà essere quella del detentore di rifiuti *ex* art. 188 del Codice dell'Ambiente, che dovrà avviarli al trattamento con i relativi oneri economici a carico della massa fallimentare.

26 Le discipline previste dall'art. 192 e dagli artt. 239 e ss. del Codice dell'Ambiente rispondono invece a presupposti ben diversi. Come rilevato da Cons. Stato, Sez. V, 26 novembre 2013, n. 5609, in *Ragiusan 2014*, 361-362, p. 131, «l'assenza di materiale inquinante è circostanza del tutto ininfluente ai fini dell'emanazione dell'ordine di rimozione di rifiuti ai sensi dell'art. 192 t.u. ambientale. Quest'ultimo risulta infatti legittimamente emanato al ricorrere del presupposto consistente nell'esistenza di un deposito incontrollato di rifiuti, a prescindere dalla loro potenzialità inquinante. Tale ulteriore presupposto fonda infatti il diverso provvedimento consistente nell'ordine di bonifica dei terreni contaminati ex artt. 244 e 245 d.lgs. n. 152/2006».

Tale soluzione peraltro appare a chi scrive anche idonea a soddisfare quella che sembra essere, a ben vedere, la *ratio* fondante la decisione della Plenaria, *i.e.* la preoccupazione che i costi della "bonifica" (*rectius*: del deposito di rifiuti) ricadano sulla collettività incolpevole, dovendo invece gravare, siccome esternalità negative, «sulla massa dei creditori dell'imprenditore stesso che, per contro, beneficiano degli effetti dell'ufficio fallimentare della curatela in termini di ripartizione degli eventuali utili del fallimento»[27].

5. Il procedimento, con particolare riferimento alla comunicazione d'avvio.

Passando dal piano soggettivo a quello procedimentale, come visto, l'ordinanza deve essere adottata «in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo".

La norma dunque specifica la necessità di un pieno contraddittorio endoprocedimentale con il responsabile dell'abbandono o del deposito e, eventualmente, col proprietario colpevole dell'area; tale espressa previsione ha condotto la giurisprudenza ad affermare la necessità che l'amministrazione procedente comunichi l'avvio del procedimento ai destinatari.

In tal senso infatti, si è rilevato che la necessità della previa comunicazione d'avvio è funzionale alla partecipazione dell'interessato, nell'ottica della possibilità di questi di dimostrare l'assenza del requisito soggettivo di imputabilità della condotta richiesto dalla norma, fornendo elementi istruttori in merito alle effettive responsabilità[28].

Tale piena valorizzazione del contraddittorio procedimentale, ha, ad esempio, condotto la giurisprudenza ad escludere l'equipollenza di un eventuale sopralluogo congiunto sull'area con il privato precedente all'adozione del provvedimento, applicando rigorosamente l'istituto della comunicazione d'avvio, e rilevando perciò, in tal caso, l'assenza, sotto il profilo formale, delle indicazioni previste obbligatoriamente dall'art. 7 Legge 7 agosto 1990 n. 241 e, sotto il profilo sostanziale, non manifestandosi affatto, in esso, l'intento dell'Amministrazione di procedere autoritativamente all'ordine di rimozione dei

27 Che tale sia la ragione di fondo della decisione è opinione del resto condivisa anche da G. GABASSI, *Gli obblighi ambientali del curatore fallimentare. Note a margine di C. Stato 3/2021*, in *Diritto della Crisi*, 14 aprile 2021, ove si afferma che «è evidente che l'addossare la responsabilità e i costi delle attività di rimozione o ripristino alla curatela fallimentare dell'impresa produttrice comporta necessariamente la traslazione di quei medesimi costi sul ceto creditorio ed è proprio su questa conseguenza che si instaura una delle più concrete differenze tra l'orientamento ora accolto dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria e quello opposto: per il primo in tal modo si applica effettivamente il *Polluter Pays Principle*, per il secondo si ha invece una violazione di tale principio, perché il costo è ribaltato non su chi ha posto in essere la condotta inquinante, ma su terzi "incolpevoli" che nessuna influenza avevano o potevano avere sulla gestione dell'impresa». La medesima dottrina, alla quale si rinvia anche per i profili più strettamente di diritto fallimentare, ha peraltro evidenziato come la *ratio* sarebbe comunque potuta essere soddisfatta, come riteneva la sentenza di primo grado nella vicenda (T.A.R. Veneto, 19 giugno 2019, n. 774), "poiché in mancanza di altri soggetti obbligati ai sensi dell'art. 192, D.Lgs. n. 152 del 2006, gli obblighi di rimozione ed avvio al recupero sono posti in capo al Comune, che potrà rivalersi delle spese sostenute insinuandosi nel passivo fallimentare».

28 Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 8 gennaio 2020, n. 15, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

rifiuti medesimi[29]; del pari, si è esclusa la fungibilità della comunicazione d'avvio del procedimento con un mero scambio epistolare tra il Comune e l'eventuale responsabile o proprietario dell'area interessata dall'abbandono[30].

Valorizzando il dato normativo speciale, ulteriore rispetto alla generale previsione di cui all'art. 7 della l. 241/1990, in giurisprudenza si è altresì sottolineato che la necessità, nella specifica materia ambientale, dell'accertamento in contraddittorio della condizione dei luoghi, prospettato dalla normativa ambientale come specifico dovere dell'amministrazione, si aggiunge al generale dovere di comunicare l'avvio del procedimento, postulando la necessità che al soggetto nei cui confronti l'ordine di rimozione dei rifiuti deve essere rivolto - sia esso il soggetto ritenuto responsabile dell'abbandono ovvero il proprietario dell'area cui l'abbandono sia imputabile a titolo di dolo o colpa - sia data la possibilità di partecipare attivamente alla stessa istruttoria amministrativa e ai sopralluoghi volti ad accertare la prospettata situazione di abbandono di rifiuti, oltre che, più in generale, lo stato dei luoghi[31].

Ciò nonostante, i giudici consentono egualmente l'ingresso del principio generale, espressamente positivizzato nell'art. 7, comma 1, l. 241/1990, per cui in presenza di particolari ragioni di urgenza del procedimento, l'adempimento della comunicazione d'avvio possa essere omesso; rispetto però a tale eventualità, le decisioni in merito assumono un atteggiamento particolarmente rigoroso.

In tal senso, anche richiamandosi alla giurisprudenza emersa in materia di ordinanze contingibili e urgenti – in ciò già mostrando i problematici profili di contatto tra i due istituti (su cui v. *infra* par. 6) – le sentenze evidenziano che deve trattarsi di «un'urgenza qualificata che, in relazione alle circostanze del caso concreto, deve essere espressamente esplicitata in motivazione, attesa l'intrinseca conflittualità tra le ragioni pubbliche, di tutela immediata della pubblica incolumità, e le esigenze del privato di partecipazione per una verifica in contraddittorio sia sull'effettiva legittimazione passiva, sia essa correlata al titolo di proprietà o meno, in capo ai possibili destinatari dell'atto sia, in caso di esito positivo, in ordine all'individuazione della migliore soluzione tecnico - logistica per la rimozione dei rifiuti depositati nell'area e, in definitiva, per la sua messa in sicurezza»[32].

Peraltro, ancorché senza offrire un compiuto supporto motivazionale in merito, in giurisprudenza si è affermata l'inapplicabilità dell'art. 21 *octies* l. 241/1990 all'omessa comunicazione di avvio del procedimento di adozione dell'ordinanza *ex* art. 192, comma 3 del Codice dell'Ambiente, ancorchè limitandosi a richiamare le intenzioni del legislatore ambientale circa il rafforzamento e promozione delle esigenze di un'effettiva partecipazione *in subiecta materia*[33].

29 Cfr. ancora T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, n. 15/2020, *cit*.
30 Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 28/05/2019, n. 497, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
31 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, ord., 12 maggio 2017, n. 2000, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
32 T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 7 aprile 2021, n. 2300, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
33 Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 7 gennaio 2020, n. 4, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Sotto questo profilo, potrebbe invero evidenziarsi, quale *ratio* fondante l'inapplicabilità della sanatoria di cui all'art. 21 *octies* cit., che la norma in discorso non può prescindere, oggi, da una sua lettura integrata con i principi fondamentali, tra cui quello del contraddittorio, che governano l'attività amministrativa.

Sicché, più che una esclusione aprioristica della norma in discorso, che sarebbe del tutto priva di supporto normativo, dovrebbe valorizzarsi, al contrario in ottica di esame del caso concreto, l'assai ristretto spazio applicativo della sanatoria processuale, in ragione dell'integrazione di una siffatta previsione con i principi del contraddittorio e della partecipazione al procedimento, nonché con quello, oggi consacrato dall'art. 1, comma 2 *bis* l. 241/1990, della buona fede e della collaborazione tra privato e pubblica amministrazione.

Pur non emergendo dunque dallo stretto diritto positivo una limitazione all'applicazione dell'art. 21 *octies* al caso in esame, tuttavia, al fine di non offrire il fianco a letture della norma che possano mettere in pericolo la sua compatibilità con principi fondamentali dell'attività amministrativa, l'integrazione di essi nel sistema potrebbe condurre a ritenere la necessità di verificare la possibilità anche di uno ristretto spazio di "dialogo procedimentale" nel caso concreto che, se presente, dovrebbe escludere l'applicabilità della norma di sanatoria del provvedimento illegittimo.

Tale lettura d'altronde pare trovare conforto anche nella giurisprudenza più recente che, pur se in tutt'altra materia, ha riconosciuto la non applicabilità del disposto dell'art. 21 *octies* l. 241/1990 al caso dell'omessa comunicazione del provvedimento di revoca delle misure di accoglienza nei confronti dei richiedenti protezione internazionale in quanto, pur trattandosi di attività vincolata, l'omissione della fase partecipativa determina l'assunzione del carattere di misura lesiva della dignità della persona, incidendo sui bisogni fondamentali dell'interessato e valorizzando proprio, nel bilanciamento, il ruolo del contraddittorio procedimentale[34].

6. Il rapporto con le ordinanze contingibili e urgenti del Sindaco *ex* art. 54, comma 4 del Testo Unico Enti Locali.

Ora, le considerazioni da ultimo espresse, ci conducono all'esame della complessa e ulteriore problematica analizzata in giurisprudenza in ordine al rapporto tra l'ordinanza *ex* art. 192, comma 3 Codice Ambiente e l'ordinanza sindacale contingibile e urgente di cui all'art. 54, comma 4 del T.U.E.L.

34 Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 30 dicembre 2020, n. 8540, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si legge: «quanto alla lealtà procedimentale, il divieto di condotte dell'Amministrazione che si traducano nella "*dequotazione*" della fase di partecipazione del privato al procedimento amministrativo, e dunque il divieto di un'applicazione *a priori* della regola di non annullabilità dei provvedimenti per vizi formali stabilita dall'art. 21-*octies*, comma 2, della l. n. 241/1990, attraverso cui la P.A. si autoesoneri dalla fase partecipativa in virtù di una pretesa inutilità dell'apporto del privato, o di non meglio specificate ragioni d'urgenza; ».

Come noto, quest'ultima norma prevede che il Sindaco, «quale ufficiale del Governo» possa adottare provvedimenti contingibili e urgenti «al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana»[35].

Per quanto rilevante in questa sede, presupposto fondante l'esercizio del potere in discorso è l'esistenza di una situazione di carattere eccezionale non fronteggiabile con gli strumenti ordinari, sicché la sua adozione presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da un'istruttoria adeguata e da una congrua motivazione, in ragione delle quali si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimentale[36].

È quindi proprio tale requisito della residualità dello strumento dell'ordinanza contingibile e urgente - figlio evidentemente della atipicità di tale potere, che costituisce una, seppur parziale, deroga al principio di legalità inteso in senso sostanziale[37] - che ha fatto emergere in giurisprudenza il problema dei rapporti tra il potere di ordinanza *ex* art. 192, comma 3 Codice Ambiente e quello più generale di intervento in casi di contingibilità e urgenza.

Tale problematica è peraltro acuita, come emerge dall'esame della casistica, dal frequente uso "congiunto" dei poteri normativi citati da parte dei Comuni, che, nel motivare il provvedimento, spesso richiamano contestualmente e indifferentemente entrambe le disposizioni a fondamento dell'esercizio del potere.

Proprio con riferimento a tale aspetto, deve in primo luogo evidenziarsi come la giurisprudenza censuri un siffatto *agere* amministrativo, richiamando «il principio di tipicità degli atti amministrativi, il quale non può essere inteso in senso meramente

35 Sul tema delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza la bibliografia è particolarmente vasta. Si v., senza pretesa di esaustività, U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, *Annuario AIPDA 2005*, Milano, 2006; A FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; M. B. ROCCA, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, 2012. Tra i contributi più recenti si V. S. GARDINI, *Le ordinanze sindacali contingibili e urgenti. Nuovi scenari e nuovi poteri*, in *Federalismi.it*, n. 15/2018.

36 Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Gli altri presupposti richiamati dalla giurisprudenza si individuano nella necessità di provvedere nell'immediatezza per il pericolo per la pubblica incolumità anche se non imminente, quando sussiste una ragionevole probabilità che possa verificarsi, se non interviene prontamente, avendone constatato il deteriorato stato dei luoghi; la contingibilità intesa come impossibilità di fronteggiare l'emergenza con i rimedi ordinari, in ragione dell'accidentalità, imprescindibilità ed eccezionalità della situazione verificatasi e l'urgenza come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile; la temporaneità dei loro effetti.

37 M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, p. 8 secondo cui «se il principio di legalità è il principio fondamentale dello Stato di diritto, la presenza delle ordinanze di necessità e urgenza significa che l'azione amministrativa non si risolve integralmente nel modello dello Stato di diritto, essendo sempre presente un'eccedenza non integrabile entro lo schema di quella totale giuridicizzazione del potere che costituisce il fine ideale dello Stato di diritto». In giurisprudenza si è rilevato che il potere di ordinanza ha carattere "derogatorio", proprio per il peculiare tratto distintivo di "esorbitare" dalle regole che scandiscono l'attività amministrativa (Cons. Stato, sez. II, 15 febbraio 2021, n. 1375), che pone delicati problemi di raccordo con il principio di legalità (Corte cost.,13 marzo 2019, n. 45).

formalistico di corrispondenza del potere esercitato ad un "nomen" provvedimentale piuttosto che ad un altro; esso deve essere inteso in termini di garanzia che ad ogni interesse pubblico vada correlato uno specifico potere in capo all'Amministrazione in modo da determinare, in esito al procedimento, un giudizio di coerenza tra potere esercitato e risultato concretamente perseguito».

Per tale ipotesi, viene prospettata la soluzione per cui, in presenza del congiunto richiamo al potere ordinario e a quello *extra ordinem* nel provvedimento, deve ritenersi che il Comune abbia inteso esercitare il potere ordinario, avendo il potere straordinario carattere derogatorio, e dunque, di norma, l'amministrazione abbia il potere di emanare solo atti disciplinati nel contenuto, nei presupposti e nell'oggetto dalla legge, mentre il potere del Sindaco di emanare ordinanze contingibili e urgenti abbia natura residuale[38].

L'impostazione descritta appare condivisibile in quanto, se è vero che da un lato il richiamo ad entrambi i fondamenti normativi denota contraddittorietà rispetto ai presupposti di esercizio dello stesso, non è men vero che il provvedimento ben potrebbe presentare i requisiti sostanziali e il rispetto delle garanzie procedimentali proprie del potere di ordinanza *ex* art. 192, comma 3 Codice Ambiente; sotto il profilo dei principi ermeneutici che conducono a tale soluzione vi è quindi anche quello di conservazione degli atti giuridici di cui all'art. 1367 c.c., che opera anche per l'interpretazione dei provvedimenti amministrativi, per cui, in caso di più interpretazioni possibili, deve privilegiarsi quella che dà all'atto qualche effetto anziché nessuno[39].

Ciò posto, venendo però al profilo problematico inerente alla possibilità che il Sindaco adotti un provvedimento contingibile e urgente che ordini la rimozione, l'avvio a recupero o lo smaltimento dei rifiuti e il ripristino dello stato dei luoghi, si registra un contrasto in giurisprudenza.

Secondo una prima tesi infatti, posta la differenza di funzione dei due atti - l'ordinanza *ex* art. 192 avente funzione sanzionatoria, con accertamento in contraddittorio della responsabilità a titolo di dolo o colpa, mentre l'ordinanza *ex* art. 54, comma 4 T.U.E.L. avente finalità meramente ripristinatoria – ritiene che, in presenza dei presupposti di urgenza e contingibilità, stante l'indispensabile celerità che caratterizza l'intervento, il Sindaco possa adottare anche una ordinanza contingibile e urgente.

Su tali basi allora, si può prescindere dalla verifica della responsabilità di un determinato evento dannoso provocato dal privato interessato, stante il carattere non sanzionatorio del provvedimento, che potrà essere quindi emesso anche nei confronti del proprietario dell'area in assenza di accertamento dell'imputabilità soggettiva dell'abbandono o del deposito di rifiuti e in base al solo fatto che egli si trova con questa in rapporto tale da consentirgli di eliminare la riscontrata situazione di pericolo; soddisfatte le esigenze di immediatezza dell'intervento a tutela dell'incolumità o della salute pubblica,

38 Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, n. 2300/2021, *cit*.

39 Sull'applicabilità del principio ai provvedimenti amministrativi cfr. Cass. Civ., Sez. I, 6 novembre 1981, n. 5856, in *Giust. civ. Mass.* 1981, fasc. 11.; nella giurisprudenza amministrativa più recente cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 8 novembre 2021, n. 1949, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

è fatta salva la necessità di individuare in un momento successivo il soggetto effettivamente responsabile della situazione abusiva[40].

Secondo un diverso orientamento, «la sussistenza della previsione normativa di cui all'art. 192, d.lgs. n. 152/2006, che detta specifiche norme in caso di abbandono o deposito incontrollato di rifiuti, esclude la possibilità, da parte delle Pubbliche Amministrazioni, di ricorrere al potere extra ordinem proprio dei provvedimenti contingibili e urgenti». Infatti, «il potere sotteso all'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente ha necessariamente contenuto atipico e residuale e può essere esercitato solo quando specifiche norme di settore non conferiscono il potere di emanare atti tipici per risolvere la situazione di emergenza»[41].

A conferma dell'ambiguità giurisprudenziale sussistente sul tema, si legge in una sentenza del Consiglio di Stato dapprima una piena adesione alla seconda delle tesi illustrate, e poi la contraddittoria affermazione per cui «in presenza di ordinanze urgenti, con riguardo all'individuazione del destinatario dell'ordine di eseguire le attività indispensabili per eliminare il pericolo, presupposto indispensabile è la concreta disponibilità del bene in capo a tale soggetto, con la conseguenza che l'Amministrazione comunale, a fronte di un imminente pericolo per l'incolumità pubblica, non è tenuta a un'approfondita istruttoria neanche sui profili di dolo o colpa, essendo questione da affrontare *ex post* ai fini della rivalsa dei costi sostenuti», aderendo dunque alla prima delle tesi ermeneutiche sopra riportate[42].

Ora, a fronte di tale articolato e neppure sempre coerente confronto giurisprudenziale, sembra doversi evidenziare che non possa essere definito il rapporto tra i due istituti in astratto e in via assoluta, bensì che debba essere svolta in concreto l'indagine in merito all'esperibilità, da parte dell'amministrazione, del rimedio *extra ordinem*.

Si condivide dunque il punto di partenza del primo orientamento suesposto, per cui la presenza nell'ordinamento del rimedio tipico *ex* art. 192 Codice Ambiente non escluda, in astratto, l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 54 del T.U.E.L.

Ciò è coerente con la giurisprudenza consolidata in materia di ordinanze contingibili e urgenti, ove il requisito della contingibilità è infatti inteso nel senso che la predisposizione da parte dell'ordinamento di una pur ampia e articolata serie di rimedi intesi a far fronte a situazioni di pericolo non comporta di per sé sola l'esclusione in radice di ogni spazio per

40 Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 14 ottobre 2013, n. 4603; 1 febbraio 2016, n. 603; Id., 12 novembre 2018, n. 6550; Id., 7 aprile 2021, n. 2300; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 24 luglio 2010, n. 548, che ha affermato la legittimità dell'ordinanza ex art. 54, comma 4 T.U.E.L. in caso di incendio di un immobile usato come deposito di rifiuti; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 5 settembre 2007, n. 2087; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 1 dicembre 2010, n. 2831; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 16 luglio 2009, n. 4379, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

41 T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 18 maggio 2021, n. 154, che peraltro, nel richiamare la distinzione che abbiamo tracciato al par. 4 tra detentore del rifiuto (art. 188 Cod. Amb.) e responsabile dell'abbandono o del deposito (art. 192 Cod. Amb.), evidenzia come «a fronte di un sistema così specificamente disciplinato, che prevede misure differenziate e parametrate a seconda del ruolo rivestito dal soggetto e del suo grado di responsabilità, è ancor più evidente l'inappropriatezza del ricorso ad uno strumento atipico e residuale, come l'ordinanza contingibile e urgente»; TA.R. Campania, Napoli, sez. V, 3 febbraio 2020, n. 494; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 4 novembre 2014, n. 2637, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

42 Cons. Stato, Sez. II, 1 luglio 2020, n. 4183, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

il potere sindacale di ordinanza contingibile e urgente, in quanto tale requisito non presuppone necessariamente l'inesistenza di rimedi ordinari, ma sussiste anche qualora sia dimostrata l'impossibilità di ricorrere a detti rimedi (pur esistenti) per fronteggiare in concreto una situazione di pericolo o qualora essi non siano adeguati ad affrontare, tempestivamente, la situazione di pericolo o di danno insorta[43].

Tali coordinate ermeneutiche sono peraltro state coerentemente applicate dalla recente decisione del Consiglio di Stato sul noto caso dell'I.L.V.A., nel quale, pur riconoscendo la astratta sussistenza del potere di ordinanza *ex* art. 54 del T.U.E.L. in capo al Sindaco di Taranto, pur in presenza di un ampio ventaglio di poteri tipici previsti dal Codice dell'Ambiente per il controllo delle attività sottoposte al regime dell'Autorizzazione Integrata Ambientale, effettua una valutazione concreta assai approfondita dei presupposti posti a fondamento del provvedimento *extra ordinem*, escludendone la legittimità ogni qual volta il presupposto fattuale fosse invero il medesimo di quello posto a fondamento della specifica disciplina ambientale di riferimento per l'esercizio del potere (ed eventualmente, perciò, con le garanzie proprie di detta materia)[44].

Tale pare essere la corretta chiave di lettura dei rapporti tra poteri tipici e nominati previsti dal Codice dell'Ambiente e strumenti atipici per fronteggiare l'emergenza, per cui, con riferimento al rapporto tra l'ordinanza di rimozione e ripristino dei luoghi per abbandono o deposito di rifiuti e l'ordinanza contingibile e urgente, la legittimità di quest'ultimo provvedimento eventualmente adottato deve necessariamente e rigorosamente essere vagliata in relazione all'impossibilità di ricorrere ovvero alla inidoneità nel fronteggiare il pericolo dello strumento ordinario.

Posta la necessità di tale rigoroso scrutinio giurisdizionale, figlio del «connotato fondamentale del potere di ordinanza, ossia la sua residualità rispetto ad altri rimedi tipici e nominati»[45], è allora necessario che l'amministrazione fornisca un congruo supporto motivazionale in merito ai due elementi citati, *i.e.* impossibilità in concreto di utilizzare il potere tipico o inadeguatezza dello stesso a superare la situazione emergenziale, adempiendo così alla funzione più tipicamente garantistica della motivazione del provvedimento amministrativo, quale quella di consentire un pieno sindacato

43 Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 2021, n. 344; Cons. Stato, sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474; sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774; sez. V, 26 luglio 2016, n. 3369; sez. III, 29 maggio 2015, n. 2697, sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5276, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

44 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 23 giugno 2021, n. 4802, in *Foro Amministrativo (Il)*, 2021, 6, p. 947, la quale, a livello generale, peraltro ricorda che, a fianco dei requisiti normativamente previsti della contingibilità e dell'urgenza, la giurisprudenza ha avuto modo di individuare ulteriori presupposti che, in concreto, devono sussistere, quali la "straordinarietà dell'evento", la sua "imprevedibilità" oppure la "necessaria temporaneità della misura adottata", che «sono spesso "collegati alle" ed "emergenti dalle" contingenze del singolo caso deciso» e che, espressivi della residualità del potere di ordinanza, «pur non costituendo requisiti necessari per il legittimo esercizio del potere, rimangono, tuttavia, criteri di carattere logico adoperabili per lo scrutinio della legittimità in concreto del provvedimento: infatti, possono disvelare la sussistenza di eventuali vizi di eccesso di potere».

45 Ancora Cons. Stato, Sez. IV, n. 4802/2021, *cit*.

giurisdizionale sul provvedimento e la correlata tutela delle situazioni giuridiche dei privati che si confrontano col potere[46].

7. Osservazioni conclusive.

L'analisi sin qui condotta ha mostrato la persistente vivacità del dibattito giurisprudenziale, di una sua continua evoluzione nell'applicazione della disciplina dell'abbandono e deposito incontrollati di rifiuti, che si è scelto di analizzare proprio come fattispecie che mostra la complessità della normazione della materia ambientale.

Cercando di razionalizzare tale complessità che emerge dall'esame della giurisprudenza condotta, essa pare muoversi in una duplice direzione: tanto con riferimento alla necessità della contestualizzazione del precetto astratto nel caso concreto, quanto in relazione alla necessità di coerenza sistematica con la disciplina generale del diritto amministrativo.

Sotto il primo profilo, si stagliano le problematiche analizzate in tema individuazione dei destinatari dell'ordine di rimozione dei rifiuti che, più in generale, interessa il tema della pregnanza dell'accertamento, in concreto, del requisito soggettivo della colpevolezza in capo al trasgressore, nonché quella, su altro versante, in tema di verifica delle condizioni concrete per ritenere assolto il doveroso contraddittorio procedimentale nell'irrogazione della sanzione.

Sotto il secondo angolo prospettico, risultano i contrasti giurisprudenziali in tema di competenza all'adozione dell'ordinanza, fronteggiandosi la tesi della competenza sindacale, più aderente al dato letterale – per vero suffragata anche dai generali criteri di risoluzione delle antinomie – e quella che, nell'individuare la competenza in capo al dirigente, ha ricercato una soluzione coerente con la riforma del rapporto tra politica e amministrazione; ancor di più, la perdurante problematica in ordine al potere residuo in capo all'amministrazione di adottare ordinanze contingibili e urgenti per fronteggiare eventuali situazioni di abbandono di rifiuti, per la quale si è peraltro proposto di valorizzare le circostanze concrete poste a fondamento del provvedimento, uniche in forza delle quali può residuare uno spazio per il potere *extra ordinem*.

Ora entrambe le direzioni di analisi, in ogni caso, appaiono confermare l'assunto posto in premessa al presente contributo in relazione all'importanza e financo alla necessità di una giurisprudenza che si faccia interprete continua della normativa in materia ambientale, non essendo sufficiente il meccanismo della codificazione[47].

46 Sulla funzione garantistica della motivazione del provvedimento amministrativo v., ad es. Cons. Stato, Sez. V, 29 aprile 2002, n. 2281, in *Urb. e App.*, 2002, p. 935. In dottrina v. G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in *Giustamm.it*.

47 Il punto è pienamente colto da G. MONTEDORO, *Codificazione e giurisprudenza nel diritto ambientale, op. cit.,* a cui si deve l'intuizione generale che ha mosso anche il presente lavoro, che, nel richiamare la definizione di N. IRTI, *Codice di settore compimento della decodificazione*, in AA.VV., *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole,* Milano, 2005 sul rapporto dinamico fra codificazione e giurisprudenza, chiosa «la completezza di un codice è data dalla perennità dell'approssimazione».

Tali assunti sono, si ritiene fisiologicamente, derivanti dalla particolare complessità del Codice dell'Ambiente, che mancava, in origine, di una parte generale ed è «in fondo una giustapposizione di decreti elaborati da una commissione ministeriale di esperti che risulta sostanzialmente un collage di testi unici sui settori del diritto ambientale sui quali il Governo decise di esercitare la delega»[48].

Se ciò fornisce una chiave di lettura alla difficoltà di coordinamento tra la normativa settoriale e le regole generali del diritto amministrativo, l'ulteriore rilievo circa il fondamento giurisprudenziale ed eurounitario della stessa tutela dell'ambiente, spiegano la grande necessità di contestualizzare nel concreto i precetti normativi astratti che sono stati positivizzati al fine di fornire risposte alle istanze di tutela e valorizzazione dell'interesse ambientale, per prime emerse e percepite dalla giurisprudenza.

E quindi, in una sorta di meccanismo circolare, è necessario un ritorno alla sede in cui i problemi sono emersi, per realizzare – nel senso di ricondurre a realtà – i precetti normativi che tali problemi concreti avevano generato.

Non è certo questa la sede per affrontare il vastissimo tema del ruolo della giurisprudenza nel sistema del diritto moderno, ma è evidente, in conclusione, che si ritiene che, nella materia in discorso, si esplichi appieno l'idea per cui «se il diritto è storia, esso non può essere incapsulato in schemi rigidi: deve tornare ad incarnarsi nell'esperienza. (…) Perché chi ha paura della carne, lungi dal salvarsi l'anima, la compromette definitivamente»[49].

48 Ancora G. MONTEDORO, *op. ult. cit*.
49 N. LIPARI, *Il diritto civile fra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 36.

LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E AMMINISTRATIVA LIMITANO LE COMPETENZE REGIONALI NELLO SPANDIMENTO FANGHI IN AGRICOLTURA.

Giacomo Vivoli
Docente a contratto in Diritto dell'ambiente

ABSTRACT [ITA]: Il contributo approfondisce alcuni aspetti della disciplina dello spandimento fanghi in agricoltura; in particolare è volto a mettere in evidenza, con approccio critico, i limiti che le competenze regionali incontrano sulla base di recenti sentenze della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato.

ABSTRACT [ENG]: *The paper examines some aspects of the legislation for the use in agriculture of wastewater purification sludge; in particular it is aimed at highlighting, with a critical approach, the limits that regional competences encounter on the basis of recent judgments of the Constitutional Court and the Counsil of State*

SOMMARIO: **1.** Introduzione: il complicato contenzioso precedente alla sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 2020; **2.** La sentenza n. 88/2020 della Corte costituzionale: i motivi del contenzioso e la controversa questione della tutela *in melius* regionale; **3.** La motivazione della Corte costituzionale: il riverbero degli effetti oltre il "nocciolo duro" dell'agricoltura; **4.** Sulla possibilità di un'altra interpretazione dell'art. 6 del D.Lgs. 99/1992; **5.** L'oscillante giurisprudenza del Consiglio di Stato sui valori limite e l'esigenza di un intervento legislativo organico.

1. Introduzione: il complicato contenzioso precedente alla sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 2020.

Negli ultimi anni l'utilizzo agronomico dei fanghi di depurazione ha generato sul piano giuridico un defatigante conflitto istituzionale accompagnato da un logorante e contraddittorio contenzioso penale e amministrativo; sul piano operativo, la situazione incerta e litigiosa, ha creato anche seri problemi nel sistema di gestione dei fanghi.

Il conflitto è poi giunto davanti alla Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 88/2020, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione della Regione Basilicata che fissava, per idrocarburi e fenoli[1], limiti più stringenti rispetto a quelli stabiliti

1 La disposizione regionale lucana estende l'applicazione dei valori soglia previsti per le bonifiche agli idrocarburi pesanti ma anche ai fenoli; il complesso contenzioso precedente alla decisione della Corte, sintetizzato nel primo paragrafo, è invece tutto incentrato solo sugli idrocarburi; per tale motivo, nel prosieguo, si mantiene l'attenzione solo sugli idrocarburi pesanti precisando che tale semplificazione espositiva non incide in alcun modo sulle considerazioni giuridiche del contributo.

dallo Stato[2]; per collocare in un quadro più chiaro il caso si ritiene opportuno sintetizzare[3] i passaggi più significativi e controversi che hanno caratterizzano il periodo precedente al ricorso.

Ab origine, l'elemento scatenante l'intricata situazione, è un "vuoto" nel D.Lgs. 99/1992 il cui testo originario rappresenta, ancora oggi[4], la disciplina statale dedicata allo spandimento dei fanghi in agricoltura[5]; in particolare gli allegati tecnici stabiliscono limiti di ammissibilità sia per i fanghi[6] sia per il terreno destinatario dello spandimento[7] per sei metalli pesanti[8] ma non indicano alcun limite per gli idrocarburi pesanti.

Lacuna che ha assunto grande rilevanza quando a carico del legale rappresentante di una società veniva applicata la misura degli arresti domiciliari - misura confermata dal tribunale del riesame - per conferimento e spandimento fanghi contenenti proprio una concentrazione significativa di idrocarburi pesanti[9].

All'esito del successivo ricorso, la Corte di cassazione penale, con la sentenza n. 27958/2017, ha ritenuto legittimo applicare i valori limite stabiliti dal legislatore per la bonifica dei siti contaminate[10]; quindi per la Cassazione, non essendo ammissibile l'inesistenza di un valore soglia per gli idrocarburi pesanti ne fanghi, il "vuoto" del D.Lgs. 99/1992 doveva essere colmato applicando il limite, pari a 50 mg/kg di sostanza secca, che il legislatore statale ha invece previsto per la bonifica dei siti contaminati[11].

Decisione che, ancorché adottata in sede cautelare, ha generato immediatamente un'ondata di incertezza che rischiava di paralizzare il sistema di gestione del servizio idrico integrato[12]; infatti, il valore limite di 50 mg/kg di sostanza secca, insinuatosi per via

2 Limiti stabiliti con l'art. 41 del D.L. n. 109/2018 (cd Decreto Genova).

3 Per una disamina più approfondita di tutta la complessa questione sino alla sentenza del Consiglio di Stato n. 5920 del 28 agosto 2019 cfr. G.VIVOLI, *Gestione dei fanghi di depurazione. Dalla sentenza n. 27958/2017 della Cassazione penale al D.L. 109/2018 (cd decreto Genova),* in S.BUDELLI (a cura di), *Società del rischio. Governo dell'emergenza*, II, pp. 151-186.

4 Nonostante l'art. 41 del D.L. n. 109/2018 abbia previsto una riforma organica della disciplina e con l'art. 15 lett. b) della legge di delegazione europea del 2018 (L. 4 ottobre 2019, n. 117) sia stato preannunciato l'adozione di una «*nuova disciplina organica in materia di utilizzazione dei fanghi, anche modificando la disciplina stabilita dal decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 99, al fine di garantire il perseguimento degli obiettivi di conferimento in discarica previsti dalle disposizioni di cui all'articolo 1, numero 4), della direttiva (UE) 2018/850*», al momento il legislatore ha disatteso gli impegni presi.

5 Attuazione della direttiva n. 86/278/CEE concernente la protezione dell'ambiente, in particolare del suolo, nell'utilizzazione dei fanghi di depurazione in agricoltura.

6 All. IB D.Lgs. 99/1992.

7 All. IA D.Lgs. 99/1992; da intendersi nel senso che la concentrazione dei metalli pesanti nel suolo (prima del loro utilizzo) non superino i valori limite fissati nell'allegato IA (o che tali valori non vengano superati in funzione dello spandimento dei fanghi).

8 In particolare sia la tabella IA che la IB prevedono valori limite per cadmio, mercurio, nichel, piombo, rame e zinco.

9 Il valore nei fanghi risultava pari a 12.290 mg/Kg di sostanza secca.

10 Indicati nell'allegato 5 tabella 1 alla parte IV del D.Lgs. 152/2006.

11 E in particolare utilizzando i valori di concentrazione limite (cd CSC) accettabili nel suolo e nel sottosuolo riferiti alla specifica destinazione d'uso dei siti da bonificare.

12 In particolare i gestori del servizio idrico integrato si sono ritrovati, improvvisamente, nella situazione di non saper più come gestire i fanghi a causa dell'improvvisa interruzione della pratica dello spandimento; si paventavano rischi imminenti di paralisi nella gestione del servizio. Per gestire l'emergenza, ed evitare quindi interruzioni del pubblico servizio di depurazione, molte Regioni, avvalendosi della possibilità prevista dall'art. 191 del TUA, hanno emanato ordinanze contingibili e urgenti per poter ricorrere temporaneamente a speciali forme di gestione dei fanghi prodotti dal trattamento delle acque reflue urbane; a titolo esemplificativo sono state emesse ordinanze dalla Toscana (Ordinanza n. 2 del 3 agosto 2018, reiterata prima con ordinanza n. 3 del 18 ottobre 2018 e poi di ulteriori 6 mesi con ordinanza n. 1 del 18 aprile 2019), dalla Lombardia (Decreto 94 del 7 agosto 2018), dal Lazio (Ordinanza Z00001 del 6 settembre 2018) e dal Piemonte (DPGR n. 77 del 21 settembre 2018).

interpretativa e senza preavviso, ha creato irrigidimenti sia negli operatori di settore (preoccupati in quanto percepito come troppo difficile da rispettare) sia nelle autorità preposte ai controlli (che nel dubbio hanno prudenzialmente bloccato le autorizzazioni allo spandimento).

Gli effetti della sentenza e le successive reazioni istituzionali hanno portato il contenzioso davanti alla giustizia amministrativa; difatti la Giunta della Regione Lombardia, direttamente interessata al problema, per tentare di risolvere il rischio paralisi, ha approvato una delibera che rialzava il valore limite stabilendolo in 10.000 mg/kg di sostanza secca; ma molti comuni lombardi, ritenendola illegittima in quanto deroga *in peius* rispetto al principio stabilito dalla Corte di Cassazione, ne hanno chiesto l'annullamento; mentre il TAR milanese[13] ha accolto il ricorso, quello toscano[14], attivato su casi diversi, ma affrontando la stessa questione giuridica, ha invece assunto una posizione più temperata ritenendo l'adozione delle CSC una misura eccessiva e troppo restrittiva viste le diversità delle logiche sottese alle due discipline.

A questo punto il Governo, al fine di superare la situazione emergenziale, con l'art. 41[15] del DL 109 del 28 settembre 2018 (cd. Decreto Genova[16]), ha disposto che:

> «*nelle more di una revisione organica della normativa di settore, continuano a valere, ai fini dell'utilizzo in agricoltura dei fanghi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 99, i limiti dell'Allegato IB del predetto decreto, fatta eccezione per gli idrocarburi (C10- C40), per i quali il limite è: ≤ 1.000 (mg/kg tal quale)*»[17].

E' in questo quadro che si colloca l'intervento legislativo della Basilicata poi oggetto della sentenza della Corte costituzionale n. 88/2020; la Regione, preoccupata da un intenso sfruttamento della risorsa petrolifera, con l'art. 5 della L.R. del 13 marzo 2019, n. 4[18] ha disposto come sul proprio territorio:

> «*nelle more di una revisione organica della normativa di settore, ai fini dell'utilizzo in agricoltura dei fanghi di cui all'art. 2 comma 1, lettera a) del D. Lgs. 27 gennaio 1992, n. 99 vigono i limiti dell'Allegato IB del predetto decreto nonché, per la concentrazione di idrocarburi e fenoli, i valori limite sanciti dalla Tabella 1, all. 5, Titolo V, parte IV del D. Lgs. 3 aprile 2006 n. 152*».

13 Sent. TAR Milano 1782/2018; la posizione è stata confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza n.7965/2019; *infra* § 5.

14 Sentenze TAR Toscana nn. 883, 884, 887 del 19 giugno 2018 e 1078 del 25 luglio 2018.

15 Disposizioni urgenti sulla gestione dei fanghi di depurazione.

16 Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze.

17 La successiva L. 130 del 16 novembre 2018 di conversione con modifiche del D.L. n. 109/2018 ha poi esteso l'elenco delle sostanze per le quali viene individuato un limite puntuale; alla fine del primo periodo dell'art. 41, oltre al parametro per gli idrocarburi pesanti, sono stati fissati valori limite anche per gli idrocarburi policiclici aromatici (IPA), per le policlorodibenzodiossine e i policlorodibenzofurani (PCDD/PCDF), per i policlorobifenili (PCB), per Toluene, Selenio, Berillio, Arsenico, Cromo totale e Cromo VI. I valori limite risultano i seguenti: idrocarburi (C10-C40) ≤1.000 (mg/kg tal quale), sommatoria degli IPA elencati nella tabella 1 dell'allegato 5 al titolo V della parte quarta del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, ≤6 (mg/kg SS), PCDD/PCDF + PCB DL ≤25 (ng WHO-TEQ/kg SS), PCB ≤0,8 (mg/kg SS), Toluene ≤100 (mg/kg SS), Selenio ≤10 (mg/kg SS), Berillio ≤2 (mg/kg SS), Arsenico <20 (mg/kg SS), Cromo totale < 200 (mg/kg SS) e Cromo VI < 2 (mg/kg SS). Viene inoltre previsto che per i parametri PCDD/PCDF + PCB DL il controllo analitico sia svolto almeno una volta all'anno.

18 La legge regionale contiene disposizioni in vari settori di intervento che confluiscono poi nel giudizio davanti alla Corte; il presente contributo verte esclusivamente sulla parte della sentenza che affronta la disposizione sull'utilizzo agronomico dei fanghi derivanti dalla depurazione di acque reflue.

2. La sentenza n. 88/2020 della Corte costituzionale: i motivi del contenzioso e la controversa questione della tutela *in melius* regionale.

In pratica la Regione Basilicata, insoddisfatta del temporaneo valore limite fissato dal legislatore nazionale, ha consolidato in legge il criterio interpretativo elaborato dalla Corte di Cassazione penale nella sentenza n. 27958/2017; il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso ricorso[19] censurando la disposizione regionale in riferimento alla competenza esclusiva statale in tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e in relazione all'art. 41 del D.L. Genova quale disposizione dedicata alla gestione dei rifiuti.

In primis è evidente come la disposizione regionale si collochi in un contesto normativo affatto differente rispetto a quello che caratterizzava la decisione della Cassazione penale: differenza di non poco conto in quanto lo Stato ha colmato la lacuna del D.Lgs. 99/1992 fissando, con l'art. 41 del D.L. Genova, un valore soglia per gli idrocarburi pari a 1.000 mg/kg tal quale.

La disposizione regionale, visto l'evidente intento di incrementare il livello di tutela, ripropone così una delle questioni più dibattute e controverse legate alla protezione dell'ambiente, vale a dire la legittimità o meno di interventi regionali *in melius* sulla quale mentre sul piano teorico sembra tutto chiaro, quando si entra nel caso specifico la posizione della Corte non appare poi così facilmente predeterminabile.

Sul piano teorico, tale complessa questione, estremizzando e semplificando al massimo i concetti[20], affonda le radici, ancor prima, sul diverso modo di interpretare il concetto di ambiente e, di conseguenza, dell'art. 117 co. 2 lett. s) della Costituzione.

Un primo orientamento si fonda su di una visione solida di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" da considerarsi, quindi, materia in senso tecnico a tutti gli effetti; visione che attenendosi ad interpretazione letterale dell'art. 117 della Costituzione tende a negare qualsiasi autonomia legislativa regionale salvo, si noti per quanto seguirà[21], che non sia espressamente prevista dallo Stato; prospettiva a forte vocazione centralista che vede il livello nazionale come l'unico capace di valutare adeguatamente la pluralità di interessi che ruotano e si intrecciano nelle questioni ambientali .

Una seconda prospettiva, più accomodante, ritiene invece come l'ambiente possa essere sia un valore sia una materia in senso tecnico; approccio che, seppur senza approdi così sicuri (e la sentenza in commento ne è un chiaro esempio) ha trovato conferme nella giurisprudenza costituzionale ed è concettualmente più incline a permettere interventi legislativi regionali legittimandoli sulla base degli interessi funzionalmente collegati alla protezione dell'ambiente, rappresentati dagli ambiti materiali concorrenti o residuali dell'art. 117 della Costituzione.

19 Il ricorso verte anche su altre questioni in quanto la legge regionale contiene disposizioni in vari settori di intervento che confluiscono poi nel giudizio davanti alla Corte; il presente contributo analizza esclusivamente la parte della sentenza n. 88/2020 che affronta la disposizione regionale sull'utilizzo agronomico dei fanghi derivanti dalla depurazione di acque reflue.

20 La questione si prospetta molto più articolata e complessa; ci limitiamo solo a qualche considerazione generale che si ritiene possa essere utile per il contributo in oggetto.

21 *Infra* § 4 e in particolare le riflessioni sull'art. 6 del D.Lgs. 99/1992.

Come elemento unificante risulta principio indiscusso l'impossibilità per le Regioni di introdurre regolazione *in peius* o, per utilizzare un'espressione più internazionale, in violazione del principio di non regressione[22].

Senza poter in questa sede approfondire la questione si può notare, *mutatis mutandis*, come anche il diritto UE impedisca un automatismo incondizionato per gli interventi legislativi di maggior protezione ambientale degli Stati membri; dopo aver definito gli obiettivi perseguiti dalla politica dell'Unione in materia ambientale (art. 191 TFUE) e gli aspetti procedurali e deliberativi per portare avanti le azioni per la realizzazione di tali obiettivi di protezione ambientale (art. 192 TFUE), il TFUE dedica l'art. 193 del TFUE alle misure di maggior protezione stabilendo che i provvedimenti adottati a livello unionale «*non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore*» subordinandone l'esercizio a due condizioni.

La prima, di portata particolarmente ampia e pleonastica, si limita a ricordare la compatibilità dei provvedimenti di maggior tutela con i Trattati; la seconda, di natura invece meramente procedurale, richiede una notifica alla Commissione.

Ritornando al piano interno, la giurisprudenza costituzionale ha assunto, almeno in linea di principio, una posizione abbastanza chiara sul tema; con la nota sentenza n. 331/2003, affrontando un giudizio *post* riforma del Titolo V, ma riferendosi alla sent. 382/1999 (in un contesto quindi ante riforma) che aveva ritenuto legittima una legge regionale che prescriveva per la collocazione di linee elettriche distanze di rispetto da aree edificabili più elevati di quelle stabilite dalla legge statale, la Corte ha precisato come da tale pronuncia non poteva «*trarsi in generale il principio della derogabilità in melius (rispetto alla tutela dei valori ambientali), da parte delle Regioni, degli standard posti dallo Stato*».

Tra i meccanismi ostativi[23] ad una regolazione regionale *in melius* la Corte, a testo riformato, ha introdotto la teoria dei cd "punti di equilibrio" inaugurata con la sent. 307 e dalla già citata 331 entrambe del 2003[24] nelle quali, da un lato si ribadisce la natura di materia trasversale della protezione dell'ambiente (condizione che non escluderebbe quindi interventi regionali per la cura di interessi funzionalmente collegati), ma dall'altro si accerta l'esistenza di un possibile argine che opera nei casi in cui la *ratio* sottesa alla disciplina statale risulta più complessa ed articolata.

In tali situazioni la posizione del legislatore nazionale è ritenuta l'unica adeguata a definire il giusto bilanciamento tra i vari interessi in gioco; a quel punto la ponderazione, effettuata in sede statale, non è suscettibile di interventi "settoriali" regionali neppure volti ad incrementare il livello di tutela; sono casi in cui lo Stato raccoglie tutti i fili legati ai singoli interessi in gioco e li annoda, concentrandoli in uno "standard olistico" che rappresenta qualcosa di più della loro somma: viene così individuato un punto di

22 cfr L.COLELLA, *Il principio di «non regressione ambientale» al centro del Global Pact of Environment. Il contributo dell'esperienza francese al diritto ambientale comparato*, Dir e Giur. Agr e Alim, n. 2, 2019.

23 Come noto gli strumenti utilizzati dalla Corte per risolvere i conflitti di competenza sono più ampi quali la chiamata in sussidiarietà, il criterio della prevalenza, la trasversalità, la leale collaborazione in caso di concorrenza di competenze. Per una efficace disamina degli strumenti e considerazioni su di un utilizzo prevalentemente in chiave centralista del criterio di prevalenza cfr F.BENELLI – R.BIN, *Prevalenza e «rimaterializzazione delle materie»: scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 6, 2009, pp 1185-1211

24 Cfr M.MICHETTI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *AA.VV., Scritti in onore di Antonio D'Atena*, 2015, pp. 1924-1927; sulla necessità per lo stato nel determinare il punto di equilibrio di rispettare il principio di sussidiarietà «*che si concretizza in una verifica di ragionevolezza e proporzionalità*» F.BENELLI, *Separazione vs collaborazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e di materie trasversali*, in *Le Regioni*, n 4-5, 2008, p 905 ss

equilibrio non più modificabile dalle regioni in quanto la maggior protezione di uno degli interessi si tradurrebbe comunque «*in una alterazione, quindi, in una violazione, dell'equilibrio tracciato dalla legge statale*»[25].

In sintesi, la giurisprudenza costituzionale, in linea di principio, non esclude gli interventi legislativi regionali *in melius* ma ritiene che vi siano dei "paletti" da rispettare.

A questo punto, posta la loro ammissibilità teorica, l'attenzione si sposta su quali siano le condizioni che li rendono legittimi e, in particolare, se sia possibile il passaggio, intriso di complessità, da una analisi casistica ad una teorizzazione sistematica; se sia possibile quindi, prescindendo dalla singolarità e delle specificità del singolo caso, individuare quali siano, *in abstracto,* le condizioni per un legittimo esercizio di una regolazione regionale *in melius*; condizioni che, nel silenzio costituzionale, non si possono che tentare di desumere dalle decisioni della Corte.

3. La motivazione della Corte costituzionale: il riverbero degli effetti oltre il "nocciolo duro" dell'agricoltura.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 88/2020[26], ha rilevato che tali condizioni non fossero rispettate dall'art. 5 della L. R. Basilicata n. 4/2019 e ne ha dichiarato l' illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 co. 2 lett. s) della Cost.; sono state condivise le censure del ricorrente che la disposizione regionale rappresentasse esercizio non consentito della competenza esclusiva statale in tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

Inizialmente la Corte chiarisce i limiti del suo giudicato, vale a dire il riparto delle competenze legislative con esclusione, quindi, di qualsiasi valutazione su aspetti di rilievo scientifico[27]; infatti, dopo aver premesso che il valore limite «*è stato anche oggetto di controversia e di critica in sedi diverse*», la Corte precisa come la «*verifica di legittimità costituzionale che il ricorrente rimette a questa Corte attiene al riparto di competenze stabilito dall'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. Ed è la stessa Regione Basilicata, nelle proprie istanze difensive, a prospettare la questione sempre a difesa del corretto riparto di competenze*»[28].

La Corte puntella il proprio impianto decisionale richiamando propri consolidati orientamenti nella protezione dell'ambiente. *In primis*, tenuto conto che i fanghi derivanti dalla depurazione di acque reflue sono, in linea di principio, dei rifiuti[29], viene ricordata la costante giurisprudenza in base alla quale la loro gestione debba essere ricondotta alla "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" definita «*materia naturalmente trasversale, idonea perciò a incidere sulle competenze regionali*»[30].

25 Sent. Corte Cost. n. 331/2003.

26 Per un commento cfr G. D'AMICO, *Livelli più elevati di tutela o punto di equilibrio?Il riparto di competenze in materia ambientale e i fanghi di depurazione delle acque reflue*, in *Le Regioni*, n. 1/2, 2021, pp. 327-339

27 Recentemente, sulla "fuga" della giurisprudenza costituzionale dalle questioni tecnico-scientifiche nel settore ambientale, M. CECCHETTI, *La Corte costituzionale davanti alle "questioni tecniche" in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it*, n. 14/2020, pp 46-63.

28 Cid 4.2 sent. n. 88/2020.

29 Ai sensi dell'art. 127 del D.Lgs. 152/06, disposizione che non brilla certo per chiarezza, «*i fanghi derivanti dal trattamento delle acque reflue sono sottoposti alla disciplina dei rifiuti, ove applicabile e alla fine del complessivo processo di trattamento effettuato nell'impianto di depurazione*».

30 *Ex plurimis*, sentenze n. 289 e n. 142 del 2019, n. 215, n. 151 e n. 150 del 2018, n. 101 del 2016, n. 180, n. 149 e n. 58 del 2015, n. 67 del 2014, n. 285 del 2013, n. 54 del 2012, n. 244 e n. 33 del 2011, n. 314, n. 61 e n. 10 del 2009.

Successivamente, sempre richiamando numerosi precedenti[31], la Corte precisa come in materia ambientale la competenza a fissare livelli di tutela uniforme non possa che spettare allo Stato ma che ciò non restringe lo spazio costituzionale regionale per la cura di interessi funzionalmente collegati restando possibili, come già ricordato, interventi legislativi di maggior protezione.

L'ammissibilità di tale competenza regionale richiede tuttavia, come garanzia minima di esistenza, che sia impedito alla legislativa statale di vincolare incondizionatamente l'autonomia delle regioni; entra qui in gioco la caratteristica della trasversalità della materia, termine che però riassume in sé due concezioni e "direzioni" diverse; la trasversalità della materia, vista dalla prospettiva statale, si traduce in una forte capacità penetrante in grado di condizionare anche pesantemente gli ambiti delle competenze legislative regionali; dalla prospettiva delle regioni la trasversalità è, invece, la condizione che permette loro di mantenere salva la facoltà «*di adottare nell'esercizio delle loro competenze legislative, norme di tutela più elevate*»[32].

Fissate le coordinate generali della questione, la Corte mette in chiaro il test da porre in essere per valutare la compatibilità a Costituzione della regolazione lucana che fissa valori soglia più restrittivi rispetto a quelli stabiliti dal legislatore nazionale: gli effetti della disposizione si riverberano in gestione dei rifiuti, pacificamente rientrante nella competenze esclusiva statale in tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, o in agricoltura, materia residuale regionale[33];?

La Corte, in base a propri precedenti[34], richiama il concetto di "nocciolo duro" dell'agricoltura da intendersi come quel sottoinsieme dell'ambito materiale che «*ha a che fare con la produzione di vegetali ed animali destinati all'alimentazione*»[35]; è individuabile quindi sia un nucleo centrale, espressione di quelle attività che tradizionalmente attengono all'attività agricola propriamente detta, sia uno spazio che vi gravita attorno in cui l'identità puramente agricola si attenua per la connessione con altri interessi o materie tra cui la protezione dell'ambiente.

L'individuazione del "nocciolo duro" serve alla Corte per delimitare il legittimo esercizio dell'attività legislativa regionale da quello che non è considerabile tale; in altri termini, sinché la regione esercita la propria competenza legislativa restandovi all'interno, è legittimata a incrementare il livello di tutela in quanto, così facendo, migliora sia l'agricoltura sia la protezione dell'ambiente; in tale ambito può quindi trovare espressione piena l'autonomia regionale in quanto «*[s]i tratta, dunque, di competenza legislativa affidata in*

31 *Ex plurimis*, sentenze n. 129 del 2019, n. 215, n. 151 e n. 150 del 2018, n. 85 del 2017, n. 180, n. 149 e n. 58 del 2015, n. 67 del 2014, n. 314, n. 249, n. 225 e n. 164 del 2009, n. 437 e n. 62 del 2008, n. 378 del 2007 e n. 536 del 2002.

32 *Ex plurimis*, sentenze n. 7 del 2019, n. 215 del 2018, n. 77 del 2017, n. 58 del 2015, n. 278 del 2012, n. 30 del 2009, n. 104 del 2008, n. 246 del 2006 e n. 407 del 2002.

33 Anche se non rilevante ai fini del giudizio si precisa come la difesa regionale ritenesse invece che la disposizione impugnata si fondasse su basi più ampie in quanto «*formulata nel contesto di un radicale cambiamento del territorio regionale, conseguente a un intenso sfruttamento della risorsa petrolifera, che ha dato origine ad allarmanti fenomeni pregiudizievoli per la comunità lucana*» e ritenendo quindi «*doveroso attivare misure di maggior tutela dell'ambiente, della salute della popolazione, della salubrità del territorio, nonché della produzione agricola*» (ritenuto in fatto 3.1).

34 Sentenze n. 250 del 2009, n. 116 del 2006, n. 282 e n. 12 del 2004

35 La Corte nella sentenza n. 12/2004 considerò l'impianto di vigneti una attività rientrante nel "nocciolo duro" dell'agricoltura definito come quel sottoinsieme dell'ambito materiale che «*ha a che fare con la produzione di vegetali ed animali destinati all'alimentazione*».

via residuale alle Regioni e sottratta alla competenza legislativa statale»[36]; se invece la regolazione dispiega i propri effetti anche fuori dal nocciolo duro, l'intervento regionale può intervenire in equilibri più complessi di cui il legislatore nazionale è l'unico nella posizione adeguata per stabilire il corretto bilanciamento.

Ed è proprio in quest'ultimo scenario che la Corte inquadra la disposizione regionale censurata dal ricorrente in quanto gli effetti che ne derivano debordano rispetto al nucleo della materia agricoltura propagandosi anche nella gestione dei rifiuti; così facendo, la legittima esigenza regionale di evitare o limitare ancor di più l'accumulo di sostanze tossiche nei terreni, giunge a destabilizzare il complesso equilibrio nella gestione dei rifiuti, espressione di interessi sovraregionali, di esclusiva competenza statale per «*insuperabili esigenze di uniformità sul territorio nazionale*».

Destabilizzazione che, del resto, rischia di essere ancora più forte innestandosi su di un intervento emergenziale del Governo emanato al solo fine di superare situazioni di criticità nella gestione dei fanghi di depurazione e conseguentemente, almeno nelle intenzioni, di natura temporanea.

In sintesi, la regione Basilicata, nel disciplinare l'utilizzo agronomico dei fanghi va oltre la regolazione agricola e interviene direttamente nella gestione dei rifiuti invadendo così la competenza esclusiva statale in materia non tenendo conto del "carattere integrato" del sistema di gestione rifiuti nel suo complesso.

Nelle parole della Corte la disposizione regionale impugnata non tiene conto della complessità del sistema e concretizza invece «*una visione frammentaria del sistema integrato di gestione dei fanghi di depurazione*».

Nel risolvere la questione la Corte sembra utilizzare promiscuamente sia il criterio di prevalenza, nella misura in cui valuta gli effetti della regolazione regionale prevalentemente proiettati sulla gestione dei rifiuti, sia la teoria del punto di equilibrio, nella misura in cui lo standard fissato dallo Stato rappresenta un nodo tra plurimi interessi che impedisce una legislazione regionale *in melius.*

La solidità dell'apparato argomentativo della Corte non esaurisce però, a parere di chi scrive, le possibili chiavi di lettura della complessa questione; sembra almeno ipotizzabile un ulteriore scenario interpretativo che avrebbe potuto anche condurre ad un esito diverso del giudizio; scenario che però, si precisa, avrebbe richiesto, come ipotesi, un intervento legislativo regionale non così palesemente "proibizionista".

4. Sulla possibilità di un'altra interpretazione dell'art. 6 del D.Lgs. 99/1992.

Difatti, se l'impianto decisionale adottato dalla Corte ha una sua logica non si può però non valutare come tenda a non considerare adeguatamente quanto previsto nell'art. 6 co. 1 n. 2) del D.Lgs. 99/1992, attualmente vigente, che permette alle regioni di stabilire «*ulteriori limiti e condizioni di utilizzazione in agricoltura per i diversi tipi di fanghi in relazione alle caratteristiche dei suoli, ai tipi di colture praticate, alla composizione dei fanghi, alle modalità di trattamento*».

E' forse questo l'aspetto che rende più originale la questione: almeno da un punto di vista formale risulta presente nel tessuto normativo una disposizione statale che, almeno

36 *Ibidem.*

ad una prima lettura, sembrerebbe proprio permettere quello che la Regione Basilicata aveva legiferato[37].

Aspetto decisamente peculiare in quanto anche i più convinti sostenitori di una visione esclusivamente materialista e filocentralista della protezione dell'ambiente non possono che cedere davanti ad una esplicita manifestazione di volontà del legislatore statale che permette alla Regioni di stabilire limiti più restrittivi.

E a quel punto, si noti, come non possa che cedere anche la teoria dei punti di equilibrio in quanto la vigenza di una norma statale che conceda alla Regione di stabilire ulteriori limiti "neutralizza" l'ipotesi dell'esistenza di "punto di equilibrio" e anzi, semmai, ne accerta proprio l'assenza; anche la qualificazione della materia e la "prevalenza" sulla gestione dei rifiuti rispetto al nocciolo duro dell'agricoltura perderebbe la sua importanza a fronte di una disposizione statale che concede esplicitamente una tale facoltà alle regioni.

A questo punto la questione da approfondire diventa individuare le motivazione per cui, a giudizio della Corte, la disposizione regionale lucana non potesse essere considerata legittima applicazione dell'art. 6.

Difatti, per giungere alla decisione di illegittimità, si dovrebbe fornire una spiegazione sul perché, nonostante la presenza dell'art. 6, la regione non sia legittimata a stabilire limiti più stringenti per talune sostanze oppure perché, una tale scelta, non possa essere considerata esercizio proprio di tali "ulteriori limiti e condizioni".

Ed è proprio su questo aspetto che emerge una qualche debolezza sul piano motivazionale in quanto le argomentazioni della Corte riportano quasi letteralmente, senza peraltro citarlo esplicitamente, proprio il contenuto dell'art. 6; si riporta il passaggio fondamentale della sentenza che è il seguente:

> «*La Regione deve attenersi all'esercizio della propria competenza a tutela della qualità delle produzioni agricole. Tale competenza ben le potrebbe consentire, in primo luogo, l'adozione di limiti e condizioni nell'utilizzazione in agricoltura dei diversi tipi di fanghi, avuto riguardo alle concrete caratteristiche dei suoli, con riferimento in particolare alla loro vulnerabilità, nonché ai tipi di colture praticate*»[38].

La Corte ribadisce nel periodo immediatamente successivo l'impossibilità di derogare, in qualsiasi senso, lo standard fissato a livello statale dove afferma che «*fermo restando il rispetto dei valori limite stabiliti dalla normativa statale, l'intervento delle Regioni potrebbe anche tradursi nel miglioramento della qualità dei fanghi prodotti sul loro territorio nell'ambito del servizio idrico integrato*».

Mentre in questo secondo periodo la Corte ipotizza un intervento regionale che, senza ritoccare il valore limite, agisca, in concreto, a monte del sistema, sul miglioramento nella gestione del servizio idrico integrato, nel primo periodo, l'esortazione ridonda sul contenuto dell'art. 6 senza che si possa facilmente distinguerne la differenza.

Sembra quasi che la Corte, dopo aver dichiarato l'illegittimità della disposizione legislativa, suggerisca poi alla Regione di utilizzare la "via" dell'art. 6 riportandone per

37 Argomento dedotto anche dalla difesa regionale che rivendicava il diritto di fissare limiti più restrittivi di quelli statali proprio in funzione dell'art. 6 del D.Lgs. 99/92; cfr ritenuto in fatto 3.2 sent. Corte cost. n. 88/2020.

38 Si noti la similitudine di questo periodo con la previsione contenute nell'art. 6 del DLgs. 99/92 in base al quale le regioni «*stabiliscono ulteriori limiti e condizioni di utilizzazione in agricoltura per i diversi tipi di fanghi in relazione alle caratteristiche dei suoli, ai tipi di colture praticate, alla composizione dei fanghi, alle modalità di trattamento*».

larga parte, integralmente e formalmente, il contenuto quando la Regione, nella propria difesa, sosteneva proprio di averlo fatto[39].

Per completezza di analisi è opportuno precisare che l'accoglimento del ricorso viene supportato anche avvalendosi di ulteriori considerazioni procedurali; infatti, ponendo in evidenza un atteggiamento regionale contraddittorio, viene rilevato come il 1 agosto 2018 la Conferenza Stato-Regioni si fosse espressa favorevolmente sullo schema di DM Ambiente di modifica agli allegati tecnici del D.Lgs. 99/1992 e che nella successiva fase dialogante tra le istituzioni la Regione Basilicata non abbia mai sollevato elementi di contestazione sui limiti fissati per il parametro idrocarburi; inoltre la Corte osserva anche come l'individuazione dei valori soglia per gli idrocarburi sia stata determinata a seguito di studi dell'ISPRA e dell'ISS che ne hanno avallato la scelta.

In sintesi la decisione della Corte ha una solida coerenza argomentativa ma, a parere di chi scrive, non appare esplicitare in maniera così chiara perché la disposizione regionale non possa essere considerata, sul piano legislativo, legittimo esercizio dell'art. 6[40].

Ma le criticità dell'intervento legislativo lucano sono di gran lunga più evidenti; *in primis* la disposizione appare "provocatoria" riesumando, in via legislativa, quel valore limite che era stato ritenuto applicabile dalla sentenza n. 27958/2017 della Corte di Cassazione penale sul quale il Governo aveva ritenuto opportuno intervenire per scongiurare una paralisi nel sistema; la Regione Basilicata non ha quindi stabilito soltanto un valore diverso da quello fissato dal legislatore nazionale ma ha reintrodotto proprio quel valore limite sul quale il Governo aveva deciso di intervenire in via d'urgenza.

La disposizione prospetta anche un evidente intento "proibizionista"; non quindi una regolazione che ha lo scopo di migliorare il livello della tutela ma volta solo ad impedire, in sé, in tutto il territorio regionale, la possibilità dello spandimento di fanghi contenenti idrocarburi e fenoli.

Anche da un punto di vista formale l'intervento legislativo regionale "copia" quello statale salvo per la conclusione del periodo; entrambe le disposizioni ribadiscono che, nell'attesa di una revisione organica della disciplina, valgono i limiti dell'allegato 1B del D.Lgs 99/92 ma mentre quella statale stabilisce, come eccezione, il limite per gli idrocarburi (C10- C40) di 1.000 (mg/kg tal quale), l'art. 5 della L.R. del 13 marzo 2019, n. 4 rimanda ai valori limite sanciti dalla Tabella 1, all. 5, Titolo V, parte IV del D. Lgs. 3 aprile 2006 n. 152. Mentre però la giurisprudenza penale si è trovata, nel 2017, a decidere davanti al vuoto legislativo, la Regione è invece intervenuta in aperto contrasto con un fresco intervento regolatorio.

Per le stesse motivazioni la disposizione regionale risulta infelice anche sulla scelta dell'unità di misura della concentrazione degli idrocarburi nei fanghi; anche se pare

39 Cfr ritenuto in fatto 3.2 della sent. 88/2020 dove la difesa lucana fa rilevare come già l'art. 6 del D.lgs. n. 99/1992 assegnava alla competenza regionale la definizione di ulteriori limiti e condizioni di utilizzazione in agricoltura per i diversi tipi di fanghi in relazione alle caratteristiche dei suoli, ai tipi di colture praticate, alla composizione dei fanghi, alle modalità di trattamento.

40 Una possibile chiave di lettura, in via interpretativa, ma decisamente debole, è che mentre l'art. 6 è inserito all'interno del D.Lgs. 99/92, la disposizione del D.L. Genova che aggiunge il limite per gli idrocarburi non integra l'allegato 1B, aggiungendo quindi un ulteriore sostanza al testo originario, ma lo individua "esternamente" nell'art. 41 del D.L. Genova.

impossibile risolvere nello stretto ambito giuridico valutare se sia più adeguato fissare un valore limite misurato sulla sostanza secca (quindi il fango senza la componente umida) o tal quale (comprensivo quindi della componente umida), una volta che però lo Stato è intervenuto in via legislativa, stabilendolo ancorato al "tal quale", pare logico aspettarsi che, ammessa la legittimità di un innalzamento di tutela da parte delle regione, quest'ultima possa agire sull'entità del limite, riducendolo, ma non modificarne l'unità di misura[41]. Comunque, pur nella condivisibilità della valutazione della Corte sui riverberi degli effetti legislativi regionali extra nocciolo duro dell'agricoltura che finiscono, quindi, con invadere la disciplina dei rifiuti, non si può fare a meno di notare come la decisione, implicitamente, depotenzia la portata dell'art. 6 nella misura in cui si esclude che lo "*stabilire ulteriori limiti e condizioni di utilizzazione in agricoltura*" possa permettere, in astratto, alle regioni l'individuazione di soglie più basse dei valori limite stabiliti a livello statale.

A conferma del fatto che un'altra interpretazione sia possibile si segnalano due sentenze del Consiglio di Stato[42] che, nell'affrontare sempre questioni attinenti l'utilizzo agronomico dei fanghi, offrono elementi di riflessione in tal senso. Con la sentenza n. 5920/2019[43] il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso presentato dalla Regione Toscana contro la sentenza n. 1078/2018 del TAR Firenze con la quale i giudici richiedevano di rivedere al rialzo i valori soglia stabiliti per la bonifica siti contaminati che aveva imposto ad una società per l'attività di spandimento fanghi; in sintesi il TAR contestava l'applicazione, tale e quale, dei limiti delle CSC in quanto incoerenti rispetto alle logiche sottese alle soglie stabilite dal D.Lgs. 99/1992. Per la parte che qui interessa, il Consiglio di Stato ritiene che un tale potere non possa essere ricondotto all'art. 6 in quanto questo consentirebbe soltanto la previsione di limiti ulteriori «*e quindi semmai più restrittivi*».

Nello stesso senso, con la successiva sentenza n. 7695/2019, il Consiglio di Stato così si esprime: «[a] *ben vedere, oltretutto, a tenore dell'art. 6, comma primo, n. 2, d.lgs. n. 99 del 1992, l'intervento della Regione in materia di fanghi deve tendere non semplicemente alla garanzia del rispetto dei valori fissati in sede statale, bensì all'individuazione di "ulteriori limiti e condizioni di utilizzazione" ancor più protettivi per l'ambiente e, indirettamente, per la salute umana*»[44]; principio ribadito nella parte conclusiva della sentenza dove così si afferma:

> «*[s]ono evidentemente salve le future determinazioni amministrative che la Regione intenda assumere in proposito, che, per quanto detto, dovranno individuare limiti, procedure ed accorgimenti che non solo assicurino il pieno rispetto della normativa, nazionale e comunitaria, vigente in materia, ma altresì rappresentino, ai sensi del richiamato art. 6, comma 1, n. 2, del d.lgs. n. 99 del 1992, "ulteriori limiti e condizioni di utilizzazione" ancor più protettivi per l'ambiente e, indirettamente, per la salute umana (ad esempio, quanto ai*

41 Nella sentenza n. 7965/2019 il Consiglio di Stato ritiene che l'art. 41 del DL Genova non determini implicitamente l'abrogazione o il superamento della delibera regionale nonostante l'art. 41 faccia «*riferimento al "tal quale", ossia ai fanghi comprensivi della (statisticamente variabile) componente liquida, laddove la delibera si riferisce alla sola "sostanza secca", ossia alla materia "fango" stricto sensu intesa*». A giudizio del Collegio la disposizione statale, recando una disciplina diversa da quella dettata dalla delibera regionale, non ne determina implicitamente l'abrogazione nè il superamento.

42 Le due sentenze riportare peraltro, come vedremo successivamente, si differenziano significativamente sulla legittimità o meno di poter applicare i valori soglia previsti per la bonifica dei terreni contaminati direttamente ai fanghi.

43 L. PRATI – E. CAPONE, *Disciplina applicabile per l'utilizzazione dei fanghi di depurazione in agricoltura: valori soglie e poteri delle regio*ni; *Riv.Giur. Amb. On line*, n. 7, nov 2019.

44 Nella riflessione il collegio considera l'art. 6 co. 2 in chiave ambientale e di tutela della salute senza considerare implicazioni nella materia agricoltura.

fenoli, garantendo che nel recettore "suolo" si registrino, a seguito dello spargimento dei fanghi, valori inferiori a quanto previsto dall'Allegato 5 del Titolo V della Parte IV del d.lgs. n. 152 del 2006 con riferimento ai "siti ad uso verde pubblico, privato e residenziale")» [45].

E' agevole verificare come in entrambe le sentenze, che per quanto riguarda invece la questione di poter applicare direttamente ai fanghi i limiti previsti per i terreni hanno assunto posizioni opposte[46], si può trovare conferma come la funzione dell'art. 6 del D.Lgs. 99/1992 possa proprio essere interpretata come quella di permettere alle regioni di fissare di limiti più restrittivi rispetto a quelli statali

10 5. L'oscillante giurisprudenza del Consiglio di Stato sui valori limite e l'esigenza di un intervento legislativo organico.

La sentenza n. 88/2020 della Corte costituzionale si colloca nel solco delle decisioni che confermano come per le regioni non esistano approdi sicuri sulla legittimazione a introdurre una regolazione *in melius*; è anche vero, come ribadito in precedenza, che la disposizione regionale, lungi dall'apparire una decisione equilibrata, consapevole e ragionata presentava, sia formalmente che sostanzialmente, caratteristiche "restauratrici" di una situazione che il Governo aveva ritenuto opportuno rimuovere.

A conferma che la disciplina dei fanghi necessiti di una revisione organica si evidenzia un'altra questione che genere ulteriore incertezza nel quadro delle competenze regionali e degli enti locali; in particolare, riprendendo sotto altro punto di vista le sentenze già brevemente ricordate, si vorrebbe porre in evidenza la continua oscillazione della giurisprudenza amministrativa sulla legittimità o meno di imporre l'applicazione dei valori limite stabiliti per le bonifiche - e quindi, per i terreni - per le sostanze nei fanghi che non sono disciplinate nella legislazione speciale.

Con la già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 5920/2019 viene accolto il ricorso della Regione Toscana per la riforma della sentenza TAR Toscana n. 1078/2018 che, si ricorda, aveva ritenuto l'adozione delle CSC per lo spandimento fanghi una misura eccessiva e troppo restrittiva viste le diversità delle logiche sottese alle due discipline; il TAR richiedeva quindi una revisione al rialzo delle soglie.

Il Consiglio di Stato, ribaltando la decisione di primo grado, ha invece reputato legittimo «*il riferimento ai valori soglia di concentrazione di cui alla tabella 1, colonna A, allegato 5, alla parte IV del d.lgs. n. 152/2006, perché essi individuano le sostanze e le soglie massime di concentrazione in funzione delle quali la matrice ambientale non può considerarsi idonea a ricevere ulteriori sostanze contaminanti e semmai deve essere assoggettata a bonifica*»; per il Collegio è quindi corretto fare riferimento, per i fanghi, ai limiti individuati dal legislatore nazionale per le bonifiche, ma per i terreni.

45 Il Collegio ammetterebbe quindi la possibilità di determinazioni successive in quanto ritiene che la delibera regionale oggetto di ricorso risulta essere illegittima per carenza di istruttoria e in particolare per la «*mancanza di un impianto istruttorio di carattere tecnico-scientifico atto a dimostrare che i suoli lombardi, a seguito dello spargimento dei fanghi con i valori ivi ammessi, avrebbero presentato un tasso di concentrazione di idrocarburi e fenoli con ogni ragionevolezza scientifica più basso di quello massimo previsto dal d.lgs. n. 152*»; sul punto cfr anche G. D'AMICO, *op. cit*., p. 337-338.

46 Vedi *infra* § 5.

Nella successiva sentenza n. 7965/2019 il Consiglio di Stato rigetta l'appello della Regione Lombardia per la riforma della sentenza TAR Milano n. 1782/2018 con la quale, in accoglimento di ricorso presentato da numerosi comuni lombardi, si stabiliva che il D.Lgs. n. 99/92 non recasse una disciplina completa e dovesse quindi essere integrato con la normativa contenuta nel D.Lgs. n. 152/2006, come sostenuto dalla Corte di Cassazione penale nella sentenza n. 27958/2017. In particolare, i valori limite della concentrazione di idrocarburi e fenoli nei fanghi, non indicati nel d.lgs. n. 99, dovrebbero essere tratti dalle disposizioni recate dal D.Lgs. n. 152/2006 con riferimento alla matrice ambientale "suolo", in cui i fanghi sono destinati ad essere sparsi; in altri termini occorre far riferimento ai limiti previsti per le bonifica siti contaminati. Tuttavia questa sentenza incorpora un salto qualitativo nella misura in cui viene constatato che non può essere considerato logico applicare ai fanghi lo stesso limite che il legislatore ha previsto per il suolo; limite pensato e calibrato scientificamente per la matrice destinataria dello spandimento. Il principio deve essere invece quello che i fanghi non possono contenere sostanze «*in misura tale da poter prospetticamente determinare nel recettore "suolo", una volta sparsi ed assimilati in esso, il superamento dei valori-limite indicati dal d.lgs. n. 152*».

Questa posizione sembra più coerente e corretta in quanto permette sia di completare il D.Lgs. 99/1992 con il D.Lgs. 152/2006 - evitando quindi che una sostanza contenuta nel fango, ma non disciplinata nella legislazione speciale, sia priva di un valore limite da rispettare - sia, ragionevolmente e razionalmente, tiene conto del fatto che i limiti fissati per la bonifica sono pensati per i terreni e non per i fanghi.

E' inoltre ravvisabile una ulteriore criticità nella scelta dei valori limite per la bonifica siti contaminati. Infatti, a differenza della regolazione precedente[47], la vigente disciplina non prevede un automatismo tra riscontrato loro superamento e obbligo di bonifica. Difatti, ai sensi dell'art. 240 comma 1 lett. b) del D.Lgs. 152/2006 le cd. CSC sono definite come

> «*i livelli di contaminazione delle matrici ambientali che costituiscono valori al di sopra dei quali è necessaria la caratterizzazione del sito e l'analisi di rischio specifica, come individuati nell'Allegato 5 alla parte questa del presente decreto*»

Si tratta pertanto di una situazione di potenziale, ma non ancora accertata, contaminazione per cui, al superamento della CSC scattano solo gli obblighi della caratterizzazione del sito e dell'analisi di rischio sito specifica; vengono invece definite CSR (concentrazioni soglia di rischio):

> «*i livelli contaminazione delle matrici ambientali, da determinare caso per caso con l'applicazione della procedura di analisi di rischio sito specifica secondo i principi illustrati nell'Allegato 1 alla parte quarta del presente decreto e sulla base dei risultati del piano di caratterizzazione, il cui superamento richiede la messa in sicurezza e la bonifica*»[48]

Quindi è solo dal superamento delle CSR (e non delle CSC) che scatta l'obbligo della messa in sicurezza e bonifica del sito; e pertanto non appare del tutto ragionevole imporre per i fanghi i limiti fissati dal legislatore per i terreni quando, per di più, al superamento di essi, il legislatore impone soltanto di effettuare approfondimenti sul sito. Nonostante

47 Art. 17 D.Lgs. 22/97 (cd Decreto Ronchi).
48 Art. 240, co. 1, lett. b) del D.Lgs. 152/2006.

quindi vi fossero, a parere di chi scrive, elementi di coerenza e razionalità nella posizione assunta con la sentenza n. 7965/2019, il Consiglio di Stato, con la successiva e recente sentenza n. 2561/2021, cambia però di nuovo orientamento.

Il datato contenzioso trae origine quando, nel 2010, il Comune di Dorgali emanò una ordinanza contingibile e urgente che vietava ad una società l'attività di spandimento in quanto, in base a note Arpas, i fanghi erano da considerarsi "possibile fonte di inquinamento" per la presenza di paraxilene[49]. Il TAR Sardegna, nella sentenza n. 562/2012 ritenne però che le soglie individuate per le bonifiche dei terreni non potessero essere applicate direttamente ai fanghi, stigmatizzando che «*[t]rattandosi di due concetti ben diversi e non equivalenti, i valori (e le soglie da considerare per l'uno e per l'altro) non sono indifferentemente applicabili*»; nel ricercare una soglia applicabile il giudice di primo grado, seguendo anche la tesi della perizia tecnica prodotta dal ricorrente, ritenne poter applicare la soglia di 500 mg/kg indicata nella delibera della giunta Emilia Romagna del 2007 in riferimento al toluene nei fanghi; soglia confermata, anche se approvata successivamente agli atti impugnati, nella delibera della giunta della Sardegna del 2010.

Con la sentenza n. 2561/2021 il Consiglio di Stato, in nome del principio di precauzione, accoglie l'appello della Provincia di Nuoro, competente ad autorizzare l'utilizzo dei fanghi in agricoltura, e riforma la sentenza di primo grado; in particolare il Collegio ha ritenuto dar seguito all'indirizzo che ascrive alla portata "anticipatoria" del principio di precauzione ambientale, come stregua di riferimento dell'attività amministrativa, "*l'obbligo delle autorità amministrative competenti di stabilire una tutela anticipata rispetto alla fase di applicazione delle migliori tecniche proprie del principio di prevenzione. Tale anticipazione è del pari legittima in relazione ad un'attività potenzialmente pericolosa, idonea a determinare rischi che non sono oggetto di conoscenza certa, compresa l'ipotesi di danni che siano poco conosciuti o solo potenziali; rispetto ad una situazione di tal genere, il principio di precauzione impone che l'autorità amministrativa interessata ponga in essere un'azione di prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche*"[50].

Quindi una corretta e doverosa applicazione del principio di precauzione impedisce di ritenere eccessivamente cautelativo il riferimento ai valori soglia previsti per la bonifica (le CSC) e ciò induce a ritenere legittima la scelta dell'amministrazione che «*in mancanza di una determinazione di diritto positivo della soglia limite del paraxilene nei fanghi destinati all'agricoltura ha fatto applicazione della soglia positivamente stabilita per tale sostanza in relazione al terreno*»; in sintesi, in funzione del principio di precauzione, in assenza di uno specifico limite nel D.Lgs. 99/92, è legittimo applicare i valori limite previsti per i terreni[51]; peraltro, anche la Regione Basilicata rivendicava, con la disposizione dichiarata incostituzionale dalla sentenza n. 88/2020, il potere di introdurre livelli di tutela più elevati proprio in conformità al principio di precauzione[52].

49 A complicare ulteriormente la questione, tale sostanza non è prevista esplicitamente nemmeno nell'allegato del D. Lgs. 152/2006 per le bonifiche che, però, individua valori soglia per sostanze simili, il toluene e lo xilene, fissandoli, per entrambe, a 0,5 mg/kg per i siti verdi e 50 mg/kg per i siti industriali.

50Cons. Stato, sent. n. 2495/2015.

51 Peraltro la delibera della Giunta Regionale della Sardegna n. 32/71 del 2010 avesse fissato un valore limite nei fanghi di 500 mg/kg per il toluene e i composti con equivalenti limiti di tossicità.

52 Cfr ritenuto in fatto 3.2, sent. Corte cost. n. 88/2020

E' evidente come queste continue oscillazioni delle giurisprudenza amministrativa sulle soglie applicabili minano la stabilità di tutta l'attività di spandimento dei fanghi; è altrettanto evidente come le regioni incontrino, in base alle posizioni giurisprudenziali analizzate, diversi limiti nello stabilire delle soglie sia sul piano legislativo sia sul piano amministrativo.

La complessa situazione rende manifesta l'esigenza di un intervento normativo statale che affronti in maniera puntuale le due criticità che sono state evidenziate nel presente contributo.

In particolare sembra necessario un chiarimento legislativo sulla portata applicativa dell'art. 6 del D.Lgs 99/92 oppure, in ogni caso, qualora tale disciplina sia revisionata in maniera organica, che sia stabilito se e in quali condizioni le regioni possano stabilire limiti più stringenti rispetto a quelli fissati dallo stato; inoltre, nel caso in cui le sostanze non siano previste nella disciplina speciale, che sia stabilito nel diritto positivo - e non lasciato all'interpretazione giurisprudenziale - se sia legittimo o meno applicare ai fanghi, tali e quali, i limiti stabiliti per i terreni; su quest'ultima questione, a parere di chi scrive, la posizione della sentenza del Consiglio di Stato n. 7965/2019 presentava profili di coerenza superiori a quelli della recente sentenza n. 2561/2021.

Volendo provare a tentare una sintesi generale, *l'optimum* sarebbe, ovviamente e banalmente, una disciplina statale speciale che indichi, come attualmente per i sei metalli pesanti, i valori limite sia per i fanghi che per i terreni almeno per le sostanze più comunemente rilevabili; sinché questo scenario non si realizza e visto, comunque, che la possibilità di una omissione resta realisticamente probabile, non appare irragionevole completare la disciplina attingendo alla gestione dei rifiuti utilizzando le soglie fissate per le bonifiche come stabilito nella sentenza n. 27957/2017 della Cassazione penale; l'irragionevolezza pare manifestarsi però laddove se ne imponga l'applicazione, tale e quale, direttamente al fango quando le soglie sono calibrate sulla matrice di destinazione e tenuto conto che, nella disciplina di origine, il loro superamento non determina l'accertamento di una contaminazione ma impone solo approfondimenti sul sito; tenuto conto delle evidenti differenze concettuali appare più equilibrata la posizione assunta dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 7965/2019; questo almeno in assenza di una decisione regionale che invece preveda il limite per tale sostanza; se invece, ma solo accennando un aspetto troppo complesso da approfondire per gli scopi del presente contributo, la regione, in autonomia, un valore lo ha fissato si apre la questione della legittimità del *quantum* stabilito; il notevole tasso tecnico scientifico suggerirebbe che la "via" regionale più opportuna, per tentare di difendere il proprio operato, sembra essere più quella amministrativa che quella legislativa; peraltro, condizione di un possibile utilizzo della competenza legislativa resta una regolazione regionale che non presenti i caratteri totalmente proibizionisti della disposizione lucana dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 88/2020; *last but non least* resta comunque dirimente che sia chiarita la portata dell'art. 6 del D.Lgs. 99/92 di cui le criticità evidenziate sembrano essere, tutto sommato, delle conseguenze.

L'esigenza di una nuova regolazione è ulteriormente sentita in quanto, oltre alle consuete problematiche interpretative che caratterizzano qualsiasi questione giuridica, non

si può non considerare, in questo caso, l'evidente anacronismo della legislazione nazionale (datata 1992 e attuazione di una direttiva del 1986); l'estremo dinamismo che caratterizza la normativa ambientale e, in particolare, dei rifiuti aggiunge rilevanti difficoltà nel coordinare interpretazioni su testi che esprimono approcci differenti ed utilizzano espressioni linguistiche molto diverse; sia sufficiente ricordare, oltre alla terminologia evidentemente superata del D.Lgs. 99/1992[53], la mancanza di qualsiasi coordinamento con la disciplina della cessazione della qualifica di rifiuto (cd "*end of waste*") che rappresenta, oggi, un elemento centrale per il funzionamento dell'economia circolare.

53 Ad esempio viene utilizzato il concetto di sostanze "tossiche e nocive" che fa riferimento alla classificazione dei rifiuti ante decreto Ronchi del 1997; i termini vanno reinterpretati alla luce del mutato quadro normativo e sono da ricondurre all'attuale concetto di "rifiuti pericolosi".

LO SVILUPPO AEROPORTUALE ITALIANO NELLO SCENARIO DEL GREEN DEAL EUROPEO.

Marcello Vernola
Docente di Diritto Ambientale - Università di Cassino.

ABSTRACT
Il mondo delle gestioni aeroportuali in Italia ha subito una profonda trasformazione negli ultimi dieci anni. La crisi economica, il deficit di Stato ed il rispetto delle regole comunitarie sulla concorrenza e libero mercato hanno dato il via libera a corposi processi di dismissione delle partecipazioni pubbliche nelle società di gestione aeroportuale e all'intervento nel nostro mercato dei primi *players* stranieri. Lo Stato ha sviluppato il suo impegno sul fronte della pianificazione e le regole europee hanno comportato una capacità di regolazione di ENAC e Autorità di Regolazione dei Trasporti che oggi costituiscono un solido punto di riferimento nello scenario europeo. La UE ha voluto il Cielo Unico Europeo e con il Meccanismo per Collegare l'Europa, le TEN-T e i tre Pacchetti Aeroporti ha affermato la centralità del settore nelle politiche di sviluppo europeo; la nascita della Agenzia Europea per la Sicurezza Aerea ha rappresentato una svolta rispetto ai rischi di una crescita del sistema a diverse velocità rispetto agli standard europei. I diritti degli operatori aeroportuali e i diritti dei consumatori hanno assunto centralità nella qualificazione dei gestori aeroportuali: i servizi di assistenza a terra oggi offrono un livello di qualità alto ed essenziale per rendere appetibile e concorrenziale il sistema aeroportuale europeo. Comprendere le dinamiche dell'affidamento delle concessioni e della gestione degli aeroporti, anche in relazione al loro sviluppo infrastrutturale, richiede una visione d'insieme dei processi amministrativi, urbanistici ed economico-finanziari nell'ambito di un settore regolato con estremo rigore dalla UE.

The world of airport management in Italy has undergone a profound transformation in the last ten years. The economic crisis, the state deficit and compliance with EU rules on competition and the free market have given the green light to substantial processes of divestment of public shareholdings in airport management companies and the intervention of the first foreign players in our market. The State has developed its commitment on the planning front and the European rules have entailed a regulatory capacity of ENAC and the Transport Regulatory Authority which today constitute a solid reference point in the European scenario. The EU wanted the Single European Sky and with the Mechanism to Connect Europe, the TEN-T and the three Airport Packages it affirmed the centrality of the sector in European development policies; the establishment of the European Aviation Safety Agency represented a turning point with respect to the risks of system growth at different speeds compared to European standards. The rights of airport operators and the rights of consumers have assumed centrality in the qualification of airport operators: ground handling services today offer a high and essential level of quality to make the European airport system attractive and competitive.
Understanding the dynamics of granting concessions and airport management, also in relation to their infrastructural development, requires an overview of the administrative, urban and economic-financial processes within a sector regulated with extreme rigor by the EU.

SOMMARIO: 1. Il Libro Bianco dei Trasporti; le Reti Transeuropee dei Trasporti TEN-T; il Cielo Unico Europeo e il Meccanismo per Collegare l'Europa; il Green Deal e la Legge Europea sul Clima. **2.** La liberalizzazione degli aeroporti

secondo la normativa comunitaria alla luce della evoluzione dei Trattati europei; i tre Pacchetti aeroporti; l'equità di accesso agli aeroporti; i servizi di assistenza a terra; il Regolamento Basico e l'Agenzia Europea per la Sicurezza Aerea. **3.** La risposta alla crisi del COVID-19. **4.** La disciplina sulle concessioni aeroportuali in Italia: la riforma del Codice della Navigazione; le competenze dell'ENAV e dell'ENAC; le competenze dell'ART sui diritti aeroportuali. **5.** La Convenzione per l'affidamento della concessione. **6.** I diritti aeroportuali e le competenze dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti. **7.** La risoluzione delle controversie sui diritti aeroportuali 2020. **8.** I contratti di programma. **9.** Il Master Plan o Piano di Sviluppo Aeroportuale. **10.** Le procedure di approvazione di progetti e varianti di opere e impianti aeroportuali. **11.** Il Certificato di Aeroporto. **12.** Conversione dei certificati di aeroporto. **13.** Il Regolamento di Scalo. **14.** La tutela urbanistica delle aree limitrofe - Il Piano di Rischio. **15.** L'Accordo Quadro Gestore aeroportuale - ENAV. **16.** Il Manuale di aeroporto. **17.** La carta dei servizi dei gestori aeroportuali (settore passeggeri). **18.** La carta dei servizi del gestore aeroportuale (settore merci). **19.** La liberalizzazione dei servizi aeroportuali. **20.** L'applicazione delle norme Antitrust ai servizi aeroportuali e di *handling*. **21.** L'impatto della regolazione degli slot aeroportuali sullo sviluppo del sistema aeroportuale. **22.** La normativa comunitaria per l'assegnazione di bande orarie. **23.** La normativa nazionale per l'assegnazione di bande orarie. **24.** Il Piano nazionale aeroporti e gli aeroporti di interesse strategico. **25.** Il processo di privatizzazione del sistema aeroportuale italiano e l'evoluzione del mercato delle gestioni aeroportuali. **26.** I piani di risanamento delle società con partecipazioni pubbliche. **27.** Le società di gestione degli Aeroporti strategici. **28.** Le Società di gestione degli aeroporti di interesse nazionale. **29.** Gli investimenti privati nel settore aeroportuale. **30.** Conclusioni.

1- Libro Bianco dei Trasporti; Reti Transeuropee dei Trasporti TEN-T; il Cielo Unico Europeo e il Meccanismo per Collegare l'Europa; il Green Deal e la Legge Europea sul Clima.

Nello scenario europeo il sistema del trasporto aereo ed il connesso sistema aeroportuale hanno subito negli ultimi due decenni una vera e propria metamorfosi che ne ha coinvolto tutte le principali componenti con il risultato di modifiche importanti e strutturali. Una nuova rivoluzione è alle porte alla luce degli effetti della Pandemia e delle nuove connesse strategie finanziarie UE, oltre che degli effetti dei cambiamenti climatici e del connesso Green Deal europeo. Gli ultimi anni hanno visto, in coincidenza con le prime liberalizzazioni, la moltiplicazione dei vettori, delle rotte e degli scali nel mondo con l'aumento del numero degli aeroporti e la modernizzazione delle strutture e delle infrastrutture interessate. Di conseguenza è aumentato il numero degli aeroporti e la modernizzazione delle infrastrutture interessate ha coinvolto sempre più soggetti privati non solo a livello nazionale e comunitario ma, soprattutto a livello intercontinentale. Sono cambiati i

sistemi di regolazione, le dinamiche tariffarie e la programmazione degli interventi per lo sviluppo stesso degli aeroporti e delle loro infrastrutture.

L'Unione Europea aveva affrontato il tema dello sviluppo sistemico del sistema aeroportuale sin dal Libro bianco dei trasporti del 28 marzo 2011 e dalla Comunicazione COM(2011)823 del 1° dicembre 2011 sulla politica aeroportuale europea con l'allegato "Pacchetto aeroporti", evidenziando la necessità di una maggiore integrazione tra aeroporti e altre modalità di trasporto, nonché, preso atto della congestione degli scali, l'incremento della capacità degli aeroporti per far fronte alla domanda crescente dei passeggeri, in particolare verso Paesi extraeuropei e verso zone europee poco collegate. Si auspicavano già sostegni al sistema mediante investimenti pubblici e privati, nel rispetto della normativa sugli aiuti di Stato.

Sul piano infrastrutturale la UE si è così adeguata ai nuovi scenari adottando lo strumento vigente di pianificazione, il Regolamento (UE) 1315/2013, che ha definito una revisione della rete TEN-T (Trans-European Network Transports), attraverso una struttura a due livelli, consistente in una rete globale e una rete centrale, basate su una metodologia comune e trasparente, affinché costituiscano il più alto livello di pianificazione di infrastrutture all'interno dell'Unione. La definizione della rete centrale dovrebbe intervenire entro il 2030, data entro la quale dovrebbero essere adottate le misure necessarie a svilupparla.

La rete centrale dovrebbe costituire la spina dorsale dello sviluppo di una rete di trasporto multimodale e sostenibile e stimolare lo sviluppo dell'intera rete globale concentrando la sua azione sulle componenti della rete transeuropea dei trasporti con il più alto valore aggiunto europeo, e quindi sulle tratte transfrontaliere, sui collegamenti mancanti, sui punti di connessione multimodali e sulle principali strozzature, anche al fine di contribuire a ridurre del 60 %, entro il 2050, le emissioni di gas-serra derivanti dai trasporti rispetto ai livelli del 1990. La rete centrale è basata su un "approccio per corridoi" che dovranno includere almeno tre modalità differenti di trasporto; attraversare almeno tre Stati membri e prevedere l'accesso ai porti marittimi.

La suddetta rete è articolata in 9 corridoi principali: 2 corridoi nord-sud, 3 corridoi est-ovest e 4 corridoi diagonali. L'Italia è interessata da quattro corridoi (Baltico-Adriatico; Mediterraneo; scandinavo-mediterraneo; Reno-Alpi), che comprendono 9 nodi urbani, 11 aeroporti della rete centrale (Milano Linate, Milano Malpensa, Roma Fiumicino, Bergamo-Orio al Serio, Bologna-Borgo Panigale, Cagliari-Elmas, Genova-Sestri, Napoli-Capodichino, Palermo-Punta Raisi, Torino-Caselle e Venezia-Tessera), 14 porti marittimi della rete, 5 porti fluviali e 15 interporti.

L'Unione europea ha tracciato il nuovo scenario strategico delle proprie politiche di sviluppo, e di conseguenza dei trasporti, anche attraverso l'emanazione del Regolamento (UE) n. 1316/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, che ha introdotto e disciplinato il Meccanismo per Collegare l'Europa (MCE), modificativo del regolamento (UE) n. 913/2010 e abrogativo dei regolamenti (CE) n. 680/2007 e (CE) n. 67/2010; trasporti, energia e comunicazioni sono ritenute dal Green Deal le tre chiavi di volta sinergiche su cui investire tramite il MCE per una transizione verde e digitale.

Nel settore dei trasporti, tale Regolamento si pone l'obiettivo di fornire sostegno ai progetti di interesse comune identificati nell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento (UE) n. 1315/2013 che, nello specifico, perseguono l'ottimizzazione dell'integrazione e dell'interconnessione dei modi di trasporto e di accrescere l'interoperabilità dei servizi di trasporto, assicurando nel contempo l'accessibilità alle infrastrutture di trasporto. Il conseguimento di questi obiettivi si misura, tra l'altro, in base al numero di piattaforme logistiche multimodali, inclusi porti interni e marittimi e aeroporti collegati alla rete ferroviaria, e terminali ferroviario-stradali migliorati. Il programma,

inizialmente varato e finanziato per il periodo 2013/2020, è stato rifinanziato per il periodo 2021/2027 e prevede 25,81 miliardi di EUR per il settore trasporti.

Gli investimenti avviati nelle reti infrastrutturali europee dei trasporti, dell'energia e digitali consentiranno di promuovere sia la transizione verde che digitale contribuendo così al raggiungimento degli obiettivi del Green Deal europeo e del decennio digitale. In questo modo verranno gettate le basi per consentire la trasformazione verde e digitale anche nel settore europeo dei trasporti e nel contempo farlo diventare più resiliente rispetto alle crisi future. L'obiettivo è quello di pervenire ad una riduzione del 90% delle emissioni entro il 2050 anche con un sistema di trasporti intelligente, che avrà sempre più il trasporto ferroviario quale perno centrale in quanto ritenuto sicuro, economico e accessibile, oltre che ambientalmente sostenibile.

La recente Legge Europea sul Clima in linea con il Green Deal europeo ha istituito il quadro per il conseguimento della neutralità climatica volta ad includere l'obiettivo di riduzione dei gas ad effetto serra del 55% entro il 2030 e zero emissioni nette entro il 2050. Anche la conseguente Strategia Italiana di lungo Termine sulla riduzione delle emissioni dei gas ad effetto serra adottata dal Governo nel gennaio 2021, nell'ambito del percorso di decarbonizzazione ha individuato, fra le opzioni prioritarie, per il trasporto passeggeri la riduzione della mobilità con consumi energetici (telelavoro) , la promozione dell'intermodalità, con uno spostamento dal trasporto su gomma privato verso quello pubblico e in particolare ferroviario, nonché la riduzione dei km/pass per i voli aerei.

La rete globale dovrebbe essere completata e adeguata alle pertinenti disposizioni degli orientamenti entro il 2050.

Il *Green Deal* europeo prevede altresì che *"nel settore dell'aviazione saranno ripresi i lavori per l'adozione della proposta della Commissione relativa ad un autentico* ***cielo unico europeo***[1] *che contribuirà a ridurre in modo significativo le emissioni prodotte dal trasporto aereo. La mobilità multimodale automatizzata e connessa svolgerà un ruolo sempre più importante, insieme ai sistemi intelligenti di gestione del traffico resi possibili dalla digitalizzazione. Il sistema dei trasporti dell'UE sarà reso idoneo a sostenere nuovi servizi di mobilità sostenibile in grado di ridurre il traffico e l'inquinamento, in particolare nelle aree urbane. Attraverso i propri strumenti di finanziamento, come il MCE, la Commissione contribuirà allo sviluppo di sistemi intelligenti di gestione del traffico e di soluzioni del tipo "mobilità come servizio"* (dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni del 11.12.2019).

1 L'iniziativa del cielo unico europeo (CUE) è stata avviata nel 1999 con l'obiettivo di migliorare lo svolgimento delle attività di gestione del traffico aereo (ATM) e dei servizi di navigazione aerea (ANS) attraverso una migliore integrazione dello spazio aereo europeo. I vantaggi dichiarati dell'iniziativa sono potenzialmente enormi: rispetto al 2004, il CUE (una volta completato, intorno al 2030-2035) potrebbe triplicare la capacità dello spazio aereo, dimezzare i costi dell'ATM, migliorare enormemente la sicurezza e ridurre del 10% l'impatto del trasporto aereo sull'ambiente. L'iniziativa in questione è stata avviata in risposta ai ritardi connessi alla navigazione aerea, che in Europa hanno raggiunto l'apice verso la fine degli anni Novanta. Il CUE è inteso a ridurre la frammentazione dello spazio aereo europeo (tra Stati membri, tra uso civile e militare e tra tecnologie), aumentando in tal modo la sua capacità e l'efficienza della gestione del traffico aereo e dei servizi di navigazione aerea. L'iniziativa è per sua natura paneuropea e la sua attuazione è aperta ai paesi vicini. Nella pratica, il cielo unico europeo dovrebbe ridurre i tempi di volo (grazie all'accorciamento delle tratte e alla diminuzione dei ritardi) e, conseguentemente, diminuire i costi dei voli e le emissioni degli aeromobili. La prima serie di requisiti comuni per l'istituzione del cielo unico europeo è stata adottata nel 2004 (CUE I); in essa figurano il regolamento (CE) n. 549/2004 che stabilisce i principi generali per l'istituzione del cielo unico europeo, il regolamento (CE) n. 550/2004 sulla fornitura di servizi di navigazione aerea, il regolamento (CE) n. 551/2004 sull'organizzazione e l'uso dello spazio aereo nel cielo unico europeo e il regolamento (CE) n. 552/2004 sull'interoperabilità della rete europea di gestione del traffico aereo. Tale quadro è stato poi modificato nel 2009 (CUE II) per includere i meccanismi basati sulle prestazioni (regolamento (CE) n. 1070/2009). È stato inoltre integrato mediante l'estensione delle norme dell'UE in materia di sicurezza aerea (e delle relative competenze dell'Agenzia europea per la sicurezza aerea) alla gestione del traffico aereo, ai servizi di navigazione aerea e alle operazioni aeroportuali[5]. Parallelamente, sono state adottate varie norme di attuazione e norme tecniche da parte della Commissione, attraverso la procedura di comitato, e, con minor frequenza, dal legislatore.

Nel settembre 2020 la Commissione ha conseguentemente proposto un aggiornamento del quadro normativo CUE (2020/0264(COD)), allo scopo di garantire una gestione del traffico aereo più sostenibile e resiliente, in linea con il Green Deal europeo, attribuendo all'EASA competenze nella valutazione delle prestazioni del CUE, attraverso modifiche al regolamento relativo all'istituzione del CUE (2013/0186(COD)) e al regolamento (UE) 2018/1139.

La recente Pandemia ha richiesto una risposta unitaria della UE evolutasi attraverso il programma Next Generation EU a cui l'Italia ha risposto con il PNRR Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza in cui sono state effettuate scelte strategiche sul piano dello sviluppo infrastrutturale dei trasporti in chiave funzionale ad una politica di sviluppo sostenibile. Il Governo non ha inteso accettare le istanze di Assoaeroporti tese a sostenere l'ottimizzazione dell'attuale rete aeroportuale per competere in condizioni concorrenziali nei nuovi scenari internazionali del traffico aereo.

2. La liberalizzazione degli aeroporti secondo la normativa comunitaria alla luce della evoluzione dei Trattati europei; i tre Pacchetti aeroporti; l'equità di accesso agli aeroporti; i servizi di assistenza a terra; il Regolamento Basico e l'Agenzia Europea per la Sicurezza Aerea.

Il trasporto aereo si è tradizionalmente sviluppato con la guida e il controllo dei governi nazionali. In Europa tale impostazione si è generalmente tradotta nel monopolio dei vettori aerei nazionali, spesso a proprietà pubblica, nella proprietà/gestione pubblica degli aeroporti. Il trasporto aereo internazionale, basato su accordi bilaterali tra Stati, si è sviluppato di conseguenza, caratterizzandosi per il rigido controllo, in particolare, dell'accesso al mercato e dei regimi di proprietà dei vettori. Tale assetto oligopolistico era sempre meno in linea con l'innalzamento del tenore di vita e la conseguente crescita del mercato passeggeri. Dagli anni ottanta, l'aviazione civile internazionale è dovuta passare da un'economia amministrata a un'economia di mercato: ad esempio, nel 1978 l'Airline Deregulation Act degli Stati Uniti ha completamente liberalizzato il mercato statunitense.

In Europa, a seguito dell'adozione dell'Atto unico europeo del 1986 e del completamento del mercato interno, come già accennato, sono stati adottati diversi «pacchetti» legislativi che hanno gradualmente trasformato i mercati nazionali protetti dell'aviazione in un mercato unico competitivo del trasporto aereo. In particolare, il «primo pacchetto» (1987) e il «secondo pacchetto» (1990) hanno reso più flessibili le norme relative a tariffe e capacità. Nel 1992 il «terzo pacchetto» (composto segnatamente dai regolamenti (CEE) n. 2407/92, 2408/92 e 2409/92 del Consiglio, oggi sostituiti dal regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio) ha rimosso tutte le restanti restrizioni commerciali applicabili alle compagnie aeree europee operanti nell'UE, istituendo così il «mercato unico europeo dell'aviazione». Quest'ultimo è stato quindi esteso alla Norvegia, all'Islanda e alla Svizzera.

L'equità di accesso agli aeroporti e ai servizi aeroportuali è garantita dal regolamento (CEE) n. 95/93, che prevede, per gli aeroporti congestionati, l'assegnazione equa, non discriminatoria e trasparente di bande orarie alle compagnie aeree da parte di un «coordinatore delle bande orarie» indipendente.

La direttiva 96/67/CE ha gradualmente aperto alla concorrenza il mercato dei servizi di assistenza a terra. Inoltre, la direttiva 2009/12/CE stabilisce i principi di base per la riscossione dei diritti aeroportuali corrisposti dai vettori aerei per l'utilizzo delle infrastrutture e dei servizi aeroportuali.

Al fine di dotare i paesi membri di regole comuni per il raggiungimento di elevati livelli di sicurezza e compatibilità ambientale, nonché il libero scambio di merci, prodotti e servizi, la UE ha adottato il Regolamento CE n.216/2008, così come modificato dal Regolamento n.1108/2009, comunemente denominato Regolamento Basico, la cui attuazione è delegata all'ENAC, con cui ha disciplinato la attività di progettazione, manutenzione gestione degli aeroporti prevedendo il soddisfo di specifici requisiti degli aeroporti, equipaggiamenti aeroportuali e operazioni aeroportuali elencati all'allegato V bis e, se applicabile, allegato V ter.

Al fine di garantire un livello elevato di sicurezza area nell'UE con il citato Regolamento n.216/2008 è stata istituita l'Agenzia europea per la sicurezza aerea EASA, incaricata tra l'altro dell'elaborazione di dette norme. I requisiti in materia di sicurezza da osservare in tutti gli aeroporti dell'UE sono altresì stati armonizzati (va tuttavia rilevato che gli Stati membri mantengono la facoltà di applicare misure di sicurezza più rigorose.

La UE ha inoltre emanato il Regolamento (UE) n. 139/2014 che disciplina gli aeroporti europei, e quindi anche gli scali nazionali, che rientrano nel campo di applicabilità del Regolamento n. 216/2008 art. 4 comma 3 bis, e che vengono ad essere caratterizzati da importanti aspetti innovativi di ampia e complessa portata, da quello gestionale e tecnico operativo a quello normativo regolamentare.

I destinatari del Regolamento sono:

7 gli Stati Membri,
8 le competenti Autorità dell'Aviazione Civile (NAA) per la certificazione e la sorveglianza degli aeroporti certificati,
9 gli Aeroporti (Aerodromes) che rientrano nell'applicabilità di cui all'art. 4 comma 3 bis del Regolamento Basico,
10 i relativi Gestori (Aerodrome Operators),
11 i Fornitori dei servizi di gestione del piazzale (Apron Management Service – AMS Providers).

Il Regolamento (UE) n. 139/2014 è costituito da una serie di articoli (artt. 1 -11) destinati agli Stati Membri e da una serie di Implementing Rules - IRs , raccolte in tre distinte Parti e denominate rispettivamente:

7 Part ADR.**AR** (Part **A**uthority **R**equirements, per le competenti Autorità);
8 Part ADR.**OR** (Part **O**rganisation **R**equirements, per i Gestori aeroportuali);
9 Part ADR.**OPS** (Part **O**peration **R**equirements, per le Operazioni aeroportuali).

L'ENAC, come previsto dall'art. 4 del Regolamento n. 139/2014 "Informazioni all'Agenzia Europea per la Sicurezza Aerea", ha comunicato all'EASA l'elenco dei 43 aeroporti italiani che rientrano nell'applicabilità di cui all'art. 4 comma 3bis del Reg. (CE) n. 216/2008.

3. La risposta alla crisi del COVID-19.

A seguito della pandemia di COVID-19 sono state adottate diverse misure per rispondere alle difficoltà incontrate dal settore dell'aviazione:

Il Regolamento UE 2020/459, adottato in data 30 marzo 2020, il quale modifica il precedente regolamento (CEE) n. 95/93 del Consiglio, disciplinante le norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti comunitari. Il 14 ottobre 2020 la Commissione ha deciso di adottare, tramite delega, una decisione volta a prorogare la deroga all'assegnazione delle bande orarie per coprire l'intera stagione invernale, ossia fino al 27 marzo 2021, termine prorogabile fino alla cessazione della pandemia.

Il Regolamento (UE) 2020/698 adottato in data 25 maggio 2020, che disciplina misure specifiche e temporanee in considerazione dell'epidemia di COVID-19 con particolare attenzione al rinnovo o alla proroga di alcuni certificati, licenze e autorizzazioni e al rinvio di talune verifiche e attività formative periodiche in determinati settori della legislazione in materia di trasporti. Nel settore del trasporto aereo, il testo modifica temporaneamente il regolamento (CE) 1008/2008 avente ad oggetto norme comuni per la prestazione di servizi aerei nell'UE alla luce della pandemia di COVID-19, così da permettere alla Commissione e alle autorità nazionali di fronteggiare più facilmente le conseguenze della pandemia e attenuare le conseguenze per il trasporto aereo.

Inoltre, per fronteggiare la crisi economica, la Commissione ha emanato provvedimenti temporanei per le misure di aiuto di Stato che permettono ai singoli Governi di fornire assistenza alle imprese in crisi, oltre alle possibilità offerte dalle attuali norme sugli aiuti di Stato. Gli Stati membri hanno successivamente proposto una serie di misure per l'intera economia nonché alcune misure settoriali.

4. La disciplina sulle concessioni aeroportuali in Italia: la riforma del Codice della Navigazione; le competenze dell'ENAV e dell'ENAC; le competenze dell'ART sui diritti aeroportuali.

Con la riforma del Titolo V della Costituzione è stata introdotta all'art.117 la previsione che gli aeroporti rientrino tra le materie oggetto di legislazione concorrente Stato-Regioni e che in capo allo Stato italiano non sussiste nessun obbligo - neppure in qualità di membro della Comunità europea - di privatizzare le società di gestione aeroportuale.

Il previgente Codice della Navigazione, approvato nel 1942, disciplinava la materia sulla base delle esigenze e delle condizioni di mercato dell'epoca, senza disciplinare l'ipotesi di concessione totale degli aeroporti. Con il Decreto legislativo 96/2005 è stata approvata la riforma con modifica della sua parte aeronautica, ulteriormente modificata con il Decreto legislativo 151/2006. La riforma ha aggiornato ed adeguato alle reali condizioni di mercato la normativa sugli aeroporti e le gestioni aeroportuali (disciplinando finalmente le concessioni totali), il regime amministrativo dei mezzi, le funzioni di polizia e di vigilanza assegnate all'ENAC (precedentemente assegnate al Direttore di aeroporto), i servizi aerei ed aeroportuali, le responsabilità dei soggetti operanti nel settore, dando all'Enac la possibilità di assolvere più fluidamente i suoi compiti, nel pieno rispetto della normativa comunitaria e internazionale, individuata quale autorità di vigilanza, con competenza sulla attività di regolazione, controllo e certificazione. All'ENAV è stata affidata la fornitura di servizi di navigazione aerea. Il Codice ora prevede la definizione delle funzioni principali del gestore aeroportuale, che deve essere adeguatamente certificato dall'autorità unica.

La disciplina sulle gestioni aeroportuali è stata introdotta della legge 24 dicembre 1993, n.537, il cui articolo 10 ha previsto l'istituzione di apposite società di capitali per la gestione dei servizi e per la realizzazione e gestione delle infrastrutture di aeroporti, gestiti anche in parte dallo Stato, aperte alla partecipazione delle Regioni e degli enti locali interessati.

La stessa norma ha chiarito che l'affidamento in concessione della gestione alle società costituite ai sensi dell'articolo 10, comma 13, dev'essere effettuato con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con i Ministri del tesoro, delle finanze e dei lavori pubblici, sulla base di un programma di interventi, corredato da piano economico-finanziario. La durata della concessione può superare i limiti temporali di cui all'articolo 694 del Codice della Navigazione, in relazione al piano degli investimenti, fino ad un limite massimo di quaranta anni.

In ogni caso, l'affidamento in concessione della gestione alle società è stato subordinato alla verifica da parte del Ministro dei Trasporti e della Navigazione del rispetto di una serie di condizioni quali l'assunzione del personale già dipendente dal precedente gestore e l'applicazione del Contratto collettivo Nazionale di Lavoro Aeroportuale ovvero, qualora ne ricorrano i presupposti del contratto collettivo per i servizi accessori, anche sulla base delle disposizioni di cui al comma 12 dell'articolo 10 della legge n. 537/1993.

Le condizioni e i limiti delle autorizzazioni sono stabilite dal Ministro dei trasporti e della navigazione al fine di salvaguardare i livelli qualitativi delle prestazioni offerte agli utenti. la sicurezza dell'attività aeroportuale, l'affidabilità economica delle gestioni.

L'art. 17 del D.L. n. 67/1997 recante disposizioni urgenti in tema di occupazione - convertito dalla legge n. 135/97 – ha, inoltre, previsto la possibilità della anticipata occupazione del demanio aeroportuale stabilendo che in attesa del rilascio della concessione globale, il Ministro dei Trasporti può autorizzare, su richiesta, i soggetti titolari di gestioni parziali aeroportuali, anche in regime precario, all'occupazione ed all'uso dei beni demaniali rientranti nel sedime aeroportuale.

Il Ministero dei Trasporti, con decreto n.521/97, ha emanato il Regolamento previsto dall'articolo 10, comma 13, della L. n. 537/93, relativo alla costituzione di società di capitali per la gestione totale degli aeroporti ed ai criteri per l'affidamento della relativa concessione, disciplinata attraverso una convenzione-tipo che ha ad oggetto la progettazione, lo sviluppo, la realizzazione, l'adeguamento, la gestione, la manutenzione e l'uso degli impianti e delle infrastrutture aeroportuali comprensivi dei beni demaniali così come stabilito dalla Circolare ANAC del 20 ottobre 1999 n. 12479.[2]

5. La Convenzione per l'affidamento della concessione.

La Convenzione disciplina la responsabilità in capo al concessionario della conduzione e della manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili, degli impianti e delle infrastrutture concernenti l'attività di gestione anche tramite l'affidamento in sub-concessione di aree e locali destinati alle attività aeronautiche.

La società di gestione eroga con continuità e regolarità, nel rispetto del principio di imparzialità e secondo le regole di non discriminazione dell'utenza, i servizi di propria competenza e garantisce idonei "standard" di servizio offerti all'utenza e provvede a corrispondere il canone annuo di concessione determinato ai sensi dell'art 2, comma 188, L. n. 662/96.

I proventi della concessionaria sono così articolati: i diritti per l'uso degli aeroporti di cui alla L. n. 324/76, la tassa di imbarco e sbarco sulle merci trasportate per via aerea di cui alla L. n. 117/74, le entrate derivanti dall'esercizio dell'attività aeroportuale, diretta o indiretta, nonché dalla utilizzazione delle aree del sedime aeroportuale e dal loro sfruttamento economico da parte di terzi.

2 L'art. 5 del D.Lgs. n.85 del 2010 (legge sul federalismo demaniale) ha previsto il trasferimento degli aeroporti di interesse regionale e locale appartenenti al demanio aeronautico (che non siano di interesse nazionale) ai rispettivi enti locali: Regioni, Province, Comuni e Città metropolitane.

La concessione della gestione totale dell'aeroporto comporta il trasferimento in uso alla concessionaria delle aree, degli immobili e degli impianti facenti parte del sedime aeroportuale; le opere realizzate dalla concessionaria o da terzi sul sedime aeroportuale si considerano di proprietà dei soggetti che le hanno realizzate sino al termine dell'affidamento della gestione aeroportuale. Ovviamente, lo Stato, al termine della concessione, riacquisisce la piena proprietà degli immobili, degli impianti fissi e delle altre opere comunque realizzate dalla concessionaria o da terzi sul suolo demaniale dell'aeroporto. I beni mobili e le attrezzature acquistati con proprie disponibilità finanziarie nel periodo di affidamento della concessione rimangono in proprietà dell'acquirente salvo il diritto dell'E.N.A.C. di acquisirli in tutto o in parte al valore corrente di mercato.

La società di gestione mette a disposizione gratuitamente i locali e le aree necessarie all'espletamento dei compiti dell'E.N.A.C. e degli altri soggetti pubblici istituzionalmente presenti in aeroporto impegnandosi ad effettuare, su richiesta, la manutenzione ordinaria e straordinaria nonché a provvedere alla conduzione degli impianti ed alle relative forniture. In tutti gli altri casi il corrispettivo dovuto alla concessionaria è determinato dall'E.N.A.C, tenuto conto del costo di realizzazione e del valore commerciale dei beni, nonché sono posti a carico dell'Amministrazione richiedente gli oneri per manutenzione, somministrazione e servizi.

In caso di rinuncia del concessionario o di revoca del concedente, qualora risultassero beni non completamente ammortizzati, l'E.N.A.C. o il subentrante provvedono a rimborsare alla concessionaria il valore delle opere realizzate con fondi della medesima nei limiti della quota di valore residuo.

L'E.N.A.C., con provvedimento motivato, emesso previa diffida, dispone la revoca della concessione nelle seguenti ipotesi: a) casi previsti dal codice della navigazione; b) gravi ovvero reiterate violazioni della disciplina relativa alla sicurezza; c) mancata presentazione del Piano regolatore di aeroporto nei termini; d) mancato ed immotivato rispetto del programma di intervento e del piano degli investimenti; e) grave e immotivato ritardo nell'attuazione degli stessi; f) verificarsi di eventi da cui risulti che la concessionaria non si trova più nella capacità di gestire l'aeroporto.

L'E.N.A.C. dichiara, inoltre, senza previa diffida, la decadenza automatica della concessione nelle seguenti ipotesi: a) ritardo per più di dodici mesi nel pagamento del canone; b) dichiarazione di fallimento della concessionaria. Alla concessionaria decaduta non spetta alcun rimborso per le opere eseguite né per le spese sostenute. L'E.N.A.C., ove non ritenga di dover dichiarare la decadenza della concessione, ha la facoltà di applicare a carico della concessionaria una sanzione pecuniaria fino all'importo massimo del 50% del canone concessorio.

La materia dei diritti per l'uso degli aeroporti aperti al traffico aereo civile è disciplinata dalla Legge n. 324/1976 in base alla quale il movimento degli aeromobili privati e delle persone negli aeroporti nazionali aperti al traffico aereo civile è assoggettato al pagamento alla Pubblica Amministrazione o alla società concessionaria dei diritti di approdo, partenza, sosta, ricovero per gli aeromobili e imbarco per i passeggeri.

A tali diritti va aggiunta la tassa di imbarco e sbarco merci prevista dalla Legge n. 117/1974. In virtù del D.M. 24 marzo 1994, non è dovuto alcun diritto da parte delle compagnie aeree in relazione ai voli postali notturni.

Allo stato attuale la maggior parte degli aeroporti italiani sono stati affidati in concessione totale tramite convenzioni a diverse società.

L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, nella sua indagine sulla gestione aeroportuale in Italia riferisce che " *alla luce di tutte le considerazioni che precedono, dall'analisi relativa alle modalità con le quali sono state rilasciate le concessioni di gestione*

aeroportuale è emerso che la gran parte delle concessioni sino ad ora assegnate è stata affidata per un periodo di 40 anni senza ricorrere alla procedura concorsuale, come sarebbe previsto, in linea generale, dalla legge 537/1993. Gli attuali gestori degli aeroporti italiani non hanno espletato alcuna procedura di evidenza pubblica per ottenere il rilascio della concessione totale, che è stata concessa o con leggi ad hoc o sulla base del DM 521/97 che mira ad una progressiva sostituzione delle gestioni parziali con gestioni totali (da operarsi in via prioritaria tramite affidamento diretto e solo in via residuale tramite gara ad evidenza pubblica). Allo scadere delle convenzioni in corso (la prima scade nel 2027) si dovrà provvedere all'affidamento della gestione dei vari aeroporti mediante gara pubblica secondo le sopra descritte disposizioni del Codice della Navigazione".

Numerose le pronunce in merito, come ad esempio la Deliberazione ANAC n. 20 Adunanza del 12 novembre 2014, avente ad oggetto la verifica di legittimità di una procedura ad evidenza pubblica per la sottoscrizione da parte del Comune di Comiso, con pagamento di sovrapprezzo, di azioni di nuova emissione della SO.A.CO. spa, società per la gestione dell'aeroporto di Comiso, pari al 51% del capitale sociale. Dall'esame del procedimento era emerso che la procedura de qua – pur essendo finalizzata all'individuazione dell'azionista privato di maggioranza di una società (SO.A.CO. spa), già titolare della concessione del servizio di gestione aeroportuale - non si era svolta secondo le modalità della gara a doppio oggetto. In particolare, la procedura per la sottoscrizione di azioni di nuova emissione pari al 51% del capitale sociale della SO.A.CO. spa, non era conforme agli articoli 2 e 3 del decreto del Presidente della Repubblica 16 settembre 1996, n. 533, in quanto l'aggiudicazione era avvenuta in favore della miglior offerta a rialzo sul prezzo delle azioni, senza prevedere alcun confronto competitivo sulle modalità di gestione del servizio.

Ancora più rilevante è la pronuncia dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sul perimetro dell'oggetto delle concessioni aeroportuali con riferimento alla distinzione fra attività *aviation* e attività *no aviation*. L'ANAC si è espressa in merito in occasione di una pronuncia sulla concessione degli aeroporti di Fiumicino e Ciampino, con particolare riguardo al regime dei beni destinati ai servizi commerciali, assunta con Delibera n. 758 del 13 luglio 2016.La pronuncia maturava a seguito dell'esposto dell'Associazione FuoriPISTA con cui si contestava l'assenza di una procedura competitiva nell'individuazione del concessionario, considerando di conseguenza illegittima la proroga della concessione in essere, nonché le modalità di finanziamento delle opere previste nell'Atto Unico di Convenzione e nel Contratto di Programma, e dei connessi sistema degli aumenti tariffati che favorirebbero, a loro dire, in chiave concorrenziale, la posizione del gestore aeroportuale, monopolista naturale. Con l'esposto si contestava altresì il calcolo degli indennizzi e delle penali in caso di revoca per ragioni di interesse pubblico, risoluzione o decadenza per grave inadempimento del concessionario. Orbene, l'ANAC ha statuito la propria incompetenza ad esercitare la vigilanza sulle modalità di affidamento delle subconcessioni delle aree destinate allo svolgimento di attività commerciali in aeroporto, venendo meno in tale attività la natura pubblicistica del concessionario, non essendo le attività commerciali riconducibili alla nozione di "concessione di servizi" e neppure a quelle "strumentali" contemplate all'art.213 del previgente Codice dei Contratti, pertanto gli affidamenti delle stesse rimarrebbero del tutto estranei all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica. Pertanto, l'affidamento ad un soggetto terzo di una porzione di bene demaniale per la sua utilizzazione economica sostanzierebbe non già una subconcessione, quanto piuttosto un contratto privatistico di affitto di bene a vocazione commerciale. L'ANAC pertanto deliberava che *"la concessione aeroportuale non concerne solamente le infrastrutture deputate alla navigazione aerea ma attiene altresì alle aree e ai locali destinati ad attività non aeronautiche e che, conseguentemente, tutte le attività per il quale il bene va in assegnazione rientrano tutte, per le ragioni sovra esposte, nell'oggetto del rapporto concessorio; le attività non aeronautiche richiamate e*

titolo meramente esemplificativo dal considerando 25 della Direttiva 2014/23/UE e, tra queste, il servizio ristorazione, sono definite e classificabili come integrative del servizio ai passeggeri; gli affidamenti in subconcessione di locali e aree per lo svolgimento di attività commerciali vanno sottoposti a procedura di evidenza pubblica, secondo le regole ed i principi del diritto comunitario e della pertinente disciplina del diritto interno."

Tale orientamento all'epoca dei fatti era suffragato da copiosa giurisprudenza, vedasi la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 25 maggio 2015, n. 2639 e Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 18 aprile 2016, n. 7663, che definivano i servizi di natura commerciale contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria, ma oggi si deve tener conto della Direttiva 2014/23 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Sull'argomento si è espresso il Tar Catanzaro, con la sentenza n. 75 del 19 gennaio 2017: "*Le concessioni di gestioni aereoportuali non costituiscono un settore speciale, sottratto in quanto tale dall'ambito di operatività del nuovo Codice dei contratti pubblici, nel quale non si rinviene alcuna norma dalla quale desumere una "sottrazione" per specialità dell'intero comparto delle concessioni aeroportuali dalla sua sfera di applicazione*".

Nel caso di specie l'ENAC aveva indetto una procedura aperta, articolata in due lotti, per l'affidamento in concessione della gestione totale di due aeroporti per una durata trentennale e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il bando di gara era stato impugnato da una società per azioni a totale partecipazione pubblica operante nel settore che aveva contestato, oltre all'eccessiva restrizione dei requisiti di ammissione economico-finanziari richiesti per la presentazione delle offerte, la mancata indicazione, nel bando e nel disciplinare di gara, del valore della gara, nonché la mancata indicazione dei parametri utilizzati per il suo calcolo.

L'ENAC spa aveva sostenuto la non applicabilità, alle concessioni di gestione aereoportuali, del codice dei contratti pubblici, indicando quale normativa di riferimento gli artt. 704 e 705 del Codice della Navigazione.

Come evidenziato dai giudici amministrativi tale tesi, autorevolmente sostenuta nella vigenza del d.lgs. 163/2006, in cui mancava una disciplina specifica per i contratti di concessione, salvo il rinvio ai principi generali di cui all'articolo 30 del medesimo d.lgs. 163/2006, non è confortata dall'attuale quadro normativo di derivazione euro unitaria.

Va osservato, infatti, che l'articolo 704 del Codice della Navigazione concernente le concessioni di servizi aventi ad oggetto la gestione di aeroporti, prevede che il provvedimento concessorio sia adottato all'esito di una selezione effettuata tramite procedura di gara ad evidenza pubblica secondo la "normativa comunitaria".

A tal proposito il d.lgs. 50/2016 determina, con precise disposizioni, il suo ambito oggettivo di applicazione, specificando le tipologie di contratti esclusi (titolo II del d.lgs. 50/2016, in particolare artt. 17 e 18 concernenti esclusioni specifiche per alcune tipologie di concessioni di servizi) e prevede norme peculiari per particolari concessioni (articolo 178, sulle concessioni autostradali).

Sulla natura giuridica delle società concessionarie e sulla loro qualificazione giuridica ai fini della assoggettabilità al Codice dei Contratti pubblici si è successivamente pronunciato il Consiglio di Stato con una Sentenza concernente l'aggiudicazione in subconcessione da parte di Aeroporti di Roma spa di alcune aree finalizzate alla realizzazione e gestione di locali destinati ad attività di cambiavalute negli aeroporti di Fiumicino e Ciampino[3]. Il Consiglio di Stato ha ribadito

3 Consiglio di Stato, Sez. V, 12/12/2018 n. 7031 *"...Ciò posto deve ritenersi che AdR non possa essere qualificata come organismo di diritto pubblico perché priva del requisito di cui al punto 1) del menzionato art. 3 (c.d. requisito teleologico), non risultando la stessa costituita "per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale" (esclude espressamente che AdR possa essere qualificata come organismo di*

l'orientamento giurisprudenziale, sia nazionale che euro unitario, teso a non individuare le concessionarie di aeroporti quali organismi di diritto pubblico, ricomprendendoli altresì nella categoria degli "enti aggiudicatori" di cui al punto 1.2. dell'art. 3, lett. e) al codice dei contratti pubblici che contempla quei soggetti che "pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 115 a 121 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente".
Quanto alla Delibera ANAC n.758 del 2016 richiamata nella riformata sentenza del TAR Lazio, il Consiglio di Stato evidenziava che *"è sufficiente rilevare che la stessa è priva di qualunque valore vincolante per il giudice"*.

6. I diritti aeroportuali e le competenze dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti.

La Direttiva 2009/12/CE ha disciplinato la materia dei diritti aeroportuali per gli aeroporti aperti al traffico commerciale e il cui volume di traffico annuale supera la soglia di 5 milioni di movimenti passeggeri e all'aeroporto con il maggior traffico passeggeri in ciascun stato membro.

In Italia, ai sensi della Direttiva e del Decreto-legge 24 gennaio 2012, n.1, artt. da 71 a 82, è stata individuata l'Autorità di Regolazione dei Trasporti quale Autorità di Vigilanza incaricata di assicurare la corretta applicazione delle misure adottate.

L'Autorità deve garantire ai vettori aerei condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture aeroportuali da parte dei gestori aeroportuali e di conseguenza la sua regolazione economica *ex ante* deve essere elaborata secondo metodologie improntate alla equità e ragionevolezza che incentivano la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il

diritto pubblico Cass. Civ., SS.UU., 18 aprile 2016, n. 7663). Osta al riconoscimento del requisito in questione la circostanza che la società, operante in un mercato concorrenziale, sia gestita secondo criteri di efficacia e redditività tipici dell'imprenditore privato e con assunzione del rischio di impresa. Il costante orientamento giurisprudenziale, sia nazionale sia eurounitario è nel senso che l'organismo di diritto pubblico si caratterizza per il suo asservimento al soddisfacimento di esigenze di interesse generale che persegue lasciandosi "guidare da considerazioni diverse da quelle economiche", quand'anche parte della sua operatività sia svolta sul mercato (Cons. Stato, V, 18 dicembre 2017, n. 5930; 26 luglio 2016, n. 3345, 30 gennaio 2013, n. 570; Cass. Civ., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25770; 9 maggio 2011, n. 10068 e 7 aprile 2010, n. 8225; Corte Giustizia UE 5 ottobre 2017, C-567/15; 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99 e 10 novembre 1998, C-360/96). Dirimente è allora l'ambito di mercato nel quale AdR si trova ad operare. Come infatti poc'anzi accennato, la figura dell'organismo pubblico non ricorre allorché il soggetto eserciti la sua missione in un contesto economico concorrenziale con i privati e non usufruisca di misure pubbliche che lo preservino dal rischio di impresa. Orbene AdR è una società privata che agisce, sopportando il connesso rischio d'impresa, in un mercato concorrenziale, quale deve indubbiamente ritenersi quello tra scali aeroportuali, nel quale i diversi gestori si confrontano mirando ad incentivare l'afflusso di vettori aerei (e quindi di passeggeri), attraverso la leva dei servizi offerti e dei diritti aeroportuali. Ed invero è incontestabile che la gestione di un'infrastruttura quale un aeroporto incontra un'offerta di servizi di carattere commerciale proveniente dagli operatori del settore - in primis le compagnie aeree e quindi gli utenti di queste ultime - suscettibile di essere assicurata in condizioni di equilibrio economico, senza la necessità di sovvenzioni pubbliche. Per altro verso è del pari evidente che la conduzione di un aeroporto si colloca nell'ambito di un mercato di stampo concorrenziale, nel quale il singolo operatore si trova a competere con i gestori di aeroporti vicini aventi caratteristiche simili, sui quali la domanda dei vettori aerei può indirizzarsi. Nel descritto quadro diventa allora irrilevante che la società sia stata costituita per soddisfare un interesse di carattere generale quale è quello alla mobilità, perché ciò che assume preminenza è la modalità con cui il detto bisogno viene perseguito. AdR va, pertanto, ricompresa nella categoria degli "enti aggiudicatori" di cui al punto 1.2. dell'art. 3, lett. e) al codice dei contratti pubblici che contempla quei soggetti che "pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 115 a 121 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente".

contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, in orientamento con la media europea dei diritti.

L'ART ha così adottato sin dal 2014 i "Modelli di regolazione dei diritti aeroportuali"; con delibera n.136/2020 cui ha disciplinato le procedure di revisione dei diritti, il pricing ed il monitoraggio e adeguamento annuale nel corso del periodo tariffario.

La disciplina è stata sviluppata con apposita duplice modellistica con riferimento ad aeroporti con traffico superiore ad un milione di passeggeri, piuttosto che ad aeroporti con traffico pari o inferiore ad un milione. Sono stati altresì individuati principi e criteri per la regolazione di reti e sistemi aeroportuali, ed in ultimo è stata disciplinata la contabilità regolatoria.

I Modelli son strutturati sulla base di quattro principali chiavi di lettura, in primo luogo la maggiore trasparenza e possibilità di controllo sugli investimenti programmati per il periodo quadriennale oggetto di regolazione (differente rispetto al settore autostradale e ferroviario improntato a durata quinquennale); in secondo luogo è prevista la facoltà del gestore di chiedere alla Autorità il riconoscimento di un rendimento aggiuntivo (anche temporaneo e subordinato a condizioni) a garanzia di investimenti sull'innovazione tecnologica, sulla sicurezza, sulla tutela ambientale e sulla qualità dei servizi. In terzo luogo, è prevista l'introduzione di un "tasso di produttività potenziale" per la valutazione dell'efficienza delle gestioni, reso pubblico e sottoposto agli utenti in sede di consultazioni, al fine di definire con gli stessi un "tasso di efficienza reale", il cui scostamento da quello potenziale è sottoposto ad uno specifico onere di motivazione. In quarto luogo i Modelli offrono una base regolatoria specifica per le reti ed i sistemi aeroportuali (es. sistema laziale, lombardo e pugliese) ispirate a finalità di promozione della coesione territoriale e razionalizzazione del traffico ai sensi della Direttiva 2009/12, considerando 5 e 6.

Da ultimo, ai sensi dell'art.10 della L.3 maggio 2019, n.37, L'ART svolge funzioni di regolazione economica e vigilanza per tutti gli aeroporti nazionali, inclusi quelli regolati con contratti di programma "in deroga" degli aeroporti di Roma-Fiumicino e Roma-Ciampino, Milano-Malpensa e Milano-Linate e Venezia per i quali sono tuttora vigenti i contratti stipulati dalle relative società di gestione e ENAC (in merito quest'ultima conserva le competenze sulla programmazione economica degli investimenti contenuta nei Master Plan, sulla gestione del demanio e sulla regolazione tecnica).

La normativa in deroga si applica quindi, come giustamente osservato dalla Autorità Anticorruzione, ad aeroporti ai quali, tenuto conto dell'elevato volume di traffico, sono richiesti ingenti investimenti infrastrutturali, e necessita quindi di assicurare al gestore la certezza delle entrate necessarie per la finanziabilità degli investimenti.

L'Autorità Anticorruzione ha criticato però il metodo di determinazione tariffaria delle attività non *aviation.* Per tali scali l'ART adotta gli stessi modelli sui diritti aeroportuali attraverso la sottoscrizione di atti aggiuntivi ai contratti di programma.

Si legge nel Settimo Rapporto Annuale al Parlamento dell'ART del 24 luglio 2020 "*In esito alle attività di regolazione di settore che l'Autorità ha espletato a partire dal 2014, 20 dei 45 aeroporti nazionali aperti al traffico di aviazione commerciale che, stando ai dati ENAC, movimentano il 48% del traffico totale di passeggeri, applicano tariffe elaborate sulla base dei modelli approvati dall'Autorità. Dei 25 restanti, 19 registrano un volume di traffico di passeggeri inferiore al milione all'anno, 1 aeroporto registrano un traffico di passeggeri compreso tra 1 e 3 milioni di passeggeri, e 5 sono oggetto di contratti di programma in deroga non ancora sottoposti a revisione dei diritti dopo l'entrata in vigore della l. n. 37/2019 citata. In applicazione dei modelli vigenti, l'Autorità verifica che le proposte presentate dai gestori nell'ambito dei procedimenti di revisione dei diritti aeroportuali siano conformi alle misure di regolazione e vigila sul corretto svolgimento della procedura di consultazione degli utenti, partecipando alle audizioni indette dai gestori. Nel corso*

dell'istruttoria, può segnalare problematiche di carattere tecnico-economico per le quali sono necessari chiarimenti che il gestore può fornire anche nell'ambito di un'audizione. Alla luce delle risultanze istruttorie, in molti casi l'Autorità rileva che la proposta di revisione risulta conforme al modello pertinente a condizione dell'applicazione di specifici correttivi e prescrizioni, e conseguentemente emana una delibera di conformità condizionata. L'esito positivo dell'esame di una proposta del gestore emendata sulla base dei predetti correttivi e prescrizioni può portare ad una dichiarazione di conformità definitiva. Per gli scali di Pisa, Firenze, Bologna, Torino, Trieste, Palermo, Cagliari, Olbia, Verona e Genova, si è già concluso un primo periodo tariffario in cui i corrispettivi sono stati determinati sulla base dei modelli predisposti dall'Autorità, ed è in corso il secondo. La tabella che segue presenta in forma sintetica i procedimenti di revisione dei diritti aeroportuali condotti nel periodo di riferimento. Ad essi si aggiungono quelli relativi all'aeroporto di Parma ed alla Rete aeroportuale pugliese che, in ragione delle rispettive peculiarità, sono di seguito descritti in maggiore dettaglio"[4].

Tabella 1. Procedimenti di revisione dei diritti aeroportuali

Aeroporti	Periodo tariffario	N° delibera di avvio	N° delibera di conformità con correttivi	N° delibera di conformità definitiva
Firenze	2019-2022			94/2019
Treviso	2019-2022		95/2019	126/2019
Bologna	2020-2023	96/2019	132/2019	1/2020
Trieste	2020-2023	97/2019	133/2019	2/2020
Torino	2020-2023	121/2019	145/2019	12/2020
Palermo	2020-2023	3/2020	80/2020	
Cagliari	2020-2023	13/2020		
Genova	2020-2023	14/2020		
Verona	2020-2023	15/2020		
Olbia	2019-2022	31/2020		

4 fonte ENAC, dati di traffico aeroportuale 2019 all'indirizzo Internet: https://www.enac.gov.it/trasporto-aereo/compagnie-aeree/datidi-traffico/dati-di-traffico-aeroportuale-2019-tabelle-apt-gra

***Overview* dell'attività di regolazione e vigilanza di ART nel settore aeroportuale**

Stato della regolazione	# aeroporti	Aeroporti	Tot pax 2018	Share pax 2018
Revisione tariffaria con Modelli ART – secondo ciclo	7	Pisa, Firenze, Bologna, Torino, Trieste, Parma, Palermo	28.164.247	15,24%
Revisione tariffaria con Modelli ART – primo ciclo	13	Bergamo, Napoli, Catania, Bari, Cagliari, Verona, Treviso, Olbia, Lamezia Terme, Brindisi, Genova, Taranto, Foggia	58.232.189	31,51%
In attesa di prima applicazione Modelli ART	17	Alghero, Cuneo, Bolzano, Trapani, Comiso, Pantelleria, Lampedusa, Reggio Calabria, Crotone, Perugia, Ancona, Pescara, Grosseto, Elba, Salerno, Rimini, Brescia	4.863.751	2,63%
Vigilanza su aeroporti «in deroga»	5	Roma Fiumicino/Ciampino, Milano Linate/Malpensa, Venezia	93.550.662	50,62%
Totale complessivo	42		184.810.849	100,00%

Fonte: ART, Audizione del 4 febbraio 2020 alla Camera dei Deputati, IX Commissione Trasporti

7. La risoluzione delle controversie sui diritti aeroportuali 2020.

La direttiva 2009/12/CE prevede espressamente le modalità di risoluzione delle controversie sui diritti aeroportuali fra gestori e utenti che possono *"rivolgersi in ultima istanza ad un'autorità di vigilanza indipendente ogniqualvolta una decisione sui diritti aeroportuali o sulla modifica del sistema di tariffazione è contestata dagli utenti dell'aeroporto" (Considerando 11).* La Direttiva dispone che, in caso di disaccordo l'Autorità *"…esaminerà le motivazioni che corredano la proposta di modifica del sistema o dell'ammontare dei diritti aeroportuali" (articolo 6, paragrafo 3)*[5].

Secondo i Rapporti Annuali dell'Autorità al Parlamento, si legge nella relazione presentata dalla Autorità in occasione della Audizione alla Commissione Trasporti della Camera dei Deputati del 4 febbraio 2020, *"nel periodo 2015-2019 gli aeroporti regolati sulla base dei Modelli hanno registrato una*

5 *L'accordo sulle proposte presentate dai gestori degli aeroporti di Milano Malpensa e Venezia Marco Polo. Trattandosi di aeroporti con contratti di programma c.d. "in deroga", si è ritenuto di esaminare tali istanze nel rispetto delle disposizioni direttamente ap* Con riferimento agli aggiornamenti dei diritti aeroportuali per il 2020, si legge nel Settimo Rapporto Annuale al Parlamento "*alcune associazioni rappresentative degli utenti aeroportuali hanno avanzato un'istanza di risoluzione della controversia per mancato applicabili della direttiva 2009/12/CE e dei principi desumibili dalle norme nazionali di settore, nonché della disciplina convenzionale in vigore. Così, con riferimento all'istanza presentata dall' Italian board of airline representatives (IBAR) nei confronti della proposta di SEA in relazione all'aeroporto di Milano Malpensa, si è ritenuto che la stessa non fosse opportunamente giustificata e adeguatamente documentata; conseguentemente, il reclamo è stato respinto in fase preistruttoria nei termini di cui all'articolo 11, paragrafo 6, lettera b) della direttiva 2009/12/CE. Avuto riguardo, invece, all'istanza presentata da IBAR a seguito del mancato accordo con il gestore aeroportuale dell'aeroporto Marco Polo di Venezia, avendo ritenuto l'istanza ricevibile ed ammissibile in quanto opportunamente giustificata e adeguatamente documentata, l'Autorità ha avviato il relativo procedimento di definizione della controversia (delibera del 13 dicembre 2019, n. 175)16 . Il procedimento si è concluso con la prescrizione al gestore di ricalcolare e mettere in consultazione i diritti per il 2020 utilizzando il tasso di inflazione programmata come risultante dal Documento programmatico di bilancio 2020 e di applicare temporaneamente il valore dei diritti emerso dalla precedente consultazione, da sottoporre a conguaglio entro il 31 dicembre 2020 (delibera n. 90/2010 del 7 maggio 2020)."*

crescita del traffico e una diminuzione dei costi a volo unitario medio (ad un livello inferiore rispetto a quello degli aeroporti in deroga) consentendo al contempo l'avvio di investimenti approvati in linea tecnica dall'ENAC per importi significativi".

L'ART ha attivato i primi procedimenti sanzionatori a carico dei gestori in materia di diritti aeroportuali. In particolare, l'ART ha svolto un procedimento nei confronti di SOACO spa conclusosi con delibera n.18/2018, nonché analogo procedimento nei confronti della Società dell'Aeroporto di Treviso spa avviato con delibera n.91/2018, per non essersi attenuta alla disciplina di cui all'art.76, commi 2 e 3, e 80, comma 1, del decreto legge n.1/2012, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n.27[6], nonché al modello di regolazione applicabile all'Aeroporto di Comiso (allegato 3 alla delibera dell'ART n.64/2014, cui è subentrato, dal 7 luglio 2017, l'allegato A3 della delibera n.92/2017), con riferimento al previo esperimento della procedura obbligatoria di consultazione degli utenti aeroportuali nella determinazione dei diritti aeroportuali; il procedimento si è concluso con la prescrizione di svolgere tempestivamente la consultazione degli utenti aeroportuali.

Un ulteriore rilevante procedimento sanzionatorio è stato svolto nei confronti di SOGEAP spa con delibera dell'Autorità n. 117/2019, relativo all'inottemperanza alle prescrizioni di cui alla delibera n. 6/2019 del 25 gennaio 2019, recante l'attivazione di una nuova procedura di revisione dei diritti aeroportuali in conformità al modello tariffario n. 3 approvato con delibera n. 92/2017"; la Società aveva presentato la proposta d'impegni disciplinata dall'articolo 8, comma 2, del Regolamento per lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori, approvato con delibera n. 57/2015, del 22 luglio 2015, volta a ottenere la chiusura del procedimento avviato senza l'accertamento dell'infrazione, ma tale proposta, a giudizio dell'Autorità, si esauriva nel tardivo adempimento di obblighi di cui alle delibere dell'Autorità (delibera n. 6/2019 e delibera n. 92/2017), e veniva pertanto dichiarata inammissibile, ai sensi dell'articolo 9, comma 2, lett. e) del Regolamento[7],

6 I commi 2 e 3 dell'articolo 76, dispongono: "2. Il gestore, individuato il modello tariffario tra quelli predisposti dall'Autorità ai sensi del comma 1 e determinato l'ammontare dei diritti, previa consultazione degli utenti degli aeroporti, lo sottopone all'Autorità di vigilanza che verifica ed approva entro quaranta giorni la corretta applicazione del modello tariffario e del livello dei diritti aeroportuali in coerenza anche agli obblighi di concessione. 3. È istituita una procedura obbligatoria di consultazione tra il gestore aeroportuale e gli utenti dell'aeroporto, che possono essere rappresentati da referenti con delega o dalle associazioni di riferimento. Sulla base della stessa procedura, il gestore garantisce lo svolgimento di una consultazione periodica, almeno una volta all'anno, dell'utenza aeroportuale"; L'articolo 80, che, tra l'altro, prevede al comma 1, lettera b): "L'Autorità di vigilanza controlla che nella determinazione della misura dei diritti aeroportuali, richiesti agli utenti aeroportuali per l'utilizzo delle infrastrutture e dei servizi forniti dal gestore in regime di esclusiva negli aeroporti, siano applicati i seguenti principi di: (…) b) consultazione degli utenti aeroportuali";

7 Art. 8 - Presentazione degli impegni e istruttoria 1. A pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione di avvio del procedimento con cui l'Autorità intende adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione ai sensi dell'art. 37, comma 3, lett. f) del decreto istitutivo, le parti possono proporre impegni idonei a rimuovere le contestazioni avanzate, che l'Autorità può decidere di rendere obbligatori, chiudendo così il procedimento senza accertare l'infrazione. 2. La proposta di impegni, a pena di irricevibilità. deve essere redatta per iscritto secondo l'apposito schema pubblicato sul sito dell'Autorità, ed inviata tramite l'indirizzo di posta elettronica certificata dell'Autorità, e contenere in dettaglio gli obblighi che l'operatore si dichiara disposto ad assumere, i costi previsti ed i relativi tempi di attuazione. La comunicazione di irricevibilità è effettuata dal responsabile del procedimento. 3. La tempestiva presentazione della proposta di impegni comporta l'interruzione dei termini del procedimento fino alla comunicazione della declaratoria di irricevibilità da parte del responsabile del procedimento ovvero fino alla data di notifica del provvedimento di inammissibilità o del provvedimento finale di cui all'articolo 9. 4. Della presentazione della proposta di impegni è data comunicazione ai soggetti partecipanti diversi dal proponente. 5. I terzi interessati possono presentare le proprie osservazioni scritte in merito agli impegni proposti entro e non oltre trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione degli stessi sul sito Internet dell'Autorità, secondo le modalità di cui al comma 2. La presentazione delle osservazioni di cui al comma 1 avviene, di regola, con modalità telematiche. 6. Scaduto il termine per la presentazione delle osservazioni di cui al comma 5, le osservazioni pervenute sono pubblicate sul sito

disponendo così il rigetto della suddetta proposta d'impegni e, per l'effetto, la prosecuzione del procedimento.

8. I contratti di programma.

Come già rappresentato, la Convenzione prevede la stipula di un Contratto di Programma. L'ENAC rappresenta l'Autorità di vigilanza per tali Contratti ai sensi della Direttiva 2009/12/CE. I Contratti stipulati, ai sensi dell'art. 1, comma 11 del D.L. 12 settembre 2014, n.133[8], convertito con

internet dell'Autorità a cura del responsabile del procedimento. I partecipanti al procedimento che intendono salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite devono presentare richiesta adeguatamente motivata. 7. Entro trenta giorni successivi alla pubblicazione di cui al comma 6, il soggetto proponente gli impegni può rappresentare per iscritto la propria posizione in merito alle osservazioni presentate dai terzi ed eventualmente introdurre modifiche accessorie agli impegni. Nel caso in cui si renda necessario, il responsabile del procedimento può chiedere ai soggetti interessati ulteriori informazioni ed elementi utili alla valutazione degli impegni. 8. L'Autorità dà conto delle osservazioni di cui al comma precedente nel provvedimento finale.
Art. 9 - Ammissibilità e verifica degli impegni 1. Il Consiglio sentito il responsabile del procedimento, con proprio provvedimento, se ne ricorrono le condizioni, dichiara ammissibile la proposta di impegni, disponendo altresì la pubblicazione della proposta di impegni sul proprio sito Internet, secondo modalità che tengano conto di eventuali esigenze di riservatezza. 2. Il Consiglio sentito il responsabile del procedimento, dichiara inammissibile la proposta di impegni di cui all'articolo 8, con proprio provvedimento nei seguenti casi: a) qualora risulti generica o presentata per finalità dilatorie: b) qualora la condotta contestata non sia cessata; c) in tutti i casi in cui gli impegni assunti siano manifestamente inutili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle disposizioni che si assumono violate; d) nel caso in cui le misure contenute nella proposta di impegni non siano altresì idonee a ripristinare l'assetto degli interessi anteriori alla violazione o ad eliminare, almeno in parte, eventuali conseguenze immediate e dirette della violazione; e) qualora gli impegni proposti consistano nel mero adempimento dell'obbligo violato; f) qualora l'Autorità, in funzione della particolare gravità della violazione contestata o dei precedenti provvedimenti sanzionatori dai quali possa desumersi la particolare inclinazione del soggetto alla commissione di illeciti amministrativi di competenza dell'Autorità, ritenga di dover procedere all'accertamento della violazione. 3. La decisione relativa all'ammissibilità degli impegni è comunicata al proponente gli impegni e ai soggetti intervenuti nel procedimento, nei trenta giorni successivi al termine di cui al comma 1. In caso di inammissibilità, il Consiglio dispone con provvedimento il rigetto della proposta di impegni e la prosecuzione del procedimento sanzionatorio. 4. In caso di giudizio di ammissibilità degli impegni, a seguito dell'istruttoria di cui all'articolo 8, commi 5 e seguenti, l'Autorità, con il provvedimento che dichiara ammissibili gli impegni e li approva, rende obbligatori gli impegni per il proponente e chiude il procedimento sanzionatorio senza accertare l'infrazione, salvo quanto disposto dal successivo comma 7. 5. Il provvedimento finale viene comunicato ai partecipanti al procedimento e pubblicato sul sito Internet dell'Autorità, secondo modalità che tengano conto di eventuali esigenze di riservatezza di dati e informazioni. 6. Qualora l'impresa contravvenga agli impegni assunti o il provvedimento finale di accoglimento di cui al comma 1 si fondi su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti, fornite dal proponente, l'Autorità riavvia il procedimento sanzionatorio secondo le procedure ordinarie e provvede all'avvio di ulteriore procedimento sanzionatorio conseguente alla suddetta violazione. 7. All'esito del procedimento di cui al comma 6, l'Autorità può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato dell'impresa inadempiente.
Art. 10 - Conclusione della fase istruttoria 1. L'Ufficio, al termine della fase istruttoria, valutati gli atti dei procedimento, può: a) proporre al Consiglio l'archiviazione del procedimento qualora ritenga insussistenti i presupposti di fatto e/o di diritto per comminare la sanzione; b) comunicare alle parti le risultanze istruttorie, previa delibera del Consiglio, qualora all'opposto ritenga sussistenti i presupposti per comminare la sanzione. La comunicazione delle risultanze istruttorie, che devono contenere in modo sintetico quanto emerso nel corso del procedimento e non possono anticipare la quantificazione della sanzione, deve prevedere il termine perentorio non superiore a venti giorni, per l'acquisizione di ulteriori memorie difensive. 2. II termine del procedimento di cui all'articolo 5, comma 2, lettera d) è sospeso dalla ricezione della comunicazione delle risultanze istruttorie di cui al comma 1, lettera b) del presente articolo sino alla trasmissione di eventuali memorie ovvero sino alla scadenza infruttuosa del termine di venti giorni.
8 11. Per consentire l'avvio degli investimenti previsti nei contratti di programma degli aeroporti di interesse nazionale di cui all'articolo 698 del codice della navigazione sono approvati, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da adottarsi entro centottanta giorni, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, che deve esprimersi improrogabilmente entro trenta giorni, i contratti di programma sottoscritti dall'ENAC con

modificazioni dalla L. 11 novembre 2014, n. 164 e ss.mm., tra l'ENAC e i gestori degli aeroporti di interesse nazionale disciplinano il Piano degli investimenti[9], il Piano economico e finanziario, le Previsioni di traffico e il Piano della qualità e della tutela ambientale.

L'ENAC è altresì competente per i Contratti di Programma "in deroga", stipulati ai sensi dell'art. 17, comma 34 bis del d.l. n. 78/2009, convertito con legge 03/08/2009 n.102, con i sistemi aeroportuali di Roma, Milano e con lo scalo di Venezia, nonché Autorità tecnica di settore preposta all'approvazione dei Piani di intervento, del traffico, della qualità e della tutela ambientale, ai fini della stipula dei Contratti di programma, ai sensi della L. 11 novembre 2014, n. 164 e ss.mm.

Per gli aeroporti che non hanno ancora stipulato un Contratto di Programma e sono in attesa di adottare il Modello tariffario di riferimento, predisposto dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti, si applica il livello dei diritti aeroportuali riportato nell'Allegato A al Decreto Ministeriale 259 del 30 maggio 2014

Per tutti gli aeroporti non ricompresi nell'Allegato A al Decreto Ministeriale 259 del 30 maggio 2014 si applicano:

- per i diritti di sosta e ricovero e di imbarco passeggeri, i livelli di cui agli artt. 2 e 3 del Decreto Ministeriale 14 novembre 2000;
- per i diritti di approdo e partenza, i livelli cui all'art. 1 del Decreto Ministeriale 372 del 14 ottobre 2013.

Lo schema di contratto di programma prevede l'obbligo di dare attuazione al Piano di investimenti mediante adozione periodica di un Piano Quadriennale degli Interventi articolato attraverso una relazione illustrativa sulle previsioni del traffico e una relazione sul piano economico finanziario. Il Contratto prevede la possibilità di revisione anticipata delle condizioni su richiesta delle parti.

L'ENAC accerta e verifica l'attuazione delle condizioni contrattuali e del piano di investimenti e. in caso di inadempimento, previa diffida, può irrorare sanzioni fino alla misura massima del due per cento degli importi dei ricavi complessivi della Società.

In merito alla clausola di rinuncia ad agire in giudizio inserita nello schema-tipo di contratto di programma dei gestori aeroportuali[10], il Consiglio di Stato si è espresso con una pronuncia tesa a riequilibrare i termini del rapporto concessorio fra le parti "*Nel caso delle gestioni aeroportuali il diritto*

---

i gestori degli scali aeroportuali di interesse nazionale. Per gli stessi aeroporti il parere favorevole espresso dalle Regioni e dagli enti locali interessati sui piani regolatori aeroportuali in base alle disposizioni del regolamento recante disciplina dei procedimenti di localizzazione delle opere di interesse statale di cui al decreto del Presidente della Repubblica 18 aprile 1994, n.383, e successive modificazioni, comprende ed assorbe, a tutti gli effetti, la verifica di conformità urbanistica delle singole opere inserite negli stessi piani regolatori. Il termine di centottanta giorni, di cui al primo periodo, decorre dalla data di stipulazione dei suddetti contratti.

9 Art.696 del Codice della Navigazione. Opere di pubblico interesse. La dichiarazione di pubblico interesse per le opere necessarie alla realizzazione ed all'ampliamento di aeroporti e di altri impianti aeronautici da destinare al servizio della navigazione aerea è fatta dall'ENAC ed è comunicata al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti il quale, sentito il Ministero dell'economia e delle finanze, può annullarla entro il termine di trenta giorni dalla data di ricezione.

Art.702. Progettazione delle infrastrutture aeroportuali. Ferma restando la normativa generale applicabile alla realizzazione di opere pubbliche, l'approvazione dei progetti di costruzione, di ampliamento, di ristrutturazione, di manutenzione straordinaria e di adeguamento delle infrastrutture aeroportuali, anche al fine di eliminare le barriere architettoniche per gli utenti a ridotta mobilità, è di spettanza dell'ENAC, anche per la verifica della conformità alle norme di sicurezza, nel rispetto delle funzioni di pianificazione, programmazione e di indirizzo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

10 Cons. St., sez. I, 20 novembre 2020, n. 1908 - (G.E.S.A.C. S.p.A.)contro CIPE), ENAC, Presidenza del consiglio dei ministri, il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per l'annullamento della delibera CIPE n. 67/2018 del 28 novembre 2018 avente ad oggetto "*Aeroporto di Napoli-Parere sul contratto di programma tra l'Ente nazionale aviazione civile (ENAC) e la società Gestione servizi aeroporti campani (G.E.S.A.C.) S.p.a*

di agire in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi legittimi è irrinunciabile, con la conseguenza che la clausola di rinuncia, inserita nello schema-tipo di contratto di programma, eccede i limiti fisiologici entro i quali la rinuncia può dirsi legittima".

9. Il Master Plan o Piano di Sviluppo Aeroportuale.

Tra gli obblighi della Convenzione stipulata con ENAC, il Concessionario si impegna alla redazione di un Piano di Sviluppo Aeroportuale o Master plan. I Master Plan rappresentano gli strumenti che individuano le principali caratteristiche degli interventi di adeguamento e potenziamento degli scali tenendo conto delle prospettive di sviluppo dell'aeroporto, delle infrastrutture, delle condizioni di accessibilità e dei vincoli imposti sul territorio. strumento di pianificazione tecnico-urbanistica dello sviluppo delle infrastrutture aeroportuali, di norma definito su un arco temporale di 10-15 anni, sulla base delle previsioni di crescita del traffico aereo, al fine di garantire il costante mantenimento dei livelli di sicurezza operativa e di qualità di servizio reso agli utenti. Il Piano degli Interventi è propedeutico alla redazione del Piano di Sviluppo aeroportuale. Il Master Plan è sottoposto a VIA ed è approvato dal Ministero delle Infrastrutture.

Il Consiglio di Stato ha rilevato che sebbene la normativa di settore (art. 1, comma 6, del d.l. n. 251 del 1995, conv. in l. n. 351 del 3 agosto 1995), non richieda né indichi espressamente che il Masterplan aeroportuale debba essere equiparato ad un progetto definitivo ai sensi della normativa vigente in materia di lavori pubblici, esso deve comunque essere corredato da tutti gli elementi progettuali ed ambientali necessari ad una completa valutazione degli impatti.[11]

Le soluzioni progettuali, relative ad aspetti qualificanti dell'opera e/o intervento sottoposto a valutazione di impatto ambientale, devono essere verificate ex ante, e quindi ai fini dell'espressione del giudizio di compatibilità ambientale e non già ex post in sede di verifica di ottemperanza alle prescrizioni.[12]

---

11 Cons. St., sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1164.

12 Ha ancora ricordato la Sezione che secondo la Corte di Giustizia UE, in considerazione della finalità della direttiva VAS, consistente nel garantire un livello elevato di protezione dell'ambiente, le disposizioni che delimitano il suo ambito di applicazione e, in particolar modo, quelle che enunciano le definizioni degli atti ivi previsti devono essere interpretate in senso ampio (Corte giustizia UE, sez. II, 7 giugno 2018, Thybaut e a., C –160/17, par.40; cfr. anche 27 ottobre 2016, D'Oultremont e a., C - 290/15, punto 40).

Se l'art. 5, paragrafo 3, della direttiva VAS prevede la possibilità di utilizzare le informazioni pertinenti ottenute nell'ambito di altri livelli decisionali o attraverso altre disposizioni della normativa dell'Unione, l'art. 11, paragrafo 1, di tale direttiva precisa che la valutazione ambientale effettuata ai sensi della stessa lascia impregiudicate le disposizioni della direttiva VIA. Pertanto "una valutazione dell'impatto ambientale effettuata a norma della direttiva VIA non può dispensare dall'obbligo di effettuare la valutazione ambientale prescritta dalla direttiva VAS allo scopo di rispondere ad innegabile che l'esistenza di un coerente quadro programmatico costituisca un fattore positivo ai fini della valutazione di impatto ambientale e che, viceversa, l'assenza di una valutazione strategica debba essere ragionevolmente considerata, quantomeno, quale elemento "critico". In tal senso, la IV Sezione (n. 2569 del 20 maggio 2014) ha già messo in luce che quando il progetto sia conforme alla localizzazione prevista dal Piano già oggetto di VAS "il progetto non dovrebbe, in linea di massima, essere inibito in ragione della sua già vagliata localizzazione". Nel più delicato caso in cui, invece, il progetto comporti variante localizzativa al Piano, la disposizione secondo cui "ferma restando l'applicazione della disciplina in materia di VIA, la valutazione ambientale strategica non è necessaria per la localizzazione delle singole opere" (art. 6 comma 12, d.lgs. n. 152 del 2006) deve interpretarsi nel senso che "quando la modifica al Piano, derivante dal progetto, sia di carattere esclusivamente localizzativo, la VIA è saspetti ambientali ad essa specifici" (Corte Giustizia UE, sez. II, 7 giugno 2018, cit., paragrafi 64 e 65).

Se la localizzazione di un'opera soggetta a VIA comporta una modifica puntuale del "quadro di riferimento" della pianificazione territoriale, l'esenzione dalla VAS disposta dall'art. 6, comma 12, d.lgs. n. 152 del 2006, presuppone, quantomeno sul piano logico, che tale valutazione sia stata già effettuata in sede di pianificazione generale (Cons. St., sez. IV, 24 aprile 2019, n. 2651).

10. Le procedure di approvazione di progetti e varianti di opere e impianti aeroportuali.

Con circolare dell'Enac del 30/01/2006 APT-21 è stata disciplinata la procedura di approvazione di progetti e varianti di opere e impianti aeroportuali. Il decreto Legislativo 27 luglio 1997 n. 250 e lo statuto dell'ENAC indicano, tra le funzioni che l'Ente è tenuto a svolgere, anche quelle relative alla regolamentazione tecnica, alla certificazione, alla autorizzazione, alla concessione, al coordinamento, al controllo, alla ispezione e all'attività sanzionatoria in materia di progettazione, costruzione, manutenzione ed esercizio delle infrastrutture e degli impianti aeroportuali. All'attività di progettazione di interventi da realizzare su sedime aeroportuale, o su aree direttamente interessate da operazioni di volo o ad esse collegate, si applicano le disposizioni nazionali ed internazionali vigenti nel campo della costruzione di infrastrutture e impianti aeroportuali. Per la progettazione di lavori pubblici in campo aeroportuale si applicano in particolare le seguenti normative:

- legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004);

Ha ancora affermato la Sezione che se è vero che il giudizio di compatibilità ambientale non ha ad oggetto la conformità dell'opera agli strumenti di pianificazione ma la sostenibilità ambientale - e pur potendo convenirsi che, in base all'attuale quadro normativo, interno ed europeo, l'effettuazione di un procedimento di VAS sulla programmazione territoriale o settoriale non è un presupposto di legittimità della VIA (trattandosi di sub procedimenti autonomi e non collegati da vincolo giuridico di presupposizione) - è tuttavia sufficiente a garantire il principio di sviluppo sostenibile, non essendo necessaria una preliminare fase strategica che evidenzi altre opzioni localizzative. Logico corollario è che qualora la localizzazione proposta dovesse essere, secondo la VIA, pregiudizievole per l'ambiente nonostante ogni cautela, il progetto andrà incontro ad una mera inibizione" (sentenza n. 2569 del 2014, cit.). Ne deriva che modifiche alla pianificazione generale attraverso scelte progettuali non prefigurate dalla prima possono essere legittimate dalla valutazione di impatto ambientale, senza la necessità di rinnovare quella ambientale strategica, solo se dette modifiche abbiano carattere "esclusivamente localizzativo" mentre, per contro, "non è consentito apportare alla pianificazione settoriale alcuna modifica della destinazione di un sito in esso compreso, attraverso il rilascio in sede di esame di singoli progetti di autorizzazioni concernenti attività antropiche estranee al novero di quelle considerate nella prodromica attività di pianificazione. Pur rispondendo alla medesima logica, la valutazione ambientale strategica e quella di impatto ambientale si collocano in snodi differenti dell'esame delle possibili ricadute sull'ecosistema di attività potenzialmente nocive: la prima attiene alla verifica dei possibili impatti derivanti dall'attuazione di piani, mentre la seconda è circoscritta al singolo progetto. Conseguentemente, la prima sarebbe vanificata laddove possano essere apportate variazioni connesse ad attività non considerate" (Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 2015, n. 263).
Nel caso di specie la IV Sezione ha valutato che poiché il Masterplan 2014 – 2029 dell'aeroporto di Firenze contempla opere di considerevole impatto ambientale – tra cui lo spostamento di un tratto del Fosso Reale, il sotto-attraversamento dell'Autostrada A11 e la rilocalizzazione del Lago di Peretola – l'assenza di una valutazione strategica del piano territoriale che costituisce il "quadro di riferimento" per la relativa approvazione (ai sensi dell'art. 6 della l. n. 152 del 2016), doveva essere logicamente considerata non già un fattore neutro, come ritenuto dalla Commissione VIA, bensì un fattore obiettivamente critico, se non ostativo, ai fini dell'approvazione del Masterplan. Il fatto che le prescrizioni e/o condizioni apposte ad un provvedimento di VIA riguardino tutte aspetti non secondari bensì i profili qualificanti di un progetto, espressamente considerati tali dalla stessa Commissione VIA, costituisce rilevante sintomo di un difetto di istruttoria o comunque di irragionevolezza di un giudizio positivo espresso nonostante le rilevate carenze del progetto e/o dello studio di impatto ambientale; è del pari sintomo, quantomeno di difetto di istruttoria, l'inserimento di prescrizioni relative all'effettuazione di studi su temi ambientali che dovrebbero essere oggetto di valutazione ex ante da parte della Commissione VIA e non di verifica ex post in sede di "ottemperanza". L'inserimento di prescrizioni che richiedono l'elaborazione di diverse e/o ulteriori soluzioni progettuali relativamente ad aspetti essenziali dell'intervento sottoposto a VIA, denota l'insussistenza di elementi adeguati per valutare l'effettiva incidenza sull'ambiente dell'intervento medesimo. Ha infine concluso la Sezione che qualora un progetto sottoposto a VIA preveda interventi di compensazione degli habitat naturali di cui è programmata la soppressione, è necessario che gli studi atti a dimostrare l'efficacia di tali interventi - ovvero la possibilità che le aree di compensazione possano ragionevolmente raggiungere caratteristiche ecologiche, strutturali e funzionali comparabili a quelle delle aree che saranno sottratte - vengano presentati in sede di VIA e non già in sede di ottemperanza alla prescrizioni.

- legge 109/94, DPR 554/99;
- legge 158/95, legge 166/2002;
- D. L.vo 96/2005.

Nell'ambito di quest'ultime normative, anche ai fini della definizione di "lavori pubblici" e di assoggettamento al Regolamento sui lavori Pubblici, vale quanto previsto dall'art. 7 , lettera a) della legge 166/02. Il gestore aeroportuale assume, ai sensi della Convenzione di gestione, il ruolo di ente aggiudicatore e/o realizzatore. Per gli aspetti strutturali di verifica di opere esistenti si applica quanto contenuto nelle norme sismiche di cui all'Ordinanza 3274/2003. Si specifica, con riferimento all'art. 2 comma 3 dell'Ordinanza, che sono da considerarsi di particolare rilevanza tutte le infrastrutture aeroportuali esistenti che possono essere utilizzate per gli interventi della protezione civile; tra gli edifici sono da considerarsi quelli soggetti ad affollamento e quelli di importanza strategica (aerostazioni, centri di intervento aeroportuale dei VV.F. e centri di soccorso, torri di controllo) e per le opere impiantistiche quelle di importanza strategica e operativa (antenne per le comunicazioni TBT, tralicci per radar, tralicci per AVL, e opere simili).

Per gli aspetti inerenti la sicurezza delle operazioni aeroportuali si applicano i requisiti e gli standard previsti nei documenti nazionali con particolare riferimento a:

- Regolamento ENAC per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti;
- Circolari dell'Ente con particolare riferimento alla circolare ENAC APT-13, e documenti internazionali ICAO, con particolare riferimento a:
  11 Doc. 9157 Airport Design Manual;
  12 Annesso 17;
  13 Security Manual;
  14 Doc. ICAO n. 9137 – Airport Service Manual – Part 6, Cap. 3. Ulteriori riferimenti utili alla progettazione di opere aeroportuali sono costituiti dai documenti internazionali quali:
  15 Doc. ICAO 9184, Airport Planning Manual;
  16 FAA AC 150/5360-13, Planning And Design Guidelines For Airport Terminal Facilities;
  17 DGAC (Francia) Service technique des bases aeriennes – les aerogares;
  18 IATA Airport Development Reference Manual;
  19 Direttive europee.

L'attività di progettazione delle opere aeroportuali è strettamente connessa alle fasi di programmazione degli interventi e degli investimenti posti a base della concessione di gestione di un aeroporto.

Entro un anno dall'affidamento, o comunque entro i termini stabiliti da norme speciali, la Concessionaria presenta il Piano regolatore generale di aeroporto, coerente con il programma generale degli interventi, per la conseguente approvazione dell'E.N.A.C.; I progetti degli interventi da realizzare[13], quelli delle nuove opere non previste, delle variazioni e degli aggiornamenti sono

13 La definizione degli interventi è riportata, per il solo campo edilizio, nel DPR 6 giugno 2001 n. 380. Estendendo tale definizione al settore aeroportuale, si possono distinguere: a) interventi di manutenzione ordinaria – quelli relativi a opere (programmabili e non) di riparazione di infrastrutture e impianti, rinnovamento e sostituzione di finiture edilizie interne ed esterne, o sostituzione di parti d'impianti necessari a mantenere in efficienza l'aeroporto nel suo complesso, interventi volti all'eliminazione di barriere architettoniche, che non comportino realizzazione di rampe o ascensori che alterino l'architettura dell'edificio, opere per attività di ricerca temporanee (preliminari in genere alla progettazione) che non incidano sui vincoli e sull'operatività aeroportuale (prove sui terreni e sui sottofondi, su drenaggi, etc); b) interventi di manutenzione straordinaria – le opere e le modifiche necessarie per rinnovare parti anche strutturali di infrastrutture e impianti (edifici, pavimentazioni, etc) nonché per integrare e rinnovare parti d'impianto a servizio dei singoli edifici (senza variazioni di superfici e/o volumi) e dell'aeroporto nel suo complesso, mantenendo le destinazioni d'uso originarie; c) interventi di restauro e risanamento conservativo – comprende gli interventi edilizi e impiantistici rivolti a conservare l'opera e assicurarne la funzionalità mediante un insieme sistematico di interventi che, nel rispetto degli elementi tipologici, formali e strutturali dell'organismo stesso, ne consentano destinazioni d'uso con esso compatibili. Tali interventi comprendono il consolidamento, il ripristino e il rinnovo degli elementi costitutivi di edifici,

presentati all'E.N.A.C. dalla Concessionaria e approvati in conformità alla vigente normativa quadro sui Lavori Pubblici. L'E.N.A.C. ne verifica la conformità al programma quadriennale d'intervento e, laddove definito, al Piano regolatore generale di aeroporto. Verifica altresì la congruità rispetto alle esigenze istituzionali, operative e commerciali dei soggetti operanti in aeroporto.

Come innanzi descritto, il Regolamento CE n.216/2008, così come modificato dal Regolamento n.1108/2009, comunemente denominato Regolamento Basico, la cui attuazione è delegata all'ENAC, ha disciplinato la attività di progettazione, manutenzione gestione degli aeroporti prevedendo il soddisfo di specifici requisiti degli aeroporti, equipaggiamenti aeroportuali e operazioni aeroportuali elencati all'allegato V bis e, se applicabile, allegato V ter. [14]

infrastrutture e impianti, l'inserimento degli elementi accessori richiesti dalle esigenze d'uso, la variazione distributiva degli spazi interni degli edifici aeroportuali. d) interventi di ristrutturazione edilizia – gli interventi rivolti a trasformare gli organismi edilizi esistenti mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino e la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti, demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma di quello preesistente e le innovazioni per l'adeguamento sismico; e) interventi di nuova costruzione – interventi di costruzione di nuovi edifici e/o infrastrutture, quelli di trasformazione edilizia, infrastrutturale, impiantistica (rifacimento integrale e/o riconfigurazione completa geometrica e/o strutturale di piste, raccordi e piazzali aeromobili e dei relativi impianti) e di riconfigurazione della destinazione d'uso delle aree dell'aeroporto o di una intera struttura edilizia che non rientrano nelle categorie definite ai punti precedenti. Sono comunque da considerarsi interventi di nuova costruzione il rifacimento strutturale e/o il prolungamento di una pista di volo e gli interventi che incidono sulle distanze dichiarate, gli interventi che modificano consistentemente la viabilità aeroportuale, i manufatti edilizi fuori terra o interrati (non di pertinenza di edifici esistenti), la realizzazione sul sedime aeroportuale di opere idrauliche, di depurazione, di drenaggio, di torri o tralicci non provvisori, l'installazione di manufatti anche prefabbricati che non siano destinati a esigenze (documentate) strettamente temporanee (quali possono essere le strutture prefabbricate di cantiere, depositi e magazzini), la realizzazione di impianti per attività aeroportuali che comportino la trasformazione permanente del suolo inedificato e/o la variazione di categoria operativa della pista.

14 *«Articolo 8 bis Aeroporti 1. Gli aeroporti, gli equipaggiamenti aeroportuali e le operazioni aeroportuali devono soddisfare i requisiti essenziali di cui all'allegato V bis e, se applicabile, all'allegato V ter. 2. La conformità degli aeroporti, degli equipaggiamenti aeroportuali e delle operazioni aeroportuali ai requisiti essenziali è stabilita conformemente alle seguenti disposizioni: a) ogni aeroporto deve essere in possesso di un certificato. Il certificato e l'approvazione delle modifiche al certificato sono rilasciati se il richiedente dimostra che l'aeroporto è conforme alla base di certificazione di cui alla lettera b), e che l'aeroporto non presenta particolarità o caratteristiche che compromettano la sicurezza delle operazioni. Il certificato riguarda l'aeroporto, le relative operazioni e i relativi equipaggiamenti afferenti alla sicurezza; b) la base per la certificazione di un aeroporto è costituita dai seguenti elementi: i) le specifiche di certificazione relative al tipo di aeroporto; ii) le disposizioni per le quali è stato accettato un livello di sicurezza equivalente; e iii) le specifiche tecniche dettagliate necessarie quando le caratteristiche di progettazione dell'aeroporto o l'esperienza in servizio rendono una delle specifiche di cui al punto i) inadeguata o inappropriata ad assicurare la conformità ai requisiti essenziali di cui all'allegato V bis; c) le misure di cui al paragrafo 5 possono prescrivere l'obbligo di certificazione per gli equipaggiamenti aeroportuali afferenti alla sicurezza. Il certificato per tali equipaggiamenti è rilasciato se il richiedente dimostra che gli equipaggiamenti sono conformi alle specifiche dettagliate definite per assicurare la conformità ai requisiti essenziali di cui al paragrafo 1; d) le organizzazioni responsabili delle operazioni aeroportuali dimostrano di possedere le capacità e i mezzi per assumersi le responsabilità inerenti alle loro attribuzioni. Le capacità e i mezzi sono attestati tramite il rilascio del certificato di cui alla lettera a). Le capacità e i mezzi possono altresì essere riconosciuti mediante il rilascio di un certificato separato qualora così decida lo Stato membro in cui è ubicato l'aeroporto. Le attribuzioni riconosciute all'organizzazione certificata e la portata del certificato, compresa una lista degli aeroporti in gestione, sono specificate nel certificato stesso; e) in deroga alla lettera d), gli Stati membri possono decidere che i fornitori di servizi di gestione dell'area di stazionamento sono autorizzati a dichiarare di possedere le capacità e i mezzi necessari per assumersi le responsabilità associate ai servizi forniti. 3. Gli Stati membri assicurano che siano in vigore le disposizioni necessarie per salvaguardare gli aeroporti da attività e sviluppi nei loro dintorni che possano comportare rischi inaccettabili per gli aeromobili che utilizzano l'aeroporto. 4. I gestori degli aeroporti vigilano sulle attività e sugli sviluppi che possono comportare rischi inaccettabili per la sicurezza aerea nei dintorni dell'aeroporto e adottano, nei limiti delle loro competenze, adeguate misure di mitigazione. 5. Le misure intese a modificare elementi non essenziali del presente articolo, completandolo, sono adottate secondo la procedura di regolamentazione con controllo*

In particolare, la rispondenza dell'aeroporto, dei suoi equipaggiamenti e delle operazioni ai requisiti essenziali (ERs - Essential Requirements for Aerodromes) di cui agli Allegati V bis e V ter è attestata attraverso il rilascio del **Certificato di aeroporto** (Art. 8 bis, punti 1 e 2(a)).

Il Regolamento Basico stabilisce, inoltre, che le modalità attuative vengano dettagliate in specifici "**Regolamenti di attuazione**" (Implementing Rules - IRs) adottati dalla Commissione europea.[15].

11 . Il Certificato di Aeroporto.

Come innanzi detto, il Gestore deve altresì ottenere il Certificato di Aeroporto, previa una articolata istruttoria tesa a dimostrare il possesso dei requisiti, da parte dello scalo, per operare in condizioni di sicurezza secondo gli standard europei.

Il Certificato dell'aeroporto, rilasciato dopo specifica attività da parte dei team di certificazione nominati dall'ENAC, attesta la conformità ai requisiti del Regolamento ENAC relativamente:

1. alle caratteristiche fisiche dell'aeroporto, alle infrastrutture, agli impianti, ai sistemi ed alle aree ad esso limitrofe (certificazione delle infrastrutture);
2. all'organizzazione aziendale ed operativa del gestore, alle sue dotazioni tecnologiche, ai mezzi, al personale, alle procedure di gestione e di tutti gli altri elementi atti a garantire l'operatività dell'aeroporto in condizioni di sicurezza, nonché del Manuale di Aeroporto (certificazione del gestore).

In sintesi, gli ambiti di valutazione per la certificazione aeroportuale riguardano:

1. le infrastrutture ed i sistemi;
2. l'organizzazione del gestore;
3. il manuale di aeroporto;

---

di cui all'articolo 65, paragrafo 4. Tali misure specificano in particolare: a) le condizioni per stabilire e notificare al richiedente la base per la certificazione applicabile all'aeroporto; b) le condizioni per stabilire e notificare al richiedente le specifiche dettagliate applicabili agli equipaggiamenti aeroportuali; c) le condizioni per il rilascio, il mantenimento, la modifica, la sospensione o la revoca del certificato per l'aeroporto e del certificato per gli equipaggiamenti aeroportuali, compresi i limiti operativi legati alle specificità dell'aeroporto; d) le condizioni di esercizio degli aeroporti in conformità ai requisiti essenziali fissati nell'allegato V bis e, se applicabile, nell'allegato V ter; e) le condizioni per il rilascio, il mantenimento, la modifica, la sospensione o la revoca dei certificati di cui al paragrafo 2, lettera d); L 309/56 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 24.11.2009 IT f) le responsabilità dei titolari dei certificati; g) le condizioni di accettazione e di conversione dei certificati degli aeroporti rilasciati dagli Stati membri, comprese le misure già autorizzate dagli Stati membri interessati sulla base delle deroghe notificate all'allegato 14 della convenzione di Chicago, prima dell'entrata in vigore del presente regolamento; h) le condizioni per la decisione di non accordare le esenzioni di cui all'articolo 4, paragrafo 3 ter, compresi i criteri per gli aeroporti cargo, la notifica degli aeroporti esentati, nonché quelli per la valutazione delle esenzioni accordate; i) le condizioni in base alle quali le operazioni sono vietate, limitate o subordinate a determinate condizioni a fini di sicurezza; j) le condizioni e le procedure per la dichiarazione da parte dei fornitori di servizi di cui al paragrafo 2, lettera e), e per la loro vigilanza. 6. Le misure di cui al paragrafo 5: a) rispecchiano lo stato dell'arte e le migliori prassi nel settore aeroportuale e tengono conto degli standard e procedure raccomandate (Standards and Recommended Practices) dell'ICAO applicabili; b) sono proporzionate alle dimensioni, al traffico, alla categoria e alla complessità dell'aeroporto e alla natura e al volume delle operazioni che vi sono effettuate; c) tengono conto delle esperienze di gestione aeroportuale a livello internazionale, nonché del progresso scientifico e tecnico; d) consentono di far fronte immediatamente alle cause accertate di incidenti e inconvenienti gravi; e) prevedono la flessibilità necessaria per definirne la conformità."

15 Nel dominio degli aeroporti le IRs sono state adottate con la pubblicazione del Regolamento (UE) n. 139 del 12 febbraio 2014 per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti che prescrive i requisiti, in materia di sicurezza delle operazioni, per l'emissione ed il mantenimento della certificazione degli aeroporti. Esso richiede la certificazione degli aeroporti utilizzati per attività di trasporto pubblico con velivoli di massa massima al decollo superiore a 5700 Kg o con 10 o più posti passeggeri.

4. il Safety Management System.

La certificazione nazionale di un aeroporto è assoggettata a rinnovo triennale.

Tale rinnovo avviene sulla base della favorevole valutazione dei risultati dell'attività di sorveglianza sviluppata dall'ENAC nel corso del triennio di validità del certificato.

Per gli aeroporti non soggetti a certificazione secondo le modalità sopra indicate, la sicurezza delle operazioni aeroportuali è assicurata dal rispetto dell'insieme dei requisiti regolamentari, relativi sia alle infrastrutture che alle operazioni, dettati dal Regolamento ENAC.

Lo stesso Regolamento prevede inoltre la facoltà, per lo Stato Membro, di rilasciare un Certificato separato per attestare la sola rispondenza dell'organizzazione del Gestore (Art. 8 bis, punto 2(d)).

A tale riguardo, l'ENAC ritiene che il certificato debba essere unico, come peraltro già previsto dalla normativa nazionale, e ciò al fine di ribadire - ancora una volta - l'unicità dello scalo e del Gestore, come entità inscindibili.

Il Regolamento n. 216/2008, nel sottolineare la centralità della figura del Gestore aeroportuale nella conduzione in sicurezza dello scalo e del suo funzionamento, prevede nell'Allegato V bis (punti B.1(a) e B.1(f)) che lo stesso Gestore stipuli appositi accordi con organizzazioni operanti presso l'aeroporto quali ad es. Fornitori dei Servizi di Navigazione Aerea, Fornitori dei Servizi di Soccorso e la lotta antincendio, etc. Le citate previsioni trovano conferma e adeguati strumenti di implementazione nel Reg. (UE) n. 139/2014. In particolare, il Gestore Aeroportuale, in sede di domanda di certificazione, deve dare evidenza degli accordi in essere con altre organizzazioni. L'ENAC ha attuato una serie di iniziative, con il coinvolgimento degli stakeholder interessati (ENAV, A.M. e C.N.VV.F.), per l'elaborazione di schemi di Accordo Quadro finalizzati a facilitare la dimostrazione di rispondenza ai requisiti normativi fissati nel Regolamento Basico e nel Reg. (UE) n. 139/2014.

12. Conversione dei certificati di aeroporto.

I 43 aeroporti nazionali cui si applica la nuova normativa europea sono stati già certificati, ad eccezione di Pantelleria, ai sensi del Regolamento ENAC per la Costruzione e l'Esercizio degli Aeroporti (RCEA).

Per gli aeroporti di Albenga, Aosta, Foggia, Grosseto e Salerno, caratterizzati da bassi livelli di traffico, l'Ente è addivenuto alla determinazione di avvalersi della facoltà di deroga prevista all'art. 4, comma 3 ter, del Reg. (CE) n. 216/2008. Pertanto, ai sensi dell'art. 6 comma 1 del Reg. (UE) n. 139/2014, entro il 31 dicembre 2017, è stato necessario procedere alla cosiddetta "Conversione", ovvero alla conversione da certificato nazionale (ai sensi del Regolamento ENAC RCEA) a certificato europeo, pena la decadenza dell'attuale certificato. Il processo di conversione è stato avviato su richiesta del Gestore aeroportuale con la presentazione all'ENAC di specifica domanda, indipendentemente dalla data di scadenza del Certificato nazionale.

La domanda, inviata alla Direzione Operazioni territorialmente competente, in ottemperanza all'IR ADR.OR.B.015 e relative AMC e GM, è stata corredata inizialmente dalla seguente documentazione:

- Manuale di Aeroporto;
- Base di Certificazione (CB).

13. Il Regolamento di Scalo.

Ogni Gestore è obbligato alla redazione del Regolamento di Scalo, un documento che raccoglie tutte le regole e le procedure stabilite per garantire un regolare e sicuro utilizzo dell'aeroporto, ed in cui vengono definiti quali siano i compiti ed i doveri di ciascun soggetto presente in aeroporto (Enac, ENAV spa, Gestore aeroportuale, Handler, ecc.).

Ovviamente il Regolamento si basa su competenze e funzioni già delineate dalla normativa:

- l'Enac è l'autorità di regolazione tecnica, certificazione e vigilanza;
- l'ENAV spa è il soggetto fornitore dei servizi di navigazione e di traffico aereo;
- il Gestore aeroportuale è il soggetto a cui sono affidati i compiti previsti dall'art. 705 del Codice della Navigazione, in particolare quelli di amministrare e gestire le infrastrutture e gli impianti aeroportuali, di organizzare le attività aeroportuali ed assicurare agli utenti la presenza in aeroporto dei necessari servizi di assistenza a terra, fornendoli direttamente o coordinando le attività degli operatori terzi o in autoproduzione.

Ogni Regolamento è tarato sulle caratteristiche e specificità dell'aeroporto, sulla base di una impostazione preventivamente concordata con la Direzione Aeroportuale Enac di riferimento e adottato con Ordinanza della stessa. Le linee guida per la predisposizione del documento sono state fissate nella Circolare Enac APT 19 del 26 ottobre 2005.

14. La tutela urbanistica delle aree limitrofe - Il Piano di Rischio.

Il Regolamento (UE) n. 216/2008 rimanda ai singoli Stati Membri la disciplina afferente il presidio delle regole che governano le aree limitrofe agli aeroporti (art. 8 bis comma 3). In proposito il Regolamento (UE) n. 139/2014 agli articoli 8, 9 e 10 dettaglia le responsabilità degli Stati Membri.

Il Codice della Navigazione ha introdotto al Capo III nuove previsioni normative in materia di vincoli alla proprietà privata da apporre sui terreni limitrofi agli aeroporti. In particolare, al quinto comma dell'articolo 707 il legislatore ha introdotto una previsione normativa completamente nuova costituita dai piani di rischio, strumenti urbanistici finalizzati alla tutela del territorio dal rischio derivante dall'attività aeronautica. I Comuni non possono autorizzare opere ed attività ubicate lungo le direzioni di decollo ed atterraggio, se non coerenti con il piano di rischio. I piani di rischio vadano redatti sulla base del Regolamento per la Costruzione e l'Esercizio degli Aeroporti e di eventuali normative regionali. L'ENAC ha sviluppato metodologie ed integrazioni regolamentari per rendere applicabili ed efficaci le previsioni del nuovo codice. I piani di rischio sono i documenti contenenti le indicazioni e le prescrizioni da recepire negli strumenti urbanistici dei singoli Comuni; il loro scopo è quello di rafforzare, tramite un finalizzato governo del territorio, i livelli di tutela nelle aree limitrofe agli aeroporti. Nel Regolamento è riportata la configurazione geometrica delle zone di tutela, definita in relazione alla distribuzione probabilistica degli eventi aeronautici. Con la Circolare APT-33 Piani di rischio previsti dall'art. 707 del Codice della Navigazione 30/8/2010 pag. 5 di 8 la definizione delle zone dipende dalla tipologia delle operazioni di volo nonché dalla tipologia di aeromobili che possono operare sull'aeroporto ed è pertanto riferibile alle caratteristiche tecniche-operative della pista di volo, secondo quanto riportato nella letteratura di settore. La circolare è quindi finalizzata a fornire indicazioni sull'iter tecnico-procedurale che caratterizza le fasi di redazione, presentazione e approvazione dei piani di rischio, approfondendo

in tal modo quanto già descritto, in materia, nel Regolamento per la Costruzione e l'Esercizio degli Aeroporti.

15. L'Accordo Quadro Gestore aeroportuale – ENAV.

Ai fini della corretta applicazione dei Regolamenti n.216/2008 e 139/2014 in materia di fornitura di servizi di navigazione aerea, il gestore e l'ENAV stipulano un accordo quadro attuativo della convenzione con l'obiettivo di assicurare il coordinamento delle attività finalizzate a:

- condividere le informazioni relative alle attività finalizzate alla fornitura dei servizi di navigazione aerea in maniera appropriata al livello del traffico e alle condizioni operative dell'aeroporto;
- coordinarsi circa la progettazione e la manutenzione delle procedure di volo, in conformità ai requisiti applicabili;
- condividere le informazioni relative alle attività utili alla fornitura dei servizi previsti dall'allegato IV capo B in condizioni atmosferiche invernali e meteorologiche avverse, in cui si evidenzia la necessità di effettuare coordinamenti con i fornitori ATS e AIS relativamente alle condizioni dell'area di movimento, allo status operativo delle relative infrastrutture e a qualsiasi questione di rilevanza operativa;
- assicurare la rispondenza dei requisiti relativi alla qualità dei dati e/o delle informazioni aeronautiche (Allegato IV capo A) oggetto di pubblicazione in AIP-Italia;
- condividere le informazioni utili a consentire di identificare i rischi per le attività di rispettiva competenza;
- garantire una interfaccia in relazione alle informazioni relative alla salvaguardia dell'aeroporto;
- garantire la rispondenza ai requisiti di certificazione dell'Aeroporto con riferimento sia alle pertinenti specifiche tecniche applicabili che alle correlate procedure. Le attività oggetto dell'accordo vengono disciplinate nel dettaglio nei singoli allegati dell'Accordo stesso e successivamente riportate, a cura del gestore, nel manuale di aeroporto.

16. Il Manuale di aeroporto.

Il gestore deve altresì redigere un manuale di aeroporto ai sensi del Reg. (UE) n. 139/2014 secondo lo schema adottato dall'ENAC "ADR.OR.E.005".

Il contenuto del manuale dell'aeroporto deve riflettere la base di certificazione e i requisiti elencati nell'apposito schema, a seconda dei casi, e non contravvenire alle condizioni del certificato. Il manuale dell'aeroporto contiene o fa riferimento a tutte le informazioni necessarie per l'utilizzo sicuro, il funzionamento e la manutenzione dell'aeroporto, dei suoi equipaggiamenti, nonché delle superfici di protezione e limitazione ostacoli e altre aree connesse con l'aeroporto.

Il contenuto del manuale dell'aeroporto consiste in quanto segue:

1 disposizioni generali;
2 sistema di gestione dell'aeroporto, qualifiche e requisiti di addestramento;
3 aspetti particolari del sito aeroportuale;
4 aspetti particolari dell'aeroporto che devono essere segnalati al servizio di informazione aeronautico;
5 aspetti particolari relativi alle procedure operative dell'aeroporto, ai suoi equipaggiamenti e alle misure di sicurezza.

17. La carta dei servizi dei gestori aeroportuali (settore passeggeri).

Ogni gestore aeroportuale, ai sensi della circolare ENAC GEN-06, paragrafo 5, ha l'obbligo di redigere la propria Carta dei servizi (settore passeggeri) e di aggiornarla annualmente. I gestori di scali con traffico commerciale annuale inferiore a 50.000 passeggeri adottano la Carta dei servizi su base volontaria e possono semplificarne e adeguarne il contenuto in relazione alla propria specifica realtà. Nel suo ruolo di coordinamento, ogni gestore riporta nella propria Carta i livelli di qualità globalmente assicurati nello scalo, relativamente ai servizi offerti direttamente o tramite gli operatori di *handling* presenti nello scalo per fornire al passeggero un'informazione utile e comprensibile relativa a una determinata tipologia di servizi. Se, ad esempio, il check-in fosse attuato per alcuni vettori dal gestore, per altri da *handler* terzi, per altri in autoproduzione, lo standard da riportare come "Tempo di attesa al check-in" sarà rappresentativo di tutte le realtà presenti. Naturalmente può essere contestualmente specificato che la responsabilità del livello di qualità riportato non è di esclusiva responsabilità del gestore. Nell'eventualità in cui un determinato servizio sia offerto in contesti sostanzialmente diversi, tali da consigliare una differenziazione dei corrispondenti standard di qualità (ad es: standard assicurati nel caso di voli di linea, diversi dagli analoghi standard riferibili a voli non di linea), il gestore valuta l'opportunità di riportare tale differenziazione nell'ambito dello stesso indicatore. La Carta dei servizi è accompagnata dalla pubblicazione di una Guida ai servizi elaborata in collaborazione con il Comitato dell'Utenza Aeroportuale, ove presente.[16]

Il gestore aeroportuale è tenuto a:

- rilevare gli standard qualitativi dichiarati nella propria Carta dei servizi utilizzando le metodologie di cui all'allegato 2 della circolare GEN-06 e a inoltrarli al Comitato per la regolarità e qualità dei servizi aeroportuali, ove presente. Laddove i servizi di cui il gestore dichiara uno standard di qualità siano svolti da soggetti terzi ovvero in autoproduzione da parte di un vettore, anche tale porzione di servizi è monitorata dal gestore; quest'ultimo può disporre così delle rilevazioni di qualità sull'intero panorama aeroportuale: il dato

16 All'interno della Guida compare, fra l'altro:

- la planimetria dell'aeroporto inserito nel territorio con evidenziate le vie di accesso;
- la planimetria delle aerostazioni con evidenziata l'ubicazione dei centri informativi di scalo, delle fermate di treno, bus, taxi e uffici di rental-car;
- gli orari dei servizi di trasporto pubblico principali città-aeroporto (non limitandosi possibilmente alla loro generica frequenza), i relativi gestori con i rispettivi recapiti telefonici e gli orari dell'eventuale navetta aeroportuale;
- le principali formalità sanitarie, doganali e di sicurezza utili per il viaggiatore;
- le informazioni sulla presenza di alcuni servizi o attrezzature utili al passeggero, fra i quali i seguenti: servizio medico interno, aree per fumatori, casse pagamento parcheggio (precisare il numero di casse e il numero di posti auto), ristoranti/self service (ubicazione, numero e rispettivo orario di operatività e disponibilità di ristoranti con menu specifici), Linee guida La qualità dei servizi nel trasporto aereo. servizi di telefonia (specificare gestori), fax, internet point/e-mail point, farmacia, deposito bagagli (specificare localizzazione e orario), banche, cambio valuta, bancomat, ufficio postale, nursery, aree gioco, fasciatoi, postazioni di ricarica cellulari e laptop, erogatori acqua potabile, distributori di bibite/snack, varchi prioritari per famiglie con bambini, fonti informative a distanza (specificare). I servizi sopra indicati sono richiamati se presenti, con l'eccezione del deposito bagagli, bancomat e nursery, che sono in ogni caso indicati, indicando "no" se assenti;
- il costo dei carrelli portabagagli;
- le istruzioni per usufruire dei servizi diretti alle varie tipologie di passeggeri;
- i moduli per i suggerimenti, le segnalazioni, i reclami o gli apprezzamenti.

sintetico da riportare nella Carta dei servizi è naturalmente costituito dal valore statisticamente rappresentativo dell'intera realtà di scalo;
- rilevare i valori degli standard relativi ai servizi "essenziali" offerti dai vettori aerei;
- effettuare, su richiesta del Comitato, rilevazioni di *customer satisfaction* dei servizi di assistenza a terra prestati per conto dei vettori; tali rilevazioni sono trasmesse al Comitato;
- rendere disponibile una propria struttura tecnica per le attività attribuite al Comitato;
- inserire nei contratti che regolano i rapporti di sub-concessione la clausola di rispetto della Carta dei servizi;
- certificarsi a norma ISO 9001, ovvero affidare a società certificate la rilevazione e il monitoraggio della qualità dei servizi, restando comunque direttamente responsabili dei risultati di tale attività. In caso di affidamento a terzi in appalto delle attività manutentive, l'appaltatore dovrà essere in possesso di tale certificazione;
- inserire fra i processi del sistema di gestione per la qualità ISO 9001, la produzione e gestione della Carta dei servizi e la gestione dei reclami.

18. La carta dei servizi del gestore aeroportuale (settore merci).

Lo sviluppo del sistema intermodale dei trasporti sta spingendo molti gestori a promuovere aree attrezzate interamente dedicate al trasporto merci. L'efficienza dei servizi offerti in uno scalo per il trasporto delle merci ha un impatto economico rilevante per le aziende utenti. Il gestore aeroportuale può, pertanto, avere l'esigenza di pubblicizzare i servizi che offre in aeroporto attraverso la redazione di una propria Carta dei servizi dedicata al settore cargo. La normativa non prevede nessun obbligo in materia e pertanto il gestore ha facoltà di scegliere se predisporre tale Carta, nonché gli eventuali contenuti della stessa.

Tuttavia, considerato il costante sviluppo del trasporto aereo delle merci e il processo di standardizzazione avviato ai fini della qualità dei servizi, l'ENAC ha ritenuto necessario definire una Carta dei servizi standard anche per il settore merci. Qualora il gestore decida di redigere la propria Carta dei servizi (settore merci) secondo il modello definito dall'Ente (all. 5 Circ. GEN-06) e di compilarla secondo le Linee guida e il documento metodologico di riferimento (all. 2 Circ. GEN-06), la Carta sarà soggetta all'approvazione dell'ENAC. In questo caso le modalità di approvazione e pubblicazione saranno in linea con quanto previsto nei paragrafi 7, 7.1 e 8 della circolare GEN-06. La Carta approvata dall'ENAC sarà consultabile attraverso un link pubblicato sul sito web istituzionale dell'Ente. La sezione II della Carta dei servizi standard del gestore aeroportuale (settore merci) predisposta dall'ENAC è composta da 24 indicatori valorizzati. Laddove siano presenti uno o più operatori di *handling*, gli standard rispecchieranno l'intera realtà aeroportuale e non si limiteranno ai soli servizi eventualmente offerti dal gestore aeroportuale. La Carta dei servizi è accompagnata da una Guida[17] ai servizi elaborata in collaborazione con il Comitato dell'Utenza Aeroportuale.

19. La liberalizzazione dei servizi aeroportuali.

17 All'interno della Guida sono pubblicati, fra l'altro:
- la planimetria dell'aeroporto inserito nel territorio con evidenziate le vie di accesso;
- la planimetria dell'area dedicata al settore cargo;
- gli orari dei servizi;
- i moduli per i suggerimenti, le segnalazioni, i reclami o gli apprezzamenti.

Come già accennato, una importante tappa nel processo di liberalizzazione, in materia di servizi aeroportuali, fu raggiunta nell'ottobre 1996 con l'approvazione della direttiva europea n. 96/67/CE relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità.

La direttiva stabilisce che l'ente di gestione di un aeroporto, l'utente o il prestatore di servizi che forniscono servizi di assistenza a terra devono operare una netta separazione a livello contabile, secondo le vigenti prassi commerciali, tra le attività legate alla fornitura di tali servizi e le altre loro attività che dev'essere controllata da un verificatore indipendente. Gli Stati membri devono adottare le misure necessarie per garantire ai prestatori di servizi il libero accesso al mercato e possono riservare all'ente di gestione dell'aeroporto o ad altro ente, la gestione delle infrastrutture centralizzate volte a fornire servizi di assistenza a terra, la cui complessità, costo o impatto ambientale non ne consente la suddivisione o la duplicazione, (sistemi di smistamento dei bagagli, antighiaccio, di depurazione dell'acqua o di distribuzione del carburante). Essi devono vigilare affinché la gestione di tali infrastrutture avvenga in modo trasparente, obiettivo e non discriminatorio.

L'obbligo di servizio pubblico, previa approvazione della Commissione, può anche essere esteso ad altri aeroporti presenti nel Paese a condizione che siano situati su isole in una medesima regione geografica, che abbiano un volume non inferiore a un movimento di 100.000 passeggeri all'anno.

Gli spazi disponibili, per l'assistenza a terra nell'aeroporto sono ripartiti tra i diversi prestatori di servizi e tra i diversi utenti che praticano l'autoassistenza, compresi i nuovi operatori, nella misura necessaria all'esercizio dei loro diritti e per consentire una concorrenza effettiva e leale in base a norme e criteri pertinenti, obiettivi, trasparenti e non discriminatori. Infatti, obiettivo finale della direttiva citata era la completa apertura, entro il primo gennaio 2001, del mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti commerciali caratterizzati da un volume di traffico non inferiore a due milioni di movimento passeggeri o a cinquantamila tonnellate su base annua.

All'interno dell'ampia categoria dei servizi di *handling*, la direttiva distingue i "servizi aeroporto", svolti nella parte che costituisce l'interfaccia con il territorio circostante (quali l'assistenza passeggeri, pulizia e servizi di scalo, manutenzione dell'aereo, catering), da quelli di "assistenza pista" effettuati nella parte dell'aeroporto rivolta alle operazioni di volo (quali l'assistenza bagagli, merci e posta, operazioni in pista, carburante e olio).

La liberalizzazione introdotta con la direttiva 96/67/CEE è ispirata a criteri di gradualità, nel rispetto dei vincoli specifici di spazio e capacità e dell'obiettivo di garantire la continuità e la sicurezza del servizio. I vincoli tecnici sono all'origine della possibilità di adottare deroghe all'apertura del mercato o all'effettuazione dell'autoassistenza alle scadenze stabilite. L'obiettivo di garantire un adeguato livello di continuità e sicurezza dei servizi di assistenza a terra si traduce nella possibilità di imporre obblighi di servizio pubblico negli aeroporti che servono linee per i collegamenti con zone periferiche o in via di sviluppo.

La sopra citata direttiva europea è stata recepita in Italia soltanto nel gennaio 1999 con il decreto legislativo n.18/99, recante "Attuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità". La materia è stata altresì disciplinata dall'art.706 del Codice della Navigazione nella sua riforma del 2005: "*i servizi di assistenza a terra negli aeroporti aperti al traffico aereo commerciale, espletati sia dal gestore aeroportuale che dagli operatori terzi o dagli utenti in autoassistenza ritenuti idonei dall'ENAC, sono regolati dalle norme speciali in materia*". In linea con la direttiva 96/67/CE il decreto legislativo 18/99 ripropone le medesime definizioni e disciplina il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra ai prestatori di servizi che devono soddisfare determinati requisiti.

L'effettiva concorrenza nel mercato dei servizi di assistenza a terra è garantita dalla separazione contabile tra le attività legate alla fornitura dei servizi di *handling* e le altre attività.

Il ruolo centrale nella vigilanza del libero mercato e il suo libero accesso viene affidato all'E.N.A.C, che vigila sull'accesso agli impianti, stabilisce le procedure di selezione per l'individuazione dei prestatori delle categorie di servizi di assistenza a terra, le limitazioni all'accesso in presenza di vincoli specifici di spazio o di capacità disponibile, i requisiti di idoneità dei prestatori, la protezione sociale, la tutela ambientale, l'accesso dei prestatori di Paesi non comunitari e le tariffe. A conferma della rigorosità del principio di separazione contabile, che non consente ovviamente aiuti infragruppo, ancor più se suffragati da capitale di origine pubblica, citiamo un'importante sentenza della Corte di Giustizia europea[18] avente ad oggetto una domanda fondata sull'articolo 263 TFUE e diretta all'annullamento della decisione (UE) 2015/1255 della Commissione, del 19 dicembre 2012, relativa agli aumenti di capitale effettuati dalla società SEA SpA a favore di SEA Handling SpA, che dichiara l'aiuto incompatibile con il mercato interno e ne dispone l'immediato recupero.

20. L'applicazione delle norme Antitrust ai servizi aeroportuali e di handling

Nel corso degli anni, soprattutto in quelli più recenti, si è posto il problema di capire se al settore aeroportuale si possano applicare le norme e i principi emanati dall'AGCM in materia di concorrenza. Grazie all'intervento di diversi giuristi impegnati sul fronte della concorrenza, si è affermato l'orientamento che anche il settore aeroportuale rientra nelle materie disciplinate dalla normativa Antitrust. In particolare, vige il divieto, da parte degli operatori aeroportuali, di creare e di abusare della posizione dominante all'interno del settore, per scoraggiare l'ingresso di operatori terzi e dunque ledere la concorrenza.

È obbligo per i vari gestori garantire agli operatori l'accesso libero e non discriminatorio per erogare servizi aeroportuali e di *handling*. Qualora tutto ciò non accada è compito dello stesso gestore risolvere l'eventuale contratto di affidamento con l'operatore che attua concorrenza sleale ed abuso di posizione dominante ed indire una nuova gara per l'affidamento della gestione dei servizi ad operatori terzi, in modo tale da incentivare la concorrenza.

Altro tema rilevante in materia di concorrenza è dato dall'utilizzo degli incentivi erogati dalle società di gestione nei confronti delle compagnie aeroportuali, in particolare le compagnie low cost, per favorire l'istituzione di voli di linea da e per i propri scali [19]. Tali incentivi sono spesso

18 Causa T-167/13 - Sentenza del Tribunale (Terza Sezione ampliata) del 13 dicembre 2018 - Comune di Milano c/Commissione europea.

19 Il Ministro delle Infrastrutture e Trasporti ha emanato le "Linee guida inerenti alle incentivazioni per l'avviamento e lo sviluppo di rotte aeree da parte di vettori ai sensi dell'art. 13, comma 14, del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 145 come modificato dalla legge di conversione 21 febbraio 2014, n.9". L'obiettivo delle suddette Linee è quello di garantire la più ampia accessibilità da parte dei vettori alle iniziative di incentivazione assunte dai gestori aeroportuali, garantendo da un lato la loro informazione e dall'altro la loro partecipazione senza discriminazione. Le predette Linee sono state modificate nel 2016 al fine di adattarle alla Comunicazione della Commissione europea 2014/C 99/03, nelle more della definizione del regime in materia di aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree. La stessa, partendo dall'articolo 345 del Trattato che lascia impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri e la possibilità per gli stessi di possedere e dirigere imprese, di acquistare azioni o altre partecipazioni in imprese pubbliche o private, stabilisce che non vi è alcuna distinzione fra i vari tipi di beneficiari sotto il profilo del loro assetto giuridico o in base alla loro appartenenza al settore pubblico o privato. Tutti i riferimenti, pertanto, a compagnie aeree e aeroporti o alle imprese che ne assicurano la gestione riguardano ogni tipo di soggetto giuridico. I nuovi orientamenti stabiliscono, quindi, che quando un gestore aeroportuale dispone di risorse pubbliche, gli accordi tra questi e le compagnie aeree non

supportati da finanziamenti erogati dalle Regioni in favore delle società di gestione che a loro volta li utilizzano in favore di vettori, previa apposita negoziazione; talvolta le Regioni avviano apposite procedure di evidenza pubblica nei confronti dei vettori che si rendono disponibili ad istituire idonei collegamenti stagionali da e per scali di interesse per attrarre utenza turistica o da e per scali rilevanti per specifiche nicchie di mercato in funzione della vocazione industriale dei propri territori.

21. L'impatto della regolazione degli slot aeroportuali sullo sviluppo del sistema aeroportuale.

A partire dal 1995 si è registrata in Europa una importante crescita del traffico aereo che ha comportato il sovraccarico del sistema, ingenerato crescenti ritardi ed incrementato i pericoli per la sicurezza dei voli.

In tale contesto, la regolamentazione della assegnazione degli slot aeroportuali o bande orarie - ovvero dei tempi programmati di arrivo o di partenza, disponibili o assegnati, per un movimento aeronavale ad una data determinata in un aeroporto - è risultata indispensabile per la gestione e l'efficace sfruttamento della capacità degli aeroporti comunitari, ormai generalmente caratterizzati da fenomeni di congestione e stava comportando effetti economici rilevanti sullo sviluppo dei singoli scali aeroportuali e sui Corridoi a cui i singoli scali sono connessi, fino all'esplosione della pandemia che ha limitato fortemente il trasporto aereo e ha bloccato la crescita delle attività aeroportuali.

22. La normativa comunitaria per l'assegnazione di bande orarie.

Già il Regolamento (CE) n. 95/1993, recava norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità attraverso una disciplina ispirata ai principi di trasparenza, imparzialità, non discriminazione e tutela dei diritti acquisiti (*use it or lose it*)[20]. Il citato regolamento, tuttavia, non era riuscito a garantire pienamente l'efficiente uso della capacità aeroportuale, la mobilità delle bande orarie, la concorrenza tra soggetti già insediati e nuovi concorrenti.

A causa di ciò ed al fine di rafforzare le disposizioni del Regolamento (CE) n. 95/1993[21] per garantire l'uso più completo e flessibile della limitata capacità disponibile negli aeroporti caratterizzati da fenomeni di congestione, si è ritenuta necessaria una revisione, apportata dal regolamento (CE) n. 793/2004, così come recentemente modificato dal Regolamento (UE) 2020/459 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 marzo 2020.

Le modifiche apportate al primo regolamento – essenzialmente di carattere tecnico – hanno contribuito a chiarire la natura giuridica degli slot quali beni pubblici attribuiti, in base a regole precise, al vettore che presenti il massimo dei requisiti e, inoltre, il nuovo regolamento ha

costituiscono aiuti di Stato quando la compagnia ritiene che il prezzo fissato dal gestore sia pari al prezzo di mercato, o quando da una stima ex-ante l'accordo determini profitti per l'aeroporto.

20 Il principio consente ai vettori che dimostrino di aver operato le rispettive bande orarie per almeno l'80 per cento nel periodo precedente, di mantenerne l'assegnazione successivamente, a prescindere dall'effettiva necessità e dall'utilizzo delle stesse.

21 Regolamento (CEE) n. 95/93 del Consiglio del 18 gennaio 1993, relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità, modificato successivamente dal Regolamento (CE) n. 793/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004.

permesso di determinare meglio la capacità aeroportuale e le modalità di assegnazione degli slot, incentivarne la mobilità, rafforzare l'indipendenza, l'imparzialità, le competenze del coordinatore e consentire ai nuovi concorrenti di offrire servizi competitivi.

Il regolamento ha imposto, ai medesimi scopi, agli Stati membri l'applicazione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, o di misure equivalenti, per punire l'offerta sistematica e deliberata di servizi aerei a orari che si discostano notevolmente dalle bande orarie assegnate ovvero un utilizzo, delle medesime, divergente da quanto indicato al momento dell'assegnazione e pregiudizievole delle attività dell'aeroporto o delle operazioni di traffico aereo.

In particolare, tra le diverse definizioni fornite, ed in sostituzione dei termini "aeroporto coordinato" ed "aeroporto pienamente coordinato", il regolamento ha ritenuto auspicabile seguire la terminologia internazionale e quindi utilizzare il termine "aeroporto coordinato" nel senso di aeroporto in cui, per atterrare o decollare, è necessario per un vettore aereo o altro operatore di aeromobili aver ottenuto l'assegnazione di una banda oraria da parte di un coordinatore, ad esclusione dei voli di Stato, degli atterraggi di emergenza e dei voli umanitari; e, inoltre, il regolamento individua in un "aeroporto ad orari facilitati", un aeroporto in cui esiste un rischio di congestione in alcuni periodi del giorno, della settimana o dell'anno, risolvibile eventualmente grazie alla cooperazione volontaria tra i vettori aerei in cui è stato individuato un facilitatore degli orari con il compito di agevolare l'attività dei vettori aerei che operano o intendono operare in tale aeroporto.

Il regolamento (CE) n. 793/2004 nel fissare le condizioni per il coordinamento degli aeroporti, in particolare, stabilisce che uno Stato membro pur non avendo l'obbligo di designare un qualsiasi aeroporto come aeroporto ad orari facilitati o coordinato – salvo il caso in cui in un aeroporto vi siano problemi di capacità per almeno una stagione di traffico – può provvedere affinché una aeroporto sia designato come aeroporto ad orari facilitati ma nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e non discriminazione.

Lo Stato membro deve assicurare un'accurata analisi delle capacità di un aeroporto non designato con una qualifica particolare o di un aeroporto ad orari facilitati ad opera dell'ente di gestione dell'aeroporto: l'analisi deve determinare le carenze di capacità e la possibilità di ovviare all'insufficiente capacità aeroportuale grazie a nuove opere infrastrutturali o a modifiche alle infrastrutture.

Sulla base di tale analisi lo Stato membro esamina la situazione dell'aeroporto in termini di capacità dell'ente di gestione dell'aeroporto stesso, i vettori aerei che utilizzano regolarmente l'aeroporto, le loro organizzazioni rappresentative, i rappresentanti del settore aviazione generale che utilizzano regolarmente l'aeroporto e le autorità di controllo del traffico aereo.

Il regolamento prevede le figure del facilitatore degli orari e del coordinatore dell'aeroporto: entrambe persone fisiche, o giuridiche, nominate dallo Stato membro responsabile di un aeroporto ad orari facilitati o di un aeroporto coordinato previo parere dei vettori aerei che utilizzano regolarmente l'aeroporto nonché delle organizzazioni che li rappresentano, dell'ente di gestione dell'aeroporto e del comitato di coordinamento, se esistente.

Il facilitatore, in particolare, consiglia i vettori aerei e raccomanda orari alternativi di arrivo e/o partenza quando possono insorgere fenomeni di congestione e, inoltre, controlla la conformità delle operazioni dei vettori con gli orari raccomandati; il coordinatore, invece, è l'unico responsabile dell'assegnazione delle bande orarie e controlla la conformità delle operazioni dei vettori aerei con le bande orarie loro assegnate. Tutti i facilitatori degli orari ed i coordinatori – è, quindi, evidente – cooperano al fine di individuare incongruenze degli orari.

I controlli di conformità sono svolti in cooperazione con l'ente di gestione dell'aeroporto e con le autorità di controllo del traffico aereo.

Per completezza di informazione si deve considerare anche il Regolamento (CE) n. 545/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009 che modifica l'art 10 del regolamento (CEE) n. 95/93 consentendo ai coordinatori di riconoscere ai vettori aerei il diritto di usufruire, per la stagione estiva di traffico 2010, delle serie di bande orarie che erano state loro assegnate all'inizio della stagione estiva di traffico 2009.

23. La normativa nazionale per l'assegnazione di bande orarie.

La disciplina contemplata dal regolamento (CE) n. 793/2004 è stata introdotta nell'ordinamento nazionale - in attuazione della delega contenuta nella legge comunitaria 2004 - dal decreto legislativo 4 ottobre 2007, n. 172, recante la "*Disciplina sanzionatoria in materia di assegnazione di bande orarie negli aeroporti italiani relativamente* alle norme comuni stabilite dal regolamento (CE) n. 793/2004 che modifica il regolamento (CEE) n. 95/93 in materia di assegnazione di bande orarie negli aeroporti comunitari.

Il Ministro dei Trasporti, con il proprio Decreto n. 44/T del 4 luglio 1997, ha affidato ad Assoclearance, Associazione Italiana Gestione Clearance e Slot - con personalità giuridica, indipendente e senza fine di lucro - la responsabilità della gestione delle bande orarie (slots) sugli aeroporti Italiani in applicazione di quanto stabilito a livello comunitario dal Regolamento CEE 95/93 e successive modifiche creando una struttura in grado di gestire la capacità degli aeroporti congestionati della Comunità sulla base di criteri di assegnazione ispirati a principi di trasparenza, imparzialità e non discriminazione.

L'Associazione si occupa dello svolgimento, su incarico dello Stato Italiano, delle attività ed i compiti attribuiti alla figura del "coordinatore" dal Reg. 95/93 UE per tutti gli aeroporti italiani designati come "coordinati" o "pienamente coordinati" e della gestione della Clearance Aeroportuale e delle bande orarie (slots) in tutto il territorio nazionale.

In tema di slot aeroportuali, alla luce ed in contrasto con i principi di libera concorrenza sul mercato e di libera circolazione dei servizi nonché con i criteri che ne caratterizzano la disciplina illustrata, si segnala la discussione tenutasi in seno al Parlamento europeo – nei primi mesi del 2009 – che ha interessato l'assegnazione degli slot non più utilizzati dalla Alitalia a seguito della riorganizzazione della compagnia aerea di bandiera italiana.

A seguito della cancellazione da parte dell'Alitalia di sette collegamenti tra gli aeroporti pugliesi e gli *hub* di Roma e Milano rispetto alla quale, di fatto, non ha fatto seguito il rilascio degli slot che non intendeva utilizzare, infatti, più autorevoli voci parlamentari hanno richiesto la liberalizzazione di tali slot dalla compagnia di bandiera italiana al fine di consentire alle altre compagnie aeree di assicurare le rotte annullate e di rendere utilizzabili ventinove connessioni internazionali.

I maggiori pregiudizi in caso di mancata liberalizzazione di tali bande orarie, si rilevava, avrebbero interessato i collegamenti con destinazioni del sud Italia - quali la tratta Malpensa-Napoli e Linate- Lamezia Terme – con intuibile aggravio della efficienza nei trasporti in regioni quali la Puglia, la Campania e la Calabria. Inaspettatamente, la Commissione europea ha dato il suo assenso affinché le compagnie inefficienti e in difficoltà continuino a mantenere tutti gli slot accumulati, anziché rendere disponibili quelli inutilizzati alle molte compagnie europee capaci di utilizzarle.

L'Art. 807 del Codice di Navigazione disciplina l'utilizzazione degli aeroporti coordinati e stabilisce che la partenza e l'approdo di aeromobili negli aeroporti coordinati, come definiti alla normativa comunitaria, sono subordinati all'assegnazione della corrispondente banda oraria ad opera del soggetto allo scopo designato che avviene in conformità delle norme comunitarie e dei relativi provvedimenti attuativi.

La normativa nazionale è completata dalla Circolare ENAC EAL 18 del 24 agosto 2009, "Assegnazione di bande orarie sugli aeroporti coordinati nazionali" al fine di fornire un'interpretazione del Regolamento (CEE) 95/93, così come successivamente modificato dal Regolamento 793/2004 sopra citato, applicabile su tutti gli aeroporti nazionali che vengono classificati come coordinati e ad orari facilitati.

24. Il Piano nazionale aeroporti e gli aeroporti di interesse strategico.

Ai sensi dell'art.698 del Codice della Navigazione, L'E.N.A.C nel 2012 ha predisposto il Piano Nazionale degli Aeroporti approvato dal Consiglio dei ministri ad agosto 2015, in esame definitivo d'intesa con la Conferenza Stato – Regioni, sentita l'Agenzia del Demanio, con il parere del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari competenti, successivamente approvato con decreto del Presidente della Repubblica del 17 settembre 2015, n. 201 dal titolo "Regolamento recante l'individuazione degli aeroporti di interesse nazionale, a norma dell'articolo 698 del codice della navigazione", entrato in vigore il 2 gennaio 2016.

Con tale Piano ci si è posto l'obiettivo di definire un quadro programmatico organico per ottimizzare la *governance* del settore e l'offerta dei trasporti ed infine per individuare le priorità infrastrutturali su cui concentrare gli investimenti. Il Piano detta anche le linee guida su cui fondare lo sviluppo integrato del settore aeroportuale e migliorare i risultati della gestione economica e finanziaria. Detti obiettivi dovranno essere raggiunti, tra l'altro, attraverso la creazione di una visione di sistema e di sviluppo della rete nazionale di trasporto nel suo complesso e superando la conflittualità fra aeroporti vicini nello stesso territorio. Il Piano detta i criteri per l'individuazione degli aeroporti strategici e le condizioni per individuare ulteriori aeroporti di interesse nazionale. Questi ultimi per poter essere definiti tali devono esercitare un ruolo ben preciso all'interno del bacino, con una sostanziale specializzazione dello scalo, e devono dimostrare di essere in grado di raggiungere in un tempo ragionevole l'equilibrio economico-finanziario.

La verifica periodica del raggiungimento e del mantenimento delle predette condizioni sarà effettuata dalle competenti strutture ministeriali in collaborazione con l'ENAC. Il predetto Piano indica, inoltre, le strategie di intervento per lo sviluppo della rete nazionale e gli interventi da attuare per il miglioramento ed il potenziamento dei servizi.

Il Piano Nazionale individua, altresì la rete degli aeroporti di interesse nazionale come nodi essenziali per l'esercizio delle competenze esclusive dello Stato, ai sensi del Codice della Navigazione, che dovranno rispondere alla domanda di traffico entro il prossimo ventennio. Il Piano ritiene fondamentale per lo sviluppo del settore anche lo sviluppo di una rete per il trasporto merci che allo stato attuale rappresenta un punto di debolezza del sistema aeroportuale nazionale rispetto a quelli internazionali e, a tal fine, individua gli aeroporti strategici e quelli di interesse nazionale nonché le reti centrali (*core*), di maggior rilevanza strategica per il mercato interno UE, da completare entro il 2030, nonchè una rete globale (*comprehensive*) da completare entro il 2050, come previsto dal Regolamento (UE) n. 1315/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2013 che ne ha stabilito gli orientamenti di sviluppo.

In applicazione dei predetti criteri vengono identificati 38 aeroporti di interesse nazionale, scelti sulla base di criteri riconducibili al ruolo strategico, all'ubicazione territoriale, alle dimensioni e tipologia di traffico e all'inserimento delle previsioni dei progetti europei della rete transeuropea dei trasporti TEN-T.

I dieci bacini di traffico nazionale con al loro interno i relativi 38 aeroporti di interesse nazionale[22] sono: Nord Ovest (Milano Malpensa, Milano Linate, Torino, Bergamo, Genova, Brescia, Cuneo); Nord Est (Venezia, Verona, Treviso, Trieste); Centro Nord (Bologna, Pisa, Firenze, Rimini, Parma, Ancona); Centro Italia (Roma Fiumicino, Ciampino, Perugia, Pescara); Campania (Napoli, Salerno), Mediterraneo/Adriatico (Bari, Brindisi, Taranto); Calabria (Lamezia Terme, Reggio Calabria, Crotone); Sicilia orientale (Catania, Comiso); Sicilia occidentale (Palermo, Trapani, Pantelleria, Lampedusa); Sardegna (Cagliari, Olbia, Alghero).

Dodici di questi aeroporti rivestono particolare rilevanza strategica - Milano Malpensa e Torino; Venezia; Bologna, Firenze/Pisa; Roma Fiumicino; Napoli; Bari; Lamezia Terme; Catania; Palermo; Cagliari – e tre di loro vengono individuati come aeroporti che rivestono il ruolo di gate intercontinentali: Roma Fiumicino, quale "primario hub internazionale"; Milano Malpensa; Venezia.

Il Piano ritiene fondamentale per lo sviluppo del settore anche lo sviluppo di una rete per il trasporto merci che allo stato attuale rappresenta un punto di debolezza del sistema aeroportuale nazionale rispetto a quelli internazionali.

Con la legge di bilancio 2019 il Parlamento ha autorizzato Il sostegno finanziario alle infrastrutture aeroportuali nelle aree ritenute svantaggiate, nello specifico €15.000,00 per la ristrutturazione e messa in sicurezza dell'aeroporto di Reggio Calabria e €.9.000.000,00 per Crotone, nel mentre con la legge di bilancio 2020 (intervento poi rinnovato per il 2021) è stata assicurata la continuità territoriale con gli aeroporti siciliani attraverso specifiche misure e tariffe sociali per alcune categorie di viaggiatori da e per la Sicilia.

Ma l'intervento più significativo è stato approvato nella legge di bilancio 2021 (comma 715) con la istituzione di un fondo speciale di €.450.000.000,00 destinato ai gestori aeroportuali e €50.000.000,00 per i prestatori di servizi aeroportuali di assistenza a terra per compensare i danni subiti dall'emergenza Covid-19.

Il Governo Draghi ha recentemente incaricato l'ENAC di procedere nell'aggiornamento del Piano Nazionale Aeroporti, con ciò impegnandosi ad affrontare scelte radicali per adeguare il sistema aeroportuale italiano ai nuovi scenari internazionali.

22 Art. 698 del Codice della Navigazione. Aeroporti e sistemi aeroportuali d'interesse nazionale. Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e sentita l'Agenzia del demanio, sono individuati, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari da esprimere entro trenta giorni dalla data di assegnazione, gli aeroporti e i sistemi aeroportuali d'interesse nazionale, quali nodi essenziali per l'esercizio delle competenze esclusive dello Stato, tenendo conto delle dimensioni e della tipologia del traffico, dell'ubicazione territoriale e del ruolo strategico dei medesimi, nonché di quanto previsto nei progetti europei TEN. Con il medesimo 4 procedimento si provvede alle modifiche del suddetto decreto del Presidente della Repubblica. Allo scopo di coordinare le politiche di sviluppo degli aeroporti di interesse regionale, è istituito, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, un comitato di coordinamento tecnico, composto dai rappresentanti delle regioni e delle province autonome, del Governo e degli enti aeronautici. La partecipazione al comitato di cui al presente comma non comporta la corresponsione di alcuna indennità o compenso né rimborsi spese.

25. Il processo di privatizzazione del sistema aeroportuale italiano e l'evoluzione del mercato delle gestioni aeroportuali.

La privatizzazione delle imprese di gestione aeroportuali in Italia deve essere ricondotta ad una scelta politica autonoma del Parlamento italiano – e non all'adeguamento ad una direttiva comunitaria – effettuata attraverso la legge n.351 del 1995. Attraverso l'art. 1, comma 1 bis del DL. n. 251/95, introdotto dalla relativa legge di conversione n.351/95, furono abrogate le norme che prescrivevano la partecipazione maggioritaria dello Stato, degli enti pubblici, dell'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI S.p.A.), delle Regioni e degli Enti locali nelle società di gestione aeroportuale. Dalla medesima data è cessato, inoltre, ogni obbligo di destinazione degli utili delle società di gestione aeroportuale ed è stata prevista la partecipazione alle Società di gestione anche delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

Il sistema aeroportuale italiano pur essendo in linea, per numero di scali e volumi di traffico, con quello di altri Paesi europei, è caratterizzato dalla presenza di un numero molto elevato di aeroporti di medie e piccole dimensioni sia a causa delle caratteristiche geografiche del nostro Paese che nella insufficienza ed inadeguatezza delle altre infrastrutture di trasporto, viarie e ferroviarie.

La frammentarietà e l'attuale distribuzione degli scali potrebbe rappresentare oggi un elemento di fragilità dell'intero sistema, caratterizzato da mutamenti strutturali nell'assetto di mercato, e da nuove e diverse relazioni tra gestori degli scali e vettori, rendendo più dispendiosi gli investimenti.

Di fatto, il sistema era originariamente contraddistinto dal presidio monopolistico dei collegamenti resi dalle compagnie di bandiera e dalla gestione dei servizi a terra affidata - per lo più - a società aeroportuali giuridicamente private ma in controllo pubblico, con il caso eclatante degli aeroporti della Capitale affidati in concessione *ope legis* alla holding pubblica (l'IRI) che controllava la stessa compagnia di bandiera (Alitalia).

Oggi, da un lato, la componente monopolistica è venuta meno, e il trasporto aereo si è aperto al mercato ed alla libera concorrenza, dall'altro, gli operatori del settore hanno dovuto migliorare la propria capacità competitiva anche in prospettiva di una possibile, e sempre più auspicata, privatizzazione sostanziale.

26. I piani di risanamento delle società con partecipazioni pubbliche.

Ai sensi dell'articolo 14, comma 5, del decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 17 come integrato dal decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 1005 , recante "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", l'erogazione di trasferimenti straordinari da parte di amministrazioni pubbliche a favore di società partecipate che abbiano registrato perdite di esercizio per tre esercizi consecutivi, ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infra-annuali, è subordinato alla predisposizione di un piano di risanamento che deve essere approvato dall'Autorità di regolazione di settore e comunicato alla Corte dei conti, e che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Nel Settimo Rapporto Annuale al Parlamento, l'Autorità di Regolazione dei Trasporti riferisce che "*sulla base di tale disposizione, i gestori degli aeroporti di Trapani e di Cuneo hanno chiesto all'Autorità di valutare i piani di risanamento da essi predisposti. In proposito, con riferimento all'aeroporto di Cuneo, è stato rilevato dall'ART che, per poter effettuare le valutazioni di competenza, è necessario acquisire sostanziali integrazioni informative e*

documentali. Con riferimento a quello di Trapani, l'Autorità sta esaminando le informazioni e la documentazione fornite dal gestore"[23].

Si tenga presente, fra l'altro, dell'impedimento degli Enti Locali a proseguire nella partecipazione al capitale delle società di gestione aeroportuale, salvo casi eccezionali da motivare adeguatamente. Già l'art 3, commi 27 e ss., Della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria 2008) disponeva che "*Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001,n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società… (omissis)… "*; tale norma è stata successivamente abrogata e sostituita da Decreto legislativo n. 175/2016, così come modificato dal D. Lgs.1005/2017 che all'art.4 ha disposto "*le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.*" le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate: *"a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016; c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2*;"

Invero, una concessione aeroportuale può rientrare nella casistica prevista dal punto c innanzi citato, cioè a fronte di un partenariato pubblico/privato, ma, come è noto, le concessioni vigenti sono state affidate tutte in via diretta, senza procedura di evidenza pubblica.

Apparrebbe oggi giorno ancora più calzante la partecipazione degli enti locali a nuove iniziative di investimento per la realizzazione di un nuovo aeroporto attraverso la partecipazione ad una società pubblica di progetto ai sensi del punto b e del richiamato art.193 del decreto legislativo 50/2016[24]. Si pensi anche al caso della promozione dell'uso promiscuo di uno scalo militare che

23 Ai fini dell'esercizio dei compiti di cui all'articolo 14 del dlgs. n. 175/2016, l'Autorità verifica preliminarmente l'adeguatezza e completezza dei contenuti del piano con specifico riferimento a informazioni e principi generali, rilievi storici e stime prospettiche di costi, ricavi e investimenti, valorizzazione degli asset societari esistenti e ragioni della crisi e conseguenti strategie di sviluppo/risanamento individuate. Sono altresì esaminati, in relazione ai profili economico-regolatori di volta in volta rilevanti, la configurazione degli scenari e relativa proiezione temporale ed il raccordo tra i prospetti economico-finanziari inclusi nel piano e gli altri strumenti individuati/predisposti dall'ente interessato, con riferimento in particolare al piano industriale adottato, al contratto di servizio e relativo prospetto economico-finanziario (PEF, ove presente).

24 **Art. 193. (Società pubblica di progetto)**

1. Ove il progetto di fattibilità dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, preveda, ai fini della migliore utilizzazione dell'infrastruttura e dei beni connessi, l'attività coordinata di più soggetti pubblici, si procede attraverso la stipula di un accordo di programma tra i soggetti pubblici stessi e, ove opportuno attraverso la costituzione di una società pubblica di progetto, senza scopo di lucro, anche consortile, partecipata dai soggetti aggiudicatori e dagli altri soggetti pubblici interessati. Alla società pubblica di progetto sono attribuite le competenze necessarie alla realizzazione dell'opera e delle opere strumentali o connesse, nonché alla espropriazione delle aree interessate, e all'utilizzazione delle stesse e delle altre fonti di autofinanziamento indotte dall'infrastruttura. La società pubblica di progetto è autorità espropriante ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327. La società pubblica di progetto realizza l'intervento in nome proprio e per conto dei propri soci e mandanti, avvalendosi dei finanziamenti per esso deliberati, operando anche al fine di ridurre il costo per la pubblica finanza. 2. Per lo svolgimento delle competenze di cui al secondo periodo del comma 1, le società pubbliche di progetto applicano le

necessita però di apposite nuove infrastrutture riservate all'uso civile (parcheggi, aerostazione ecc.).

Gli aeroporti sono soggetti a vincoli, regole e controlli ovunque per la loro delicata funzione di pubblica utilità ma sono anche considerati soggetti economici che, indipendentemente dalla proprietà pubblica o privata della gestione, devono essere messi in condizione di massima efficienza, di attrarre investimenti e di generare utili a garanzia di possibili re-investimenti in infrastrutture o in politiche di incentivo alla mobilità.

Nell'attuale panorama italiano, gli aeroporti rappresentano una risorsa strategica per lo sviluppo dell'intero Paese nonché un settore in cui il processo riformatore di privatizzazione, iniziato nel 1995, pur non potendosi considerare compiuto, prosegue ancora oggi nonostante le numerose difficoltà incontrate nel passato ai diversi livelli, istituzionale ed economico, e che tuttora sono presenti.

Il settore è stato oggetto in Italia di un graduale processo di liberalizzazione e privatizzazione, spesso sotto la spinta dell'ordinamento comunitario. Tali processi hanno influenzato la natura giuridica delle società di gestione dei diversi aeroporti nazionali.

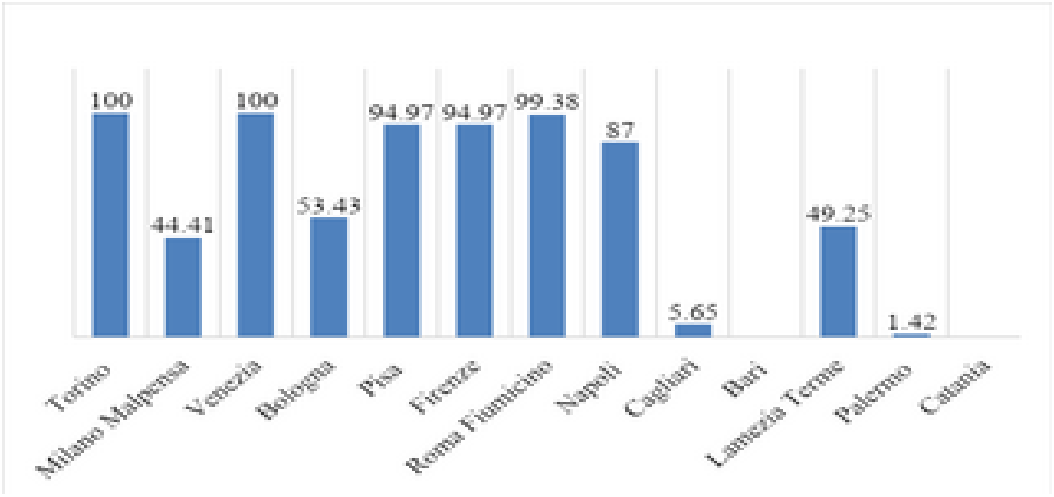
L'indagine sulle modalità di gestione degli aeroporti italiani, in relazione allo stato delle liberalizzazioni e privatizzazioni del settore, non può prescindere da un'attenta analisi del panorama della gestione aeroportuale così come si presenta nei nostri giorni.

Appare opportuno premettere che i dati raccolti in merito allo stato delle privatizzazioni nel settore aeroportuale in Italia mostrano una interessante diversificazione di tendenze: vi sono aeroporti costituiti da azionariato pubblico passati, in un secondo momento, interamente o quasi in mano privata – come si avrà occasione di illustrare in seguito – ed altri, viceversa, che mostrano una chiara inversione di tendenza.

disposizioni del presente codice. 3. Alla società pubblica di progetto possono partecipare le camere di commercio, industria e artigianato e le fondazioni bancarie. 4. La società pubblica di progetto è istituita allo scopo di garantire il coordinamento tra i soggetti pubblici volto a promuovere la realizzazione ed eventualmente la gestione dell'infrastruttura, e a promuovere altresì la partecipazione al finanziamento; la società è organismo di diritto pubblico e soggetto aggiudicatore ai sensi del presente codice. 5. Gli enti pubblici interessati alla realizzazione di un'infrastruttura possono partecipare, tramite accordo di programma, al finanziamento della stessa, anche attraverso la cessione al soggetto aggiudicatore ovvero alla società pubblica di progetto di beni immobili di proprietà o allo scopo espropriati con risorse finanziarie proprie. 6. Ai fini del finanziamento di cui al comma 5, gli enti pubblici possono contribuire per l'intera durata del piano economico-finanziario al soggetto aggiudicatore o alla società pubblica di progetto, devolvendo alla stessa i proventi di propri tributi o diverse fonti di reddito, fra cui: a) da parte dei comuni, i ricavi derivanti dai flussi aggiuntivi di oneri di urbanizzazione o infrastrutturazione e IMU, indotti dalla infrastruttura; b) da parte della camera di commercio, industria e artigianato, una quota della tassa di iscrizione, allo scopo aumentata, ai sensi della legge 29 dicembre 1993, n. 580. 7. La realizzazione di infrastrutture costituisce settore ammesso, verso il quale le fondazioni bancarie possono destinare il reddito, nei modi e nelle forme previste dalle norme in vigore. 8. I soggetti privati interessati alla realizzazione di un'infrastruttura possono contribuire alla stessa attraverso la cessione di immobili di loro proprietà o impegnandosi a contribuire alla spesa, a mezzo di apposito accordo procedimentale.

27. Le società di gestione degli Aeroporti strategici.

- Aeroporti strategici: percentuali di azionisti privati



La maggioranza degli aeroporti individuati come strategici dal Piano Nazionale Aeroporti è gestita da Società nelle quali la partecipazione di azionisti pubblici è veramente residuale rispetto a quella degli operatori privati. Il grafico seguente riporta la partecipazione di azionisti provati nelle Società di gestione dei singoli aeroporti. Elaborazioni su dati 2018 dei singoli aeroporti.

Dal grafico si evince che gli aeroporti di Torino e Venezia sono gestiti da Società interamente partecipate da privati.

L'aeroporto di Torino, fin dal 1956, è gestito da **SAGAT S.p.a**. società di gestione dell'aeroporto di Caselle T.se (TO) con la concessione fissata al 2035 e il capitale azionario detenuto da 2i Aeroporti S.p.A. azionista di maggioranza per l'80,28% delle quote.

L'Aeroporto di Venezia è gestito da **SAVE S.p.A**; dal 2019 la società aeroportuale è controllata dalla Società Milione S.p.A (partecipata da Infra Hub s.r.l., Leone infrastructure s.r.l., Sviluppo 87 s.r.l., Centro Vacanze Pra' delle torri s.r.l..

Gli Aeroporti di Verona e Brescia sono gestiti dalla società Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca Spa, la cui composizione societaria è costituita per la maggioranza da azionisti privati tra cui Aerogest Srl con il 47,015% e SAVE SpA con il 40,938[25].

L'aeroporto di Treviso come quello di Venezia è gestito da SAVE SpA, partecipata completamente da soggetti privati.

Gli aeroporti di Milano Linate e Milano Malpensa sono gestiti dalla **SEA Spa**[26] unitamente a tutti i servizi e le attività connesse. La Società è stata costituita, nel 1948, da soggetti privati.

Un esempio da prendere in considerazione è la società di gestione dell'aeroporto di Linate-Milano SEA S.p.a. rappresentata da SEA Prime SpA, società controllata dal Gruppo SEA, si colloca al primo posto in Italia come scalo di aviazione generale. Dedicato prevalentemente a una clientela business, offre servizi e facilities ad alto valore aggiunto. Con il 54,8% del capitale sociale, il

25 Ulteriori azionisti sono rappresentati dalla provincia Autonoma di Bolzano con il 3,6%, la Provincia di Brescia con il 2,1 %, altri Enti pubblici con il 3,6%, la Fondazione Cassa di Risparmio VR VI BL AN 2,835%.

26 Allo stato attuale il 55,59% del capitale è nelle mani degli Azionisti pubblici (Comune di Milano 54,81%, Provincia di Varese 0,64%, Comune di Busto Arsizio 0,06% e Altri azionisti pubblici 0,08%) e da azionisti privati per il restante 44,41% (2i Aeroporti Spa 35,75%, F2i Sgr SpA 8,62% e Altri azionisti privati 0,04%.

comune di Milano rappresenta l'azionista di maggioranza di SEA, seguito da 2i Aeroporti SpA con il 35,7% e F2i SGR con l'8,6%. Il restante 0,9% del capitale sociale si suddivide fra altri enti pubblici e investitori privati. Nel 2012, a seguito di un tentativo di quotazione in borsa andato male, Sea rinunciò al progetto di quotazione, annunciando di aver ritirato la richiesta di ammissione al listino per mancanza di acquirenti: in pratica, le banche che erano state incaricate di collocare le azioni non trovarono un numero sufficiente di fondi e risparmiatori disponibili a comprare i titoli del più importante operatore aeroportuale del Nord Italia.

La **SACBO S.p.A.**, gestore dell'aeroporto di Bergamo-Orio al Serio, è stata costituita nel 1970 con la partecipazione dei maggiori enti pubblici, degli istituti bancari e di alcuni gruppi imprenditoriali della provincia e oggi registra la partecipazione della SEA Spa-Aeroporti Milano per una quota pari al 30,98%).

L'Aeroporto G. Marconi di Bologna S.p.a. rappresenta l'ottavo scalo italiano per numeri di passeggeri ed è stato classificato come aeroporto strategico nel Piano Nazionale degli aeroporti[27]. La società di gestione è partecipata dalla Camera di commercio di Bologna 39,10%, da Atlantia S.p.a. (edizione s.r.l.) 29,38% da F2i fondi italiani per le infrastrutture sgr Spa 9,99% e dal Comune di Bologna 3,88%.

Toscana Aeroporti S.p.A. – Società di gestione degli aeroporti di Pisa e Firenze – è la società derivante dalla fusione delle due Società SAT Spa e AdF Spa, rispettivamente concessionarie per la gestione dell'Aeroporto di Pisa "G. Galilei" e dell'Aeroporto di Firenze "A. Vespucci.

La fusione tra le due società ha rappresentato il passaggio fondamentale per la realizzazione di un unico sistema aeroportuale toscano integrato in grado di costituire un volano di sviluppo economico del territorio all'altezza di una delle regioni più note e amate al mondo.

La partecipazione societaria è quasi interamente di privati, l'unica eccezione è rappresentata dalla Regione Toscana che partecipa con il 5,03%.

Interessante risulta essere il caso **della Aeroporti di Roma S.p.A**., nata nel 1974 per la gestione e lo sviluppo del Sistema aeroportuale della Capitale, destinatari di affidamento diretto della concessione degli scali di **Fiumicino e Ciampino** ai sensi dell'art.3, co.2, della legge 10 novembre 1973, n.755. La società, nata nel 1974 con capitale pubblico originariamente sottoscritto dall'IRI, per la concessione esclusiva del sistema aeroportuale romano, fu privatizzata fra il 1997 e il 2000, nell'ambito del processo di dismissione delle partecipazioni statali. A seguito dell'operazione di fusione per incorporazione di Gemina spa in Atlantia spa, la Società è oggi controllata, in forza di una partecipazione azionaria pari al 99,384%, da Atlantia S.p.A. Il restante capitale sociale è suddiviso tra gli Enti pubblici territoriali (ex DPCM 25/2/1999) e tra altri soci minori (terzi con lo 0,265%). In merito, AdR, nel corso del procedimento instaurato da ANAC su esposto della Associazione FuoriPISTA relativo alle procedure di affidamento delle subconcessioni, ha affermato che la concessione gli è stata affidata secondo una procedura c.d. "a doppio oggetto" competitiva e trasparente, attraverso il processo di privatizzazione di Aeroporti di Roma spa, rendendo così pienamente "proporzionata" la durata complessiva della concessione. AdR è stata beneficiata infatti di una proroga della concessione di ulteriori 35 anni fino al 2044, dall'originaria concessione, decorrente dal 1 luglio 1974 al 30 giugno 2009. Sul punto vi è stata una verifica della Commissione Europea che aveva avviato una procedura di infrazione comunitaria (EU Pilot 7340/2015 GROW), successivamente archiviata a seguito dei chiarimenti del governo italiano. *Il Contratto di Programma stipulato con ENAC contiene numerose deroghe, a partire da un sistema tariffario di lungo periodo (art.21),*

27 La partecipazione di azionisti pubblici è ampiamente rappresentata, con il 37,56% di azioni della Camera di Commercio Industria e artigianato di Bologna, il Comune di Bologna (3,88%) la Città Metropolitana di Bologna (2,31%) la Regione Emilia Romagna (2,04%) le Camere di Commercio di Modena, Ferrara, Reggio Emilia e Parma con un totale pari allo 0,78%.

in cui i criteri e i principi per la definizione e l'aggiornamento dei corrispettivi aeroportuali, quali per esempio il meccanismo del *dual till* o quello del *profit sharing* (art.32 *ter*) sono validi fino alla scadenza della concessione.

L'Aeroporto di Genova S.p.a., costituita nel 1985, detiene oggi un capitale sociale pari ad € 7.746.900 i.v. e tra i suoi azionisti registra la presenza di un unico soggetto privato, la Aeroporti di Roma Spa, con una partecipazione pari al 15% - quota acquisita alla fine del 1997, prima del processo di privatizzazione della Società di Gestione degli Scali romani, direttamente da Alitalia Spa - essendo le restanti quote attribuite alla Autorità Portuale di Genova (60%) ed alla Camera di Commercio di Genova (25%). Il ruolo di Aeroporto di Genova S.p.A. è quello di gestire e sviluppare le infrastrutture aeroportuali, fornire i servizi di assistenza a terra agli aeromobili, garantire il massimo livello di security e safety, promuovere lo sviluppo delle attività aviation e non aviation nello scalo.

L'Aeroporto Internazionale di Napoli è gestito, con una concessione quarantennale **da GE.S.A.C. SpA** (Gestione Servizi Aeroporti Campani) costituita nel 1980, a maggioranza pubblica, su iniziativa del Comune di Napoli, della Provincia di Napoli e dell'Alitalia (la quota di quest'ultima è stata successivamente rilevata dalla SEA di Milano). Nell'agosto del 1997, gli enti pubblici azionisti hanno ceduto alla BAA, gruppo inglese leader nel mondo nella gestione aeroportuale, ognuno, il 35% delle azioni in proprio possesso. Con l'acquisizione del pacchetto azionario di maggioranza da parte di BAA, lo scalo di Napoli è il primo aeroporto italiano ad essere privatizzato. Nel dicembre 2010, F2i – Fondi Italiani per le Infrastrutture- SGR (promossa da Cassa Depositi e Prestiti) acquisisce la maggioranza azionaria di GESAC. Nel febbraio 2015 F2i firma un accordo di vendita del 49% di F2i Aeroporti S.p.A. alla cordata composta da Ardian (60%) e Credit Agricole Assurances (40%). A seguito di questa cessione F2i Aeroporti ha cambiato la sua denominazione sociale in 2i Aeroporti Spa. L'attuale composizione azionaria di GESAC è articolata con l'87% di 2i Aeroporti S.p.A, il 12,5% di Città Metropolitana di Napoli, il 0,5% del Comune di Napoli. Ad essa è attribuita la responsabilità completa della gestione aeroportuale e l'attività di coordinamento e controllo di tutti gli operatori privati presenti in aeroporto.

Una situazione opposta si registra nella **SOGAER S.p.a.** - gestore **dell'aeroporto di Elmas (CA**) - con capitale sociale pari ad € 13.000.000,00 di cui ben il 94,353% dell'azionariato societario è in mano alla C.C.I.A.A. Cagliari mentre in seconda e terza posizione, con quote nettamente minori, vi sono la S.F.I.R.S. S.p.a. (3,430%) e il Banco di Sardegna S.p.A. (1,052%).

Aeroporti di Puglia S.p.a., nata nel 1984 sotto differente ragione sociale – ovvero la S.E.A.P. (Società Esercizio Aeroporti Puglia S.p.a) – allo scopo di gestire gli scali del sistema aeroportuale pugliese (**Bari, Brindisi, Foggia e Grottaglie**) dispone di un capitale sociale pari sottoscritto totalmente dalla Regione Puglia che ha recentemente rilevato le partecipazioni minoritarie della Città Metropolitana di Bari e della Camera di Commercio di Bari al valore nominale.

La Società Aeroportuale Calabrese, ente gestore dell'Aeroporto Internazionale di **Lamezia Terme,** è una Società a capitale misto. Il 50,756 % delle azioni è infatti detenuto da Enti Pubblici e il rimanente da investitori privati. La Società ha il compito di coordinare e gestire l'intero aeroporto. È subentrata nel 1990 al Consaer (consorzio costituito nel 1965 per la realizzazione e la gestione del nuovo aeroporto calabrese) e nel 2009 ha ottenuto la Concessione della Gestione Totale per un periodo di quarant'anni e la Certificazione di Prestatore di Servizi Assistenza a terra (handler) dei passeggeri, degli aeromobili e per la movimentazione merci e bagagli.

A controllo pubblico è invece **la GESAP S.p.a.,** la società di gestione dell'Aeroporto "Falcone e Borsellino" di **Palermo** che, costituita nel 1985, fino al 1994 ha operato esclusivamente quale handler, unico prestatore dei servizi di assistenza a terra per lo scalo di Palermo, la cui gestione è

stata affidata direttamente allo Stato ed esercitata dalla Direzione della Circoscrizione Aeroportuale. Dal 1994 la Società ha assunto la gestione parziale dello scalo con Convenzione ventennale, divenendo concessionaria degli spazi land side (aerostazioni e relative pertinenze). In seguito, nell'agosto 2007, con Decreto Interministeriale MIT /MEF n. 119T, la Società ha ottenuto la concessione della gestione totale dell'Aeroporto di Palermo di durata quarantennale. La quasi totoalità delle azioni è detenuta da soggetti pubblici (Città Metropolitana di Palermo (41,3337%), il Comune di Palermo, (31,5487%) la Camera di Commercio di Palermo (22,7791%), il Comune di Cinisi (2,9219%), una simbolica partecipazione privata è riscontrabile in capo a Confindustria Palermo ed altri soci minori (RESIGEST SRL, Associazione allevatori, Fed. Reg. Agricoltori, Avv. Paolo Angius ecc…) per un totale pari all'1,42%.

La SAC-Società aeroporto Catania S.p.a. - che gestisce **l'aeroporto di Fontanarossa** - è interamente partecipata da enti pubblici quali le Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Catania, Ragusa e Siracusa della Sicilia Orientale che detengono il 61,22% del capitale sociale, la Città Metropolitana di Catania e l'IRSAP di Palermo e il Libero Consorzio Comunale di Siracusa che detengono ciascuno il 12,24% ed, infine, il Comune di Catania che ne detiene il 2,04%.

In conclusione, per quanto riguarda gli aeroporti nazionali si può senz'altro affermare che il processo di privatizzazione è stato quasi completato.

Accanto agli esempi di privatizzazione sopra illustrati emergono, poi, in tutta la loro eclatante valenza rappresentativa di scelte societarie ancor ben lontane dalle privatizzazioni del settore, situazioni quali quelle degli Aeroporti di Puglia S.p.a., Olimpica S.p.a e SAC S.p.a. in cui la presenza di soggetti privati è pari allo zero percento in quanto soltanto in due aeroporti la gestione è affidata interamente ad Enti pubblici (Bari e Catania), e in altri due casi (Palermo e Cagliari) la partecipazione di azionisti privati alla gestione è veramente residuale. Si tratta, in ogni caso, di aeroporti situati nel Sud dell'Italia che probabilmente continuano a subire il retaggio di vincoli politico-economici mai completamente risolti.

28. Le Società di gestione degli aeroporti di interesse nazionale.

Il Piano Nazionale Aeroporti, individua oltre agli aeroporti strategici anche gli aeroporti di interesse nazionale, alcuni dei quali rappresentano esempi emblematici di aeroporti che si mostrano distanti dall'operare una scelta di privatizzazione gestionale. Nel 2005, si è concluso l'iter con cui E.N.A.C ha rilasciato ad ABD AIRPORT SpA il Certificato di Gestore aeroportuale per l'aeroporto di Bolzano. Oggi ABD è una società soggetta a direzione e coordinamento della Provincia Autonoma di Bolzano ai sensi dell'art. 2497 ss. c. c.

Scenario simile si ricava dall'analisi dei dati della Società di Gestione dell'Aeroporto Cuneo – Levaldigi (l'attuale GEAC S.p.A.), costituita nel 1962 con l'intervento degli enti locali territoriali ed economici in seguito allo sviluppo dello scalo, che presenta tra i suoi azionisti oltre il 77% di soggetti pubblici. Ad oggi fanno parte della compagine societaria, la Provincia di Cuneo e la Regione Piemonte ed altri soggetti pubblici locali. Si tratta di Società che hanno aderito ad un aumento di capitale su sollecitazione degli enti pubblici soci, senza una procedura di gara.

Dal luglio 1997, titolare della gestione di Trieste Airport è l'Aeroporto Friuli-Venezia Giulia S.p.A. che dal luglio 2010 che ha come unico socio la Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia. Dal 3 agosto 2007 ad Aeroporto Friuli-Venezia Giulia S.p.A. è stata affidata da E.N.A.C e dal Ministero dei Trasporti la gestione totale quarantennale di Trieste Airport. L'Aeroporto Internazionale di

Rimini e San Marino 'Federico Fellini è gestito da AIRiminum 2014 spa che detiene interamente la società di *handling* AIR.

L'aeroporto di Parma è gestito dalla SO.GE.A.P. S.p.A., la società nata dall'integrazione di forze economiche, politiche e sociali espressione del territorio: enti pubblici del comprensorio parmense, alcuni istituti di credito e oltre 130 imprese private che investono e credono nell'effetto benefico che l'aeroporto porta al tessuto economico locale. Nel complesso gli azionisti privati partecipano con il 76,75% mentre quelli pubblici con il 21,06%.

La "Società per il potenziamento e la gestione dell'aeroporto regionale umbro S. Egidio S.p.A.", in sigla SASE S.p.A., è stata costituita in data 14/12/1977, su iniziativa del Comune di Perugia che detiene il 6,26% delle quote, con un azionariato formato da Enti locali, istituzioni pubbliche e privati. Gli azionisti privati costituiti soprattutto da Sviluppo Umbria con il 36% delle azioni detengono complessivamente oltre il 56% delle azioni.

La SAGA, Società Abruzzese Gestione Aeroporto, è stata costituita nel 1981 al fine di gestire l'Aeroporto d'Abruzzo. L'azionariato societario è composto per il 99,99% da Enti Pubblici. La partecipazione della Regione Abruzzo al capitale sociale della SAGA è quasi totalitaria, soltanto una quota simbolica è detenuta dalla società Future Cleaning Srl.

L'aeroporto di Salerno è gestito dalla società Consorzio Aeroporto Salerno-Pontecagnano, totalmente a capitale pubblico, con lo scopo di consentire, tramite l'ottimizzazione delle capacità operative, amministrative, gestionali, finanziarie e funzionali dei singoli enti consorziati, l'attuazione dell'opera "Aeroporto di Salerno – Costa di Amalfi" e la gestione del patrimonio consortile.

Tutti gli aeroporti della Regione Puglia sono gestiti da Aeroporti Puglia S.p.A. quasi interamente partecipata da soggetti pubblici con una quota residuale pari allo 0,59% da soggetti privati.

Gli aeroporti di Crotone e Reggio Calabria sono, allo stato attuale gestiti dalla S.A.CAL. S.P.A Società Aeroportuale Calabrese, che come già detto in riferimento all'aeroporto di Lamezia Terme è una Società a capitale misto: il 50,756 % delle azioni è detenuto da Enti Pubblici e il rimanente da investitori privati. Tra i principali azionisti pubblici, oltre all'amministrazione comunale di Lamezia Terme ed alle amministrazioni provinciale e comunale di Catanzaro, è compresa anche la Regione Calabria, che detiene il 10 per cento delle azioni.

L'aeroporto di Comiso è gestito da SO.A.CO. S.P.A, una Società di cui il Comune di Comiso detiene il 35%, delle quote il restante 65% è detenuto da INTERSAC Holding SpA, allo stato attuale posta in liquidazione giudiziale.

L'aeroporto di Trapani è invece gestito da Airgest fin dal 1992. Si tratta di una Società di capitali costituita per oltre il 99% da Enti pubblici. Airgest S.p.A. in data 27 giugno 2012 ha sottoscritto l'atto di Convenzione per l'affidamento della Concessione per la Gestione delle Infrastrutture Aeroportuali Civili dell'Aeroporto di Trapani Birgi, con durata trentennale, vedendo riconosciuto il suo ruolo di Gestore Totale delle infrastrutture aeroportuali. In qualità di gestore aeroportuale, come disciplinato dall'articolo 705 del Codice della Navigazione, garantisce la progettazione, realizzazione, sviluppo, manutenzione e uso delle infrastrutture, degli impianti e delle aree aeroportuali; la gestione e lo sviluppo delle attività aeroportuali nel suo complesso; la gestione dei controlli di sicurezza dei passeggeri, dei bagagli e delle merci; il controllo e coordinamento delle attività dei vari operatori presenti in aeroporto.

GAP S.p.A. è la società che gestisce l'aeroporto di Pantelleria G.A.P. ed è stata costituita nel 1997 da un gruppo di imprenditori dell'isola di Pantelleria, con l'obiettivo di gestire l'Aeroporto Civile dell'isola, che allora ed ancora ora in gestione ad E.N.A.C, a seguito dell'abbandono da parte

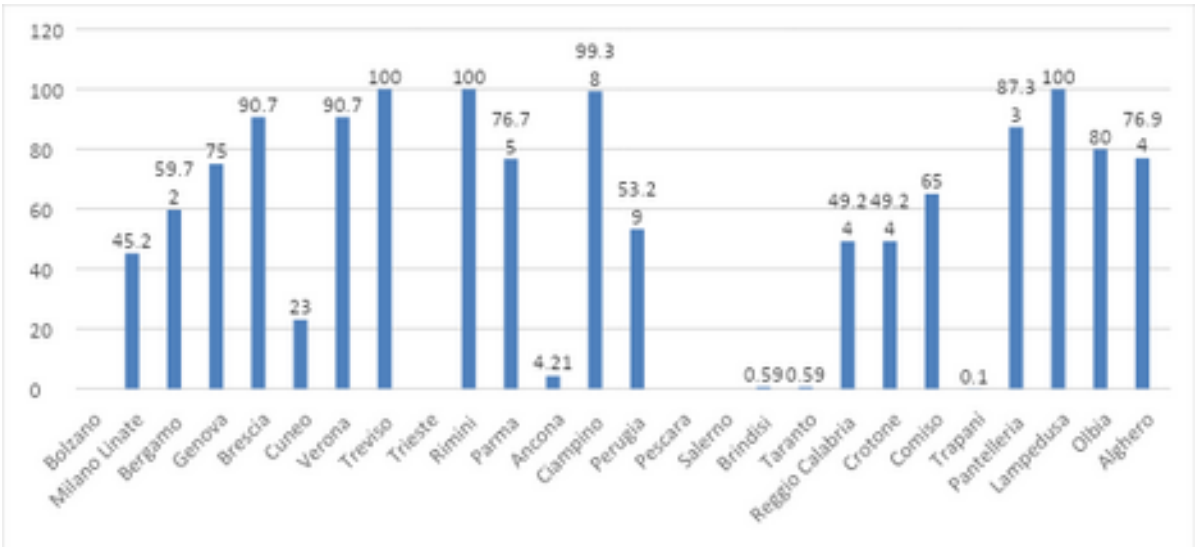
di Alitalia della gestione dei servizi a terra e della cessazione dell'esercizio delle linee aeree che collegavano l'isola con la terraferma. In seguito, sono entrati nella compagine societaria SAVE S.p.A., con il 49,82% del capitale sociale, e il Comune di Pantelleria con il 10%[28].

L'aeroporto di Lampedusa è gestito da AST Aeroservizi S.p.A, con socio unico, che ha sottoscritto nel 2015 la convenzione per la gestione totale dell'Aeroporto di Lampedusa per una durata ventennale.

All'interno della SOGEAAL S.p.A., società di gestione dell'Aeroporto Alghero - FERTILIA (SS) – la maggiore quota di partecipazione è detenuta dalla F2i Aeroporti 2 S.r.L con il 71,25% mentre le restanti quote risultano ripartite tra la Regione Autonoma della Sardegna (23,06%) e dalla SFIRS S.p.A con il 5,69%.

La Geasar S.p.A. società di gestione dell'aeroporto di Olbia, è stata costituita nel 1985 e nel 2004, dopo 15 anni di attività, la società ha ottenuto la concessione per la gestione totale dell'Aeroporto per i prossimi quarant'anni. L'80% delle azioni è detenuto da privati.[29].

Fonte: Elaborazioni su dati 2018 dei singoli aeroporti



Il grafico sopra riportato mostra in maniera sintetica la partecipazione degli azionisti privati alle Società di gestione dei diversi aeroporti, in 6 casi la partecipazione dei privati è superiore al 90%, in quattro casi è superiore al 50% nelle rimanenti società di gestione va via via diminuendo fino a diventare pari a zero negli aeroporti di Bolzano, Trieste, Pescara, Salerno nei quali le società di gestione sono interamente partecipate da Enti Pubblici.

Dal quadro sopra rappresentato emerge che la gestione aeroportuale presenta modelli diversificati tra loro e si trova in un momento di transizione dalla tradizionale gestione pubblica a quella privata, che gestisce una quota importante dell'intero sistema aeroportuale.

29. Gli investimenti privati nel settore aeroportuale.

28 Gli altri azionisti di GAP SPA sono rappresentati dalla Provincia di Trapani con il 2,67%, da Altri soci per il 29,41%; da Banca nuova spa per il 3,13 % da Esposito Giovanni per il 5% .

29 La compagine azionaria è costituita da Alisarda S.p.A. (79,8%), Camera di Commercio di Sassari (10%), Camera di commercio di Nuoro (8%), Regione Autonoma della Sardegna (2%), Consorzio Costa Smeralda (0,2%).

Come si evince dall'analisi sopra effettuata il settore aeroportuale negli ultimi anni ha avuto la capacità di attrarre significativi investimenti privati, oltre che pubblici.

Il processo di privatizzazione si è evoluto da una forma di privatizzazione formale ad una vera e propria privatizzazione sostanziale.

Oltre al sistema delle Autonomie Locali, Camere di Commercio e Regioni, tradizionalmente presenti nel capitale delle società di gestione, gruppi imprenditoriali italiani e stranieri, oltre a fondi privati, hanno scelto di investire nel settore aeroportuale.

Nel periodo 2017/2022 sono stati stimati investimenti pari a 4,2 miliardi di euro finanziati per la quasi totalità dagli stessi gestori senza il ricorso a contributi pubblici.

Si tratta infatti di un settore tra i più rilevanti per l'economia nazionale nel quale, nonostante la crisi di Alitalia, si assiste allo sbarco di nuove compagnie aeree o al rafforzamento di quelle già presenti, tra vettori di linea e compagnie *low cost*.

Lo conferma l'andamento del traffico passeggeri, in costante aumento dal 2013 a oggi. L'obiettivo dei gestori è potenziare terminal e infrastrutture di volo senza trascurare la sicurezza del comparto e le nuove tecnologie legate al rispetto dell'ambiente.

In questo contesto, un ruolo particolare rivestono le innovazioni tecnologiche che trasformano gli aeroporti italiani ed in particolare gli scali intercontinentali in porte dell'Italia sul mondo. e l'immagine che l'aeroporto offre di sé è molto importante.

Il principale *player* intervenuto sul mercato italiano per precisa scelta strategica è F2i Aeroporti, emanazione di F2ì, uno dei due Fondi Comuni di Investimento voluti da Cassa Depositi e Prestiti, insieme a FSI, per sostenere il processo di infrastrutturazione del Paese laddove il sistema imprenditoriale italiano non aveva la forza economica di intervenire per privatizzare e sostenere i settori interessati F2ì annovera nella compagine sociale oltre CDP anche le Fondazioni Bancarie già socie di CDP, fondi pensionistici.

Più nel dettaglio, F2i, che rappresenta il più importante fondo privato italiano di investimenti nel settore infrastrutture, con circa 7 miliardi di euro investiti è oggi uno dei principali fondi infrastrutturali europei. La Società dichiara nel suo sito che *"La politica di investimento di F2i mira a creare un portafoglio diversificato di partecipazioni in società attive in tutti i settori infrastrutturali, prevalentemente in Italia. F2i si propone di acquisire quote di maggioranza o di minoranza qualificta, che consentano di esercitare un ruolo di rilievo nella governance societaria per creare valore, aggregando operatori esistenti per raggiungere una dimensione di scala adeguata al tipo di attività svolta"* e controlla ben 9 aeroporti italiani tramite la sua controllata 2i Aeroporti S.p.A. e cinque fondi gestiti da F2i:

- Aeroporto di Torino: tramite l'acquisizione del 90,3% di SAGAT spa, in portafoglio al Terzo Fondo F2i (tramite 2i Aeroporti spa – holding controllata al 51% dal Terzo Fondo F2i)
- Aeroporti di Milano (Linate – Linate Prime – Malpensa) tramite l'acquisizione di circa il 45% della concessionaria SEA spa in portafoglio al Secondo Fondo (8,6%), Terzo Fondo (36,4%) tramite 2i Aeroporti spa – holding controllata al 51% dal Terzo Fondo)
- Aeroporto di Olbia tramite l'acquisizione dell'80% della concessionaria GEASAR spa in portafoglio al Terzo Fondo e Quarto Fondo
- Aeroporto di Alghero tramite l'acquisizione del 71% della concessionaria SOGEAAL spa in portafoglio al Terzo fondo (tramite F2i Aeroporti 2 srl, società interamente controllata dal Terzo Fondo F2i)
- Aeroporto di Bologna tramite l'acquisizione del 10% della concessionaria Aeroporto di Bologna spa, in portafoglio al Terzo Fondo F2i (tramite 2i Aeroporti spa – holding controllata al 51% dal Terzo Fondo e relative società controllate
- Aeroporto di Trieste tramite l'acquisizione del 55% della concessionaria società di gestione Aeroporto Friuli Venezia Giulia spa in portafoglio al Terzo Fondo F2i (tramite 2i aeroporti spa – holding controllata al 51% dal Terzo Fondo e relative società controllate)

- Aeroporti di Napoli e Salerno tramite l'acquisizione dell'83% di GESAC spa, in portafoglio al Terzo Fondo (tramite 2i Aeroporti spa – holding controllata al 51%dal Terzo Fondo F2i)

Sulla stessa linea si pone SAVE S.p.A. attualmente presente nel:

- Aeroporto di Venezia: gestita direttamente da SAVE che detiene il 20% delle azioni.
- Aeroporto di Treviso: anch'esso gestito direttamente da SAVE e partecipato solo da soggetti privati.
- Aeroporti di Verona e Brescia: di cui SAVE detiene oltre il 40% delle azioni.
- Aeroporto di Pantelleria: tramite GAP S.p.A. di cui SAVE detiene il 49,82%.

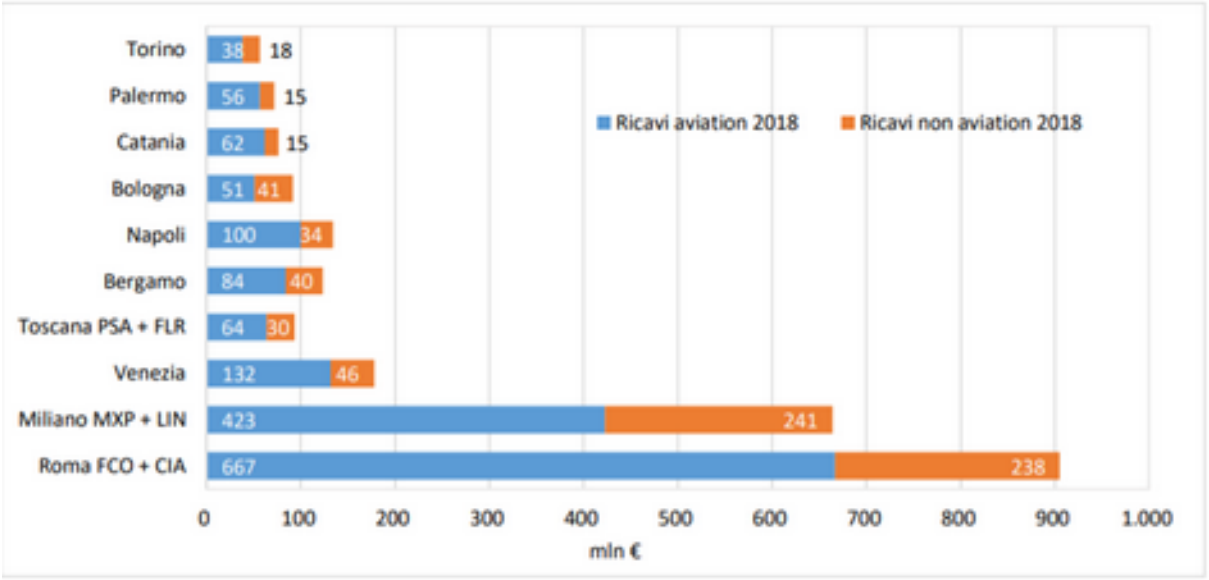
Da sottolineare, infine, il ruolo di Adr-Aeroporti di Roma spa che rappresenta la prima società di gestione aeroportuale del Paese per volume di affari e passeggeri a cui fanno capo gli scali di Fiumicino e Ciampino, ed è controllata quasi interamente da Atlantia (quota del 96,7%), *player* globale presente nelle grandi infrastrutture autostradali e aeroportuali.

L'azionista di riferimento di Atlantia (30,25%) è Sintonia, la finanziaria controllata dalla holding Edizione della famiglia Benetton.

In questo scenario, unica eccezione rispetto ad un assetto proprietario riferibile totalmente ad investitori italiani, a seguito della fuoriuscita dal mercato italiano della BAA inglese che controllava lo scalo di Napoli, solo Toscana Aeroporti Spa, la società la nata il 1° giugno 2015 dalla fusione di Adf-Aeroporto di Firenze e Sat-Aeroporto di Pisa per la gestione comune degli scali di Firenze e Pisa. Il 51,13% di Toscana Aeroporti è infatti controllato da Corporacion America Italia Spa, la società privata del magnate armeno-argentino Eduardo Eurnekian presente in 53 aeroporti in Sud America ed Europa.

La breve analisi fatta mostra un crescente interesse da parte degli investitori italiani e degli attuali concessionari aeroportuali che è caratterizzato da un notevole dinamismo ed è strategico sia per la crescita del turismo nel nostro Paese sia per l'esportazione dei prodotti italiani nel resto del mondo.

I ricavi dei principali gestori aeroportuali italiani



Fonte: Elaborazione ART su dati di bilancio d'esercizio 2018 (campione).

30. Conclusioni.

Sotto un profilo statistico, alla luce di quanto sinora esposto appare evidente la cristallizzazione di un assetto proprietario delle società di gestione aeroportuale, lontano dall'auspicata privatizzazione sostanziale. Il comparto, nonostante il processo di liberalizzazioni del settore, presenta pochi casi di reale privatizzazione e molti casi con percentuali simboliche o con totale assenza di soggetti privati.

Le caratteristiche generali dei soggetti giuridici che scelgono di entrare a far parte del complesso mondo della gestione aeroportuale si mostrano assai variegate nell'insieme, dalle società finanziarie alle immobiliari, passando per le società di servizi.

Appaiono molto limitati i casi di apertura dell'assetto azionario delle società di gestione alla quotazione in borsa: l'Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna Spa con il 38,9%, Toscana Aeroporti con il 13,87%, oltre il tentativo fallito di Sea spa nel 2012 per mancanza di acquirenti poiché le banche che erano state incaricate di collocare le azioni non trovarono un numero sufficiente di fondi e risparmiatori disponibili a comprare i titoli. Una vicenda che solleva molti interrogativi.

Diversa ed interessante, per il mercato italiano, la strategia per lo sviluppo delle infrastrutture posta in essere da Cdp per il tramite del fondo F2i – Fondi Italiani per le Infrastrutture Sgr. Appare finalmente una visione strategica di sviluppo integrato delle infrastrutture sinergiche, funzionale alla intermodalità. F2i sta infatti investendo su aeroporti, porti e interporti per il tramite di quattro fondi dedicati, attraverso cui apre ad investitori interessati. L'iniziativa di F2ì sta portando allo sviluppo di un sistema aeroportuale integrato di vaste dimensioni, raccordato, per il tramite delle partecipazioni azionarie controllate da F2i, con le altre grandi infrastrutture italiane. I Fondi previdenziali, le Casse professionali, le Fondazioni Bancarie stanno sostenendo con convinzione l'iniziativa finanziaria.

Nel complesso, lo studio in merito all'assetto delle gestioni degli aeroporti italiani, alla luce dei dati raccolti, offre l'immagine di un'Italia in cui il processo di privatizzazione è stato recepito formalmente, ma non ancora pienamente condiviso e compreso dall'opinione pubblica, dai *decision makers*, dal mercato: si assiste ad un processo di privatizzazione "lento", se si considera il quadro normativo vigente nel nostro Paese in tema di liberalizzazione del settore aereo.

Premesso, infatti, che in capo allo Stato italiano non sussiste un obbligo, neppure in qualità di membro della Comunità europea, di privatizzare le società di gestione aeroportuale, il contesto normativo delle gestioni aeroportuali ha subito importanti cambiamenti già dalla entrata in vigore della antesignana ed innovativa legge n. 537/93 - il cui articolo 10 aveva previsto l'istituzione di apposite società di capitali per la gestione dei servizi e per la realizzazione delle infrastrutture degli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato, aperte alla partecipazione delle Regioni e degli enti locali interessati – per poi, in seguito, trovare un proprio riconoscimento anche a livello europeo attraverso la direttiva europea numero 96/67/CE (recepita in Italia soltanto nel gennaio 1999 con il decreto legislativo n.18).

Se si considerano il tempo trascorso dall'avvio del processo di privatizzazione del settore e le quote di partecipazione privata, in alcuni casi pari ancora allo 0% (si pensi alla Olimpica S.p.a., società di gestione dell'aeroporto di Cuneo), i dati raccolti colpiscono ed offrono la rappresentazione di un processo di privatizzazione del settore, che seppur ormai assestato sul modello della gestione totale, affrancando lo Stato dall'onere della gestione diretta, non può dirsi aver raggiunto un traguardo apprezzabile: il settore - è evidente - risente delle vecchie sovrastrutture della politica e del campanilismo e non offre un trend uniforme, sussistendo addirittura casi in cui si operano scelte societarie inverse rispetto all'auspicato processo di privatizzazione. A questo si aggiunga la mancata dismissione delle partecipazioni azionarie

detenute dagli enti locali, in aperta violazione di legge, e il mancato espletamento delle procedure di evidenza pubblica nei processi di privatizzazione finora attuati.

La privatizzazione sostanziale, percepita come un metodo per migliorare la gestione e l'efficienza degli aeroporti, in base ai dati raccolti, non può che risultare incompiuta in Italia. Il sistema Italia sta perdendo la grande opportunità di attrarre i grandi investitori stranieri e di competere sullo scenario internazionale del trasporto aereo con *hub* strutturati con propri sistemi aeroportuali locali/regionali e collegati finanziariamente con altri *hub* mondiali con cui fare rete.

Vi è però da domandarsi il perché della assenza di attenzione verso il nostro mercato dei grandi gestori ed investitori internazionali: probabilmente, come in tutti i settori infrastrutturali italiani, l'attuale farraginoso sistema autorizzativo delle grandi opere e la pletora di amministrazioni locali coinvolte nei relativi procedimenti, scoraggia gli investitori esteri. D'altronde per un fondo d'investimento, piuttosto che per un fondo sovrano, la scelta da compiere sul mercato internazionale è vasta e senza barriere geografiche, le distanze non hanno alcun conto. Piuttosto vale, oltre il regime autorizzatorio, il regime fiscale.

Inoltre a tutt'oggi la mancata effettuazione delle procedure di evidenza pubblica per le concessioni (come è noto tutte le concessioni operanti sono state affidate direttamente e prorogate per 40 anni v. AdR) non ha offerto occasioni ai gestori internazionali per potersi candidare direttamente sul mercato italiano.

E' auspicabile pertanto una revisione delle politiche governative in materia, senza perseverare in un sistema di deroghe e proroghe, o addirittura di mancati controlli, che non avvantaggia il sistema Italia in termini di competitività.

RESTAURO E AMMODERNAMENTO DELLO STRUMENTARIO AMMINISTRATIVO IN VISTA DELLA TRANSIZIONE ECOLOGICA.

Tendenze evolutive dell'intervento pubblico nell'economia in funzione della sostenibilità ambientale.

Antonio Persico*

Abstract (It): A fronte della necessità di realizzare la transizione ecologica, il ruolo delle pubbliche amministrazioni in ambito economico è sempre meno riducibile a quello dell'arbitro neutrale agli esiti della competizione. È in atto un processo di recupero, rafforzamento e ampliamento dello strumentario a disposizione dei pubblici poteri, funzionale all'assunzione di un ruolo proattivo e all'orientamento finalistico delle attività economiche private. Il presente contributo analizza gli strumenti amministrativi, in parte tradizionali (le programmazioni economiche, gli incentivi economici), in parte innovativi (le figure di partenariato pubblico privato), al centro di tale processo.

Abstract (En): Given the need to realize the ecological transition, public administrations cannot limit themselves to the role of neutral arbiters that are indifferent to the results of the economic competition. A process of restoration, strengthening and upgrade of the paraphernalia available to public powers is underway, functional to the assumption of a proactive role in the economy as well as to the finalistic orientation of private economic activities. This paper analyzes the administrative tools, partly traditional (economic planning, economic incentives), partly innovative (public-private partnership instruments), at the center of this process.

SOMMARIO: 1. Le sfide della sostenibilità ambientale e i limiti dello Stato regolatore. **2.** Le nuove forme della programmazione economica. **3.** Gli strumenti di incentivazione con finalità ambientali. **4.** Il partenariato pubblico privato quale modello relazionale per associare le imprese al perseguimento della transizione ecologica. **5.** Conclusioni.

1. Le sfide della sostenibilità ambientale e i limiti dello Stato regolatore.

La crisi ecologica è divenuta una questione politica indifferibile a livello internazionale, sovranazionale e interno[1]. Urge intervenire sui sistemi di produzione, consumo e mobilità

1* Dottorando in Discipline Giuridiche presso l'Università Roma Tre.

Essa è da decenni al centro di una crescente e diffusa preoccupazione in ambito internazionale, la quale si manifesta in particolare nelle Conferenze delle Parti che si tengono nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (da ultimo, si confrontino i lavori della COP 26 tenutasi a Glasgow, Scozia); è presupposta e contrastata dall'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici del 2015 e dagli obiettivi prefissati dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite (A/RES/70/1), recante i 17 *Sustainable Development Goals* (cfr. obiettivo 6, target 6.3, 6.4, 6.6; obiettivo

invalsi, così da preservare la possibilità delle presenti e delle future generazioni di vivere e soddisfare i propri bisogni sul Pianeta[2]. Crescita economica e tutela dell'ambiente devono procedere di pari passo, e quindi la prima va necessariamente sganciata dal consumo di risorse naturali e dalla produzione di inquinamento e rifiuti[3]. Occorre, in sintesi, dare seguito e concretezza al principio dello sviluppo sostenibile[4], realizzando in tempi celeri la transizione ecologica.

L'impellente necessità di inverare quest'ultima richiede di riflettere sulle forme dell'intervento pubblico in ambito economico e di interrogarsi sull'idoneità del modello dello Stato regolatore[5] a far fronte alle sfide poste dalla sostenibilità ambientale.

Com'è noto, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, a fronte delle liberalizzazioni richieste dall'ordinamento comunitario e con l'abbandono di molti dei presìdi statali nell'economia, il condizionamento pubblicistico dei fenomeni economici ha assunto la forma prevalente della regolazione[6]. Attività, questa, che mira a garantire l'effettiva contendibilità dei mercati e a prevenire/fronteggiare scenari di fallimento del mercato, tra cui rientrano quelli riferibili alla presenza di beni pubblici in senso economico e di esternalità negative in materia ambientale. La regolazione definisce le regole dell'agire degli operatori economici, traendo giustificazione dalle suddette esigenze di carattere oggettivo e limitandosi a quanto necessario per conseguire il fine, in ossequio al principio di proporzionalità.

La regolazione a tutela dell'ambiente, a sua volta, si è tradizionalmente fondata sugli schemi del *command and control*, per poi aprirsi ad approcci più innovativi, secondo schemi

7, target 7.2 e 7.3; obiettivo 11, target 11.4, 11.6, 11.7; obiettivi 13, 14 e 15). A livello sovranazionale, è oggetto dell'azione di contrasto dell'Unione Europea delineata, da ultimo, dal *Green Deal* europeo di cui alla Comunicazione della Commissione COM(2019) 640 final. A livello interno, la sua rilevanza politica è testimoniata, tra l'altro, dalla presentazione al Parlamento di vari disegni di riforma costituzionale diretti ad aggiungere riferimenti espressi in Costituzione al valore ambientale, uno dei quali è stato approvato dal Senato (AS n. 63).

2 Cfr., da ultimo, le raccomandazioni contenute nel documento dal titolo "*Climate Change 2021: the Physical Science Basis*", datato 9 agosto 2021 ed elaborato dal primo Gruppo di lavoro dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC).

3 Come già richiedeva la *Strategia dell'ambiente per i primi dieci anni del XXI° secolo* adottata nel 2001 dai Ministri dell'ambiente dei Paesi dell'OCSE; cfr. altresì il documento elaborato in ambito UNEP dal titolo "*Decoupling Natural Resource Use and Environmental Impacts from Economic Growt*h" (2011). In ambito eurounitario, cfr. da ultimo la comunicazione della Commissione COM(2020) 98 final, recante il nuovo Piano di azione dell'Unione Europea per l'economia circolare.

4 Sulla (ancora) controversa portata del quale si vedano F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in Riv. quad. dir. amb., n. 0/2010; ID., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro: lo sviluppo sostenibile tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010; S. PEDRABISSI, *Sviluppo sostenibile: l'evoluzione giuridica di un concetto mai definito,* in Revista Ibérica do Direito, n.1/2020; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in Il diritto dell'economia, n. 1/2019; M. ANTONIOLI, *La sostenibilità dello sviluppo. Tra principi del diritto, proceduralizzazione, eticità e crescita economica*, in Riv. it. dir. pubbl. communit., n. 1/2017; D. PORENA, *Il "rango" del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione*, in federalismi.it, n. 15/2016; G. MONTEDORO, *Spunti per la «decostruzione» della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, in Amministrazione in cammino, 30 aprile 2009.

5 Cfr. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.

6 Sul tema cfr. G. PITRUZZELLA, *Concorrenza e regolazione*, in federalismi.it, n. 22/2014; E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008; N. RANGONE, *Regolazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Giuffré, Milano, 2006; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in Mercato concorrenza regole, 2002; G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, il Mulino, Bologna, 2000; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000.

flessibili (tassazione ambientale) e soluzioni basate sulle logiche di mercato, le quali comunque presuppongono l'imposizione di obblighi o divieti in applicazione del principio "chi inquina paga"[7]. Al riguardo, non vi è dubbio che le logiche concorrenziali si prestino anche alla promozione dei valori ambientali[8]. Né vi è motivo di ritenere che i pubblici poteri cesseranno di stimolare la diffusione delle dinamiche concorrenziali per la tutela dell'ambiente[9].

Tuttavia, la transizione ecologica invocata dagli ecologisti e dagli scienziati richiede di attuare un mutamento di paradigma radicale delle modalità di produzione e consumo, come ricordato in apertura. Di contro, l'approccio incentrato sull'attività tendenzialmente neutrale e condizionale della regolazione non si è rivelato sinora bastevole a impedire l'aggravamento della crisi ecologica e invertire la tendenza. Il processo di transizione ecologica rende così necessario ricorrere a più marcate forme di interventismo[10],

7 Cfr. M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in Dir. Pubbl., n. 1/2007; F. BOFFA, S. CLÒ, *Strumenti economici nel diritto ambientale europeo*, in G. DI COSIMO (a cura di), *L'Italia inadempiente. La difficile attuazione del diritto europeo in materia ambientale*, Cedam, Padova 2012.

8 Nell'ambito della responsabilità estesa del produttore, ad esempio, la possibilità per il produttore di far ricorso a diversi *compliance scheme* per la gestione dei rifiuti di imballaggi risulta un incentivo a sviluppare imballaggi maggiormente ecocompatibili, al fine di minimizzare il contributo dovuto per l'avvio al riciclo, come ricorda l'AGCM nella segnalazione AS1730 del 27 marzo 2021.

9 Cfr. ad es. pag. 74 s. del Piano nazionale per la ripresa e la resilienza (PNRR), ove si legge: «*In relazione agli obiettivi di sostenibilità ambientale, andranno innanzitutto introdotte norme finalizzate a rafforzare l'efficienza e il dinamismo concorrenziale nel settore della gestione dei rifiuti, nella prospettiva di colmare le attuali lacune impiantistiche; inoltre andrà rafforzata, anche attraverso l'adozione di misure pro-competitive, la diffusione delle energie rinnovabili e, più in generale, di attività economiche e servizi sostenibili: ad esempio, occorrerà prevedere criteri trasparenti e non discriminatori per l'assegnazione di spazi e/o la selezione degli operatori per l'installazione delle colonnine di ricarica delle auto elettriche (valorizzando adeguatamente la componente di prezzo offerto dalle imprese nei confronti dei consumatori) e andranno altresì superati gli ostacoli regolatori che, soprattutto dal punto di vista tariffario, ancora si frappongono al libero svolgimento dell'attività di fornitura dell'energia elettrica per la ricarica dei veicoli (art. 57, c. 6, d.l. 16 luglio 2020, n. 76)*».

10 Cfr. A. LALLI, *L'Amministrazione e l'economia: le sfide della pandemia e della sostenibilità*, in C. CONTESSA, A. LALLI, *Manuale di diritto amministrativo*, La Tribuna, Piacenza, 2021, il quale evidenzia altresì come non sembri prospettabile un mero ritorno allo Stato interventista nelle forme conosciute prima della stagione delle liberalizzazioni e privatizzazioni degli anni '90. In effetti, all'epoca, lo Stato era gestore di un gran numero di partecipazioni di controllo in imprese strategiche per l'economia nazionale, per il tramite dell'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI), nonché era fornitore diretto di importanti servizi di pubblico interesse in regime di monopolio. Il diritto eurounitario ha imposto in maniera definitiva la liberalizzazione della gran parte dei settori in precedenza coperti da privativa, richiedendo la garanzia di una effettiva contendibilità dei mercati al cui accesso sono state eliminate le barriere di ordine giuridico.
I Trattati poi, pur se formalmente indifferenti al regime di proprietà pubblica o privata vigente negli Stati membri, hanno reso di fatto poco conveniente la proprietà pubblica di soggetti operanti sul mercato. L'impresa pubblica, infatti, in base all'odierno art. 106 TFUE, non può di regola essere beneficiaria di trattamenti di favore in violazione delle regole di concorrenza. A fronte dell'affermazione della parità di trattamento tra impresa pubblica e privata, permane la realtà che la proprietà pubblica presenta dei costi, risultando uno strumento poco conveniente per operare sul mercato, anche in vista del reperimento di fondi sui mercati del capitale di rischio.
Lo Stato, conseguentemente, ha definitivamente ceduto molte delle proprie partecipazioni, dopo avere trasformato in società per azioni gli enti pubblici economici di maggior rilievo, nel contesto di liberalizzazione dei mercati. Ha posto in liquidazione l'IRI e ha abbandonato il ruolo di *sole provider* in molti settori.
Il testo unico delle società a partecipazione pubblica, d.lgs. 175/2016, pone oggi stringenti limiti all'acquisto di quote o azioni o alla gemmazione di società pubbliche e nel complesso denota un atteggiamento di sfavore verso l'intervento stabile e diretto dello Stato nell'economia attraverso società pubbliche.
Nulla lascia presagire che le strutture dello Stato regolatore verranno in radice rinnegate, la regolazione economica abbandonata, e che si assisterà a un semplice ritorno al passato.

contribuendo al fenomeno, già per altri versi evidenziato in dottrina, della perdita di centralità dello Stato regolatore[11].

I pubblici poteri sono chiamati ad assumere un ruolo proattivo, promotore del cambiamento[12], e ad attuare in tempi certi un sicuro coordinamento, indirizzamento e stimolo delle iniziative e attività economiche[13], nella direzione degli obiettivi di sostenibilità stabiliti in sede politica, in quanto tali estranei al mercato e agli interessi dei suoi operatori[14]. In questo contesto, il ruolo dei pubblici poteri nell'economia non può limitarsi a quello dello spettatore esterno o dell'arbitro[15].

In altri termini, inizia a vacillare la fiducia che per anni è stata riposta nell'idoneità dell'istituzione "mercato regolato" a raggiungere esiti produttivi desiderabili anche sul versante ambientale[16]. Di questa tendenza vi sono segni nella recente evoluzione normativa, eurounitaria e nazionale, che ha prefigurato il ricorso da parte delle amministrazioni pubbliche a strumenti amministrativi, in parte tradizionali in parte innovativi, in grado di promuovere attivamente la transizione ecologica.

2. Le nuove forme della programmazione economica.

Dallo strumentario classico del diritto amministrativo, si assiste al recupero e al ripensamento delle programmazioni economiche[17], da impiegare per il perseguimento degli obiettivi della sostenibilità ambientale. L'attività di programmazione economica consente infatti di promuovere e coordinare le iniziative economiche pubbliche e private in

11 Sulla perdita di centralità dello Stato regolatore cfr. BASSANINI F., NAPOLITANO G., TORCHIA L. (a cura di*), Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Il Mulino, Bologna, 2021; M. CLARICH, *Alle radici dello Stato regolatore: assunzioni implicite e presupposti ideologici*, in Astrid Rassegna, n. 9/2020; ID., *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?,* in Rivista della Regolazione dei mercati, n. 1/2018; A. TONETTI, *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico,* in Giornale dir. amm., n. 5/2016; L. PENNACCHI, *Elementi del background teorico della rivitalizzazione del dibattito sulla politica industriale: Stato «strategico» e «innovazione»*, in Quaderni Rassegna Sindacale, n. 3/2016; F. ONIDA, *Lo Stato facilitatore: elementi per una teoria della politica industriale nel contesto europeo*, in F. ONIDA F. e G. VIESTI (a cura di), *Una nuova politica industriale in Italia. Investimenti, innovazione, trasferimento tecnologico*, Passigli Editore, Bagno a Ripoli (FI), 2016; F. ONIDA, *Lo Stato catalizzatore*, Il Mulino, Bologna, 2014. Con particolare riferimento alla transizione ecologica cfr. E. CHITI, *'Questi sono i nodi'. Pandemia e strumenti di regolazione: spunti per un dibattito*, in www.lacostituzione.info, 24 aprile 2020.

12 Cfr. A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in Riv. quad. dir. amb., n. 2/2020

13 Sulla differenza tra iniziativa e attività economica cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983.

14 Cfr. A. LALLI, *L'Amministrazione e l'economia: le sfide della pandemia e della sostenibilità*, cit.

15 Cfr. C. CONTESSA, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 24 luglio 2018, il quale individua un tratto distintivo delle Autorità indipendenti nella neutralità, consistente in uno «*stato di piena indifferenza rispetto all'assetto degli interessi oggetto di regolazione e di piena equidistanza fra le posizioni dei vari soggetti o gruppi interessati*». Sulla figura delle *Authorities* cfr. altresì M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005.

16 Cfr. A. LALLI, *L'Amministrazione e l'economia: le sfide della pandemia e della sostenibilità*, cit., p. 1018.

17 Nel testo ci si riferisce essenzialmente alla programmazione di attività (*planification dans le temps*), piuttosto che alla pianificazione territoriale (*planification dans l'espace*). Sulla distinzione effettuata cfr. N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Il Mulino, Bologna, 2007, la quale richiama le categorie elaborate dalla dottrina francese: in particolare F. SERVOIN, *Droit adminstratif de l'économie*, P.u.G., Grenoble, 2001.

vista del raggiungimento di obiettivi esterni al mercato, in una cornice temporale definita, attraverso la predeterminazione organica degli interventi di riforma normativa e di investimento necessari per raggiungere le finalità politiche prefissate[18].

Le caratteristiche della programmazione economica risaltano nel confronto con le misure regolatorie. Queste ultime, anche nei casi in cui assumano una valenza più marcatamente finalistica, hanno pur sempre carattere puntuale e sporadico, e non implicano il coordinamento di più azioni pubbliche e private in ambito economico[19]. Esse, in definitiva, rimettono al mercato, con i suoi meccanismi e con le sue tempistiche, il compito di innovarsi. Ciò potrebbe non avvenire affatto, oppure avvenire in periodi troppo lunghi rispetto all'urgenza ecologica e al necessario rispetto delle scadenze dettate dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite e dal *Green Deal* europeo[20].

Più nello specifico, è in atto un rinnovato utilizzo della programmazione economica di carattere generale[21], e una marcata incisione sul sistema economico-produttivo nazionale attraverso programmazioni settoriali con valenza ambientale, adottate sempre in sede statale[22]. Si tratta di una tendenza evolutiva che risulta peraltro avvalorata dalla recente approvazione da parte del Senato del disegno di legge costituzionale n. 83, che testimonia per l'appunto un riscoperto interesse delle forze politiche per lo strumento della programmazione[23].

---

18 Secondo M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 134, le programmazioni consentono di affrontare problemi aventi una «*dimensione temporale pluriennale*», attraverso coordinamenti delle azioni di pubbliche amministrazioni, enti pubblici e privati, nonché l'impiego ordinato delle diverse risorse. A sua volta, N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, cit., rileva che le programmazioni economiche si contraddistinguono dagli altri interventi pubblici nell'economia da un lato per l'orientare i meccanismi di mercato verso obiettivi predefiniti, e dall'altro lato per la loro «*connotazione di durata, che funge da cornice* […] *dei risultati da raggiungere in vista dei fini previsti*».

19 Cfr. N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, cit., p. 210 ss.; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 341 s.

20 Cfr. A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, cit., il quale sottolinea che la programmazione (e solo essa) è idonea a promuovere innovazioni "radicali" del mercato, concernenti il sistema economico e produttivo, le quali non sarebbero spontaneamente realizzate dagli operatori economici in ragione dell'elevato livello di rischio. Il medesimo Autore evidenzia, inoltre, il fondamentale risvolto della programmazione economica generale, consistente nel dare un segnale coerente agli operatori economici da parte del complesso dei poteri pubblici sugli obiettivi da questi ultimi perseguiti.

21 L'importanza di una programmazione economica generale di matrice ambientale, quale strumento alla base di un rinnovato ruolo dei pubblici poteri nell'economia per il perseguimento dello sviluppo sostenibile, è stata sempre evidenziata da A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, cit.

22 Si pensi allo strumento previsto dall'art. 180 del d.lgs. 152/2006, novellato dal d.lgs 116/2020: il Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti. Adottato in sede ministeriale, esso ha il compito di promuovere in via prioritaria la prevenzione dei rifiuti, attraverso misure che, tra l'altro, sostengano modelli di produzione e consumo sostenibili, orientino la progettazione e la fabbricazione verso prodotti durevoli, le cui componenti siano riutilizzabili, scoraggiando di contro il fenomeno dell'obsolescenza programmata, incoraggino iniziative per la riparazione e il riutilizzo dei prodotti. Questo strumento mira a plasmare in chiave di sostenibilità l'intero sistema produttivo, considerato che ogni attività imprenditoriale si associa, pur se in diversa misura, alla produzione di rifiuti. Il Programma cennato, peraltro, è emblematico della "rinascita" dell'art. 41, comma 3, Cost.: predeterminato nei suoi contenuti dalla legge, esso consente di coordinare e indirizzare tutte le iniziative economiche verso "fini sociali" di carattere ambientale, prefissando degli obiettivi positivi in termini di produzione ecocompatibile. La "rinascita" ovvero il "risveglio" dell'art. 41, comma 3, Cost. è stato annunciato, proprio con riferimento all'economia circolare, da F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in Riv. quad. dir. amb., n. 1/2020.

23 Com'è noto, il disegno di legge costituzionale cennato nel testo è stato approvato dal Senato della Repubblica in data 9 giugno 2021 ed è attualmente all'esame della Camera dei Deputati, Atto Camera n. 3156. La riforma è volta a inserire, tra l'altro, un esplicito riferimento ai «*fini ambientali*» in coda all'art. 41, comma 3, Cost. Sulla superfluità di tale aggiunzione cfr. L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in

Quella del ritorno alla programmazione economica nazionale in chiave strategica è una tendenza già nitidamente delineatasi. Vari piani e programmi in funzione della transizione ecologica sono stati negli ultimi anni adottati, mentre altri vengono prefigurati dalla legge e sono di prossima adozione: nel primo caso si può pensare al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), avente valore di programmazione economica generale[24], al Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC)[25] e al Piano nazionale degli interventi nel settore idrico, istituito con legge di bilancio per il 2018 (l. 205/2017), aventi valenza settoriale, mentre nel secondo caso si possono ricordare il Piano per la Transizione Energetica Sostenibile nelle Aree Idonee (PiTESAI)[26] e il Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti[27], sempre a valenza settoriale.

In particolare, specialmente con il PNRR, si attua un significativo mutamento nelle modalità del condizionamento pubblico dell'economia. Mutamento che, come detto, contribuisce a segnare la perdita di centralità del modello si Stato regolatore[28], e che per certi versi sembra preludere a un impensabile ritorno al passato.

È noto, infatti, che la programmazione economica generale è stata, nella seconda metà degli anni '60 e, pur in forma abbozzata, negli anni '70, alla base dell'intervento pubblico in ambito economico. La storia insegna tuttavia che quell'esperienza non riuscì a inverare gli obiettivi perseguiti e anzi si rivelò ampiamente fallimentare[29]. Mancarono gli atti esecutivi, verosimilmente per il carattere eccessivamente ambizioso di tali programmazioni[30], tacciate di un eccessivo scollamento dalla realtà[31].

A fronte degli insuccessi registrati, le forze politiche ritennero di abbandonare lo strumento della programmazione economica generale, in quanto inidoneo a far fronte alla complessità del reale e a orientare efficacemente lo sviluppo economico. In dottrina, contestualmente, andava affermandosi il convincimento di una "tacita abrogazione" o quanto meno dell'inattualità dell'art. 41, comma 3, Cost[32]. I programmi economici generali divennero un ricordo del passato, considerati inadeguati a gestire le sfide economiche e sociali proprie dell'incipiente globalizzazione[33] e comunque di dubbia compatibilità, in

federalismi.it, Paper 23 giugno 2021. Sottolinea, più in generale, l'utilità di una riforma bilancio M. CECCHETTI, *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale*, in Diritto Pubblico Europeo Rassegna online, n. 1/2020.

24 Cfr. M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in Astrid Rassegna, n. 12/2021.

25 Sul quale cfr. P. RANCI, A. MACCHIATI (a cura di), *Energia sostenibile: considerazioni a margine del Piano Nazionale Energia e Clima*, Passigli Editore, Bagno a Ripoli (FI), 2019.

26 Il Piano, previsto dalla legge 12/2019, s.m.i.., non è stato ancora adottato, nonostante siano scaduti i termini previsti dalla legge. Esso presenta evidenti aspetti di pianificazione territoriale.

27 Cfr. nota 22.

28 Si tratta di una tendenza evolutiva già evidenziata in dottrina: cfr. nota 11.

29 Cfr. S. CASSESE, *La "vecchia" costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Editori Laterza, Bari, p. 23.

30 Come sembra suggerire M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 300.

31 Cfr. F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano*, Giappichelli, Torino, 2013; M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, cit. e N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, cit. Quest'ultima Autrice, nello specifico, mette in luce le difficoltà del programmare a livello centrale dovute alla dispersione delle conoscenze, riportando il pensiero di F.A. VON HAYEK, *Law, legislation and liberty*, Routledge, Londra, 1982.

32 Cfr. F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, cit.

33 Cfr. M. CARABBA, *Programmazione economica*, in Enciclopedia del diritto, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987.

ragione della loro sostanziale incisione sulle attività economiche private[34], con il nuovo ordine economico che andava affermandosi a livello internazionale.

Lo sviluppo del processo di integrazione europea e l'affermazione del mercato interno avrebbero poi sancito il definitivo abbandono della programmazione economica nazionale, giudicata inconciliabile con la prospettiva di un'economia aperta e concorrenziale, con il divieto degli aiuti di Stato e con la necessità di abbattere i monopoli nazionali, nonché con l'esigenza di garantire le quattro libertà fondamentali di circolazione previste dal Trattato e con il bisogno che l'intervento pubblico nell'economia risulti rigorosamente giustificato, proporzionato e il meno incisivo possibile sulle autonomie private[35]. In riferimento a tale ritenuta inconciliabilità, si è parlato di "uccisione", da parte del diritto comunitario prima ed eurounitario poi, dell'art. 41, comma 3, Cost.[36].

Contro ogni aspettativa, quindi, la programmazione economica nazionale e generale viene oggi riscoperta, e calata nel contesto dell'economia di mercato ampiamente globalizzata in cui viviamo. Il che, peraltro, conferma la bontà della tesi da tempo sostenuta in dottrina, secondo la quale non vi sarebbe ontologica incompatibilità tra economia di mercato e programmazione economica generale[37].

Si tratta, invero, e forse ancor più sorprendentemente, di una riscoperta caldeggiata dell'Unione Europea, coerente con il *Green Deal* europeo e con gli obiettivi politici delineati a livello internazionale nell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite. Riscoperta che, inoltre, si preannuncia anche in altri ordinamenti che hanno ampiamente sperimentato il modello della regolazione economica e che anzi l'hanno esportato altrove; ordinamenti, come quello statunitense, che nell'ultimo secolo hanno più in generale influenzato significativamente l'evoluzione delle strutture del diritto pubblico dell'economia a livello globale e in particolar modo a livello europeo, e che adesso potrebbero ispirare l'ulteriore diffusione dello strumento della programmazione su scala planetaria[38].

La riscoperta della programmazione economica a livello centrale, tuttavia, avviene in un contesto giuridico ben diverso da quello in cui ha trovato posto l'esperienza programmatoria del secolo scorso appena ricordata. Ciò vale almeno sotto due profili.

---

34 Cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., secondo il quale le programmazioni contengono norme sull'esercizio del diritto di libertà economica di carattere sostanziale. Di contro, la regolazione si limiterebbe a stabilire regole processuali volte a garantire che i cittadini possano esercitare ad armi pari la stessa libertà economica.

35 Sulla necessaria giustificazione, nella prospettiva eurounitaria, delle regole in materia economica, nonché sul primato del diritto della concorrenza sulla regolazione cfr. M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit.

36 Cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit.

37 N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, cit.

38 Infatti, l'Amministrazione statunitense in carica ha preannunciato, nell'ambito dell'American Jobs Plan, ingenti investimenti infrastrutturali in chiave di sostenibilità ambientale, come pure ha sottolineato la necessità di dotarsi di una Strategia nazionale per il contrasto ai cambiamenti climatici e di ripensare il sistema delle incentivazioni ambientalmente dannose. L'adempimento dei compiti preannunciati richiederà un intervento dello Stato federale nell'economia che supera i confini dello Stato regolatore e che di contro farà leva sull'attività di programmazione economica effettuata in sede federale per il perseguimento di obiettivi esterni al mercato.
È noto peraltro che il diritto statunitense ha offerto modelli di riferimento per l'evoluzione normativa del diritto amministrativo interno ed eurounitario, specialmente per quanto attiene alla disciplina dei fenomeni economici. A titolo meramente esemplificativo, si può ricordare che il prototipo di autorità amministrativa indipendente viene individuato nella Interstate Commerce Commission, istituita nel 1887; che una vera e propria disciplina della concorrenza viene fatta risalire allo Sherman Act statunitense del 1990; che l'ordinamento statunitense ha conosciuto e consolidato una lunga esperienza in tema di regulation, cui si è associato lo sviluppo dell'istituto dell'analisi dell'impatto della regolazione; che lo schema dell' accesso civico generalizzato, che ha assunto rilevanza in ambito europeo e nazionale prima in materia ambientale e poi generale, trova il suo modello nel FOIA statunitense degli anni '60.

In primo luogo, è significativamente mutato il panorama assiologico di riferimento. La programmazione economica degli anni '60 e '70, in effetti, perseguiva fini essenzialmente sociali[39], stimolando la crescita economica. Si puntava a ridurre gli squilibri territoriali e settoriali, a raggiungere la piena occupazione, a garantire la fornitura di servizi pubblici essenziali per tutta la popolazione[40]. L'attuale stagione di programmazione economica, invece, mira a riorientare il sistema economico-produttivo in direzione sostenibile ed ecocompatibile, nonché ad assicurare tempi certi alla transizione ecologica[41]. Il tutto alla luce della maturata consapevolezza del fondamento costituzionale della tutela dell'ambiente, quest'ultimo ritenuto dalla Consulta un «*valore primario ed assoluto*»[42].

In secondo luogo, risulta cambiato il contesto istituzionale e ordinamentale nel quale la programmazione viene a innestarsi. Volendo sintetizzare al massimo, si può ribadire che sono state definitivamente smantellate le strutture e le leve proprie dello Stato interventista. La politica monetaria non è più di competenza nazionale, il divieto di aiuti di Stato è presidiato da stringenti limiti e controlli, sussistono regole di contabilità e vincoli alle manovre di finanza pubblica (a partire dal Patto di stabilità e crescita, solo momentaneamente sospeso nella fase postpandemica), definiti in sede eurounitaria, che vanno rispettati. Il processo di integrazione europea, insomma, è giunto a uno stadio avanzato, e richiede che le più significative decisioni di intervento dei pubblici poteri in ambito economico vengano definite o coordinate in sede europea. Sono stati, poi, aboliti i monopoli pubblici e dismesse le partecipazioni statali di controllo delle imprese che in quei settori operavano, sicché la programmazione economica nazionale non può più fare affidamento sull'autoprogrammazione a cascata posta in essere dell'impresa pubblica[43].

---

39 Cfr. G. MIELE, *Problemi costituzionali e amministrativi della pianificazione economica*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1954, secondo il quale la programmazione economica avrebbe contribuito alla realizzazione della Stato sociale.

40 Cfr. il par. 1 dell' Allegato 1 della l. 685/1967: «*Le finalità della programmazione* […] *si riassumono nel superamento degli squilibri settoriali, territoriali e sociali che caratterizzano tuttora lo sviluppo economico italiano, mediante una politica costantemente rivolta alla piena occupazione e alla più alta ed umana valorizzazione delle forze di lavoro, che costituisce impegno permanente della programmazione.*

In particolare, la programmazione si propone: a) l'eliminazione delle lacune tuttora esistenti in dotazioni e servizi di primario interesse sociale: scuola, abitazione, sanità, sicurezza sociale, ricerca scientifica, formazione professionale, trasporti, assetto urbanistico, difesa del suolo; b) il raggiungimento di una sostanziale parità fra la remunerazione del lavoro in agricoltura e nelle attività extra-agricole; c) l'eliminazione del divario tra zone arretrate, con particolare riguardo al Mezzogiorno, e zone avanzate».

41 Ciò è evidente per le programmazioni settoriali quali il PNIEC oppure il Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti. Per quanto concerne il PNRR, si osserva che la quota maggiore delle risorse viene destinata alla missione 2, concernente per l'appunto: "Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica". Per il vero, il PNRR non persegue solamente fini ambientali. Esso prevede anche interventi e riforme secondo una visione di sostenibilità a tutto tondo, come ad esempio avviene nella missione 1, componente 2, diretta alla digitalizzazione e all'aumento di competitività del sistema produttivo, ovvero con le riforme orizzontali della pubblica amministrazione e della giustizia.

42 Secondo la ricostruzione inaugurata dalla nota Corte cost., sentenza n. 641 del 1987. Sul tema del rilievo costituzionale dell'ambiente e sull'evoluzione giurisprudenziale in materia cfr., *ex multis*, S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in Riv. quad. dir. amb., n. 3/2017; P. CARPINETO, *La Tutela dell'Ambiente nella Costituzione Italiana*, in Anales de la Facultad de Derecho, vol. 33, 2016; B. CARAVITA, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDROINO (a cura di), *Ambiente e Diritto*, Olschki, Firenze, 1999.

43 Diversamente da quanto accadeva nella programmazione economica nazionale degli anni '60, la quale poteva contare sull'azione delle imprese pubbliche in ambito economico, come si riconosce anche nei paragrafi 18 e 37 dell'Allegato 1 alla l. 685/1967. Per un esempio concreto, si può pensare al settore delle poste e delle telecomunicazioni, nel quale operava in regime di monopolio l'Azienda autonoma delle poste e delle telecomunicazioni, cui venivano affidati compiti di adeguamento e ampliamento infrastrutturale.

In tale contesto, la scelta di ricorrere alla programmazione viene prefigurata e, a seconda dei casi, richiesta o caldeggiata in sede in sede eurounitaria. Ciò vale sia per gli strumenti di programmazione a carattere settoriale[44], sia per la programmazione di carattere generale[45]. Proprio con riguardo al PNRR, in effetti, la dottrina ha evidenziato come un inquadramento dello strumento in parola non possa prescindere dalla considerazione della sua duplice dimensione[46]: atto di programmazione economica nazionale e atto destinato a inserirsi in un procedimento composito in sede eurounitaria.

Conseguentemente, e diversamente da quanto avveniva nell'esperienza programmatoria del secolo scorso, i macro obiettivi della programmazione attuale vengono predeterminati a livello sovranazionale[47]. Si registra così l'eterodeterminazione dei fini e dei contenuti delle programmazioni contemporanee, rispetto alla totale autodeterminazione del programma adottato con la legge 685/1967, nel quale venivano con ampia indipendenza e discrezionalità politica definiti gli investimenti da compiere, le riforme da attuare e persino il saggio di crescita del reddito del Paese.

Esistono poi, sempre per quanto riguarda la programmazione economica generale, differenze di carattere "formale". Il programma economico nazionale per il periodo '66-'70, come appena ricordato, veniva approvato con legge. Di contro, il PNRR è contenuto in un atto formalmente amministrativo, adottato dal Governo. Si fuoriesce, quindi, dallo schema tipico prefigurato dall'art. 41, comma 3, Cost., in base al quale è la "legge" a determinare i programmi e controlli opportuni acché l'attività economica possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali[48].

È lecito, in proposito, chiedersi se l'atto formalmente amministrativo recante il Piano abbia altresì natura sostanziale amministrativa, ovvero se si tratti di un atto politico. La questione sembra particolarmente complessa, proprio in ragione della duplice dimensione nella quale è possibile inquadrare il nuovo strumento di programmazione economica generale.

Da un lato, infatti, il regolamento (UE) 2021/241 non impone agli Stati membri l'adozione di un PNRR. Tale adozione è necessaria solamente se si desidera beneficiare delle risorse finanziarie destinate al Dispositivo per la ripresa e la resilienza. La scelta se presentare o meno un PNRR, dunque, ha carattere essenzialmente politico e viene rimessa interamente alla valutazione dei governi nazionali. Sotto questo versante, l'atto recante il PNRR sembra avere carattere politico.

Dall'altro lato, il regolamento cennato richiede che i piani vengano giustificati e motivati[49]. A ciò si aggiunga che i fini e i contenuti dei piani medesimi sono ampiamente predeterminati dal regolamento medesimo, il quale prevede altresì che la proposta di piano venga sottoposta dalla Commissione al Consiglio ai fini dell'approvazione. Ancora, risultano predeterminati dal regolamento (UE) 2021/241 i presupposti e la procedura per la modifica del Piano (art. 21). Da tutto ciò si può concludere che l'atto contenente il PNRR

44 Si pensi al più volte citato PNIEC, adottato in attuazione del regolamento (UE) 2018/1999.

45 È noto, infatti, che il PNRR si collega al Programma Next Generation EU, per essere espressamente previsto e disciplinato dal Regolamento (UE) 2021/241, istitutivo del Dispositivo per la ripresa e la resilienza.

46 M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, cit.

47 Per quanto attiene al PNRR, cfr. l'art. 4 del regolamento (UE) 2021/241, dove si indicano gli obiettivi generali e specifici da perseguire con gli strumenti di programmazione nazionale.

48 Come fa notare M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, cit. Cfr. però anche nota 22.

49 Art. 18, comma 4.

non è libero né nel fine né nella forma, essendone la motivazione sottoposta al vaglio delle istituzioni eurounitarie. Sembrano così difettare i caratteri oggettivi tradizionalmente ascritti agli atti politici[50].

La circostanza che il PNRR venga adottato con atto amministrativo, e non con legge, pone anche problemi in punto di efficacia dello strumento. Infatti, se è vero che neanche le disposizioni del programma '66-'70, adottato con legge, potevano vincolare l'azione del Legislatore, esse valevano quanto meno a predeterminare, in virtù del principio di legalità, le finalità e gli interventi che le amministrazioni pubbliche statali e le imprese pubbliche avrebbero dovuto obbligatoriamente perseguire e realizzare, potendosi in astratto immaginare forme di responsabilità per i funzionari e gli amministratori inottemperanti. Di contro, le disposizioni del PNRR in sé sono prive di valore normativo e non sembrano da un punto di vista giuridico spiegare alcun apprezzabile effetto condizionante per le amministrazioni, soprattutto regionali e degli enti locali, chiamate a dare attuazione al Piano[51].

A fronte di queste differenze, che contraddistinguono l'attuale stagione di programmazione economica nazionale dall'esperienza degli anni '60 del secolo scorso, resta fermo il *quid proprium* dello strumento, sia che si tratti di programmazione economica nazionale generale sia che si tratti di programmazione settoriale. Esso consiste nell'orientare il sistema economico-produttivo verso obiettivi politicamente auspicati, estranei al mercato e da raggiungere in tempi definiti, attraverso la razionale previsione di riforme, finanziamenti di progetti, incentivi preordinati alla funzionalizzazione dell'attività economica privata[52].

3. Gli strumenti di incentivazione con finalità ambientali.

Secondo un'autorevole ricostruzione, le norme di incentivazione stimolano, attraverso la promessa di un beneficio economico, lo svolgimento di attività economiche le quali non sarebbero realizzate, nelle forme e/o nelle quantità desiderate, dalle iniziative

50 Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, vol. 1, p. 16 ss.; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in Arch. dir. pubbl., 1937. Per un inquadramento dell'atto politico, con riferimenti alla giurisprudenza costituzionale e amministrativa: A. MITROTTI, *L'atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne 'tensione' tra scienza costituzionale e amministrativa*, in Nomos, n. 1/2020.

51 Secondo quanto si afferma nella pagina 236 del PNRR stesso.

52 Si pensi, ad esempio, alla missione 2, componente 2.1, del PNRR. Si tracciano linee di investimento: nel settore agro-voltaico, per il sostegno e lo sviluppo delle comunità di energia rinnovabile e per l'auto-consumo di energia elettrica, per la promozione di impianti innovativi *offshore*, per lo sviluppo del biometano. Si legge a pagina 131 del Piano: «*Per rendere efficace l'implementazione di questi interventi nei tempi previsti, e più in generale per abilitare lo sviluppo di impianti rinnovabili in linea con i target nazionali, saranno introdotte due riforme fondamentali*». Le cennate riforme, da realizzare in tempi definiti, riguardano: I) la semplificazione delle procedure di autorizzazione per gli impianti rinnovabili onshore e offshore, un nuovo quadro giuridico per sostenere la produzione da fonti rinnovabili e la proroga dei tempi e dell'ammissibilità degli attuali regimi di sostegno, II) la promozione della produzione e del consumo di gas rinnovabile. Per quanto concerne il finanziamento di progetti, si può ricordare che in data 25 agosto 2021, in attuazione della missione 3 del PNRR, "Infrastrutture per una mobilità sostenibile", componente 2, "Interventi e logistica integrata", il MiSE ha pubblicato un avviso di manifestazione di interesse per la formulazione di proposte progettuali dirette a ridurre nei porti e nelle città portuali le emissioni di CO2 e degli altri inquinanti connessi alla combustione di fossili, attraverso la realizzazione di impianti FER, lavori di efficientamento energetico, sostituzione del parco mezzi. Per quanto riguarda le misure di incentivazione, si rinvia a quanto verrà esposto nel paragrafo seguente.

incondizionate degli operatori economici[53]. La necessità di inverare in tempi rapidi la transizione ecologica è alla base dei recenti interventi normativi che hanno introdotto nuovi strumenti di incentivazione economica in chiave ambientale. Si tratta di strumenti che accrescono l'armamentario gestito dalle pubbliche amministrazioni impegnate nella promozione della transizione ecologica.

Com'è noto, misure di incentivazione vengono tradizionalmente previste in alcuni settori, come in quello dell'agricoltura, nel quale opera il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), ovvero nel settore delle energie rinnovabili, nel quale il GSE s.p.a. gestisce le per l'incentivazione dell'energia prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili (IAFR)[54]. Negli ultimi anni, è stato tuttavia incrementato il novero degli incentivi disponibili per le imprese che realizzino investimenti in grado di migliorare la sostenibilità ambientale delle proprie attività ovvero di recare benefici in termini di miglioramento della qualità ambientale.

Si consideri in quest'ottica il Fondo per la crescita sostenibile per i progetti di ricerca e sviluppo nell'ambito dell'economia circolare, attivato con il decreto MiSE 11 giugno 2020, il quale mira a finanziare progetti sperimentali funzionali alla riconversione di attività produttive per il perseguimento dell'economia circolare. Si tratta di uno strumento di carattere trasversale, in quanto fruibile senza limiti dimensionali da imprese operanti in una pluralità di settori eterogenei: la normativa ricomprende imprese esercenti attività industriali, agroindustriali, artigiane, dirette alla fornitura di servizi all'industria.

Ancora, si consideri il Fondo nazionale di efficienza energetica, istituito dal d.lgs. 102/2014, in attuazione della direttiva 2012/27/UE[55] e disciplinato dal decreto interministeriale 22 dicembre 2017, integrato dal decreto interministeriale 5 aprile 2019. Tale fondo, istituito presso il MiSE e gestito da Invitalia, sostiene gli interventi di efficientamento energetico realizzati dalle imprese (e dalle pubbliche amministrazioni) su immobili, impianti e processi produttivi, al fine di contribuire al perseguimento degli obiettivi nazionali di risparmio energetico. Anche in questo caso si è in presenza di uno strumento trasversale di incentivazione, fruibile da imprese operanti in molteplici settori. Il risparmio energetico, infatti, coinvolge il sistema produttivo nel suo complesso.

Un altro meccanismo di incentivazione di iniziative volte al perseguimento della sostenibilità ambientale viene disciplinato dal decreto MiSE 9 dicembre 2014 s.m.i.[56]. Si prevede la possibilità di sottoscrivere un contratto di sviluppo per la realizzazione, tra l'altro, di programmi di sviluppo di tutela ambientale, i quali hanno ad oggetto iniziative imprenditoriali di notevoli dimensioni[57] finalizzate alla salvaguardia dell'ambiente. Al fine di sostenere l'esecuzione del programma, si prevedono agevolazioni, gestite da Invitalia,

53 Cfr. G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962. Cfr. anche M. LUCIANI, *Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento Europeo*, in rivista.eurojus.it, n. 3/2019, il quale sottolinea che le leggi di incentivazione contengono una vera e propria promessa.

54 Cfr., da ultimo, il decreto ministeriale cd. FER 1 del 4 luglio 2019. Sui temi connessi al regime di incentivazione delle energie rinnovabili cfr. in particolare F. SCALIA, *Energia sostenibile e cambiamento climatico: profili giuridici della transizione energetica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020; ID., *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in Il diritto dell'economia, n. 1/2019; M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, in Amministrazione in Cammino, 18 maggio 2014; G. COZZOLINO, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in Riv. AIC, n. 1/2012.

55 Modificata successivamente dalle direttive 2018/844/UE e 2018/2002/UE.

56 Cfr. il d.m. 8.11.2016 e il d.m. 13.11.2020.

sotto diverse forme, anche in combinazione tra di loro: finanziamento agevolato, contributo in conto interessi, contributo in conto impianti e contributo diretto alla spesa. L'utilizzo delle varie forme di agevolazione e la loro combinazione sono definiti in fase di negoziazione sulla base delle caratteristiche dei progetti e dei relativi ambiti di intervento.

Si può poi ricordare il Conto termico disciplinato dal decreto MiSE 16 febbraio 2016, altro strumento trasversale di incentivazione di iniziative di rilevanza ambientale. Gestito dal GSE s.p.a., esso si rivolge anche alle imprese e ai privati, oltre che alle pubbliche amministrazioni, e promuove l'incremento dell'efficienza energetica e la produzione di energia rinnovabile da impianti di piccole dimensioni[58].

Nuove forme di incentivazione con finalità ambientale vengono poi prefigurate dal PNRR: così, ad esempio, nell'ambito della missione 2, componente 1, investimento 2.2 si prevede di incentivare l'installazione di pannelli ad energia solare sui tetti di edifici ad uso produttivo nei settori agricolo, zootecnico e agroindustriale, senza consumo di suolo, realizzando contestualmente una riqualificazione delle strutture produttive oggetto di intervento[59]. Ancora, nell'ambito della stessa missione 2, componente 2, si prevede una riforma legislativa diretta, tra l'altro, a incentivare i meccanismi di accumulo di energia prodotta da fonti rinnovabili. Incentivi fiscali sono invece previsti per promuovere la produzione dell' idrogeno verde[60].

Il ricorso agli strumenti di incentivazione trova il suo contrappunto nella tendenza legislativa e regolamentare, invero ancora timida, volta a disincentivare attività produttive dannose per l'ambiente. A tal proposito si possono richiamare, in materia di transizione energetica nel settore petrolifero, la legge n. 12 del 2019, che ha disposto, a partire dal 1° giugno 2019, l'aumento dei canoni di concessione per la coltivazione di idrocarburi di 25 volte rispetto agli importi previsti dall'art. 18 del d.lgs. 625/1996; oppure il d.m. MiSE 30 dicembre 2020, che ha innalzato la quota obbligatoria d'immissione di biocarburanti in consumo dal 9% previsto per l'anno 2020 al 10% a partire dall'anno 2021[61].

Anche a livello eurounitario va peraltro affermandosi un approccio selettivo per quanto concerne le forme di aiuti di Stato in materia ambientale da ritenersi compatibili con l'art. 107 TFUE. È appena il caso di rammentare, in proposito, che i sussidi di scopo possono astrattamente rientrare nell'ambito applicativo del divieto di aiuti di Stato sancito dall'art. 107 TFUE, che dà una definizione ampia e generica di aiuto di Stato, facendo salve nei commi 2 e 3 alcune ipotesi derogatorie, anch'esse individuate in modo alquanto generico. Fondamentale rilievo assumono quindi gli atti della Commissione aventi ad oggetto il predetto articolo, volti a chiarire quali categorie di aiuti possano o debbano ritenersi conformi al diritto eurounitario[62].

57 Infatti, l'art. 4, comma 3, d.m. 9 dicembre 2014 prevede che l'importo complessivo delle spese e dei costi ammissibili degli investimenti oggetto del programma di sviluppo, con esclusione del costo di opere infrastrutturali se previste, non deve essere inferiore a 20 milioni di euro ovvero 7,5 milioni di euro qualora il programma riguardi esclusivamente attività di trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli.

58 Gli interventi incentivabili sono indicati all'art. 4 del d.m. 16 febbraio 2016.

59 In attuazione della missione 2, componente 1.2., del PNRR, il d.l. 77/2021 ha modificato l'art. 65 del d.l. 1/2021 consentendo l'accesso agli incentivi statali per gli impianti agrovoltaici che adottino soluzioni integrative innovative con montaggio dei moduli elevati da terra in modo da non compromettere la continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale.

60 Cfr. p. 136 PNRR.

61 Il sistema è stato introdotto dall'art. 1, comma 368, l. 296/2006.

62 Rileva in particolare la comunicazione della Commissione 2014/C 200/01 del 28 giugno 2014, nella quale vengono definite le condizioni alle quali gli aiuti a favore dell'energia e dell'ambiente possono essere considerati compatibili con

Si può al riguardo ricordare come le conclusioni del Consiglio europeo del 23 maggio 2013 avessero già affermato la necessità di eliminare gradualmente le sovvenzioni dannose per l'ambiente, tra cui figurano quelle per i combustibili fossili, al fine di agevolare gli investimenti in infrastrutture energetiche innovative. I recenti orientamenti della Commissione relativi agli aiuti di Stato nell'ambito del sistema per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra dopo il 2021[63], coerentemente, limitano la possibilità di incentivazione di processi produttivi basati su tecnologie non efficienti in termini di consumo energetico.

Il moto contrario di norme di incentivazione e disincentivanti mira a rendere l'intervento statale nell'economia veramente selettivo, inviando un chiaro segnale agli investitori e alle imprese su quali attività e modalità di produzione possono avere sviluppo e futuro e quali invece debbano essere ripensate o dismesse.

Il ricorso massiccio allo strumento dell'incentivazione, al fine di perseguire finalità ambientali, è in linea con la predicata "rinascita" dell'art. 41, comma 3, Cost. Come ha autorevolmente evidenziato la dottrina costituzionalistica, è proprio in quest'ultimo articolo, e in particolare nel potere di indirizzare e coordinare le attività economiche private, che trovano fondamento le leggi di incentivazione[64]. Un potere, questo «*che non deve essere esercitato solo allo scopo di garantire al meglio l'iniziativa privata con interventi proconcorrenziali, ma anche e forse soprattutto allo scopo di conseguire risultati socialmente apprezzabili non garantiti dal mercato*»[65].

E in effetti, come si è accennato nel paragrafo precedente, e meglio visto nel presente, le nuove programmazioni economiche di matrice ambientale, e in particolare il PNRR, fanno leva, per raggiunger i propri fini estranei al mercato, anche su misure di incentivazione con finalità ambientali[66]. Nello stesso ordine di idee, si è parlato di effetto di programmazione derivante dai sussidi di scopo, i quali si associano a forme di controllo pubblico sull'attività del beneficiario, così determinandone la funzionalizzazione al perseguimento di obiettivi di interesse generale[67]. Ciò conferma che l'obiettivo "transizione energetica" contribuisce alla perdita di neutralità dell'intervento dei pubblici poteri in ambito economico[68].

---

il mercato interno a norma dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del Trattato. Le disposizioni della comunicazione sono attualmente in corso di revisione: la Commissione ha a tal fine raccolto, mediante consultazioni, le opinioni del pubblico. Cfr. altresì il regolamento generale di esenzione per categoria (GBER), ossia il regolamento (UE) 651/2014 della Commissione (si tratta di un atto non legislativo), artt. 36 ss., ove si specificano condizioni e finalità degli aiuti per la tutela dell'ambiente. Sulla nozione di aiuto di Stato, cfr. comunicazione della Commissione 2016/C 262/01. In dottrina, con utili riferimenti giurisprudenziali, cfr. E. GAMBARO, *Centralità della nozione di aiuto di stato e sviluppi della giurisprudenza europea*, in rivista.eurojus.it, n. 1/2021; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020; M. LIPARI, *La nozione di aiuto di Stato indiretto, attribuito da un soggetto privato, e il requisito dell'imputazione pubblica della misura incentivante*, in rivista.eurojus.it, n. 3/2019; M. LUCIANI, *Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento Europeo*, *ibidem*.

63 Comunicazione della Commissione C(2020) 6400 final.

64 M. LUCIANI, *Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento Europeo*, cit.; ID., *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in Giur. It., 2007.

65 M. LUCIANI, *Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento Europeo*, cit.

66 Il legame tra programmazione economica e leggi di incentivazione è stato di recente evidenziato da M. LUCIANI, , *Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento Europeo*, cit., il quale richiama l'espressione "programmazione indicativa o per incentivi" utilizzata da L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in AA. VV., Studi in onore di A. Asquini, Cedam, Padova, 1963.

67 N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, cit., p. 152.

68 Cfr. A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, cit.

Peraltro, con il d.l. 76/2020, conv. dalla legge 120/2020, sono state introdotte modifiche all'interno della legge 241/1990 così da generalizzare il ricorso allo strumento dell'autocertificazione per l'ottenimento di incentivi e benefici economici comunque denominati. Il d.l 34/2020, conv. dalla legge 77/2020, ha a sua volta inasprito le conseguenze per le ipotesi di falsa rappresentazione dei fatti da parte del privato[69]. Nel medesimo d.l. 76/2020 si è tentato di garantire maggiore stabilità e certezza agli incentivi nel settore delle energie rinnovabili, modificando l'art. 42 del d.lgs. 28/2011, in modo da subordinare il potere del GSE di dichiarare la decadenza dagli incentivi al ricorrere dei presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio ex art..21-*nonies*, l. 241/1990[70]. A fronte della loro dubbia efficacia semplificatoria e idoneità a garantire la stabilità dei rapporti amministrativi[71], gli interventi richiamati testimoniano l'interesse del Legislatore per lo strumento dell'incentivazione, ritenuto funzionale a fronteggiare, tra le altre, le sfide poste dalla transizione ecologica.

Per concludere sull'argomento delle incentivazioni, si può ribadire che il loro impiego incrementale per finalità ambientali conferma la tendenza consistente nell'abbandono delle pretese di neutralità dello Stato in campo economico, a favore di più incisivi condizionamenti delle attività economiche private, nell'ottica della loro funzionalizzazione al perseguimento della sostenibilità ambientale.

69 Il d.l. 76/2020, conv. dalla l. 120/2020, ha aggiunto un comma 3-*bis* all'art. 18 l. 241/1990, il quale prevede che nei procedimenti avviati su istanza di parte aventi ad oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento sono comprovati mediante dichiarazioni sostitutive ovvero attraverso l'acquisizione documentale svolta dall'amministrazione procedente ai sensi dei commi 2 e 3 del medesimo articolo. Tale misura di semplificazione, che pur consente una maggiore speditezza dell'iter preordinato alla concessione del beneficio, va raccordata con quanto disposto dall'art. 75 del d.P.R. 445/2000, il quale riconnette alla non veridicità del contenuto della dichiarazione la decadenza dai benefici conseguenti. Il d.l. 34/2020, conv. dalla l. n. 77/2020, ha poi inasprito le conseguenze della scoperta della non veridicità delle dichiarazioni, prevedendo che «*la dichiarazione mendace comporta, altresì, la revoca degli eventuali benefici già erogati nonché il divieto di accesso a contributi, finanziamenti e agevolazioni per un periodo di 2 anni decorrenti da quando l'amministrazione ha adottato l'atto di decadenza*».

70 Il compiuto raccordo con le norme cennate nella nota precedente potrebbe vanificare l'intento della modifica all'art. 42 del d.lgs. 28/2011, apportata dallo stesso d.l. 76/2020, intento consistente nel conferimento di maggiore stabilità nell'erogazione degli incentivi erogati dal GSE per l'energia prodotta da impianti IAFR. Si subordina infatti il potere di dichiarare la decadenza dagli incentivi al ricorre dei presupposti previsti dall'art. 21-*nonies*, l. 241/1990, relativo all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio. L'art. 21-*nonies* fa salvo, tuttavia, quanto previsto dall'art. 75 cit. del d.P.R. 445/2000. Seguendo l'interpretazione secondo cui il primo e il secondo paragrafo del comma 3 dell'art 42, d.lgs. 28/2011, attribuiscono al GSE poteri diversi, esercitabili al ricorrere di differenti tipi di violazioni, non resta che concludere che il Legislatore ha mantenuto esposti i rapporti concessori di incentivi in parola al rischio di travolgimento *sine die*, inasprendo per di più le conseguenze di una simile evenienza con il divieto di accesso a contributi, finanziamenti e agevolazioni per un periodo di 2 anni allorché il rapporto di incentivazione sia sorto sulla base di una dichiarazione "mendace". Sul punto cfr. G. LA ROSA, *La rideterminazione dei poteri del GSE nel d.l. semplificazioni e la (apparente) stabilità degli incentivi per l'energia da fonte rinnovabile*, in Riv. Giur. Amb. Dir., n. 1/2021.

71 La dottrina ha messo in luce le criticità, in termini di stabilità dei rapporti amministrativi, sottese al ricorso allo strumento dell'autocertificazione. Cfr. M.A. SANDULLI, *Autodichiarazioni e dichiarazione "non veritiera"*, in giustiziainsieme.it, 15 ottobre 2020; EAD., *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio (art. 18, l. n. 241 del 1990 s.m.i. e d.P.R. n. 445 del 2000 s.m.i.)*, in EAD. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2020; EAD., *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in federalismi.it, n. 18/2019; G. STRAZZA, *La s.c.i.a. tra semplificazione, liberalizzazione e complicazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

4. Il partenariato pubblico privato quale modello relazionale per associare le imprese al perseguimento della transizione ecologica.

Tra gli strumenti funzionali all'ammodernamento dell'armamentario delle pubbliche amministrazioni impegnate nella transizione ecologica, si possono annoverare quelli riconducibili al partenariato pubblico privato (PPP)[72]. Si tratta di un insieme di moduli consensuali, tipici[73] e atipici[74], i quali, per struttura e funzione, corrispondono a un modello relazionale idoneo ad associare i privati al perseguimento di obiettivi di interesse generale. Il privato cessa in tal modo di essere destinatario dell'azione amministrativa, per divenire compartecipe della stessa[75], ovvero partner essenziale dell'amministrazione[76].

72 Nel testo ci si riferisce principalmente al PPP di tipo contrattuale, il quale, diversamente dal PPP istituzionalizzato, non contempla la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dalla parte pubblica e da quella privata per l'attuazione del regolamento contrattuale. Su tale distinzione cfr. il Libro Verde della Commissione sui partenariati pubblico privati, di cui al documento COM(2004)327 def. del 30 aprile 2004, citato anche *infra*. Sul PPP, in generale: C. CONTESSA, *PPPC: modello generale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. V, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019; S. AMOROSINO, *Il Partenariato Pubblico Privato*, in ID., *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pacini Giuridica, Pisa, 2018; A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017; V.M. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato,* in F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2016 V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in Amministrazione in cammino, 22 luglio 2016; G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015; M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013; A. DI GIOVVANI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011; G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in Giustamm.it, 17 dicembre 2010; B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico privato: un quadro generale*, in Giustamm.it, 2010; M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni finanza di progetto società miste fondazioni,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2009.

73 Il cd. codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016), tra gli strumenti partenariali tipici, prevede la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità. Non sembra invece costituire una figura a sé la finanza di progetto, che è piuttosto una procedura di affidamento ovvero una modalità di finanziamento dei lavori o servizi da eseguire in regime partenariale. Il codice peraltro disciplina nel Titolo I della Parte IV, dedicato al PPP, anche le figure degli interventi di sussidiarietà orizzontale, del baratto amministrativo, della cessione di beni in cambio di opere, le quali non richiedono l'assunzione di un rischio imprenditoriale da parte del privato e che fanno leva sulla cd. cittadinanza attiva, piuttosto che su iniziative economiche private. Sul punto cfr. C. CONTESSA, *PPPC Tipizzati. Gli altri PPPC tipizzati*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, cit.

74 L'art. 180, comma 8, del d.lgs. 50/2016, nell'indicare le fattispecie riconducibili al PPP (concessione di lavori, concessione di servizi, contratto di disponibilità, locazione finanziaria di opere pubbliche, ecc.), reca un'elencazione non tassativa, come testimonia la formula residuale in base alla quale rientra nella tipologia del contratto di partenariato «*qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti*». La dottrina ha in più occasioni sottolineato l'applicabilità della disciplina del PPP a contratti atipici: cfr. *ex multis*, R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, in Giustamm.it, n. 10/2008; ID., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè, Milano, 2006; V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit.; anche il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha manifestato lo stesso convincimento: Cons. Stato, commissione speciale, parere 1 aprile 2016, n. 855, p. 103.

75 Cfr. M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, cit.

76 C. CONTESSA, *PPPC: modello generale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, cit.

Quel che rileva, ai fini della individuazione degli strumenti in parola, è la presenza, in uno schema consensuale, delle invarianti[77] che danno vita a un rapporto di tipo partenariale. È dunque all'archetipo generale[78] "partenariato pubblico privato" che bisogna volgere lo sguardo, al fine di evidenziare le caratteristiche e le virtualità sottese a una pluralità indefinita di figure giuridiche che di volta in volta possono costituirne concretamento. Si potrà in tal modo meglio individuare il contributo che gli strumenti partenariali sono in grado di apportare al perseguimento della transizione ecologica.

Com'è noto, il PPP è un modello relazionale espressione di amministrazione consensuale e paritaria, estraneo alla tradizione giuridica italiana. Esso si afferma intorno agli anni '90 del secolo scorso sia in ambito europeo (uno dei primi Paesi a sostenerne la diffusione è il Regno Unito[79]), sia oltreoceano (è il caso degli Stati Uniti d'America[80]). Diviene quindi oggetto dell'attenzione delle istituzioni eurountarie[81] e acquista crescente rilevanza agli occhi dei *policy makers* nazionali, per essere finalmente positivizzato nell'ordinamento italiano e, considerate le recenti evoluzioni normative e iniziative istituzionali, altresì promosso e incentivato[82].

77 Cfr. S. AMOROSINO, *Il Partenariato Pubblico Privato*, in ID., *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pacini Giuridica, Pisa, 2018.

78 L'espressione viene usata dal Consiglio di Stato nel parere n. 855 cit. Cfr. F. DI CRISTINA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Il partenariato pubblico-privato quale "archetipo generale"*, in Giorn. dir. amm., n. 4/2016. La non configurabilità del PPP in termini di categoria unitaria e omogenea ovvero di istituto giuridico vero e proprio è stata, tra gli altri, evidenziata da M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, cit. Cfr. altresì C. CONTESSA, *PPPC: modello generale*, cit. e ID., *Le figure del partenariato pubblico-privato in generale*, in C. CONTESSA, A. LALLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit; M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit.; S. AMOROSINO, *Il Partenariato Pubblico Privato*, cit. È stato tuttavia messo in luce che nel d.lgs. 50/2016, per la prima volta, il PPP viene disciplinato come «*istituto autonomo e a sé stante*»: così V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit.

79 Cfr. il documento dal titolo *United Kingdom – England PPP Units and Related Institutional Framework*, giugno 2012, curato dall'European PPP Expertise Centre (EPEC) e reperibile online: www.eib.org. Cfr. altresì R. BALL, M. HEAFEY, D. KING, *The Private Finance Initiative and Public Sector Finance*, in Environment and Planning C: Government and Policy vol. 20, 2002.

80 D. CUSTOS, J. REITZ, *Public-Private Partnerships*, in The American Journal of Comparative Law, vol. 58, n. 1/2010.

81 Cfr. M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.; A. MASSERA, *Il quadro della trasposizione delle direttive europee tra obblighi di armonizzazione e opportunità di riordino della normativa nazionale, con particolare riferimento alle concessioni di lavori e di servizi*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, cit.

82 Cfr. V. BONTEMPI, *Il partenariato pubblico-privato e la progettazione: rilancio o freno per i lavori pubblici?*, in F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore*, cit., il quale ricorda i documenti «*Il Partenariato pubblico-privato (Ppp): 100 domande e risposte*» e «*Il Partenariato pubblico-privato: una proposta per il rilancio*» adottati rispettivamente dal Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica nel 2018 e dal Ministero dell'economia e delle finanze nel 2021, al fine di agevolare il ricorso al modello partenariale da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Ancora, l'A. ricorda che il d.l. 32/2019 è intervenuto sulla disciplina della finanza di progetto per consentire la presentazione alle amministrazioni aggiudicatrici di proposte progettuali da parte di operatori economici che pure siano privi dei requisiti tecnici, e che tuttavia decidano di associarsi o consorziarsi con soggetti in possesso dei requisiti richiesti. Infine, osserva che il d.l. 76/2020 ha esteso l'applicabilità della disciplina in tema di finanza di progetto ai progetti già presenti negli strumenti pubblici di programmazione approvati. A queste osservazioni può aggiungersi che già il Legislatore delegante di cui alla legge 11/2016, all'art. 1, comma 1, lettere ss) e tt), indicava la necessità che nel nuovo codice dei contratti pubblici venisse fornita una disciplina del PPP tale da agevolarne e incentivarne il ricorso, mentre il decreto correttivo 56/2017 ha specificato, aggiungendo un periodo in coda all'art. 180, comma 2, del codice, che il partenariato pubblico privato è utilizzabile dalle amministrazioni

Dalla disciplina codicistica[83] emerge che il partenariato pubblico privato è integrato da un contratto di durata e a prestazioni corrispettive. Il contenuto dell'obbligazione del contraente privato (operatore economico) consiste in un complesso di attività, comprendenti, in maniera non necessariamente cumulativa, la realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera, unitamente alla eventuale fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa. Può rientrare tra le obbligazioni del privato quella di consegna dell'opera alla pubblica amministrazione alla fine del rapporto. La controparte pubblica è tenuta a garantire al privato la disponibilità dell'opera o la possibilità di un suo sfruttamento economico, ovvero la possibilità di gestire un servizio offerto mediante l'opera medesima, per un periodo corrispondente al tempo necessario ad ammortizzare gli investimenti oppure determinato in funzione delle modalità di finanziamento concordate. Ad ogni modo, il regolamento contrattuale deve assicurare l'effettiva assunzione di rischio da parte del contraente privato[84].

Un significativo contributo nel mettere a fuoco i tratti comuni ai rapporti partenariali era già stato reso, in precedenza, dalla Commissione europea, nel noto Libro Verde relativo ai partenariati pubblico privati del 2004[85]. Esso mantiene attualità ai fini della comprensione del fenomeno. La comunicazione mette in luce che il partenariato pubblico privato: 1) dà luogo a un fenomeno di collaborazione tra parte pubblica e parte privata, dalla durata relativamente lunga, con riferimento a un progetto da realizzare; 2) fa ricadere il finanziamento del progetto prevalentemente sul settore privato; 3) valorizza il ruolo dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento), mentre al partner pubblico spetta essenzialmente la definizione degli obiettivi di interesse pubblico da raggiungere e il controllo sul loro effettivo perseguimento; 4) ripartisce i rischi inerenti alla realizzazione e al successo del progetto tra il partner pubblico ed il partner privato.

Orbene, nel rapporto partenariale si assiste a un assetto innovativo delle posizioni dell'amministrazione e del privato. Entrambe le parti hanno un interesse comune al successo dell'iniziativa, e collaborano a tal fine. I ruoli e i rischi legati alla realizzazione dell'iniziativa vengono razionalmente ripartiti, in modo tale che sul privato gravino i rischi *lato sensu* imprenditoriali, ai quali egli può meglio far fronte con il proprio *know-how* e la propria esperienza. Il privato può inoltre svolgere un ruolo proattivo, già dalla fase della progettazione[86], sopperendo così alla mancanza di competenze specialistiche

concedenti per ogni tipologia di opera pubblica.

83 Il PPP viene definito dall'art. 3, comma 1, lett. eee) del d.lgs. 50/2016 come «*il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore*». Gli articoli 179-193 del medesimo testo normativo si occupano delle procedure di affidamento, delle modalità di finanziamento e della disciplina delle fattispecie tipiche di partenariato.

84 Il privato assume un rischio di carattere *lato sensu* imprenditoriale, che presenta tre diverse forme: rischio di costruzione (cfr. art. 3, comma 1, lett. aaa), rischio di disponibilità (cfr. art. 3, comma 1, lett. bbb), rischio di domanda (cfr. art. 1, comma 1, lett. ccc).

85 Documento del 30 aprile 2004, COM(2004) 327 definitivo.

86 Invero, la regola risultante dall'art. 181 d.lgs. 50/2016, così come modificato dal d.lgs. 56/2017, è che l'amministrazione pone base di gara un progetto definitivo, e non semplicemente un progetto di fattibilità. L'art. 183, in tema di finanza di progetto, stabilisce invece che l'amministrazione può, in vista della realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, ivi inclusi quelli relativi alle strutture dedicate alla nautica da diporto, inseriti negli

nell'amministrazione. Al contempo, egli reperirà le risorse necessarie al finanziamento, parziale o totale, dell'iniziativa[87]. L'Amministrazione a sua volta mantiene un'essenziale funzione di definizione degli obiettivi da raggiungere e di controllo penetrante sull'attività del privato[88]. In tal senso il rapporto partenariale si dovrebbe differenziare dalle esperienze storiche di collaborazione tra pubblico e privato note al nostro ordinamento (si pensi alle concessioni di costruzione e gestione per l'infrastrutturazione autostradale[89]), visto il ruolo particolarmente intenso che l'amministrazione deve svolgere nel corso dell'attività[90]. Non si ha dunque una vera e propria esternalizzazione della funzione amministrativa[91]. La titolarità di quest'ultima resta in capo all'amministrazione, che pur tuttavia associa il privato alla realizzazione dell'iniziativa.

Ferma la regola per cui la scelta dell'operatore economico avviene con procedura ad evidenza pubblica, anche mediante dialogo competitivo, e salve le disposizioni in materia di concessioni, espressione del principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche[92], il privato, come accennato, può assumere altresì un ruolo propulsivo. È quanto prevede l'art. 183, comma 15 e seguenti., d.lgs. 50/2016, in materia di finanza di progetto[93], ove si ammette la possibilità che vengano sottoposte all'amministrazione proposte di progetti non inseriti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice in base alla normativa vigente[94] e da realizzarsi in regime di concessione o di qualunque altro contratto riconducibile al modello del PPP. L'operatore economico ha l'onere di predisporre, tra gli altri documenti, un progetto di fattibilità che, eventualmente modificato su richiesta dell'amministrazione, potrà essere approvato e posto a base della gara, alla quale è invitato anche il proponente, cui spetta peraltro un diritto di prelazione.

Lo schema partenariale permette poi di realizzare opere pubbliche e di garantire la fornitura di servizi a fronte dei vincoli di finanza pubblica derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea[95]. Il riferimento, naturalmente, è agli artt. 121 e 126 TFUE, al Protocollo 12 sui disavanzi eccessivi allegato al trattato, e al Patto di Stabilità e Crescita, rivisto e

strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, affidare una concessione ponendo a base di gara un progetto di fattibilità.

87 Cons. Stato, Ad. Plen. n. 1/2008, ha messo in luce che l'esigenza propriamente sottesa al ricorso al PPP è appunto quella di reperire risorse (anche in termini di capitale) necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività.

88 Cfr. art 181, comma 4, d.lgs. 50/2016: «[*l*]*'amministrazione aggiudicatrice esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio*».

89 Cfr. A. LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Jovene, Napoli, 2015, p. 177 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1981; A.M. SANDULLI, *Autostrada*, in Enc. dir., IV, Milano, 1959.

90 Per tutti cfr. C. CONTESSA, *Le figure del partenariato pubblico-privato in generale*, cit.

91 Sul tema cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

92 Cfr. F. SCALIA, *L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, in federalismi.it, n. 5/2019.

93 Sull'argomento, in generale, C. MALINCONICO, *Finanza di progetto*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. V, cit.; C. GUCCIONE, *La finanza di progetto nell'affidamento della concessione di servizi*, in G.F. CARTEI, M RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, cit.; R. DI PACE, *La finanza di progetto*, in C. FRANCHINI, I contratti con la Pubblica amministrazione, vol. II, Utet Giuridica, Torino, 2007.

94 A partire dal programma triennale dei lavori pubblici di cui all'art. 21 d.lgs. 50/2016.

95 Cfr. A. ANTONELLI, *Il partenariato pubblico-privato nelle dinamiche di finanza pubblica*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, cit.

modificato[96]. In effetti, il solo fatto di poter contare su risorse economiche private consente di prevenire o ridurre fenomeni di indebitamento da parte delle pubbliche amministrazioni per la cura degli interessi pubblici loro affidati. Ciò è tanto più evidente nella realizzazione delle cd. opere calde, ossia di quei progetti che presentano una intrinseca capacità di generare reddito attraverso il rapporto di utenza, così da remunerare autonomamente e per l'intero l'investimento. Più nello specifico, nell'ambito del Sistema europeo dei conti (SEC 2010)[97], è consentito alle pubbliche amministrazioni di non iscrivere nei bilanci pubblici le spese (*off balance*) inerenti a operazioni partenariali nelle quali il contraente privato assume il rischio di costruzione e almeno uno tra i rischi di disponibilità e di domanda[98].

In definitiva, il modello del PPP risulta coerente con l'attuale stadio evolutivo del diritto pubblico dell'economia, nel quale lo Stato e le pubbliche amministrazioni da un lato hanno cessato di essere operatori esclusivi del mercato[99], e dall'altro devono garantire la realizzazione di opere infrastrutturali e la fornitura di servizi nel rispetto di stringenti vincoli eurounitari in materia di indebitamento e finanza pubblica.

Tutto ciò premesso sul PPP in generale, si osserva che tale modello relazionale si presta anche a fornire soluzioni alle sfide della sostenibilità ambientale, corrispondendo a pieno alla sensibilità e allo spirito che dovrebbe animare la transizione ecologica. Esso consente di convogliare energie e risorse pubbliche e private, per indirizzarle verso obiettivi condivisi di sostenibilità. Laddove proprio il processo di transizione ecologica richiede il generale riorientamento del sistema economico-produttivo verso esiti ecocompatibili, il PPP offre alle imprese la possibilità di partecipare attivamente al cambiamento, di catalizzare la transizione, impegnando i propri mezzi e le proprie competenze in iniziative di interesse comune. Iniziative che, naturalmente, costituiscono al contempo occasioni di profitto sul versante economico. Alla luce di tale considerazione, le imprese possono altresì proporre *motu proprio* all'amministrazione dei progetti innovativi, in grado di migliorare la sostenibilità ambientale del settore pubblico, secondo lo schema dell'art. 183, comma 15 cit. Il riconoscimento di penetranti poteri di controllo dell'amministrazione dovrebbe fornire la garanzia del rispetto dei tempi e delle modalità di realizzazione dei progetti funzionali alla transizione svolti in regime partenariale.

Insomma, il rapporto partenariale, funzionalizzato al perseguimento della transizione, a fronte di vantaggi reciproci per imprese e amministrazioni rispecchia l'idea di una comunanza di destino sul pianeta, il convincimento che il successo della transizione stessa è interesse di tutti, del settore pubblico come dei privati[100].

---

96 Cfr. regolamento del Consiglio (CE) 1466/97, regolamento del Consiglio (CE) 1467/97, regolamento del Consiglio (CE) 479/2009, regolamento (UE) 1173/2011, regolamento (UE) 1174/2011, regolamento (UE) 1176/2011, direttiva 2011/85/UE, regolamento (UE) 472/2013, regolamento (UE) 473/2013.

97 Regolamento (UE) 549/2013.

98 Cfr. Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010, 2019 edition, curato da Eurostat, p. 288, punto 47.

99 V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit.

100 Per alcuni Autori il PPP è espressione del principio di sussidiarietà orizzontale scolpito nell'art. 118, u.c., Cost.: cfr. M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni finanza di progetto società miste fondazioni*, cit.; ID., *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, cit.; V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit. Critico sul punto è C. CONTESSA, *PPPC Tipizzati. Gli altri PPPC tipizzati*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., il quale ritiene propriamente riconducibili al principio di sussidiarietà orizzontale solo le figure

Impieghi virtuosi del partenariato pubblico privato, in chiave di sostenibilità ambientale, sono stati registrati negli ultimi lustri nel settore dell'energia. Progetti che si prestano a essere emulati, situazioni che possono moltiplicarsi, così da fornire un significativo contributo al percorso della transizione ecologica e in particolare al perseguimento degli obiettivi del Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC) e della normativa europea sul clima[101]. Ad esempio, dai primi anni duemila ad oggi, alcune amministrazioni territoriali e vari enti locali hanno fatto ricorso al PPP, spesso configurando operazioni di finanza di progetto, per la realizzazione e gestione di impianti fotovoltaici o di teleriscaldamento, a fronte di limitate o scarse risorse finanziarie a disposizione[102]. Altro utilizzo rilevante del PPP nel settore dell'energia e in chiave di sostenibilità è rappresentato dai contratti di rendimento o di prestazione energetica (i cdd. EPC)[103]. A fronte degli iniziali dubbi circa la riconducibilità di questi strumenti negoziali al genere partenariale, la questione viene oggi positivamente risolta dall'art. 180, comma 2, d.lgs. 50/2016, come modificato dalla legge 120/2020[104]. I contratti in parola definiscono un assetto di interessi convergente verso l'obiettivo condiviso dell'efficientamento energetico, in quanto è proprio dal miglioramento conseguito, in termini di efficienza energetica, che dipende la remunerazione o comunque la convenienza economica dell'affare per le imprese fornitrici dei servizi (le cdd. ESCo). Imprese che, a loro volta, possono prendere l'iniziativa e presentare all'amministrazione dei progetti di fattibilità unitamente alla restante documentazione richiesta dall'art. 183, comma 15, cit. per l'affidamento dei lavori e dei servizi secondo lo schema della finanza di progetto[105]. Questi scenari di cooperazione risultano per di più favoriti dall'ordinamento, considerata la possibilità di accedere, ricorrendone le condizioni, alle agevolazioni e agli strumenti di incentivazione previsti dalla normativa nazionale (ad es. Conto Termico 2.0., Fondo Nazionale per l'efficienza energetica).

degli interventi di sussidiarietà orizzontale, del baratto amministrativo, della cessione di beni in cambio di opere.

101 Cfr. regolamento (UE) 2021/1999.

102 Cfr. C. GIORGIO, G. MARINUZZI (a cura di), *La dimensione comunale del Partenariato Pubblico Privato*, Fondazione IFEL, Terza edizione – 2019, reperibile su www.fondazioneifel.it; cfr. altresì il Manuale operativo curato da Asset Camera, Impianti Fotovoltaici in Partenariato Pubblico Privato, 2012, reperibile su www.rm.camcom.it.

103 Per la cui nozione normativa v. art. 2, comma 2, lett., d.lgs. 102/2014. In dottrina, sull'argomento, cfr. A. MITROTTI, *Alle radici "pubblicistiche" degli Energy Performance Contracts (EPC)*, in Riv. Giur. Amb.Dir., n. 2/2021; F. SCALIA, *L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, cit.; G. SCARCHILLO, *Gli Energy Savings Performance Contracts nelle relazioni di partenariato tra Pubblica Amministrazione ed ESCo: una comparazione tra l'esperienza italiana e statunitense*, in Riv. quad. dir. amb., n. 1/2019; C. BENANTI, *Energy Performance Contract: il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, in Osservatorio del diritto civile e commerciale, n. 2/2017; F. PEIRONE, *La costituzione di partenariati pubblico-privati per la realizzazione di consumi energetici efficienti nelle pubbliche amministrazioni*, in Riv. Giur. Amb.Dir., n. 1/2017; A. ZOPPINI, *L'efficienza energetica: spunti di diritto privato*, in Annuario di Diritto dell'energia, 2016; L. PAROLA, T. ARNONI, S. GRANATA, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in I Contratti, n. 5/2015; M. PENNASILICO, *Il contratto di rendimento*, in ID. (a cura di), *Manuale di dritto civile dell'ambiente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014; M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, in Nuova giur. civ. comm., 2014; P. PISELLI (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico. Energy performance contract*, Utet Scienze Tecniche, Torino, 2011; P. PISELLI, S. MAZZANTINI, A. STIRPE, *Il contratto di rendimento energetico (Energy Performance Contract)*, in www.treccani.it, 2010.

104 La dottrina già era giunta a questa conclusione: cfr. F. SCIAUDONE, *L'accesso al credito per i progetti di efficienza energetica*, in L. CARBONE; G. NAPOLITANO; A. ZOPPINI (a cura di), *Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, Il Mulino, Bologna 2016; M. PENNASILICO, *Il contratto di rendimento*, cit.

105 Cfr. F. SCALIA, *L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, cit.

A fronte delle virtualità sottese al ricorso al partenariato pubblico privato, e ai vantaggi che possono derivarne in chiave di transizione ecologica, permangono delle disfunzioni amministrative che ne ostacolano la diffusione nella prassi applicativa. Disfunzioni imputabili sia all'organizzazione della pubblica amministrazione italiana, sia alla disciplina della sua attività. Sotto il primo profilo, è osservazione largamente condivisa quella che manchino, nel personale impiegato presso le pubbliche amministrazioni, le competenze specialistiche e interdisciplinari necessarie per gestire adeguatamente le procedure per l'affidamento di lavori in regime partenariale, per garantire la corretta allocazione dei rischi inerenti all'iniziativa e per valutare la sostenibilità economica dell'operazione. A questa carenza dovrebbe porre rimedio l'attuazione della riforma della p.a. prefigurata dal PNRR. Sotto il secondo profilo, si ripropongono i problemi già evidenziati dalla dottrina circa i rapporti tra diritto privato e poteri pubblicistici (ad es. di autotutela) nella fase di esecuzione dei rapporti negoziali della pubblica amministrazione[106]. L'esposizione di detti rapporti a una serie di iniziative caducatorie unilaterali dell'amministrazione (annullamento d'ufficio, revoca, recesso legale, ecc.) costituisce un disincentivo idoneo a dissuadere i privati dal collaborare con la p.a.

5. Conclusioni.

La riflessione condotta in queste pagine è partita dalla considerazione che la transizione ecologica pone sfide imponenti e inedite ai pubblici poteri, per far fronte alle quali gli strumenti della regolazione economica non sembrano sufficienti. La regolazione economica, invero, contribuisce significativamente al perseguimento degli obiettivi di tutela ambientale, assicurando anche un certo margine di flessibilità nell'adempimento degli obblighi a tal fine stabiliti[107]. L'effettiva apertura concorrenziale dei mercati, indotta dalla regolazione, può favorire l'internalizzazione dei costi ambientali da parte delle imprese e l'evoluzione tecnologica dei metodi produttivi in direzione ecocompatibile[108].

Tuttavia, le misure regolatorie si confanno a un modello di intervento nell'economia tendenzialmente neutrale, nel quale i pubblici poteri non avvertono l'urgenza di condurre, in tempi certi, il sistema produttivo ad assetti ecocompatibili. La tutela dell'ambiente risulta così demandata al mercato regolato e alle sue tempistiche di innovazione. In definitiva, le misure regolatorie si prestano al raggiungimento di obiettivi di tutela dell'ambiente, ma con metodo graduale e nei limiti delle attuali possibilità degli operatori del mercato.

Di contro, la necessità di un rapido inveramento della transizione ecologica rende necessario anche il ricorso a strumenti di carattere più marcatamente finalistico, mediante i quali gli apparati amministrativi possono sostituirsi al mercato regolato nel perseguimento degli obiettivi di sostenibilità definiti in sede politica e realizzare trasformazioni radicali del sistema economico-produttivo.

106 A. MOLITERNI, *Pubblico e privato nell'attività negoziale della p.a.*, in Rivista italiana per le scienze giuridiche, Jovene, 2018; ID., *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Jovene, Napoli, 2016.

107 Si pensi ad esempio ai sistemi dei certificati bianchi e dei certificati di immissione in consumo, entrambi gestiti dal GSE, che sfruttano le logiche del mercato per garantire la possibilità di ottemperare a prescrizioni sempre più rigorose in tema, rispettivamente, di efficienza energetica e di immissione in commercio di biocarburanti e di biometano.

108 Cfr. nota 8.

In definitiva, le strutture dello Stato regolatore non sembrano esposte al rischio di smantellamento, eppure questo modello non sembra più essere destinato a rivestire una valenza paradigmatica del ruolo dei pubblici poteri nell'economia, almeno sin quando la transizione ecologica non sarà compiuta.

Si è tentato a questo punto di ricostruire le tendenze evolutive dell'azione amministrativa diretta all'assunzione di un ruolo proattivo nel perseguimento della sostenibilità ambientale, attraverso l'analisi degli strumenti giuridici per mezzo dei quali tale azione si esplica.

Degli strumenti in tale ottica analizzati, una parte viene recuperata dall'armamentario classico del diritto amministrativo (piani e programmi, regimi di incentivazione gestiti da pubbliche amministrazioni), un'altra parte ha carattere innovativo (si tratta delle diverse figure di partenariato pubblico privato). Si può in sintesi affermare che si assiste a un restauro e al contestuale ammodernamento dello strumentario amministrativo, in vista dell'assunzione di un ruolo proattivo da parte dei pubblici poteri nel processo di transizione ecologica.

Il mutamento dell'intervento pubblico nell'economia, che fa leva su tale rinnovato strumentario, comporta di riflesso inevitabili ricadute sulle sfere di autonomia privata in campo economico. Un numero via via maggiore di attività economiche private risulterà infatti funzionalizzato al perseguimento di obiettivi di interesse generale. L'intero sistema produttivo, in effetti, dovrà essere riordinato, se si vuole garantire la sostenibilità dello sviluppo.

Ciò è emerso dalla trattazione dei vari strumenti in esame. Per quanto concerne le programmazioni economiche, si è detto che esse, pur con diverso grado di vincolatività, mirano a realizzare il coordinamento e l'indirizzamento di una pluralità di attività economiche verso fini definiti in sede politica ed estranei agli interessi dei singoli operatori del mercato. Si è portato l'esempio del Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti, programmazione economica settoriale che si ripropone, tra l'altro, di ostacolare i fenomeni di obsolescenza programmata e di riorientare la progettazione e fabbricazione dei prodotti. A proposito dei rapporti concessori di incentivi, si è ricordato che i sussidi di scopo implicano forme di controllo pubblico sull'attività del beneficiario, così determinandone la funzionalizzazione al perseguimento di obiettivi di interesse generale[109]. Con riferimento agli strumenti partenariali, mediante i quali i privati possono divenire partner essenziali delle amministrazioni per la riconversione ecologica del settore pubblico, si è evidenziata l'importanza assunta dalla funzione (penetrante) di controllo esercitata dal soggetto pubblico su quello privato, attraverso appositi sistemi di monitoraggio.

Ma fino a che punto sarà considerato legittimo il crescente condizionamento pubblicistico delle attività economiche? Sin dove potrà lo Stato creare corsie preferenziali per alcune produzioni ritenute virtuose sul versante ecologico, a discapito di altre? In che misura le nuove forme di intervento pubblico nell'economia saranno ritenute compatibili con i principi che reggono la liberalizzazione degli scambi commerciali a livello globale? È dallo scioglimento di tali punti nodali che sembrano dipendere le prospettive di espansione e di successo del nuovo approccio di carattere proattivo al centro dell'attuale fase del diritto pubblico dell'economia.

Si tratta, all'evidenza, di questioni che presentano una dimensione problematica multiordinamentale. Se da un lato si è preso atto dell'impegno ambientale della comunità

109 Cfr. nota 68.

internazionale, al pari delle iniziative per la promozione della transizione ecologica sostenute dall'Unione Europea, dall'altro permangono criticità inerenti alla diversa valenza delle libertà economiche e al loro distinto statuto nei vari contesti ordinamentali. Basti pensare alla differente rilevanza assiologica che la libertà di iniziativa economica privata assume nella Costituzione italiana e nel sistema dei Trattati[110], oppure alle differenti sensibilità emerse in tema di approccio precauzionale sia nel confronto tra istituzioni nazionali ed eurounitarie[111], sia in quello tra istituzioni eurounitarie e organi di risoluzione delle controversie in ambito OMC[112]. Aspetti, questi, che preludono a possibili esiti divergenti, nei diversi ordinamenti, del bilanciamento degli interessi in gioco, ambientali da una parte ed economico-produttivi dall'altra, e che potrebbero condurre ad iniziative politiche e/o giuridiche reazionarie rispetto al recupero di centralità dei poteri pubblici nell'economia.

110 Com'è noto, la libertà di iniziativa economica privata non rientra tra i diritti fondamentali della persona secondo il dettato costituzionale, mentre la libertà d'impresa viene considerata un diritto fondamentale (pur se assoggettabile a limitazioni) nell'ordinamento eurounitario, come risulta oggi dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Nizza) e come ha da tempo affermato dalla Corte di giustizia (a partire dalla sentenza Nold del 14 maggio 1974, in causa 4-73). Peraltro, i Trattati richiedono di tutelare l'assetto concorrenziale e fortemente competitivo del mercato interno e di riflesso di fornire ampio spazio alla libertà di iniziativa economica, mentre il testo della Costituzione sarebbe compatibile anche con assetti economici diversi (cfr. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in Riv. AIC, n. 2/2011).

111 Cfr. ad esempio la vicenda sulla quale si è pronunciata la Corte di Giustizia con la sentenza del 13 settembre 2017, in causa C-111/16, caso Fidenato.

112 Cfr. D. BEVILACQUA, *I limiti della scienza e le virtù della discrezionalità: il principio di precauzione nel diritto globale*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

IL *LOCKDOWN* DELLA BELLEZZA. IL PATRIMONIO CULTURALE ITALIANO E LA PANDEMIA.

La chiusura dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura tra diritto alla fruizione e tutela della salute.

Paolo Maci*

ABSTRACT [ITA]: Le norme dettate in occasione dell'emergenza sanitaria hanno determinato la chiusura dei musei e degli altri istituti e luoghi di cultura. Una scelta che ha provocato uno scarno dibattito nell'opinione pubblica e un marginale intervento dei TAR, quasi fosse un "male necessario". Eppure, il rinnovato contesto normativo avrebbe dovuto suggerire scelte diverse: l'inserimento dei servizi di apertura dei musei e degli altri luoghi di cultura tra quegli essenziali, il coevo ingresso dello studio dei beni culturali nei curricula delle scuole di ogni ordine e grado, l'acquisita consapevolezza che il contatto con le opere d'arte favorisca il benessere psico-fisico avrebbe dovuto determinare il decisore politico a consentire, durante questo lungo periodo, di poter accedere ai musei e agli altri luoghi di cultura, pur con le accortezze del caso. Il "*lockdown* della bellezza" che abbiamo subito è frutto di una visione "strabica" dello statuto costituzionale della cultura, che merita una nuova declinazione.

ABSTRACT [ENG]: *The rules dictated on the occasion of the health emergency led to the closure of museums and other institutes and places of culture. A choice that caused a meager debate in public opinion and a marginal intervention by the TAR, almost as if it were a "necessary evil". Yet, the renewed regulatory context should have suggested different choices: the inclusion of the opening services of museums and other places of culture among the essential ones, the contemporary entry of the study of cultural heritage into the curricula of schools of all levels, the ''acquired awareness that contact with works of art favors psycho-physical well-being should have determined the political decision-maker to allow, during this long period, to be able to access museums and other places of culture, albeit with the appropriate precautions . The "lockdown of beauty" that we have suffered is the result of a "cross-eyed" vision of the constitutional status of culture, which deserves a new declination.*

SOMMARIO: 1. Premessa. I beni culturali nell'impianto normativo dell'emergenza. **- 2**. La chiusura dei musei e degli altri istituti e luoghi di cultura: un "male necessario"? **- 3.** L'apertura al pubblico dei musei e dei luoghi di cultura un servizio pubblico essenziale: una "ipocrisia legislativa" o una lungimirante innovazione? **- 4.** Conoscenza, fruizione, valorizzazione del patrimonio culturale: snodi centrali per la piena realizzazione della persona umana **- 5.** La pari dignità della tutela e della valorizzazione dei beni culturali: una interpretazione dell'art. 9 della Costituzione in linea con il rinnovato contesto normativo **- 6.** Conclusioni. Il lockdown della bellezza: una visione "strabica" e recessiva dello statuto costituzionale della cultura. **- 7.** Ulteriori riflessioni *in limine*. L'approccio "virtuale" con i musei e gli altri luoghi di cultura: le aperture dell'ordinamento, la "spinta" della pandemia, i limiti intrinseci di un rapporto che non può fare a meno del contatto "fisico" e "sensoriale".

1. *Premessa.* I beni culturali nell'impianto normativo dell'emergenza.

L'emergenza sanitaria determinata dal COVID – 19 ha riverberato sin da subito i suoi effetti anche sui beni culturali. Fin dal 24 febbraio 2020 il MIBACT aveva sospeso, a partire da domenica primo marzo 2020 l'ingresso gratuito ai musei e ai luoghi di cultura[1]. Una decisione preceduta qualche giorno prima dalla chiusura di musei, cinema e teatri nelle zone maggiormente colpite dalla pandemia, alla quale ha fatto seguito, nei giorni immediatamente successivi[2], la sospensione su tutto il territorio nazionale dei servizi di apertura al pubblico degli istituti e dei luoghi della cultura. Nei mesi appresso, dal maggio 2020, è stato consentito, a determinate condizioni, il servizio di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura e, da giugno 2020, lo svolgimento di spettacoli aperti al pubblico in sale teatrali, sale da concerto, sale cinematografiche e in altri spazi[3]. A ottobre 2020, in considerazione del carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia e dell'incremento dei casi sul territorio nazionale, sono state reintrodotte, progressivamente, le stesse limitazioni disposte in precedenza. Dal 6 novembre 2020, infatti, sono stati nuovamente sospesi le mostre e i servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura[4].

I musei sono stati riaperti progressivamente nelle regioni "gialle" solo a partire dal 18 gennaio 2021, così come previsto dal DPCM del 16 gennaio 2021, ma soltanto nei giorni feriali dal lunedì al venerdì, secondo le modalità e gli orari definiti dai singoli istituti. Ora, mentre la rincorsa alle riaperture sembra ormai irreversibile grazie all'incedere della campagna vaccinale e la normalità dovrebbe essere prossima a riconsegnarci le nostre vite così come erano prima della pandemia[5], ci corre l'obbligo di una riflessione rispetto a quello che è accaduto e di cui avvertiamo, ancora, gli strascichi.

La domanda che dobbiamo farci è se tutto è andato come doveva. Se in questo anno e mezzo di sconvolgimento generale l'"ordinamento culturale" del nostro Paese abbia trovato al suo interno quegli anticorpi in grado di farne reggere con coerenza e senza strappi la struttura; se le norme dettate per gli istituti e i luoghi della cultura durante la

---

1* Professore a contratto di Legislazione scolastica nell'Università Telematica *Pegaso*

Il progetto "Io vado al Museo – Domeniche gratuite", che prevede ingressi gratuiti in tutti i monumenti, musei, gallerie, scavi archeologici, parchi e giardini monumentali d'Italia la prima domenica di ogni mese, era state introdotte nel 2014 da Dario Franceschini che al tempo ricopriva la carica di Ministro dei Beni Culturali. Franceschini, tornato alla guida del Mibact nel Governo Conte 1 aveva riportato la delega al turismo entro il perimetro dei beni culturali, ripristinando a partire dal 6 ottobre 2019 l'iniziativa che era stata modificata dal suo predecessore Alberto Bonisoli, grazie al grande successo riscosso nelle edizioni precedenti.

2 Cfr d.l. n. 6 dell'8 marzo 2020, convertito in legge n. 13 del 2020

3 Cfr d.l. 33 del 2020, convertito in legge 74 del 2020

4 Cfr. DPCM 3 novembre 2020. Sull'argomento vedi R. CAPOZZUCCA, M. PIRRELLI. *La cultura chiusa ai tempi del coronavirus. Centotrentatrè musei statali chiusi da Venezia a Milano, passando da Torino e Ravenna, rinviate le mostre. Spettacoli sospesi in teatri e cinema,* in www.ilsole24ore.com/art/la-cultura-chiusa-tempi-coronavirus.

5 Cfr. art. 5 bis d.l. 22 aprile 2021, n. 52, modificato dalla legge di conversione 17 giugno 2021, n. 87, che prevede nelle zone gialle la possibilità di accedere ai musei e altri istituti e luoghi della cultura purchè siano garantite «le modalità di fruizione contingentata o comunque tali da evitare assembramenti di persone e da consentire che i visitatori possano rispettare la distanza interpersonale di almeno un metro» ed il d.l. approvato dal C.d.M. l'8 ottobre 2021 n. 139 che con l'art. 2 sopprime l'ultimo inciso: «e da consentire che i visitatori possano rispettare la distanza interpersonale di almeno un metro».

pandemia – in definitiva - siano state coerenti con i principi sui quali si fonda il nostro patto di convivenza.

2. La chiusura dei musei e degli altri istituti e luoghi di cultura: un "male necessario"?

Al di là delle vibrate proteste degli operatori del settore, la chiusura dei musei e dei luoghi e degli istituti di cultura ha suscitato in dottrina uno scarno dibattito[6], indice del fatto che la stessa è stata considerata supinamente – ed acriticamente - rispetto all'incedere della emergenza sanitaria quasi un "male necessario", peraltro (asseritamente) mitigato dalle "nuove modalità di valorizzazione del patrimonio artistico che si sono attivate durante la quarantena" che, secondo una pur autorevole - anche se non condivisibile opinione - "dimostrano come non sia necessaria la presenza *in loco* per poter godere della bellezza del nostro patrimonio culturale"[7].

A riprova di tanto, la circostanza che, a differenza di quanto è successo per la scuola, per la quale invece il dibattito in dottrina è stato ampio ed approfondito[8] e si è sviluppato un notevole contenzioso innanzi al Giudice Amministrativo dovuto alle aspre divergenze nelle politiche di contenimento della pandemia tra Stato e Regioni[9] tali da aver provocato anche un risoluto intervento del Governo[10], il ricorso ai TAR per far valere eventuali

6 Dell'opinione che la dottrina non si sia occupata in maniera sufficiente del tema è anche A. CIERVO, *La chiusura dei musei e degli altri istituti e luoghi di cultura pubblici durante l'emergenza sanitaria,* in *Aedon,* 2/2020 secondo cui le problematiche connesse con la sospensione dell'apertura dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio determinata dalle prime norme emergenziali "non ha forse avuto l'attenzione che meritava, non soltanto per quanto concerne le gravi ricadute economiche che hanno investito il settore, ma anche per una serie di risvolti più generali - squisitamente giuridici".

7 Così sempre A. CIERVO, *op. cit,*, la cui opinione stavolta, per le ragioni ampiamente sviluppate nel testo, si ritiene di non convidere

8 Tra i primi commenti: G. RODRIGUEZ, *Covid. Su chiusura scuole 'cortocircuito' normativo che porta a scontro tra Governo e Regioni*, in *quotidianosanità.it;* C. NAPOLITANO, *Regioni, scuola e COVID-19: il Giudice Amministrativo tra diritto allo studio e tutela della salute (Nota Cons. Stato 6453 del 2020), giustiziainsieme.it*; P. MACI, *L'Ordinanza di chiusura delle Scuole e delle Università al vaglio del Tar Campania. Prime note sul Decreto del TAR Campania del 19 ottobre 2020. Gazzetta Forense*, 2020; P. MACI, *La strana guerra dei TAR risolta (male) dal generale Emiliano*, *Gazzetta Forense*, 2020; R. MARZO, *A scuola no, sì, forse: "Chi" decide e "cosa". (Brevi note a margine – e nei dintorni– dell'Ordinanza n. 710/2020, TAR Puglia - Bari, Sez. III, del 18/11/2020 e pubblicata il 19/11/2020), in Ambientediritto.it,* IV/2020

9 Il contenzioso innanzi al Giudice Amministrativo si è sviluppato in particolare rispetto alle ordinanze dei Presidenti di Regione che hanno adottato misure più restrittive di quelle indicate a livello centrale. Si vedano i decreti pres. del TAR Campania sez. V n. 1922 del 19 ottobre 2020, quello del TAR Basilicata n. 272 del 24 novembre 2020, le due decisioni monocratiche del TAR Puglia, sez. di Bari n. 680 e sez. di Lecce, n. 695 entrambe del 6 novembre 2020, la decisione del TAR Calabria, sez. Catanzaro n. 609 del 23 novembre 2020, il provv. monocratico del TAR Friuli Venezia Giulia del 16 gennaio 2021, quello del Tar Veneto n. 30 del 21 gennaio 2021, quello del TAR Emilia Romagna n. 30 del 15 gennaio 2021 e quello del TAR Lombardia n. 32 del 13 gennaio 2021, il provv. pres. TAR Campania n. 153 del 22 gennaio 2021 e il decreto TAR Puglia sez. Bari n. 73 del 23 febbraio 2021. Da ultimo si registra l'ordinanza del TAR Lazio n. 1947 del 26.03.2021 che ha sospeso il DPCM del 2 marzo 2021 che comportava l'automatica chiusura di tutte le scuole di ogni ordine e grado nelle "zone rosse" e continua a prevedere il ricorso alla DAD nelle "zone gialle" e nelle "zone arancioni". Anche il Consiglio di Stato ha avuto modo di conoscere della vicenda, confermando il rigetto della sospensiva decretato dal TAR Campania. (Cons. Stato, Pres. III, dec. 10 novembre 2020, n. 6453).

10 Si ricordi che al fine di scongiurare ulteriormente il conflitto tra Stato e Regioni e Province autonome, il Governo è arrivato a vietare la possibilità per i Presidenti di Regione e delle Province autonome di adottare misure diverse e più restrittive salvo i casi di "eccezionale e straordinaria necessità dovuta alla presenza di focolai o al rischio estremamente elevato di diffusione del virus SARS-CoV-2 o di sue varianti nella popolazione scolastica". (Cfr d.l. 1 aprile 2021, n. 44.

illegittimità dei provvedimenti che disponevano la chiusura dei musei e degli altri luoghi di cultura è stato assolutamente sporadico e marginale.

L'unico TAR adito[11], quello del Lazio, al quale sono state proposte diverse ed articolate doglianze, integrate poi da motivi aggiunti[12], si è limitato a respingere la richiesta di sospensiva del DPCM del 3 novembre 2020 e del 3 dicembre 2020 impugnati con l'ordinanza collegiale della prima sezione[13] «in ragione della non manifesta irragionevolezza della decisione assunta alla luce della emergenza sanitaria in atto». Il collegio ha ribadito il decreto di rigetto del Presidente di Sezione[14] - a sua volta confermato dal Consiglio di Stato[15].

Nella parte motiva, il TAR ritiene «non manifestamente irragionevole, nell'ambito e nei limiti del sindacato consentito al giudice amministrativo, la decisione dell'Autorità di comprimere per un periodo di tempo circoscritto» quello che definisce «un interesse

Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici. La possibilità di derogare al d.l. con una ordinanza più restrittiva è stata immediatamente colta dal Presidente della Giunta Regionale Pugliese, Emiliano, che con l'ordinanza n. 102 del 4 aprile 2021 scrive che «con decorrenza dal 7 aprile e sino al 30 aprile l'attività didattica delle scuole di ogni ordine e grado si svolge in applicazione dell'articolo 2 del decreto legge 1 aprile 2021 n.44. In applicazione della possibilità di deroga prevista nella seconda parte del comma 1 dell'articolo 2 del decreto legge 1 aprile 2021 n.44, le istituzioni scolastiche della scuola primaria, della secondaria di primo grado, di secondo grado e CPIA devono garantire la didattica digitale integrata a tutti gli alunni le cui famiglie richiedano espressamente di adottarla, in luogo dell'attività in presenza».

11 Il ricorso reca il numero di registro generale 9071 del 2020, integrato da motivi aggiunti, ed è stato proposto da Vittorio Sgarbi, rappresentato dagli avvocati del Condacons, costituitosi *ad adiuvandum*, contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero della Salute, il Ministero per i Beni e le Attività Culturali e per il Turismo e nei confronti del Museo Palazzo Doebbing per l'annullamento, previa sospensione, *per quanto riguarda il ricorso introduttivo:*

- del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 3 novembre 2020 recante: Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-9»", in parte qua, con specifico riferimento all'art. 1, comma 9, lettera r), ove prevede: "Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 sull'intero territorio nazionale si applicano le seguenti misure:

r) sono sospesi le mostre e i servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42";

- anche limitatamente ai musei della Regione Lazio tra i quali i musei del Comune di Sutri;
- di ogni altro atto, conseguente, consequenziale e successivo.

12 *Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 7 dicembre 2020:*

- del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 3 dicembre 2020: "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante: «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19» e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante: «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», nonché del decreto-legge 2 dicembre 2020, n. 158, recante: «Disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19»" (GU Serie Generale n.301 del 03-12-2020), in parte qua, con specifico riferimento all'art. 1, comma 10, lettera r), ove prevede:

"Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 sull'intero territorio nazionale si applicano le seguenti misure:

r) sono sospesi le mostre e i servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'art. 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ad eccezione delle biblioteche dove i relativi servizi sono offerti su prenotazione e degli archivi, fermo restando il rispetto delle misure di contenimento dell'emergenza epidemica;

- di ogni altro atto, conseguente, consequenziale e successivo.

13 Ord. coll. n. 00192/2021 Reg. Prov. Cautelari del 14 gennaio 2021.

14 Decreto cautelare n. 7571 del 9 dicembre 2020.

15 Decreto cautelare della III Sezione del Cons. Stato, 17 dicembre 2020, n. 7255.

certamente significativo per il benessere individuale e della collettività», quale è quello alla «fruizione dei musei e degli altri luoghi di cultura, in ragione della particolare gravità della emergenza sanitaria in atto», valutando «prevalente l'esigenza sottostante all'adozione delle misure impugnate di tutelare il diritto alla salute, a seguito della recrudescenza del contagio epidemiologico, attraverso una significativa riduzione delle attività da svolgersi in presenza».

Se interesse vi è nella scarna pronuncia del TAR, tale anche in virtù della natura cautelare del rito, va individuato nel riferimento al «significativo interesse» per «il benessere individuale e della collettività» che comporta la fruizione dei musei e degli altri luoghi di cultura.

Sembra evidente, in questo caso, il riferimento all'ormai diffuso orientamento scientifico che ritiene che il contatto le opere d'arte arrechi benefici per la salute psico-fisica delle persone.[16] Anzi, c'è chi attribuisce al patrimonio culturale "la valenza di strumento unico e irripetibile (…) con riferimento alla possibilità di essere di supporto al recupero dell'equilibrio psicologico nel post-pandemia[17].

Ma allora il giudice amministrativo avrebbe dovuto essere consequenziale e prendere in considerazione il fatto che almeno questa circostanza, proprio e soprattutto in un periodo di forzata permanenza in casa e di isolamento sociale, poteva schiudere profili di illegittimità del DPCM impugnato.

Ed in effetti, se il «contatto» con le opere d'arte è di «significativo interesse» per il «benessere individuale e della collettività», allora la chiusura indiscriminata di tutti i luoghi di cultura non risponde ai criteri di ragionevolezza e di proporzionalità che proprio il TAR invoca.

Un approccio che, del resto, anticipa persino per certi versi la proposta avanzata all'ICOM dalla delegazione italiana per il riconoscimento del museo quale luogo atto anche a migliorare il benessere psico-fisico degli individui, già avvenuto in ambito medicale.[18] E anzi, almeno per alcuni dei luoghi di cultura, come i parchi archeologici o i musei diffusi, si sarebbe di certo potuta garantire la fruizione, che sarebbe stata peraltro possibile in piena sicurezza.

16 Ed in effetti numerosi studi scientifici dimostrano come il "contatto" con le opere d'arte abbia comprovati benefici per la salute psico-fisica delle persone (in particolare, si segnala il portale *"Cultura è salute"* che registra le *best practice* in tal senso). Un contatto che, vista la specificità dei beni in questione, può avvenire solo mediante la visita di persona a un museo, "ospedale dell'anima", e non attraverso quelle virtuali sperimentate in larga scala proprio durante questa emergenza, come si dirà meglio dopo. Circa

17 Così P. GRAZIANI, *Il patrimonio culturale come strumento socio-sanitario nel post coronavirus*, in *Territori della Cultura, Cultura dei Territori al tempo del coronavirus*, numero speciale monotematico della rivista on line *Territori della cultura*, n. 40/2020

18 Lo Statuto di ICOM, approvato nell'ambito della ventiduesima *General Assembly* di ICOM a Vienna, il 24 agosto 2007, riporta la più recente definizione di museo: Il museo è un'istituzione permanente, senza scopo di lucro, al servizio della società, e del suo sviluppo, aperta al pubblico, che effettua ricerche sulle testimonianze materiali ed immateriali dell'uomo e del suo ambiente, le acquisisce, le conserva, e le comunica e specificatamente le espone per scopi di studio, educazione e diletto. La definizione ICOM è stata recepita dalla normativa italiana: il Decreto ministeriale MIBAC 23 dicembre 2014 Organizzazione e funzionamento dei musei statali all'art.1 la riprende integralmente, con una precisazione finale «promuovendone la conoscenza presso il pubblico e la comunità scientifica». Il Comitato italiano già nel 2018 aveva creato un gruppo di lavoro finalizzato ad elaborare una proposta di aggiornamento della definizione di museo e l'aveva comunicata al Comitato permanente: "Il Museo è un'istituzione permanente, senza scopo di lucro, accessibile, che opera in un sistema di relazioni al servizio della società e del suo sviluppo sostenibile. Effettua ricerche sulle testimonianze dell'umanità e dei suoi paesaggi culturali, le acquisisce, le conserva, le comunica e le espone per promuovere la conoscenza, il pensiero critico, la partecipazione e il benessere della comunità.*"* Cfr www.icom-italia.org/

Del resto, il DPCM, che chiude senza appello i Musei e gli altri istituti e luoghi di cultura, permette nello stesso tempo l'accesso del pubblico ai parchi, alle ville e ai giardini pubblici, condizionandolo al rigoroso rispetto del divieto di assembramento nonché della distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro[19]; consente di svolgere attività sportiva o attività motoria all'aperto, anche presso aree attrezzate e parchi pubblici, ove accessibili, purché comunque nel rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di almeno due metri per l'attività sportiva e di almeno un metro per ogni altra attività salvo che non sia necessaria la presenza di un accompagnatore per i minori o le persone non completamente autosufficienti[20]; consente l'accesso ai luoghi di culto, seppure «con misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro[21]; consente lo svolgimento di funzioni religiose con la partecipazione di persone, purché si svolgano «nel rispetto dei protocolli sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni»[22].

L'opzione di una apertura «condizionata», come nelle ipotesi prese in considerazione in precedenza, peraltro, era consentita dal d.l. di riferimento, quello del 25 marzo 2020, che alla lettera r) aveva previsto, per i musei e gli altri luoghi di cultura, la possibilità di assumere un ventaglio di ipotesi (sospensione, chiusura, ma anche una limitata apertura), secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso[23], con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del virus[24].

3. L'apertura al pubblico dei musei e dei luoghi di cultura quale servizio pubblico essenziale: un'"ipocrisia legislativa" o una lungimirante innovazione?

Eppure il servizio di apertura al pubblico dei Musei e dei luoghi di cultura era stato inserito, ad opera del d.l. 146/2015[25] tra i servizi pubblici essenziali. Una circostanza, questa, di non poco conto, se si pensa che, tra i servizi pubblici essenziali individuati dalla legge 12 giugno 1990, n. 146, come integrata dalla legge del 12 novembre 2015 n. 182[26], e cioè «quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione,

19 DPCM del 3 novembre 20202. Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19». (20A06109) (GU Serie Generale n.275 del 04-11-2020 - Suppl. Ordinario n. 41), art. 1 comma 9 lett. b).
20 Ivi, lett. d).
21 Ivi, lett. p).
22 Ivi, lett. q).
23 D.l. 20 marzo 2020 n. 19 art. 2.
24 Ivi, art. 2.
25 Convertito con modificazioni nella legge del 12 novembre 2015, n. 182
26 Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge. (Gazz. Uff. 14 giugno 1990, n. 137)

all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione»[27] gli unici ad essere stati totalmente «sacrificati» sull'altare della prevenzione sono stati proprio quelli che prevedevano "l'apertura al pubblico regolamentata di musei e altri istituti e luoghi della cultura, di cui all'articolo 101, comma 3, del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42"[28]; tutti gli altri - dalla sanità alla protezione civile, dalla raccolta e lo smaltimento dei rifiuti ai trasporti pubblici, dall'erogazione dell'energia all'informazione[29] - sono stati sempre e comunque garantiti. Anche l'istruzione, ovviamente, per la quale la legge sui servizi pubblici essenziali fa riferimento in particolare ai «servizi degli asili nido, delle scuole materne e delle scuole elementari», agli scrutini finali, agli esami e all'istruzione universitaria, «con particolare riferimento agli esami conclusivi dei cicli di istruzione».

Il paradosso, quindi, è che da una parte l'apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura è stata individuata tra le prestazioni ritenute «indispensabili» insieme a quelle indicate in precedenza, tanto che per assicurarne l'effettività della fruizione, è stato, per l'appunto, limitato e regolamentato il diritto di sciopero degli operatori del settore; mentre, dall'altra, pur essendo ritenuto "essenziale", questo servizio non ha trovato adeguata "protezione" durante la pandemia.

Una circostanza che, evidentemente, ha dato forza alla tesi di chi riteneva che il loro inserimento tra i servizi pubblici essenziali fosse stata solo una "ipocrisia legislativa"[30].

Eppure, la scelta del 2015 non poteva solo considerarsi una scelta dettata dalla contingenza. Perché al di là della necessità di evitare il ripetuto verificarsi di episodi che hanno impedito la continuità del servizio pubblico di fruizione del patrimonio storico e artistico della Nazione causato dallo sciopero del personale addetto al Colosseo e ad altri poli museali e archeologici del Paese, che può considerarsi la ragione "immanente" del

27 Legge cit., art. 1.

28 Legge cit., art. 1 comma 2 lett. a).

29 I servizi pubblici essenziali individuati dalla norma su richiamata sono i seguenti. la sanità, l'igiene pubblica, la protezione civile, la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti urbani e di quelli speciali, tossici e nocivi, le dogane, l'approvvigionamento di energie, prodotti energetici, risorse naturali e beni di prima necessità, nonché la gestione e la manutenzione dei relativi impianti, l'amministrazione della giustizia, i servizi di protezione ambientale e di vigilanza sui beni culturali, i trasporti pubblici urbani ed extraurbani autoferrotranviari, ferroviari, aerei, aeroportuali e quelli marittimi, i trasporti pubblici urbani ed extraurbani autoferrotranviari, ferroviari, aerei, aeroportuali e quelli marittimi limitatamente al collegamento con le isole, i servizi di erogazione degli importi relativi all'assistenza e alla previdenza sociale, le poste, le telecomunicazioni e l'informazione radiotelevisiva pubblica.

30 Il d.l. 146/2015, convertito con modificazioni nella legge del 12 novembre 2015, n. 182 sottoponendo gli scioperi degli operatori del settore alla specifica normativa in materia (legge n. 146/1990), aveva appunto avuto l'effetto di ricomprendere nella categoria dei servizi pubblici essenziali anche "l'apertura dei musei e dei luoghi di cultura". Il decreto fu adottato infatti come risposta del Governo alla chiusura ai turisti dell'anfiteatro Flavio e dei Fori imperiali per un'assemblea sindacale e per una serie di agitazioni dei lavoratori in altri poli museali tra i più importanti in Italia, tra i quali gli Uffizi a Firenze e il Parco archeologico di Pompei, fatti che avevano avuto ampio risalto sia in Italia che all'estero. Fin da subito, tuttavia, la dottrina più accorta aveva sottolineato come la portata della riforma normativa non fosse limitata alla regolamentazione degli scioperi, essendo "ben più ampia, in quanto tende a valorizzare ulteriormente il patrimonio culturale come un bene che deve necessariamente essere fruito, affinché possa svolgere la sua funzione che è quella di trasmettere testimonianze di civiltà e favorire lo sviluppo della cultura". Cfr sul punto G. PIPERATA, *Sciopero e musei: una prima lettura del d.l. n. 146/2015*, in *Aedon*, 3/2015. Ancora si veda, C. ZOLI, *La fruizione dei beni culturali quale servizio pubblico essenziale: il decreto legge 20 settembre 2015 n. 146 in tema di sciopero*, ivi,; L. CASINI, *L' "essenziale è (in)visibile agli occhi": patrimonio culturale e riforme*, ivi e infine, in senso critico rispetto alla decisione del Governo, R. SCIOTTI, *Fruizione del patrimonio culturale e diritto di sciopero*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2015, pag. 501 ss.

decreto legge del Governo Renzi[31], la decisione era di certo legata a motivazioni più profonde, essendo sottesa alla maturata consapevolezza che il diritto alla fruizione del patrimonio culturale fosse in realtà la estrinsecazione di un diritto costituzionalmente garantito, insito nelle previsioni degli articoli 9 e 33 della Costituzione[32] e più in generale connaturato a quella tensione alla piena realizzazione della persona umana che è uno degli obiettivi più nobili della nostra Carta Costituzionale.

Fruizione che è, in special modo dopo il 2004 con l'approvazione del Codice, considerata a ragione "l'autentico 'cuore' della disciplina sui beni culturali, pur non essendo ancora definita in modo puntuale, soprattutto nelle sue molteplici relazioni"[33].

Si tratta, a ben vedere, di una ricostruzione suffragata - da una parte – da una concezione "dinamica" della tutela del patrimonio storico e artistico, secondo cui il legame molto forte e direi strumentale tra gli istituti preposti alla tutela (dichiarazione dell'interesse culturale, misure di protezione, misure di conservazione e altre forme di protezione) e quelli indirizzati alla valorizzazione rende questa distinzione sostenibile in linea di principio sul piano teorico ma assai meno su quello pratico; dall'altra, dal riconoscimento che la cultura e la conoscenza quali "beni comuni" «che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona», così come definiti dalla Commissione Rodotà, istituita presso il ministero della Giustizia per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007) di cui si proponeva che fosse garantita la fruizione collettiva[34] fosse ormai frutto di una valutazione largamente condivisa[35].

4. Conoscenza, fruizione, valorizzazione del patrimonio culturale: snodi centrali per la piena realizzazione della persona umana.

Ed in effetti che la conoscenza, la fruizione, la valorizzazione del patrimonio culturale siano nel nostro Paese divenuti centrali per la piena realizzazione della persona umana è

31 Come correttamente osserva A. CIERVO, in *La chiusura dei musei*, *cit.,* "L'esito legislativo di questa delicata vicenda tutto sommato risultava coerente con quanto la giurisprudenza costituzionale aveva stabilito con riferimento all'essenzialità dei servizi pubblici, il cui fine resta quello di soddisfare bisogni collettivi e individuali che verrebbero sensibilmente contratti dal diritto di sciopero dei lavoratori del settore interessato all'agitazione collettiva. La conseguenza di questa modifica di *status,* tuttavia, non era soltanto formale, ma aveva l'obiettivo - come chiaramente esplicitato dal Governo - di vincolare l'attività lavorativa dei dipendenti dei musei alle regole più stringenti a cui devono sottostare coloro che prestano le loro mansioni nell'ambito dei servizi pubblici essenziali. In breve, la *ratio legis* aveva come obiettivo quello di costringere i lavoratori del settore a proclamare in anticipo lo sciopero e la relativa sospensione del servizio al pubblico, nel rispetto della procedura *ad hoc* prevista dalla legge n. 146/1990, la quale prevede che all'utenza debba comunque essere garantita la possibilità di fruire del servizio essenziale, seppure con le modalità e le forme contingentate connesse alla garanzia del diritto di sciopero dei lavoratori".

32 Cfr in questo senso A. Ciervo, op. cit. Sul punto anche L. Casini, Valorizzazione e fruizione dei beni culturali, in Diritto del patrimonio culturale, (a cura di) C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo, Bologna, 2017, pagg. 483-486 e G. Sciullo, Le funzioni, in Diritto e gestione dei beni culturali, (a cura di) C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciullo, Bologna, 2011, pp. 62 ss.

33 Così M. CARCIONE, *Dal riconoscimento dei diritti culturali dell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, in *Aedon,* 2/2013.

34 Sul punto anche Cfr. sul punto V. CERULLI IRELLI E L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 2014, pag. 3 ss.; L. RAMPA, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un* tertium genus*?*, *ivi*, 2014, pag. 253 ss.; M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1976, pag. 5 ss. e F. MERUSI, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, pag. 434 ss.

35 L. RAMPA, *ibidem*

un dato che rinviene anche dal loro ingresso "prepotente" nei curricula degli alunni e degli studenti tanto da divenire uno dei pilastri della formazione durante tutto il corso di studi, dalla primaria alla secondaria di secondo grado.

La riforma introdotta con la legge n. 107 del 2015 come attuata dal d.lvo 60 del 2017[36], che ha voluto attribuire alle istituzioni scolastiche un ruolo più attivo nella poliedrica e polisoggettiva funzione di diffusione della cultura e di valorizzazione del patrimonio culturale italiano ha inteso, proprio attraverso il riconoscimento di questo ruolo, evidentemente, attribuire allo studio del patrimonio artistico del nostro Paese una funzione fondamentale nella formazione dei giovani e dei giovanissimi anche e soprattutto come persone e come cittadini.[37] E ciò si evince in maniera inequivocabile dalla circostanza che lo studio del patrimonio culturale italiano, prima della riforma marginale e caratterizzante solo di una ristretta parte del sistema di istruzione (i Licei in particolare), ora diviene uno degli obiettivi del sistema di istruzione nel suo complesso, coinvolgendo tutte le istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado, come si evince dalle previsioni del capo III del d.lvo 60/17. Le stesse infatti, devono prevedere, nell'ambito della propria autonomia, «nel Piano triennale dell'offerta formativa, attività teoriche e pratiche, anche con modalità laboratoriale, di studio, approfondimento, produzione, fruizione e scambio, in ambito artistico, musicale, teatrale, cinematografico, coreutico, architettonico, paesaggistico, linguistico, filosofico, storico, archeologico, storico-artistico, demoetno-antropologico, artigianale, a livello nazionale e internazionale», «mediante percorsi curricolari, anche in verticale, in alternanza scuola-lavoro o con specifiche iniziative extrascolastiche[38], e può essere programmata in rete con altre scuole e attuata con la collaborazione di istituti e luoghi della cultura, nonché di enti locali e di altri soggetti pubblici e privati, ivi inclusi i soggetti del terzo settore operanti in ambito artistico e musicale».

5. La pari dignità della tutela e della valorizzazione dei beni culturali: una interpretazione dell'art. 9 della Costituzione in linea con il rinnovato contesto normativo.

Il mutato quadro normativo intorno alla fruizione e la valorizzazione dei beni culturali con il coevo inserimento tra i servizi pubblici essenziali e il rafforzamento del processo di valorizzazione all'interno del sistema scolastico nazionale in una con l'acquisita consapevolezza che il contatto con i beni culturali aumenta il benessere psico-fisico dei fruitori hanno indubbiamente un merito: quello di poter offrire una interpretazione dell'art. 9 della Costituzione in cui tutela e valorizzazione dei beni culturali hanno la stessa

36 Per un commento sistematico del D.Lvo 60 del 2017 all'interno della riforma della buona scuola Cfr per tutti N. CAPALDO, L. RONDADINI, *Nuovi scenari della scuola italiana. Dalla legge 107 ai decreti attuativi*, Trento, 2017.

37 Il ruolo del sistema nazionale di istruzione e formazione viene cristallizzato nel comma secondo dell'art. 1 del D.Lvo 60 del 2017, secondo cui suo compito è quello di «promuovere lo studio, la conoscenza storico-critica e la pratica delle arti, quali requisiti fondamentali del curricolo, nonché in riferimento alle competenze sociali e civiche, sviluppare le capacità analitiche, critiche e metodologiche relative alla conoscenza del patrimonio culturale nelle sue diverse dimensioni». Spingendosi ancora più oltre, il terzo comma attribuisce alle istituzioni scolastiche il compito di «sostenere la conoscenza storico-critica del patrimonio culturale e l'esperienza diretta delle sue espressioni, anche attraverso le collaborazioni delle istituzioni preposte alla sua tutela, gestione e valorizzazione».

38 Cfr il primo comma dell'art. 2 di d.lvo 60/17.

dignità. Del resto, è un dato ormai acquisito che le attività di valorizzazione del patrimonio culturale comprendano anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale quale precondizione per la fruizione degli stessi beni da parte della collettività[39].

E' indubbio allora che una interpretazione del complesso di norme che regolano l'attività di valorizzazione dei beni culturali che tenesse conto dell'intero quadro di riferimento avrebbe dovuto suggerire al legislatore dell'emergenza un approccio costituzionalmente orientato e prevedere quindi la possibilità che gli stessi potessero continuare ad essere fruiti, seppure con le limitazioni e le precauzioni che la pandemia imponeva, così come avvenuto per gli altri servizi pubblici essenziali ed in particolare per quelli relativi alla cultura e all'istruzione, come per l'appunto la scuola.

In questo modo quest'ultima – per altro – avrebbe potuto continuare a perseguire il suo ruolo nell'ambito dell'attività di valorizzazione del patrimonio culturale, secondo le indicazioni dell'ultima riforma, che rafforza l'idea che i musei, le biblioteche, i luoghi della cultura in generale debbano avere con le scuole – e viceversa – un rapporto privilegiato, nella consapevolezza che gli obiettivi che si prefiggono gli uni si realizzano compiutamente proprio quando sono messi al servizio anche di quelle istituzioni la cui prima finalità è formare le nuove generazioni e che la funzione delle istituzioni scolastiche può trovare il proprio naturale completamento proprio grazie alla fruizione da parte dei discenti di quei luoghi della cultura che sono la rappresentazione "plastica" di quel patrimonio culturale che le scuole devono insegnare ad amare[40]. E ciò, grazie anche a quel "Piano delle arti"[41] che trova nella stretta collaborazione tra scuole e "musei, siti, istituti e

39 P. MACI, Fruizione e valorizzazione, in AA.VV., Diritto dei beni culturali e del paesaggio, a cura di M.A. CABIDDU E N. GRASSO, Torino, p 133. Vedi anche G. REPETTO, Il diritto alla cultura: appunti per una ricostruzione, in Cos'è un diritto fondamentale? Atti del Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Cassino 10 e 11 giugno 2016, (a cura di) V. BALDINI, Napoli, 2017, p. 173; M. CARCIONE, Dal riconoscimento dei diritti culturali dell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale, in *Aedon,* 2/2013.

40 Sul piano programmatico e organizzativo questa sinergia si traduce nella elaborazione di un "sistema coordinato per la promozione dei «temi della creatività» nel sistema nazionale di istruzione e formazione" realizzato grazie alla collaborazione di enti ed istituzioni a livello centrale e locale, tra i quali il MIUR, l'INDIRE e il MiBACT e gli istituti che dipendono dallo stesso Ministero, finalizzato a realizzare un sistema coordinato per la promozione e il potenziamento della cultura umanistica e della conoscenza e della pratica delle arti (art. 4 co 1), a cui partecipano anche «altri soggetti pubblici e privati, in particolare quelli del terzo settore operanti in ambito artistico e musicale, specificatamente accreditati dal MIUR e dal MiBACT».

41 Il "Piano delle arti", previsto dall'art. 5 del D.lvo 60 del 2017, adottato con DPCM, su proposta del Ministro dell'istruzione, di concerto con il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore dello stesso, a cadenza triennale, prevede, tra le altre, misure finalizzate alla promozione della «partecipazione delle alunne e degli alunni e delle studentesse e degli studenti a percorsi di conoscenza del patrimonio culturale e ambientale dell'Italia (art. 5, comma 2 lett. e), il «potenziamento delle competenze pratiche e storico-critiche, relative alla musica, alle arti, al patrimonio culturale, al cinema, alle tecniche e ai media di produzione e di diffusione delle immagini e dei suoni» (lett. f) e il potenziamento delle conoscenze storiche, storico-artistiche, archeologiche, filosofiche e linguistico-letterarie relative alle civiltà e culture dell'antichità (lett. g). L'articolo successivo prevede anche la possibilità per le istituzioni scolastiche di costituire reti di scuole per lo svolgimento, tra le altre, di attività finalizzate all' «organizzazione di eventi, spazi creativi ed esposizioni per far conoscere le opere degli studenti, anche mediante apposite convenzioni con musei e altri istituti e luoghi della cultura» e il riferimento, contenuto nell'art. 9, alle scuole dell'infanzia e alla scuola primaria, in cui sono promosse «le attività dirette alla conoscenza e alla fruizione del patrimonio culturale (…) in primo luogo attraverso esperienze concrete di visita e conoscenza diretta del patrimonio culturale nazionale» (co 1) e nell'art. 10, che prevede il consolidamento dell'apprendimento della musica e delle arti «attraverso il potenziamento della pratica artistica e musicale, anche integrato dalla conoscenza storico-critica del patrimonio culturale, mediante esperienze concrete, in particolare di visita» (co 2).

luoghi della cultura"[42] una delle chiavi di lettura più suggestiva. Se ciò non è successo, se la scelta del decisore politico è andata in un'altra direzione, è segno, evidentemente, di una "sensibilità" che mal si concilia con la piattaforma normativa che è stata costruita nel corso di questi anni e che ne ridimensiona, nei fatti, la portata.

Una scelta, quella adottata durante la pandemia, che paradossalmente ha trovato proprio in alcune norme della Costituzione lo strumento in grado di garantirne la tenuta su tutto il territorio nazionale, comprese le regioni a statuto speciale. Anche in quest'ottica va letta la posizione della Regione Siciliana, unica tra le regioni che dispongono di autonomia speciale, che poteva avere la possibilità, in forza dell'art. 14 dello Statuto e dei decreti attuativi del 1975 (D.P.R. 635 e 637), di tenere aperti autonomamente musei e mostre sul territorio regionale, indipendentemente dalle decisioni del Governo di Roma. E ciò, nonostante il d.l. del 3 novembre del 2020 che ha disposto la chiusura dei luoghi di cultura (e quelli che ad esso sono seguiti) sia una norma gerarchicamente subordinata rispetto alle norme statutarie, che hanno rango costituzionale. E questo perché secondo l'art. 5 Cost. lo Stato ha sempre il potere di assicurare, su tutto il territorio nazionale, "esigenze unitarie", o "non frazionabili" in nome del principio di unità e indivisibilità della Repubblica. Esigenze che, in questo caso, sono state evidentemente rinvenute nella necessità di assicurare in egual modo a tutti i cittadini italiani, in questa particolare condizione di emergenza, la tutela della salute in ragione di quanto stabilito dall'art. 117 della Costituzione.

Una "non decisione" peraltro in linea con l'impostazione, fatta propria dalla Corte Costituzionale, secondo cui la scelta di consentire o meno l'esercizio di determinate attività piuttosto che altre e i limiti di detto svolgimento doveva essere sottratta alle Regioni – anche a quelle a Statuto speciale - in nome della esigenza di una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia, peraltro non preclusiva di diversificazioni regionali, nel quadro di una leale collaborazione, essendo rimessa alla potestà esclusiva dello Stato la normazione in materia di profilassi internazionale[43].

42 I compiti delineati ed esplicitati nel Piano Triennale delle Arti, per certi versi, amplificano il ruolo delle istituzioni scolastiche. Ciò è evidente quando attribuiscono loro il compito di «valorizzare il patrimonio culturale materiale e immateriale nelle sue diverse dimensioni, facilitandone la conoscenza, la comprensione e le fruizione da parte di tutti i tipi di pubblico» e di «valorizzare, attraverso una fruizione consapevole e guidata, per lo sviluppo di capacità analitiche e critiche, le risorse presenti a livello locale presso archivi, digitali e non, biblioteche, musei, università, istituti di ricerca, fondazioni, associazioni culturali, enti pubblici» ed è altrettanto manifesto quando indicano, tra le "azioni specifiche" con cui adottare le misure dallo stesso previste, la «progettazione di percorsi, esperienze, materiali indirizzati alla comprensione e alla fruizione consapevole del patrimonio culturale anche attraverso la realizzazione di mostre, concerti, performance» e la «costituzione di gruppi di fruizione e osservatori del patrimonio culturale attraverso il coinvolgimento diretto degli allievi e degli studenti e la collaborazione di musei, siti, istituti e luoghi della cultura, archivi, biblioteche, utilizzando, in particolare, le metodologie sviluppate nell'ambito delle discipline storiche e storico artistiche». Questo fa sì che, nella loro traduzione concreta, le indicazioni del legislatore siano per certi versi state superate "in eccesso" dalle previsioni del DPCM, laddove si prevede un ruolo diretto del sistema scolastico nazionale nella funzione di valorizzazione del patrimonio culturale italiano. E quella che nella intenzione del legislatore, doveva essere soltanto una azione di "supporto" del sistema scolastico alla funzione di valorizzazione del patrimonio culturale, istituzionalmente demandata ad altri soggetti, in questo modo sembra essere amplificata, con un coinvolgimento diretto delle scuole di ogni ordine e grado nella predetta funzione, che a ragione può ritenersi arricchita da nuovi attori.

43 Cfr l'ordinanza n. 4 del 2021 (Pres. Coraggio – Red. Barbera) resa a seguito dell'impugnazione in via principale da parte del Governo della legge n. 11 d 09/12/2020 della Valle d'Aosta - bocciata dalla Consulta - che aveva, tra l'altro, selezionato attività sociali ed economiche il cui svolgimento sarebbe potuto essere consentito, nel rispetto dei protocolli di sicurezza, anche in deroga a quanto stabilito dalla normativa statale recante misure di contrasto alla pandemia da COVID-1.

6. *Conclusioni.* Il lockdown della bellezza: una visione "strabica" e recessiva dello statuto costituzionale della cultura

Non vi è dubbio, quindi, che lo Stato abbia assunto un diverso atteggiamento nell'operare il bilanciamento tra tutela del diritto alla salute collettiva ed individuale e l'esigenza di assicurare il godimento di alcuni diritti costituzionalmente tutelati, tra cui quelli relativi ai servizi pubblici essenziali. Questo diverso approccio è tanto più evidente a proposito di due servizi pubblici essenziali come quello del diritto all'istruzione e quello alla fruizione dei "luoghi della cultura", che pone un problema rispetto alla legittimità di quelle norme che hanno regolamentato in maniera diversa due ambiti entrambi allo stesso modo "coperti" dalla previsione dell'art. 9 della Costituzione[44].

A giustificare questa diversità di approccio non basta la diversa sensibilità che di fatto investe sia la politica che la valutazione dei giudici amministrativi rispetto alla natura di "servizio pubblico essenziale". Ed è un deficit, a ben vedere, di cui risente evidentemente anche la concezione stessa dello Stato italiano come "Stato di Cultura", rispetto al quale si sconta una interpretazione secondo cui il Costituente ha inteso porre l'accento soprattutto sulla tutela del patrimonio culturale[45] rispetto alla valorizzazione e alla fruizione dello stesso che merita, come detto, di essere superata.

Del resto, è ormai piuttosto risalente l'approccio della Corte Costituzionale che leggeva nell'articolo 9 Cost. la consacrazione di un "valore estetico-culturale", mirante all'elevazione intellettuale della collettività per il tramite della tutela del paesaggio e dei beni culturali[46]. E tuttavia il tema della promozione e della valorizzazione del patrimonio culturale, rivalutato dopo la riforma del Titolo V del 2001, evidentemente non è stato considerato, nella sensibilità del decisore politico durante l'emergenza sanitaria, così rilevante da giustificare una tutela più ampia ed il riconoscimento complementare di un diritto alla fruizione dei beni culturali tale da imporre una maggiore attenzione rispetto alla pure doverosa tutela del diritto alla salute. Una visione strabica che tuttavia ha trovato terreno fertile in un *idem sentire*, per cui questo approccio non ha suscitato alcuna presa di posizione se non in ambienti piuttosto ristretti a differenza di quanto, per esempio, è accaduto, come accennato in precedenza, per le scuole.

E' proprio questo forse il paradosso più evidente nella gestione della pandemia nel nostro Paese: il luogo nel mondo che gode della presenza della maggior parte del patrimonio culturale del pianeta, considerato peraltro una significativa voce del prodotto interno lordo[47], e che è prima al mondo per influenza ed eredità culturale[48], ha sacrificato

44 Sull'articolo 9 Cost. e sulla sua genesi cfr: M. CECCHETTI, Art. 9, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

45 Così G. CAVAGGION, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Torino, 2018, 23

46 Cfr. Corte Cost, sent. 239 del 1982.

47 Secondo la ricerca "L'economia della Bellezza", elaborata dall'Ufficio Studi di Banca Ifis nell'ottobre del 2021, il sistema economico della bellezza italiano, ovvero il patrimonio storico, artistico e culturale, quello naturalistico e paesaggistico, i servizi ad essi collegati (come trasporti e ospitalità) e la produzione dei settori del Made in Italy design-driven, complessivamente, contribuisce al Pil italiano per il 17,2% (di cui il 6% deriva dalla fruizione del patrimonio culturale e paesaggistico) e comprende 341.000 imprese per un fatturato complessivo annuo di 682 miliardi di euro. Cfr www.agi.it/. Sull'argomento, in dottrina, vedi W. SANTAGATA, *La fabbrica della cultura. Ritrovare la creatività per aiutare lo sviluppo del paese*, Bologna, 2007; A. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale: risorsa o pregiudizio*?, in *Rivista Urbanistica e appalti*, n. 2/2008, pp. 137-141.

48 Cfr www.usnews.com/news/best-countries/italy, 2021.

acriticamente rispetto all'emergenza sanitaria proprio quel "diritto alla bellezza" che, secondo la più recente e autorevole dottrina[49], non è solo una dimensione antropologica fondamentale per la realizzazione dell'individuo e l'elemento caratterizzante dell'identità civile italiana oltre che «fattore essenziale di integrazione politica e sociale entro il paradigma della democrazia pluralista»[50] ma anche (e anche per questo) uno dei principi su cui si fonda il nostro ordinamento che, seguendo un filo rosso che muove dal diritto dovere della Repubblica di promuovere la cultura e tutelare il paesaggio e il patrimonio storico - artistico della Nazione, consacrato nell'art. 9 della Costituzione, risale per i rami della tutela della salute (art. 32), della libertà di arte, scienza ed insegnamento (art. 33) e del diritto all'istruzione (art. 34). Un (nuovo) diritto che si affaccia con forza nella costruzione dell'Uomo del terzo millennio e che sia in grado di raccoglierne le domande di identità, cultura e bellezza[51]. Ma che nel contempo dia un senso compiuto alla identità della nostra Repubblica e alla grande ricchezza che custodisce, perché anche per la bellezza possa realizzarsi quel rapporto biunivoco tra diritto a goderne e dovere ad assicurarne il godimento.

E perché, se l'emergenza sanitaria avrà un proseguo (ma anche a prescindere da questo), la Repubblica, nelle sue articolazioni, a cominciare dallo Stato, affronti il tema della fruizione del patrimonio culturale italiano non come qualcosa a cui rinunciare a priori e a prescindere, in ragione di un prevalente diritto alla Salute individuale e collettiva, ma in maniera critica, con la complessità di approccio che la materia richiede, ponendo attenzione alle modalità grazie alle quali continuare a godere della Bellezza che esso custodisce in piena sicurezza (e che pure erano state sperimentate e proposte durante la pandemia) e non considerando il loro sacrificio semplicemente un "male necessario".

7. *Ulteriori riflessioni "in limine".* **L'approccio "virtuale" con i musei e gli altri luoghi di cultura: le aperture dell'ordinamento, la "spinta" della pandemia, i limiti intrinseci di un rapporto che non può fare a meno del contatto "fisico" e "sensoriale".**

La chiusura dei musei e degli altri luoghi di cultura ha dato uno spazio ulteriore a nuove forme di valorizzazione e fruizione del patrimonio culturale che passano soprattutto attraverso l'uso delle nuove tecnologie e anche dei *social network*.

Merita un accenno questo nuovo approccio, che ha marcato durante la pandemia il tentativo di percorrere una strada alternativa a quella tradizionale. Anche perché si tratta di un percorso a cui l'ordinamento, per la verità, sta cercato da qualche anno di aprirsi. Si

49 M.A.CABIDDU, *Bellezza. Per un sistema nazionale*, Napoli, 2021.

50 Così F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 5/2016, p. 505

51 Cfr. sul punto l'articolata riflessione di 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 secondo cui il patrimonio culturale costituisce - in modo incontrovertibile – "la base identitaria del popolo cui appartiene il che va, per altro, a caricarsi, evidentemente, di un significato ulteriore se inserito, più propriamente, nel contesto di un moderno Stato costituzional-democratico, a base pluralista, come il nostro: in questa prospettiva tutelare il paesaggio ed il patrimonio storico e artistico della Nazione equivale anche a garantire e preservare il pluralismo e la stessa diversità culturale - ossia l'esistenza della nostra comunità politica nella sua identità pluralista - oltre che, ovviamente, contribuire ad assolvere al fondamentale ruolo di preservare intatta la testimonianza storica acquisita dal passato e, quindi, promuovere, in questo senso, lo sviluppo della cultura e della stessa ricerca scientifica per il futuro".

pensi per esempio alle indicazioni della decisione UE del 17 maggio 2017[52] - che contiene un forte richiamo alla necessità di un maggiore collegamento tra il patrimonio artistico e le nuove generazioni - e del conseguente decreto del Ministro dei Beni e delle Attività Culturali del 28 febbraio 2018. Quest'ultimo dispone che il programma di attività dell'Anno europeo del patrimonio culturale persegua tra gli obiettivi di "promuovere soluzioni che rendano il patrimonio culturale accessibile a tutti, anche a mezzo di strumenti digitali, attraverso l'eliminazione delle barriere sociali, culturali e fisiche, tenendo conto delle persone con particolari esigenze"[53]. In quest'ottica si pone anche il Piano triennale per la digitalizzazione e l'innovazione dei Musei[54], che ha fornito una spinta determinante nella digitalizzazione dei musei e dei luoghi di cultura. Pensato per rispondere soprattutto alle necessità dei nativi digitali[55] ma diretto anche alle generazioni più avanti con gli anni, che hanno rimodulato i propri processi cognitivi[56], il piano si prefigge tra gli altri l'obiettivo di «migliorare la capacità di tutti i musei aderenti al Sistema Museale Nazionale di gestire il patrimonio (…) stimolando nuovi percorsi di valorizzazione (creazione di modelli digitali in grado di rappresentare il bene, di facilitarne l'accesso e la distribuzione)»[57], attraverso «l 'uso di dati aperti, linkati e di qualità (che) renderà gradualmente più facile contribuire alla crescita ed allo sviluppo del ruolo dei musei nella società»[58] e mediante l'attivazione di «"nuove forme di accesso e fruizione dei dati relativi al patrimonio, mediate o abilitate da soluzioni tecnologiche», in modo da offrire «strumenti per affrontare il tema dell'accessibilità in un'ottica di sistema, in cui l'inclusione attiva ad ampio raggio viene promossa già nelle fasi di progettazione e la fruizione è parte integrante del processo di gestione del bene»[59].

La costruzione di questa piattaforma normativa ha consentito di costruire una vera e propria "rete di sicurezza" in occasione dell'imprevista ed imprevedibile emergenza sanitaria e quindi della conseguente chiusura dei musei e degli altri luoghi di cultura, determinando l'accelerazione di una nuova modalità di fruizione del patrimonio culturale attraverso la rete[60] nel nostro Paese.

I Musei e gli altri luoghi di cultura, infatti, anche grazie alla pandemia hanno rafforzato la loro presenza virtuale. Questo ha fatto emergere, tuttavia, che si evidenziassero anche i ritardi di un sistema che ha visto il nostro Paese, alle soglie della pandemia, attestarsi sotto la media degli altri Paesi europei[61] e registrasse esperienze, per lo più «poco strutturate e

52 Decisione (UE) 2017/864 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017 relativa a un Anno europeo del patrimonio culturale (2018), in GU dell'Unione Europea del 20.05.2017.
53 Art. 2, lett. d. Decreto del Ministro dei Beni e delle Attività Culturali del 28.02.2018.
54 Piano Triennale per la Digitalizzazione e l'innovazione dei Musei, in Musei.beniculturali.it, redatto da Antonio Lampis, direttore generale Musei del MiBACT.
55 Piano Triennale per la Digitalizzazione e l'innovazione dei Musei, cit., 6.
56 Ibidem.
57 Ivi, 8.
58 Ibidem
59 Ivi, 10.
60 G. GIARDINI, *Coronavirus, i musei italiani che resistono e vanno online. L'emergenza ha costretto alla chiusura fino al 3 aprile. Molti hanno messo in campo le loro proposte artistiche sui siti e sui social* in *ilsole24ore.com/art/la-resistenza-culturale-musei-italiani*
61 Sono solo il 10%, le strutture che dispongono di un catalogo scientifico digitale del proprio patrimonio, secondo il rilevamento ISTAT del 2018, che certifica come la digitalizzazione del patrimonio culturale sia stata avviata ma sia ancora incompleta. «Nonostante la progressiva diffusione e applicazione delle tecnologie digitali nel mondo museale – secondo il nostro Istituto di Statistica, in Italia solo un museo su dieci (10,4%) ha effettuato la catalogazione digitale del patrimonio posseduto. Di questi, circa un terzo (37,4%) ha già completato il processo di digitalizzazione, due terzi

all'insegna dell'improvvisazione»[62], a causa dell'assenza di programmazione e progettazione dei contenuti e di strumenti adeguati per veicolarli e alla pesante carenza di personale specializzato[63] anche se la comunicazione on line, secondo l'ISTAT, coinvolge un numero sempre più ampio di strutture[64].

Nello stesso tempo ha messo in luce anche, però, lo scarso interesse dell'utenza per un approccio solo virtuale rispetto al patrimonio culturale[65]; prova che quest'ultimo non può avere la pretesa di sostituire il rapporto diretto tra il fruitore e il bene culturale che è essenzialmente un rapporto fisico, sensoriale ed individuale: solo attraverso un rapporto fisico, diretto con i beni culturali il fruitore può trarne quei benefici per i quali gli stessi possono rivestire il ruolo che l'ordinamento, a cominciare dalla norma costituzionale, riconosce loro. In virtù di questo dato, che è soprattutto un dato fattuale e, per così dire "metagiuridico", non può che destare perplessità quella parte della dottrina che ritiene che "il concetto di fruizione dei beni culturali, così come positivizzato nel Codice del 2004, appare oggi - alla prova del lockdown - sostanzialmente in crisi" proprio alla luce delle nuove modalità di approccio con i beni culturali offerte dalle nuove tecnologie, che avrebbero determinato la perdita dell'"aura costituzionale" del concetto di fruizione dei beni culturali[66]. Da questo punto di vista, il rapporto che lega utenti e luoghi di cultura non è dissimile da quello che lega gli studenti alla scuola, essendo appunto anche la scuola soprattutto un «luogo fisico»[67] in cui la personalità del discente si forma e in cui vengono garantiti diritti ulteriori rispetto a quello all'apprendimento: un ambito in cui, in definitiva, si sublima il rapporto biunivoco tra diritti dei giovani e giovanissimi cittadini e

---

hanno avviato le attività di digitalizzazione ma hanno coperto circa il 50% dei beni e delle collezioni disponibili. L'utilizzo da parte dei musei italiani di tecnologie interattive e strumenti digitali che consentono di arricchire l'esperienza di visita e l'engagement del pubblico appare ancora limitato: solo la metà delle strutture censite (44,7%) mette a disposizione almeno un dispositivo tra smartphone, tablet, touch screen, supporti alla visita come sale video e/o multimediali, tecnologia QR Code e percorsi di realtà aumentata». Cfr. www.istat.it/it/files/2019/12/LItalia-dei-musei_2018.pdf, indagine al 23 dicembre 2019

62 S. MAZZA, I musei e la sfida della digitalizzazione, in ilgiornaledellarchitettura.com del /21.01.2021, consultato il 28.03.2021

63 Ibidem

64 Secondo l'ISTAT, se «la comunicazione e l'informazione on site presenta ampi margini di sviluppo, la comunicazione online coinvolge un numero sempre più ampio di strutture: la metà degli istituti ha infatti un sito web dedicato (51,1%) e il 53,4% un account sui più importanti social media (come *Facebook, Twitter, Instragram*, ecc.) (…) Il 38,4% degli istituti museali pubblica sul web link a mappe digitali e/o coordinate geografiche utili alla geo-localizzazione della struttura e un museo su dieci (9,9%) offre la possibilità di visitare virtualmente il proprio istituto». Cfr. www.istat.it/it/files/2019/12/LItalia-dei-musei_2018.pdf, indagine al 23 dicembre 2019

65 Dal 10 al 17 aprile 2020 soluzionimuseali-ims ha condotto un'inchiesta dal titolo *Ritorno al Museo analisi sull'attitudine al consumo culturale dopo il lockdown*. Dal campione intervistato si evince che: "la fruizione online dei contenuti museali non è così diffusa in questo periodo, nonostante quanto riportato da numerosi articoli che attestano la crescita della presenza nei social e nelle ricerche online." Il numero maggiore dichiara di aver fruito dei contenuti culturali durante il lockdown qualche volta o raramente. Colpisce anche il giudizio sulla qualità generale dell'offerta, ritenuto appena sufficiente. Cfr. sulla questione www.miriconosci.it/musei-virtuali-non-attraggono/, che ha pubblicato anche dei grafici che presentano un picco di visite virtuali dei musei italiani durante il mese di marzo, per poi presentare dati poco significativi nei mesi successivi.

66 Cosi A. CIERVO, *op. cit*, che ritiene che la massificazione dell'esperienza estetica, che secondo Walter Benjamin rischiava di far perdere per sempre l'esperienza estetica individuale e quindi il godimento della aura dell'opera d'arte - intendendo per *aura* quel singolare intreccio spazio-temporale che l'unicità dell'opera d'arte possedeva e che trasmetteva al suo spettatore, consentendogli di vivere un'esperienza singolare ed irripetibile - viene ulteriormente agevolata ricorrendo ai più avanzati strumenti tecnologici.

67 G. Laneve, In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia, in Osservatorio Costituzionale, Fasc. 3/2020, 414.

il dovere della Repubblica di garantire a ciascuno – all'interno delle istituzioni scolastiche - di "svolgere" la propria personalità, e quindi di poter crescere e formarsi oltre che – più riduttivamente – di istruirsi[68]. Per questo – si è detto - se la scuola assume le sembianze di "luogo virtuale" o addirittura di "non luogo"[69], non svolge appieno la sua funzione. E questo vale anche per i musei e gli istituti e i luoghi della cultura: quei "luoghi fisici" in cui l'animo umano riesce a godere appieno della bellezza che da essi trasfonde, quei luoghi della "cura dell'anima" oltre che la modalità privilegiata per poter apprendere la storia e l'arte del nostro Paese che se si trasformano in un "luogo virtuale", in un "non luogo" non possono adempiere in pieno alla loro funzione. E se la scuola ha trovato nella didattica a distanza prima e nella didattica digitale integrata poi, già a partire dai d.l. 9 del 2020[70] e 19 del 2020[71] e i DPCM ad essi riferibili[72], seppure in maniera diversa e con evidenti limiti, la strada per continuare a svolgere ugualmente la sua funzione e quindi ad adempiere al ruolo di servizio pubblico essenziale che l'ordinamento le attribuisce, una soluzione

68 Cfr. in questo senso P. Maci, Il cortocircuito del sistema istruzione tra emergenza sanitaria ed emergenza educativa, in Dirittifondamentali.it, n. 2/2021, 136 e segg.

69 Così A. Tarzia, Chiusura della scuola, allontanamento dalla Costituzione. Preoccupazione per il confinamento della comunità scolastica in un non luogo virtuale, in AA.VV., Il diritto di fronte all'emergenza. Un percorso interdisciplinare, a cura di S. Randazzo, R. Martino, V. Donativi, A. Panzarola, L. Laureti, Napoli, 2020.

70 Come è noto, il d.l. n. 9 del 2020 aveva previsto «nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus» – le primissime cosiddette "zone rosse" – la possibilità per «le autorità competenti» di adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», misure tra le quali erano state individuate anche la «sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza».

71 Il d.l. n. 19 del 2020 ribadisce con maggiore vigore e precisione le misure previste dal d.l. 9 del 2020, stavolta applicabili «su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso» che aveva previsto la possibilità di adottare «per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020, termine dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020», e con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del predetto virus, «secondo principi di adeguatezza e proporzionalità» provvedimenti che dispongano la «sospensione dei servizi educativi per l'infanzia (…) e delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado».

72 Tra i due decreti legge, che possiamo definire come le fondamenta nella costruzione dell'impianto normativo dell'emergenza, i noti DPCM che, a partire dal 6 marzo 2020 hanno dato l'indicazione tangibile dell'aggravarsi della epidemia e della sua contestuale estensione su tutto il territorio. Il primo, il DPCM del 25 febbraio 2020 (Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19), con il quale è stata prevista la possibilità di attivare la didattica a distanza in quelle scuole in cui l'attività didattica fosse stata sospesa per l'emergenza sanitaria; il successivo, il DPCM del 1 marzo 2020, che dispone «la chiusura dei servizi educativi per l'infanzia (…) e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché delle istituzioni di formazione superiore, comprese le Università e le Istituzioni di Alta Formazione Artistica Musicale e Coreutica, ferma la possibilità di svolgimento di attività formative a distanza in riferimento ad una serie di comuni compresi nella "zona rossa", fino alla data del 15 marzo 2020» e fino all'8 marzo 2020 per una vasta area dell'Italia centro settentrionale, comprendente le Regioni Emilia-Romagna, Lombardia, Veneto e le Province di Pesaro e Urbino e Savona, identificate ora come "zona rossa". Misura estesa, «considerati l'evolversi della situazione epidemiologica, il carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia e l'incremento dei casi sul territorio nazionale» appena 3 giorni dopo (DPCM del 4 marzo 2020), su tutto il territorio nazionale e fino al 15 marzo 2020. Il DPCM disponeva l'attivazione, per tutta la durata della sospensione delle attività didattiche nelle scuole, della modalità di didattica a distanza. Misure ribadite con il DPCM 8 marzo 2020 per i territori ricompresi nella regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso, Venezia, per le quali erano previste misure ancora più radicali per il contenimento della pandemia rispetto al resto del territorio nazionale, estese appena il giorno dopo, con il DPCM del 9 marzo 2020, ancora una volta a tutto il territorio nazionale.

analoga, per i musei e gli altri luoghi di cultura[73], non ha portato ai frutti sperati. Anche quando, in taluni casi, alcune istituzioni museali - soprattutto - hanno ritenuto, sulla base di scelte autonome, di ampliare l'offerta virtuale in particolare per le scuole[74], esplorando nuove modalità, anche attraverso l'uso della realtà aumentata[75] e dei social[76], per consolidare quel rapporto privilegiato tra il servizio scolastico e i luoghi di cultura che, come visto in precedenza, è stato uno degli obiettivi del legislatore a partire dal 2015.

73 Si pensi, per esempio, alla proposta del *Gran Virtual Tour*, reperibile sul sito istituzionale del Mibact, che offre una serie di musei e di siti culturali visitabili attraverso la rete, tra i quali i Parchi archeologici del Colosseo, di Pompei e di Ercolano, la Galleria degli Uffizi, il Museo di Capodimonte.

74 All'apertura dei musei e dei luoghi di cultura al mondo del digitale e della realtà aumentata si è affiancata in taluni casi una specifica offerta diretta alle scuole, finalizzata a supplire al rapporto tradizionale e consolidato delle realtà museali con il mondo della scuola che con la pandemia rischiava di venire meno. Rapporto che non concerne solo la "didattica museale", considerata anche un formidabile strumento con finalità di natura sociale ma, nell'ottica del nuovo orientamento del legislatore su richiamato, una modalità privilegiata nella formazione complessiva della personalità dello studente.

75 Si pensi, ma solo a titolo esemplificativo, alle proposte didattiche on line predisposte dalla Fondazione Museo Civico di Rovereto per scuole di ogni ordine e grado e le visite guidate online per le scuole organizzate a partire dal 26 gennaio 2021 promosse da Fondazione Aquileia e Regione Friuli Venezia Giulia, in collaborazione con il Comune di Aquileia, la direzione Regionale Musei FVG, il Museo archeologico nazionale di Aquileia, la Società per la Conservazione della Basilica di Aquileia, PromoTurismoFvg e la Soprintendenza FVG, che consentono di approfondire la conoscenza di una delle città più grandi dell'Impero Romano attraverso percorsi di realtà aumentata e realtà virtuale.

76 L'approccio al virtuale anche attraverso l'uso dei social, diffusi in particolare tra i giovani e i giovanissimi, si può registrare, a titolo esemplificativo, anche ad opera di eccellenze italiane come le Gallerie degli Uffizi, che oltre ad offrire alle scuole primarie e secondarie di primo grado in maniera gratuita lezioni a distanza sulla storia e le collezioni dei propri musei, sono registrate su tutti i social (*facebook, Instragram, Twitter, Tik Tok*) su cui propongono dirette *live* e *focus* tematici che completano, ovviamente, il materiale multimediale visionabile direttamente sul sito. Altra esperienza di eccellenza si registra nel parco archeologico di Paestum e Velia, che in occasione della pandemia ha proposto una nuova forma di gita scolastica "ibrida" grazie alla didattica a distanza, sperimentata per la prima volta su scala nazionale e accompagnata anche in questo caso con una vasta presenza sui principali canali social.

FOCUS

COMMISSIONE STRAORDINARIA PER IL CONTRASTO DEI FENOMENI DI INTOLLERANZA, RAZZISMO, ANTI-SEMITISMO E ISTIGAZIONE ALL'ODIO E ALLA VIOLENZA.

Audizione nell'ambito di un'indagine conoscitiva sulla natura, cause e sviluppi recenti del fenomeno dei discorsi d'odio, con particolare attenzione alle evoluzioni della normativa europea in materia. 28 ottobre 2021

Paolo Bianchi
Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Camerino

Ringrazio la Presidente e i componenti della Commissione per l'invito, che mi consente di illustrare alcuni aspetti – a mio parere – interessanti della dinamica tra soggetti privati e poteri pubblici nella regolazione della libertà di espressione in un ambito, quello del web, che negli ultimi tempi ha assunto un rilievo sempre crescente.

Non mi soffermerò sul tema centrale dei lavori della Commissione, quello della definizione e della regolazione, in particolare sotto il profilo sanzionatorio, dei discorsi d'odio. Temi questi, oggetto di approfondite considerazioni nelle audizioni svolte, e che sicuramente saranno ripresi in quelle future.

Mi concentrerò invece su profili, per così dire accessori, ma secondo me significativi, quelli attinenti ai rapporti tra le aziende che mettono a disposizione i servizi internet, i privati che su quelle piattaforme esprimono le loro idee e infine i poteri pubblici di regolazione di tali interazioni.

È noto che la nascita della rete, negli Stati Uniti, ha visto coincidere una stagione di eccezionale vivacità imprenditoriale, in un contesto che esalta l'innovazione e l'iniziativa individuale, con la concezione della libertà di parola quale valore intangibile, ammantato di sacralità. A tale proposito, vale la pena di ricordare che un secolo fa il giudice Holmes ebbe occasione di formulare un parallelismo tra libera circolazione delle idee e libertà del mercato[1] che, da allora, ha avuto uno straordinario successo nella dottrina e nella giurisprudenza statunitense[2].

La coniugazione tra libertà del mercato e libertà di espressione ha avuto forse il suo culmine nella sentenza *Reno v. American Civil Liberties Union*[3], in cui la Corte Suprema, all'unanimità, dichiarò illegittime le disposizioni della legge federale (il c.d. *Communication*

1 Una prima elaborazione risale alla *dissenting opinion* di Holmes in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919), ove il giudice parla di «free trade in ideas» nel quadro di «the competition of the market».

2 La formula «marketplace of ideas» compare nella *opinion* del giudice Douglas in *US v. Rumely*, 345 U.S. 41, 56 (1953). In seguito è stata richiamata praticamente in ogni decisione della Corte Suprema in materia di libertà di espressione, in particolare nella decisione fondamentale sul tema, *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

3 *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S.844 (1997)

Decency Act)[4] che limitavano l'accesso dei minori a contenuti pornografici online, istituendo la responsabilità dei gestori di servizi web per le eventuali violazioni[5].

La sentenza richiama espressamente la concezione holmesiana della libertà di espressione, che impone al legislatore di circoscrivere le limitazioni a tale diritto e al giudice un controllo rigoroso (*strict scrutiny*) sull'adeguatezza delle misure rispetto al fine perseguito.

La crescita del web ha potuto così, nella sua prima fase, giovarsi di una sorta di immunità, che si concretizzò sul piano ideologico nella rivendicazione dell'indipendenza rispetto al "mondo reale" [6] e sul piano giuridico nell'adozione di discipline regolatorie particolarmente blande se non perfino deresponsabilizzanti per i gestori delle piattaforme e dei servizi.

Indicative in tal senso sono le disposizioni del citato *Communication Decency Act*, tuttora in vigore, che stabilì per la prima volta nella legislazione statunitense le condizioni di esercizio dell'attività di provider e le relative limitazioni di responsabilità: «*No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider*»[7]. Le prime regolazioni delle comunicazioni via web introdussero il principio della irresponsabilità del *provider* per i contenuti, purché non ne fosse conosciuta l'illegalità, escludendo anche, in termini generali, l'obbligo di attivarsi per monitorare gli scambi all'interno delle piattaforme gestite. In tal senso vanno sia il del 1996, sia la direttiva CE del 2000 sul commercio elettronico, che ha escluso esservi un obbligo generale di sorveglianza per gli *internet services provider*, in particolare quando svolgono servizi di c.d. *mere conduit, caching e hosting*[8].

Si è in tal modo affermato un principio generale, la c.d. *net neutrality*, che si sostanzia nella separazione tra la funzione di gestore della piattaforma e le attività che su di essa si svolgono. Il primo è tenuto a consentire le seconde, non a monitorarle; una volta esclusi obblighi generali di monitoraggio, è esclusa anche la responsabilità legata ai contenuti. Il discrimine è nel ruolo passivo del gestore, che non produce autonomamente i contenuti pubblicati, né interviene a regolare il dibattito, limitandosi a un supporto tecnico[9].

La crescente diffusione delle comunicazioni via internet ha però rapidamente proposto la questione dei limiti della libertà di espressione - e delle modalità con cui farli rispettare - anche in quell'ambito. Come anticipato, qui ci occuperemo soltanto dell'evoluzione del concetto di (ir)responsabilità degli ISP e dei gestori di piattaforme, osservando che l'impostazione estremamente libertaria delle origini ha mostrato alcuni limiti ed è entrata in crisi in seguito a eventi drammatici, quali le ondate di attacchi terroristici susseguitesi a

4 È il nome con il quale è comunemente nota la sec. V del *Telecommunications Act of 1996* (Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 133).

5 Il Congresso rispose con una nuova legge, il *Child Online Protection Act* (COPA) del 1998, riformulando le limitazioni, ma la Corte Suprema rinnovò le sue censure in *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U.S. 564 (2002).

6 Cfr. La "dichiarazione di indipendenza di internet" di J.P. Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Elec. Frontier Found., 8 febbraio 1996, in https://www.eff.org/cyberspace-independence.

7 CDA, sec. 230, § c 1.

8 Direttiva sul commercio elettronico, 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, recepita con il D.Lgs. n. 70 del 2003, del quale, per le esclusioni di responsabilità indicate nel testo, v. gli artt. 12-15.

9 Cfr. in proposito P. Costanzo, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. Caretti (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Passigli Editore, Firenze, 2013, pp. 9 ss.

partire dal 2001, e sotto la pressione di ben organizzati gruppi di interessi, in particolare collegati alla produzione di contenuti audiovisivi[10].

Del resto, l'approccio europeo al tema dell'estensione e dei limiti della libertà di espressione è sempre stato attento a cogliere le necessità di bilanciare tale diritto fondamentale con altri, di pari rilievo, nella consapevolezza che la manipolazione del discorso pubblico può avere effetti concreti sia in termini di creazione e consolidamento delle discriminazioni, sia con riferimento all'alterazione dei processi democratici.

Rappresentativa di tale orientamento è l'importante sentenza *Delfi AS c. Estonia* del 2015[11], con la quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto inammissibile il ricorso del rappresentante di un portale web di informazione, condannato in patria per diffamazione a causa della diffusione di commenti offensivi e incitanti all'odio. La Corte ha escluso che vi fosse lesione della libertà di manifestazione del pensiero, considerato che il gestore del sito non aveva adottato misure per rimuovere i commenti offensivi, che – secondo la ricostruzione dei giudici di Strasburgo – mettono in pericolo i diritti dei destinatari. La libertà di espressione è così reinterpretata come diritto che può essere limitato alla luce dei conflitti di volta in volta emergenti con altri diritti parimenti garantiti dalla Convenzione europea.

L'Unione europea ha, negli stessi anni, adottato una strategia di responsabilizzazione dei gestori alla quale ha fatto seguito la parallela delimitazione degli spazi di libera espressione delle idee. Gli interventi dell'Unione, sia con direttive che per mezzo di strumenti di *soft law*, hanno interessato i settori ritenuti più a rischio, dal terrorismo[12] al contrasto all'*hate speech*[13], alla pedopornografia[14], alle misure restrittive in tema di tutela del diritto d'autore[15], al riordino dei servizi di media audiovisivi[16], ai numerosi interventi contro l'impiego di internet a scopo di truffa o per la vendita di prodotti contraffatti[17].

La Corte di giustizia dell'Unione ha assecondato la tendenza, riorientando la propria giurisprudenza nel giro di pochi anni.

Sul tema è importante la sentenza *Google Spain*[18], relativa alla possibilità di obbligare il gestore del motore di ricerca a rimuovere informazioni, a tutela della riservatezza degli individui. La decisione riconosce nei dati personali disponibili nella rete dei dati potenzialmente sensibili, rispetto ai quali, su istanza dell'interessato, sorge l'obbligo di rimozione, anche qualora fossero stati precedentemente resi pubblici, a condizione che non sussista un interesse generale alla loro conoscibilità. La Corte introduce un bilanciamento

10 In generale v. la ricostruzione offerta da O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Medialaws.eu*, 2018, n. 1, 48ss.

11 C. Edu, *G. C., Delfi AS c. Estonia* (64569/09), 16 giugno 2015.

12 V. la direttiva 2017/541/UE sulla lotta contro il terrorismo, che impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie volte ad assicurare la tempestiva rimozione dei contenuti online che incitano a commettere atti di terrorismo (art. 21).

13 Sul codice di condotta adottato in tale ambito v. *infra*, n. 23.

14 Cfr. l'art. 25 della direttiva 2011/93/UE.

15 Cfr. la direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

16 Direttiva 2010/13/UE sui servizi di media audiovisivi.

17 V. il protocollo d' d'intesa sulla vendita di merci contraffatte, http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/EN/3-2016-3724-EN-F1-1.PDF; il piano per il controllo sulla vendita online di specie animali protette: http://ec.europa.eu/environment/cites/pdf/WAP_EN_WEB.pdf.

18 Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 13 maggio 2014 in causa C 131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*.

fra l'interesse individuale alla protezione della *privacy*, quello di Google, di natura economica, e quello della collettività ad ottenere le informazioni richieste. Il primo prevale sempre, a meno che non sia superato dalle condizioni dell'interessato, che potrebbero diminuire il rilievo della sua pretesa alla riservatezza. Da ciò deriva l'obbligo, non di chi fornisce l'informazione («legittimamente pubblicata»), bensì di chi la raccoglie e indicizza, in quanto «responsabile del trattamento»[19].

Il passaggio dall'esclusione di responsabilità all'affermazione di un obbligo di controllo e di rimozione, riconosciuto per le informazioni pubblicate, viene esteso anche al *posting* o *reposting* di contenuti di terzi nella sentenza *Renckhoff* del 2018[20]. Mentre in una decisione di appena due anni precedente, *Sanoma*[21], la Corte aveva bilanciato tra la tutela del diritto d'autore e le finalità culturali perseguite nel mettere a disposizioni immagini protette da copyright, favorendo le seconde, in *Renckhoff* la conclusione – pur di fronte a questione analoga – è nel senso contrario: la libertà di espressione e le finalità educative perseguite nel divulgare il materiale sono recessive rispetto al diritto dell'autore ad un «adeguato compenso».

Tali premesse impongono di considerare ormai svuotato di contenuto il principio secondo il quale l'ISP sarebbe esonerato da un generale obbligo di monitoraggio, mentre questo potrebbe essere imposto solo per casi specifici: al contrario, ad istanza di parte i contenuti lesivi devono essere rimossi e della loro omessa rimozione il *provider* è ritenuto responsabile, salva la prova della mancata conoscenza[22].

Il modello, concepito nell'ambito della diffusione di contenuti protetti (da riservatezza o dal diritto d'autore), esteso all'ambito della circolazione delle informazioni (tramite l'intermediazione dei motori di ricerca) si rivela oggi funzionale ad un altro passo avanti nella restrizione degli spazi di libertà di espressione, trovando applicazione anche con riferimento alle comunicazioni e agli scambi tra utenti.

La leva impiegata, sul piano della normazione e su quello giurisprudenziale, è la responsabilità civile del *provider*, che ha il duplice effetto, sia di sollevare le autorità pubbliche, statali e dell'Unione, da gravosi compiti di controllo, sia di spostare la problematica, dall'impervio versante delle limitazioni della libertà d'espressione a quello più confortevole degli obblighi dei gestori di servizi che, allettati dalla prospettiva di minimizzare i costi potenziali, hanno ben presto assecondato la tendenza.

Lo strumento prescelto è previsto dall'art. 16 della direttiva 2000/31/CE, che incoraggia «l'elaborazione, da parte di associazioni o organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori, di codici di condotta a livello dell'Unione volti a contribuire all'efficace applicazione» della direttiva stessa.

19 La Corte estende inoltre l'obbligo al complesso delle attività del gestore, dato che riconosce la soggezione di Google al diritto dell'Unione.

20 CGUE, causa C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*.

21 CGUE, causa C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma*. In quell'occasione la Corte ritenne decisiva l'assenza di finalità di lucro di chi aveva consentito l'accesso alle immagini protette, fornendo una interpretazione restrittiva dell'art. 3, par. 1, della direttiva 2001/29/CE, che definisce le "comunicazioni al pubblico" soggette alle limitazioni derivanti dal diritto d'autore.

22 Del resto, già la sent. *L'Oreal* (CGUE, causa C 324/09) aveva affermato l'obbligo dell'ISP di impedire future violazioni identiche ad altre già sanzionate, implicitamente imponendo ad esso attività di controllo sistematiche e preventive.

In base a tale disposizione nel 2016 la Commissione e le principali aziende del settore hanno adottato un Codice di condotta in materia di incitamento all'odio online[23], nel quale queste ultime, «prendendo la guida nella lotta»[24], svolgono «un'opera di educazione e di sensibilizzazione sulle tipologie di contenuti non autorizzate»[25], predispongono *panel* di esperti e rappresentanti della società civile «e, se del caso, offrono sostegno e formazione ai partner delle organizzazioni della società civile per consentire loro di svolgere il ruolo di "relatore di fiducia" o equivalente»[26]. Lo scopo dichiarato consiste nel «rendere più rapida ed efficace la comunicazione fra le autorità degli Stati membri e le aziende informatiche, in particolare per quanto riguarda le segnalazioni, la disattivazione dell'accesso o la rimozione delle forme illegali di incitamento all'odio online»[27].

La successiva evoluzione è giunta con la sentenza *Glawischnig-Piesczek c. Facebook*[28], in cui la Corte di giustizia ha deciso la questione pregiudiziale, posta dall'Oberster Gerichtshof austriaco, se l'esclusione del generale obbligo di sorveglianza si applicasse al *provider* nell'eventualità che, oltre alla rimozione di contenuti illeciti, in seguito a decisione dell'autorità giudiziaria, potesse richiedersi al gestore di eliminare anche «altre informazioni identiche: *a.a.* a livello mondiale; *a.b.* nello Stato membro interessato; *a.c.* dell'utente interessato a livello mondiale; *a.d.* dell'utente interessato nello Stato membro interessato». Si chiedeva inoltre alla Corte, nel caso in cui avesse ritenuto esistere tale obbligo, se ciò valesse anche «per informazioni equivalenti» e «per informazioni equivalenti, non appena il gestore sia venuto a conoscenza di tale circostanza».

La Corte ha risposto in senso sostanzialmente affermativo a tutte le richieste, sia pure con alcune precisazioni e limitazioni. Il giudice di uno stato membro può ordinare all'ISP di rimuovere, oltre alle informazioni individuate come illecite, quelle «il cui contenuto sia identico», indipendentemente dall'identità dell'autore della memorizzazione sull'archivio. Analogo obbligo è stato riscontrato riguardo a messaggi «il cui contenuto sia sostanzialmente equivalente», purché contengano «gli elementi specificati nell'ingiunzione» e le differenze «non siano tali da costringere il prestatore di servizi di *hosting* ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto». Infine, la Corte ha disposto che l'obbligo di rimozione abbia portata mondiale, sia pure «nell'ambito del diritto internazionale pertinente»[29].

---

23 *Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online*, in https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=42861
V. in proposito K. Kaesling, *Privatising Law Enforcement in Social Networks: A Comparative Model Analysis*, in *ELR*, december 2018, No. 3, pp. 151ss, 155.

24 Così, testualmente, a pagina 2 del documento cit. *supra*, n. 23.

25 Ibidem.

26 Ivi, p. 3.

27 Ivi, p. 2.

28 CGUE, terza Sezione, sentenza del 3 ottobre 2019, C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, sulla quale sia consentito il rinvio a P. Bianchi, *Piesczek e l'Independent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Diritto costituzionale in trasformazione, I, Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale*, Genova, 2020, 197ss. V inoltre M. Monti, *Di Facebook e del diritto UE: «Polizeirecht» o privatizzazione della censura? Geoblocking o imposizioni globalizzanti?*, in www.medialaws.eu; O. Pollicino, *L' "autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, n. 19/2019, spec. pp. 8 ss.

29 Non è chiara la portata di tale elemento della decisione. Nella quasi contemporanea sentenza *Google v. CNIL*(C-507/17), con riferimento all'obbligo di deindicizzare specifici contenuti, la Corte ha infatti riconosciuto che «allo stato attuale, non sussiste, per il gestore di un motore di ricerca che accoglie una richiesta di deindicizzazione presentata dall'interessato, eventualmente, a seguito di un'ingiunzione di un'autorità di controllo o di un'autorità giudiziaria di uno

È evidente che, in primo luogo, la Corte ha esteso i meccanismi individuati nell'ambito della diffusione di contenuti protetti dal diritto d'autore al contesto delle comunicazioni sui *social network*, compiendo un'operazione ardita: da un lato vi sono "oggetti" ben definiti e individuati di cui si agevola la diffusione, dall'altro messaggi prodotti nel corso di interazioni tra individui. Non vi è la riproduzione di un unico "oggetto", ma la circolazione, anche mediante riproduzione, di un messaggio. Persino la mera condivisione può avere significati non immediatamente (tanto meno, automaticamente) decifrabili. Si può riprodurre il testo per aprire un dibattito, o per contestare il messaggio originario. Anche qualora lo si riproduca approvandolo, siamo di fronte ad un atto distinto, posto in essere da un soggetto diverso.

Inoltre, si introduce la nozione di messaggio "equivalente" o "sostanzialmente equivalente", che non significa identico e richiede un'attività valutativa del *provider* ai fini della rimozione[30]. La vaghezza dell'aggettivo «equivalente» impone un'attività interpretativa che gli ISP, sottoposti a pressioni suscettibili di quantificazione in sede risarcitoria[31], volgeranno inevitabilmente in senso quanto più restrittivo possibile, risolvendo in via autonoma e sommaria il bilanciamento tra tutela del soggetto offeso e libertà di espressione.

L'approccio seguito in *Piesczek* pare essere alla base della proposta di regolamento sui servizi digitali avanzata dalla Commissione europea, il c.d. *Digital Services Act*[32], che nelle premesse afferma di voler lasciare inalterata la giurisprudenza in materia, proponendone la razionalizzazione[33]. L'iniziativa della Commissione è dichiaratamente intesa a coinvolgere i gestori nel rilevamento, controllo e sanzione delle condotte a vario titolo lesive poste in essere sulle piattaforme, mediante l'adozione di un meccanismo che, inaugurato dal DMCA statunitense[34] e ripreso dalla direttiva dell'Unione in materia di

---

Stato membro, un obbligo, derivante dal diritto dell'Unione, di effettuare tale deindicizzazione su tutte le versioni del suo motore». Appena due mesi dopo, la stessa Corte non ritiene che i limiti di efficacia della decisione riconosciuti in *Google v. CNIL* si applichino al caso in questione.

Di difficile decifrazione è anche il riferimento al «diritto internazionale pertinente», riguardo al quale non viene fornita alcuna indicazione.

Sui rapporti tra giurisdizioni statali e dimensione globale delle comunicazioni social v. J. Daskal, *Speech across Borders*, 105 *Virginia L. Rev*. 1605 (2019).

30 La Corte sembra presupporre che il ruolo passivo del provider possa essere mantenuto attraverso l'impiego di software in grado di filtrare automaticamente i testi alla ricerca degli «elementi specificati nell'ingiunzione». Risulta però difficilmente ipotizzabile, allo stato attuale della tecnologia disponibile, che strumenti del genere possano evitare clamorosi errori, vuoi per omissione, vuoi per eccessivo rigore.

D'altronde, in passato la Corte di Giustizia si è espressa contro sistemi di filtraggio automatici nei casi *Scarlet Extended* (C 70/10) e *Netlog / Sabam* (C 360/10). Prova a risolvere la contraddizione O. Pollicino, *L' "autunno caldo"*, cit. pp. 5 ss.

31 V. in proposito L. Bugiolacchi, *I presupposti dell'obbligo di rimozione dei contenuti da parte dell'hosting provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Resp. civ. prev*., 2017, 2, 536; E. Tosi, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider - passivi e attivi - tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2017, 1, 56; G. D'Alfonso, *La procedura di «notice and take down» e la responsabilità civile dell'hosting provider. Prospettive comparative e riflessioni critiche per un intervento armonizzante di hard law*, in *Ann. Fac. Giur. Camerino*, 2020, n. 9, 1ss.

32 Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE.

33 A pag. 4 della proposta si cita *Piesczek* come termine di riferimento.

34 *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) 1998, Pub. L. 105-304.

diritto d'autore[35], è stato recentemente perfezionato nella legge tedesca sulla responsabilità degli ISP (c.d. NetzDG)[36].

Non è questa la sede idonea per un esame approfondito della proposta. Mi limito a rilevare che, da un lato si conferma l'esenzione di responsabilità per i gestori "passivi", dall'altro si prevede, sulla scorta delle disposizioni in tema di *copyright*, l'obbligo per il gestore di rimozione dei contenuti in seguito a provvedimenti delle autorità statali, previa notifica all'autore (art. 14). È prevista la possibilità di un contraddittorio informale tra gestore e autore dei contenuti (art. 17), così come l'attivazione di procedure extragiudiziali (art. 18). Si introduce un criterio di conformità delle grandi piattaforme ai requisiti fissati dalla direttiva (art. 32), prevedendo l'obbligo di monitoraggio del rispetto di tali requisiti e la facoltà di accesso delle autorità statali ai dati delle strutture di gestione (art. 31).

In sintesi, possiamo dire che il DSA mira a rafforzare il coinvolgimento dei gestori nel controllo delle attività, favorendo processi di autoregolazione già in atto, che nelle intenzioni della Commissione saranno bilanciati dalla responsabilità per l'omessa vigilanza e l'omessa rimozione dei contenuti illeciti.

I punti critici sono però molti, a partire dalla mancata definizione della nozione di "contenuto illecito", per la quale si rinvia alle disposizioni degli stati membri, a loro volta articolate e complesse in ragione della difformità delle condotte regolate e dei molteplici profili di illiceità riscontrabili.

Ciò prelude a una stagione in cui le soluzioni legislative statali dovranno confrontarsi con una normativa eurounitaria che stimola l'armonizzazione – se non l'uniformità – mentre afferma di voler rispettare la diversità. Questo aspetto ci riporta a un tema ricorrente nelle discussioni in materia, che possiamo sintetizzare nella difficoltà di risolvere le tensioni tra l'aspirazione a una *global governance* delle attività sulla rete e le diverse, talvolta contrapposte, valutazioni dei legislatori statali in relazione a specifiche condotte[37].

Qualche perplessità suscita anche l'angolo prospettico dal quale parte la proposta regolatoria, dato che la Commissione fonda la propria competenza sulle attribuzioni eurounitarie in materia commerciale, con la conseguenza che – nella proposta – i diritti individuali vengono tutelati di riflesso, e nella misura in cui si disciplina l'attività economicamente rilevante.

L'elemento a mio avviso più preoccupante, per gli sviluppi che consente, è però l'apertura alla regolazione per così dire "interna" della comunicazione: il gestore, del quale la neutralità è postulata, diviene il primo controllore dei contenuti. È fatto salvo, come già osservato, il rispetto del quadro normativo degli stati membri, e dunque delle tutele giurisdizionali, ma rispetto al sistema di garanzie "classiche" il gestore potrà far valere la

35 Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

36 Il *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG) è in vigore dal 1°ottobre 2017. Sulla legge tedesca v. G. Spindler, *Internet Intermediary Liability Reloaded: The New German Act on Responsibility of Social Networks and Its (In-) Compatibility with European Law*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 8, no. 2, 2017, pp. 166ss.; J. Rinceanu, *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social network*, in *Sistema Penale*, 11 marzo 2021; P. Zurth, *The German NetzDG as Role Model or Cautionary Tale? Implications for the Debate on Social Media Liability*, 31 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 1084 (2021).

37 Sull'argomento si rinvia a M. Aronczyk, S. Budnitsky, *Nation Branding and Internet Governance: Framing Debates over Freedom and Sovereignty*, in *The Net and the Nation State. Multidisciplinary Perspectives on Internet Governance*, edited by U. Kohl, Cambridge Un. Press, Cambridge, 2017, pp. 90 ss.

propria rapidità e l'informalità, requisiti che gli utenti delle piattaforme digitali naturalmente apprezzano molto.

La questione è tutt'altro che inedita, poiché da decenni in dottrina sono stati espressi timori riguardo alla trasformazione dei gestori in guardiani della rete e al rischio che essi siano chiamati a svolgere funzioni di "censura collaterale"[38].

A questo proposito la recente iniziativa assunta da Facebook – nel frattempo rinominata Meta – sembra anticipare la tendenza riscontrata nel DSA.

Dal dicembre 2020 è infatti attiva una struttura, denominata *Independent Oversight Board*, composta da 40 membri, con mandato triennale, selezionati dall'azienda ma pagati da un *trust* istituito appositamente[39]. I componenti dell'organismo sono scelti tra esperti di internet, comunicazioni social, diritti fondamentali nei diversi ordinamenti; del *Board* fanno parte un ex primo ministro e un premio Nobel per la pace. Alla struttura si affiancano esperti di ciascuna delle lingue nelle quali avvengono le comunicazioni[40].

L'*OB* ha compiti di esame dei ricorsi contro i provvedimenti sanzionatori, oltre che di interpretazione dei regolamenti aziendali, secondo quanto sancisce la *Chart* istitutiva[41], modellata esplicitamente sui caratteri degli organi giurisdizionali.

Il nuovo organismo, nelle intenzioni e nelle dichiarazioni dei fondatori, si propone come autorevole strumento di garanzia della corretta regolazione dei conflitti che sorgono intorno ai contenuti diffusi sulla piattaforma. Al di là delle enunciazioni di principio, il profilo dell'indipendenza è estremamente critico, posto che l'OB è diretta emanazione di uno dei principali gestori a livello globale delle piattaforme, dunque di uno dei principali destinatari dell'attività regolatoria. Oggi lo stesso soggetto si pone alla guida dei processi di trasformazione delle comunicazioni e di integrazione sovranazionale del quadro normativo, anticipandoli e accompagnandoli nelle direzioni preferite.

È infatti chiaramente enunciata l'intenzione di produrre, attraverso l'opera dell'OB, un *corpus* (para)normativo destinato ad imporsi nel confronto con gli ordinamenti statali e sovranazionali.

Le procedure interne di controllo sono infatti modellate come una sorta di giurisdizione parallela, coerentemente con la scelta, che pare affermarsi anche nella produzione normativa tedesca e nella proposta di DSA, di favorire la coesistenza di ambiti regolatori di matrice privatistica affiancati a quelli pubblici[42]. Su questo versante si apre la strada alla concorrenza tra le strutture pubbliche di controllo, caratterizzate da complesse procedure e raffinati meccanismi di garanzia, e gli strumenti di (auto)disciplina privata, che come

38 Per M.I. Meyerson, *Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the "Speaker" Within the New Media*, 71 *Notre Dame L. Rev*. 79, 118 (1995), la censura collaterale è «the silencing by a private party of the communication of others». Analogamente, seppur con formula diversa, S.F. KREIMER, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*, 155 *U. Pa. L. Rev*. 11, 11, 16 (2006). Una rilettura complessiva è offerta da J.M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, 127 *Harvard L. Rev*. 2296 (2014).

39 I §§ 1.3.1 e 1.3.2 delle OB Bylaws, che possono leggersi all'indirizzo https://oversightboard.com/sr/governance/bylaws, prevedono espressamente che FB provveda a finanziare il trust dal quale dipende la struttura per almeno sei anni.

40 Per le prime ricostruzioni e valutazioni sulla struttura e del suo funzionamento v. E. Douek, *Facebook's "Oversight Board": Move Fast with Stable Infrastructure and Humility*, in 21 *North Car. Journ. Law & Techn.* 1 (2019); K. Klonick, *The Facebook Oversight Board:Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in 129 *Yale L. Journ*. 2232 (2020).

41 https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2019/09/oversight_board_charter.pdf

42 Cfr. H. Bloch-Wehba, *Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State*, 27 *SMU L. Rev.* 72 (2019).

abbiamo detto si basano sull'informalità (e gratuità) delle procedure oltre che sulla rapidità delle decisioni[43], per l'esecuzione delle quali l'azienda si è naturalmente impegnata da subito[44].

È pur vero che l'atto istitutivo dell'OB esclude di volersi porre in alternativa o in conflitto con le norme statali (peraltro sdegnosamente chiamate «*local law*»)[45], ma il confronto, se non il conflitto, è inevitabilmente correlato allo sviluppo, già in atto, di una "giurisprudenza Facebook" con la quale i giudici statali e dell'Unione dovranno fare i conti.

Come anticipato, l'OB pretende di svolgere funzioni giurisdizionali, come risulta già dalla lettura delle norme che ne regolano l'attività (le *OB Bylaws*), ove si fa riferimento a concetti quali «*neutral, independent judgment*», «*case selection*», «*precedential impact*», «*decision*», «*concurring or dissenting viewpoints*».

I primi casi affrontati confermano tale impressione: l'OB seleziona i casi più significativi, il procedimento si svolge in contraddittorio, le parti deducono e argomentano le proprie posizioni, la decisione è strutturata sul modello delle sentenze delle corti supreme di *common law*, con una ricostruzione dei fatti di causa, a partire dal provvedimento (di FB) impugnato, la sintesi delle deduzioni delle parti, l'ampia articolazione delle motivazioni ed infine il dispositivo. Sono possibili opinioni dissenzienti e concorrenti. Pur essendovi, ad oggi, solo 18 decisioni, nelle ultime si fa riferimento ai precedenti, indicando chiaramente l'intento di sviluppare una propria giurisprudenza.

Ancora più significativa è la circostanza, senz'altro non casuale, che le pronunce si basino soltanto sulle norme interne di FB, omettendo scrupolosamente qualsiasi riferimento a disposizioni statali, trattati internazionali e sentenze[46].

Mi pare che l'insieme degli indicatori appena elencati autorizzi a ritenere che la prospettiva, indicata e sostenuta dai principali operatori del settore, sia quella che vede gli stessi nella duplice veste di erogatori dei servizi di rete e di garanti del rispetto di *standard* della comunicazione. Si profila dunque un coinvolgimento di tali imprese nella delicatissima funzione di garanzia di diritti fondamentali, destinato a sfociare inevitabilmente nel "dialogo" tra gli organi giurisdizionali in senso stretto e quelli di matrice privatistica.

In questa fase pare rovesciarsi in un paradosso l'auspicio dei pionieri del web, che rivendicavano l'alterità e l'indipendenza del mondo virtuale rispetto a quello materiale: essi immaginavano una rete di cittadini del mondo, destinata a darsi regole proprie,

43 Il termine stabilito dalle norme interne è di 90 giorni dal deposito del ricorso (via mail) alla pronuncia dell'OB (che tiene le sue "udienze" da remoto).

44 Sulle prospettive di un web interamente in mano alle grandi aziende di settore v. G.L. Conti, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Riv. AIC*, 2018, n. 4 e M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. It. Inf. Dir*., 2019, n. 1, pp. 35ss.

45 L'art. 7 della Chart recita «Nothing in this charter or other governing documents shall be interpreted in a manner that would result in a violation of law by Facebook, the trust, the board or any other associated entity. The board will not purport to enforce local law».

46 Per le prime analisi della nascente giurisprudenza dell'OB v. A. Gerosa, *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra Independent Oversight Board e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione n. 2021-001-FB-FBR*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2021, 421ss.; K. Kelemen, *The Facebook Oversight Board: Some Thoughts on Transparency*, in *Diritti comparati*, Maggio 2021; O. Pollicino, G. De Gregorio, *The First Decisions of the Facebook Oversight Board*, in *Verfassungsblog.de*, 2021; G. Cerrina Feroni, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, all'indirizzo https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545.

universali e sganciate da quelle degli stati. L'autonomia del web pare destinata a realizzarsi, non in chiave egualitaria e individualistica, bensì attraverso l'appropriazione e l'autonomia normativa delle grandi imprese.

Una torsione analoga ha subito anche la preoccupazione per la censura collaterale: a lungo immaginata attraverso le lenti dell'incubo orwelliano di una sorveglianza totale ideologicamente orientata, pare oggi destinata a realizzarsi attraverso il più modesto profilo di una selezione dei contenuti in base alla loro appetibilità commerciale e al rischio di azioni risarcitorie a danno dei gestori.

Dobbiamo a questo punto chiederci se sia opportuno e possibile contrastare la tendenza appena descritta.

A mio parere si tratta di una prospettiva altamente criticabile, per gli effetti che è destinata a produrre nella stessa ridefinizione dei contenuti dei diritti fondamentali coinvolti, oltre che per l'evidente conflitto di interessi sul quale si fondano i meccanismi di coinvolgimento dei gestori.

È possibile arginare la privatizzazione dei controlli in rete? Ho più volte ricordato che la Commissione, come il legislatore tedesco, sembra orientato a favorirla. Quindi il primo problema è l'indirizzo politico complessivo, che vede negli sviluppi attuali delle opportunità anziché delle minacce.

Sul piano delle soluzioni praticabili, mi sento di condividere l'ipotesi, già a suo tempo formulata da autorevole dottrina[47], di investire autorità indipendenti, di nuova istituzione o già esistenti – penso ad es. al Garante per la *privacy* – della funzione di controllo e sanzione che oggi si vuole assegnare agli organismi interni.

Si tratterebbe di una funzione da attribuire ad una sezione specializzata dell'*authority*, composta da soggetti altamente qualificati, in posizione di indipendenza, garantita però dallo stato anziché dal gestore. Tale soggetto potrebbe svolgere un'attività di decisione su ricorso degli interessati, pronunciando con celerità e fatta salva la possibilità di adire le ordinarie vie di tutela giurisdizionale.

Sono d'altronde consapevole che una risposta di tal genere, se limitata ad un ordinamento statale, risulterebbe in ogni caso marginale rispetto alla dimensione globale del fenomeno con il quale dovrebbe confrontarsi. Sarebbe auspicabile che un organismo concepito in tal modo svolgesse la propria attività quanto meno su scala continentale. L'approvazione del DSA potrebbe costituire l'occasione per valutare la possibilità di ottenere, attraverso l'istituzione di un'autorità europea di controllo in materia, risultati tangibili in direzione di una maggiore integrazione del quadro dei diritti.

47 G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *medialaws.eu*, 2018, n. 1, spec. 25ss.

IL 2021 E' STATO L'ANNO DELLA "GIUSTIZIA CLIMATICA"?

Marco Magri

ABSTRACT. Il 2021 si conclude lasciandosi alle spalle una scia di nuove pronunce "storiche" nella lotta al cambiamento climatico, soprattutto nell'ambito europeo (casi significativi in Olanda, Germania, Francia); alle quali si aggiunge la crescita esponenziale di nuovi contenziosi, tra cui quello italiano rinominato "Giudizio universale" o "Causa del secolo", pendente dinanzi al Tribunale civile di Roma. E' stato però anche l'anno del nuovo Regolamento 2021/1119/UE, che, con riferimento all'Agenda 2030 ONU e al *Green Deal* europeo, fissa le percentuali di abbattimento delle emissioni di gas a effetto serra in vista del conseguimento della neutralità climatica nell'Unione, previsto per il 2050. L'articolo, in accordo con una parte minoritaria della dottrina (M. Meli, K. Bouwer), tende a sottolineare che, anche in considerazione del nuovo Regolamento e degli altri atti-fonte che si preannunciano, il fenomeno noto come "giustizia climatica" rischia di convertirsi in un'esperienza tutt'altro che univoca e, per certi aspetti, tutt'altro che democratica.

ABSTRACT [EN]. *The year 2021 ends with a set of new "landmark cases" in climate change litigation, especially in Europe (prominent judgements have been issued in Holland, Germany, France). In addition, an exponential growth of new disputes has taken place, including the Italian "Giudizio universale" or "Case of the century", pending before the Civil Court of Rome. However, it was also the year of the new Regulation 2021/1119/EU, which, with reference to the UN 2030 Agenda and the European Green Deal, has set out the reduction targets of greenhouse gas emissions to achieve climate neutrality in the Union by 2050. The article, in agreement with a minority doctrine (M. Meli, K. Bouwer), aims to underline that, also in consideration of the new Regulation and given the legislative initiatives announced by EU Commission, the phenomenon known as "climate justice" risks to become an experience that is anything but univocal and, in some aspects, anything but democratic.*

SOMMARIO. **1.** Il carattere "proliferativo" della giustizia climatica. – **2.** L'impennata del contenzioso nel periodo 2015-2021. – **3.** La "Causa del secolo" promossa in Italia. – **4.** Su alcune ambiguità della giustizia climatica: legittimazione ad agire come risultato della collettivizzazione degli interessi diffusi e presunta normatività della scienza. – **5.** Davvero sono i giudici, non i governi, a "fare qualcosa" per il pianeta? – **6.** Due esempi, meno noti, di un diverso approccio giudiziario al problema del clima. – **7.** Conclusioni: un vecchio caso di «insensibilità a ogni prospettiva comunitaria».

1. Il carattere "proliferativo" della giustizia climatica.

I sei anni che ci separano dall'Accordo di Parigi[1] sono stati caratterizzati da un intensificarsi del timore che l'umanità non riesca a sopravvivere alla catastrofe legata al surriscaldamento globale. Scetticismo, pessimismo, attivismo non governativo e stereotipi anticapitalistici hanno fatto sempre più regolarmente da contrappunto al susseguirsi di prognosi scientifiche infauste sul futuro del pianeta[2]. Il destino di ogni appuntamento diplomatico, come le Conferenze Operative delle Parti (COP) previste dalla Convenzione quadro di Rio de Janeiro sui cambiamenti climatici (1992), appare di conseguenza fatalmente segnato, agli occhi di una certa opinione pubblica, dal fatto stesso di essere opera degli Stati e di non poter dar luogo a nulla, se non all'ennesima, goffa e scontata messinscena.

Il 2021 volge al termine nell'orizzonte delineato dall'ultimo report dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC)[3], il quale dimostra, una volta di più, che per evitare gli scenari peggiori del riscaldamento globale bisogna fare in fretta, che serve un'azione convinta, che non c'è più tempo per aspettare. Ma la questione di fondo sta diventando anche un'altra: questo "tempo" è ancora il tempo dei governi e delle loro scelte? O i governi hanno già avuto la loro occasione e vanno considerati, insieme alla grande produzione industriale, responsabili dell'avvenuta alterazione del clima? Il fatto che lo Stato assuma iniziative poco "ambiziose" di contrasto al surriscaldamento globale, lede un "diritto"?

Sulla risposta affermativa a quest'ultima domanda si radica il nuovo interesse dell'ambientalismo militante ad assumere una posizione più netta contro le istituzioni, accusandole di un comportamento poco "ambizioso" che, stando all'ipotesi, violerebbe diritti umani fondamentali e sarebbe pertanto fonte di "responsabilità". La pressione lobbistica sul giudiziario si conferma quindi pratica dominante nella lotta dei movimenti sociali per la tutela dell'ambiente.

Nel contenzioso climatico vi è tuttavia una particolarità rispetto alle posizioni ambientaliste tradizionali. E' l'idea, debitamente argomentata in dottrina[4], che le modificazioni del clima costituiscano un «fatto distruttivo»[5] di portata eccezionale, tanto

1Adottato nell'ambito della XXI^ Conferenza Operativa delle Parti (COP) della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, tenutasi a Parigi dal 30 novembre 12 dicembre 2015. L'Accordo, sottoscritto il 12 dicembre 2015, è stato approvato dal Consiglio dell'Unione europea con decisione (UE) n. 2016/1841 del 5 ottobre 2016 (in G.U. U.E. L 282 del 19 ottobre 2016 ed è entrato in vigore il 4 novembre 2016.

2 Sulle diverse prospettive che si aprivano successivamente alla COP 21 del 2015, S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 81 ss. Più in generale, sull'Accordo, T. SCOVAZZI, *Il Trattato sul clima*, in *Il libro dell'anno 2017*, Treccani (online); M. MONTINI, *Riflessioni critiche sull'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici,* in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 719 ss.; F. SCALIA, *L'Accordo di Parigi e i «paradossi» delle politiche dell'Europa su clima ed energia*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente* (online), 12 dicembre 2016, p. 1 ss.

3 Intergovernmental Panel on Climate Change, Sesto Rapporto di Valutazione, Le Basi Fisico Scientifiche, contributo del Working Group I (V. MASSON-DELMOTTE, P. ZHAI, A. PIRANI, S.L. CONNORS, C. PÉAN, S. BERGER, N. CAUD, Y. CHEN, L. GOLDFARB, M.I. GOMIS, M. HUANG, K. LEITZELL, E. LONNOY, J.B.R. MATTHEWS, T.K. MAYCOCK, T. WATERFIELD, O. YELEKÇI, R. YU, and B. ZHOU (eds.), Cambridge University Press, 2021.

4 M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in *DPCE* online, 6 giugno 2020, p. 1345 ss.

5 M.S. GIANNINI, *Diritto dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1125.

evidente e talmente grave da indurre un profondo cambiamento nei rapporti tra lo Stato e gli interessi pubblici ai quali corrisponde l'azione di contrasto alle emissioni climalteranti.

G. Rossi ha ricordato, in un suo volume sul diritto dell'ambiente, gli articoli nei quali M.S. Giannini scriveva che «quella di "ambiente" non è una nozione giuridica, ma soltanto la somma di una pluralità di profili giuridicamente rilevanti»[6]. La questione ecologica era già di dominio pubblico, ma Giannini era costretto a desumere la frammentarietà della nozione di ambiente dalla mancanza di normative unificate e di organizzazioni di settore, tali da far propendere per un concetto unitario[7]. Quest'ultimo si sarebbe affermato soltanto successivamente, con l'entrata in vigore della legge istitutiva del Ministero dell'ambiente (n. 349 del 1986) e con le principali sentenze interpretative della Corte costituzionale sull'ambiente come "bene giuridico immateriale unitario"[8].

Rossi prosegue rammentando altresì, rispetto alla posizione di Giannini – posizione che Rossi definisce (e io credo che abbia ragione) «corretta da un punto di vista metodologico» – «il dissenso delle correnti che si possono definire "più ambientaliste", le quali, volendo sostenere l'importanza delle problematiche ambientali, avevano bisogno di configurare l'ambiente come avente una certa misurabile oggettività, e non già come una nozione che esaurisse la propria rilevanza nell'indicare profili attinenti ad ambiti materiali eterogenei. Di qui la formulazione di tesi opposte ad opera di alcuni giuristi, per lo più specializzati nella materia, che hanno cercato di desumere l'unitarietà giuridica dell'ambiente dall'esistenza di uno specifico diritto soggettivo»[9].

Lo stesso meccanismo, a me pare, si può osservare oggi a proposito del "clima", che ancora non ha, nel diritto positivo, il supporto necessario per poter essere definito come un "bene unitario", eppure in questo modo una parte della scienza giuridica lo vorrebbe descrivere; facendo leva, appunto, sul carattere "aperto" delle situazioni soggettive individuali. M. Meli ha giustamente notato che questa tendenza in atto dimostra in primo luogo quanto sia «cambiato il linguaggio che ruota intorno ai diritti, anche nel contesto europeo»[10]. Sta di fatto che, mentre negli ultimi decenni del secolo diciannovesimo si

6 G. ROSSI, *La "materializzazione" dell'interesse all'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2021, 11, con riferimento a M.S GIANNINI *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, p. 15 ss.

7 G. ROSSI, *op. cit.*, p. 12.

8 Oltre che, naturalmente, ma successivamente, con la riforma del titolo V della Costituzione e l'inclusione tra le materie di competenza legislativa esclusiva statale della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" (art. 117 comma 2 lett. s); circostanza che depone anch'essa in favore di un «ripensamento» della tesi di M.S. Giannini, come osserva F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI, (a cura di), *op. cit.*, p. 184.

9 G. ROSSI, *op. e loco ult. cit.* Considerazioni a parte valgono per la posizione G. BERTI, *Il rapporto ambientale*, in *Amministrare*, 1987, p. 175 ss., laddove unità e pluralità degli interessi ambientali vengono a convergere sull'idea di «un'area giuridica connotata da diverse responsabilità», pubbliche e private. Cfr. F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. dell'economia*, 2002, p. 215 ss.; F. FRACCHIA, *Amministrazione, ambiente e dovere: Stati Uniti e Italia a confronto*, in D. DE CAROLI, A. POLICE (a cura di), *Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente*, Teramo, 29-30 aprile 2005, Giuffrè, Milano, 2005, p. 119 ss.

10 «La nostra Costituzione, così come altre costituzioni del dopoguerra, ha rappresentato una "seconda stagione" dei diritti, rispetto a quelli enunciati nelle carte ottocentesche (…). Essa non si è limitata a riconoscere ai suoi cittadini libertà dallo Stato, ma anche libertà attraverso lo Stato, cercando di combinare la sfera di intangibilità dell'individuo con la dimensione sociale della sua esistenza. In quest'ottica, la dignità dell'uomo, la sua sicurezza, il soddisfacimento dei suoi bisogni essenziali, chiamava direttamente in causa il ruolo attivo delle istituzioni ed i doveri di solidarietà politica, economica e sociale. Se dovessimo guardare al problema dei cambiamenti climatici con il linguaggio di allora, non potremmo che concludere dicendo che si tratta, innanzitutto, di interessi della collettività, che possono pure assurgere a veri e propri diritti, ma solo nel senso di diritti sociali»; M. MELI, *Piove. Governo ladro! Cambiamenti climatici e nuove istanze di tutela*, in *Teorie e critica della regolazione sociale*, 2020, p. 87 ss., p. 100.

parlava del surriscaldamento globale come di una semplice variabile dell'inquinamento (termico, per la precisione), ora la gravità dell'emergenza e la minaccia per la sopravvivenza sembrano arrivati a un punto tale da giustificare, sul piano della tutela dei diritti umani, la tesi della "emancipazione" della questione climatica dalla questione ambientale.

Si è recentemente proposta una ricostruzione per cui "clima" e "ambiente" non sarebbero più nozioni sinonime o partecipi della medesima materia: il primo, a differenza del secondo, non avrebbe definizione giuridica semplicemente perché corrisponderebbe a un diritto individuale innato, verificabile dalla pura contemplazione della natura delle cose. Il diritto a beneficiare della stabilità del clima, per le presenti e future generazioni, verrebbe quindi prima del diritto di fruire dell'ambiente; prima del diritto pubblico statale, di cui sarebbe la pre-condizione , il «fatto regolativo presupposto»[11].

La definizione del clima come nozione giuridica unitaria e come "materia" di possibile intervento dei pubblici poteri viene così ricercata in una dimensione pre-giuridica: non dipenderebbe tanto dalla possibilità di portare a sistema una specifica produzione di atti-fonte formali (com'è stato, ed è, per il diritto dell'ambiente), quanto dalla struttura intrinsecamente «nomologica»[12] della scienza, delle convenzioni internazionali e dei connessi documenti di analisi politica e scientifica sull'emergenza climatica[13].

Chi vede le cose in questo modo, non esita a ravvisare il fondamento del diritto alla stabilità del clima nella situazione di vantaggio correlata ad obblighi di protezione nascenti da solenni proclamazioni dei diritti o da dimostrazioni tecniche "contabili" su come gestire le quote di emissione di gas a effetto serra per ridurne l'ammontare complessivo[14]. Ed è su simili premesse che l'idea di un diritto alla stabilità del clima, inteso come condizione logica del "diritto alla vita", ha spinto alcune formazioni sociali organizzate ad agire in giudizio, per far dichiarare la responsabilità lo Stato, o dell'impresa, che non ha – stando all'ipotesi – intrapreso una credibile azione di contrasto alle emissioni di gas a effetto serra.

Complessivamente considerate, le motivazioni delle sentenze con cui le Corti si sono pronunciate su questo genere di domande, unite a una serie innumerevole di cause incardinate in tutto il Mondo, per provocare su più fronti l'adozione di pronunce "storiche" o "epocali", costituiscono il fenomeno che sempre più spesso, anche in dottrina, si definisce "giustizia climatica"[15].

Come abbiamo visto in occasione di recenti consessi internazionali, quali il G20 di Roma e la COP26 di Glasgow, la giustizia climatica è ancora una formula politica, che simboleggia l'unione dei governi di tutto il mondo nella lotta al surriscaldamento globale.

11 M. CARDUCCI, *op. cit.*, p. 1360.

12 M. CARDUCCI, *op. cit.*, p. 1362.

13 Di qui la postulazione di un orizzonte catastrofico diverso dalla vecchia "tragedia dei beni comuni": appunto, una "tragedia dell'orizzonte", vista come privazione di benefici per le presenti e future generazioni, la cui variabile non è lo spazio, i beni o le cose, ma, sul piano concettuale, unicamente il "tempo" (M. CARDUCCI, *op. cit.*, p. 1367).

14 P. PUSTORINO, *Cambiamento climatico e diritti umani: sviluppi nella giurisprudenza nazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 596 ss.

15 Da tempo l'esperienza della *Climate change litigation* è oggetto di valutazioni d'insieme nella letteratura straniera. Oltre alla dottrina ampiamente richiamata in M. CARDUCCI, *op. cit.*, si consultino, a mero titolo di esempio e quale base di partenza per ulteriori citazioni, J. PEEL, H.M. OSOFSKY, *Climate Change Litigation*, *Annual Review of Law and Social Science*, 2020, 21 ss.; J. SETZER, L.C. VANHALA, *Climate change litigation: A review of research on courts and litigants in climate governance*, in *Wiley interdisciplinary reviews: Climate Change*, 4 marzo 2019. In Italia, recentemente F. SCALIA, *La giustizia climatica*, in *federalismi.it*, 7 aprile 2021. Tra i primi S. NESPOR, *I principi di Oslo: nuove prospettive per il contenzioso climatico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, p. 750 ss.

Ma l'impegno della cosiddetta società civile ha progressivamente raffinato gli obiettivi della propria strategia: non è più soltanto un movimento di piazza, è un lucido esperimento di lotta giudiziaria "proliferativa", il cui risultato, oltre le singole pronunce favorevoli, è stato quello di "colonizzare" l'avvio di iniziative processuali a favore del clima da una parte all'altra del mondo, con una rapidità forse mai vista prima d'ora, almeno in termini di mobilitazione dei gruppi di pressione verso le Corti.

2. L'impennata del contenzioso nel periodo 2015-2021.

Torniamo indietro di qualche anno. Il 2015 ha visto nascere l'agenda ONU per il 2030 e gli accordi di Parigi. Ma è stato anche l'anno della sentenza pronunciata dalla Corte distrettuale di Hague[16] (confermata dalla Corte d'appello nel 2018[17] e dalla Corte suprema olandese nel 2020[18]), su ricorso dell'organizzazione ambientalista Urgenda (contrazione di "Urgent agenda") contro l'Olanda. E' la prima sentenza che ordina a uno Stato membro dell'Unione europea di limitare il volume annuale delle emissioni di gas a effetto serra, riducendolo di almeno il 25% entro la fine del 2020 rispetto al livello del 1990. Le motivazioni, nella decisione distrettuale (primo grado), ricavano l'esistenza di un obbligo di protezione dalle clausole generali di responsabilità previste dal Codice civile olandese (artt. 3:296 e 6:162) interpretate alla luce della CEDU; mentre nel giudizio d'appello i giudici si spostano decisamente sulla garanzia sovranazionale della situazione soggettiva, affermando che quel dovere di protezione deriva direttamente dagli artt. 2 e 8 CEDU e lasciando quindi più sullo sfondo l'interposizione delle fonti nazionali[19]. In questo modo, la protezione del diritto al clima entra nel contesto della cosiddetta tutela "multilivello" dei diritti fondamentali[20].

Sulla falsariga del caso *Urgenda* si è registrata un'impennata di azioni legali e una moltiplicazione di casi, il cui esito è stato reclamizzato come una vittoria della società civile, spesso utilizzando la formula della sentenza "storica". La Corte suprema irlandese[21], in un processo contro la Repubblica d'Irlanda, nel 2020, ha annullato un piano di abbattimento delle emissioni predisposto dal governo in ottemperanza a una legge nazionale del 2015 (*Climate Action and Low Carbon Development Act*), ritenuto dalla Corte non conforme agli obiettivi stabiliti da quest'ultima. Il 2021 è stato un anno significativo sul versante giudiziario. Qui di nuovo la Corte distrettuale olandese di Hague ha condannato la Royal Duch Shell e il suo gruppo ad abbattere il volume annuale delle emissioni di almeno il 45% entro la fine del 2030 rispetto al livello del 2019[22]. Il Tribunale costituzionale

16 Corte distrettuale di Hague, 14 giugno 2015, n. C/09/456689 / HA ZA 13-1396.
17 Corte d'Appello di Hague, 9 ottobre 2018, n. 200.178.245/01.
18 Corte Suprema, 13 gennaio 2020, n. 19/00135.
19 G. VIVOLI, *I vincoli dello Stato nell'adozione delle politiche di riduzione delle emissioni inquinanti nella prospettiva della violazione dei diritti umani: brevi considerazioni sulla sentenza di appello del caso "Urgenda"*, in questa *Rivista*, 31 dicembre 2018, p. 4; E. GUARNA ASSANTI, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *Federalismi.it*, 14 luglio 2021, p. 66 ss., in particolare, sulla problematica in esame, p. 75, p. Oslo81 e nota 53).
20 M. MONTINI, *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, 506 ss.
21 Corte Suprema Irlandese, 31 luglio 2020, n. App. n. 205/19.
22 Corte distrettuale di Hague, 26 maggio 2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379. Per un commento, S. NESPOR, *L'etica, il capitalismo e il cambiamento climatico*, in *RGA online*, 20 giugno 2021.

tedesco, in un giudizio contro la Repubblica Federale Tedesca, ha dichiarato incostituzionale la legge federale sul clima, su ricorso diretto di cittadini e associazioni[23]. Il Tribunale amministrativo di Parigi, in un processo contro la Francia, nella controversia rinominata «Affaire du Siècle», ha condannato lo Stato transalpino a pagare la cifra simbolica di 1 euro per danno "morale", a ciascuna delle quattro associazioni ambientaliste ricorrenti, nonché a «prendere tutte le misure per raggiungere gli obiettivi che la Francia si è prefissata in termini di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra»[24]. Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sempre nel 2021, ha dovuto statuire su un ricorso (in C-565/19, ridefinito «People's Climate Case», ma dichiarato irricevibile dalla Corte) presentato da alcune famiglie originarie di vari Stati membri dell'Unione europea (Francia, Germania, Italia, Portogallo e Romania) e di altri paesi extraeuropei (Kenya e isole Fiji), operanti nei settori dell'agricoltura o del turismo, nonché da un'associazione svedese, per costringere l'Unione ad adottare misure di contenimento più adeguate di quelle previste dal "pacchetto clima" del 2018[25].

Altre controversie sono ancora pendenti presso vari tribunali, come in Italia (Tribunale di Roma, causa ribattezzata «Giudizio universale»), in Spagna, nel Regno Unito, nella Repubblica Ceca, in Polonia, in quasi la metà degli Stati federati tedeschi (Länder), trascinati in giudizio, uno per uno, a più riprese, dopo la citata sentenza del *Bundeserfassungsgericht* (Baviera, Sassonia-Anhalt, Brandeburgo, Saarland, Meclemburgo-Pomerania Anteriore, Assia, Nord Reno -Westfalia). Spostandoci oltreoceano (senza considerare l'esperienza statunitense, tra le più importanti), nuove controversie sono nate in Brasile, in Messico, in Nuova Zelanda, in Australia, convenuta dalle Isole Torres, le quali affermano di aver subito danni irreversibile per effetto della negligenza dimostrata dal Commonwealth rispetto al medesimo *duty of* care, correlato alle *Best available sciences on global emission reduction*.

Aumentano qua e là le organizzazioni aventi forma di "osservatorio" sul contenzioso climatico, come il "Climate Change Litigation Data Base" del "Sabin Centre for Climate Change Law", istituito dalla Columbia Law School e dello Studio legale Arnold & Porter[26].

3. La "causa del secolo" promossa in Italia.

Se ne accennava poc'anzi: giudizio universale, o causa del secolo, è il nome con cui è stata ribattezzata la causa civile promossa dalla ONLUS "A Sud" (e altri) contro lo Stato

23 Tribunale Costituzionale Federale, ordinanza 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 e altri. R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima: una rivoluzione?*, in *La Costituzione.info*, 30 aprile 2021, anche per il link al testo della decisione; M. CARDUCCI, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, *ivi*, 3 maggio 2021; R. BIFULCO, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, in *Luiss Open*, 28 maggio 2021; L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *AIC Osservatorio* (online), 6 luglio 2021, p. 212 ss.

24 Tribunale Amministrativo di Parigi, 3 febbraio 2021, 4^ sezione, 1^Camera. In argomento, L. DEL CORONA, *Brevi considerazioni in tema di contenzioso climatico alla luce della recente sentenza del Tribunal Administratif de Paris sull'"affaire du siècle"*, in *Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2021, 327 ss.

25 Corte di giustizia UE, VI, 25 marzo 2021, in causa C-565/19.

26 Da quale si sono tratte le informazioni sulle cause sopra citate. La banca dati si può consultare sul sito della Columbia Law School, Sabin Centre for Climate Change Law, Climate Change Litigation Database. Per altre indicazioni sulla nascita di Corsi, Centri e Riviste in materia di *Climate Law*, S. NESPOR, *I principi di Oslo*, cit., p. 750 note 1) e 2).

italiano, tuttora pendente dinanzi al Tribunale civile di Roma. L'accessibilità totale dell'atto di citazione[27] e le numerose sintesi di cui è corredato rende superflua una specifica narrazione commentata degli argomenti addotti. Si tratta di una ponderosa ricostruzione dello scenario internazionale sulla questione climatica, ove si cumulano fonti formali, comunicazioni, risoluzioni dell'ONU, report dell'IPCC, ritenuti significativi ai fini della tesi di fondo che gli attori sostengono. La tesi, in breve, è che la mancanza di tempo per salvare il pianeta sia oramai cosa nota, che i valori-obiettivo in termini di percentuali di abbattimento delle emissioni di gas a effetto serra non siano più, stante l'emergenza in corso, un affare della politica, ma un appannaggio della tecnica, e che in capo a ogni Stato debba ritenersi esistente una "obbligazione climatica", le cui fonti sarebbero il diritto internazionale e, grazie ai rinvii da questo operati, la "miglior scienza disponibile". Di qui gli ingredienti del nuovo interesse meritevole di tutela, il diritto alla stabilità del clima: «qualsiasi persona umana ha il diritto a pretendere la non regressione del proprio sviluppo umano e del nucleo essenziale dei propri diritti al cospetto della drammatica urgenza dell'emergenza climatica. (…) In questa pretesa sostanziale di non regressione consiste il diritto umano al clima stabile e sicuro. Esso è consequenziale proprio alla natura dei problemi climatici (…). Come tale, è qualcosa di più del solo diritto alla vita: ne è il presupposto. Infatti, qualsiasi vita si può astrattamente adattare, anche attraverso artifici tecnologici, a un nuovo sistema climatico completamente sconquassato da irrefrenabili aumenti della temperatura superiori a 1,5°C. Sarebbe però una vita in regressione rispetto alla qualità esistenziale del tempo presente e dunque peggiore per le generazioni future, incidendo su tutte le sfere di libertà umana». Nei dettagli, il fatto costitutivo della pretesa sarebbe che, rispetto a quanto acclarato dalla ONG *Climate analytics*, i programmi dello Stato italiano non sarebbero sufficientemente "ambiziosi". Di qui la domanda di accertamento della responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c. e, in subordine, dell'art. 2051 c.c., con richiesta al Tribunale di Roma di condannare lo Stato italiano, in forma specifica (art. 2058, comma 1 c.c.) «all'adozione di ogni necessaria iniziativa per l'abbattimento, entro il 2030, delle emissioni nazionali artificiali di CO2-eq nella misura del 92% rispetto ai livelli del 1990, ovvero in quell'altra, maggiore o minore» accertata in corso di causa».

4. Su alcune ambiguità della giustizia climatica: legittimazione ad agire come risultato della collettivizzazione degli interessi diffusi e presunta normatività della scienza.

Ritornando a uno sguardo d'assieme sul contenzioso climatico, due questioni, in particolare, si ripropongono trasversalmente nelle controversie di cui stiamo trattando. La prima è la problematica della legittimazione ad agire di organizzazioni non governative e di persone fisiche (anche giovani o giovanissimi) in vista di una sentenza che porti al conseguimento dell'obiettivo previsto dall'art. 2 degli Accordi di Parigi: mantenere l'aumento della temperatura media mondiale possibilmente sotto 1,5°, comunque «ben al di sotto di 2 °C» rispetto ai livelli preindustriali. Tornerò in conclusione su questo profilo, che mi pare, comunque, essersi presentato negli stessi termini in cui si pone riguardo alla giustizia ambientale e alla collettivizzazione degli interessi diffusi. A parte il caso tedesco, che riguarda un ordinamento in cui la violazione di diritti costituzionali può essere fatta

27 Sull'apposito sito *giudiziouniversale.eu*, Causa legale "A SUD e altri *vs.* Stato Italiano".

valere con ricorso diretto alla corte costituzionale (c.d. *Verfassungsbeschwerde*), permettendo di agire «a tutela di "diritti" che non sono legati agli specifici interessi di una persona»[28], l'impressione è che la posizione dei singoli, piuttosto che ricollegata a un "diritto fondamentale", sia stata giudicata (nei giudizi proposti anche da persone fisiche), con la stessa severità con cui le Corti escludono dall'accesso alla giustizia ambientale chiunque non sia una ONG, a meno che non dimostri per altra via (facendo valere diritti quali proprietà o salute) di avere un interesse protetto dall'ordinamento, personale, concreto e attuale[29].

Emblematico è ancora il caso olandese. Nelle sentenze *Urgenda* (2015) e *Royal Dutch Shell* (2021) la legittimazione delle associazioni è stata riconosciuta in forza dell'art. 305a del Libro 3° del Codice civile, che permette a «una fondazione o un'associazione», costituita per la tutela di «interessi specifici», di promuovere, nei limiti dei propri scopi statutari, un'azione legale per «proteggere interessi simili di altre persone».

L'ordinamento giuridico olandese ammette dunque la *class action*; la quale, peraltro – come ha affermato la Corte distrettuale di Hague – nel caso *Royal Dutch Shell* è stata proposta al fine di «proteggere interessi pubblici, che non possono essere individualizzati perché appartengono a un gruppo molto più grande di persone »[30].

In altri termini, il conferimento per legge (art. 305a c.c.) del potere di agire in giudizio alle fondazioni e alle associazioni avrebbe, quale logica conseguenza, la mancanza di legittimazione dei cittadini singoli; se non altro fino a quando il loro interesse risulti «lo stesso interesse comune che le azioni di classe cercano di proteggere»[31]

Dinanzi a una simile impostazione, diversi sono i dubbi che sorgono e che non sembrano prestarsi a una facile soluzione. Sarebbe ad esempio interessante chiedersi se – attesa l'asserita diversità tra "clima" e "ambiente" – la materia climatica non ponga questioni di accesso alla giustizia diverse da quelle sino ad oggi emerse in materia di legittimazione ad agire a tutela dei beni ambientali. Diverse "qualitativamente", al punto da imporre all'interprete una scelta piuttosto chiara, *tertium non datur*, tra due schemi: quello del diritto fondamentale, la cui affermazione in giudizio è personale e non sopporta, per sua natura, mediazioni organizzative; e quella dell'interesse diffuso, che, al contrario, «eccede la sfera dei singoli» non assurge ad una situazione sostanziale "personale" suscettibile di tutela giurisdizionale (non è cioè protetto da un diritto o un interesse legittimo) posto che l'ordinamento non può offrire protezione giuridica ad un interesse sostanziale individuale che non è in tutto o in parte esclusivo o suscettibile di appropriazione individuale».[32]

Il riconoscimento del diritto alla stabilità climatica come "diritto fondamentale" mal si concilia con l'idea – che le Corti olandesi hanno invece sempre seguito (e così anche gli

28 R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima*, *cit.*

29 Si può quindi affermare che il contenzioso climatico si attivi non dal lato dei diritti fondamentali, che per loro natura non ammetterebbero alcuna "collettivizzazione" della forma di tutela giurisdizionale, bensì prevalentemente sulla base del "terzo pilastro" della Convenzione di Århus (art. 9), la cui interpretazione sembra evolvere in un senso molto preciso: considerare i singoli cittadini, in linea di principio, privi di autonoma legittimazione ad agire, proprio perché quest'ultima è espressamente attribuita alle organizzazioni non governative, che si considerano presuntivamente titolari di "interesse sufficiente" e di "diritti suscettibili di violazione", mentre, per i singoli, gli Stati possono stabilire regole diverse, essendo «possibile che il diritto nazionale circoscriva ai soli diritti pubblici soggettivi i diritti di cui può essere invocata la violazione» (Corte di Giustizia U.E., 12 maggio 2011, C-115-09)

30 Corte distrettuale di Hague, 26 maggio 2021, causa n. C/09/571932 / HA ZA 19-379, punto 4.2.2.

31 Corte distrettuale di Hague, cit., punto 4.2.7.

32 Cons. Stato, A.P., 20 febbraio 2020, n. 6.

attori del giudizio italiano definito «causa del secolo») – di una tutela condizionata dalla strettoia della "collettivizzazione" o aggregazione necessaria degli interessi individuali, filtrata dall'imputazione a un soggetto che affermi di esserne "portatore"[33]. Primo corollario di una situazione individuale avente natura di "diritto fondamentale" dovrebbe essere, giova ripeterlo, il potere di ogni persona fisica di affermarlo come proprio in sede giurisdizionale, senza l'intermediazione di enti esponenziali. Appare pertanto difficile, per non dire contraddittorio, sostenere che la tecnica di tutela sia quella dell'azione "di classe" o "nel pubblico interesse", che è il tipico congegno di legittimazione per la tutela dell'ambiente: ideato per la salvaguardia di interessi, appunto, non individualizzabili, "adespoti" o appartenenti indistintamente a una comunità indeterminata di persone.

Questa contraddizione emerge palesemente, ad esempio, dalla sentenza della Corte suprema olandese che nel 2019 ha messo fine al caso Urgenda[34], nella parte in cui insiste, a più riprese, sulla riconducibilità del "diritto" di cui si tratta agli articoli 2 e 8 CEDU: più precisamente, pone l'accento sull'obbligo positivo degli Stati di proteggere la vita, anche nella dimensione privata e familiare, delle persone. La Corte europea dei diritti dell'uomo, presso la quale tali principi si sono consolidati, non ha mai dubitato che la situazione garantita dagli artt. 2 e 8 CEDU appartenga al singolo, prima che a (più o meno occasionali) soggetti portatori. In qualche misura, anzi, considerato che spesso a Strasburgo è dedotta la violazione degli articoli 2 e 8 insieme a quella dell'art. 13 CEDU, la legittimazione deriva anche dal non aver potuto disporre, i singoli, di rimedi effettivi nell'ambito del diritto nazionale.[35]

Ed è qui che la Corte suprema olandese, nel tentativo di collegarsi a quest'ordine di considerazioni, finisce per rendere inspiegabile ciò che essa afferma poi in motivazione, ossia che Urgenda può invocare l'applicazione delle norme della CEDU contro lo Stato Olandese, pur non essendo vittima dalla loro violazione da parte del convenuto; che quello azionato da Urgenda è un «environmental interest» e che il riconoscimento della legittimazione di Urgenda è «in linea con l'articolo 9(3) in combinazione con l'articolo 2(5) della Convenzione di Aarhus, che garantisce ai gruppi di interesse l'accesso alla giustizia per contestare le violazioni del diritto ambientale», nonché con l'articolo 13 della CEDU»[36].

La Corte suprema si libera così, con un artificioso salto in avanti, di uno dei motivi più seri del ricorso in cassazione proposto dal Governo, nel quale si lamentava, contro le motivazioni della sentenza della Corte d'appello, che le disposizioni della CEDU «only guarantee individual rights and do not protect society as a whole»[37].

Il secondo fondamento giuridico di queste cause è la cosiddetta obbligazione climatica: un teorema rafforzato dal carattere prescrittivo della scienza "non controversa".

Non solo la diagnosi in merito alle cause del surriscaldamento, ma anche la prognosi, basata su modelli e proiezioni del futuro – per cui l'applicazione di determinati standard di gestione del *carbon budget* porterà all'abbassamento delle emissioni – avrebbe il pregio della certezza scientifica e consentirebbe ai cittadini di pretendere dallo Stato un comportamento conforme in sede giudiziaria, indipendentemente dalla mediazione politica degli organi rappresentativi e delle fonti giuridiche nazionali e internazionali. Le

33 Su questi profili, F. SCALIA, *La giustizia climatica*, cit., *passim*.
34 Corte Suprema, 20 dicembre 2019, causa n. 19/00135.
35 Corte EDU, sentenza 10 gennaio 201, Di Sarno e altri *c.* Italia, ricorso n. 30765/08 (e giurisprudenza ivi citata).
36 Corte Suprema, cit., punto 5.9.2. e 5.9.3.
37 Corte Suprema, cit., punto, 3.3.

norme che definiscono il comportamento necessario per contenere la temperatura globale entro i limiti stabiliti dagli Accordi di Parigi non apparterrebbero, dunque, al campo delle norme sociali, ma a quello delle norme tecniche: all'ordine esistenziale retto dal principio di causalità, come la regola per cui «se vuoi far bollire l'acqua, occorre portarne la temperatura a 100°», che «varrebbe anche per Robinson nella sua isola deserta»[38].

Qui però incominciano anche i dubbi sulla fondatezza di un simile costrutto. Fino a che punto si può sostenere che l'obbligo internazionale dello Stato di ridurre le emissioni di gas a effetto serra, solo perché costruito su basi scientifiche "non controverse", derivi da regole "tecniche" e, per questo motivo, costituisca il contenuto di un diritto umano fondamentale? Siamo sicuri che basti la convergenza di opinioni scientifiche sul problema del clima, unita all'emergenza, per ipotizzare a carico dello Stato una figura ideologicamente caratterizzata, quale l'"obbligazione climatica"?

Gli obiettivi fissati dagli Accordi di Parigi e i modi per raggiungerli sono basati su conoscenze scientifiche, ma non esprimono regole tecniche; sarebbe sufficiente ricordare che le norme sulle percentuali di abbattimento delle emissioni climalteranti tengono conto, oltre che di un aspetto prettamente tecnico, di un profilo di equità[39]. E' vero che la prognosi della scienza non registra finora significativi dissensi sulle conseguenze che il pianeta subirà se non si riusciranno a contenere le emissioni di gas e effetto serra. Ma il consenso o mancato dissenso della "comunità scientifica" non fa di quest'ultima un "legislatore parallelo": non è il rivestimento di autorità della regola che conta, ma, al contrario, è la sua obbiettiva verificabilità nell'ordine esistenziale delle cose, la sua capacità di coniugarsi con altre regole, che la rende idonea a costituire parametro per la risoluzione di concrete controversie. Le modalità e le scansioni ottimali per la programmazione del *carbon budget* nei prossimi anni, quantunque sostenute da modelli predittivi e proiezioni climatiche "attendibili", non possono portare al riconoscimento di un "diritto alla stabilità climatica", così come, per intenderci, le acquisizioni della ricerca sulla manipolazione degli ovociti, degli spermatozoi o degli embrioni hanno supportato il riconoscimento di un diritto alla procreazione medicalmente assistita. Il non dissenso di una scienza predittiva può condizionare il legislatore nel costruire le proprie regole, impedendogli di sovrapporre queste ultime a norme che solo la scienza può formulare (come accadrebbe se, per ipotesi, una legge o un accordo internazionale negasse l'esistenza e le cause del surriscaldamento globale). Ma questo non significa che sia riservato alla scienza anche il potere di deliberare su aspetti che restano assai opinabili, come la programmazione delle cadenze temporali e dei valori-obiettivo funzionali al raggiungimento della neutralità climatica. Il compito di decidere su tali oggetti spetta alle istituzioni democratiche, indipendentemente dal fatto che si registri una particolare o persino irremovibile compattezza della "comunità scientifica"[40].

5. Davvero sono i giudici, non i governi, a "fare qualcosa" per il pianeta?

38 V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1970, p. 8.
39 Molto chiaramente, S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima*, cit., *passim*.
40 Che non ha, di per sé, alcuna "normatività" (R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 206, p. 207).

L'Unione europea, almeno dal 2003, ha una propria legislazione in materia di scambio di quote di emissione (Emission Trading System, o ETS), ora parzialmente innovata dal "pacchetto clima" del 2018 (formato da una direttiva e tre regolamenti europei).

Pochi mesi addietro, facendo seguito agli obiettivi di "impatto climatico zero" stabiliti dagli Accordi di Parigi e al Green Deal della Commissione, il Regolamento europeo 2021/1119/UE, in vigore dal 29 luglio 2021, ha istituito un quadro per arrivare progressivamente alla neutralità climatica entro il 2050 (termine corredato da verifiche intermedie), prevedendo entro il 2030 una riduzione delle emissioni di gas a effetto serra del 55% rispetto ai livelli del 1990.

Ora quindi esiste un'obbligazione climatica, vera e propria (almeno per gli Stati della UE). Che ne sarà degli schemi adottati dalle sentenze di cui sopra? Il diritto fondamentale alla stabilità del clima si è dissolto nell'effetto vincolante del nuovo Regolamento; o si deve ritenere ancora direttamente azionabile in giudizio, a prescindere da ciò che prevedono le fonti scritte?[41]

Ma siamo poi certi – per concludere – che le sentenze di cui s'è fatta una rapida rassegna accertino e sanzionino l'inadempimento di una "obbligazione climatica"?

Ciò sembra vero per le due sentenze olandesi del 2015 e del 2021, nei confronti dello Stato olandese e della Shell. E' molto meno vero per la pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco, il cui schema applica un normalissimo criterio di proporzionalità e ragionevolezza, sia pure nei confronti di una legge sulle emissioni di gas a effetto serra: il *Klimaschutzgesetz* è stato dichiarato incostituzionale per aver leso i diritti fondamentali garantiti dall'art. 20a GG, a causa del suo «insufficiente orizzonte di pianificazione», avendo fissato il primo controllo sulle riduzioni al 2025 e, in tal modo, creato il rischio che un eventuale esito negativo, emergendo in data troppo vicina al 2030, pregiudicasse la transizione verso la "neutralità climatica" perseguita dalla stessa legge.

Non molto diverso è il caso Irlandese, dove la Corte, nella parte conclusiva della sentenza, precisa di considerare il piano nazionale di riduzione delle emissioni in contrasto con il *Climate Action and Low Carbon Development Act* (2015) per via della durata soltanto quinquennale del piano stesso, che non rende pertanto comprensibile la politica climatica irlandese fino al 2050. Un difetto di trasparenza e partecipazione che, specifica la Corte, non implica affatto l'esistenza di un diritto costituzionale inespresso «all'ambiente salubre», rispetto al quale l'associazione ricorrente (*Friends of the Irish Environment*) non avrebbe comunque titolarità, né legittimazione ad agire[42].

Considerazioni analoghe valgono per il caso francese, dove il tribunale amministrativo di Parigi ha accertato la responsabilità dello Stato, anche qui, non per la lesione di un presunto diritto fondamentale, ma per il mancato raggiungimento del traguardo programmato; ed ha assunto quale parametro non "la scienza", ma «les objectifs que la France s'est fixés», ingiungendo al governo di adottare tutte le misure necessarie per prevenire ulteriori danni «fino alla quota non compensata di emissioni di gas a effetto serra nel quadro del primo bilancio del carbonio».

41 Anche esplorando (sommariamente senza un particolare criterio di ricerca) commenti espressi all'esterno della riflessione giuridica e scientifica, sembra difficile non condividere, ad esempio, la posizione di E. DI GIULIO, *Da leone a erbivoro: ciò che non torna nella sentenza Shell*, in *Energia*, 16 giugno 2021.

42 O. MCINTYRE, *The Irish Supreme Court Judgment in Climate Case Ireland: 'One Step Forward and Two Steps Back'*, in IUCN, *International Union for Conservation of Nature*, iucn.org, 28 agosto 2020.

Le due sentenze olandesi restano, dunque, gli unici casi nei quali il teorema dell'obbligazione climatica è stato propriamente assunto a *ratio decidendi*.

Potrebbe essere l'inizio di una nuova era, nella quale si moltiplicheranno le condanne nei confronti degli Stati per non aver affrontato in modo sufficientemente ambizioso il problema del riscaldamento globale. Oppure quelle sentenze resteranno fenomeni complessivamente marginali: frammenti di un cammino legislativo che manterrà il baricentro nell'azione degli organi politico-rappresentativi e che potrà essere ancora giudicato dalle Corti; ma che potrà forse fare a meno di una giustizia "climatica"[43].

6. Due esempi, meno noti, di un diverso approccio giudiziario al problema del clima.

D'altra parte, pochi hanno dato risalto a una diversa giurisprudenza, che non segue la via della "obbligazione climatica", ma che è probabilmente più significativa.

Il 2021 è stato anche l'anno in cui il Tribunale di primo grado dell'Unione europea, su ricorso dalla Organizzazione non governativa "Client Earth"[44], ha imposto alla Banca europea degli investimenti di riesaminare gli aspetti ambientali di una propria decisione di concedere un prestito a scopo di finanziamento (secondo la ONG, non coerente alle politiche ambientali dell'Unione). Non sarà una decisione "storica", ma è certo molto interessante[45], giacché qui la tattica difensiva della ONG ha battuto sul punto dell'applicabilità della convenzione di Aarhus, ottenendo dal Tribunale UE una fondamentale statuizione: le delibere di finanziamento della BEI, quando contribuiscono al perseguimento degli obiettivi di politica dell'Unione nel settore dell'ambiente, si considerano provvedimenti adottati «nell'ambito del diritto ambientale». Con la conseguenza che le ONG possono provocare il "riesame interno" previsto dall'articolo 10 del "regolamento Aarhus" (1367/2006), il cui ambito di applicazione deve essere interpretato «estensivamente».

Ancora nel 2021, la Corte di Cassazione[46], richiamando espressamente il caso Teitiota c. Nuova Zelanda[47], ha riconosciuto che il diritto alla protezione internazionale non spetta soltanto al cittadino straniero i cui diritti fondamentali risultino minacciati da una situazione di conflitto armato in corso nei paesi di origine, ma anche in caso di «rischio per il diritto alla vita e all'esistenza dignitosa derivante dal degrado ambientale, dal cambiamento climatico o dallo sviluppo insostenibile». Ne è derivato il riconoscimento,

43 Com'è stato rilevato, in termini a mio avviso pienamente condivisibili, «ciò che va detto a chiare lettere è che è su questo piano che si impone un radicale mutamento, orientando la Giustizia climatica in una direzione precisa, che non può essere quella di una generica responsabilità degli Stati, ma può partire dall'idea di un controllo, rispetto alla coerenza delle politiche economiche attuate», M. MELI, *Piove. Governo ladro! Cambiamenti climatici e nuove istanze di tutela*, in *Teorie e critica della regolazione sociale*, cit., p. 105.

44 Tribunale di primo grado della UE, II, 27 gennaio 2021, in causa T-9/19,

45 Per una generale indicazione di favore per gli "small cases" nella climate change litigation, K. BOUWER, *The Unsexy Future of Climate Change Litigation,* in *Journal of Environmental Law*, 2018, p. 483 ss.

46 Cass. civ., sez. II, ord. 24 febbraio 2021, n. 5022, in questa *Rivista*; in merito a tale pronuncia, P. BONETTI, *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, in *Lexambiente*, 2021, p. 48 ss.; F. PERRINI, *Il riconoscimento della protezione umanitaria in caso di disastri ambientali nel recente orientamento della Corte di Cassazione*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 349 ss.

47 UN Human Rights Committee (HRC), CCPR/C/127/D/2728/2016, 7 gennaio 2020.

anche in Italia, della figura del "rifugiati climatici", che produce un sensibile avanzamento nella tutela dei diritti dei migranti[48].

Si volevano addurre questi esempi perché identificano il genere di pronunce in cui il giudice manifesta la giusta sensibilità verso la questione climatica: l'approccio al caso rimane entro i binari dell'interpretazione e dell'applicazione dei testi giuridici, in una direzione indubbiamente meno clamorosa, ma sostanzialmente più esatta e forse anche più produttiva di quella in cui procedono le decisioni giudiziarie presentate come "vittorie della società civile". Si noterà, inoltre, come in entrambi questi casi il rapporto tra giustizia climatica e diritti individuali non implichi una giuridicità separata del concetto di "clima", bensì, al contrario, ubbidisca a un'interpretazione estensiva di clausole aperte, incluse quelle ambientali, che la questione climatica rende più "elastiche": appunto, più "giuste".

7. Conclusioni: un vecchio caso di «insensibilità a ogni prospettiva comunitaria».

Torna alla mente una vecchia, vecchissima sentenza. Era il 1979, quando la Corte di Cassazione, in un'epoca che vedeva incombere sull'umanità una minaccia diversa, ma non meno paurosa del surriscaldamento globale – quella dell'incidente nucleare – riconobbe l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un diritto soggettivo «all'ambiente salubre», il cui contenuto consisterebbe in un «potere di fruizione». La Corte ritenne che «nell'ambito dei beni collettivi (intendendo con tale espressione i valori che sono propri delle società organizzate e cui sono riferibili interessi che vanno oltre l'individuo)» fosse «possibile distinguere beni che sono indivisibili (per i quali non è configurabile una forma differenziata di fruizione da parte dei singoli) e beni divisibili. Mentre i primi sono collegati alla formazione e alla conservazione del nucleo sociale in sé considerato, (si pensi alla difesa nazionale o all'ordine pubblico), sicché l'interesse dei singoli alla loro tutela è solo mediato e resta in sostanza assorbito nell'interesse indifferenziato della collettività, i secondi, in ragione della loro fruizione diretta da parte dei singoli, sono legati a interessi di questi che sono preesistenti alla formazione del nucleo organizzato, sicché solo in via riflessa diventano beni della società (si pensi alla sanità e al patrimonio ambientale, che riguardano direttamente le esigenze di vita e di sopravvivenza degli individui 'in quanto tali'). (…) La nozione d'interesse diffuso è propriamente riferibile solo alla prima specie di beni, in relazione ai quali, se di fruizione può parlarsi, essa riguarda la collettività considerata unitariamente come soggetto. Applicata alla seconda specie di beni essa evidenzia, prima che un interesse generale, una pluralità di interessi individuali dello stesso contenuto, relativi alla fruizione di una utilità determinata». Di qui «il fenomeno della coesistenza, su piani diversi, di due distinte attività di gestione del medesimo bene. La prima, affidata ai poteri pubblici, opera la mediazione tra esigenze diverse in base alla valutazione complessiva degli interessi della società organizzata. La seconda, propria dei singoli, si occupa della tutela del potere di fruizione dell'individuo, come area a lui riservata entro limiti più o meno estesi»[49].

La Cassazione, nel riporre questa enfasi sul "potere" individuale e sul "diritto" soggettivo, fu agevolata dal fatto che in quel caso le si chiedeva soltanto di stabilire se il

48 P. PUSTORINO, *op. cit.*, p. 603.
49 Cass., Sez. Un., sentenza 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro it.*, 1979, I, c. 939.

Tribunale civile di Vercelli avesse giurisdizione sulla domanda di un gruppo di cittadini che intendevano fare causa all'Enel per opporsi alla costruzione di una nuova centrale per la produzione di energia atomica. Al che la Corte rispose di sì: che ogni uomo ha il diritto fondamentale, inalienabile, costituzionalmente garantito, di fruire di un ambiente salubre, incluso quello di bloccare la costruzione di un nuovo impianto potenzialmente pericoloso. Salvo poi precisare che quel diritto non era, in realtà, ciò che propriamente si chiama un "diritto dell'uomo": era un diritto dei "vicini", di chi poteva dimostrare una lesione della sua proprietà o della sua salute, cioè del "proprio" ambiente, trovandosi in una condizione di prossimità all'impianto; un diritto, scrisse la Corte, di «proprietari e usufruttuari di tenute agricole» alla «conservazione dei loro beni e dell'ambiente in cui essi sono inseriti».

Quella sentenza non fu l'unica ad affermare che il "diritto all'ambiente salubre" è un diritto individuale, indegradabile, incomprimibile, difendibile a oltranza verso i pubblici poteri. Ma si rivelò assai meno dirompente di quanto appariva a prima vista[50]. Dopo neanche un decennio, la legge istitutiva del Ministero dell'ambiente (1986) e alcune importanti sentenze della Corte costituzionale chiarirono che il principio-cardine della tutela dell'ambiente è molto diverso. L'ambiente non è l'involucro di diritti personali o dominicali; è un bene pubblico, comune, unitario: la sua tutela è interesse di tutti, spetta dunque alla legge e, in esecuzione della legge, alla pubblica amministrazione.

Negli ordinamenti democratici, la tecnica di tutela verso lo Stato della pretesa a un ambiente migliore non segue il paradigma della lite di vicinato, cioè della esclusione di interventi pubblici che non costituiscano esatto adempimento nei confronti di soggetti determinati. La modalità di tutela è, piuttosto, quella sancita nella Convenzione di Aarhus (1998): informazione, partecipazione alle decisioni, ampio accesso alla giustizia ambientale del "pubblico", affinché leggi e atti amministrativi illegittimi, lesivi dell'ambiente, possano essere agevolmente conoscibili, pubblicamente discutibili, facilmente impugnati.

Semmai, dopo tanti rilievi critici, si deve riconoscere, proprio ricollegandosi a queste ultime considerazioni, che la tesi della diversità tra "clima" e "ambiente" rappresenta, a propria maniera, l'esatta intuizione di un importante processo evolutivo della soggettività ambientale, sia nel campo della tutela dei diritti umani "fondamentali, sia nell'ambito dei più specifici meccanismi di tutela collettiva degli interessi ambientali.

Lo si è constatato nel collegamento, individuato dalla Cassazione, tra disastro ambientale "climatico" (già verificatosi) e principio di non respingimento: si tocca qui con mano l'ideale del diritto al clima come diritto alla vita e alla sopravvivenza, sempre – però – entro un'interpretazione estensiva delle norme sulla protezione internazionale.

Lo si è riscontrato altresì nel caso Client Earth *vs.* BEI, laddove un determinato atto, non emesso in base a specifiche norme ambientali, è stato ritenuto sostanzialmente compreso nella "materia ambientale" e in tale veste contestato, per il solo fatto di produrre, a giudizio della ONG ricorrente, risultati non rispettosi dei documenti strategici europei per la lotta ai cambiamenti climatici. E' accaduto così che un apparato formalmente non titolare di funzioni di tutela dell'ambiente sia stato giudicato in base alle norme europee di adattamento alla Convenzione di Aarhus (richiesta di riesame dei provvedimenti; ma nulla impedirebbe di estendere la stessa soluzione agli ambiti dell'informazione e della partecipazione pubblica ai procedimenti). Giustizia climatica, dunque, come principio che impone al giudice di considerare "contendibili", nei casi dubbi, gli atti dei pubblici poteri.

50 Fu anzi ritenuta un esempio di «insensibilità a ogni prospettiva comunitaria e sociale», da G. BERTI, *In una causa con l'Enel, la Cassazione mette in penombra lo Stato di diritto*, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2909.

Proseguendo su questa linea, sarebbe interessante verificare se, ad esempio, il perfezionarsi di una politica di contrasto ai cambiamenti climatici non possa dare nuova linfa all'attuazione del terzo pilastro della Convenzione di Aarhus, sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, inducendo le Corti, da subito, a una interpretazione estensiva delle condizioni dell'azione e, segnatamente, della legittimazione ad agire.

Non si tratterebbe forse soltanto di legittimazione "attiva", ma anche di potenziale estensione dei soggetti obbligati, cioè di legittimazione "passiva", come si è visto per il contenzioso contro la BEI e (altro fenomeno che andrebbe studiato), il dilagare del contenzioso climatico "regionale" contro singoli Lander, in Germania, dopo la sentenza emessa dal Tribunale costituzionale contro la Repubblica Federale Tedesca.

Ma sottolineare queste cose equivale a dire, e a ribadire, che la "giustizia climatica" è attività di interpretazione e applicazione di norme giuridiche *poste*, non l'avveniristica ricerca di *soluzioni*, più rapide o più affidabili, alla "questione climatica".

Quasi tutte le Corti, nelle sentenze citate, hanno dovuto a un certo punto fermarsi a decidere sulla (prevedibile) eccezione per cui condannare lo Stato ad abbattere le emissioni di gas a effetto serra significherebbe violare il principio di "separazione dei poteri".

Interrogativo del quale le Corti – giustamente, a mio avviso – si sono sbarazzate con una certa disinvoltura: la "separazione dei poteri", si è detto, in Olanda (ma non solo, per fortuna) è da intendersi come principio di «equilibrio» tra poteri. Se dunque un diritto individuale esiste, non può non essere impartita la giurisdizione. D'altra parte, la sentenza interviene in una contesa tra gli interessi di due parti; si mantiene nell'area della legittimità; non ordina né impedisce alla politica di creare nuove norme, pertanto non interferisce nel processo politico di produzione legislativa: «separata da qualsiasi agenda politica, la Corte deve limitarsi al proprio dominio, che è l'applicazione del diritto»[51].

Tutto vero, naturalmente. I problemi cominciano quando quel "diritto" comincia a spostarsi dalla sfera individuale a quella sopraindividuale secondo gli interessi dell'interprete, cosicché le associazioni possono stare in giudizio «in nome del popolo»[52] quando il giudice (o chi agisce dinanzi al giudice) si sforza di evidenziare la natura fondamentale del diritto alla stabilità climatica; il suo essere basato su dati scientifici certi, non controversi né controvertibili; la sua appartenenza ai giovani: alle future generazioni. Ma le medesime associazioni si trasformano in qualcosa d'altro quando la Corte, con altrettanta perentorietà, afferma che i singoli non possono tutelare un diritto che è già soddisfatto dalla tutela collettiva o dalla *class action*, non potendo i singoli, fino a prova contraria, vantare una titolarità diversa da quella già adeguatamente rappresentata dall'ente esponenziale.

In questo inaccettabile "doppio cieco", sta forse il vero problema di fondo.

Esplorato fino alle sue radici più profonde, l'affresco che ci viene restituito dalla *climate change litigation* non è dunque privo di tinte opache e può persino prestarsi al sospetto di discriminazioni: le organizzazioni non governative ricevono dalla giurisprudenza climatica un incondizionato riconoscimento di rappresentatività sociale. Nella misura in cui questa rappresentatività è ottenuta grazie alla esclusione dell'azione diretta dei rappresentati, ottengono anche e forse soprattutto "potere", per il solo fatto di trovarsi a decidere, in

51 Corte distrettuale di Hague, 14 giugno 2015, cit., punto 4.95.

52 Come si proclamavano le quattro associazioni ricorrenti (Oxfam France, Notre Affair à Tous, Fondation pour la Nature et l'Homme, Greenpeace France), nel giudizio concluso dalla sentenza del Tribunale Amministrativo di Parigi, cit.

perfetta autonomia, ciò che i singoli non potranno mai stabilire: se, quando, chi, conviene citare in giudizio, quali soglie di riduzione delle emissioni individuare, entro quale anno programmare il risultato; quali interessi, insomma, concretamente "filtrare" ai fini del processo contro i presunti responsabili del riscaldamento globale[53].

Riguardata da questa angolazione, la rapidità della diffusione transcontinentale dei movimenti per la giustizia climatica potrebbe essere addirittura rappresentare l'occasione per riflettere sulla effettiva democraticità della collettivizzazione degli interessi diffusi e per chiedersi se l'ambientalismo climatico sia sempre e in ogni caso un ambientalismo partecipativo o non mostri, piuttosto, la vocazione di un ambientalismo deliberativo e "competitivo". Ma questa è una distinta problematica, che dovrebbe essere affrontata con una diversa impostazione e più appropriate metodologie di ricerca.

Ciò che qui premeva argomentare è l'auspicio che l'impegno dei giuristi nella questione climatica abbia sempre la spregiudicatezza di andare oltre la celebrazione della sentenza "storica" o esemplare, per cogliere piuttosto altri segnali. Il plauso non può essere incondizionato, ad esempio, nel vedere il successo delle organizzazioni ambientaliste contro lo Stato, quasi si trattasse automaticamente di una vittoria dei diritti fondamentali, anziché di un passo segnato, come molto spesso accade, dal mantenimento di schemi individualistici tradizionali.

La vocazione dei diritti fondamentali a muoversi «verso il giudizio immediato, condotto con metodo casistico, piuttosto che verso la politica democratica», mette i diritti fondamentali medesimi «a rischio di una inestricabile contraddizione: perché quel che dovrebbe avere sicurezza in modo uniforme, nutrendo ambizioni persino di universalità, può dipendere da soluzioni puntiformi e asistematiche, in quanto calibrate su di una specifica controversia o contesa.

Sotto questa angolazione, il pericolo è che l'offuscarsi della sovranità, nonché delle nozioni stesse di 'popolo' e di 'nazione' che ne avevano alimentato l'ideale, lasci i diritti fondamentali orfani dello Stato, privi di quelle risorse che lo Stato sovrano ha assicurato alle libertà dell'uomo.

La presenza dello Stato (…) è una presenza non solo rilevante ma che resta, storicamente e attualmente, di cruciale importanza, per il diritto e per le sorti della compagine sociale»[54].

Il 2021 è stato l'anno della giustizia climatica; ma ha anche segnato i limiti e forse la "crisi" di questo fenomeno. La pretesa delle associazioni di trasformare i dati scientifici in norme giuridicamente vincolanti si è tradotta in vittorie "storiche". Ora che si hanno le sentenze, tuttavia, ci si accorge anche – leggendole con la dovuta obbiettività – che una troppo disinvolta valutazione d'assieme sulla giustizia climatica corre il pericolo di risolversi in un ritorno a schemi individualistici superati e, in ogni caso, rischia di dissimulare «un abbaglio, un difetto di percezione causato dalla enormità del fenomeno»[55].

53 In argomento, per una prospettiva anche (e giustamente) critica sul fenomeno delle azioni giudiziarie intentate dai gruppi di pressione, C. HARLOW, *Public Law and Popular Justice*, in *Modern Law Review*, 2002, p. 1 ss.
54 V. ANGIOLINI, *I diritti dell'individuo*, Giappichelli, Torino, 2005, 110, p. 111.
55 R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, Milano, 2021, p. 206.

SOSTENIBILITÀ DELL'ORDINAMENTO CIVILE E SOSTENIBILITÀ DELL'ORDINAMENTO SOCIALE NELLA PROSPETTIVA DEL GIUSLAVORISTA.

Stella Laforgia

Abstract (italiano). Il saggio s'interroga sulle connessioni tra la prospettiva civilistica e quella giuslavoristica in tema di "sostenibilità". Il diritto del lavoro è, infatti, l'ambito nel quale si sperimenta continuamente e problematicamente la compatibilità delle ragioni dell'impresa con le tutele del lavoro e quella dell'interesse del datore nell'esercizio dei suoi poteri con la dignità dei lavoratori.

Abstract (english). The paper analyses the connections between a Civil law and a Labour law perspective on the topic of "sustainability". As a matter of fact, Labour law is the field in which the compatibility of the business needs with labour protections, as well as entrepreneurial powers with the workers dignity, is continuously and problematically tested.

SOMMARIO: 1. Il punto di partenza: la sostenibilità e la "scivolosità" di un lemma polisenso. **– 2.** Il coinvolgimento della persona nel rapporto di lavoro e le strettoie del diritto civile. **– 3.** La svolta della Costituzione: dalla logica "proprietaria" a quella dell'essere. **– 4.** La dignità sociale: nozione. **– 5.** La dignità sociale: qualificazione giuridica ed estensione. **– 6.** La dignità sociale e il suo ruolo: il contenuto essenziale dei diritti fondamentali. **– 7.** Il ripensamento delle tecniche regolative dei rapporti di lavoro quale esempio di ortopedia dell'interprete rispetto al principio della dignità sociale. **– 8.** Qualche considerazione a mo' di breve conclusione.

1. **Il punto di partenza: la sostenibilità e la "scivolosità" di un lemma polisenso.**

Il discorso sviluppa il tema della "Sostenibilità" nell'ambito dell'ordinamento civile quale principio utile a garantire l'equilibrio nel bilanciamento dei valori riconosciuti nelle carte fondamentali nazionali ed uni-europee[1]. Infatti, se tutti gli ordinamenti europei sono

. Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

1 Si prende spunto dal saggio, molto eloquente sin dal titolo, di E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018.

ormai attraversati dalla polarizzazione "persona-mercato", occorre individuare il "bene" incomprimibile alla cui tutela tutto il Diritto deve essere orientato. Tale "bene" viene condivisibilmente rinvenuto nella tutela della persona e della dignità: «Imprimere la funzione personalistica alle istituzioni costituzionali e a quelle unionistiche, come avviene nelle carte fondamentali e nei trattati (i richiami alla persona e alla dignità sociale sono espliciti) significa assegnare un ruolo sistemico alla persona, come individuo e come essere sociale. L'ordinamento deve difendere la persona dallo Stato e dal mercato»[2].

L'uomo, dunque, diventa limite invalicabile rispetto agli "agenti" esterni ma è, altresì, limite per se stesso o, meglio, misura di sé: «Questa dipendenza dell'uomo dall'uomo è l'in sé della dimensione sociale che qualifica e completa la persona»[3]. Se così è, la sostenibilità è la caratteristica di ogni ordinamento, che assicura l'equilibrio tra le istanze (egoistiche e finite) della persona e quelle (comunitarie ed imperiture) dell'umanità[4].

La sostenibilità, invero, è lemma polisenso e variamente declinabile; se nasce con particolare riferimento all'ambiente – laddove in modo plastico la finitudine delle risorse mette a repentaglio la sussistenza del pianeta e dei suoi abitanti – si è via via allontanato dal suo ambito originario ed è stato trasposto e adattato ai settori più vari[5].

Ogni volta in cui l'utilizzo di una risorsa, di mezzi e sistemi può non essere compatibile con gli interessi, i più vari, di una collettività più ampia, allora si pone un problema di sostenibilità.

In generale, però, nel nostro ordinamento, la sostenibilità assume una sfumatura inevitabile e conseguente al carattere costituzionalmente e costitutivamente "sociale" dello stesso[6].

Da questo punto di vista, il concetto non solo non è estraneo al diritto del lavoro, ma anzi, esso è quasi implicito nello stesso, laddove, tuttavia, la sostenibilità, se non arriva ad avere un'accezione negativa, comunque segna il confine dell'espansività dei diritti sociali.

Prima facie, nel diritto del lavoro il principio di sostenibilità sembrerebbe funzionare, almeno all'apparenza, in modo contrario. E cioè, posto che il nostro è un ordinamento sociale e data per assodata la tutela dei diritti sociali, questa incontra un limite nella sostenibilità *id est* compatibilità economica della stessa con i vincoli economici[7].

2 E. CATERINI, *op. cit.*, pp. 14-16.

3 *Ivi*, p. 18.

4 In tal senso anche E. CATERINI, *La 'sostenibilità' nell'esperienza giuridica contemporanea. In occasione della discussione svoltasi nell'Ateneo barese*, in D.A. BENÍTEZ, C. FAVA (a cura di), *Sostenibilità: sfida o presupposto?*, Milano, 2019, p. 77 ss., spec. p. 88: «La sostenibilità dà rilevanza ed efficacia giuridica non solo alla giustizia tra le parti, ma anche a quella delle parti con la comunità di appartenenza; avvia il processo di superamento della desostanzializzazione del diritto; ne rende consustanziale il senso del dovere come debito verso il prossimo attuale e futuro. Essa è l'analisi sociale del diritto».

5 Sulla pluridimensionalità (ambientale, economica, sociale, culturale) della nozione di sostenibilità, cfr. M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, 3, p. 4 ss., spec. p. 7 ss. Più in particolare, sulla sostenibilità giuridica, intesa come «necessità di adattare le categorie alla domanda di giustizia», si veda G. PERLINGIERI, *«Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti». A margine di un recente libro*, in *Foro nap.*, 2020, p. 101 ss.; quanto al problema della sostenibilità del diritto per la società, provocato dalla iperproduzione di diritti e doveri, che caratterizza lo stato di emergenza sanitaria da pandemia, cfr. E. SCODITTI, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, in *Quest. giust.*, 2020, 2, p. 31 ss.

6 Con riguardo al nostro ordinamento, connette proprio i principi costituzionali al contratto nel prisma della sostenibilità M. PENNASILICO, *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016; ID., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Pers. merc.*, 2015, 1, p. 37 ss.

7 A tal proposito, cfr. M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Bari, 2013. Pone lo stesso tema con una chiave di lettura abbastanza inedita per i giuslavoristi, P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e*

Fatta questa annotazione, volta più che altro a mettere in guardia rispetto alla "scivolosità" del tema, si può dire che il lavorista trova molte più assonanze che differenze nell'approccio civilistico centrato appunto sulla Persona, specie in frangenti di debolezza, poiché il diritto del lavoro, essendo fatto della materia dei diritti sociali, ha tradizionalmente e, diremmo, fisiologicamente, posto al centro del suo *episteme* proprio la persona[8].

Si comprende bene, allora, quanto sia determinante la consapevolezza che attraverso la sostenibilità si compie un'opera (necessaria) di differenziazione, dal momento che il mercato, e la logica mercantile in generale, omologano e, ricorrendo alla *fictio* giuridica, rendono formalmente uguali i soggetti di diritto: «Il mercato omologa ed è compatibile con l'uguaglianza formale. Esso implica un processo di standardizzazione dei comportamenti umani per essere qualificabili e prevedibili. Richiede una finzione da imporre alla società. In detto imperativo non può distinguere le cose dalle persone, tutte funzionali alla produzione ed oggettivizzate. Sono tutti mezzi di un unico fine, la produzione»[9]. Il principio personalistico, invece, assegna un ruolo sistemico alla persona, come individuo e come essere sociale[10].

Ebbene, il diritto del lavoro è il diritto diseguale per eccellenza: a differenza della regolazione degli altri contratti, esso riconosce una tutela particolare al lavoratore quale contraente debole per sollevarlo quanto possibile dalla condizione nella quale è posto, alla mercé del potere datoriale. Un diritto diseguale, che ha sempre dovuto fare i conti con un inciampo: l'implicazione della persona nel rapporto di lavoro, laddove la persona non è disgiungibile, appunto, dalle sue energie.

Dunque, il ricorso anche per il diritto del lavoro ad una *fictio*.

2. **Il coinvolgimento della persona nel rapporto di lavoro e le strettoie del diritto civile.**

La persona coinvolta e immanente nell'erogazione di energie psico-fisiche pone, come detto, una specificità rispetto al diritto di tutti gli altri contratti, "risolta", guarda caso ricorrendo alla *fictio*.

Le costruzioni codicistiche avevano fatto ampio ricorso, per quanto riguarda il lavoro, alla *fictio*; è avvenuto sia nel codice del 1865 con l'utilizzo della *locatio operarum*, in virtù della quale le energie psico-fisiche del lavoratore si locano, ed ancora avviene con l'introduzione formale della subordinazione *ex* art. 2094 c.c., con la quale, pur facendo un passo in avanti rispetto alla *locatio*, si formalizza comunque, nell'ambito dell'impresa, il

ambiente, Bergamo, 2018.

8 La riflessione sulla sostenibilità, in ragione del pieno sviluppo e della dignità della persona, è assolutamente presente nel diritto del lavoro; si pensi, oltre a V. CAGNIN, *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*, Milano, 2018, a B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *csdle.lex.unict.it/*, 20 maggio 2020, e all'ampio dibattito che ne è seguito. A questo proposito, cfr. A. SIMONAZZI, *Recensione a B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 2020, 4, p. 819 ss.; F. CARINCI, *Un invito alla discussione: il manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *Arg. dir. lav.*, 2020, 5, p. 1039; P. TOSI, *Qualche riflessione a proposito del "*Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*" di B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2020, 3, p. 1 ss.

9 E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile*, cit., p. 14.

10 Sul primato della persona, come significato più profondo della legalità costituzionale, si rinvia, per tutti, a P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972; parziale rielaborazione in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 5 ss.

rapporto di potere di un contraente, il datore di lavoro, sull'altro, il lavoratore, in una logica, fittizia, di parità formale tra le parti.

Il diritto post-costituzionale rimuove con forza la patina codicistica dell'uguaglianza formale, riconoscendo e sostenendo il contraente debole. Ed infatti, quando la scienza giuridica ha superato la configurazione del lavoro come proiezione dello *status* tipica dell'*ancien régime*[11] e ha inserito il lavoro nelle strettoie della dimensione contrattuale, è incorsa immediatamente negli inciampi di uno schema pensato per le cose e non per le persone[12]. Indipendentemente dal contratto preso come riferimento – se quello di compravendita[13] o quello di locazione[14] – è il coinvolgimento o, meglio, l'implicazione della persona nel rapporto di lavoro ad essere fuori asse rispetto ad un contratto che separava indebitamente l'oggetto (le energie psico-fisiche) dal soggetto (la persona del lavoratore). Insomma, la logica proprietaria del diritto borghese non poteva risolvere il problema dell'impossibilità di separare il lavoratore dal suo lavoro, benché a ciò si volesse giungere proprio per spersonalizzare il rapporto contrattuale ed evitare che il potere del datore sul lavoro reificato diventasse signoria sul lavoratore.

Invero, fino a quando si è rimasti imbrigliati nella logica proprietaria dell'avere, i termini della questione sono stati condannati a rimanere immobili. È necessario spostarsi dalla logica dell'avere a quella dell'essere[15]. È, infatti, il coinvolgimento dell'intera persona il dato insopprimibile del contratto di lavoro subordinato: la forza lavorativa della persona si compone delle sue attività fisiche e spirituali[16].

Se è così, il potere del datore di organizzare i fattori della produzione e di conformare la prestazione di lavoro alle esigenze dell'impresa finisce per estendersi alla persona del lavoratore[17]; a questo proposito, la prestazione risulta particolarmente duttile, in quanto

11 M.G. GAROFALO, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 9 ss.

12 A. SUPIOT, *Homo Juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006, p. 31 ss.

13 F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 354 ss., spec. p. 389.

14 L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 2ª ed., 1915, I, p. 440 ss.

15 «Il diritto del lavoro non ha nulla a che vedere col diritto delle cose. Checché ne pensi quell'ottimo giurista che è il Carnelutti, io credo proprio che abbia ragione Sinzheimer di lodare il Lotmar, per aver unificato il contratto di lavoro […] e con ciò aver separato nettamente in due categorie distinte il diritto del lavoro (obbligazioni) e il diritto delle cose»: così L. BARASSI, *op. cit.*, p. 468. Per un'accurata lettura dell'*imprinting* germanico della fondazione del diritto del lavoro italiano, L. GAETA, *Lodovico Barassi, Philipp Lotmar e la cultura giuridica tedesca*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 165 ss., e più recentemente, ID., *L'influenza delle culture giuridiche straniere sul diritto del lavoro italiano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2015, 6, p. 205 ss. Sul passaggio dalla garanzia dell'avere a quella dell'essere, v. M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, Suppl. n. 3, p. 15 ss., spec. pp. 22-23.

16 Cfr. C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, p. 222; M. NAPOLI, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in AA.VV., *Le ragioni del Diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Milano, 1995, p. 1051 ss., spec. p. 1110; M. GRANDI, *"Il lavoro non è una merce". Una formula da rimeditare*, in *Lav. dir.*, 1997, 4, p. 557 ss., spec. p. 574 e ID., *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 309 ss., spec. p. 311, secondo il quale «l'immanenza dell'attività lavorativa nella persona implica l'impossibilità secondo l'ottica naturalistica di separare il profilo del lavoro-soggetto dal profilo del lavoro-oggetto, cioè il lavoro come attività oggettivabile dal lavoro come espressione inoggettivabile della persona»; M.V. BALLESTRERO, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, II, 1, *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Fernando, C. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011, p. 855 ss. Svela, patriotticamente, le origini dell'assimilazione del principio nella Dichiarazione di Philadelphia del 1944 dell'OIL, P. O'HIGGINS, *"Il lavoro non è una merce". Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, p. 295 ss.

17 Sul potere conformativo del datore di lavoro, nel corso del rapporto di lavoro, v. L. NOGLER, *Contratto di lavoro e organizzazione al tempo del post-fordismo*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, I, p. 884 ss., spec. p. 888.

solo genericamente dedotta nel contratto a seconda delle esigenze dell'organizzazione produttiva. Il potere datoriale, dunque, sta nel contratto e ne è elemento essenziale: non sta fuori di esso, né è accidentale[18].

Pertanto, nel contratto di lavoro il potere si incunea nella carne viva dei lavoratori e non c'è *fictio* che possa aderire autenticamente a questo[19]; su tale rappresentazione si innesta la rilettura costituzionale delle norme in materia di lavoro[20].

3. **La svolta della Costituzione: dalla logica "proprietaria" a quella dell'essere.**

La Costituzione italiana, a differenze delle costituzioni liberali, assume quale prototipo al quale rivolgersi per affidargli la ricostruzione economica, sociale, culturale e giuridica dopo le macerie del secondo conflitto mondiale, l'uomo che lavora. Di qui anche il senso dell'art. 1 che, quale estrinsecazione di una scelta eccentrica rispetto alle altre costituzioni post-belliche, riconosce proprio il lavoro elemento fondativo della democrazia repubblicana.

È nella Costituzione, infatti, che il lavoro e il lavoratore umanizzati vengono visti come un tutt'uno indissolubile. Al lavoro, perciò, non si attribuirà più soltanto la funzione di elemento del mero scambio di mercato; ad esso, superando ormai la logica dominicale, si riconosce l'assoluta implicazione della persona umana (che lavora) ed è proprio questo specifico che tutela[21].

Da quel momento in poi le norme, quelle codicistiche ma, soprattutto, la legislazione "speciale" extracodicistica, costituiscono l'apparato normativo che funge da sostegno del lavoratore sia rispetto agli ambiti extralavorativi – prima che questi acceda al rapporto di lavoro e nei periodi di temporanea sospensione o definitiva cessazione di questo – sia nel rapporto di lavoro.

In particolare, rispetto a questo secondo profilo, le norme costituzionali esplicitano un'opzione etica attraverso la quale puntellano estensione e modalità di esercizio del potere del datore di lavoro per limitarne e controllarne gli effetti sulla sfera del lavoratore.

In altri termini, è nella prospettiva della centralità della persona che assume rilievo essenziale, nell'ambito della Costituzione italiana, il principio lavoristico secondo il quale lo sviluppo della persona e il suo accesso ai circuiti sociali e politici passa attraverso il lavoro, unico strumento – in sostituzione della proprietà e del censo – a garantire il pieno sviluppo della persona, non solo come individuo.

Il lavoro di cui parla la Costituzione rifugge, perciò, dalla possibilità di essere merce tra le merci, oggetto di uno scambio libero e diseguale tra le parti, al pari, altresì, della retribuzione che non può costituire in questa "nuova" logica il mero punto di intersezione tra la domanda e l'offerta di lavoro[22].

---

18 Cfr. M.G. GAROFALO, *Libertà, lavoro e imprese*, in *Dir. rom. attuale*, 2006, 15, p. 117 ss.

19 Sulla de-oggettivazione, cfr. A. SUPIOT, *Homo Juridicus*, cit., p. 31 ss.; V. BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari, 2008.

20 In generale, sul tema, v. R. SCOGNAMIGLIO, *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, p. 375 ss.

21 M. GRANDI, *"Il lavoro non è una merce"*, cit., p. 569.

22 Si veda il saggio di G. RICCI, *La retribuzione in tempi di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 113/2014, nel quale emerge lucidamente quanto la retribuzione sia uno

Perché ciò si realizzi, ci si deve interrogare su quali connotati il lavoro debba avere o meglio a quali "qualità" non possa rinunciare per corrispondere a quell'idea, poco astratta e molto concreta, della Costituzione. Esso, infatti, non è un lavoro "*senza qualità*"[23].

Non si rinviene alcun elenco di caratteristiche, ma viene espresso un principio di fondo che permea di sé tutte le disposizioni in materia di lavoro. Il lavoro, di cui parla la Costituzione, non ammette mortificazioni; il lavoro è lo strumento che permette alla persona innanzi a se stessa e agli altri di assumere dignità ed in particolare dignità sociale.

È proprio in questo che si saldano il principio lavoristico e quello personalistico: la persona acquista dignità sociale attraverso il lavoro e, dunque, colui che lavora è al centro del discorso costituzionale. Se così non fosse, ancora nulla sapremmo del lavoro.

4. **La dignità sociale: nozione.**

Per comprendere che cosa identifichi la dignità sociale, nell'ottica costituzionale, occorre prendere le mosse dall'art. 3 Cost., in cui la dignità, appunto, si accompagna al potente aggettivo «sociale»[24]. L'espressione «pari dignità sociale» sostituisce, invero, quella originariamente proposta nella Prima sottocommissione e cioè «Diritto ad eguale trattamento economico», quasi del tutto coincidente con il già espresso principio di uguaglianza e ritenuta meno efficace nell'esprimere la ferma volontà di assicurare alla persona una specifica tutela non solo sul piano individuale ma, soprattutto, su quello sociale[25].

Ecco, allora, la singolarità della scelta della Costituzione italiana: la dignità è sociale in quanto riferita all'uomo, giammai chiuso solipsisticamente nella sua individualità, ma *in societate*, in comunione, cioè con gli altri simili. Il riconoscimento della dignità è, in questo caso, connesso alla condizione del soggetto come termine di relazione con le forme ed i modi in cui si organizza la società[26].

---

degli istituti del rapporto di lavoro tra i più esposti alle spinte al ribasso perpetrate in nome della crisi. Tali spinte prendono forme diverse: dall'erosione del trattamento "minimo" contrattuale fino al blocco salariale nella Pubblica Amministrazione e all'apposizione del "tetto" alla rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici. V. altresì ID., *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Torino, 2012. Sul tema, si leggano anche gli spunti interessanti di C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa*, Torino, 2013.

23 Un lavoro "senza qualità" o un lavoro "purchessia", come si è già avuto modo dire in S. LAFORGIA, *Il lavoro dignitoso, il lavoro decente e il lavoro purchessia*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Bruno Veneziani*, Bari, 2012, p. 165 ss. e in *Lav. giur.*, 2012, 1, p. 129 ss.

24 Per lo sviluppo del ragionamento sulla dignità sociale, sia consentito il riferimento a S. LAFORGIA, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, Napoli, 2018.

25 V. A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, p. 117 ss.; C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966; G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, p. 1089 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Art. 3*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 13 ss.; più recentemente, G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 1, p. 45 ss.; S. NICCOLAI, *Principio di pari dignità sociale e giudizio di costituzionalità*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, III, Napoli, 2012, p. 2213 ss., nonché EAD., *Versatilità dei principi "anticaste". Riconsiderando la proposta interpretativa di Claudio Rossano in tema di pari dignità sociale*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, I, Napoli, 2013, p. 405 ss.; P.F. GROSSI, *Ancora in tema di eguaglianza giuridica e di parità sociale*, *ivi*, p. 207 ss.; cfr. anche G. SCACCIA, *Dignità umana e giudice amministrativo*, in R.G. RODIO, V. TONDI DELLA MURA, I. LOIODICE, F. VARI (a cura di), *Studi in onore di Aldo Loiodice*, II, Bari, 2012, p. 1089 ss.

Con il riferimento alla dignità sociale, la Carta fondamentale pone davanti a sé un obiettivo profondamente diverso da quello fino a quel momento rappresentato nel *logos* giuridico; infatti, con questa formula si unisce la tutela della persona quale individuo e la sua posizione nella società, saldandosi, così, in un'unica prospettiva gli artt. 2 e 3 Cost., poiché l'uguaglianza, non più solo formale, si estende ai singoli ma anche alle formazioni sociali nelle quali questi entreranno a far parte[27].

Anche le formulazioni di cui agli artt. 36 e 41 Cost. portano a considerare quanto il dato letterale ponga l'accento su una dimensione *fisiologicamente* sociale della dignità. Nel primo caso, è evidente la interrelazione indissolubile che, ancora una volta, viene stabilita tra la vita dell'uomo e il suo lavoro. Non si tratta, tuttavia, di vita *nuda*, ma degna, poiché libera di esprimersi in tutte le sue manifestazioni, non soggiogata dal bisogno dal quale si è liberati attraverso il lavoro.

Si sancisce il passaggio definitivo dalla prospettiva dell'avere a quella dell'essere, secondo la quale è soltanto attraverso il lavoro che si raggiunge pienamente una condizione di vita dignitosa, che trascende l'individualità, consentendo l'accesso e la partecipazione attiva alla comunità[28].

A questo proposito, non è dirimente individuare il modello economico di riferimento del dettato costituzionale, ovvero se quest'ultimo, comprendendo la piena occupazione di matrice keynesiana, fosse in qualche misura necessariamente legato al lavoro; sappiamo, infatti, che non si trattava soltanto di un modello economico, ma proprio di un paradigma sociale e politico, nel quale il lavoro è lo strumento privilegiato attraverso cui garantire il godimento dei diritti fondamentali[29].

Il lavoro è così lo specchio bifronte che consente al lavoratore di inverare la propria personalità - quindi di realizzare e "vedere" se stesso - ma anche di riflettere questa immagine all'esterno, ottenendo considerazione sociale, l'onore *id est* quel valore sociale che, se leso, lo priverebbe della dignità davanti a sé e agli altri[30].

Non può darsi della dignità sociale, allora, una lettura riduttiva, quasi che si trattasse di dare rilievo solo alle condizioni materiali dell'esistenza; «si è, invece, di fronte ad una

26 Invero, non è mancato chi, invece, ha ritenuto questa forma di dignità debole *ex se*, essendo duplicazione di una tutela già esistente, ed ha ricondotto il riconoscimento della pari dignità sociale ad una affermazione di uguaglianza in astratto: v. P. BISCARETTI DI RUFFÌA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1958, p. 604 ss.

27 Mette bene in rilievo il carattere "relazionale" della dignità nella prospettiva della Costituzione italiana, A. APOSTOLI, *Dignità della persona:* superiorem non recognoscens *(almeno per il costituzionalista)*, in V. ONIDA, *Idee in cammino. Il dialogo con i costituzionalisti bresciani*, Bari, 2019, p. 219 ss. Sempre rispetto a questa declinazione di dignità, più risalente, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 202, che parla di «dignità sociale» proprio in termini di obiettivo per l'ordinamento.

28 Sulla dignità, con specifico riferimento al rapporto di lavoro, cfr. I. PICCININI, *Sulla dignità del lavoratore*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 3, p. 739 ss.; R. CASILLO, *La dignità nel rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 71/2008; B. VENEZIANI, *Il lavoro tra l'*Ethos *del diritto ed il* pathos *della dignità*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 257 ss.; M.L. VALLAURI, *L'argomento della dignità umana nella giurisprudenza in materia di danno alla persona del lavoratore*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 659 ss.; O MAZZOTTA, *La dignità umana come diritto fondamentale e il sistema delle fonti*, in *Quest. lav.*, 2011, 5, p. 1 ss.; C. DUPRÈ, *Le respect de la dignitè humaine: principe essentiel du droit du travail*, in *Rev. dr. travail*, 2016, p. 670 ss.

29 Cfr. O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, p. 57 ss.

30 In questo senso, G. FERRARA, *La pari dignità sociale*, cit., p. 1089; C. DRIGO, *La dignità umana*, in L. MAZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, p. 188.

modalità essenziale della collocazione della persona all'interno del complessivo sistema di relazioni in cui si trova ad operare, dunque della sua stessa qualificazione giuridica»[31].

Da tutto il reticolato costituzionale emerge, con vigore e plasticità, a partire dall'art. 2 Cost., un dialogo tra consociati nel quale l'individuo sociale è pienamente inserito come titolare di diritti inviolabili, ma anche di doveri inderogabili di solidarietà: individualità e relazionalità diventano le due dimensioni della persona[32].

Con questo modello di riferimento, la dignità sociale, innanzitutto, diviene una nozione eticamente apprezzabile, ma anche giuridicamente spendibile. Essa funge da strumento valoriale idoneo a selezionare gli interessi rilevanti e, ad un tempo, fornisce una traccia per valutare e dirimere gli eventuali conflitti, sia tra soggetti privati che tra questi e l'ordinamento pubblico[33].

Se così non fosse, non avrebbe alcun senso invocarla.

Essa è una formula avente carattere normativo ma di cui occorre determinare con nettezza anche la sua "estensione".

5. **La dignità sociale: qualificazione giuridica ed estensione.**

Se ne può assumere una portata "massima" e cioè assoluta[34], di cui è possibile predicare la forza di giustificazione e legittimazione dell'ordinamento che la assume come tale; peraltro ascriverebbe alla stessa dignità un contenuto certo e determinato. E tuttavia, così individuata, risulterebbe rigida ed il suo funzionamento andrebbe incontro ad una pluralità di limiti. Sarebbe una dignità tirannica ed assorbente anche rispetto alla sfera volontaristica del soggetto titolare, spogliato del tutto, a quel punto, del potere di disporne.

Ritenere sempre e comunque prevalente la dignità condurrebbe il ragionamento ad una presa di posizione aprioristica ed "ideologica" che non si confà alla scelta pluralistica di fondo della Costituzione che, in ogni caso, ammette la compresenza di più principi (seppure, come vedremo meglio, non in una posizione equiordinata).

Non solo, una simile prospettazione, oltre ad essere frustrata nell'elevata possibilità di rimanere, nella sostanza, ineffettiva, potrebbe addirittura rivelarsi controproducente se,

31 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2013, p. 156.

32 Anche su questo punto, appare straordinariamente efficace il riferimento di S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 157, all'antropologia: «La riflessione antropologica (ancor prima e ancor meglio di quella giuridica, ndr) ci aiuta a mettere a fuoco questo punto. È qui che si decide se la persona è una realtà individuale, inscindibile (come da "noi" si ritiene che sia) oppure se, invece, è una realtà composita, "individuale", fatta per esempio con le relazioni di cui la persona è composta».

33 S. TARANTO, *Le insidie della dignità umana e la sua funzione*, in *Ragion pratica*, 2017, 1, p. 169 ss., spec. p. 172 («Il carattere normativo della dignità fa sì che essa diventi utilizzabile dal momento che è funzionale all'individuazione del trattamento che l'ordinamento deve riservare ad ogni essere umano; essa non può essere una formula puramente descrittiva né tantomeno può coincidere con uno stato di cose, una proprietà o una condizione dell'uomo né può essere fideisticamente considerata una caratteristica connaturata all'esistenza umana»).

34 Per la determinazione dell'estensione del concetto di dignità sociale e per la contestuale qualificazione giuridica della stessa, v. B. MALVESTITI, *La dignità umana dopo la "Carta di Nizza". Un'analisi concettuale*, Napoli-Salerno, 2015, p. 125, che in una prospettiva teoretica ne analizza tutte le possibili varianti; tra queste, la dignità: «1) può essere contenuta in una norma materiale suprema (è questo l'esempio dell'art. 70 della Costituzione tedesca che vieta ogni modificazione costituzionale che intacchi il principio di dignità costituzionale contenuto nell'art. 1 della stessa); 2) può essere una norma assiologica suprema frutto di accordo generale degli interpreti; 3) o norma assiologica suprema "*in re*" nel senso che la dignità è un valore in sé indipendentemente dal fatto che essa risulti positivizzata o meno nell'ambito degli ordinamenti giuridici».

cioè, non si ammettesse la possibilità di applicazione modulata nell'interesse del lavoratore medesimo[35].

Lo stesso rischio si presenta se, in una prospettiva totalizzante, la dignità viene considerata quale valore super-costituzionale, che si sottrae a qualsiasi modulazione e bilanciamento, divenendo essa stessa bilancia; la *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di misurazioni e riduzioni[36].

Seppure suggestiva, l'idea della dignità quale bilancia non solo sconta i limiti già messi in evidenza a proposito dell'estensione massima di essa, ma di fatto nulla aggiungerebbe al contenuto effettivo da attribuirle o alla funzione che essa potrebbe svolgere. Infatti, così indeterminata, diventa inutilizzabile: si tratterebbe di un principio talmente "alto" da essere irraggiungibile. Si ritornerebbe, sul piano giuridico, a quella evanescenza che si è paventata a livello concettuale. In fondo, dal sovraccarico funzionale alla negazione di qualsiasi funzione il passo è breve[37].

Per questi motivi, la dignità sociale non può essere configurata quale principio supremo o super-principio, né tantomeno considerata quale bilancia medesima. Essa non garantisce il godimento di tutti i diritti fondamentali intesi nella loro pienezza ed assolutezza[38].

35 Se si ipotizzasse la dignità sociale sempre e comunque prevalente, senza possibilità di graduazione, non si ammetterebbe alcuna "applicazione" parziale o, meglio, modulata. Si pensi a quanto questo possa ridondare a detrimento del lavoratore, dal momento che il diritto del lavoro spesso conosce l'applicazione della regola del "meglio ferito che morto" (come nel caso del *repêchage* con demansionamento per evitare il licenziamento laddove, ovviamente, rimane fermo che quest'ultimo rappresenta l'*extrema ratio*). Anche se si adottasse l'accezione oggettiva di dignità, il risultato sarebbe lo stesso; si pensi alle questioni di bioetica, laddove la concezione assoluta di dignità troverebbe applicazione, d'*imperio*, indistintamente a tutti i soggetti viventi (si guardi, ad esempio, al tema degli embrioni).

36 Questa è la posizione di G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *www.rivistaaic.it*, 2008, p. 2, per il quale: «Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima. […] Sia che la dignità trovi posto nella Costituzione per mezzo di una disposizione esplicita, come avviene, ad esempio, nella Costituzione tedesca, in quella portoghese ed in quella spagnola (ed in tante altre), sia che la stessa sia un implicito presupposto della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, come avviene nella Costituzione italiana, il punto fondamentale è che la sua intangibilità entrerebbe in contraddizione con l'essere considerata frutto di una volizione soggettiva, fosse anche del potere costituente». Nello stesso senso, cfr. G. LANEVE, *L'attenzione sui diritti sociali, paradigma di un tempo*, in *federalismi.it*, 2014, p. 16, secondo il quale «solo in questi termini si coglie la portata vera e concreta della dignità umana quale "valore supercostituzionale" che "assolve alla funzione di norma di chiusura sostanziale o principio/valore riassuntivo e fondante la natura teleologicamente personalista del nostro ordinamento". Un valore che si esprime in un *diritto alla* dignità, ma che si traduce al tempo stesso in un *dovere alla* dignità: è, meglio, "*punctum unionis* dei diritti e dei doveri costituzionali". Dovere che si traduce, quando le condizioni socio-economiche costringono a, in una vera e propria "lotta alla povertà"».

37 Valga il monito di W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars Interpretandi*, 2005, 10, p. 125, per il quale «Chi arricchisce i suoi deboli argomenti con la dignità umana, e arricchisce con esse le sue malferme catene argomentative, danneggia non solo il discorso ma anche la concezione della dignità umana». Si veda recentemente anche G. CRICENTI, *La dignità nel biodiritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 2, p. 95 ss., il quale ritiene in maniera *tranchant*: «La dignità invero è un concetto inutile. Essa niente aggiunge ai diritti che l'ordinamento riconosce all'individuo, né può costituire di per sé fonte di diritti nuovi, non previsti dalla legge. E ciò almeno per due ragioni. Da un lato, se sono violati tutti i diritti, a che serve il rispetto della dignità? E viceversa, una volta che tutti i diritti di un individuo siano stati rispettati, a che serve rispettare ulteriormente quello alla dignità? La violazione di ogni diritto è già violazione della dignità, ed il rispetto dei diritti è di per sé rispetto della dignità».

38 Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 43 («Invero, se i diritti fondamentali sono in una democrazia i principali veicoli procedurali della volontà e delle preferenze dei singoli e dei gruppi sociali di cui si compone il popolo, la loro astratta e illimitata potenzialità, pur ammessa in via di principio, incontra inevitabilmente limiti di valore in mancanza dei quali quei diritti non potrebbero svolgere il suddetto ruolo, ma, poiché, questi valori pubblici o comunitari (in quanto limiti) non possono negare in maniera assoluta la libertà o la facoltà cui sono riferiti, è necessario ipotizzare che tra le une e gli altri si instauri una qualche azione di bilanciamento o

Se, però, per "reagire" a questa assolutezza, si sostenesse con altrettanta granitica nettezza che la dignità è sempre bilanciabile, essa diverrebbe comprimibile al pari di un qualsiasi diritto fondamentale. Non si può peraltro non evidenziare come la tecnica del bilanciamento si attagli ai diritti di libertà[39], e non a quelli sociali. Questi ultimi, infatti, sono tali in quanto riconosciuti dall'ordinamento, siano o meno a prestazione; essi si rivelano refrattari alla tecnica del bilanciamento se questa si riduce alla verifica della (mera) compatibilità economica degli stessi rispetto alle risorse pubbliche e, da ultimo, come noto, ai vincoli di bilancio.

Sotto altro profilo, la dignità quale principio (sempre) bilanciabile perde la sua funzione di principio unificante dell'ordinamento capace di coniugare il principio personalistico e quello lavoristico; viene meno, altresì, la sua portata di fondamento di giustificazione e validità materiale dell'ordinamento – quale architrave della democrazia - in quanto essa verrebbe ad essere *uno* dei principi o norme dell'ordinamento.

È evidente che la dignità nella sua versione "comprimibile" perde la sua *allure* e scade nell'indistinto assiologico; valore tra valori, principio tra principi. Anche in questo caso, bisogna ammetterlo, viene meno molta della sua utilità.

La "bilanciabilità" situa, dunque, la dignità in una prospettiva relativa e particolaristica con l'ulteriore limite dell'assoluta indeterminatezza del parametro di valutazione, dell'incertezza dei risultati e della possibilità che si verifichi il «doppio effetto», con ciò facendo riferimento ad esiti molto diversi a seconda dei casi o, addirittura, pervenendo a esiti salomonicamente inaccettabili anche qualora insorgano conflitti sulla tutela del medesimo concetto di dignità[40].

Il discorso secondo cui tutti i diritti sono, *naturalmente*, bilanciabili o lo debbano diventare per necessità, approda poi alla retorica del bilanciamento, che assume come inevitabile una ponderazione tra principi e tra diritti nella impossibilità di dare a tutti piena soddisfazione[41].

Ritenere ogni principio bilanciabile significherebbe ammettere che ogni valore è relativo, certo, ma anche che questo ha un «valore di scambio», dal momento che deve essere soppesato e valutato: è questa la "logica" della monetizzazione. In questa prospettiva, per evitare lo spettro della tirannia di un valore su di un altro, si mercifica ogni principio o diritto, con il rischio che alla fine possa prevalere l'economia, questa sì atteggiandosi, con le sue regole, a super-principio[42].

---

di compromesso, cioè di relativizzazione. Una relativizzazione che, come appare evidente, non nega affatto l'assolutezza o la primarietà dei diritti inviolabili o fondamentali, perché, mentre opera al livello del fondamento o della ragion d'essere, che restano pur sempre del tutto incondizionati, l'altra si muove piuttosto sul piano dei contenuti»).

39 Su questo spunto, cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento, (Giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 2, Milano, 2008, p. 185 ss.; F. LOSURDO, *La 'tecnica del bilanciamento' alla prova della "sua giustizia"*, in A. CANTARO (a cura di), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino, 2011, p. 222 ss.

40 È il caso delle "scelte tragiche", «in cui si può soddisfare una sola pretesa a scapito di altre. Si pongono difficoltà, ad esempio, allorché si prospetti la possibilità di ricorrere alla tortura fisica o alla violenza psicologica per ottenere delle informazioni utili per tentare di salvare persone in ostaggio o in pericolo di vita o d'intervenire con forza per neutralizzare il rischio del "*ticking bomb*", in cui si vede posta a repentaglio l'incolumità di persone innocenti»: così S. TARANTO, *Le insidie della dignità umana*, cit., p. 184, a proposito del «doppio effetto».

41 A tal riguardo, valgano le argute considerazioni di A. CANTARO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Giustizia e diritto*, cit., p. 4, il quale fonda la tecnica del bilanciamento su un dato fenomenologico, rappresentato dalla crescente domanda sociale di giustizia; il bilanciamento diviene l'approdo giuridico di sempre più pressanti istanze di tutela di interessi e di «riparazione» di «ingiustizie», «richieste di regolazioni e di provvedimenti giudiziari diretti a "moralizzare" l'economia, la società civile, le sue istituzioni, le relazioni comunitarie e personali. Persino quelle più private e intime».

Dunque, fuori da ogni infingimento, è necessario porre un limite al bilanciamento, per evitare di arrendersi, rispetto alla dignità sociale, a questa alternativa: super-principio non bilanciabile o principio relativo, e dunque sottoponibile a perenne bilanciamento.

A tal scopo, occorre chiarire come si muovono i principi nell'empireo costituzionale. Posto un ordine tassonomico, la gerarchia tra gli stessi può essere rigida, e quindi data *una tantum*, o, più ragionevolmente, può immaginarsi mobile, e quindi più duttile a "contenere" e riconoscere equilibri sempre nuovi[43]. Tale opzione, implica ed ammette un bilanciamento, che, tuttavia, non è possibile portare all'infinito[44].

Benché mobile, infatti, la gerarchia dei principi costituzionali deve prevedere una sfera, quella dell'indecidibile, che si presenti indisponibile al politico e quindi sottratta alla mutevolezza e agli umori delle maggioranze.

Ebbene, se della dignità sociale si assume un'estensione minima, essa, pur configurandosi quale principio supremo – afferente cioè al piano più alto dell'ordinamento giuridico quale è quello costituzionale – consente di sottrarre all'inevitabile bilanciamento "soltanto" la parte essenziale dei diritti, quello zoccolo duro senza il quale essa sarebbe irrimediabilmente lesa.

Tale assunto argina, innanzitutto, l'uso, l'abuso e talvolta l'inadeguatezza del bilanciamento[45].

6. **La dignità sociale e il suo ruolo: il contenuto essenziale dei diritti fondamentali.**

Così configurata, la dignità sociale consente che il bilanciamento al quale sono sottoposti i diritti si arresti al loro contenuto minimo, ma essenziale, che è incomprimibile.

La dignità sociale è l'ipostasi del contenuto essenziale dei diritti; essa ne copre proprio il nucleo irriducibile e costituisce, pertanto, il fondamento di una dogmatica sul contenuto essenziale dei diritti fondamentali dei lavoratori.

---

42 Ovviamente la "deriva" della monetizzazione del bilanciamento si osserva nella prospettiva dei rapporti economico-sociali, ben consapevoli che nell'ambito della Costituzione si rivengono esempi di bilanciamento estranei alla sfera dei rapporti economici come nel caso dell'art. 29 Cost., che contrappone all'unità familiare l'uguaglianza dei coniugi.

43 R. GUASTINI, *Lezioni di teoria di diritto e dello Stato*, Torino, 2006; ID., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, che bene mette in evidenza la relazione tra il funzionamento dei principi e il tipo di gerarchia che si stabilisce tra gli stessi.

44 «Non sorprende, allora, che gli "apostoli" del bilanciamento attribuiscano a questa tecnica giudiziale quell'aureola di sacralità che circonda le formule magiche della scienza giuridica. Ai loro occhi il bilanciamento si configura come "tecnica" idonea ad esaltare tanto la dimensione sapienziale del diritto (apprezzamento "equitativo" degli interessi costituzionalmente tutelati che emergono nel caso concreto) quanto la sua dimensione formale (certezza del diritto, prevedibilità delle decisioni). Il bilanciamento – sia nella declinazione del giudizio di ragionevolezza, sia nella declinazione del giudizio di proporzionalità – quale metafora dell'esperienza dello stato costituzionale, dell'imperativo delle costituzioni pluraliste "di comporre continuamente un quadro di coerenza tra tutti i dati del giuridico: i fatti della vita, le norme positive, i principi fondamentali"»; così A. CANTARO, *Giustizia e diritto nella scienza giuridica europea*, in ID. (a cura di), *Giustizia e diritto*, cit., p. 13.

45 Sul tema del bilanciamento, la letteratura è sterminata. Solo per citare qualche contributo che offre spunti interessanti e critici, cfr. A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione dei doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2006, 1, p. 170 ss.; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragione pratica*, 2007, 28, p. 221 ss.; P. BECCHI, *La critica schmittiana alla filosofia dei valori e il dibattito giusfilosofico nel dibattito italiano nell'immediato dopoguerra*, in *Fil. pol.*, 2009, 2, p. 253 ss.; G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *rivistaaic.it*, 2009.

Tanto consente di superare una serie di limiti rinvenienti dalla sua raffigurazione di norma suprema non bilanciabile. Essa, infatti, diversamente da quest'ultima ipotesi, non è rigidamente assoluta, ma mantiene comunque un contenuto normativo determinato o quantomeno determinabile. A differenza di una norma infinitamente bilanciabile, essa ha un saldo fondamento di legittimazione nell'ambito dell'ordinamento. Resiste al bilanciamento dei diritti che accompagna, e fa sì che questi non siano esenti dallo stesso bilanciamento[46].

Il contenuto essenziale dei diritti fondamentali coincide, a sua volta, con l'ambito "coperto" dal principio della dignità sociale. Valori, principi e diritti fondamentali dividono lo stesso orizzonte di senso e formano una sequenza inscindibile, che consente ai primi di non rimanere inespressi e agli ultimi di non risultare ineffettivi. Infatti, i diritti hanno bisogno che il legislatore se ne prenda carico e ne preveda regolazione e tutele.

Il cortocircuito si verifica quando il legislatore, e si dica più sostanzialmente il decisore politico, non interviene affatto o, nella sua attività regolatoria, si disallinea rispetto ai principi della Carta fondamentale. In questi casi, rispetto al rapporto di lavoro, è l'interprete chiamato a garantire l'*ortopedia* della regolazione rispetto ai principi, dando effettività ai diritti[47]. Infatti, se una fissazione aprioristica del contenuto essenziale dei diritti non è possibile – tante e varie potrebbero essere le possibilità concrete – si deve considerare anche che il bilanciamento effettuato "di volta in volta" dal legislatore possa risultare anch'esso difettoso o, addirittura, mancare del tutto; è l'interprete, dunque, a doversi assumere questo ruolo.

7. **Il ripensamento delle tecniche regolative dei rapporti di lavoro quale esempio di ortopedia dell'interprete rispetto al principio della dignità sociale.**

Occorre allora ripensare o meglio rivolgersi alle tecniche regolative e, più nello specifico, di quelle rimediali tradizionali, dal momento che le tutele del diritto del lavoro risultano erose o, comunque, fortemente ridimensionate e viene messo a repentaglio il nucleo essenziale dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Qui si torna all'ordinamento civile e il diritto del lavoro, perdendo il suo *proprium*, ritorna ai fondamentali.

Riacquistano rilievo, allora, le tutele civilistiche che, seppur prive dell'investimento valoriale proprio di quelle lavoristiche, volte alla protezione della persona coinvolta nel rapporto di lavoro e ritenuta "contraente debole"[48], costituiscono la matrice di partenza e

46 B. MALVESTITI, *La dignità umana dopo la "Carta di Nizza"*, cit., p. 292 ss.

47 Cfr. L. NOGLER, *L'interpretazione giudiziale del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav*., 2014, I, p. 114 ss., sul vincolo costituzionale della protezione dei diritti fondamentali, che sono «non solo rivolti nei confronti del legislatore, ma che condizionano anche l'interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata del diritto positivo perché gli organi giurisdizionali hanno l'obbligo di proteggere i diritti fondamentali che sono coinvolti nella vicenda regolata che riguarda, in quanto attinente al diritto privato, sempre la coesistenza (di più o più persone)» (p. 119).

48 A questo proposito, appaiono assai significative le parole di L. MENGONI, *Diritto civile*, in ID., A. PROTO PISANI, A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *Dir. lav. rel. ind*., 1990, p. 5 ss., secondo il quale: «La rottura con il diritto comune dei contratti e delle obbligazioni si compie nel segno di un principio etico, il principio della personalità del lavoro, il quale fa valere l'immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto contro la concezione patrimoniale ed egualitaria del diritto civile, che considera il rapporto di lavoro alla stregua di un rapporto di scambio tra due proprietari [...]. In conclusione, il diritto del

di riferimento della specialità del diritto del lavoro[49]. Proprio queste potrebbero consentire di connettere il piano "alto" dei principi a quello "terreno" delle tutele[50]; il ricorso al diritto civile non è affatto nuovo, dal momento che l'osmosi tra questo e il diritto del lavoro è antica e nota[51].

Se si ripercorresse, infatti, per grandi linee, la regolazione lavoristica degli ultimi trent'anni almeno, si individuerebbero – nei suoi "spazi vuoti" o in quelli "progressivamente svuotati" quanto ai diritti – le possibilità di intervento delle tecniche rimediali civilistiche.

È possibile, perciò, provare a costruire un "catalogo" che, senza pretese di esaustività (non può averne!), soccorra l'interprete nel riallineare le norme ai principi per preservare i diritti fondamentali dei lavoratori nel loro nucleo essenziale.

La scelta delle problematiche giuslavoristiche e dei rimedi civilistici da affrontare viene fisiologicamente dall'osservazione dell'impianto normativo complessivo sul rapporto di lavoro, analizzato a partire dalla tecnica regolativa scelta dal legislatore. Applicando ad esso la sequenza regola/sanzione[52], emergono una serie di casi tendenzialmente riconducibili a quattro "modelli".

Innanzitutto, si possono rinvenire casi nei quali, pur regolato compiutamente l'istituto – ne è posta la regola e prevista la relativa sanzione in caso di violazione –, il datore di lavoro non contravviene in modo "diretto" alla norma, ma ne vìola scientemente la finalità della stessa. In quest'ipotesi assume rilievo l'istituto della frode alla legge; ad esso si può fare

---

lavoro si è staccato dal diritto civile, ha uno spirito proprio che gli conferisce una autonoma ragione d'essere, ma non è autosufficiente: infrastrutture e snodi gli sono pur sempre forniti dal diritto civile». Sulla fondazione etica del diritto del lavoro, cfr. M. NAPOLI, *Il lavoro e le regole. C'è futuro per il diritto del lavoro?*, in *Jus*, 1998, p. 51, anche in ID., *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*, Torino, 2012, p. 3 ss.

49 Sul fitto sistema di reciproche influenze, anche alla luce delle più recenti modifiche dell'ordinamento giuslavoristico, si rinvia alle acute considerazioni di L. NOGLER, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 4, p. 959 ss.

50 L'utilizzo delle norme costituzionali come argine all'autonomia privata, suggerito già prima dell'introduzione della legislazione speciale del lavoro degli anni 1966-1973, è al centro della fondamentale opera di U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955.

51 Il rapporto complesso e, a tratti controverso, tra il diritto privato ("primo", secondo la definizione di C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Ius*, 1981, p. 158 ss.) e il diritto del lavoro (appartenente alla categoria dei diritti secondi) è stato da sempre oggetto di attenzione da parte della dottrina. Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Lineamenti attuali del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav*., 1953, I, p. 3 ss.; G. MAZZONI, *Certezza del diritto e autonomia privata nell'odierno diritto del lavoro*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 1223 ss.; F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 54/2007; R. SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1960, I, p. 83 ss. e ID., *Il diritto civile e del lavoro ancora a confronto*, in *Riv. it. dir. lav*., 2014, I, p. 179 ss.; A. CESSARI, *Tradizione e rinnovamento nel diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1967, I, p. 24 ss. V. anche S. SIMITIS, *Diritto privato e diseguaglianza sociale: il caso del rapporto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 47 ss.; M. PERSIANI, *Diritto privato e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 947 ss.; A. PERULLI, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *Riv. it. dir. lav*., 2007, I, p. 427 ss.; V. RICCIUTO, *Diritto civile e diritto del lavoro. Le prospettive di un'antica vicenda scientifica*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 719 ss.; P. ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 59 ss.; G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino, 1992; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e diritto civile: i temi di un dialogo*, Torino, 1994; L. MENGONI, A. PROTO PISANI, A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, cit., p. 1 ss.; G. PROIA, *A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1205 ss.; C. ROMENO, *Riflessioni sul confronto tra diritto civile e diritto del lavoro a proposito delle tutele per i soggetti più deboli*, in *Lav. giur*., 2005, 3, p. 205 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto civile ed il diritto del lavoro*, in V. ROPPO, P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Milano, 2013, p. 5 ss.

52 N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, (1977), Roma-Bari, 2007.

riferimento per "intercettare" e sanzionare operazioni commerciali o organizzative poste in essere per attribuire al lavoratore tutele inferiori.

La frode alla legge rileva anche nel caso di una seconda modalità regolativa, laddove il legislatore lascia immodificata la regolazione sostanziale, ma altera profondamente quella rimediale. Anche in quest'ipotesi – poiché, come diffusamente si dirà, non è affatto indifferente, nella valutazione dell'impatto effettivo di una norma, il ruolo esercitato dalle sanzioni – il ricorso alla frode alla legge stigmatizza condotte datoriali illegittime quasi "sospinte" dalla debolezza delle sanzioni previste.

L'esempio più evidente è quello rappresentato dal licenziamento individuale dopo la modifica dell'art. 18 St. lav. e l'introduzione del contratto a tutele crescenti. Il datore di lavoro può perseguire esclusivamente, attraverso il licenziamento, una maggiore convenienza, che si realizzi con una successiva riassunzione con un contratto più "conveniente": contratto a tutele crescenti; riassunzioni con mansioni diverse anche inferiori (etc.). Nell'uno e nell'altro caso si tratta di condotte che non risulterebbero in alcun modo viziate se sottoposte soltanto al vaglio di *legittimità*.

L'affievolimento delle sanzioni, se da un lato può "incentivare" il datore alla violazione delle norme, dall'altro lato può amplificare il *metus* al quale il lavoratore è comunque esposto nel suo rapporto di lavoro. (Ri)assume la sua importanza, allora, lo spostamento dei termini della prescrizione per l'esercizio delle azioni giudiziarie da parte del lavoratore per rivendicare i suoi diritti; possibilità quest'ultima che risente molto anche del "nuovo" regime regolativo delle spese processuali.

Un terzo "modello" si rinviene in una regolazione "a maglie larghe"; vi sono casi, infatti, nei quali il legislatore deliberatamente sceglie di regolare "al minimo" la fattispecie giuridica; ne derivano per il datore di lavoro maggiori "margini di manovra", *id est* una maggiore estensione dell'ambito di esercizio dei suoi poteri e, per i lavoratori, un maggiore rischio di compressione della loro "sfera", e in ultimo, dei loro diritti fondamentali.

È evidente che, trattandosi di istituti (come il contratto a tempo determinato o lo *jus variandi*) particolarmente critici dal punto di vista processuale, il legislatore sceglie una regolazione "*soft*", anche ai fini deflattivi del contenzioso[53]. Ne rileva che, stante una condotta datoriale, formalmente legittima, ma lesiva dei diritti fondamentali del lavoratore, un efficace strumento sanzionatorio può essere rappresentato dalle clausole di correttezza e buona fede e dall'abuso del diritto, loro precipitato.

Da ultimo, in una sorta di contiguità circolare con il primo modello, la sequenza (completa) sanzione-violazione può essere utilmente "innovata", se si considera che accanto alla sanzione "istituzionalmente" a carico del datore, il lavoratore può far valere forme di autotutela "aggiuntive": è il caso dell'eccezione di inadempimento. Questi, così, potrebbe sottrarsi all'adempimento (non dovuto come in caso di richiesta di prestazione festiva o, pur dovuto, tuttavia richiesto in condizioni insicure per la salute e sicurezza del lavoratore) e "costringere" il datore ad adempiere agli obblighi che incombono su di lui.

Da quanto detto, si può desumere che attraverso la tecnicalità normativa, tanto per quanto attiene alla parte sostanziale quanto per quella rimediale, il legislatore stabilisce i confini della frontiera mobile che contrappone le parti del rapporto di lavoro e, quindi, sostanzialmente, i limiti dell'esercizio del potere datoriale: la "costruzione" medesima della norma non è indifferente al risultato di politica del diritto che si vuole raggiungere.

53 Si vuol evidenziare al lettore che la scelta del legislatore, in materia, persegue la direzione della "deflazione" o, addirittura, della "degiurisdizionalizzazione", come nel caso della disciplina delle spese processuali.

In una valutazione di sistema, occorre chiedersi preliminarmente se una fattispecie è regolata, come essa viene regolata (quale cioè il grado di prescrittività e vincolatività per il destinatario) e quale la sanzione prevista. Solo dalla considerazione complessiva di queste variabili, laddove si ravvisino "vuoti" di tutela e maggiori spazi di vulnerabilità per i lavoratori, si possono individuare strumenti che invece assicurino idonea protezione.

Dunque, il lavoro in questa logica è l'"attributo" per eccellenza della persona e garantisce libertà e dignità[54]. La connotazione sociale della dignità che si è voluta esprimere nella Costituzione testimonia come il primato della persona debba muovere sempre dalla sua *anteriorità* rispetto a qualsiasi costruzione statale, ma richieda altresì continui sforzi ed impegni per una sua duratura proiezione concreta nella comunità sociale.

La funzione di promozione sociale dell'uomo, pertanto, deve passare attraverso la tutela degli spazi sociali in cui si esplica l'esperienza umana[55].

8. **Qualche considerazione a mo' di breve conclusione.**

Il giurista, occupandosi di rapporti di lavoro, deve fare i conti necessariamente con la categoria del "contraente debole", di cui il lavoratore è, in qualche modo, l'archetipo. Il diritto dei contraenti a questo faceva richiamo tutte volte in cui rinveniva e rinviene, pur nella cornice predefinita della parità formale di tutti i contraenti, una posizione di debolezza che merita riconoscimento e tutela.

Dall'analisi delle tecniche regolative e rimediali giuslavoristiche si può osservare che, come si è appena detto, l'afflato sociale del diritto del lavoro si è assopito in virtù di un'idea ancillare del diritto rispetto alle ragioni dell'economia. Il diritto del lavoro ha perso la sua caratteristica di avanguardia e ritorna a guardare al diritto civile, che, evidentemente per un percorso uguale e contrario, si interroga sulla questione sociale, laddove si sofferma intorno ad una serie di ipotesi nelle quali individua la debolezza della persona, ancor prima che del contraente[56].

E cosa si rinviene nella tutela del risparmio, dell'ambiente, del disabile o nell'ambito della disciplina della responsabilità sanitaria, nella tutela del malato se non l'individuazione e l'attribuzione della rilevanza giuridica alla vulnerabilità di questi soggetti, alla loro debolezza rispetto alla situazione di involontario bisogno? Di qui la (ri)scoperta della centralità del carattere sociale del nostro ordinamento.

---

54 La dignità sociale «non si presta ad essere intaccata, frantumata, parcellizzata a seconda delle sfere di azioni nelle quali entri in giuoco e venga posta in discussione od in pericolo, né tollera parziali manomissioni, compromissioni o menomazioni. La dignità dei singoli cittadini, degli uni rispetto agli altri, non può, infatti, reputarsi pari sotto alcuni profili ed impari sotto altri, se non a prezzo di vanificare il riconoscimento della complessiva ed istituzionale situazione che del radicamento sociale del soggetto non può fare astrazione»: così P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2006, pp. 128-129.

55 Questo aspetto è stato colto da G. LANEVE, *L'attenzione sui diritti sociali*, cit., p. 14: «Da qui l'ulteriore connotazione dei diritti sociali come "i diritti delle comunità e delle collettività di cui gli uomini fanno parte necessariamente per lo sviluppo della loro persona", dei diritti della personalità individuale "che si dipana nella società, nella concretezza dei rapporti di vita e delle legature sociali dell'individuo". La disciplina dei diritti sociali, infatti, è "incentrata sui luoghi e legami sociali (famiglia, scuola, lavoro, ambiente di vita personale e collettivo) nei quali e mediante i quali il singolo individuo esprime e svolge la propria personalità"».

56 Il riferimento è, ancora una volta, al contributo di E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile*, cit.

E, posta la debolezza di alcuni soggetti o di alcuni soggetti in determinate condizioni, la sequenza alla quale ci si trova di fronte quando si vuol cercare di dare riconoscimento o meglio effettività ai diritti di questi è, ancora una volta, la medesima: riconoscimento della persona, tutela della persona e della dignità, tutela, infine, del nucleo essenziale dei diritti ed effettività della stessa. Si parte cioè dalla persona e si arriva al *minimum* dei diritti. Il *medium* è la dignità.

Quale dignità? Quella costituzionale, diremmo: la dignità sociale.

La tutela della dignità sociale del lavoratore, perciò, potrebbe essere canone ermeneutico per la definizione di un livello minimo dei diritti sociali, che non può darsi una volta per tutte, ma che trova la sua estrinsecazione della dignità sociale nel suo contenuto minimo. Non già regola delle regole, in-bilanciabile in assoluto, ma soltanto nella sua accezione minima e, quindi, concreta.

La scelta di rinvenire nella dignità sociale e non nella dignità *tout court* il centro del ragionamento mostra, ancora una volta ed una volta di più, la sua specificità, coniugando la sfera dell'autonomia individuale con quella sociale del lavoratore. Infatti, se in una prospettiva eminentemente privatistica ed individuale, il fondamento dei diritti fondamentali può essere rinvenuto nel principio meta-etico moderno dell'autonomia (etica e giuridica) individuale, in una prospettiva relazionale e collettiva (potremmo dire di comunità) esso è costituito dalla dignità sociale; ed è proprio quest'ultima che, unita alla prima, «sembra intervenire ad un livello normativo sussidiario, svolgendo una funzione giustificativa e specificativa della misura minima concreta con cui esercitare i diritti, così da individuare il trattamento giuridico essenziale ed inderogabile spettante agli individui»[57].

La dignità sociale così concepita garantisce la "sostenibilità" dell'esercizio del potere datoriale insito nel rapporto di lavoro.

Conclusione che può valere per tutti gli altri soggetti deboli o vulnerabili: non possono esserci *cives* senza *societas*, diritti civili senza diritti sociali, ordinamento civile se non intessuto in quello, più ampio, sociale.

57 S. TARANTO, *Le insidie della dignità umana*, cit., p. 188 ss., secondo il quale: «Il principio di autonomia fonderebbe diritti e libertà di vario genere e rango degli individui, ciascuno dei quali è titolare di una pluralità di pretese verso lo Stato e verso gli altri. Tramite la tecnica del bilanciamento, della ponderazione o della proporzionalità, integrate dalla regola della ragionevolezza pratica e dall'auspicabile ricorso ad accomodamenti irragionevoli si stabiliscono gli ordini di priorità applicativa dei diritti in competizione e la loro prevalenza concreta, qualora il loro contemporaneo esercizio sia incompatibile. Sorge, infatti, la necessità di contemperare le forme di esplicazione dell'autonomia riconosciute ugualmente a soggetti diversi ed è in tale maniera che si riparte la fruizione di diritti e libertà. Il principio della dignità delle persone presiede invece al delicato compito di determinare in concreto quale sia la soglia minima, come tale universale e invariante, di tutela da assicurare ad ogni individuo, ingiungendo al riguardo una parità di trattamento e determinando così dei limiti alla possibilità di comprimere diritti e libertà».

I DIVERSI STRUMENTI DI TUTELA AMBIENTALE: FALLIMENTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E INEFFICIENZE DEL LIBERO MERCATO.

Chiara Pinto

Abstract ita: La presente analisi si pone l'obiettivo di esaminare i punti di forza ed i fallimenti dei diversi strumenti di tutela ambientale, suddivisi nelle due macrocategorie di strumenti autoritativi di natura amministrativa e strumenti economici coerenti con le logiche di libero mercato. Verranno analizzate le dinamiche dei meccanismi di *command&control* e di quelli di *cap&trade*, soffermandosi inoltre su strumenti chiave quali *Green Tax*, sussidi fiscali e certificati verdi, al fine di sottolinearne le debolezze e la necessità di un utilizzo congiunto.

Abstract eng: *The analysis examines the different types of climate protection instruments, underlining the strengths and failures of both administrative and economic mechanisms. It analyses the dynamics of command&control and cap&trade tools, and also other key instruments as Green tax, fiscal benefits and green certificates, aiming to underline their weaknesses and the necessity of a joint use.*

SOMMARIO: 1. Gli strumenti autoritativi di *'command and control'*: fallimenti e problemi delle strategie amministrative: **2.** Gli strumenti economici per la tutela ambientale; **2.1** Il Libro Verde europeo 'sugli strumenti di mercato a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi' COM(2007); **2.2** Le misure fiscali: *"Green Tax"* e sussidi: **3.** Gli strumenti coerenti con le logiche economiche di libero mercato: il *'Cap and Trade'* e la costituzione di mercati artificiali; **4.** Motivi di preferenza per gli strumenti economici o per gli strumenti amministrativi; **5.** Problemi e riflessioni conclusive.

1. Gli strumenti autoritativi di *'command and control'*: fallimenti e problemi delle strategie amministrative.

La scelta tra strumenti economici – o *di mercato* – e strumenti autoritativi – o c.d. *di comando e controllo* – rappresenta una costante alla base delle decisioni normative in materia ambientale, nonché un elemento determinante per il successo delle scelte legislative comunitarie e nazionali.

Sebbene i meccanismi autoritativi di *command&control* siano stati per lungo tempo preferiti – e continuino tuttora ad essere i più diffusi – negli ultimi decenni è cresciuta esponenzialmente la rilevanza degli strumenti di natura economica che rispondono alle logiche di libero mercato, la cui efficacia è ormai indiscutibile.

Obiettivo della presente analisi è esaminare i limiti e i vantaggi degli stessi, tenendo presente che una soluzione ottimale in termini ambientali ed economici prevede necessariamente un utilizzo congiunto dei diversi strumenti in quanto, se è vero che il mercato presenta delle inefficienze e dei fallimenti endemici, lo stesso vale per l'operato delle pubbliche amministrazioni.

Prima di esaminare i motivi di maggiore efficacia degli strumenti economici coerenti con le logiche di mercato – ed in particolare quelli che prevedono la creazione di mercati artificiali appositi – è opportuno analizzare le principali caratteristiche e i più recenti insuccessi degli strumenti di tutela ambientale di natura autoritativa – o di comando e controllo.

Il *command&control* è una strategia regolatoria – utilizzata non solo in materia ambientale – che si basa sull'imposizione di standard, obblighi e divieti associati a vari meccanismi sanzionatori con funzione deterrente – quali pene di carattere pecuniario, interdittivo o penale – e che prevede una varietà di meccanismi finalizzati ad influenzare il comportamento dei vari operatori economici. La regolamentazione ambientale ottenuta tramite strumenti di natura autoritativa si articola in due fasi principali: il '*command*', che consiste nella determinazione da parte dei singoli governi di norme che prescrivono obblighi e divieti a quei soggetti che pongono in essere attività potenzialmente dannose per l'ambiente; ed il '*control*', che consiste invece nella verifica da parte delle pubbliche amministrazioni competenti del rispetto delle disposizioni impartite nella fase precedente.[1] Esempi classici di tale tipologia di strumenti sono la fissazione di standard generali, oppure la predisposizione di misure procedurali, entrambi estremamente soggetti a variazioni a seconda dell'evolversi delle conoscenze tecniche, scientifiche ed ambientali. Nel caso in cui venga riscontrato uno scostamento dai parametri imposti, l'autorità pubblica competente procede a comminare le relative sanzioni. Esempi di autorità indipendenti che svolgono funzioni di regolamentazione in materia ambientale sono negli Stati Uniti l'EPA (Environmental Protection Agency), ed in Europa l'EEA (European Environmental Agency), la quale tuttavia non dispone di effettivi poteri regolamentari.[2]

I meccanismi di *command&control* rappresentano tuttora il sistema più utilizzato per realizzare i vari obiettivi di tutela ambientale, secondo l'assunto per cui tali strumenti sono in grado di ovviare alle conosciute debolezze del mercato nell'allocazione dei beni a fruizione comune, tra cui quello ambientale.[3] Tale approccio di comando e controllo è stato nettamente predominante anche in passato in quanto le politiche ambientali delle nazioni industrializzate miravano alla realizzazione di politiche correttive dei danni ambientali piuttosto che alla predisposizione di tecniche di prevenzione più complete e 'a tutele crescenti'.

Alla base del successo e della diffusione delle politiche ambientali autoritative vi sono numerosi elementi, tra cui il risalente assunto che i mercati sono di regola imperfetti ed il

1 L. Torchia, *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, Il Mulino, 2017, pp. 155 ss., spec. 161, 162; C. Holling and G. Meffe, "Command and Control and the Pathology of Natural Resource Management", in *Conservation Biology*, 1996, vol. 10, no. 2. pp. 328 ss; M. Böcher, "A theoretical framework for explaining the choice of instruments in environmental policy", in *Forest Policy and Economics*, 2012, vol. 16, issues C, pp. 14 ss.

2 "Enforcement", in *United States Environmental Protection Agency (EPA), Official website*; "The contribution of national advisory bodies to climate policy in Europe", in *European Environment Agency (EEA), Official website*, May 2021.

3 G. Panella, *Economia e politiche dell'ambiente*, Roma, Carocci Editore, 2002.

loro funzionamento richiede un esercizio – molte volte assai intenso – di poteri e funzioni amministrative.[4]

In senso opposto, è andata tuttavia crescendo in materia ambientale la consapevolezza che gli interventi di tipo correttivo della mano pubblica, propri del *command&control*, incontrano numerosi limiti e sono anch'essi soggetti a continui fallimenti.[5] Tra le critiche più ricorrenti si segnala che tali strumenti, poiché basati su scelte pubbliche accentrate e preventive, esigono una determinazione precisa dei comportamenti tollerati e di quelli invece vietati, tuttavia tale approfondita diversificazione di obblighi e standard – in grado di tener conto di tutte le diverse variabili e circostanze – implica dei presupposti informativi e valutativi che gli apparati pubblici solitamente non possiedono. Ulteriore aspetto problematico è che le misure di comando e controllo tendono ad appiattire gli stimoli e gli incentivi privati alla ricerca di soluzioni innovative e più ecologiche, in quanto i singoli operatori economici si limiteranno a conseguire i livelli di tutela ambientale fissati nella fase di *comando*, non essendovi alcun vantaggio economico a comportarsi in modo 'più virtuoso'.[6]

Conclusivamente, l'approccio di comando e controllo predisposto dai pubblici poteri è altrettanto insoddisfacente e difettoso quanto gli strumenti di natura economica, a causa del suo centralismo, rigidità e alla radicata illusione di poter regolare totalmente i processi ambientali tramite un'amministrazione calcolata e programmata delle singole risorse naturali.[7] Le pubbliche amministrazioni, inoltre, godono frequentemente di un'eccessiva discrezionalità in virtù delle deleghe molto ampie – dovute al tecnicismo e rapida obsolescenza delle conoscenze ambientali – che spesso non sono adeguatamente sottoposte a controlli che evitino che gruppi di interesse esterni – e.g. gruppi industriali o commerciali – possano condizionarne le decisioni e le azioni; parliamo in tal caso di 'cattura del regolatore', ovvero il caso in cui le interazioni e le influenze tra soggetti regolatori e soggetti regolati inducono i regolatori a perseguire gli interessi di un gruppo particolare in luogo dell'interesse pubblico.[8]

Altro aspetto problematico riguardante i meccanismi di comando e controllo ed il ruolo svolto dalle pubbliche amministrazioni è rappresentato dal c.d. principio della "separazione delle carriere", termine che indica il fenomeno – spesso frequente nel nostro ordinamento interno – per cui non vi è identità tra il soggetto che autorizza ed il soggetto che controlla, che spesso vanno a costituire servizi diversi, se non addirittura corpi del tutto estranei all'amministrazione di "comando". Tale fenomeno ha fatto sì che frequentemente le attività di controllo siano predisposte ed effettuate in solitario, mancando qualsiasi tipo di rapporto, di coordinamento e di intesa con l'autorità di riferimento.

Fatte tutte queste premesse, è agevole comprendere come a partire degli anni Ottanta del secolo scorso – in particolare negli Stati Uniti – siano stati sviluppati ed applicati dei

4 R. Vannini, "Command and control", in *Treccani* (2012).

5 W. Harrington e R. Morgenstern, "Economic Instruments versus Command and Control: What's the Best Approach for solving environmental problems?", in *Resources*, 2004, pp. 13 ss.

6 M. Bresso, *Per un'economia ecologica*, Roma, Carocci Editore, 2002, p. 210 ss.

7 Ibid. C.S. Holling e G.K. Mefee, "Command and Control and the Pathology of Natural Resource Management".

8 J.J. Laffont e J.T., "The Politics of Government Decision Making: A Theory of Regulatory Capture", in *Quarterly Journal of Economics*, MIT Press, 1991, vol. 106, no. 4, pp. 1089-1127; M. E. Levine e J. L. Forrence, "Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis", in *Journal of Law Economics & Organization*, 1990, vol. 6, pp. 167-198.

meccanismi basati su incentivi premiali e sanzioni pecuniarie, anziché su prescrizioni rigide e sui relativi controlli. Concezione alla base di tali sviluppi è che le imprese ed i singoli operatori economici sono maggiormente stimolati ad un comportamento 'virtuoso' e alla ricerca di soluzioni innovative e migliorative degli esistenti livelli di tutela ambientale, in quanto l'adozione degli stessi assicura un vantaggio – o, viceversa, uno svantaggio – economico, bilanciando contemporaneamente una logica dell'utile e della massimizzazione dei profitti con un'efficace tutela ambientale, che si allineano nella stessa direzione secondo un modello di c.d. "sviluppo sostenibile" o "ambiente per lo sviluppo".[9]

In campo ambientale strumenti autoritativi e strumenti economici devono essere adoperati congiuntamente, poiché i pregi degli uni servono a mitigare i difetti degli altri e viceversa, e anche le strategie dell'Unione – che si basano su un utilizzo di entrambi tali meccanismi – si ispirano alla consapevolezza che il governo dell'ambiente – in quanto materia caratterizzata da grande complessità evolutiva e dinamismo – necessita di una combinazione di strumenti diversi flessibile ed adattativa alle diverse esigenze.[10] Al momento infatti nell'ordinamento comunitario la maggior parte degli strumenti economici è concepita a supporto della regolamentazione di natura autoritativa per raggiungere obiettivi di tutela ambientale che sono politicamente predeterminati.

Conclusivamente, i meccanismi di *command&control* – che ricordiamo non essere propri solo della regolamentazione in materia ambientale, ma anche di numerosi altri settori – hanno dimostrato di avere un'efficacia limitata, efficacia che tuttavia varia in base alle modalità applicative dei singoli paesi – e.g. tali strumenti si sono dimostrati più efficaci nelle politiche statunitensi rispetto a quelle comunitarie a causa della minore capacità delle ultime di reperire informazioni precise e complete sugli operatori economici a cui vengono rivolti obblighi e divieti.

Tali approcci autoritativi sono inoltre resi ulteriormente più complessi dalla natura internazionale di molti dei problemi e degli obiettivi ambientali moderni che inducono a delineare nuovi spazi globali delle pubbliche amministrazioni,[11] rendendo dunque difficile un coordinamento sovranazionale al fine di determinare gli standard, oltre a implicare un consumo di risorse da parte del legislatore per acquisire informazioni, e a non tenere in opportuna considerazione le differenze – molte volte dovute a fattori geografici ed economici – della facilità con cui i vari operatori economici possono ridurre l'inquinamento. In molti casi, infatti, gli inquinatori con alti costi di riduzione dei loro livelli di inquinamento preferiscono versare l'imposta prevista in caso di violazione degli standard, mentre quelli con bassi costi di riduzione preferiscono installare impianti adeguati allo scopo.

Conclusivamente, è possibile individuare tre "generazioni" di politiche ambientali: la prima incentrata sulle politiche di "comando e controllo", che hanno fissato limiti all'inquinamento, hanno disposto vincoli e procedure autorizzative e istituito una rete di soggetti finalizzata al controllo della norma; la seconda sui piani e gli incentivi di settore, che vedono la messa in campo di piani di azione e specifici strumenti economici e

9 D. H. Meadows, D. L. Meadows, J. Randers, W.W. Behrens III, *The Limits to Growth*, New York, Universe Books, 1972; M. Cevoli, C. Falasca, L. Ferrone, a cura di, *Ambiente e crescita. La negoziazione dello sviluppo sostenibile*, Ediesse, Roma, 2004; E. Tiezzi e N. Marchettini, *Che cos'è lo sviluppo sostenibile*?, Donzelli Editore, 1999, pp. 45–46; M. Monteduro e G. Rossi, *L'ambiente per lo sviluppo: profili giuridici ed economici*, Torino, Giappichelli, 2020.

10 M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 399 ss.

11 N. Blanc, "From Ordinary Environmentalism to the Public Environment: Theoretical Reflections Based on French and European Empirical Research", in *Ecology and Society*, 2019, vol. 24, no. 3(33), pp. 1 ss.

normativi prevalentemente rivolti all'impresa privata; e infine gli strumenti di "terza generazione", che hanno l'obiettivo di integrare le decisioni e le politiche ambientali nelle scelte delle politiche di sviluppo, con lo scopo di modificarne le direzioni e gli obiettivi, in altre parole dando applicazione ai principi della sostenibilità.[12]

2. Gli strumenti economici per la tutela ambientale.

Nel contesto appena delineato di parziale inefficienza degli strumenti di tipo autoritativo, a partire dagli anni Ottanta sono stati sviluppati ed applicati strumenti che, sfruttando la leva economico-finanziaria, sono stati in grado di indirizzare, con differenti livelli di interferenza pubblica sulle decisioni individuali, i comportamenti dei vari operatori economici verso processi produttivi aventi un miglior impatto sull'ambiente, e in grado di incentivare i destinatari ad una continua ricerca delle migliori soluzioni e più avanzate tecnologie per minimizzare i costi massimizzando allo stesso tempo i risultati in termini di tutela ambientale.

Nell'ambito degli strumenti economici per la tutela dell'ambiente – che si ricorda essere utilizzati soprattutto nella seconda e nella terza generazione di politiche ambientali comunitarie – è possibile individuare numerose tipologie di interventi, che possono essere raggruppati a fini espositivi in due macrocategorie,[13] che sono, da una parte, gli strumenti di intervento diretto – e.g. tassazione ambientale – e indiretto – e.g. sussidi ed incentivi – che sono in grado di incidere sul meccanismo di formazione dei prezzi di mercato; dall'altra invece, gli strumenti coerenti con le logiche di mercato – e.g. creazione di mercati artificiali per la negoziazione di permessi e certificati fra gli operatori economici rientranti nel campo di applicazione della relativa disciplina. I primi hanno lo scopo di indurre imprese e consumatori a tener conto di costi e benefici ambientali, operando su mercati preesistenti di beni e servizi, mentre i secondi prevedono un vero e proprio intervento della mano pubblica nella creazione di mercati per lo scambio di beni e titoli rappresentativi di valori ambientali, che in assenza di tale intervento pubblico neanche esisterebbero.[14]

Alla base di tale presa di consapevolezza circa la preferibilità di tali strumenti rispetto alle logiche di c*ommand&control*, vi è la considerazione che i costi delle esternalità negative in materia ambientale non sono sostenuti, come di solito avverrebbe, dai relativi responsabili in quanto, in virtù delle caratteristiche particolari del bene ambiente – i.e. carattere transfrontaliero, delocalizzato e multilivello –, gli effetti ricadono su soggetti e realtà distanti o non direttamente interessati dal fenomeno. In queste ipotesi, dunque, il beneficio privato finisce per essere maggiore di quello sociale, mentre i costi sostenuti dai produttori privati sono inferiori a quelli sopportati dalla collettività. Di conseguenza il

12 V. Mazzarelli, *La questione ecologica nell'Unione europea tra politiche ambientali e opinione pubblica*, in Legambiente, 2016.

13 Ibid., M. Bresso; A. Postiglione e S. Maglia, "Strumenti economici e finanziari di tutela ambientale", in *TuttoAmbiente*.

14 Ibid., L. Torchia, pp. 155 ss., spec. 176; R.N. Stavins, "Experience with Market-Based Environmental Policy Instruments", in *Resources for the Future*, 2001, Discussion Paper 01–58, pp. 1 ss; J. Jaffe, M. Ranson, R.N. Stavins, "Linking Tradable Permit Systems: A Key Element of Emerging International Climate Policy Architecture", in *Ecology Law Quarterly*, 2009, vol. 36 (789); T. Tietenberg, "The Tradable-Permits Approach to Protecting the Commons: Lessons for Climate Change", in *Oxford Review of Economic Policy*, 2003, vol. 19, no. 3, pp. 400–419.

legislatore ha il compito e il dovere di correggere tali inefficienze allocative operando una c.d. "internalizzazione delle esternalità negative", che consiste nello spostare il costo sul soggetto inquinante alla cui condotta l'esternalità negativa è imputabile. Tuttavia, per poter ottenere tale risultato le strategie autoritative che prevedono la fissazione di obblighi rigidi e sanzioni per i trasgressori, si sono rivelate generalmente inefficaci proprio per la mancanza di una profonda capacità conoscitiva e valutativa da parte delle pubbliche amministrazioni – oltre a tutti i problemi in precedenza delineati che ne rendono poco efficace l'utilizzo.[15]

Per ovviare a tali carenze sono dunque stati elaborati strumenti che rispondono a logiche nettamente diverse, in un primo momento in funzione integrativa degli strumenti di comando e controllo, ma che stanno lentamente e costantemente diventando sempre più diffusi – si auspica infatti che tali strumenti diverranno in futuro nettamente prevalenti.[16]

Prima di analizzare nel dettaglio i singoli strumenti di natura economica, è opportuno ricordare che i meccanismi di intervento pubblico possono essere classificati in base al loro grado di interferenza sulle decisioni individuali dei consumatori e degli operatori economici, oltre a poter essere indirettamente richiamati da una pluralità di istituti non prettamente pertinenti all'ambito ambientale. Al livello più basso della scala di interferenza si possono infatti collocare tutti quei dispositivi con cui le pubbliche amministrazioni si limitano a compiere una funzione di disseminazione di informazioni rilevanti, lasciando poi che siano i singoli soggetti, in base alle loro preferenze, a operare le loro scelte e valutazioni, secondo i consueti processi negoziali.[17] Condizionando le scelte economiche dei consumatori tramite la diffusione di notizie e informazioni dettagliate su determinati prodotti o processi produttivi che hanno un potenziale impatto ambientale, è possibile influenzare indirettamente anche i produttori-inquinatori, che si adatteranno alle dinamiche di mercato secondo il tradizionale principio dell'interazione domanda-offerta. Assunto fondamentale – presente anche in tutti gli altri strumenti economici – è che frequentemente gli acquirenti non hanno una chiara consapevolezza dell'impatto ambientale, e a loro volta le imprese sono scarsamente incentivate ad investire in tecnologie virtuose – ma costose – senza un corrispondente aumento dei profitti. Di conseguenza, per risolvere tutti questi inconvenienti, una valida strategia è offrire agli imprenditori la possibilità di conseguire una particolare certificazione ambientale – riguardante i beni e processi più disparati – la cui attendibilità è garantita dalle istituzioni stesse e che possono spendere nel loro rapporto col pubblico.[18] Tra i numerosi vantaggi si segnalano la riduzione delle asimmetrie informative, la diminuzione dei costi negoziali che deriverebbero da queste ultime e l'aumento dei requisiti reputazionali delle imprese;[19] si

15 A.C. Fisher e F.M. Peterson, "The Environment in Economics: A Survey", in *Journal of Economic Literature*, 1976, vol. 14, no.1, pp. 1 ss; L. Kaplow, "Optimal Control of Externalities in the Presence of Income Taxation", in *International Economic Review*, 2012, vol. 53, no. 2, pp. 487–509; F. Stewart and E. Ghani, "How significant are externalities for development?", in *World Development*, 1991, vol. 19, no. 6, pp. 569–594; W. H. Sandholm, "Negative Externalities and Evolutionary Implementation", in *The Review of Economic Studies*, 2005, Vol. 72, Issue 3, pp. 885–915; "Externalities - Definition and examples", in *Conceptually*, Jan 2021.

16 C.L. Spash, "The Brave New World of Carbon Trading", in *New Political Economy*, 2010, vol. 15, no. 2, pp. 169–195.

17 H. Varian, "A Solution to the Problem of Externalities When Agents Are Well Informed", in *The American Economic Review,* 1994, vol. 84 no. 5.

18 Ibid. G. Rossi, pp. 192 ss., spec. 196.

19 K.J. Arrow e K.I. Arrow, "Informazione e organizzazione dell'industria", in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, 1994, Anno 102, no. 2, pp. 111 ss; G. J. Stigler, "The Economics of Information", in *Journal of Political Economy*,

riducono inoltre i costi dei controlli amministrativi propri delle dinamiche di comando e controllo in quanto la sorveglianza sul comportamento delle imprese verrà esercitata dai consumatori informati, che sensibilizzano anche i produttori animati da obiettivi di profitto. Tra gli esempi più importanti, gli strumenti di certificazione diffusi in Italia e nell'Unione Europea quali "eco-etichette" *(eco-labels)* e "audit ambientale" *(eco-audit)*, i Codici di autodisciplina ambientale, gli "eco-bilanci" e gli accordi volontari in materia ambientale.

In particolare, la grande diffusione conosciuta recentemente dalle certificazioni è emblematica del nuovo *favor* nei confronti di strumenti che rispondono alle logiche di mercato, in luogo di meccanismi di *command&control*, nell'ottica di una massimizzazione dei risultati in termini di tutela ambientale ma anche di profitti privati. Alla base delle certificazioni ambientali – dirette a generare la fiducia dei consumatori nei rapporti economici di scambio – si possono individuare sia gli elevati costi per reperire informazioni in contesti di mercato sempre più specializzati e in cui la conoscibilità diretta dei propri interlocutori è sempre più ardua, sia la diffusione della nuova c.d. "filosofia della qualità", che mira a incrementare l'attitudine dei soggetti a fare scelte consapevoli basate sulle caratteristiche certificate dei prodotti.[20] Tale filosofia della qualità è in generale riscontrabile in tutte le più recenti politiche europee, compreso l'Emissions Trading Scheme (EU ETS).[21]

Se è vero che le certificazioni ambientali rappresentano un passo avanti rispetto a strumenti autoritativi e di controllo, allo stesso tempo tale istituto presenta ancora delle analogie con questi ultimi, essendo incentrato sul concetto di *standard* uniformi determinati a priori e sulla verifica del loro rispetto. Tuttavia, tali certificati rispondono ad una logica nettamente differente, poiché la nuova sensibilità al rispetto di determinate caratteristiche o processi produttivi – c.d. parametri di qualità ambientale – porta ad individuare dei nuovi spazi di mercato per i suddetti prodotti certificati, spazi di mercato che tuttavia si inseriscono in mercati preesistenti, a differenza degli strumenti ambientali di nuova generazione, che consistono in mercati appositamente creati dalla mano pubblica. Le certificazioni ambientali si classificano come strumenti economici di tutela dell'ambiente poiché il concetto di interesse ambientale va ad operare come correttivo di mercati esistenti, cioè corregge la tendenza delle imprese produttrici a non tener conto delle esternalità negative con impatto ambientale, in un sistema originale in cui i fallimenti di mercato – i.e. esternalità negative – sono corrette tramite strumenti anch'essi di mercato – sia pure spesso conformati dai pubblici poteri.[22] Altra caratteristica fondamentale di tali certificazioni, sempre nell'ottica di analizzarne differenze e similitudini con gli strumenti di *command&control* e gli altri strumenti economici, è la loro volontarietà: l'utilizzo e l'adozione delle certificazioni ambientali di prodotto e delle etichettature ambientali sono previsti da nessuna norma di legge vincolante, ma come già anticipato si basano sulla forza

1961, vol. 69, no. 3, pp. 213–225; E. I. Hoppe, P.W. Schmitz, "The costs and benefits of additional information in agency models with endogenous information structures", in *Economics Letters*, 2010, vol. 107, no. 1, pp. 58–62.

20 J.S. Golden e altri, "Sustainable Product Indexing: Navigating the Challenge of Ecolabeling", in *Ecology and Society*, 2010, vol. 15, no. 3(8), p.1.

21 A.D. Ellerman, B.K. Buchner, "The European Union Emissions Trading Scheme: Origins, Allocation, and Early Results", in *Review of Environmental Economics and Policy*, 2007, vol. 1, no. 1, pp. 66–87; C. Doble, H. Kinnunen, "The environmental effectiveness of the EU ETS: analysis of caps", 2005, ILEX Energy Consulting Ltd.

22 M. Clarich, "La tutela dell'ambiente attraverso il mercato", in *Diritto pubblico*, 2007, vol. 13 (1), pp. 219 ss.

attrattiva di tali marchi di qualità ecologica che fanno leva sull'interesse dei produttori ad ampliare i loro spazi di mercato.[23]

La logica di questi strumenti è stata anche illustrata a livello europeo nel Sesto Programma di azione dell'Unione europea in materia ambientale relativo al decennio 2002-2012,[24] in cui è stata auspicata la diffusione di marchi e certificazioni volontarie nell'ottica di un approccio strategico alla tutela ambientale, che vada oltre un approccio legislativo semplicemente basato sulla fissazione e sul rispetto di standard obbligatori, in modo da poter condizionare direttamente i processi decisionali delle imprese, dei consumatori ed anche delle istituzioni.

Conclusivamente, i sistemi di certificazione ambientale sono molteplici e di varia natura – possono essere espressione di sistemi pubblicistici o interamente privati – e possono concorrere e coesistere nello stesso ambito territoriale, e rappresentano un momento chiave nello sviluppo delle politiche in materia ambientale in quanto costituiscono il primo passo verso strumenti di tutela dell'ambiente puramente economici.

2.1 Il Libro Verde europeo 'sugli strumenti di mercato a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi' COM(2007).

Un momento di svolta nel passaggio da politiche incentrate esclusivamente su strumenti di *command&control* ad altre che prevedevano un utilizzo in funzione integrativa anche di strumenti economici e rispondenti alle dinamiche di mercato è stata l'emanazione nel 2007 del Libro Verde "sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi".[25] Con tale strumento di soft law la Commissione europea ha insistito sulla necessità di concedere maggiore spazio agli strumenti di mercato a tutela dell'ambiente, con un libro verde appositamente dedicato all'argomento, sulla scia della precedente Comunicazione della Commissione "Una politica energetica per l'Europa"; il libro verde rappresenta infatti solo un anello di una lunga catena di documenti e di atti normativi recanti analoghe sollecitazioni – tra cui in particolare è utile ricordare il Quinto e il Sesto Programma Comunitario d'azione per l'ambiente.

Assunto centrale è la constatazione che gli strumenti di mercato sono utilizzati già da tempo nelle politiche europee e che quindi occorre decidere non tanto «se» siano opportuni, ma piuttosto «in qual modo» servirsene, tenendo presente però che questi strumenti, se è vero che offrono una buona opportunità per trovare soluzioni economicamente ragionevoli a favore della protezione ambientale, allo stesso tempo non sono sempre e comunque risolutivi. Di conseguenza, elemento al centro del dibattito politico e dello stesso Libro verde, sono le potenzialità e gli effetti, ma anche i limiti, dei diversi strumenti ai fini della protezione ambientale ed il rapporto fra disposizioni

23 N. Darnall e J.A. Aragón-Correa, "Can Ecolabels Influence Firms' Sustainability Strategy and Stakeholder Behavior?", in *Organization & Environment*, 2014, vol. 27, no. 4, pp. 319 ss.

24 Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni sul Sesto programma di azione per l'ambiente della Comunità europea "Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta" - Sesto programma di azione per l'ambiente (24 gennaio 2001) /COM/2001/0031.

25 Libro Verde sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi {SEC (2007) 388} / COM/2007/0140 def.

prescrittive e divieti, normative e strumenti di mercato, nell'ottica di un utilizzo congiunto di tali strumenti.[26]

La Commissione ha colto l'occasione per sottolineare che gli strumenti di mercato dovrebbero essere utilizzati sempre più come strumenti di politica ambientale, dando un contributo importante al conseguimento di un reale cambiamento tramite una modifica degli incentivi alle imprese e ai consumatori; come «strumenti di mercato» vengono indicati le imposte, le tasse, le tariffe, le sovvenzioni mirate e i diritti di emissione negoziabili.

L'utilizzo degli strumenti economici è auspicato in virtù della loro capacità di rimediare ai fallimenti del mercato in maniera efficiente sotto il profilo dei costi, dove per fallimento del mercato si intende una situazione in cui o il mercato è del tutto inesistente – dato che le risorse ambientali hanno natura economica di beni pubblici – o non riflette in misura adeguata il "vero" costo o il costo sociale di un'attività economica. Tra i vantaggi principali elencati dal libro verde si ricorda in particolare: che gli strumenti di mercato riconoscono implicitamente le differenze esistenti tra le imprese; migliorano i segnali dei prezzi, attribuendo un valore ai costi e ai benefici esterni delle attività economiche; offrono una maggiore flessibilità alle imprese nel conseguimento dei loro obiettivi e diminuiscono pertanto i costi complessivi da esse sostenuti per conformarsi alla normativa; incitano le imprese ad impegnarsi, in una prospettiva di lungo termine, per l'innovazione tecnologica e per ridurre ulteriormente gli effetti negativi sull'ambiente («efficienza dinamica»); sostengono l'occupazione, se impiegati nel quadro di una riforma in senso ambientale della fiscalità o del bilancio; e possono anche servire per proteggere la biodiversità. Allo stesso tempo, tuttavia, viene precisato che essi, oltre ad avere effetti diversi e variabili, non servono soltanto a conseguire obiettivi ambientali, ma soprattutto sono utili «per evitare le distorsioni nel mercato interno causate da approcci divergenti seguiti dagli Stati membri, per assicurare che uno stesso settore sia soggetto agli stessi oneri in tutta l'UE e per superare gli eventuali effetti negativi sulla competitività nell'UE».

Un ulteriore motivo di rilevanza ai fini della presente analisi è in particolare la citazione in tale libro a titolo esemplificativo di alcuni strumenti di mercato già consolidati – e.g. tassazione dei prodotti energetici, eurobollo, sistemi locali di tariffazione per ridurre la congestione del traffico nei centri urbani –, oltre alla presentazione di una serie di quesiti, sia specifici che generali, rivolti al pubblico e finalizzati a suscitare un dibattito fra i cittadini in vista di una maggiore sensibilità e consapevolezza ambientale. In relazione alle diverse tipologie di strumenti di mercato il legislatore europeo sottolinea, nell'elencarne i principali aspetti, che le imposte – così come le tasse e le tariffe – non solo sono rilevanti in quanto possono essere utilizzate per influire sui comportamenti, ma rappresentano anche una fonte di entrate per l'erario, a differenza invece dei permessi negoziabili i quali possono produrre entrate per lo Stato unicamente nel caso in cui le autorità pubbliche mettano all'asta le quote.[27]

Non sono tuttavia mancate le critiche. Era stata auspicata, infatti, una maggiore chiarezza circa il futuro impiego degli strumenti di mercato e maggiori indicazioni riguardo i possibili utilizzi e le concrete modalità operative di tali strumenti, al contrario il Libro verde si sofferma sulla necessità generica di far ricorso a tali meccanismi, idea ormai

26 Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito al Libro verde sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi COM (2007) 140 def. — SEC (2007) 388, OJ C 120, 16.5.2008, p. 15–18.
27 Ibid., par. 2.11 e 2.13.

consolidata e diffusa; gli strumenti di mercato venivano già utilizzati da tempo per la protezione ambientale, anche se in misura estremamente diversa a seconda dei vari Stati membri.

Tra le altre critiche è stato osservato che non vi è neanche un confronto sul problema di chi debba essere in via principale il responsabile degli interventi; l'estensione delle competenze dell'Unione, infatti, non è la stessa per tutti gli strumenti concepibili: in campo fiscale, per esempio, le sue competenze sono estremamente limitate. Il difetto principale è che non è possibile dedurre a quale strumento, a seconda delle contingenze, la politica dovrebbe dare la precedenza, ben poco emerge infatti su come l'aspetto normativo e gli strumenti di mercato debbano essere collegati.[28]

Il dibattito riguardo gli strumenti più efficaci per le politiche ambientali avrebbe dovuto essere condotto con maggiore impegno e sulla base di esempi concreti, in modo tale che gli obiettivi ambiziosi dell'Unione possano essere effettivamente realizzati.

Secondo il CESE,[29] criterio base da applicare è che gli strumenti di mercato debbano basarsi sul principio «chi inquina paga» e quindi offrire incentivi rilevanti a coloro che tutelano l'ambiente attivamente tramite l'adozione di strumenti di tutela che rispondono a logiche di mercato, ormai sempre più imprescindibili nelle politiche ambientali visti i limiti degli strumenti di comando e controllo.

L'accresciuto ricorso a strumenti di mercato richiede una chiara determinazione degli obiettivi ambientali da parte del legislatore, e non consentirà ai responsabili politici di evitare decisioni talvolta assai difficili e controverse, quali la fissazione di livelli di tutela ambientale ben chiari – e.g. limiti alle emissioni inquinanti, requisiti procedurali obbligatori e simili; gli strumenti di mercato infatti non possono sostituirsi a tali decisioni, ma solo, come risulta dalla loro stessa denominazione, offrire dei mezzi per conseguire gli obiettivi previsti.

2.2 Le misure fiscali: *"Green Tax"* e sussidi.

Le misure fiscali – i.e. tasse, sussidi e imposte correttive – rappresentano un importante strumento di intervento pubblico finalizzato a integrare la politica economica con quella ambientale. La tematica della tassazione ambientale è particolarmente risalente in ambito accademico, essendo fatta risalire all'economista A.C. Pigou – seguito poi da J. Dales – che già nel 1920 aveva formulato una teoria basata su un sistema di imposte e sussidi a carico dei soggetti responsabili delle esternalità ambientali,[30] e si basa sulla già esaminata divergenza tra costi sociali e costi privati, nonché sul concetto di "esternalità negative". Per ovviare a tali distorsioni e per condizionare di conseguenza le condotte di mercato è prevista una modifica autoritativa dei costi di accesso al sistema ambientale, mediante una diretta o indiretta assegnazione di un prezzo a servizi e risorse naturali, che altrimenti sarebbero gratuiti e liberamente accessibili;[31] tale prezzo infatti non deriva dal naturale esplicarsi della dinamiche di mercato basate sull'incontro di domanda e offerta, bensì da

28 Ibid., par. 3.1 ss.

29 "Comitato Economico e Sociale Europeo", *eesc.europa.eu.*

30 R.W. Hahn e R.N. Stavins, "Economic Incentives for Environmental Protection: Integrating Theory and Practice", in *The American Economic Review*, 1992, vol. 82, no. 2, p. 464.

31 W.K. Jaeger, "Optimal Environmental Taxation from Society's Perspective", in *American Journal of Agricultural Economics*, 2004, vol. 86, no. 3, pp. 805 ss.

una decisione autoritativa collettiva, che prevede una notevole intensificazione dell'interferenza pubblica rispetto, ad esempio, agli strumenti volontari quali le certificazioni ambientali. Come per gli strumenti di *command&control*, anche in tal caso siamo in presenza di una decisione preventiva e vincolante per tutti gli operatori, potendo quindi collocare tali strumenti nella c.d. "seconda generazione" di politiche ambientali europee, poiché rappresenta sicuramente un passo avanti rispetto a meccanismi puri di comando ma allo stesso tempo non sviluppa soluzioni puramente affidate a logiche di mercato.

È opportuno premettere che l'alternativa tra tassazione ambientale e scambio di certificati su mercati artificiali costituisce una costante dei dibattiti politici in materia ambientale. Nelle agende pubbliche, infatti, la protezione della qualità ambientale non è l'unico obiettivo, ma il problema si presenta assai più complesso prendendo in considerazione numerosi altri fattori e obiettivi, tra cui in primis l'efficienza, il rapporto costi-risultati, l'economicità, la facilità di implementazione, l'equità e la capacità di monitoraggio.

Il risultato che le misure fiscali producono sull'ambiente rimane pur sempre bilanciato da calcoli di mercato e giudizi individuali di convenienza economica, in quanto ogni singolo soggetto destinatario rimane pur sempre libero di fare le proprie scelte secondo i propri criteri di preferenza, confrontando il prezzo – sotto forma di tasse o sussidi – applicato alla risorsa con le spese che dovrebbe affrontare per ridurre il consumo.[32] Tra i più comuni strumenti di correzione del costo di accesso alle risorse naturali possono essere menzionate le c.d. "imposte correttive", considerate con grande favore da molti economisti e governi, e.g. imposta sul consumo di carbone, tassa sui rifiuti solidi, imposta regionale sulle emissioni sonore degli aeromobili, tassa sulle emissioni di anidride solforosa e di ossidi di azoto, imposta di fabbricazione sui sacchetti di plastica, sovrapprezzo sulle batterie e pile esauste, contributo di riciclaggio sui contenitori in plastica di liquidi, contributo sull'eliminazione degli oli esausti, tariffe per i servizi idrici e per il trattamento e la raccolta delle acque e dei rifiuti solidi urbani.[33]

Per "tassa ambientale" – "*Green Tax*" o "*Ecotax*"– si intende un'imposta la cui base imponibile è costituita da un'unità fisica avente un impatto negativo comprovato e specifico sull'ambiente e che è definito nel Sistema europeo dei conti come una tassa. Le tasse ambientale vengono denominate "strumenti indiretti" di intervento in campo ambientale in quanto non si tratta di un comando diretto nei confronti dei soggetti, ovvero non vi sono dei limiti generali né degli standard di comportamento che vengono imposti all'attività produttiva delle imprese, ma si è in presenza di uno strumento di tipo fiscale finalizzato a far corrispondere un certo pagamento ad una determinata attività e a far pagare di più un determinato tipo di sostanza o prodotto, in modo da disincentivare comportamenti inquinanti e cercare così di incentivare la diffusione di attività più ecologiche, costituendo dunque un modo di pilotare le scelte delle imprese attraverso una logica puramente economica.[34]

32 R. Aigner, "Environmental Taxation and Redistribution Concerns", in *FinanzArchiv/Public Finance Analysis*, 2014, vol. 70, no. 2, pp. 249 ss.
33 Ibid., L. Torchia, p.177; Ibid., G. Rossi, p. 198 ss., spec. 200.
34 E. U. Weizsäcker and J. Jesinghaus, *Ecological Tax Reform*, London, ZED Books, 1992; G. E. Metcalf, "A Distributional Analysis of Green Tax Reform", in *National Tax Journal*, 1999, vol. 52, no. 4, pp. 655 ss.

Ricordiamo, inoltre, che la quota delle tasse ambientali sul totale delle entrate pubbliche fa parte dell'insieme degli indicatori europei utilizzato per monitorare i progressi verso gli Obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite ed è un indicatore del quadro di valutazione dell'efficienza delle risorse.[35]

Uno dei meriti principali delle tasse ambientali è che esse correggono i prezzi del libero mercato, aggiungendovi i costi dell'inquinamento e di altri fattori ecologici, contribuendo così a stabilire "il giusto prezzo" e ad attuare il principio del "chi inquina paga". Questo particolare merito delle tasse ambientali è stato riconosciuto dal Consiglio dei Ministri dell'Ambiente nelle conclusioni della riunione tenuta il 12 dicembre 1991 sulla comune piattaforma della Comunità per la Conferenza UNCED del 1992.[36] Da allora l'uso delle tasse ambientali è aumentato esponenzialmente, ma esse potrebbero essere applicate su scala ben più vasta; affinché possano essere realizzati i cambiamenti strutturali richiesti dallo sviluppo sostenibile, sono necessarie riforme fiscali più ampie, che incoraggino "fattori positivi", quali l'occupazione, a scapito di "fattori negativi" quali l'inquinamento e il degrado ambientale. Tale auspicato sviluppo comunitario delle tasse ambientali richiede tuttavia cambiamenti a livello dell'Unione, per consentire una maggiore armonizzazione e una maggiore compatibilità tra le misure fiscali, mercato interno e settori chiave quali energia, trasporti ed agricoltura. [37]

Tra le critiche principali è stato evidenziato che, sebbene nei singoli Stati Membri l'utilizzo delle *Green Tax* è aumentato nettamente nell'ultimo decennio, a livello comunitario non vi è stato un incremento rilevante del loro impiego. Viene inoltre criticato che il potenziale applicativo di tali strumenti non sia sfruttato adeguatamente, in un contesto in cui l'interesse ambientale si sta spostando dai problemi delle emissioni localizzate, a quelli delle fonti di inquinamento più diffuse e mobili.[38] Le tasse ambientali, se ideate in modo corretto e applicate in modo da sfruttare i vantaggi menzionati, possono infatti apportare miglioramenti in settori chiave di interesse pubblico quali tutela dell'ambiente, innovazione, competitività, occupazione e fiscalità. Ulteriore aspetto problematico è che l'effetto sul mercato prodotto dalle tasse ambientali non sempre si manifesta in tempi brevi e non è sempre facile valutarne il suo diretto impatto ambientale, le tasse infatti fanno spesso parte di un pacchetto di provvedimenti da cui sono difficili da separare e quindi molte volte non è possibile individuare l'efficacia della tassa in sé rispetto ad altri provvedimenti o strumenti economici.

Infine, un'ultima considerazione critica in materia di tasse ambientali emerge a livello nazionale. È stato infatti criticato che si è in presenza di un "paradosso" delle tasse

35 "Sustainable Development Goals" (SDG), *sustainabledevelopment.un.org;* "Take Action for the Sustainable Development Goals", in *Organizzazione delle Nazioni Unite Sito Web Ufficiale; https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/*

36 "Tasse Ambientali: Attuazione ed efficacia per l'ambiente", *Sito Web Ufficiale Agenzia europea dell'ambiente (AEA)* (2020) a https://www.eea.europa.eu/it/publications/92-9167-000-6-sum/page001.html; "Al fine di realizzare la necessaria ridistribuzione delle risorse economiche per il conseguimento dello sviluppo sostenibile, tutti i costi sociali ed ambientali devono essere incorporati nelle attività economiche, internalizzando i costi ambientali esterni. In altre parole, i costi ambientali e gli altri costi connessi con uno sfruttamento sostenibile delle risorse naturali e sostenuti dal paese fornitore devono essere riflessi nelle attività economiche. Gli strumenti economici e fiscali potrebbero far parte delle misure atte a raggiungere questo obiettivo".

37 Ibid.

38 W.K. Jaeger, "Pollution, Smoke and Mirrors: environmental taxes and double dividend hypothesis", in *Proceedings. Annual Conference on Taxation and Minutes of the Annual Meeting of the National Tax Association*, 1998, vol. 91, pp. 40 ss.

"ambientali": in molti casi l'ambiente non beneficia del suo gettito che è spesso vincolato a finalità non ambientali. Nella sua indagine sul gettito delle imposte ambientali in Italia, l'Istat ha attestato che solo l'1% circa del gettito proveniente da imposte ambientali è effettivamente destinato a finanziare spese per la protezione dell'ambiente; lo Stato spesso incrementa il livello di alcune tasse "ambientali" (tipicamente le accise sui carburanti) per destinare il maggior gettito al finanziamento di spese non strettamente ambientali come ad esempio terremoti, missioni internazionali di pace e altre emergenze di finanza pubblica. In Italia ci sono ampi margini per migliorare la qualità delle imposte ambientali – e.g. tasse sull'energia, sui veicoli di trasporto, sull'inquinamento e sull'utilizzo delle risorse naturali – attraverso la migliore valutazione dei costi esterni ambientali e un'equa applicazione del principio "chi inquina paga": è infatti auspicabile un sistema di imposte ambientali più coerente col contenuto di carbonio dei prodotti energetici e, più in generale, con i costi esterni di tutte le attività del ciclo di vita dei prodotti.[39]

Conclusivamente, le tasse ambientali in quanto efficaci per l'internalizzazione dei costi esterni possono costituire un incentivo sia per i consumatori che per i produttori a modificare il proprio comportamento ed utilizzare le risorse in modo più "eco-efficiente", promuovendo anche l'innovazione ed i cambiamenti strutturali, oltre a fare aumentare il gettito fiscale e rivelarsi uno strumento politico particolarmente efficace per affrontare quei problemi ambientale. Tutte le considerazioni appena svolte ne evidenziano la centralità e l'auspicio ad un loro maggiore uso a livello comunitario, che potrebbe essere ampliato estendendo la loro applicazione a più Paesi europei, aumentando la loro armonizzazione e compatibilità a livello sovranazionale, o sviluppando nuove basi imponibili o ampliando quelle esistenti, in modo da tener conto non solo delle emissioni ma anche delle disponibilità di materie prime, in un quadro di fiscalità "verde" in cui profitti derivanti dall'utilizzo del territorio e delle altre risorse possono assicurare un notevole gettito economico.

I sussidi sono invece dei dispositivi speculari alle tasse: nel caso di un'attività che genera esternalità positive sarà possibile erogare un sussidio al fine di incentivarle, raggiungendo il livello di inquinamento desiderato, anziché tramite una tassazione sulla crescita, con la stimolazione della riduzione tramite vari sussidi, diretti o indiretti. Tale misura fiscale promuove il contenimento del degrado ambientale internalizzando il beneficio sociale dell'adozione di misure antinquinanti.[40] Anche in questo caso, ricordiamo che lo strumento aspira a far in modo che i vari calcoli individuali tengano in considerazioni tali variabili economiche. Tuttavia, tra le critiche mosse a tale istituto, si è sottolineato che il sussidio ambientale presenta maggiori inefficienze rispetto all'imposta in quanto l'aiuto economico fornito molte volte finisce per gravare sui contribuenti e di conseguenza aumenta i costi collettivi dell'attività incentivata; tra gli altri aspetti critici, inoltre, l'uso improprio dei sussidi può provocare gravi alterazioni della concorrenza – vietati dall'Unione europea. Tra i numerosi esempi di sussidi si possono menzionare i contributi per la ricerca e

39 "Chi inquina, paga? I danni sanitari e ambientali delle attività economiche in Italia: quanto costa l'inquinamento alla collettività (e chi lo paga)", *Ufficio Valutazione Impatto,* Senato della Repubblica (2017), a https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento/files/000/028/682/Focus_Chi_inquina_paga.pdf.

40 W.J. Baumol e W.E. Oates, *The Theory of Environmental Policy*, II ed., Cambridge University Press, 1988, pp. 211 ss; F. Pepe, "Le agevolazioni fiscali "regionali" in materia ambientale", in *Rivista di Diritto Tributario*, 2012, pp. 295 ss; R. Alfano, "Agevolazioni fiscali in materia ambientale e vincoli dell'Unione europea", in *Rassegna Tributaria*, 2011, n.2, pp.1 ss.

l'innovazione tecnologica, le agevolazioni fiscali per la riqualificazione energetica di edifici e gli incentivi per l'acquisto di veicoli ecologici, ma si possono ricordare anche le disposizioni che subordinano sgravi contributivi all'osservanza di norme a tutela dell'ambiente, l'attribuzione di crediti d'imposta alle imprese che aderiscono a sistemi di gestione ambientale o Emas.[41] Infine, è importante sottolineare che i sussidi e gli incentivi possono anche assumere natura non monetaria, ad esempio quelli a favore delle imprese in possesso di determinate certificazioni ambientali, concessi sotto forma di semplificazione procedimentale – e.g. rinnovo tramite autocertificazione o prolungamento delle autorizzazioni ambientali.[42]

Conclusivamente, attraverso la leva fiscale i soggetti sono indotti a preferire soluzioni efficienti sotto un punto di vista ecologico e contemporaneamente è possibile aumentare il gettito fiscale, che può eventualmente essere usato anche per ulteriori azioni di tutela ambientale. Inoltre, coerenti con questi meccanismi di natura fiscale sono sia il principio del "chi inquina paga", sia le previsioni in materia di responsabilità ambientale. Si ricordi poi che l'efficacia ed il successo di tali strumenti economici è legato alla circostanza per cui l'abbattimento dei fattori inquinanti comporta per i soggetti destinatari della disciplina una spesa inferiore al pagamento della tassa, non essendo altrimenti in grado di condizionare l'andamento del mercato.

Tale tecnica – che consiste nella definizione da parte del potere pubblico di un prezzo della risorsa ambientale, mentre il mercato determina la quantità consumata, è diametralmente opposta alle logiche ed ai meccanismi alla base della creazione dei mercati artificiali, in cui sarà invece l'autorità pubblica a determinare il volume delle risorse ambientali consumabili, mentre la determinazione del prezzo sarà affidata a liberi meccanismi di mercato; tali considerazioni inducono a ritenere infatti come la soluzione più adeguata sia l'utilizzo congiunto di tali meccanismi di mercato, rispetto al ricorso prevalente di strumenti di comando e controllo integrati occasionalmente con strumenti di natura economica.

3. Gli strumenti coerenti con le logiche economiche di libero mercato: il *'Cap and Trade'* e la costituzione di mercati artificiali.

Sebbene gli strumenti sopra esposti siano tutti classificati come strumenti economici, diversa è l'ulteriore categoria degli strumenti economici basati interamente su logiche economiche di mercato, in cui l'intervento della mano pubblica è quasi inesistente e lascia ai singoli operatori economici il libero gioco in base al principio di domanda-offerta, esaurendosi l'intervento pubblico nel mero momento iniziale e creativo di tali meccanismi. In tali strumenti, caratteristici della terza generazione delle politiche ambientali comunitarie, la mano pubblica non corregge i mercati esistenti – e.g. incidendo sul meccanismo di formazione dei prezzi con la disseminazione di informazioni, o materializzando un costo d'accesso all'ambiente o premiando con aiuti e vantaggi economici le iniziative ecologicamente virtuose – ma crea dei mercati artificiali appositi, in cui verranno negoziati permessi e certificati di natura ambientale in un'ottica di riduzione

41 D.W. Pearce e R.K Turner, *Economia delle risorse naturali e dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 114 ss.
42 Ibid., L. Torchia, p.177.

delle esternalità ambientali negative, secondo un sistema diametralmente opposto a quello di *command&control*, ovvero il c.d. *"cap&trade"*.

Tali meccanismi di *"cap&trade"* si articolano in due momenti o fasi distinte. Anziché stabilire un prezzo per le varie risorse o servizi ecosistemici, viene in un primo momento prestabilita una quantità complessiva consumabile (*cap*), secondo delle logiche che non differiscono sostanzialmente da quelle che sarebbero applicate nelle definizioni di standard generali direttamente vincolanti. Una scelta collettiva ripartisce poi il quantitativo totale stabilito tra i vari operatori economici secondo vari criteri, questa ripartizione fa in modo che i permessi singolarmente conferenti il diritto ad una frazione del volume totale stabilito, se cumulati complessivamente, eguaglino il quantitativo globale programmato. I permessi vengono quindi assegnati alle imprese, mediante asta, a titolo gratuito o mediante una diversa procedura amministrativa, conforme ai criteri distributivi favoriti dall'ordinamento. Gli operatori economici sono infine lasciati liberi di negoziare, in una seconda fase "trade" i titoli – o le loro eventuali eccedenze – in un apposito mercato secondo le ordinarie logiche di mercato.

Questa flessibilità del processo di scambio dei permessi favorisce le imprese più efficienti sotto il profilo ambientale ed ecologico, che vengono incentivate a ridurre i propri livelli di inquinamento per monetizzare i relativi permessi sul mercato, lasciando allo stesso tempo invariato il volume di quote, senza compromettere dunque l'obiettivo di tutela prestabilito rappresentato dal volume globale di inquinamento ritenuto accettabile.

Elemento cardine del sistema dei permessi negoziabili è costituito in primo luogo dalla scelta autoritativa riguardo la quantità di risorse ambientali *asportabili*, effettuato tenendo in considerazione i principi di precauzione, prevenzione e resilienza, mentre la determinazione del prezzo – che guida l'allocazione dei permessi – dipende esclusivamente dalle dinamiche di mercato – dunque secondo uno schema diametralmente opposto a quello adoperato dalle imposte correttive, in cui viene prima determinato il prezzo della risorsa a livello governativo, mentre saranno poi le logiche di mercato a determinare le quantità consumate.[43]

Tale tecnica venne introdotta negli anni Ottanta negli Stati Uniti in materia di "permessi di inquinamento", per poi diventare un elemento cardine dei trattati e convenzioni internazionali in materia ambientale – in primo luogo nel Protocollo di Kyoto e successivamente nel meccanismo comunitario di scambio di quote di gas inquinanti (EU ETS) – e di conseguenza un elemento su cui si focalizza un'attenzione crescente nei vari paesi industrializzati: è ormai elemento di comune consapevolezza, infatti, che il raggiungimento degli obiettivi programmati di decremento delle emissioni dei gas ad effetto serra necessita assolutamente di un miglioramento dei livelli di efficienza nell'uso dell'energia e dei combustibili, orientamento oggi consolidato e recepito da tutte le principali normative in materia ambientale.

Nonostante, infatti, lo strumento assolutamente più celebre modellato sul sistema dei permessi di inquinamento negoziabili sia il sistema europeo di scambio di quote di CO_2, non bisogna dimenticare che, accanto a tale meccanismo è stato elaborato anche un sistema di certificati ambientali al fine di incentivare, da una parte, le fonti energetiche rinnovabili e, dall'altra, il risparmio energetico: i certificati verdi e i certificati bianchi. La centralità acquisita da questi meccanismi va contestualizzata in un ambito generale di

43 R.G. Noll, "Implementing Marketable Emissions Permits", in *The American Economic Review*, 1982, vol. 72, no. 2, pp. 120 ss.

liberalizzazione dei mercati energetici in Europa, che ha alterato molti degli aspetti delle politiche energetiche e che ha portato alla necessità di strumenti nuovi e più efficaci per conseguire gli obiettivi energetici, ma anche più coerenti con i nuovi principi del libero mercato.[44] Nel primo caso, il sistema di incentivazione dei certificati verdi si basa sull'obbligo imposto ai produttori e agli importatori di energia elettrica prodotta da fonti tradizionali – ovvero non rinnovabili – di immettere annualmente nel sistema energetico nazionale una quota di elettricità che viene prodotta da impianti che si basano su fonti rinnovabili. Tali certificati, rilasciati dal GSE proporzionalmente all'energia rinnovabile prodotta,[45] permettono agli operatori economici di dimostrare che hanno introdotto direttamente in rete energia prodotta tramite impianti rinnovabili, o in alternativa, che hanno acquistato i suddetti certificati da produttori di energia verde. Si ricordi inoltre che, sebbene nell'ultimo decennio la produzione di energia verde sia stata fortemente incentivata, permangono numerosi contrasti con interessi diversi, quali quello al paesaggio o al turismo che possono essere danneggiati dalla costruzione di determinati impianti di energie rinnovabili – e.g. l'impatto estetico delle pale eoliche –, interessi che devono di volta in volta essere delicatamente bilanciati dalle pubbliche amministrazioni. Per quanto riguarda invece i certificati bianchi – o titoli di efficienza energetica (Tee) – essi sono dei titoli sempre rilasciati dal GSE che certificano il conseguimento di determinati obiettivi di risparmio energetico, tramite interventi e progetti che mirano ad incrementare ed ottimizzare l'efficienza energetica.[46] A differenza dei certificati verdi – che riguardano la fonte dell'energia utilizzata – quelli bianchi pongono obiettivi riguardo un uso ottimale di quest'ultima; come nel caso dei primi tuttavia gli operatori economici possono dimostrare il raggiungimento degli obiettivi di risparmio dell'energia o tramite la realizzazione di progetti di efficienza energetica che diano diritto ad ottenere certificati oppure acquistandoli da altri soggetti sul mercato dei titoli di efficienza energetico appositamente istituito.[47]

Conclusivamente, la negoziazione di certificati – verdi e bianchi – su mercati artificiali è stata generalmente considerata un modo efficace ed economico per promuovere sia energie rinnovabili che politiche energetiche basate sul risparmio, sfruttando il potere del mercato e generando numerosi benefici a livello socioeconomico ed ecologico. Si ricordi tuttavia che le considerazioni sul successo di tali strumenti si basano su una situazione di concorrenza perfetta, che potrebbe essere inficiata da numerose variabili di una politica statale di controllo in materia ambientale ed energetica.[48]

4. Motivi di preferenza per gli strumenti economici o per gli strumenti amministrativi.

44 M. Voogt e altri, "Renewable electricity in a liberalized market – the concept of green certificates", in *Energy & Environment*, 2000, vol. 11, no. 1, pp. 65 ss; "Certificati Verdi", in *EconomiaCircolare* 2021.
45 "Gestore dei Servizi Energetici", https://www.gse.it/.
46 "Certificati Bianchi", in *GSE Sito Web Ufficiale*, https://www.gse.it/servizi-per-te/efficienza-energetica/certificati-bianchi; "Certificati Bianchi", in *Ministero dello Sviluppo Economico Sito Web Ufficiale* 2019, https://www.mise.gov.it/index.php/it/incentivi/energia/certificati-bianchi.
47 L.G. Giraudet, e P. Quirion, "Efficiency and Distributional Impacts of Tradable White Certificates Compared to Taxes, Subsidies and Regulations", in *Revue D'économie Politique*, 2008, vol. 118, no. 6, pp. 885 ss.
48 P. Del Río, "The impact of market power on the functioning of tradable green certificates schemes", in *Energy & Environment*, 2007, vol. 18, no. 2, p. 207.

Qualsiasi paragone critico tra i diversi strumenti di tutela ambientale è caratterizzato da un imprescindibile ed inevitabile relativismo, dovuto ai continui mutamenti delle normative nazionali, comunitarie ed internazionali in materia ambientale, ma anche all'evoluzione continua delle conoscenze tecniche – che necessariamente condizionano le valutazioni sull'efficacia dei singoli strumenti –, di conseguenza il presente esame ha necessariamente natura transeunte e precaria, essendo vincolato dalla dinamicità – oltre che da tutte le peculiarità in materia ambientale già menzionate – che caratterizza tale ambito. La scelta a favore di un determinato strumento – o di una determinata combinazione di questi – può variare a seconda dei diversi ambiti territoriali presi in considerazione, che ovviamente presentano problemi climatici ed ecologici differenziati, nonché a seconda dei diversi governi in carica e dei diversi periodi storici. È utile precisare fin da subito che difficilmente può essere ipotizzata una situazione di tutela che si basi esclusivamente ed unicamente su un unico tipo di strumento – e.g. sole tasse, solo scambio di permessi e certificati o sola imposizione di standard e parametri qualitativi – in quanto la soluzione ottimale solitamente prevede una *miscela* e un'integrazione applicativa di tali strumenti, che varia in base alle possibili variabili appena enunciate.

Obiettivo della presente analisi non è stabilire in assoluto quale sia lo strumento migliore *ex se*, ma, analizzando le diverse logiche di funzionamento alla base dei diversi meccanismi, valutare quale sia quello che meglio si adatti a determinate circostanze e con quali limiti, e quale altro strumento possa essere adoperato in funzione integrativa per ovviare a tali mancanze o inefficienze.[49]

Per quanto riguarda gli strumenti di *command&control,* si ricordi che tali meccanismi, oltre ad essere tutt'ora quelli maggiormente utilizzati, rispondono ancora ad una mentalità secondo la quale ambiente e sviluppo si pongono in una dinamica esclusivamente alternativa (*aut aut*), caratterizzata inoltre da una scarsa fiducia da parte delle istituzioni che il libero esplicarsi delle dinamiche di mercato possa essere integrato con politiche di tutela ambientale, oltre che posto sotto un controllo effettivo e centralizzato da parte dello Stato, che si pone come unica fonte normativa di standard sia qualitativi che quantitativi, che spesso però non sono oggetto di controlli e di verifiche effettive; è auspicabile infatti che il legislatore, piuttosto che fissare standard rigidi, si preoccupi di verificare il loro effettivo rispetto, onde non vanificare la funzione deterrente che tramite questi strumenti si vuole perseguire e per non creare squilibri nella concorrenza che potrebbero verificarsi tra imprese che non rispettano i vincoli ambientali – senza nessuna penalizzazione – e quelle invece che adeguando i loro livelli produttivi a questi ultimi. Il sistema di fissazione degli obblighi deve infatti essere sempre coordinato con un efficiente sistema di controlli.

Esemplificativo è il paragone tra tasse verdi e strumenti di *cap&trade.* Si premette che, in quanto le emissioni di carbonio sono quelle più rilevanti nell'ambito dell'inquinamento atmosferico, il seguente confronto verrà effettuato prendendo a riferimento le tasse sul carbonio e sistemi di scambio su mercati artificiali che hanno ad oggetto quote di emissioni di carbonio ed altri gas ad effetto serra.

In risposta alla ormai indiscutibile evidenza scientifica che le attività umane contribuiscono in modo significativo al cambiamento climatico globale, i legislatori di tutti i paesi industrializzati stanno dedicando considerevole attenzione alle politiche pubbliche

49 J. Norregaard and V. Reppelin-Hill, "Taxes and Tradable Permits as Instruments for Controlling Pollution: Theory and Practice", *Working Paper No. 00/13, International Monetary Fund*, 2000.

per ridurre le emissioni di gas serra e quindi prevenire o ridurre tale cambiamento. Le politiche prevedono un'ampia serie di approcci normativi diversi, tra cui previsioni in materia tecnologica, standard di prestazione e imposizione di prezzi sulle emissioni. Una delle principali attrattive teoriche è rappresentata infatti dagli strumenti di mercato che prevedono dei 'prezzi di emissione' – i.e. tasse sul carbonio e sistema di scambio di quote di emissioni –, proprio in virtù del suo potenziale ad ottenere una riduzione dei livelli delle emissioni ad un costo inferiore rispetto a quello che si potrebbe ottenere tramite l'adozione di meccanismi autoritativi diretti a fissare previsioni vincolanti quali tecnologie obbligatorie o standard di prestazione.[50]

Sebbene vi sia ampio accordo tra gli economisti sui potenziali vantaggi della previsione di prezzi delle emissioni, si discute molto su quale forma particolare – tasse sul carbonio o *cap&trade* – costituisca la migliore opzione di politica climatica, essendo state proposte dai ricercatori accademici numerose prospettive diverse. I disaccordi sui relativi meriti di questi due strumenti sono particolarmente rilevanti in quanto possono sia ostacolare l'introduzione di modifiche da parte del legislatore, sia condizionarne gli esiti.

Nonostante alcune analisi abbiano sostenuto che una tassa sul carbonio, e più in generale il sistema delle imposte verdi, sia più efficiente dei sistemi di scambio di permessi e certificati nell'ottenere un'equa distribuzione del peso impositivo tra produttori e consumatori e in termini di compensazione delle emissioni, è stato dimostrato che, se opportunamente progettati questi due strumenti hanno la stessa capacità di raggiungere tali scopi. Le prestazioni dei due approcci infatti dipendono in modo critico dalle specificità con cui sono progettati ed applicati.[51] Per quanto riguarda altre dimensioni, tuttavia, gli strumenti in esame hanno impatti diversi: i meccanismi basati sul *cap&trade* presentano vantaggi sotto alcuni profili, mentre le tasse in altri. Premessa essenziale è ricordare che i due istituti operano secondo logiche diametralmente opposte: se il sistema delle imposte e sussidi si basa sulla determinazione da parte dall'autorità di un determinato prezzo, a cui poi consegue una scelta sulla quantità consumate secondo le logiche di mercato, viceversa, nei sistemi di scambio su mercati artificiali l'autorità determina le quantità lasciando alle logiche di mercato la determinazione dei relativi prezzi.

Stabilendo un prezzo per le emissioni di anidride carbonica, sia le tasse sul carbonio che i sistemi di *cap&trade* – così come anche i meccanismi ibridi – incoraggiano le aziende a modificare i propri processi di produzione in modo da ridurre le emissioni per unità di prodotto, oltre ad influenzare le decisioni dei consumatori, aumentando i prezzi dei beni ad alta intensità di carbonio – e.g. elettricità, alluminio e benzina – rispetto a quelli di altri beni, incoraggiando in tal modo i cambiamenti dei modelli di consumo. Tra gli ambiti in cui le tasse sul carbonio e i meccanismi di emissions trading possono ottenere gli stessi risultati positivi si ricordano: l'incentivazione a ridurre le emissioni complessive, nonché la flessibilità nel compensare impatti distributivi irregolari e la salvaguardia della competitività internazionale – che rappresentano elementi chiave del successo delle varie politiche ambientali ed economiche.

50 L.H. Goulder, e A.R. Schein, "Carbon taxes versus cap and trade: a critical review", in *Climate Change Economics*, 2013, vol. 4, no. 3, pp. 1 ss; T. Gilbertson and O. Reyes, "Carbon Trading: how it works and why it fails", in *Dag Hammarskjöld Foundation*, 2009.
51 Ibid., L.H. Goulder, p. 3.

Vi sono tuttavia alcuni ambiti in cui i risultati prodotti da tali strumenti divergono in termini di efficienza, come ad esempio in materia di costi amministrativi. I costi di amministrazione delle politiche di determinazione dei prezzi delle emissioni dipendono infatti dal numero di fonti che devono essere valutate e monitorate: alcuni analisti hanno criticato i meccanismi di *cap&trade* in quanto sono assai più costosi da amministrare rispetto ad una tassa sul carbonio. Il motivo è che i primi impongono un'ulteriore responsabilità amministrativa oltre alle mere funzioni di controllo: il regolatore, infatti, non deve solo monitorare le emissioni, ma deve anche istituire un registro per i permessi e certificati, e tenere traccia degli scambi e dei cambiamenti di proprietà associati. Un ulteriore ambito in cui si possono avere risultati diversi riguarda le modalità con cui tali strumenti affrontano le incertezze, in quanto diversi – e inversi – sono i meccanismi di determinazione dei prezzi e delle quantità.[52] Per alcuni gruppi ambientalisti, il fatto che le tasse sul carbonio non garantiscano che le emissioni saranno mantenute entro un determinato limite è un aspetto critico cruciale, in quanto con questo strumento rimane pur sempre possibile che le emissioni superino significativamente i livelli opportuni individuati in quanto la scelta viene fatta dai singoli produttori secondo le loro preferenze individuali; al contrario, alcuni gruppi imprenditoriali criticano il fatto che il *cap&trade* lasci i prezzi delle quote di emissione estremamente incerti, sottolineano che tale incertezza limita di conseguenza la capacità della comunità imprenditoriale di rispondere adeguatamente alla politica climatica: cambiare il mix di input – e.g. impegnarsi nella sostituzione del carburante o investire in nuove tecnologie – è particolarmente rischioso quando i futuri prezzi delle quote non sono prevedibili con precisione.

Si deve inoltre menzionare la differente interazione di tasse e *cap&trade* con altre politiche climatiche. Recentemente alcune analisi hanno evidenziato un vantaggio potenzialmente importante dello strumento impositivo. In presenza di un programma di scambio di permessi su mercati artificiali, introducendo un'ulteriore politica di riduzione dei gas serra, ciò potrebbe non indurre ulteriori riduzioni delle emissioni complessive. Ciò è dovuto al fatto che le emissioni complessive sono determinate dal limite complessivo o dal numero di quote in circolazione; qualora la politica aggiuntiva preveda una riduzione delle emissioni di alcuni impianti, la domanda di quote di emissioni diminuisce, e di conseguenza anche il prezzo delle quote diminuirà fino a quando tutte le quote in circolazione non saranno nuovamente richieste, secondo il principio di domanda-offerta.[53] Complessivamente, dunque, le emissioni non cambiano. Al contrario, l'introduzione, in presenza di una carbon tax, di un'ulteriore politica ambientale di riduzione dei gas serra può portare ad una riduzione delle emissioni complessive. In questo caso, il prezzo delle tasse di emissione non cambia quando la politica integrativa determina una riduzione delle emissioni, e per questo motivo la riduzione causata dalla polizza integrativa non porta a una "fuga di emissioni", ovvero un aumento compensativo delle emissioni altrove, e produce una diminuzione delle emissioni complessive, evidenziando così il vantaggio che hanno le tasse sul carbonio in quanto consentono alle eventuali e ulteriori politiche ambientali integrative di generare maggiori riduzioni di emissioni.[54]

52 J.M. Becker, *How Pricing Pollution Works*, Pembina Institute, 2019, pp. 7 ss.
53 A. Durning, "Carbon Tax vs. Cap and Trade", from "Cap and Trade 101 a Federal Climate Policy", *Sightline Report*, 2009, vol. 28.
54 D.M. Driesen, "Emissions trading versus pollution taxes: playing 'nice' with other instruments", in *Environmental Law*, 2018, vol. 48, no. 1, pp. 29 ss.

Infine, i sistemi di *cap&trade* presentano il vantaggio, rispetto a sistemi basati sulle tasse sul carbonio, di poter essere oggetto di potenziali collegamenti tra diverse giurisdizioni in ambiti sovranazionali, permettendo così un risparmio sui costi amministrativi. Infatti, l'unione di diversi programmi di scambio di quote di emissioni inquinanti consente ulteriori riallocazioni – transgiurisdizionali – degli sforzi di riduzione e in tal modo si ottengono ulteriori riduzioni dei costi oltre a quelli generati dai singoli programmi separati.[55] Una seconda considerazione riguarda l'entità dei flussi di entrate a livello internazionale e gli impatti macroeconomici associati ad esse, le quali possono generare difficoltà nel collegare i diversi programmi di *cap&trade* proprio in virtù dell'ampiezza delle entrate generate dagli acquisiti di quote da parte delle nazioni acquirenti a favore delle nazioni che le vendono, sollevando anche preoccupazioni per quanto riguarda il tasso di cambio e altri effetti macroeconomici relativi.

Conclusivamente, non vi è uno strumento in assoluto 'più giusto', ma solo tante variabili da tenere in considerazione in una valutazione che deve essere sempre effettuata di volta in volta per individuare lo strumento economico che meglio si adatti alle circostanze, e soprattutto con quali modalità devono essere integrati ed utilizzati congiuntamente strumenti diversi.

5. Problemi e riflessioni conclusive.

Nonostante gli strumenti economici a tutela dell'ambiente abbiano rappresentato una rilevante novità normativa ed un elemento di ulteriore incentivazione e promozione della tutela ambientale, non si può negare che siano tuttora oggetto di critiche sotto vari profili. Gli aspetti più critici di tali strumenti sono legati inevitabilmente alla loro recentissima formulazione e sviluppo, nonché alla difficoltà di armonizzare tra loro livelli normativi internazionali, comunitari e nazionali in una disciplina organica che si basa su continui rimandi e riforme legislative.

Tra i motivi alla base delle problematicità degli strumenti economici si segnala inoltre la ritrosia di molti sistemi produttivi a mutare le logiche e le dinamiche interne su cui si sono sempre basati, in un'ottica che è ancora troppo improntata alla massimizzazione dei profitti economici anche a discapito delle risorse naturali, e che vede ancora la natura come oggetto di sfruttamento e di guadagno invece di oggetto di imprescindibile tutela. A tutto ciò si aggiungano i problemi organizzativi interni alle pubbliche amministrazioni che tristemente caratterizzano il nostro ordinamento, oltre ai lunghissimi – e molto volte infatti sanzionati – tempi di recepimento delle normative del legislatore comunitario.

Il corretto funzionamento del sistema dei titoli negoziabili impone che la loro struttura ed il loro utilizzo siano regolati con maggiore chiarezza normativa e maggiore semplicità operativa,[56] tenendo in considerazione le possibili ripercussioni che l'esercizio dei diritti conferiti può avere sull'ecosistema; qualora infatti tale meccanismo di modulazione della pressione economica finisse col creare sottovalutazioni od errori riguardo agli effetti

55 C. Flachsland, R. Marschinski, O. Edenhofer, "To link or not to link: benefits and disadvantages of linking cap-and-trade systems", in *Climate Policy*, 2009, vol. 9, no. 4; L. Lomann, "A Licence to Carry on Polluting?", in *New Scientist*, 2006, vol. 2580.

56 Ibid. ¶ 1; G. Castaldi, C. Camporeale, A.R. Douvan, "Superare i sussidi dannosi per l'ambiente", in *Ecoscienza*, Rivista di Arpae, Agenzia regionale prevenzione, ambiente ed energia dell'Emilia-Romagna, N° 6 dicembre 2020, Anno X, pp. 9 ss; Ibid. G. Rossi e M. Monteduro, *L'ambiente per lo sviluppo*.

ambientali delle condotte, finirebbe col generare incentivi distorti e porterebbe le imprese ed i consumatori a comportamenti ecologicamente deleteri. La necessità di adeguare tale strumento economico alla complessità dei problemi ambientali tende tuttavia ad entrare in conflitto con la necessità di mantenere un livello di semplicità tale da garantire un buon funzionamento del mercato.[57]

Tra gli ulteriori aspetti problematici non si può non menzionare che, nonostante il successo di tali strumenti, nella prassi l'allestimento dei mercati artificiali ha comportato costi amministrativi molto elevati. A titolo esemplificativo si possono ricordare i vuoti e le esitazioni normative che appaiono sintomatici di un'originaria sottovalutazione della complessità di tali operazioni e strumenti. Le lacune e le numerose incertezze regolatorie si traducono spesso in un ulteriore costo supplementare per gli operatori economici, e di conseguenza costituiscono dei rilevanti fattori dissuasivi degli investimenti.[58]

Ulteriori critiche di ordine generale in materia di scambio di permessi inquinanti e di certificati, sottolineano il rischio che si vengano a creare dei mercati "deboli", caratterizzati da transazioni infrequenti e dalla presenza di pochi partecipanti, che sosterranno quindi dei costi di transazione alti ed impediranno ai mercati stessi di essere più efficienti rispetto alla fissazione autoritativa di standard. Vi è inoltre il rischio che tali mercati artificiali non siano competitivi, come ad esempio nel caso in cui in una stessa aerea geografica uno o due produttori siano responsabili della maggior parte delle emissioni, creando dunque situazioni in cui solamente pochissime imprese ricoprono il ruolo di acquirenti e tutti gli altri operatori quello di venditori; generalmente la competitività di un mercato è determinata dall'allocazione iniziale dei permessi, che deve evitare che si generino situazioni di monopolio.

Ulteriore problema concerne poi la resilienza dell'ambiente rispetto al modello geografico delle emissioni: una differente localizzazione delle fonti inquinanti genera infatti modelli di inquinamento diversi, dovendo dunque evitare che la polluzione atmosferica si concentri solo in una determinata zona.[59] Di conseguenza, per raggiungere gli obiettivi di efficienza ambientale stabiliti a livello teorico, sarebbe indispensabile istituire diversi mercati di permessi inquinanti per ogni singola zona in cui si verifica un danno in termini di inquinamento atmosferico, che molte volte può derivare da fonti assai distanti nello spazio.[60]

Si può infine segnalare la questione della flessibilità dei permessi negoziabili in relazione ai mutamenti degli obiettivi ambientali individuati a livello legislativo, che, come emerso nella prassi, negli ultimi anni sono stati oggetto di modifiche e revisioni continue nell'ottica di un perseguimento di un livello di tutela più alto. Altro aspetto critico è rappresentato dalla scelta delle modalità allocative iniziali di tali permessi, che possono avvenire oltre che tramite assegnazione all'asta anche a titolo gratuito, cosa che pone non pochi interrogativi in ordine a quali siano i produttori che debbano beneficiare di tale regime e in che quantità.

57 M. Cafagno, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2017, p 204.
58 Ibid., M. Cafagno, p. 205.
59 P. Greco, "La Resilienza degli Ecosistemi", in *Micron*, 2008; "Accelerare la Transizione verso un'Europa Preparata e Resiliente al Clima", in *Sito Web Ufficiale della Commissione Europea*; S. Castellari, S. Venturini, F. Giordano e altri, *Elementi per una Strategia Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici*, Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, Roma.
60 Ibid., R.G. Noll, p.121.

Conclusivamente, nonostante i problemi e gli aspetti critici dei meccanismi di scambio di permessi e certificati su mercati artificiali non siano secondari, è evidente che gran parte di essi potrebbero trovare soluzione in un potenziamento dell'efficacia operativa delle p.a., allo scopo di ridurre costi di transazione superflui e migliorare i meccanismi allocativi dei permessi, oltre che in un'auspicata maggiore organicità e precisione a livello legislativo. Le problematiche alla base dei meccanismi di mercato coincidono spesso con le cause dei fallimenti delle strategie amministrative ambientali, ed è dunque possibile potenziare entrambi gli strumenti – autoritativi ed economici – tramite gli stessi interventi, in un'ottica di utilizzo congiunto e integrato degli stessi.

GIUDICE AMMINISTRATIVO, SINDACATO SULLA COMPOSIZIONE DEGLI INTERESSI E TRANSIZIONE ENERGETICA: PRIME RIFLESSIONI[*]

Vera Parisio[**]

Abstract [It]: la preoccupazione crescente dei poteri pubblici, non solo a livello europeo ma anche globale, di proteggere l'ambiente, con particolare attenzione agli obiettivi climatici e di transizione energica fissati dal *Green deal* e dal Piano europeo di ripresa dell'economia dell'UE, nonché dal PNRR nazionale ed atti complementari, ha ulteriormente valorizzato il ruolo del giudice amministrativo. Quest'ultimo è chiamato ad effettuare il suo penetrante sindacato sull'esercizio del potere, in particolare sulla legittima composizione dei confliggenti interessi in gioco, con tutti gli strumenti che il codice del processo amministrativo (c.p.a) gli mette a disposizione dal 2010. Lo scopo dello studio che segue è di verificare, soprattutto sulla base della giurisprudenza, l'adeguatezza del giudice amministrativo a garantire la transizione energetica soprattutto in un sistema come l'attuale nel quale, ancora, non sono stati espressamente costituzionalizzati i principi cardine della protezione dell'ambiente. La conclusione cui si perviene è che proprio grazie agli strumenti assicurati dal codice del processo amministrativo, il giudice amministrativo, oggi, anche a costituzione invariata, è in grado di assicurare il perseguimento degli obiettivi del *Green deal* e, da ultimo della "Legge europea sul clima".

Abstract [En]: *public authorities' increasing attention to environmental protection not only at European level but also globally, with specific focus on climate change and the energy transition provided for by the Green Deal, the Next generation EU, the Italian national PNRR, and all connected acts, has enhanced the Administrative Courts' position. The sharp Administrative Courts' review is focused on public administration's use of power, especially in harmonizing all the involved interests showing different natures and it is based on all the legal tools the administrative judicial procedural act (Codice del processo amministrativo) has been providing for since 2010. The aim of this essay is to verify, by analysing the line of cases of Administratives Courts, the ability of such Courts to ensure the energy transition, especially in our legal system where the main principles of environmental protection have not been formally included in our Constitution yet. The conclusion we reach is that thanks to all the powerful tools provided for in the administrative judicial procedural act, even if our Constitution has not been modified yet, Administrative Courts seem to be well suited to ensure the implementation of the Green Deal goals as much as the ones of the recent "European Climate Law".*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **- 2.** Carta costituzionale italiana e "*Charte de l'environnement*": verso una parziale convergenza?. **- 3.** L'energia prodotta da fonti energetiche rinnovabili (FER): tra procedimento e processo amministrativo. **- 4.** *Segue*: Le procedure autorizzatorie per la realizzazione e il

[*] Le riflessioni che seguono, opportunamente sintetizzate, rientrano tra quelle esposte nel corso del convegno *Transizione ecologica, innovazione digitale e inclusione sociale: la realizzazione del NEXT GENERATION EU,* Villa Monastero, Varenna il 16-18 settembre 2021.

[**] Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Brescia.

funzionamento degli impianti. **- 5.** Giudice amministrativo e impianti per la produzione di energia da FER. **- 6.** Conclusioni.

1. Introduzione.

La preoccupazione crescente dei poteri pubblici, non solo a livello europeo ma anche globale, di proteggere l'ambiente, con particolare attenzione agli obiettivi climatici[1] e di transizione energetica - in vista della costruzione di un'economia competitiva ma al tempo stesso rispettosa nella distribuzione delle risorse del principio dell'equità intergenerazionale - fissati dal "*Green Deal* Europeo", adottato a fine 2019, cui sono seguiti, anche a causa della grave crisi economica provocata dall'epidemia da COVID 19, il programma *Next Generation* EU (NGEU), il PNRR[2], il D.L. 77/2021[3], nonché il D.l. 80/2021[4], senza mai dimenticare i *Sustainable Developments Goals* (SDGs) elaborati dalle Nazioni Unite, ha ulteriormente valorizzato il ruolo della giustizia amministrativa e del suo giudice. Quest'ultimo è chiamato ad effettuare il suo penetrante sindacato sull'esercizio del potere, in particolare sulla legittima composizione dei confliggenti interessi in gioco, ormai nella gran parte dei casi tutti di pari rango e soprattutto di eguale sostanza pubblicistica (ad es. tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente mediante riduzioni di emissioni fossili ecc…) con tutti gli strumenti che il codice del processo amministrativo (c.p.a) gli mette a disposizione ormai da più di un decennio. Contribuisce così in modo determinante alla

1 Da ultimo ripresi nella "Legge europea sul clima", contenuta nel regolamento 30 giugno 2021 n.119. Per un'attenta ricostruzione della tematica connessa ai mutamenti climatici, derivanti dalla presenza dei gas ad effetto serra nell'atmosfera, anche per l'analisi dei Trattati di Kyoto e Parigi, per tutti si rinvia a G. SANNA, *Cambiamenti climatici ed eventi estremi*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*. *Tutele parallele. Norme processuali,* diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA, Padova, 2012, vol. III, 69ss.; D. PAPPANO, *Inquinamento atmosferico e lotta ai cambiamenti climatici nella tutela della qualità dell'aria,* in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. ROSSI, Torino, V ed. 2021, 366 ss. Più recentemente il tema è stato oggetto degli impegni firmati a Roma nell'ambito del G20 e a Glasgow nell'ambito del G26. La questione climatica peraltro è al centro di un contenzioso che va sempre più amplificandosi, battezzato come "contenzioso climatico", che sta coinvolgendo tutte le Corti europee. Sul punto, si legga E. GUARNA ASSANTI, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda,* in *www.federalismi.it*, 14.7.2021. Il tema della produzione di energia da fonti non fossili è strettamente collegato a quello del clima in quanto gli impianti alimentati da fonti fossili sono responsabili di più del 50% dell'inquinamento mondiale.

2 Il PNRR è un atto del Governo italiano con funzioni di coordinamento per fini economico-finanziari dei principi contenuti nel regolamento 12 febbraio 2021 del Parlamento e del Consiglio UE 2021/241, che ha dato vita al "dispositivo per la ripresa e resilienza". Il PNRR si sviluppa attorno a 3 assi strategici: la digitalizzazione e l'innovazione; la transizione ecologica; l'inclusione sociale. Questi assi, a loro volta, poggiano su 6 pilastri, ai quali tutti i piani nazionali devono attenersi e sono i seguenti: 1) transizione verde 2) trasformazione digitale 3) crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, compresi coesione economica, occupazione, produttività, competitività , ricerca, sviluppo e innovazione e un mercato unico ben funzionante con PMI forti 4) coesione sociale e territoriale 5) salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, anche al fine di aumentare la capacità di reazione e la preparazione alle crisi 6) politiche per la prossima generazione, infanzia e gioventù, incluse istruzione e competenze.

3 Il D.L. 77/2021 fornisce i dettagli organizzativi sulla gestione del PNRR, precisando i ruoli e l'intervento delle diverse amministrazioni, la governance; nella seconda parte per accelerare il raggiungimento dei risultati, le misure di semplificazione da applicare nei diversi settori del PNRR tra cui la transizione ecologica, le opere pubbliche, la digitalizzazione. Sono state previste modifiche a VIA e VAS (artt. 17-29); alle disposizioni sulle rinnovabili, artt. 30-33; all'economia circolare e al governo del territorio, e tra gli altri sono previste modifiche alla legge generale sul procedimento amministrativo agli artt. 61-63.

4 Contiene misure di carattere organizzativo, relative agli apparati amministrativi (incluso il Ministero per la transizione ecologica) e giudiziari per favorire il conseguimento delle missioni del PNRR.

transizione energetica-ecologica[5], operando anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva, prevista nell'art. 133 lett. o) e lett. p) del d.lgs. n. 104 del 2010 (c.p.a.). Nella fase di attuazione della transizione verde la consulenza tecnica d'ufficio (art. 67 c.p.a.) giocherà un ruolo di assoluta rilevanza, in considerazione dell'elevato grado di conoscenze tecnologiche e del loro rapido evolversi, necessarie per lo svolgimento di un penetrante controllo sulla discrezionalità, reso comunque complesso dal suo svolgersi in un contesto spesso privo di dati normativi e scientifici consolidati e ove i principi guida sono di recente elaborazione e non ancora rafforzati sul piano costituzionale.

Peraltro non va dimenticato che il diritto dell'ambiente deve il suo sviluppo proprio alla giurisprudenza coraggiosa non solo del giudice amministrativo, ma anche di quello costituzionale[6], che a partire dalla famosa sentenza n. 641 del 1987[7] ha identificato l'ambiente come bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può, anche autonomamente essere oggetto di cura, ma comunque tutte riconducibili a unità, fatto oggetto di considerazione legislativa, in quanto "elemento determinativo della qualità della vita". Ha inoltre costantemente delimitato gli ambiti di competenza dello Stato e delle regioni nelle questioni ambientali, come da ultimo ricordato nella sentenza n. 86 del 2021[8]. Il giudice ordinario, da parte sua, in assenza di disposizioni specifiche che tutelassero l'ambiente, ha garantito uno "zoccolo" costituzionale al diritto dell'ambiente inizialmente mediante la sua riconduzione alla tutela del diritto di proprietà, nelle ipotesi di immissioni nocive, e successivamente al diritto alla salute. Il giudice contabile, invece, ha ricompreso il danno all'ambiente nel danno erariale[9], in modo da assicurare comunque una tutela giurisdizionale al diritto dell'ambiente prima del suo inquadramento come diritto soggettivo azionabile davanti al giudice ordinario.

Quanto al giudice amministrativo, il suo apporto è stato ed è determinante per l'accessibilità alla giustizia, influenzata dalla natura "a geometria variabile" delle condizioni per l'azione, in particolare della legittimazione a ricorrere[10], particolarmente

5 A dimostrazione dell'importanza del tema e della sua portata europea, si segnala un importante convegno webinar, organizzato dall'Associazione dei giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi, svoltosi in data 11.6.2021, dal titolo "*Il giudice amministrativo italiano fra cambiamento climatico e transizione ecologica* ". Le relazioni presentate da giudici italiani, francesi e tedeschi sono reperibili in lingua originale e in traduzione italiana sul sito www.agatif.org.

6 Le previsioni dell'art. 117, c. 2, lett. s) hanno dato vita ad un aspro contenzioso tra Stato e Regione, nei diversi settori inclusi nella nozione di ambiente, evitabile solo con una costante e rigorosa applicazione del principio della leale collaborazione. Sul punto cfr. A. FONZI, *L'ambiente nella giurisprudenza costituzionale. Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 164 d 2021 della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*. L'A. peraltro evidenzia che il principio della leale collaborazione viene ad atteggiarsi in modo diverso a seconda degli ambiti. Laddove si tratti di livelli di protezione, l'applicazione del principio porta a ritenere ammissibile che la regione garantisca livelli più elevati rispetto a quelli dello Stato, mentre laddove è in gioco la localizzazione di impianti di energia da fonti rinnovabili la leale collaborazione comporta che solo lo Stato sia in grado di stabilire tra i diversi confliggenti interessi in gioco, quali debbono essere considerati prioritariamente.

7 In *www.cortecostituzionale.it*.

8 In *www.cortecostituzionale.it*.

9 Cfr. Corte dei conti, sez. riun 16 giugno 1984 n. 378, in *Foro amm*., 1985, 613 ss. La giurisdizione contabile venne poi superata dall'art.18 l. 349/1986 che riconduceva alla giurisdizione ordinaria le controversie in materia di danno all'ambiente. Su tale passaggio, cfr. F. LILLO, *Controlli giurisdizionali della Corte dei conti in materia ambientale,* in *Trattato di diritto dell'ambiente*. *Tutele parallele. Norme processuali,* diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA, Padova, 2012, vol. III, 1051ss.

10 Sulla quale per la verità, ad oggi, la Convenzione di Aarhus non ha inciso troppo, anche perché la stessa prevede che ciascun Paese sottoponga l'accesso alla tutela giurisdizionale a regole proprie. Sul punto, cfr. L. KRAMER, *Citizen's rights and administration duties in environmental matters: 20 years of Aarhus convention*, in *Revista Catalana de dret ambiental*, 2018, 1.

rilevante nelle ipotesi di ricorsi di associazioni di protezione dell'ambiente non rientranti nell'elenco di quelle alle quali "*ex lege*" (art. 13 della l. 349/1986) è riconosciuta tale legittimazione. È stato proprio il giudice amministrativo ad elaborare tutta una serie di criteri[11] in presenza dei quali si riconosce la legittimazione di un'associazione non riconosciuta a ricorrere in giudizio per la tutela dell'ambiente, costituendo così un "doppio canale" di legittimazione, legislativo e giurisprudenziale.

In tema di energie rinnovabili, come si preciserà a breve, nel conflitto tra tutela del paesaggio, deturpato dalla installazione di impianti per la produzione di energia "pulita" (*rectius* più pulita) e la protezione dell'ambiente connessa alla minor quantità di emissioni di CO2, ha dettato criteri per una loro legittima ponderazione, volti ad escludere posizioni aprioristiche a favore dell'un valore o dell'altro, a favore di valutazioni caso per caso, facendo uso del suo prudente apprezzamento.

Nelle osservazioni che seguiranno ci si soffermerà, data la vastità del tema e l'eterogeneità dei profili coinvolti, solo sull'aspetto della produzione di energia da fonti rinnovabili, in particolare di quella derivante dall'uso di biomasse, intese, ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. ff) d.lgs. n. 199/2021, come la frazione biodegradabile dei rifiuti, residui di origine biologica, gli sfalci e le potature provenienti dal verde pubblico, in quanto meglio di ogni altra è espressione dei principi dell'economia circolare[12], è prevedibile nel suo quantitativo di produzione e più duttile nel suo utilizzo, permettendo il suo stoccaggio[13]. L'installazione e il funzionamento degli impianti per la produzione di energia da biomassa[14] e rifiuti, in particolare di biogas, miscela di gas, e biometano - gas ottenuto a

Va segnalata la recentissima sentenza del Cons. St., A.P., n. 22 del 2021, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in tema di legittimazione ad impugnare titoli edilizi, nella quale il supremo organo di giustizia amministrativa afferma l'insufficienza del mero criterio della *vicinitas* per integrare la legittimazione ad impugnare, sostenuto da gran parte della giurisprudenza (*ex multis*, cfr. Cons. St., IV, 22.2.2016 n. 719 e Tar Basilicata Potenza, sez. I, 28.11.2016 n. 1071, tutte pubblicate in *www.giustizia-amministrativa.it*) risultando invece necessario per il ricorrente provare anche la sussistenza di uno specifico pregiudizio a suo carico. Quest'ultimo indirizzo non era sconosciuto, ma era stato fatto proprio solo da una parte minoritaria della giurisprudenza (cfr. Cons. St., IV,2.2.2016 n. 383 e Tar Campania, Salerno, 18.4.2018 n. 755, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Si tratta di una tendenza che scoraggia le impugnazioni pretestuose, rendendo più difficoltoso l'accesso al giudice amministrativo.

11 Questi criteri consistono nel perseguimento in modo stabile, a livello statutario, di obiettivi di tutela ambientale e nella dimostrazione di un adeguato grado di rappresentatività in un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è localizzato il bene da proteggere, tali da far presumere la piena idoneità di tali associazioni non riconosciute nell'art. 13 l. 489 del 1986, ad agire a tutela di un interesse diffuso. *Ex multis* cfr. Cons St., IV., 8.11.2010 n. 7907 e Id., VI, 13.9.2010 n. 6554, Tar Liguria, I, 28.1.2016 n. 198 e Tar Veneto, III, 9.5.2011 n. 803, tutte pubblicate in *www.giustizia-amministrativa.it*.

12 Sull'economia circolare si rinvia per una compiuta ricostruzione dei suoi caratteri a M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare,* Franco Angeli, 2020, *passim*; F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 cost*., in *RQDA,* 2020, 1, 50 ss.; Id., voce *Economia circolare (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2021, 161 ss.

13 Il PNRR punta a una produzione di biometano per 4 miliardi di metri cubi entro il 2026, che arriveranno a 6 nel 2030, anche grazie alla produzione di energia verde dall'agricoltura, nella quale massimo rilievo dovrà essere dato a nuove tecniche e tecnologie di coltivazione, per conseguire obiettivi di minimizzazione degli impatti ambientali e di autoproduzione energetica, proprio in applicazione dei principi dell'economia circolare. Il tutto nella prospettiva di ridurre fortemente le importazioni di metano dall'estero.

14 Le riflessioni che seguono sono state elaborate all'interno di un progetto di ricerca, finanziato dall'UE, del quale l'Università di Brescia con altri *partners* è risultata vincitrice, per la creazione di un HUB tecnologico integrato in cui soggetti pubblici e privati con competenze complementari, collaborano per la creazione di impianti tecnologici altamente evoluti per la valorizzazione del rifiuto organico (biomassa) attraverso la produzione efficiente di energia elettrica e biometano nella piena applicazione dei principi di economia circolare. Le finalità che con tale progetto si intendono raggiungere si sintetizzano: 1) velocizzare la transizione energetica lombarda verso le energie rinnovabili e la mobilità sostenibile; 2) promuovere l'applicazione dell'economia circolare al ciclo dei rifiuti con produzione di energia,

partire da fonti rinnovabili con caratteristiche e condizioni di utilizzo corrispondenti a quelle del gas metano e idoneo all'immissione nella rete del gas naturale, ai sensi dell'art. 2 lett. aa) del d.lgs. 199/2021 - presuppone l'intervento dei pubblici poteri, a partire dall'individuazione delle zone di localizzazione, fino al rilascio del titolo autorizzatorio, al suo eventuale annullamento e/o revoca, oltre all'ordinaria attività di vigilanza sullo svolgimento dell'attività stessa. Decisivo, peraltro, si è rivelato l'intervento del giudice amministrativo nel fornire indicazioni sul corretto esercizio della discrezionalità amministrativa rispetto ai limiti derivanti dalla pianificazione regionale nell'individuazione delle aree non idonee alla localizzazione degli impianti per la produzione di energia da FER, come avremo modo di precisare in seguito[15].

Significativo che nel Regolamento UE 2021/241 il 37% delle quote di finanziamento va obbligatoriamente imputato alla transizione energetica, così come nel PNRR si rinvengono consistenti sostegni ai progetti di sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili, sulla scia del PNIEC, nell'attuazione delle scelte strategiche volte a ridurre l'emissione dei gas a effetto serra.

Il giudice amministrativo attraverso l'identificazione e la corretta applicazione dei principi costitutivi del diritto ambientale è chiamato a favorire l'omogeneizzazione delle diverse previsioni del diritto dell'ambiente attraverso l'applicazione del diritto europeo[16], con l'ausilio delle pronunce della Corte di Giustizia UE, permettendo così contestualità e uniformità all'interno dell'Unione Europea delle scelte volte a conseguire un'effettiva riduzione di emissioni fossili nell'atmosfera.

Nel sistema italiano al momento non sono espressamente codificati in costituzione i principi posti a fondamento della protezione dell'ambiente, quali quello dello sviluppo sostenibile[17], di precauzione[18], di prevenzione[19], ecc. …, a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti, ad es. quello francese, dove la *"Charte de l'environnement" (Charte)* del 2005, in modo dettagliato e incisivo, si pone come parte integrante della costituzione, come si dirà a breve. Tale mancanza non ha tuttavia impedito al giudice amministrativo di garantire, attraverso un penetrante sindacato sull'esercizio dell'attività amministrativa, l'interpretazione e la corretta applicazione di tali principi, fornendo preziose indicazioni

chemicals e fertilizzanti rinnovabili (*end of waste*); 3) stimolare il processo di decarbonizzazione e la riduzione degli impatti ambientali derivante dalla circolarità del processo e dall'abbattimento delle emissioni prodotte.

15 In giurisprudenza, cfr. Cons. St., sez. IV, 8 aprile 2021 n. 2848, Tar Abruzzo, sez. I, 19 ottobre 2020 n. 363, Tar Molise, sez. I, 23 giugno 2016 n. 281 e Tar Sardegna, sez. II, 8 luglio 2020 n. 573. Si leggono tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

16 Sul ruolo del giudice amministrativo italiano, giudice nazionale garante dell'applicazione del diritto eurounitario, si legga F. PATRONI GRIFFI, *Dal Consiglio di Stato all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali: una lunga storia contro il potere arbitrario,* in *www.giustizia -amministrativa.it*.

17 Non è questa la sede per soffermarsi sulla nozione del principio dello sviluppo sostenibile, per tutti, anche per la sterminata bibliografia, si rinvia a F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*. *Principi generali* diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA, Padova, 2012, vol. I, 559 ss., Id., *Il principio dello sviluppo sostenibile* in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. ROSSI, Torino, V ed. 2021, 181 ss.

18 Sul principio di precauzione, già codificato nell'art 15 della Dichiarazione di Rio del 1992, sia permesso il rinvio anche per la bibliografia e la giurisprudenza a V. PARISIO, *Sicurezza alimentare, funzione amministrativa e giudice amministrativo interprete del diritto interno e europeo,* in *La sicurezza alimentare. Profili normativi e giurisprudenziali tra diritto interno, internazionale e europeo*, a cura di C. BOTTARI, Rimini, Maggioli, 2015, 75 ss.

19 Sul principio di prevenzione e gli altri principi si rinvia anche per la bibliografia a M. RENNA, *I principi in materia di tutela ambientale*, in *RQDA*, 2012, 1-2, 62 ss.; M. MONTINI, *Evoluzione, principi e fonti del diritto internazionale dell'ambiente,* in *Trattato di diritto dell'ambiente*. *Principi generali*, diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA, Padova, 2012, vol. I, 30 ss.

sull'esercizio dell'azione amministrativa, in vista del raggiungimento di un'azione amministrativa di qualità e degli obiettivi di carattere ambientale sopra delineati.

Come rilevato in dottrina[20], l'attività ermeneutica del giudice amministrativo incontra oggi alcuni nuovi e importanti condizionamenti derivanti proprio dalle previsioni delle fonti connesse al PNRR, in particolare del D.L. 77/2021, convertito nella l. 128/21, ove all'art. 2 assume preminente valore l'interesse nazionale alla celere realizzazione degli interventi previsti ai fini dell'attuazione del D.L. 77/21. Il prudente apprezzamento e la "*vis praetoria*" opportunamente miscelate, che da sempre caratterizzano l'operato del giudice amministrativo, si confrontano ora con il criterio del raggiungimento del risultato, sussunto nel principio di legalità, in virtù della fonte legislativa con la quale viene recepito il PNRR[21].

I sei pilastri (missioni) previsti nel regolamento europeo 2021/241 sono funzionali al consolidamento di un nuovo modello sociale inclusivo, sostenibile ed equo nel riparto delle risorse[22], basato su un apparato amministrativo digitalizzato, quindi più efficiente e controllabile, fondato sui principi dell'economia circolare, dove, in contrapposizione all'economia lineare, su imitazione dei cicli naturali, niente viene distrutto, ma tutto viene riutilizzato, evitando che si formino rifiuti. Spetterà proprio al giudice amministrativo farsi garante del raggiungimento di questi obiettivi.

2. Carta costituzionale italiana e "Charte de l'environnement": verso una parziale convergenza?

La nostra Carta costituzionale, come noto, menziona l'ambiente all'interno dell'art. 117, c. 2, lett. s), ove si stabilisce la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente, e del c. 3 ove tra le materie di legislazione concorrente compare la "valorizzazione dei beni culturali e ambientali", mentre nulla stabilisce circa i principi cardini della protezione ambientale, che rimangono codificati nel d.lgs. n. 152 del 2006 (Codice dell'ambiente), in particolare nell'art. 3-*bis*, 3-*ter* e 3-*quater*[23]. Nei principi fondamentali all'art. 9 invece menziona la tutela del paesaggio e del patrimonio storico artistico[24].

---

20 Cfr. F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il giudice*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Non è questa la sede per soffermarsi sulla natura del PNRR, tema sul quale si rinvia a M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *www.astrid-on line.it*.

21 Art. 1, c. 2, D.L. 77/21 "*Ai fini del presente decreto e della sua attuazione assume preminente valore l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nei piani indicati al comma 1, nel pieno rispetto degli standard e delle priorità dell'Unione europea in materia di clima e ambiente*". Dall'art. 1, c. 2, discendono a detta di alcuni Autori, cfr. F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR*, cit., importanti conseguenze. L'A. rileva che la discrezionalità dell'amministrazione derivante dal complesso intreccio normativo dovrà esercitarsi mantenendo come criterio ermeneutico fondamentale quello che favorisce il raggiungimento dello scopo, in quanto così stabilito dalle fonti dell'UE. Precisa infatti "*Il raggiungimento del risultato diventerebbe dunque una questione di diritto dell'UE e la proiezione verso il risultato delineato nel PNRR assumerebbe la valenza di principio munito di efficacia rinforzata, in grado di condizionare l'interprete e soprattutto di far riespandere la discrezionalità dell'amministrazione*".

22 Si leggano anche i considerando n. 11 e 12 del regolamento UE 2021/241.

23 L'art. 3-*quater*, in particolare consacra il principio dello sviluppo sostenibile, rifacendosi alla nozione già elaborata nel rapporto Brundtland, secondo il quale il soddisfacimento dei bisogni attuali deve avvenire in modo tale da non compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri bisogni.

Nel contenzioso di carattere ambientale questa situazione ha ulteriormente valorizzato l'intervento del giudice amministrativo, il quale ha reperito volta per volta nell'ordinamento eurounitario e, implicitamente, in altre disposizioni della nostra Carta (art. 2 ad es.) i criteri ermeneutici di riferimento alla luce dei quali effettuare il sindacato sulle scelte fatte dall'amministrazione in presenza di interessi pubblici contrapposti.

Come si diceva in Francia nel 2005 è stata adottata la *"Charte de l'environnement"*[25] che riunisce in dieci articoli i principi costitutivi della protezione dell'ambiente, sparsi nella variegata legislazione di settore[26]. Alla *"Charte"*, che ai sensi del suo art. 10 ispira l'azione europea e nazionale della Francia[27], è stato riconosciuto valore costituzionale[28], pertanto si colloca sullo stesso piano della Dichiarazione di diritti dell'uomo del 1789 e del Preambolo del 1946, dunque funge da parametro di legittimità per tutta la produzione legislativa e/o le politiche pubbliche. Queste dovranno rispettare in particolare il principio dello sviluppo sostenibile, richiamato espressamente nel preambolo[29] e nell'art. 6[30]. Quest'ultimo è di particolare interesse in quanto in esso è chiaramente stabilito che lo sviluppo sostenibile, al centro delle politiche pubbliche, si fonda sull'armonizzazione della protezione e valorizzazione dell'ambiente con lo sviluppo economico e sociale; dunque, l'ambiente diventa il volano per la realizzazione di nuove attività economiche. Non si delinea alcuna prospettiva di aprioristico predominio della dimensione ecologico-ambientale su quella spiccatamente economica, ma piuttosto viene concepita una loro sapiente armonizzazione. In una parola viene anticipato il disegno del *Green new deal* all'interno del quale la protezione dell'ambiente diventa il mezzo per conseguire un'economia vitale e solidale.

Ciò che più colpisce nella *Charte* è la previsione contestuale di un diritto a vivere in un ambiente equilibrato[31] e rispettoso della salute con il dovere posto in capo a ciascuno di

24 Non è questa la sede per soffermarsi sulla progressiva differenziazione della nozione di paesaggio (ormai inteso come rappresentazione identitaria, mutevole, frutto dell'interazione dell'uomo con l'ambiente, testimonianza di civiltà di un determinato ambito territoriale) da quella di ambiente, in alcuni momenti considerate sovrapponibili dalla giurisprudenza in assenza di disposizioni specifiche sull'ambiente. In tal senso cfr. P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico,* 2018, 3 ed., 30-32, e P. MARZARO, *Paesaggio,* in *Trattato di diritto dell'ambiente*. *Tutele parallele. Norme processuali,* diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA, Padova, 2012, vol. III, 277 ss. In giurisprudenza, cfr. Corte cost. n. 151 del 1986; n. 39/1986 e n. 210/1987, tutte in *www.cortecostituzionale.it*. Sul punto, cfr. T. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *www.federalismi.it*, 21 giugno 2021.

25 Si legge in *www.legifrance.gouv.fr*.

26 Per una completa descrizione della Charte de l'environnement, si leggano M. PRIEUR, *Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement,* NCCC, 2014/2 n.43; J. UNTERMAIER, *La Charte de l'environnement face au droit administratif,* in RJE, n. special 2005, 145 ss. Si legga anche *Le juge administratif et le droit de l'environnement* , in dossier tematico, in *www.conseil-etat.frInfine*. L'A. dopo aver evidenziato che la Charte modificherà tutto il diritto amministrativo attraverso la prospettiva dello sviluppo sostenibile, sottolinea che il diritto a un ambiente equilibrato andrà conciliato con gli altri diritti fondamentali nel suo concreto operare, attraverso l'intervento del giudice costituzionale e di quello amministrativo.

27 Art. 10 "*La présente Charte inspire l'action européenne et internationale de la France"*.

28 Valore costituzionale definitivamente assodato quanto a diritti e doveri che discendono dalla *"Charte"* solo a partire dalla pronuncia del *Conseil d'Etat* del 3.10.2010 n. 297931.

29 "…*Qu'afin d'assurer un développment durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins"*. Il principio dello sviluppo sostenibile appare estremamente ampio nella sua formulazione, spetterà al giudice amministrativo definirne tutte le potenzialità. Cfr. J. UNTERMAIER, op.cit., 148.

30 Art. 6 "*Les politiques publiques doivent promouvoir un développment durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement , le dévelopement économique et le progrès social"*.

31 Nella Charte il riferimento all'"*équilibre*" evoca la stabilità degli ecosistemi, la quale può essere compromessa dalle catastrofi naturali e dal degrado provocato dall'uomo. L'equilibrio evoca proprio l'armonizzazione tra le opposte esigenze.

prendere parte alla preservazione e al miglioramento dell'ambiente[32]. L'ambiente, dunque, si definisce come patrimonio comune e su ciascun individuo grava la responsabilità della sua conservazione, nonché il dovere di prevenire o quanto meno limitare ogni forma di attacco all'ambiente stesso[33] . Viene anche scolpito il dovere di ciascuno di contribuire al risarcimento dei danni causati all'ambiente nei modi stabiliti dalla legge[34].

Si tratta di una prospettiva nuova, visto che di norma sono per lo più i diritti ad essere enfatizzati ma non i doveri ad essi speculari. Vengono poi disciplinati il principio di precauzione, già contemplato nella Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992, il suo presupposto, ossia uno stato di incertezza scientifica sulla possibilità che da un'attività si produca un danno grave e irreversibile all'ambiente, le modalità con le quali le autorità applicano tale principio, ossia mediante la valutazione dei rischi e la successiva adozione di misure, provvisorie e soprattutto proporzionate, al fine di evitare il verificarsi del danno[35]. Nella Charte sono ovviamente riconosciuti il diritto all'informazione ambientale e alla partecipazione alla formazione delle decisioni destinate ad avere un impatto sull'ambiente[36] e viene riconosciuta la centralità della formazione[37], della ricerca e dell'innovazione nella protezione e valorizzazione dell'ambiente[38].

Dal gennaio scorso pende davanti al Parlamento francese una proposta del governo di modifica della Costituzione del 1958, in particolare dell'art. 1, con l'inserimento della previsione che la Francia "*garantit la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et lutte contre le dérèglement climatique*". La nuova formulazione dell'art. 1 non avrebbe solo un valore simbolico, ma sarebbe volta a creare un vero e proprio obbligo costituzionale per lo Stato di agire in materia di cambiamento climatico, invece di sancire semplicemente degli obiettivi programmatici, fornendo una base più solida per le azioni legali in materia di cambiamenti climatici[39].

Al momento, la scelta rinvenibile nella nostra Carta costituzionale è invece radicalmente diversa. Pochi riferimenti all'ambiente nell'art. 117 Cost. circoscritti ai soli profili delle competenze, con conseguente intervento, compensativo, massiccio da parte della giurisprudenza chiamata a reperire i principi fondanti della tutela dell'ambiente in altre fonti.

---

32 Art. 1 "*Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé". Art. 2 "Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l''amélioration de l'environnement"*.

33 Art. 3 *Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les consequences*". Viene qui introdotto il principio di prevenzione.

34 Art. 4 "*Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi"*. Viene introdotto il principio "chi inquina paga".

35 Art. 5 "*Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état de connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement , les autoritées publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leur domaines d'attribution , à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage"*.

36 Art. 7 "*Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'acceder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et à parteciper à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement*".

37 Art. 8" *L'education et la formation à l'environnement doivent contribuer à l'exercice des droits et devoirs définis par la présente Charte"*.

38 Art. 9 "*La recherche et l'innovatoin doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement*".

39 Cfr. J. DUBOIS VERDIER, *Il giudice amministrativo fra cambiamento climatico e transizione ecologica: la prospettiva francese*, Relazione presentata al webinar *"Il giudice amministrativo italiano fra cambiamento climatico e transizione ecologica"*, 11.6.2021, in *www.agatif.org*.

Il 9 giugno 2021 il Senato ha approvato, in prima deliberazione, la proposta di legge costituzionale in un testo unificato[40] di modifica della nostra Carta costituzionale. In particolare, si prevede l'inserimento di un comma aggiuntivo all'art. 9 che prevederebbe "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 di tutela degli animali". L'art. 41, contemplante, come noto, la disciplina dell'attività economica privata, verrebbe modificato nel suo secondo comma con l'inserimento del divieto di "arrecare danno alla salute, all'ambiente e con l'aggiunta della parola "ambientali" dopo "sociali" alla fine del terzo comma. In sostanza verrebbero esplicitati ulteriori limiti all'esercizio dell'attività economica privata nella prospettiva dello sviluppo sostenibile, in una logica di equità intergenerazionale nel godimento delle risorse naturali. Nell'art. 117, c. 2, lett. s) verrebbe riformulata la competenza legislativa statale esclusiva con riferimento a "tutela dell'ambiente, degli ecosistemi e degli animali; tutela dei beni culturali". Se la riforma andrà in porto sarà ancora più evidente cogliere il fatto che la tutela complessiva prevista si estende necessariamente, nell'era del cambiamento climatico anche al programma del PNRR e atti collegati, in quanto grava sulle amministrazioni l'obbligo di avviare senza indugio le misure volte al contrasto del cambiamento climatico dopo aver attentamente ponderato le conseguenze su tutti i beni costituzionalmente protetti dalla costituzione[41].

Tale proposta ha suscitato reazioni contrastanti. Vi è chi reputa inutile modificare la Costituzione, visto che proprio la giurisprudenza costituzionale, ma non solo, da tempo ha ampiamento rimediato alla mancanza di riferimenti espressi alla protezione dell'ambiente, ricorrendo all'art. 2 della Costituzione[42], la cui natura di norma a fattispecie aperta

40 Testo unificato AC 3156 "*Modifica agli artt. 9, 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*". In Senato l'atto n. S 2438 recante "Modifica all'articolo 9 della Costituzione per l'introduzione del concetto di ambiente", presentato su iniziativa del Sen. Di Nardo era stato oggetto di una *Nota di approfondimento a cura del Comitato di Redazione ACI del 7.7.2011,* XVI Legislatura – Senato della Repubblica Atto n. 2438, dalla quale emerge la "ratio" dell'intervento riformatore: modificare in modo sintetico l'art. 9 per permettere all'ambiente di trovare tutela nelle sue componenti naturali, senza sminuire l'importanza del paesaggio, dando attuazione al principio dello sviluppo sostenibile. Per un'accurata ricostruzione di tutte le iniziative proposte in tema di riforma dell'art. 9 (e 41) si rinvia a M. D'AMICO, *Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica. Audizioni sui Disegni di legge costituzionale nn.83 e connessi (14 novembre 2019)*, in *Osservatorio Costituzionale,* 1 dicembre 2019.

41 Cfr. R. SESTINI, *Il giudice amministrativo italiano fra cambiamento climatico e transizione ecologica,* Relazione presentata al webinar *"Il giudice amministrativo italiano fra cambiamento climatico e transizione ecologica"*, cit.

42 Cfr. T. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, cit. L'A. rileva tre ordini di ragioni. La prima di metodo. Come ha precisato la Corte costituzionale, nella sua pronuncia n. 1146 del 1988, non si modificano i principi supremi, contenuti negli artt. da 1 a 12 della Carta costituzionale, in quanto si darebbe vita ad una revisione della Costituzione non ammessa quanto alla forma repubblicana ai sensi dell'art. 139 della Costituzione. In secondo luogo, l'inserimento dei termini "ecosistema" e "biodiversità" sarebbe foriero di gravi incertezze ermeneutiche. Allo stesso modo non sarebbe chiaro capire a chi spetti in via preventiva appurare che una determinata attività economica privata si svolga in danno dell'ambiente. Infine, l'art. 2 della Costituzione dà vita a una norma a fattispecie aperta, naturalmente volta a permettere la costituzionalizzazione di nuovi diritti, tra cui quello della protezione dell'ambiente, come in effetti è avvenuto negli ultimi decenni ad opera della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione. In realtà, a nostro avviso, un'esplicitazione del valore ambientale in chiave di autonomia aiuterebbe le amministrazioni prima e il giudice poi, in fase di sindacato, a meglio ponderare tra gli interessi confliggenti, quello puramente ambientale, soprattutto nell'ipotesi della produzione di energia rinnovabile da fonti non fossili, obiettivo, tra gli altri cui ci obbliga il PNRR e atti collegati. Come osservazione di chiusura l'A. rileva un paradosso: da un lato si penserebbe di inserire l'ambiente in Costituzione, dall'altro lo si escluderebbe da una tutela ministeriale alludendo alla creazione del Ministero per la transizione ecologica, in luogo del "vecchio" Ministero dell'ambiente. In merito all'osservato paradosso preme sottolineare che nel nuovo Ministero della transizione ecologica sono state semplicemente trasferite tutte le funzioni già esercitate dal vecchio Ministero dell'ambiente, con l'aggiunta di nuove. Si è trattato, in sostanza, di un semplice cambio di contenitore. In senso fortemente critico si è espresso anche P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica*

permette il progressivo emergere di nuovi diritti, il miglior antidoto contro l'obsolescenza dei valori costituzionali.

In contrapposizione a questo orientamento[43] è stato sostenuto che le proposte modifiche ricostruirebbero l'ambiente come valore costituzionale finalmente autonomo, non meramente antropocentrico o relazionale[44], in linea con altre esperienze europee, in una prospettiva di sostenibilità. In una fase storica come l'attuale, caratterizzata dall'esigenza di giungere ad una rapida transizione ecologica, per la cui realizzazione la produzione di energia da fonti non fossili viene fortemente incentivata, anche a livello economico, la protezione dell'ambiente, *rectius*, dai mutamenti climatici, riceverebbe una forte spinta anche dall'inserimento dell'ambiente come valore autonomo nei principi fondamentali, riconoscendogli finalmente una collocazione sistematica idonea a coglierne l'effettiva importanza, rendendo più facile la ponderazione degli interessi da parte dell'amministrazione, e il suo controllo da parte del giudice amministrativo in un momento successivo. Il fatto che fino ad oggi la giurisprudenza, soprattutto quella delle supreme magistrature, abbia egregiamente supplito a tale vuoto non pare una buona ragione per rinunciare a valorizzare l'ambiente in una prospettiva di sostenibilità, anche in considerazione del profondo cambiamento socio-economico che l'attuazione del NGEU e atti connessi impone.

Se la prospettata riforma costituzionale si concluderà, si verificherà una convergenza, parziale, con l'esperienza francese della Charte, che rimane comunque distinta in quanto quest'ultima a livello testuale appare più dettagliata e ricca nella formulazione di quanto non avverrà con le integrazioni previste per gli artt. 9 e 41 della nostra Carta costituzionale, per la quale si è optato per una maggiore sinteticità. Peraltro, nelle progettate modifiche, a differenza di quanto sta avvenendo in Francia, non si fa alcun cenno alla lotta al cambiamento climatico, che sta diventando centrale nelle politiche pubbliche europee e globali.

La ricaduta sull'amministrazione e sul giudice, in termini generali, dunque riferibili anche alle questioni connesse alla produzione di energia da fonti non fossili, tema al quale abbiamo circoscritto le presenti riflessioni, non sarà di poco momento, soprattutto nella motivazione degli atti, nella quale l'amministrazione dovrà dar conto di aver autonomamente valutato per assumere una certa decisione anche tutte le ripercussioni ambientali in una logica di sostenibilità.

3. L'energia prodotta da fonti energetiche rinnovabili (FER): tra procedimento e processo amministrativo.

dell'art. 9 della Costituzione, in *www.giustiziainsieme.it*. L'A. rileva che l'integrazione dell'art. 9 con "l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi" è ripetitiva di un precetto presente e incontestato e destinata a dequotare il principio fondamentale della protezione del paesaggio anche in considerazione dell'ambigua nozione di sviluppo sostenibile.

43 Sostenuta, pur con ulteriori sfaccettature, anche da S. GRASSI, *Ambiente e costituzione*, in *RQDA*, 2017, 4 ss. e M. AINIS, *Costituzione fa rima con natura*, 2019 in *www.cngeologi.it*.

44 Cfr. M. D'AMICO, *Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica. Audizioni sui Disegni di legge costituzionale nn.83 e connessi (14 novembre 2019)*, cit. L'A. peraltro rileva che anche all'interno della giurisprudenza della Corte costituzionale si sta affacciando la tendenza a proteggere il diritto all'ambiente come diritto autonomo, bene comune di primaria importanza per la vita sociale ed economica. Cfr. Corte cost. n. 198/2018; n. 164/2009 e n. 378/2007. Si leggono tutte in *www.cortecostituzionale.it*.

Dopo aver sinteticamente tratteggiato il nuovo contesto normativo ed economico-sociale nel quale si inserisce l'attività del giudice amministrativo, uno dei maggiori interpreti, su scala europea ma non solo, della fase di transizione ecologica secondo il complesso delle fonti europee e nazionali sopra accennate, è giunto finalmente il momento di soffermarci sulle modalità del suo intervento in relazione alla produzione di energia da fonti energetiche rinnovabili (FER)[45].

L'energia elettrica da fonti energetiche rinnovabili - ossia, ai sensi dell'art. 2 lett. a) del d.lgs. 199/2021, energia proveniente da fonti rinnovabili non fossili, quali: energia eolica, solare, aerotermica, geotermica, idrotermica, oceanica, idraulica, biomassa, gas di discarica, gas residuati da processi di depurazione e biogas - permetterà di coprire da qui al 2030 il 55% del fabbisogno nazionale.

Come già si accennava in precedenza la nostra attenzione viene circoscritta all'energia da biomassa, al sistema biogas/biometano[46], il cui utilizzo permette una migliore tutela dell'ambiente in quanto genera emissioni minime di anidride carbonica. Peraltro, la quantità di anidride carbonica che viene emessa nella fase di combustione corrisponde all'incirca a quella che viene assorbita in precedenza dai vegetali durante la crescita, arrivando così sostanzialmente ad un pareggio[47]. Tra le energie prodotte da fonti rinnovabili appare quella maggiormente programmabile, e la più adatta a consentire l'integrazione tra diversi sistemi energetici a favore dello sviluppo e della sicurezza delle reti, senza dimenticare l'elevato rendimento energetico. Già oggi il biogas, presenta una capacità di bilanciamento di 1,3 Twh pari al 50% delle attuali necessità. Tale potenzialità potrebbe arrivare a raddoppiare da qui al 2030. Inoltre, gli impianti di gas rinnovabile agricolo potranno essere una cerniera che connette la rete gas e la rete elettrica, riequilibrando il sistema secondo il bisogno, ma soprattutto permette una buona integrazione del reddito agricolo, mediante la creazione di una azienda polifunzionale, con la valorizzazione dei sottoprodotti che altrimenti dovrebbero essere trattati come rifiuti, dai quali originerebbero gravi forme di inquinamento.

L'installazione di impianti per la produzione di biogas, dal quale raffinato si produce biometano, da utilizzarsi anche come carburante nei trasporti in sostituzione del metano di origine fossile, fornisce una forma di energia con un contenuto nullo/bassissimo di residui

45 Sulle energie rinnovabili e le biomasse in particolare, cfr. A. Di GIOVANNI, *La tutela dell'ambiente e le fonti energetiche*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*. *Tutele parallele. Norme processuali,* diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA, Padova, 2012, vol. III, 947 ss. Si legga anche G. COMPORTI, *Energia e ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. ROSSI*,* Torino, V ed., 2021, 314 ss.

46 Il biogas può essere prodotto attraverso filiere di produzione industriale e/o filiere di produzione agricola, le quali si differenziano sostanzialmente per le diverse fonti di approvvigionamento e per le dimensioni dell'impianto. Nelle prime il biogas è prodotto utilizzando non colture dedicate, ma la frazione organica dei rifiuti solidi urbani (forsu), oppure fanghi di depurazione, scarti di processi agroindustriali, captazione di metano in discarica. La filiera industriale risulta particolarmente adatta alla produzione di biometano, il quale, provenendo dalla raffinazione del biogas, richiede l'installazione di impianti medio-grandi, di preferenza localizzati in prossimità dei centri di produzione dello scarto-materia prima utilizzato per la digestione anaerobica. Le filiere di produzione agricola, invece, definite filiere corte, producono il biogas mediante impianti di piccola taglia per la cogenerazione di elettricità/calore e utilizzano le risorse del fondo e/o colture dedicate (in particolare gli insilati di sorgo, tricale, mais) oltre ai reflui zootecnici. Per evitare che la produzione di biogas vada a detrimento delle produzioni alimentari va privilegiato l'utilizzo di scarti provenienti dalle colture o dagli allevamenti aziendali (paglia, stocchi di mais, potature, effluenti zootecnici) e dai sottoprodotti del ciclo agricolo tradizionale. La produzione delle materie prime va concepita proprio a completamento e non in sostituzione della produzione agricola tradizionale, oltre che in fondi di proprietà del gestore, per evitare aumenti abnormi dei canoni di affitto dei terreni coltivabili.

47 Cfr. A. DI GIOVANNI, *La tutela dell'ambiente e le fonti energetiche*, cit., 966.

fossili. Si ottiene attraverso un processo di digestione anaerobica di diverse sostanze, dai residui della coltivazione agricola e dell'allevamento del bestiame (reflui zootecnici), alle diverse tipologie di frazione di rifiuti organici (forsu), i quali al termine del processo rimangono stabilizzati, parzialmente igienizzati e deodorati. Si assicura così la piena attuazione dei principi di economia circolare, utilizzandosi proprio sostanze di scarto che, se esclusivamente agricole, integrano uno sviluppo e completamento dell'attività agricola, anche perché il digestato risultante dal processo di digestione anaerobica può essere utilizzato come fertilizzante per la coltivazione dei campi. Senza contare che l'energia prodotta potrebbe essere impiegata per la conduzione dell'azienda agricola stessa oltre che per il funzionamento dell'impianto.

La realizzazione di impianti per la produzione di biogas, collegabile alla filiera elettrica, presuppone lo svolgimento di un procedimento amministrativo[48] finalizzato all'ottenimento di un provvedimento (AU, PAS, PAUR) disciplinato a livello nazionale, a livello regionale (e alle volte provinciale), cui è seguita l'emanazione di linee guida. Tale sistema appare piuttosto complesso ed è spesso fonte di un aspro contenzioso tra operatori economici ed enti locali chiamati a rilasciare le autorizzazioni, oppure tra enti locali e associazioni di protezione dell'ambiente, al quale, di norma è il giudice amministrativo, come giudice del potere pubblico che pone la parola fine. In realtà gli interessi confliggenti non sono di poco momento visto che se da un lato l'utilizzo di biomasse permette di ridurre le emissioni di CO2 e dunque di contribuire al raggiungimento degli obiettivi connessi alla transizione ecologica, dall'altro si crea il rischio concreto di sottrarre ampie zone alle coltivazioni, di suscitare le rimostranze delle popolazioni residenti vicino agli impianti, disturbate da odori e rumori, ma soprattutto si sviluppa un conflitto con le politiche di riduzione nella produzione dei rifiuti, in particolare con i criteri di priorità nella gestione dei rifiuti di cui all'art. 179 del Codice dell'ambiente, al cui vertice è posto l'obiettivo della riduzione dello smaltimento a favore del riutilizzo, reimpiego e riciclaggio. Certamente lo sviluppo di nuove tecnologie sarà determinante per incentivare il ricorso a tale forma di energia, in modo da abbattare i costi, ancora piuttosto alti, legati all'impiego di materiali organici.

Non si può dunque prescindere dall'esame della giurisprudenza amministrativa, la quale rivela che i temi più scottanti si riconducono assai spesso al possibile conflitto tra valori energetici e valori paesaggistici, ai limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti e procedimenti di VIA, alla quale nella quasi totalità dei casi sono sottoposti gli impianti; alla natura di alcuni provvedimenti autorizzatori (PAS), alla difficile applicazioni delle disposizioni generali disciplinanti istituti di semplificazione quali il silenzio-assenso; alla identificazione regionale delle aree ritenute non idonee per la localizzazione degli impianti. Ma vi è di più. Delicati sono anche i profili attinenti alla legittimazione a ricorrere e all'interesse ad agire che il giudice amministrativo è chiamato a verificare per l'ammissibilità del ricorso, che gli permettono, volta per volta, di amplificare o comprimere il ruolo delle associazioni e dei cittadini quali sentinelle della legalità ambientale[49].

48 Si legga A. DI GIOVANNI, *La tutela dell'ambiente e le fonti energetiche*, cit., 967 ss.

49 Certo la Convenzione di Aarhus dovrebbe spingere ad una progressiva apertura della legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo nelle ipotesi di contenzioso in materia ambientale, tuttavia, ciascuno Stato aderente applica le proprie norme interne in tema di legittimazione, che nel nostro sistema sono ancora piuttosto restrittive non essendo prevista un'azione popolare se non in casi tassativi. Si potrebbe però, come primo passo, nei casi dubbi, iniziare a seguire un'interpretazione orientata dai criteri ispiratori della Convenzione per la soluzione dei casi sottoposti al giudice

4. *Segue*: **Le procedure autorizzatorie per la realizzazione e il funzionamento degli impianti.**

Per la realizzazione, il funzionamento e l'eventuale ampliamento degli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili è previsto un sistema autorizzatorio che si articola su varie figure. Le fonti di riferimento sono di carattere nazionale, il d.lgs. 29 dicembre 2003 n. 387, integrato dalle linee guida adottate con D.M. del 10 settembre 2010 - aventi valore di norme interposte in quanto volte a integrare e valorizzare la normativa statale, come affermato dalla Corte costituzionale con la pronuncia n. 275 del 2011 - che ha stabilito competenze in capo allo Stato, alle regioni e alle province (che possono essere delegate dalle regioni[50]), modificato poi dal d.lgs. n. 28/2011 e successivamente dall'art. 31 del d.lgs. 46/2014. Ciascuna regione, poi, è intervenuta emanando proprie linee guida[51], dando vita a una legislazione molto variegata. Dall'intrecciarsi delle fonti citate emergono diversi procedimenti autorizzatori differenziati secondo diversi livelli di semplificazione, graduati in ragione della potenza di cui è munito l'impianto o della specifica tipologia di fonte utilizzata. La semplificazione intervenuta sui procedimenti, peraltro, è destinata ad aumentare per il perseguimento degli obiettivi della transizione ecologica.

Le fonti citate riguardano in generale tutti gli impianti, e ad esse si aggiunge una disciplina specifica per ciascuna tipologia di impianti da realizzare sulla base della fonte impiegata.

Il procedimento ordinario, che si conclude con l'autorizzazione unica (AU)[52], che ove necessario costituisce variante allo strumento urbanistico, rilasciata dalla regione (o da ente subdelegato) è regolato dall'art. 12 del d.lgs. 387/2003, modificato dall'art. 5 del d.lgs. 28/2011, e si applica a tutti gli impianti alimentati da fonti rinnovabili, agli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale riattivazione, alle opere connesse e alle infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio dell'impianto stesso. Le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da FER sono considerate di pubblica utilità, indifferibili ed urgenti. L'AU non può essere subordinata né prevedere misure di compensazione a favore di regioni e province.

Va precisato che la competenza spetta alla Regione o Provincia autonoma territorialmente competente solo per gli impianti di potenza termica installata inferiore ai

amministrativo. Sul punto cfr. L. KRAMER, *Citizen's rights and administration duties in environmental matters: 20 years of Aarhus convention*, cit.

50 Secondo Cass. Civ., sez Un., 15 dicembre 2016 n. 25835, l'attribuzione alle province della competenza in materia di autorizzazione unica per la realizzazione di impianti per la produzione di energia da FER non può ritenersi estesa alla possibilità di derogare al regime vincolistico derivante dalla legislazione statale e regionale.

51 La regione Lombardia, ad es., è intervenuta con delibera della Giunta del 31.05.2021 n. XI/4803, in www.*regionelombardia.it*.

52 Art. 5 d.lgs. 28/2011, rubricato Autorizzazione Unica, secondo cui fatto salvo quanto previsto dagli articoli 6 … (PAS - ndr), la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti, nonché le modifiche sostanziali degli impianti stessi, sono soggetti all'autorizzazione unica di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 come modificato dal presente articolo, secondo le modalità procedimentali e le condizioni previste dallo stesso decreto legislativo n. 387 del 2003 e dalle linee guida (*D.M. 10-9-2010 Ministero dello sviluppo economico "Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili" – ndr*), …, nonché dalle relative disposizioni delle Regioni e delle Province autonome.

300 MW, mentre spetta allo Stato (Ministero della transizione ecologica) per gli impianti con potenza termica installata pari o superiore ai 300 MW. L'AU si colloca a valle di un procedimento complesso, che ha il suo fulcro nella conferenza dei servizi, disciplinata dall'art. 14 ss. della l. 241 del 1990, convocata dalla regione entro 30 gg. dal ricevimento della domanda di autorizzazione, alla quale prendono parte tutte le amministrazioni interessate. La durata del procedimento, per rispondere ad esigenze di celerità, legate alla rapida diffusione degli impianti alimentati da FER, è passato dagli iniziali 180 gg. agli attuali 90 gg.

Il rilascio dell'AU avviene nei casi in cui non debba essere svolta la VIA regionale, perché diversamente si applicherebbe la procedura per il rilascio del PAUR di cui all'art. 27-*bis* del d.lgs.152/2006, come a breve si dirà, pertanto, AU e PAUR sono alternativi e rispondono a presupposti diversi.

Ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 gli impianti di produzione di energia elettrica possono essere ubicati anche in zone classificate come agricole dai vigenti piani urbanistici, tenendo comunque conto delle tradizioni agricole, della tutela della biodiversità, delle tradizioni culturali e del paesaggio rurale[53]. Poiché le linee guida sono state pubblicate con molto ritardo, nel frattempo le regioni erano intervenute stabilendo criteri propri, assai eterogenei, per la localizzazione degli impianti. Tale situazione, come si dirà a breve, ha provocato un forte conflitto tra protezione del paesaggio, per gli impianti da biomassa, paesaggio agricolo[54], e la protezione ambiente, declinato nella produzione di energia "pulita", sul quale il giudice amministrativo ha avuto occasione di intervenire, svolgendo un ruolo assai delicato, emanando criteri per la legittima contestuale considerazione di tutti gli interessi in gioco, per la verifica delle scelte della pubblica amministrazione. Tra questi interessi, come si preciserà a breve, campeggia quello della tutela del paesaggio, consacrata nell'art. 9 Cost. (soprattutto in relazione alla realizzazione di parchi eolici in area di pregio naturalistico), la cui prevalenza non è un dato immodificabile acquisito una volta per tutte, ma è il risultato di un attento bilanciamento degli interessi presenti nel particolare contesto di riferimento, dimostrando così che non esiste una gerarchia prestabilita e immutabile di valori.

Il PNRR e fonti collegate contribuirà ad accentuare la necessità del bilanciamento degli interessi, al cui interno certamente l'interesse a realizzare impianti alimentati da FER in favore della transizione ecologica tende a diventare prevalente su quello paesaggistico, anche perché si tratta di dare attuazione a vincoli sorti in sede europea. Peraltro, il D.L. 77/2021 all'art. 30 è intervenuto modificando l'art. 12 del d.lgs. 387/2003 e s.m.i. dove si disciplina l'AU, dimostrando di ridimensionare in misura considerevole il ruolo e l'importanza dell'interesse ambientale.

Per particolari categorie di impianti di modesta portata energetica, previsti ai numeri 11 e 12 delle linee guida del 2010, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 28/2011 trova applicazione la procedura amministrativa semplificata (PAS) sulla cui natura il giudice è stato chiamato a pronunciarsi, come a breve si dirà.

53 Si legga sul punto A. DI GIOVANNI, *La tutela dell'ambiente e le fonti energetiche*, cit., 968.

54 Sul conflitto tra interessi energetici e paesaggistici, cfr. Corte cost 355/2002 ove la prevalenza del valore paesaggistico non scaturisce da una valutazione a priori che postula l'incondizionata supremazia del valore paesaggistico, ma è il risultato di una attenta ponderazione di tutti i diversi e confliggenti interessi in gioco.

La PAS, limitata ai soli casi tassativamente indicati[55], in quanto derogatoria rispetto alla procedura ordinaria, viene gestita dal comune territorialmente competente, al quale va presentata un'istanza, accompagnata da una dettagliata relazione tecnica, che attesti la compatibilità dell'intervento con gli strumenti urbanistici e con le norme di sicurezza e igienico-sanitarie almeno 30 gg. prima dell'inizio dei lavori. Come a breve si dirà, la PAS non costituisce variante dello strumento urbanistico, a differenza dell'AU, in quanto postula, al contrario, la piena conformità del progetto intervento con le prescrizioni urbanistiche. Se il comune territorialmente competente rileva anomalie nella domanda, notifica all'interessato di non intervenire e di ripresentare la domanda con le integrazioni necessarie per renderla conforme alla domanda. In assenza di rilievi comunali, trascorsi i 30 gg. l'attività viene avviata. Se sono necessari atti di altre amministrazioni, il comune li acquisisce d'ufficio o convoca entro 20 gg. una conferenza di servizi e il termine di conclusione del procedimento di 30 giorni rimane sospeso sino all'acquisizione di tali atti[56]. L'intervento va comunque completato nel termine decadenziale di 3 anni dal perfezionamento della procedura abilitativa[57]. Una volta conclusi i lavori il progettista rilascia un certificato di collaudo finale.

Si evidenzia che è intervenuta la Corte costituzionale con sentenza del 26 marzo 2020 n. 119[58] nella quale ha statuito che le soglie di potenza degli impianti per accedere alla procedura semplificata, di cui al d.lgs. n. 387 del 2003 e s.m.i., rientrano nella competenza statale, nello specifico possono essere fissate solo con decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'ambiente (ora della transizione ecologica) e d'intesa con la Conferenza unificata Stato-regioni. Il limite di accesso alla procedura semplificata va considerato principio fondamentale della materia, dunque di esclusiva pertinenza dello Stato.

Ai sensi dell'art. 6, c.10, d.lgs. 28/2011 per gli impianti individuati nei paragrafi 11 e 12 delle linee guida ministeriali del 10.9.2010, rientrando nell'attività edilizia libera, è

55 Per la produzione di biometano l'art. 8-*bis* del d.lgs.28/2011 prevede la procedura abilitativa semplificata per i nuovi impianti di capacità produttiva, …, non superiore a 500 standard metri cubi/ora, nonché per le opere di modifica e per gli interventi di parziale o completa riconversione alla produzione di biometano di impianti di produzione di energia elettrica alimentati a biogas, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione, che non comportano aumento e variazione delle matrici biologiche in ingresso.

56 Art. 6 d.lgs. 28/2011, PAS, secondo cui qualora siano necessari atti di assenso, … che rientrino nella competenza comunale e non siano allegati alla dichiarazione, il Comune provvede a renderli tempestivamente e, in ogni caso, entro il termine per la conclusione del relativo procedimento fissato ai sensi dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, …. Qualora …*siano necessari* … atti di assenso di competenza di amministrazioni diverse da quella comunale, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, l'amministrazione comunale provvede ad acquisirli d'ufficio ovvero convoca, entro venti giorni dalla presentazione della dichiarazione, una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni. Il termine di trenta giorni di cui al comma 2 è sospeso fino alla acquisizione degli atti di assenso ovvero fino all'adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento ai sensi dell'articolo 14-*ter*, comma 6-*bis* (*ora comma 7 dopo modifica D.lgs. 127/2016 - ndr*), …della medesima legge 7 agosto 1990, n. 241.

57 Art. 6 d.lgs. 28/2011 – PAS, secondo cui la realizzazione dell'intervento deve essere completata entro tre anni dal perfezionamento della procedura abilitativa semplificata …. La sussistenza del titolo è provata con la copia della dichiarazione da cui risulta la data di ricevimento della dichiarazione stessa, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari. Ultimato l'intervento, il progettista o un tecnico abilitato rilascia un certificato di collaudo finale, …. Le Regioni e le Province autonome possono estendere la soglia di applicazione della procedura di cui al comma 1agli impianti di potenza nominale fino ad 1 MW elettrico, ….

58 Da ultimo, cfr. Corte cost. 127/2021 e Cons. St., IV, 22.3.2017 n. 1298. Si leggono rispettivamente in *www.cortecostituzionale.it* e *www.giustizia-amministrativa.it*.

sufficiente la presentazione al comune di una comunicazione di inizio dei lavori[59]. Quest'ultima, ai sensi dell'art. 7-*bis* del d.lgs. 28/2014, va effettuata utilizzando un modello unico predisposto a livello nazionale. Il comune che riceve la comunicazione si deve limitare a verificare la veridicità delle dichiarazioni e non potrà richiedere documentazione aggiuntiva.

Qualora si debba effettuare la VIA[60] regionale, all'esito della procedura di screening o perché prevista dalla normativa, ai sensi dell'art. 27-*bis* del d.lgs. n. 152 del 2006, va attivata la procedura per il rilascio del PAUR (provvedimento autorizzatorio unico regionale) da parte della regione, destinato a ricomprendere tutti gli eventuali atti ulteriori che siano necessari. L'art. 27-*bis*, qualora vi sia da effettuare la VIA regionale prevale sull'art. 12 del d.lgs. 387/2003 (AU) sostituendo l'autorità competente per il rilascio dell'autorizzazione unica (regione o provincia) con l'autorità competente alla valutazione di impatto ambientale (regione o provincia).

Va peraltro segnalato che la Corte costituzionale con sentenza n. 93 del 2013[61] aveva statuito che la direttiva 2011/92/UE in materia di VIA impone agli Stati di assoggettare a VIA non solo i progetti indicati nell'all. I, ma anche i progetti descritti nell'all. II, qualora si rivelino idonei a generare un impatto ambientale importante all'esito della procedura di screening. Quest'ultima avviene seguendo gli specifici indici definiti nell'all. III concernenti non solo le dimensioni ma anche altre caratteristiche dei progetti, quali il cumulo con altri progetti, l'utilizzazione di risorse naturali, la produzione di rifiuti, la loro localizzazione e il loro impatto potenziale con riferimento all'area geografica, alla densità della popolazione.

Nel procedimento autorizzatorio, nelle sue diverse figure, sopra sinteticamente descritto, grande spazio viene dato agli istituti di semplificazione dell'azione amministrativa, destinati ad essere ulteriormente ritoccati per rendere sempre più veloce l'acquisizione delle autorizzazioni, in particolare alla conferenza dei servizi che permette la contestuale

59 Sono esercitati previa comunicazione i seguenti impianti: impianti alimentati da biomasse, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas aventi tutte le seguenti caratteristiche (ai sensi dell'articolo 27, comma 20, della legge n. 99 del 2009): i)operanti in assetto cogenerativo; aventi una capacità di generazione massima inferiore a 50 kWe (microgenerazione) impianti alimentati da biomasse, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas non ricadenti fra quelli di cui al punto a) ed aventi tutte le seguenti caratteristiche (ai sensi dell'articolo 123, comma 1, secondo periodo e dell'articolo 6, comma 1, lettera a) del D.P.R. n. 380 del 2001): realizzati in edifici esistenti, sempre che non alterino i volumi e le superfici, non comportino modifiche delle destinazioni di uso, non riguardino le parti strutturali dell'edificio, non comportino aumento del numero delle unità immobiliari e non implichino incremento dei parametri urbanistici; aventi una capacità di generazione compatibile con il regime di scambio sul posto. Sono assentiti mediante PAS i seguenti impianti: impianti di generazione elettrica alimentati da biomasse, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas non ricadenti fra quelli di cui al punto precedente ed aventi tutte le seguenti caratteristiche (ai sensi dell'articolo 27, comma 20, della legge n. 99 del 2009): operanti in assetto cogenerativo aventi una capacità di generazione massima inferiore a 1.000 kWe (piccola cogenerazione) ovvero a 3.000 kWt; impianti di generazione elettrica alimentati da biomasse, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas, non ricadenti fra quelli di cui ai punti precedenti ed aventi capacità di generazione inferiori alle rispettive soglie indicate alla Tabella A allegata al D.lgs. n. 387 del 2003, come introdotta dall'articolo 2, comma 161, della legge n. 244 del 2007.

60 Il D.L.77/2021 è intervenuto in più punti a modificare in termini generali, in una logica acceleratoria, la VIA. Tali modifiche sebbene non rivolte direttamente alle procedure per l'installazione e l'esercizio di impianti per la produzione di energia da FER, si riverbereranno anche sulle stesse. Sulla VIA in generale si legga *ex plurimis* M. CECCHETTI, *La riforma dei procedimenti di valutazione di impatto ambientale tra d.ls. n. 104 del 2017 e Corte costituzionale n. 198 del 2018*, in *www.federalismi.it*. Quanto alle modifiche portate dal D.L. 77/21, si veda, V. CAVANNA, *Semplificare per tutelare? Le valutazioni di impatto dopo il PNRR,* in *Amb e svil*, 2021, 7,526 ss.

61 In *www.cortecostituzionale.it*.

assunzione e ponderazione dei confliggenti interessi in gioco, in particolare di quelli di carattere paesaggistico.

5. Giudice amministrativo e impianti per la produzione di energia da FER.

Come già si diceva, il giudice amministrativo nel suo ruolo di ordinatore delle fonti interne ed europee, spesso aggrovigliate e confuse, di interprete qualificato dei principi costitutivi del diritto ambientale e di quelli che guidano l'azione amministrativa, in particolare il principio di proporzionalità, posti a cardine del suo argomentare giudico[62], di guida per il corretto esercizio del potere, usualmente in via anticipata rispetto al legislatore, prende parte al raggiungimento degli obiettivi del PNRR e atti complementari, tra i quali la transizione energetica, volta a perseguire l'obiettivo della legge europea sul clima di ridurre le emissioni di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030.

La produzione di energia da biomassa e da rifiuti negli appositi impianti presuppone che l'azione amministrativa soprattutto in fase di rilascio dei titoli abilitativi si svolga celermente e tenga conto di tutti gli interessi presenti.

Il rilascio dei titoli abilitativi - spesso molto gravoso per gli apparati amministrativi, per i quali la conferenza dei servizi risulta problematica per il numero dei partecipanti e la farraginosità della normativa, oltre ai noti problemi organizzativi- ha visto l'intervento del giudice amministrativo in svariati casi per il corretto inquadramento sistematico delle diverse figure autorizzatorie.

La giurisprudenza, ad es. si è trovata a stabilire la natura giuridica della PAS, di cui all'art. 6 del d.lgs. 28/2011. Il giudice amministrativo in alcuni casi preso atto che la PAS è uno strumento di semplificazione amministrativa e che il bene della vita cui il richiedente, titolare di un interesse legittimo pretensivo, aspira è oggetto di potere amministrativo, lo riconduce all'istituto del silenzio-assenso, in quanto il decorso del tempo determina la formazione di un provvedimento tacito di assenso, invece che di un atto espresso, che potrebbe subire i ritardi dell'azione amministrativa[63].

Non sono mancate però[64] pronunce tese ad assimilare la PAS alla DIA/SCIA, in particolare alla DIA a legittimazione differita, prevista in termini generali dall'art. 19 della l. 241/1990 e, con particolare riguardo all'edilizia, dall'art. 23 DPR 380/2011, pertanto l'atto introduttivo della procedura è un atto di natura privata, non si forma alcun provvedimento implicito, surrogato dall'assunzione di autoresponsabilità del privato, e non trova applicazione l'art. 10-*bis* della l. 241 del 1990.

Il richiamo all'uno o all'altro istituto di semplificazione, a fronte di un testo legislativo non scevro da ambiguità, ha come conseguenza regimi di tutela ben differenziati, soprattutto per i terzi controinteressati che, come noto tutelano più facilmente le loro ragioni con l'impugnazione di un provvedimento tacito, trattato a tutti gli effetti come un

62 Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Il metodo di decisione del giudice amministrativo,* e ID., *Il giudice amministrativo oggi: ruolo, etica, responsabilità*, in *giustizia-amministrativa.it*

63 Cfr. Cons. St., sez. IV, 18 aprile 2019 n. 2526 e Id., 8 luglio 2020 n. 4383; Tar Puglia, Bari, sez. I, 26.02.2021 n. 351 e Id., 22 settembre 2016 n. 1125, Id., 25 novembre 2008 n.5811; Tar Lombardia, Brescia, I, 22 dicembre 2017 n. 1478, Tar Lazio, Roma, II *quater*, 4 marzo 2016 n. 2886, tutte pubblicate in *www.giustizia-amministrativa.it*.

64 Cfr. Cons St, sez. IV, 19 giugno 2014 n. 3112; Id., 1 settembre 2016 n. 3783; Id., 28 giugno 2017 n. 3154; Tar Molise, I, 16 marzo 2017 n. 96 ivi.

atto espresso, attraverso il classico giudizio di impugnazione, piuttosto che non attraverso l'esercizio di un azione di accertamento dell'inerzia dell'amministrazione nell'esercizio delle verifiche sulla legittima formazione della DIA/SCIA[65].

La modifica all'istituto dell'art. 20 della l. 241/1990 andrà a toccare (indirettamente) anche le ipotesi della PAS, se ricondotta appunto a tale figura[66].

Peraltro l'utilizzo di tale istituto per le autorizzazioni ambientali, suscita non da oggi forti perplessità, in considerazione del fatto che la materia ambientale per la sua intrinseca complessità e delicatezza, attenendo a interessi sensibili, soprattutto laddove sono in gioco apprezzamenti discrezionali, dovrebbe essere scoraggiato, in quanto nel suo concreto operare porta ad un impoverimento del contenuto sostanziale dell'attività amministrativa, non permettendo in assenza di una motivazione espressa, il controllo sull'iter logico valutativo seguito dall'amministrazione. La giurisprudenza amministrativa e costituzionale[67] aveva sempre escluso, come del resto il legislatore negli artt. 16, 17, 19 e 20 della l. 241 del 1990[68], che in materia ambientale le esigenze di accelerazione e semplificazione dell'attività amministrativa prevalessero, se in conflitto, su quelle di protezione dell'ambiente (in senso lato)[69]. Nell'ultimo decennio, tuttavia, tale impostazione si è incrinata e il legislatore stesso, si pensi all'art. 17-*bis*, ha privilegiato la veloce conclusione del procedimento, soprattutto se connesso alla realizzazione di opere rilevanti per la collettività. Peraltro da tempo si segnala che in fase applicativa gli istituti di semplificazione, in particolare il silenzio-assenso, sono forieri di una situazione di forte incertezza del diritto quanto all'avvenuta legittima consolidazione dell'istituto, causata spesso dall'oscurità della legge che non distingue chiaramente tra requisiti di esistenza e di legittimità[70], peraltro ricordando che le dichiarazioni false o mendaci rendono nullo il silenzio assenso[71] con evidenti ricadute anche sul piano del diritto penale. Tale situazione espone il cittadino in buona fede, in caso di controlli da parte delle autorità preposte che contestino l'avvenuto consolidamento del silenzio-assenso per mancanza dei requisiti essenziali, alla necessità di dimostrare l'assenza di dolo per evitare di incorrere in reati quali il falso ideologico; ma soprattutto frustra l'intento sotteso al PNRR e atti complementari di realizzare la transizione ecologica in tempi brevi. Purtroppo, la modifica

65 Per tutte le questioni relative alla tutela dei terzi nei confronti della SCIA, cfr. Cons St., A.P., 15 del 2011, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

66 Ai sensi dell'art. 62 del D.L. 77/2021, all'art. 20 della l. 241 del 1990, dopo il c. 2 è inserito un comma 2-*bis* "*Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio-assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 d.l. Presidente della repubblica 28 dicembre 2000 n. 445*". Per una attenta ricostruzione delle diverse forme di inerzia e i loro effetti sul piano sostanziale e processuale, anche per bibliografia e giurisprudenza cfr. S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali,* Torino, 2020, *passim*.

67 Cfr. Corte cost. n. 459/1989, n. 194/1993, n. 302/1988, in *www.cortecostituionale.it*. Si legga anche Corte di Giustizia CE 28.2.1991, causa C360/87 in *Riv. it dir. pub. comp.,* 1992, 901 ss. Per la giurisprudenza amministrativa, cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 6.4.2005 n. 548 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

68 Sul punto, per la copiosa dottrina e giurisprudenza, sia permesso il rinvio a V. PARISIO, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, in *Codice dell'azione amministrativa,* a cura di M. A. SANDULLI, Milano, II ed., 2017, 802 ss.

69 Sul punto, cfr. V. PARISIO, *Interessi forti e interessi deboli: la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento nella l. 7 agosto 1990 n. 241*, in *Dir e proc amm.*, 2014, 839 ss.

70 Cfr. Cons. St., V, 17.12.1990 n. 884, in *RGE*, 1991 I, 97. In precedenza Id., 20.10.1988 n. 588 e 3.2.1988 n. 158.

71 Cfr. Tar Lazio, Roma, II *ter*, 13.2.2003 n. 1399, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

introdotta dal D.L. 77/2021 non aiuta, in quanto non risulta chiaro il valore dell'attestazione che può essere richiesta all'amministrazione dall'interessato. È funzionale al solo computo del termine di formazione del silenzio-assenso, che sarebbe poca cosa, oppure, al contrario, conferma la presenza dei requisiti essenziali per la formazione del silenzio-assenso[72]? Solo in quest'ultima ipotesi l'attestazione conterrebbe un accertamento in grado di fondare l'affidamento del privato, e dunque rivestirebbe una certa utilità. Purtroppo, però, il legislatore non solo non prevede sanzioni di alcun tipo in caso di inosservanza, ma si affretta a precisare che decorsi 10 gg. dalla richiesta di attestazione, sarà il privato a dover dichiarare sotto la propria responsabilità l'avvenuta formazione del silenzio-assenso, facendo slittare ancora una volta la responsabilità della dichiarazione dall'amministrazione (soggetto pubblico) al privato. Peraltro, se, come probabile, l'amministrazione non rilascerà l'attestazione richiesta, che rimedio si azionerà? Si tratterà di un silenzio-inadempimento? Non resta che attendere gli sviluppi applicativi di tale disposizione, facendo ancora una volta conto sull'intervento chiarificatore del giudice amministrativo, anche se a ben vedere, proprio in occasione del PNRR e atti complementari, il legislatore ben avrebbe potuto/dovuto intervenire in modo organico sul procedimento amministrativo, fornendo un quadro sistematico per superare il clima di sfiducia che circonda gli istituti di semplificazione.

Peraltro, preme sottolineare che se da un lato, con l'illusione di accelerare lo svolgimento dell'azione amministrativa, si onera sempre più il privato di dichiarazioni rese sotto la sua responsabilità, dall'altro il D.L.76/2010 ha "liberato le mani dell'amministrazione", nel senso che il funzionario per le condotte attive poste in essere risponde ormai solo per dolo, mentre per quelle omissive continua a rispondere sia a titolo di dolo che di colpa grave[73].

Anche in tema di valutazione di impatto ambientale il giudice amministrativo ha fornito indicazioni importanti per il corretto inquadramento dell'istituto anche alla luce del diritto eurounitario[74].

Da un lato ha ribadito che la funzione della VIA è quella di esprimere un giudizio sulla compatibilità ambientale di un progetto, valutando il complessivo sacrificio imposto all'ambiente rispetto all'utilità socio-economica perseguita, e si concretizza in un atto espressivo non solo di discrezionalità tecnica, ma anche di scelte amministrative, mediante le quali vengono apprezzati i diversi interessi pubblici coinvolti, presenti nella gestione del territorio, raffrontati con quello più generale alla realizzazione dell'opera. Ne consegue quanto a estensione del sindacato del giudice amministrativo che quest'ultimo si limita alla verifica dell'assenza di palesi profili di illogicità o irragionevolezza nell'atto[75]. Dall'altro ha precisato che vanno disapplicate le eventuali norme interne che statuiscano esenzioni automatiche dalla VIA per gli impianti inferiori a una certa soglia, così come aveva già

72 Sul punto, cfr. M. A. SANDULLI, *Addenda 2021 a "Principi e regole dell'azione amministrativa*" e ID., *Basta norme trappola sui rapporti tra prvati e PA o il Recovery è inutile*, in *www.giustiziainsieme.it*.

73 Sul punto si legga L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020 n. 76 (c.d. decreto semplificazioni)*, in *www.federalismi.it* e *ID., Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica all'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, in *AmbienteDiritto.it*, 2/2021.

74 R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in *Diritto e società*, 2006, 507 ss.; E. FREDIANI, *Valutazione di impatto ambientale e diritti partecipativi: una parabola ascendente*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2018; O. H. KASSIM, *La nozione di ambiente per lo sviluppo e gli strumenti per veicolarne l'applicazione: le valutazioni ambientali*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 1/2020, 74 ss.

75 Cfr. Cons. St., IV, 1 marzo 2019 n. 1423 e Id., 10 febbraio 2017 n. 575 e Id., 22 gennaio 2013 n. 361. Da ultimo CGA, sez. riunite, 15 giugno 2021, n. 271, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

rilevato la Corte costituzionale nella citata sentenza n. 93 del 2013, poiché a fondare la doverosità della VIA concorrono i principi di precauzione e di azione preventiva, sanciti negli artt. 191 ss. del TFUE, che portano a ritenere che la VIA non possa essere esclusa solo sulla base della pura e semplice soglia di potenza, in quanto la VIA presuppone valutazioni molto più ampie e generali includenti la compatibilità degli insediamenti produttivi con le esigenze dell'ecosistema[76].

Ma è soprattutto sulla localizzazione degli impianti per la produzione di energia da biomasse che l'intervento della giurisprudenza amministrativa ha fornito validi criteri ermeneutici alle amministrazioni. Queste ultime sono spesso disorientate dall'esigenze di tenere in considerazione esigenze contrastanti: di protezione del paesaggio agricolo, di salvaguardia di forme tradizionali di coltivazioni, di sviluppo di filiere corte per la produzione di biogas, di evitare agli abitanti delle zone interessate rumori e odori molesti. In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato l'imprescindibilità dello svolgimento da parte dell'amministrazione di un'attività istruttoria completa, volta a far emergere tutte le diverse peculiari caratteristiche della zona dove si vuol localizzare l'impianto, non potendosi limitare a registrare una mera incompatibilità con piani regionali di qualità dell'aria o strumenti urbanistici di vario genere[77]. Allo stesso modo la possibilità, sancita dall'art. 12, c. 7, d.lgs. n. 387/2003 di localizzare gli impianti per la produzione di energia da FER in zona agricola non intende acconsentire in via generalizzata e automatica tale insediamento, ma impone un'approfondita valutazione delle caratteristiche della zona e dell'impianto che vi si dovrebbe installare.

Particolarmente delicati sono i rapporti con l'autorizzazione paesaggistica, sulla quale si è ormai stabilito che non può esserne consentito il rilascio autonomo, ma va necessariamente acquisita nell'ambito della conferenza dei servizi, in seno alla quale l'art. 3 del d.lgs. 387/2003 e s.m.i. impone che deve essere proprio accertato il rispetto delle normative vigenti in materia di ambiente, tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico. Spicca nelle argomentazioni della giurisprudenza la centralità della conferenza dei servizi, peraltro martoriata da continue modifiche legislative, come istituto privilegiato per la migliore contestuale valutazione di tutti i diversi interessi, la cui migliore protezione discende dallo scambio e dalla riflessione comune, non possibile nell'ipotesi di rilascio autonomo dei singoli atti, analogamente a quanto avviene nell'art. 27-*bis* d.lgs. 152/2006 ove il provvedimento di VIA statale include anche il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica[78]. Si è anche precisato che il diniego di autorizzazione alla realizzazione di impianti va motivato in modo particolarmente puntuale con l'analitico rilievo degli specifici elementi di contrasto con il vincolo da tutelare, soprattutto perché l'ordinamento esprime un chiaro favor per la realizzazione di impianti per la produzione di energia da FER, anche in ottemperanza ai vincoli sorti in sede europea. In effetti se in passato si registrava una preponderanza assoluta del valore paesaggistico se collidente con quello

76 Cfr. Cons. St, IV, 2 settembre 2014 n. 4727 e TAR Lombardia, Brescia, I, 22 dicembre 2017 n. 1478. In quest'ultima sulla base dell'interpretazione dei principi di precauzione e prevenzione il giudice bresciano arriva a stabilire che i progetti di impianti per la produzione di biogas vanno assoggettati a VIA sulla base di una valutazione che non tenga conto solo della loro potenza nominale, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

77 Cfr. Cons. St, IV, 8 aprile 2021 n 2848 e TAR Molise, I, 23 giugno 2016 n. 281 in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, cfr. C. BEVILACQUA, *La localizzazione degli impianti FER da biometano: la bioenergia tra resistenze locali e la recente giurisprudenza amministrativa*, in *Amministrazione in cammino,* 25.10.2021.

78 Cfr. TAR Basilicata, sez. I, 11 settembre 2020 n. 547, TAR Campania, Napoli, sez. VII, 23 aprile 2019 n. 2246 e Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2017 n. 1298, TAR Brescia, 30 marzo 2017 n. 437 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

economico e/o ambientale, oggi, la situazione si è molto modificata, al punto che forse, in vista della piena realizzazione del PNRR, le amministrazioni si sbilanceranno a favore della produzione dell'energia da sostanze non fossili. Certamente il giudice amministrativo ha contribuito a questo riequilibrio della giurisprudenza[79].

Soprattutto in considerazione di un testo costituzionale così sintetico, come è ancora per il momento, quello italiano, appare di particolare delicatezza l'emersione dei connotati di principi quali quello di precauzione, posti alla base delle politiche pubbliche in tema di ambiente. Attraverso la ricostruzione, anche alla luce della normativa europea, del contenuto (essenziale) del principio di precauzione, il giudice amministrativo può sindacare la ragionevolezza delle scelte discrezionali di carattere precauzionale assunte dall'amministrazione. È quanto avvenuto, ad es., in tema di impiego della glicerina grezza, derivante dalla lavorazione del biodisel, come sostanza di alimentazione del digestore per la produzione di biogas e biometano. Riformando la sentenza di primo grado il Consiglio di Stato[80] ha escluso che la glicerina grezza possa svolgere tale funzione qualora si intenda utilizzare il digestato a fini agronomici, proprio scrutinando la latitudine del principio di precauzione come applicato dall'amministrazione e riconoscendo la ragionevolezza della scelta ministeriale di non indicare la glicerina grezza tra le sostanze di alimentazione per il processo anaerobico di digestione. Da un lato, infatti, si legge in motivazione, gli operatori del biodisel non appartengono alla filiera agro-alimentare, dunque non sono soggetti a tutti gli stringenti obblighi e soprattutto ai controlli anche di carattere sanitario previsti per gli appartenenti alla filiera agro-alimentare, ma si limitano all'osservanza delle disposizioni in tema di rifiuti; dall'altro nella glicerina grezza possono confluire composti indesiderati come precipitato delle materie prime utilizzate, quali metalli pesanti, dannose per la salute.

Nell'ambito delle procedure autorizzatorie di impianti a biogas sono frequenti le contestazioni dei più diversi soggetti riuniti in comitati e associazioni a tutela dell'ambiente, che lamentano le conseguenze pregiudizievoli, perlopiù di carattere odorigeno e di traffico veicolare, derivanti dalla installazione di tali impianti, qualora gli stessi non siano stati costruiti utilizzando le migliori tecnologie disponibili sul mercato. È ancora una volta il giudice amministrativo, caso per caso, a verificare la legittimazione ad agire nonché la sussistenza di un interesse personale, concreto e attuale che integri, a pena di inammissibilità, le condizioni dell'azione. Sarà solo un'indagine sulle peculiarità del caso concreto, in particolare la consistenza numerica delle associazioni o dei comitati, il loro statuto/atto costitutivo, il perseguimento di obiettivi di tutela dell'ambiente in modo continuativo e diffuso, ecc., a spingere il giudice amministrativo a riconoscere la legittimazione dei suddetti soggetti, così modulando l'ampiezza del controllo sociale sulla gestione dell'ambiente[81].

79 Cfr. Cons. St., sez. VI, 23 marzo 2016 n. 1201 e TAR Toscana, III, 22 agosto 2019 n. 1204, ivi.
80 Si tratta del Cons. St., sez. III, 4 settembre 2019 n. 6093, che riforma la sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. III, 4.9.2019 n. 6093 in *www.giustizia-amministrativa.it*.
81 Cfr. Cons. St., sez. IV, 4928/2014 e Tar Lombardia, Brescia, I, n. 1478/2017 in www.*giustizia-amministrativa.it*.

6. Conclusioni.

In questo importante momento di transizione ecologica, ove il termine ecologico è riferito al beneficiario della transizione stessa[82], ogni potere dello Stato è chiamato ad uno sforzo considerevole per la realizzazione di un nuovo modello economico-sociale nel quale ambiente ed economia lavorano l'uno per l'altra, in una prospettiva di equa ripartizione delle risorse ambientali e di giustizia intergenerazionale. Gli obiettivi ambiziosi della neutralità climatica al 2050 con l'abbattimento delle emissioni climalteranti e il massiccio aumento di energia prodotta da FER presuppongono per il loro conseguimento che tutti e tre i poteri dello Stato facciano la loro parte.

Il legislatore dovrebbe intervenire sui regimi autorizzatori per la realizzazione di impianti per l'energia da FER semplificandoli davvero senza riproporre solo il noto meccanismo di esclusivo incremento dell'autoresponsabilità del privato in un contesto ordinamentale afflitto da fonti normative confuse, oltre ad impegnarsi a incentivare lo sviluppo della filiera corta del biogas, che garantisce non solo una riduzione di emissioni di CO2, ma soprattutto permette, in una logica di integrazione, di valorizzare al meglio l'attività agricola, facendo convivere accanto alle coltivazioni tradizionali la produzione di biogas e biometano con possibili upgrade verso l'idrogeno verde. Dovrà altresì favorire anche dal punto di vista fiscale l'ammodernamento degli attuali impianti di biogas/biometano in linea con la più avanzata tecnologia. Sarà inoltre inevitabile la considerazione che la produzione di biogas dai diversi tipi di rifiuti presenta tutta una serie di criticità dovute ai costi e soprattutto ai residui di produzione, oltre a non essere del tutto compatibile con l'aspirazione, sottesa anche alla gerarchia nella gestione dei rifiuti, di arrivare a non produrre rifiuti.

L'amministrazione da parte sua, attraverso il programma di digitalizzazione dovrà accorciare i tempi dei procedimenti amministrativi, curando "la qualità" della sua azione, attraverso la gestione di istruttorie approfondite volte ad acquisire tutti i confliggenti interessi in gioco nella loro globalità, dando effettiva applicazione al diritto eurounitario.

L'apparato giudiziario, e in particolare la giurisdizione amministrativa, dovrà assicurare la piena applicazione del c.p.a., il quale fornisce al giudice tutti gli strumenti per conseguire una giustizia effettiva in ogni fase del processo. Una fase cautelare dove giudice e amministrazione dialogano attraverso l'utilizzo della tecnica del "*remand*", un oculato impiego dei decreti monocratici "*ante causam*" e "*in causam*" consentono al giudice interventi tempestivi, indispensabili in materia di ambiente.

La previsione della nomina di un "commissario ad acta" nella fase dell'ottemperanza risulta uno strumento prezioso, di rara efficacia ed incisività, soprattutto nelle ipotesi di atti discrezionali, quali sono per lo più quelli in materia ambientale, laddove un provvedimento giurisdizionale sia rimasto inattuato. L'incandescenza degli interessi in gioco spesso induce l'amministrazione a temporeggiare nell'attuazione del giudicato, con esiti pregiudizievoli per l'ambiente, fenomeno che con un processo di esecuzione forte è destinato ad attenuarsi. Anche la presenza di riti speciali, in particolare quello dell'art. 117 c.p.a., contribuirà a conseguire questo obiettivo. Pur in assenza di una puntuale

82 Cfr. P. BRAMBILLA, *Riflessioni a "margine" Planet boundaries e non regression nella giustizia ambientale*, Relazione presentata al webinar *"Il giudice amministrativo italiano fra cambiamento climatico e transizione ecologica"*, cit.

codificazione dei principi fondamentali in materia ambientale di matrice europea all'interno della nostra Costituzione il giudice amministrativo ha dato un'ottima prova di sé enucleando il contenuto degli stessi da previsioni molto ampie e all'interno di una legislazione spesso confusa, coniugando l'effettività della tutela, raggiunta con l'applicazione di clausole generali adattate al caso concreto, con le esigenze di certezza del diritto.

Ci si potrebbe chiedere, infine, se il giudice amministrativo oggi sia pronto a incarnare il ruolo di garante della transizione ecologica e del *Green Deal*, oltre che a rappresentare quelle "*just and strong institutions*"[83], di cui all'obiettivo 16 dell'Agenda ONU 2030. A tale quesito possiamo rispondere positivamente. Dal punto di vista delle tecniche di tutela, dell'ampiezza del ventaglio delle azioni esercitabili e della incisività del suo sindacato, grazie anche all'utilizzo della C.T.U, soprattutto dopo l'entrata in vigore del c.p.a, il giudice amministrativo può garantire una tutela effettiva del diritto ambientale e dei diritti ad esso complementari. Anche la tutela dei diritti soggettivi assicurata nell'ambito della giurisdizione esclusiva appare ormai del tutto equipollente a quella assicurata dal giudice ordinario. Ma non solo, attraverso la tecnica della modulazione degli effetti temporali della sentenza di annullamento, il giudice amministrativo per scongiurare inaccettabili momenti di sospensione nella tutela dell'ambiente può disporre che gli effetti della sentenza di annullamento non decorrano *ex tunc*, come di consueto, ma *ex nunc* o comunque da altro momento successivo indicato dal giudice stesso[84].

83 Si legga P. BRAMBILLA, *Riflessioni a "margine" Planet boundaries e non regression nella giustizia ambientale*, op. ult. cit.

84 Sul punto, cfr. P. BRAMBILLA, *Riflessioni a "margine" Planet boundaries e non regression nella giustizia ambientale*, op. ult. cit.

IL PROPRIETARIO DEI SITI CONTAMINATI TRA NORMATIVA SULLE BONIFICHE E NORMATIVA SUL DANNO AMBIENTALE.

Alessandro Lolli [1]

***Abstract* ita:** la posizione del proprietario del sito contaminato è oggetto sia della disciplina sulle bonifiche, sia della disciplina sul danno ambientale. Il presente scritto intende ricostruire una possibile interpretazione coordinata di tali norme, inerenti alla stessa fattispecie ma con elementi di diversità, chiarendo quali obblighi gravano sul proprietario e a quale titolo (responsabilità oggettiva o soggettiva). Quanto sopra dando conto delle diverse interpretazioni giurisprudenziali esistenti sul punto e di una sola disciplina sul punto di diritto UE, inerente al danno ambientale, disciplina che impone perciò tale sforzo ricostruttivo unitario.

Abstract eng: *The owner of the polluted site is considered both in waste law and in environmental liability law. The essay proposes a coordinated framework discipline for the position of the owner, describing his duties and responsibilities under the two systems (waste law and liability law). Special consideration is given to judge made law and to EU law, which has only one directive on environmental liability, supporting a uniform interpretation.*

SOMMARIO: 1. La normativa sulle bonifiche: il responsabile della contaminazione in Giurisprudenza, tra responsabilità soggettiva e responsabilità oggettiva. **2.** La normativa sulle bonifiche *(segue)*. Il proprietario del sito contaminato, non inquinatore, e i profili oggettivi della sua responsabilità: - I presupposti oggettivi della sua responsabilità: responsabilità solo in caso di aggravamento o di pericolo di aggravamento della contaminazione derivante dal bene in proprietà - Il contenuto oggettivo dei comportamenti esigibili in capo al proprietario: misure di prevenzione e messa in sicurezza di emergenza. **3.** La normativa sulle bonifiche *(segue)*: il proprietario del sito contaminato, non inquinatore, e i profili soggettivi della sua responsabilità in caso di aggravamento della contaminazione: l'orientamento della Giurisprudenza verso la responsabilità oggettiva. **4.** La normativa sulle bonifiche *(segue)*: conclusioni. Responsabilità oggettiva del proprietario per misure precauzionali. **5.** La normativa UE sul danno ambientale con riferimento ai siti contaminati: profili oggettivi. La contaminazione (il danno) è definita comunque dalla normativa sulle bonifiche. **6.** La normativa UE sul danno ambientale con riferimento ai siti contaminati *(segue)*: profili soggettivi. Responsabilità per dolo o colpa ma con inversione dell'onere probatorio. **7.** La normativa nazionale sul danno ambientale con riferimento ai siti contaminati. Profili soggettivi. La responsabilità per dolo o colpa ma con inversione dell'onere probatorio come previsto dal diritto UE. **8.** La competenza sulle contaminazioni e sul danno ambientale. **9.** Conclusioni.

1 Ordinario di diritto amministrativo – Università di Bologna.

1. La normativa sulle bonifiche: il responsabile della contaminazione in Giurisprudenza, tra responsabilità soggettiva e responsabilità oggettiva.

Sulla base della normativa in materia di bonifiche (art. 240 e segg. Codice ambiente), in caso di contaminazioni ambientali com'è noto la responsabilità grava su chi ha causato tale contaminazione, nel rispetto del principio UE <<chi inquina paga>> (art. 174 Trattato UE, già art. 130/R).

Sul punto, dispone com'è noto l'art. 242 Codice ambiente: << 1. Al verificarsi di un evento che sia potenzialmente in grado di contaminare il sito, il responsabile dell'inquinamento mette in opera entro ventiquattro ore le misure necessarie di prevenzione … 2. Il responsabile dell'inquinamento, attuate le necessarie misure di prevenzione, svolge, nelle zone interessate dalla contaminazione ….>>.

Per responsabile si intende chi ha causato oggettivamente (nesso di causalità) l'inquinamento.

Secondo un orientamento, tale responsabilità sussiste solo per dolo o colpa [2]:

- T.A.R. Toscana Firenze Sez. II, 21/02/2018, n. 291 <<Tanto la disciplina di cui al D.Lgs. n. 22 del 1997 (in particolare, l'art. 17, comma 2), quanto quella introdotta dal D.Lgs. n. 152 del 2006 (ed in particolare, gli artt. 240 e segg.), si ispirano al principio secondo cui l'obbligo di adottare le misure, sia urgenti che definitive, idonee a fronteggiare la situazione di inquinamento, è a carico unicamente di colui che di tale situazione sia responsabile, per avervi dato causa a titolo di dolo o colpa: l'obbligo di bonifica o di messa in sicurezza non può essere invece addossato al proprietario incolpevole, ove manchi ogni sua responsabilità. L'Amministrazione non può, perciò, imporre ai privati che non abbiano alcuna responsabilità diretta sull'origine del fenomeno contestato, ma che vengano individuati solo quali proprietari del bene, lo svolgimento delle attività di recupero e di risanamento. … Tale impostazione, sancita dal D.Lgs. n. 22 del 1997, risulta confermata e specificata dagli artt. 240 e segg. del D.Lgs. n. 152 del 2006 (cd. Codice Ambiente), dai quali si desume l'addossamento dell'obbligo di effettuare gli interventi di recupero ambientale, anche di carattere emergenziale, al responsabile dell'inquinamento, che potrebbe benissimo non coincidere con il proprietario ovvero il gestore dell'area interessata. A carico del proprietario dell'area inquinata, che non sia altresì qualificabile come responsabile dell'inquinamento, non incombe alcun obbligo di porre in essere gli interventi in parola, ma solo la facoltà di eseguirli per mantenere l'area interessata libera da pesi. Dal combinato disposto degli artt. 244, 250 e 253 del Codice ambiente si ricava infatti che, nell'ipotesi di mancata esecuzione degli interventi ambientali in esame da parte del responsabile dell'inquinamento, ovvero di mancata individuazione dello stesso - e sempreché non provvedano né il proprietario del sito, né altri soggetti interessati - le opere di recupero ambientale sono eseguite dalla P.A. competente, che potrà rivalersi sul soggetto

2 Sul punto, cfr. ora anche per ulteriori rinvii B. POZZO, *Responsabilità per danni all'ambiente e ripristino dei siti inquinati: la prospettiva italiana alla luce delle esperienze europee*, in *Diritto e rigenerazione dei Brownfields*, M. PASSALACQUA e B. POZZO (a cura di), Torino, 2019, pag. 51 e segg.

responsabile nei limiti del valore dell'area bonificata, anche esercitando, ove la rivalsa non vada a buon fine, le garanzie gravanti sul terreno oggetti dei medesimi interventi.>> [3].

- Un secondo orientamento prescinde invece dai profili soggettivi, incentrandosi sulla responsabilità oggettiva: Cons. Stato Sez. IV, 07-01-2021, n. 172 <<Gli obblighi di bonifica ambientale non richiedono che sia ravvisabile in capo al responsabile dell'inquinamento un coefficiente soggettivo di colpevolezza, che è invece richiesto dall'art. 192 del D.Lgs. n. 152 del 2006 al fine di ordinare al proprietario del sito interessato dall'abbandono incontrollato di rifiuti la rimozione degli stessi. La differenza sussistente tra tale situazione e quella divisata dagli articoli 242 e 244 del D.Lgs. n. 152 del 2006 è che in questo secondo caso si è in presenza di una contaminazione ambientale (con o senza presenza di rifiuti da asportare), la quale giustifica l'inasprimento della responsabilità, che scatta in presenza del mero riscontro di una condotta attiva od omissiva causativa del danno ambientale, e prescindere dal riscontro di un coefficiente di colpevolezza.>>

- Un terzo orientamento ritiene invece che il profilo soggettivo non sia rilevante per gli interventi di prevenzione (misure di prevenzione e anche messa in sicurezza secondo tale orientamento) ma che lo resti per i profili ripristinatori (bonifica): Cons. Stato Sez. VI, 04-08-2021, n. 5742: <<Ai sensi dell'art. 245, comma 2, del D.Lgs. n. 152 del 2006, la messa in sicurezza di un sito inquinato non ha di per sé natura sanzionatoria, ma costituisce una misura di prevenzione dei danni e rientra, pertanto, nel genus delle precauzioni, in una col principio di precauzione vero e proprio e col principio dell'azione preventiva, che gravano sul proprietario o detentore del sito da cui possano scaturire i danni all'ambiente, e, non avendo finalità ripristinatoria, non presuppone l'accertamento del dolo o della colpa in capo al proprietario (cfr. così Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2016 n. 1509; id., Sez. VI, 5 ottobre 2016 n. 4119; id., Sez. V, 8 marzo 2017 n. 1089, da ultimo richiamate da Cons. Stato, Sez. VI, 3 gennaio 2019 n. 81)" (Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 2020, n. 5447)>>.

La responsabilità dell'inquinatore nel settore delle contaminazioni è dunque notevolmente diversa rispetto alla responsabilità dell'inquinatore nel settore della rimozione dei rifiuti, ipotesi diversa e meno grave (non vi è contaminazione), per la quale la stessa legge prevede espressamente la necessità, ai fini di una responsabilità, dell'elemento soggettivo: <<art. 192 (Divieto di abbandono) 1. L'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo sono vietati…. 3. Fatta salva l'applicazione delle sanzioni di cui agli articoli 255 e 256, chiunque viola i divieti di cui ai commi 1 e 2 è tenuto a procedere alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa>> [4].

3 In senso analogo T.A.R. Umbria, Sez. I, 26 marzo 2019, n. 154; T.A.R. Firenze, sez. II, 19 giugno 2018, n. 882. Per tutte le sentenze citate il luogo di pubblicazione è il sito www.giustizia-aministrativa.it per le sentenze amministrative e il sito www.italgiure.giustizia.it per le sentenze di Cassazione.

4 Il punto è del tutto chiaro per esempio in Cons. Stato Sez. IV, 07 gennaio 2021, n. 172: <<E' indubbio che la responsabilità del proprietario postuli l'accertamento di una sua condotta dolosa o colposa, essendo da escludere un'ipotesi legale di responsabilità oggettiva o di responsabilità per fatto altrui, ma è altrettanto indubbio che la responsabilità dell'inquinamento, per dolo o per colpa, possa sorgere anche a seguito di una condotta omissiva, oltreché di una condotta attiva (cfr., *ex multis*, CDS, IV, 7 settembre 2020, n. 5372)>>.

2. La normativa sulle bonifiche *(segue)***. Il proprietario del sito contaminato, non inquinatore, e i profili oggettivi della sua responsabilità:**

- i presupposti oggettivi della sua responsabilità: responsabilità solo in caso di aggravamento o di pericolo di aggravamento della contaminazione derivante dal bene in proprietà;

- il contenuto oggettivo dei comportamenti esigibili in capo al proprietario: misure di prevenzione e messa in sicurezza di emergenza.

Il mero proprietario dei beni non è mai stato ritenuto responsabile per la contaminazione del sito ovviamente, per il solo fatto di essere proprietario, con riferimento a contaminazioni pregresse.

Mentre dei profili soggettivi di tale responsabilità (dolo, colpa o relativa assenza) si tratta nel paragrafo successivo, in questo paragrafo si tratta dei profili oggettivi di tale responsabilità, con riferimento ai presupposti (aggravamento dell'inquinamento) ed ai comportamenti esigibili in capo al proprietario (misure di prevenzione, ecc.).

Sul primo punto (evento necessario per la responsabilità del proprietario), il legislatore cita espressamente il caso di aggravamento della contaminazione, considerando che in tal caso vi è una nuova, ulteriore contaminazione, prima non esistente: l'art. 242 Codice ambiente citato richiama espressamente tra le fonti di responsabilità i <<rischi di aggravamento della contaminazione>> storica e l'art. 245 Codice ambiente prevede parimenti quanto segue: <<2. Fatti salvi gli obblighi del responsabile della potenziale contaminazione di cui all'articolo 242, il proprietario o il gestore dell'area che rilevi il superamento o il pericolo concreto e attuale del superamento della concentrazione soglia di contaminazione (CSC) deve darne comunicazione … e attuare le misure di prevenzione secondo la procedura di cui all'articolo 242.>> .

Il che è ragionevole rispetto all'evento che determina l'insorgenza della responsabilità del proprietario: che attiene appunto al solo aggravamento, e non alla contaminazione in sé.

In coerenza con il principio "chi inquina paga", gli obblighi di intervento si connettono dunque solo a evitare l'aggravarsi dell'inquinamento rispetto alla situazione prima esistente: le conseguenze negative sull'ambiente derivanti dalla contaminazione originaria sono causate appunto da tale contaminazione originaria e non emerge una nuova più grave contaminazione prima non esistente.

La situazione che può determinare la responsabilità del proprietario come da norma di legge si estende non solo all'aggravamento ma anche al relativo <<pericolo>>. Si sottolinea la necessità che comunque sia riscontrabile un aggravamento (o il relativo pericolo): qualora la situazione di contaminazione, pur esistente, non sia aggravata, in tal caso la responsabilità grava sull'inquinatore originario: diversamente si avrebbe una responsabilità del proprietario per un fatto altrui.

Sul secondo punto (comportamenti esigibili in capo al proprietario) la responsabilità per legge si connette esclusivamente a profili emergenziali, con riferimento agli adempimenti necessari per evitare il diffondersi della contaminazione, e non è una responsabilità estesa alla bonifica della contaminazione rispetto alla quale il proprietario sia estraneo.

In questo senso, è stato affermato con richiami anche alla Giurisprudenza precedente quanto segue: << L'interpretazione letterale, teleologica e sistematica delle disposizioni che precedono, alla luce del sopra ricordato insegnamento del Consiglio di Stato in ordine agli obblighi del proprietario incolpevole, porta a ritenere che l'intervento posto a carico del proprietario assuma un necessario carattere "emergenziale" di fronte al verificarsi di un evento che comporti l'insorgenza di un pericolo di contaminazione o di diffusione della contaminazione ovvero, in caso di contaminazioni storiche, l'insorgenza di un pericolo di aggravamento della situazione di contaminazione.>> (T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 10-11-2021, n. 2491); <<In senso analogo laddove sia stato rilevato un fenomeno di inquinamento, fermi restando gli obblighi di bonifica in capo al soggetto responsabile dello stesso, il proprietario o gestore dell'area, seppure incolpevole in ordine all'inquinamento della stessa, deve attuare (almeno) le misure di prevenzione, al fine di scongiurare rischi per la salute degli individui e minimizzare l'impatto negativo per l'ambiente (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., ord. 25 settembre 2013, n. 21, 25; VI, 16 luglio 2015, n. 3544; T.A.R. Lombardia, Milano, III, 2 dicembre 2015, n. 2508; 28 agosto 2015, n. 1914; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 3 luglio 2014, n. 577). A prescindere dagli obblighi gravanti sul soggetto inquinatore, "sul proprietario/gestore dell'area inquinata grava comunque un obbligo di prevenzione, la qual cosa si giustifica in considerazione del fatto che, avendo il proprietario/gestore un potere di uso e custodia dell'area inquinata, conseguente alla signoria che egli esercita su di essa, egli deve ritenersi soggetto indicato per l'adozione degli interventi di carattere preventivo, finalizzati ad evitare l'aggravarsi delle conseguenze dannose dell'accertata situazione di inquinamento e la diffusione dello stesso attraverso il vettore costituito dalla falda acquifera" (T.A.R. Puglia, Lecce, I, 21 maggio 2015, n. 1709). Tale obbligo, finalizzato a evitare o limitare l'aggravarsi delle conseguenze dannose dell'inquinamento, prescinde dalla colpevolezza in ordine al fenomeno che lo ha causato e non determina il venir meno dell'obbligo di bonifica in capo all'obbligato; inoltre, la disposizione chiarisce che le misure preventive debbano essere attuate anche dal gestore dell'area e non solo dal proprietario. Va evidenziato, inoltre, che l'obbligo di adottare le necessarie misure di prevenzione sussiste anche in relazione alle contaminazioni storiche, giacché non rileva a tal fine la risalenza dello stesso, quanto le conseguenze che nell'immediato possono prodursi (T.A.R. Lombardia, Milano, III, 2 dicembre 2015, n. 2508; 28 agosto 2015, n. 1914; T.A.R. Puglia, Lecce, I, 21 maggio 2015, n. 1709).>> (T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 17-06-2021, n. 1492).

Il legislatore qualifica gli interventi volti ad evitare un aggravamento della contaminazione come misure di prevenzione.

Le <<misura di prevenzione>> in generale sono descritte all'art. 240 comma 1 lett. i) Codice ambiente <<misure di prevenzione: 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;>>

Le misure di prevenzione di cui all'art. 242, richiamate espressamente come oneri per il proprietario del fondo dall'art. 245 comma 2 sopra citato, sono però solo quelle urgentissime nelle 24 ore, inerenti appunto al contrasto di un evento : << 1. Al verificarsi di un evento che sia potenzialmente in grado di contaminare il sito, il responsabile dell'inquinamento mette in opera entro ventiquattro ore le misure necessarie di

prevenzione e ne dà immediata comunicazione ai sensi e con le modalità di cui all'articolo 304, comma 2. La medesima procedura si applica all'atto di individuazione di contaminazioni storiche che possano ancora comportare rischi di aggravamento della situazione di contaminazione.>> (art. 242 Codice ambiente)

Nella lettera dell'art. 245 sono esclusi dagli interventi del proprietario gli interventi di messa in sicurezza, che sono ricompresi tra gli interventi invece di spettanza di chi causò l'inquinamento originario: <<Le procedure per gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale disciplinate dal presente titolo possono essere comunque attivate su iniziativa degli interessati non responsabili.>>, tenendo conto che il riferimento al responsabile indica l'inquinatore e non indica in linea di principio il mero proprietario del sito.

Si ricorda (art. 240 comma 1 lett m) la definizione di <<messa in sicurezza d'emergenza: ogni intervento immediato o a breve termine, da mettere in opera nelle condizioni di emergenza di cui alla lettera t) in caso di eventi di contaminazione repentini di qualsiasi natura, atto a contenere la diffusione delle sorgenti primarie di contaminazione, impedirne il contatto con altre matrici presenti nel sito e a rimuoverle, in attesa di eventuali ulteriori interventi di bonifica o di messa in sicurezza operativa o permanente;>>

In sostanza, mentre la prevenzione contrasta una minaccia, con interventi urgenti in 24 ore, la messa in sicurezza di emergenza comporta un intervento su un danno che si è già verificato, anche con un intervento di parziale ripristino con rimozione della contaminazione improvvisa.

Il punto è stato chiarito in dottrina: << la peculiarità delle "misure di prevenzione" si possa ricavare da due elementi fondamentali, che debbono tra di loro concorrere affinché possa ritenersi sussistere una tale fattispecie: 1) Ci si deve trovare di fronte ad una minaccia imminente di un danno che non si sia ancora verificato. 2) Le misure da adottare devono consistere in interventi realizzabili in situazione di somma urgenza ed entro 24 ore.

Deve perciò escludersi che ricorra la necessità di "misure di prevenzione", (dovendo invece in questo caso fare ricorso alla "messa in sicurezza") quando un danno si sia già verificato, come ad esempio quando la contaminazione o la sua migrazione siano fenomeni già in essere>> ([5])

Nonostante il richiamo espresso per il proprietario alle sole misure di prevenzione, la Giurisprudenza si è orientata nel tempo, dopo un primo orientamento diverso, a riconoscere l'obbligo in capo al proprietario di adottare misure di sicurezza di emergenza, affermando che <<l'Amministrazione può legittimamente imporre al proprietario non responsabile dell'inquinamento la messa in sicurezza di emergenza del sito contaminato. Queste misure, così come le misure di prevenzione, a differenza della bonifica, non hanno finalità sanzionatoria, ma costituiscono prevenzione dei danni. Pertanto, conformemente al principio di precauzione e al correlato principio dell'azione preventiva, queste misure gravano anche sul proprietario o detentore del sito da cui possano scaturire i danni all'ambiente, senza necessità di accertarne il dolo o la colpa.>> *([6])*

La *ratio* di tale orientamento è derivabile da due elementi:

5 L. PRATI, *Messa in sicurezza e misure di prevenzione: cosa può essere richiesto al proprietario o al gestore del sito non responsabili della contaminazione, in AmbienteDiritto.it 17/03/2014* .

6 Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2021, n. 172, annotata da F. PERES, *Misure di prevenzione e interventi di messa in sicurezza d'emergenza*, in *RGA Online* 2021.

10 In una prospettiva di oggettivazione della responsabilità in materia di inquinamento, la causa dell'aggravamento è comunque riconducibile (in assenza della prova del fatto eccezionale) al proprietario del sito che ha il dovere di non aggravare la contaminazione;
11 Le misure precauzionali sono considerate sempre di più come obbligo derivante da una responsabilità oggettiva (come si è detto sopra con riferimento al proprietario).

Se il proprietario è tenuto, in caso di aggravamento dell'inquinamento, ad adottare misure di prevenzione, e secondo l'orientamento più recente anche misure di sicurezza di emergenza (non quelle operative o permanenti, che attengono non ad evitare ulteriori contaminazioni, ma a rappresentare un sistema di consolidamento permanente del sito), resta fermo ad oggi che non è tenuto alla complessa attività di caratterizzazione, che rappresenta il primo vero passo scientifico di verifica delle concentrazioni su un terreno a rischio, da svolgere sul campo, preliminare all'analisi di rischio (che ricostruisce, esaurita l'attività sul campo, i dati raccolti in modelli di rischio) e a successivi interventi di ripristino.

D'altro canto, per mettere in sicurezza il sito il proprietario dovrà avere alcuni dati sul contesto e sul risultato della sua attività. L'unico riferimento disponibile sul punto, esclusa la caratterizzazione, è rappresentato dall'<<indagine preliminare>> richiamata in art. 242 nell'immediatezza di un evento di eventuale contaminazione. Questo tipo di analisi, sommario e non definito esattamente dalla legge, risulta essere a quanto consta l'unico livello di analisi ed informativo esigibile in capo al proprietario incolpevole, in caso di aggravamento dell'inquinamento.

Sulla esclusione del dovere di redigere un piano di caratterizzazione in capo al proprietario in caso di aggravamento della contaminazione derivante dal suo bene:

3Cons. Stato Sez. VI, 04/08/2021, n. 5742 <<Il proprietario non responsabile dell'inquinamento è tenuto, ai sensi dell'art. 245, comma 2, D.Lgs. n. 152/2006, ad adottare le misure di prevenzione di cui all'art. 240, comma 1, lett. i) D.Lgs. n. 152/2006 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, e le misure di messa in sicurezza d'emergenza, non anche la messa in sicurezza definitiva, né gli interventi di bonifica e di ripristino ambientale. >>

4T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 05-11-2020, n. 2064 <<L'Amministrazione non può imporre al proprietario di un'area inquinata, che non sia anche l'autore dell'inquinamento, l'obbligo di porre in essere le misure di messa in sicurezza di emergenza e bonifica, di cui all'art. 240, comma 1, lett. m) e p), d. lgs 152, in quanto gli effetti a carico del proprietario incolpevole restano limitati a quanto espressamente previsto dall'art. 253, stesso d.lgs., in tema di oneri reali e privilegio speciale immobiliare. Le disposizioni contenute nel Titolo V della Parte IV, del d. lgs 152 (artt. da 239 a 253) operano, infatti, una chiara e netta distinzione tra la figura del responsabile dell'inquinamento e quella del proprietario del sito, che non abbia causato o concorso a causare la contaminazione" (Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2013, n. 25). È ben vero, poi, che, stando alla più recente giurisprudenza, il proprietario del terreno sul quale sono depositate sostanze inquinanti, che non sia responsabile dell'inquinamento (cd. proprietario incolpevole), è nondimeno tenuto ad adottare le misure di prevenzione, di cui all'art. 240, comma 1, lett. i.. e le misure di messa in sicurezza d'emergenza, di cui all'articolo citato, lett. m), restando la messa in sicurezza

definitiva, gli interventi di bonifica e quelli di ripristino ambientale a carico del responsabile della contaminazione, ossia di colui al quale sia imputabile l'inquinamento (cfr. Cons. Stato, V, 12.03.2020, n. 1759). E tuttavia, nella specie, come già detto, le attività complessivamente poste a carico dell'esponente eccedono quanto previsto all'art. 240, comma 1, lett. i), oltre a risultare carenti, con specifico riguardo agli interventi di messa in sicurezza di cui alla lett. m) citata, dell'esplicitazione di quelle "condizioni di emergenza" (di cui al predetto art. 240, comma 1, lett. t), che pure ne costituiscono i necessari presupposti.>>: in tale sentenza il provvedimento annullato richiedeva proprio la caratterizzazione, che dunque non è stata ritenuta un'attività rientrante tra le misure di prevenzione o di emergenza ammesse in caso di minaccia imminente.

5 Cons. Stato Sez. IV, 18-12-2018, n. 7121 <<Il proprietario non responsabile è gravato di una specifica obbligazione di facere che riguarda, però, soltanto l'adozione delle misure di prevenzione di cui all'art. 242, A carico del proprietario dell'area inquinata, che non sia altresì qualificabile come responsabile dell'inquinamento, non incombe alcun ulteriore obbligo di facere; in particolare, egli non è tenuto a porre in essere gli interventi di messa in sicurezza d'emergenza e di bonifica, ma ha solo la facoltà di eseguirli per mantenere l'area libera da pesi (art. 245).>>.

Il proprietario che non ha causato la contaminazione, dunque, nel solo caso di aggravamento della contaminazione (diversamente non vi è alcun concorso causale del medesimo), può essere chiamato ad intervenire per ostacolare tale aggravamento: o con misure di precauzione ove vi sia un rischio concreto, o con misure di sicurezza di emergenza (secondo la Giurisprudenza più recente), ove l'evento si sia verificato.

3. La normativa sulle bonifiche *(segue)*: il proprietario del sito contaminato, non inquinatore, e i profili soggettivi della sua responsabilità in caso di aggravamento della contaminazione: l'orientamento della Giurisprudenza verso la responsabilità oggettiva.

Anche per il proprietario si pone una problematica inerente alla natura della responsabilità, se di natura oggettiva o no.

Analogamente all'orientamento sui caratteri della responsabilità dell'inquinatore, che si incentrano sempre più su elementi oggettivi, anche nel caso della responsabilità del proprietario l'elemento soggettivo diventa in Giurisprudenza sempre più rinunciabile.

Il concetto chiave da cui passa tale responsabilità oggettiva è quello della natura precauzionale e non ripristinatoria della responsabilità del proprietario, limitata solo a misure di prevenzione e messa in sicurezza di emergenza:

- Cons. Stato, Sez. V, Sentenza n. 1759 del 12/03/2020: <<Ai sensi dell'art. 245, comma 2, del D.Lgs. n. 152 del 2006, la messa in sicurezza di un sito inquinato non ha di per sé natura sanzionatoria, ma costituisce una misura di prevenzione dei danni e rientra nel genus delle precauzioni, in una col principio di precauzione vero e proprio e col principio dell'azione preventiva, che gravano sul proprietario o detentore del sito da cui possano scaturire i danni all'ambiente, e, non avendo finalità ripristinatoria, non presuppone l'accertamento del dolo o della colpa in capo al proprietario.>> (in termini: Cons. Stato Sez. VI, 03/01/2019, n. 81)

- Cons. Stato, Sez. V, Sentenza n. 1089 del 08/03/2017 : <<Se è vero, per un verso, che l'Amministrazione non può imporre, ai privati che non abbiano alcuna responsabilità diretta sull'origine del fenomeno di inquinamento contestato, lo svolgimento di attività di recupero e di risanamento, secondo il principio cui si ispira anche la normativa comunitaria, la quale impone al soggetto che fa correre un rischio di inquinamento di sostenere i costi della prevenzione o della riparazione, per altro verso la messa in sicurezza del sito costituisce una misura di prevenzione dei danni e rientra pertanto nel genus delle precauzioni, unitamente al principio di precauzione vero e proprio e al principio dell'azione preventiva, che gravano sul proprietario o detentore del sito da cui possano scaturire i danni all'ambiente e, non avendo finalità sanzionatoria o ripristinatoria, non presuppone affatto l'accertamento del dolo o della colpa (artt. 242, comma 1, 244, comma 2, D.Lgs. n. 152 del 2006, Codice dell'ambiente). >>
- Cons. Stato sez II parere n. 1762/2018 <<Il rischio imminente riguarda la possibilità che in assenza dell'adozione di misure preventive vi sia ulteriore contaminazione… i comportamenti omissivi che causano la mancata riduzione del danno ambientale ovvero il suo incremento devono considerarsi rilevanti per valutare an e quomodo del dovere di intraprendere misure di prevenzione…perché sorga tale dovere non è necessaria la colpa o il dolo del soggetto gravato essendo sufficiente provare la condizione di proprietario o gestore e la correlazione tra questa posizione e il controllo sul rischio di ulteriore contaminazione..>>.

L'orientamento di cui sopra crea una problematica: mentre l'inquinatore almeno per una parte della Giurisprudenza (cfr. paragrafo 1) è responsabile solo per dolo o colpa, il proprietario – pur non essendo responsabile dell'inquinamento - è responsabile in via oggettiva. E' vero che il punto è comune in diritto civile (art. 2043 c.c. e responsabilità soggettiva, rispetto ad art. 2051 c.c. e responsabilità oggettiva del proprietario), ed è vero che la Giurisprudenza più recente è favorevole a una responsabilità oggettiva, almeno sul opiano precauzionale, anche per l'inquinatore, ma forse come si vedrà tale situazione con elementi di sproporzione può essere almeno in parte riportata ad equilibrio utilizzando le norme sul danno ambientale.

4. La normativa sulle bonifiche (segue): conclusioni. Responsabilità oggettiva del proprietario per misure precauzionali.

In sintesi sulla base della normativa inerente alle bonifiche:

- Per la responsabilità in materia di siti contaminati occorre accertare un nesso di causalità tra comportamento e contaminazione;
- Per contaminazione, con riferimento alla responsabilità del proprietario del sito, si intende un aggravamento della contaminazione o un pericolo di aggravamento in costanza della proprietà sul sito;
- Tale nesso causale, oggettivo, è elemento sufficiente per interventi precauzionali (misure di prevenzione, messa in sicurezza di emergenza), sia per il proprietario del sito che per l'inquinatore.

Per gli interventi ripristinatori, essi sono a carico solo dell'inquinatore e non del proprietario in quanto tale, e si configurano sul piano soggettivo come segue:

- secondo una parte della Giurisprudenza occorre la prova dell'elemento soggettivo, e cioè la prova in particolare del dolo o della colpa, con violazione in definitiva delle norme tecniche nell'analizzare il comportamento alla base della contaminazione. Tale prova deve essere data da chi intenda far valere la responsabilità dell'inquinatore.
- Secondo altra parte della Giurisprudenza è sufficiente la prova del nesso causale tra attività (o omissione di attività) dell'inquinatore e contaminazione, con conseguente liberazione da responsabilità solo a fronte di una dimostrazione del caso fortuito. La prova di tale caso fortuito grava sul dedotto responsabile che deve dimostrare che il caso è imprevedibile ed assolutamente eccezionale (Cass. 5031/1998; Cass. 1947/1994).

5. La normativa UE sul danno ambientale con riferimento ai siti contaminati: profili oggettivi. La contaminazione (il danno) è definita comunque dalla normativa sulle bonifiche.

Non essendoci una normativa sulle bonifiche in sede UE, quella sul danno ambientale è l'unica normativa UE (direttiva 35/2004) pertinente anche in materia di bonifiche.

Tale normativa peraltro, quando inerisce ai siti contaminati, non può non tenere conto che il danno all'ambiente in tale contesto è un concetto che dipende dal concetto di contaminazione definito dal legislatore nazionale ([7])

In altri termini, se la normativa UE stabilisce le caratteristiche giuridiche della responsabilità (elemento soggettivo, elementi risarcitori, ecc.), sull'evento danno, e cioè sulle contaminazioni è la normativa nazionale (in assenza di altra normativa) che chiarisce quando tale danno si è verificato.

Resta invece pienamente in essere il diritto UE sulla ricostruzione del danno con riferimento all'ambito disciplinato da tale diritto UE (aree naturali e habitat, per esempio), quando tale diritto UE sul punto esista.

Secondo la normativa nazionale, nella parte sulle bonifiche (che non ha matrice diretta in UE), la contaminazione di un suolo si basa su un concetto di rischio rispetto a diversi bersagli, e non più sul superamento astratto di valori, come accade per altre forme di contaminazione (per esempio in acqua o in atmosfera): <<e) sito contaminato: un sito nel quale i valori delle concentrazioni soglia di rischio (CSR), determinati con l'applicazione della procedura di analisi di rischio di cui all'Allegato 1 alla parte quarta del presente decreto sulla base dei risultati del piano di caratterizzazione, risultano superati;>> art. 240 lett. e) Codice ambiente ([8]).

La stessa normativa UE sul danno richiama espressamente la legittimità di una analisi di rischio come elemento portante del danno ambientale, per ritenerlo sussistente, in caso

7 Sul rapporto tra le due normative, E. BOSCOLO, *Bonifiche e risarcimento del danno ambientale: rapporti (incerti) entro la cornice della funzione di ripristino*, in *Riv. giur. edilizia*, 2021, II, 3 e segg.; E. FERRARI, *Le bonifiche dei siti inquinati come attività amministrative di ripristino*, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, pag. 198 e segg.

8 Sul punto, cfr. anche Cass. 9794/2006: << il presupposto generalmente previsto per l'apertura della procedura, secondo la normativa previgente, consisteva nel superamento dei limiti di accettabilità della contaminazione stabiliti con D.M. 25 ottobre 1999, n. 471, ovvero nel pericolo concreto e attuale del superamento dei medesimi limiti (art. 17 cit., comma 2); mentre, secondo la normativa vigente, l'anzidetto presupposto consiste nell'accertamento di più precise concentrazioni soglia di contaminazione (CSC) al di sopra delle quali si apre un procedimento di caratterizzazione e di analisi rischio sito specifica, in esito al quale, se è accertato il superamento di concentrazione soglia di rischio (CSR), è richiesta la messa in sicurezza e la bonifica del sito (art. 242 cit., in relazione all'art. 240);>>

di contaminazioni, pur non definendo i valori relativi: <<Riparazione del danno al terreno. Si devono adottare le misure necessarie per garantire, come minimo, che gli agenti contaminanti pertinenti siano eliminati, controllati, circoscritti o diminuiti in modo che il terreno contaminato, tenuto conto del suo uso attuale o approvato per il futuro al momento del danno, non presenti più un rischio significativo di causare effetti nocivi per la salute umana. La presenza di tale rischio è valutata mediante procedure di valutazione del rischio che tengono conto della caratteristica e della funzione del suolo, del tipo e della concentrazione delle sostanze, dei preparati, degli organismi o microrganismi nocivi, dei relativi rischi e della possibilità di dispersione degli stessi. L'utilizzo è calcolato sulla base delle normative sull'assetto territoriale o di eventuali altre normative pertinenti vigenti quando si è verificato il danno.>> (allegato II, punto 2 direttiva UE cit.).

6. La normativa UE sul danno ambientale con riferimento ai siti contaminati (segue): profili soggettivi. Responsabilità per dolo o colpa ma con inversione dell'onere probatorio.

La direttiva UE 35/2004 sul danno ambientale contiene un riferimento espresso nell'articolato all'elemento soggettivo per la sola responsabilità inerente al danno alle specie e agli habitat (<<comportamento doloso o colposo dell'operatore>> art. 3 direttiva UE sul danno ambientale).

Nelle premesse della direttiva tale profilo soggettivo viene esteso a tutti i tipi di responsabilità : <<…(20) Non si dovrebbe chiedere ad un operatore di sostenere i costi di misure di prevenzione o riparazione adottate conformemente alla presente direttiva in situazioni in cui il danno in questione o la minaccia imminente di esso derivano da eventi indipendenti dalla volontà dell'operatore. Gli Stati membri possono consentire che gli operatori, di cui non è accertato il dolo o la colpa, non debbano sostenere il costo di misure di riparazione in situazioni in cui il danno in questione deriva da emissioni o eventi espressamente autorizzati o la cui natura dannosa non era nota al momento del loro verificarsi.>>

Nell'art. 8 direttiva commi 3 e 4 il legislatore torna sul punto: <<3. Non sono a carico dell'operatore i costi delle azioni di prevenzione o di riparazione adottate conformemente alla presente direttiva se egli può provare che il danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno: a) è stato causato da un terzo, e si è verificato nonostante l'esistenza di opportune misure di sicurezza, o b) è conseguenza dell'osservanza di un ordine o istruzione obbligatori impartiti da una autorità pubblica, diversa da un ordine o istruzione impartiti in seguito a un'emissione o a un incidente causati dalle attività dell'operatore. In tali casi gli Stati membri adottano le misure appropriate per consentire all'operatore di recuperare i costi sostenuti. 4. Gli Stati membri hanno facoltà di consentire che l'operatore non sia tenuto a sostenere i costi delle azioni di riparazione intraprese conformemente alla presente direttiva qualora dimostri che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo e che il danno ambientale è stato causato da: a) un'emissione o un evento espressamente autorizzati .. ; b) un'emissione o un'attività o qualsiasi altro modo di utilizzazione di un prodotto nel corso di un'attività, che l'operatore dimostri non essere state considerate probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze

scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività. >>

Quest'ultima norma è l'elemento che definisce in generale la responsabilità soggettiva di chi causa un danno ambientale, e che va dunque riferito anche alle norme precedenti.

In sostanza, sulla base del diritto UE:

- La responsabilità del proprietario o dell'inquinatore per fatto del terzo è sempre esclusa
- Gli Stati membri possono introdurre ulteriori forme di limitazione della responsabilità sulla base del dolo o colpa. In realtà tale responsabilità per dolo o colpa (in cui l'onere probatorio dovrebbe essere in capo a chi chiede il risarcimento) ha elementi di somiglianza con la responsabilità oggettiva, perché l'operatore deve comunque provare (con onere a suo carico) che il danno verificatosi non era prevedibile secondo gli elementi tecnici. In sostanza, anche quando si ammette la responsabilità per colpa, comunque la si assimila per alcuni versi alla responsabilità oggettiva, chiedendo al responsabile causale di provare che l'evento non era collegato causalmente all'azione sulla base della probabilità e delle conoscenze tecniche, con inversione dunque dell'onere probatorio.

7. La normativa nazionale sul danno ambientale con riferimento ai siti contaminati. Profili soggettivi. La responsabilità per dolo o colpa ma con inversione dell'onere probatorio come previsto dal diritto UE.

Il diritto nazionale sui punti di cui sopra riproduce il diritto UE.

L'art 3 direttiva è riprodotto nell'art. 298 bis Codice ambiente: <<1. La disciplina della parte sesta del presente decreto legislativo si applica: a) al danno ambientale causato da una delle attività professionali elencate nell'allegato 5 alla stessa parte sesta e a qualsiasi minaccia imminente di tale danno derivante dalle suddette attività; b) al danno ambientale causato da un'attività diversa da quelle elencate nell'allegato 5 alla stessa parte sesta e a qualsiasi minaccia imminente di tale danno derivante dalle suddette attività, in caso di comportamento doloso o colposo. >>.

Sul punto si è distinto tra responsabilità degli operatori professionali, nelle attività di cui all'allegato 5, responsabili in forma quasi oggettiva, e danno ambientale da operatori non professionali, per i quali la responsabilità si ha solo a titolo pienamente soggettivo ([9]).

Nel presente scritto, trattandosi di inquinamento da contaminanti, interessa essenzialmente la responsabilità degli operatori professionali, in cui vi è un regime nei termini descritti sopra per il regime UE.

L'art. 308 commi 4 e 5 riproduce l'art. 8 direttiva, cogliendo l'opportunità offerta dalla direttiva di una responsabilità per dolo o colpa, ma con inversione dell'onere probatorio come previsto dalla direttiva UE: il responsabile deve provare che il danno non era una conseguenza prevedibile dell'azione: <<4. Non sono a carico dell'operatore i costi delle azioni di precauzione, prevenzione e ripristino adottate conformemente alle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto se egli può provare che il danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno:

9 R. Greco *Il danno ambientale nel T.U. Ambiente: poteri pubblici e obblighi civilistici*, in *Diritto e rigenerazione dei Brownfields*, cit. , pag. 271 e segg

a) è stato causato da un terzo e si è verificato nonostante l'esistenza di misure di sicurezza astrattamente idonee;

b) è conseguenza dell'osservanza di un ordine o istruzione obbligatori impartiti da una autorità pubblica, diversi da quelli impartiti a seguito di un'emissione o di un incidente imputabili all'operatore; in tal caso il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare adotta le misure necessarie per consentire all'operatore il recupero dei costi sostenuti. 5. L'operatore non è tenuto a sostenere i costi delle azioni di cui al comma 5>> (ragionevolmente il riferimento è alle azioni di cui al comma 4) <<intraprese conformemente alle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto qualora dimostri che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo e che l'intervento preventivo a tutela dell'ambiente è stato causato da: a) un'emissione o un evento espressamente consentiti da un'autorizzazione … b) un'emissione o un'attività o qualsiasi altro modo di utilizzazione di un prodotto nel corso di un'attività che l'operatore dimostri non essere stati considerati probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività.>>

In questo contesto, con riferimento ai siti contaminati il proprietario incolpevole:

- Non è responsabile per l'inquinamento esistente o pregresso, in mancanza di aggravamento; non c'è ovviamente il nesso di causalità tra fatto a lui imputabile ed evento dannoso. Pur in assenza di un riferimento alla normativa sulle bonifiche, la normativa sul danno ambientale risulta compatibile con tale disciplina. Rispetto all'aggravamento dell'inquinamento, può porsi (come previsto anche in materia di bonifiche) una responsabilità: in tal caso l'evento inquinamento (inteso come aggravamento) deriva comunque da un bene pericoloso nella sua disponibilità, e non dalla contaminazione precedente. La normativa sul danno non richiama espressamente la fattispecie dell'aggravamento della contaminazione, ma tale fattispecie (richiamata invece espressamente nella disciplina sulle contaminazioni), deve ritenersi necessaria per una responsabilità del proprietario anche sulla base del principio di causalità: l'inquinamento causato dal proprietario è solo quello aggiuntivo (aggravamento). In caso di persistenza in termini identici o addirittura di diminuzione rispetto alla contaminazione esistente, il proprietario non può essere chiamato in responsabilità, essendo tale inquinamento causato da un terzo (e cioè dall'inquinatore);
- In caso di aggravamento, il proprietario risponde a titolo di dolo o colpa, ma con inversione dell'onere probatorio, dovendo essere lo stesso proprietario a provare la mancanza di un nesso di causalità probabilistico tra il suo comportamento conforme alle norme tecniche e l'evento.

In sede UE il ragionamento di cui sopra non è stato smentito, anzi: CGUE è intervenuta per evidenziare come gli Stati membri possano introdurre discipline le quali, oltre a prevedere necessariamente una responsabilità dell'inquinatore, contemplino anche la possibilità di introdurre forme di responsabilità secondaria di altri soggetti ([10]).

La natura soggettiva della responsabilità in materia di danno ambientale, sia pure con inversione dell'onere probatorio, pone una problematica rispetto agli orientamenti

10 CGUE, 4 marzo 2015, Fipa Group; sul punto cfr. più ampiamente A. DINISI, *Gli obblighi del responsabile dell'inquinamento e del proprietario in materia di bonifica*, in *Diritto e rigenerazione dei Brownfields*, cit. pag. 261 e segg.

giurisprudenziali più recenti in materia di applicazione della normativa sulle bonifiche, che tendono invece ad oggettivizzare tale responsabilità nel settore delle contaminazioni.

In dottrina come si è detto la responsabilità è stata correttamente assimilata ad un regime oggettivistico, come pure nella prassi: si tratta esattamente di una responsabilità per dolo o colpa con inversione dell'onere della prova ([11])

Nel paragrafo finale si propone una modalità di armonizzazione di tali diversi approcci interpretativi.

8. La competenza sulle contaminazioni e sul danno ambientale.

Per quanto concerne la competenza in sede amministrativa volta a conseguire l'adempimento da parte del responsabile dei suoi obblighi:

- La normativa sulle contaminazioni com'è noto prevede una competenza locale (art. 242 Codice ambiente);
- La normativa sull'ambiente prevede come è altrettanto noto una competenza ministeriale (art. 300 e segg. Codice ambiente).

Risulta allora necessario armonizzare le due discipline.

La lettera della normativa consente di distinguere tra le due competenze:

- Un evento che può portare ad una contaminazione potenziale o che rappresenta una contaminazione, è di competenza locale;
- Un evento che può portare o che ha portato con imminenza ad una contaminazione <<significativa e misurabile>> può entrare in competenza ministeriale: art. 300 Codice ambiente: << È danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima>>.

Mentre la competenza locale non trova limiti sulla base delle dimensioni della contaminazione (o del suo aggravamento), la competenza ministeriale invece ha un limite dimensionale, dovendo essere il rischio o la contaminazione <<significativa e misurabile>>

Anche sulla base di un principio di sussidiarietà, in coerenza con la Costituzione, l'azione ministeriale non può svolgersi in ogni caso di potenziale contaminazione, ma nei soli casi in cui tale contaminazione diventi <<significativa e misurabile>>, o per le dimensioni o per l'inerzia degli enti locali.

Non si giustifica un intervento ministeriale in altri casi, con riferimento a contaminazioni che non sono significative e misurabili.

In ogni caso, stante la competenza locale su ogni genere di contaminazioni, anche gravi, un intervento ministeriale, sulla base di un principio di ragionevolezza e leale

11 << Tale direttiva ha previsto: … Un regime di responsabilità "oggettiva" per i soggetti esercenti alcune attività professionali elencate nell'allegato della direttiva (gestione di rifiuti, esercizio di stabilimenti aventi emissioni o scarichi, stabilimenti soggetti ad autorizzazione integrata ambientale, ecc). Più precisamente, si prevede un sistema con una parziale inversione dell'onere della prova: il danneggiato deve provare che esiste un rapporto causale tra attività dell'operatore e danno mentre l'operatore, per liberarsi dalla responsabilità, deve provare di avere agito senza dolo o colpa e che la sua attività era conforme ad un'autorizzazione conferita nel rispetto della normativa ambientale o non era considerata come probabile causa del danno secondo le conoscenze esistenti all'epoca in cui era svolta. Si prevede, poi, un regime residuale di responsabilità soggettiva per chiunque (anche senza essere un operatore esercente attività professionali in allegato) causa un danno a specie ed habitat protetti da norme nazionali e comunitarie;>> (Ispra, il danno ambientale in Italia, edizione 2019, pag. 21, in https://www.isprambiente.gov.it/files2019/pubblicazioni/rapporti/R_312_19_Danno_ambientale_2019.pdf)

cooperazione deve estrinsecarsi coinvolgendo gli enti locali, anche nella forma di una richiesta di parere.

9. Conclusioni.

Sulla base di quanto è stato fin qui esposto è possibile proporre le seguenti prime conclusioni, in un contesto in cui il rapporto tra norme sulle bonifiche e norme sul danno ambientale non vede soluzioni condivise:

- Il presupposto oggettivo di una responsabilità del proprietario è l'aggravamento della contaminazione (come rischio o come evento), sia ai sensi della normativa sulle bonifiche (in termini espressi, sulla base della legge, che richiama espressamente per il proprietario la figura dell'<<aggravamento>>), sia ai sensi della normativa sul danno (in via interpretativa).
- Il proprietario rispetto all'aggravamento è tenuto ad adempimenti precauzionali (misura di prevenzione, messa in sicurezza di emergenza) e non ripristinatori sulla base della normativa inerente alle bonifiche. La opportunità di una interpretazione unitaria dell'ordinamento non consiglia di ritenere che sulla base della normativa sul danno vi siano elusioni della normativa sulle bonifiche, inserendo obblighi ripristinatori e non solo precauzionali sui suoli contaminati in capo al proprietario, non ammessi dalla normativa sulle contaminazioni.
- Nella normativa sulle contaminazioni, la tipologia della responsabilità del proprietario, analogamente a quella prevista per l'inquinatore, risulta essere per una parte significativa della Giurisprudenza di natura oggettiva.
- Nella normativa sul danno la responsabilità di chi causa il danno si ricostruisce sulla base di elementi soggettivi, con inversione dell'onere probatorio sul danneggiante.
- La tesi interpretativa sulla natura strettamente oggettiva della responsabilità nell'ambito delle bonifiche potrebbe essere rimeditata, in una prospettiva di unità dell'ordinamento, tenendo conto dei principi generali di diritto positivo sulla natura della responsabilità (soggettiva con inversione dell'onere probatorio) introdotti nella parte sul danno ambientale.

TUTELA INDUSTRIALE E DIRITTO ALLA SALUTE IN AMBITO FARMACEUTICO. ESIGENZE DI CONTEMPERAMENTO E NUOVE PROSPETTIVE REGOLATORIE NEL CONTESTO DELL'EMERGENZA PANDEMICA DA COVID – 19.

Diana Amoroso - Arianna Paoletti*

***Abstract* [IT]:** L'articolo intende esaminare il contesto normativo nazionale e internazionale relativo al diritto di proprietà industriale e di tutela della concorrenza nel mercato farmaceutico nell'ottica di analisi e ricostruzione delle tradizionali criticità emerse in tale settore, senza tralasciare l'esame delle più recenti problematiche e sfide regolatorie anche in una prospettiva contingente quale è quella della risoluzione della gestione dell'emergenza sanitaria globale da Coronavirus-2 (SARS-CoV-2). In particolare, lo studio prende le mosse da due direttrici fondamentali che ne segnano anche il perimetro d'indagine: da una parte, il diritto alla salute, inteso quale diritto di accesso alle cure e al progresso scientifico in campo medico, con particolare riferimento all'accesso al "bene farmaco" e ai trattamenti farmacologici più avanzati e, dall'altra, i diritti industriali e di sfruttamento economico delle invenzioni brevettuali connessi alla necessità di sostenere i costi di ricerca e sperimentazione clinica. Le problematiche sorte nel contesto regolatorio farmaceutico vanno, dunque, affrontate nell'ottica di un necessario bilanciamento di interessi, affinché i diritti di proprietà intellettuale non vengano utilizzati a spese del diritto alla salute. In quest'ottica, pertanto, non si può prescindere da un rafforzato dovere di cooperazione internazionale in campo medico - scientifico, affinché tutti gli Stati di adoperino a raggiungere una soluzione comune a livello internazionale, nella consapevolezza che le soluzioni nazionali non saranno mai sufficienti a tutelare la salute collettiva.

Abstract [EN]: *The article aims to analyze the national and international regulatory framework relating to industrial property law and protection of competition in the pharmaceutical market in a perspective of analysis and reconstruction of the traditional critical issues that have emerged in this area, without neglecting the examination of the most recent regulatory issues and challenges also in a contingent perspective such as the resolution of the management of the global health emergency by Coronavirus-2 (SARS-CoV-2). In particular, the study takes into account two fundamental principles that also mark the perimeter of the analysis: on the one hand, the right to health, understood as the right of access to care and scientific progress in the medical field, with particular reference to access to medicines and the most advanced pharmacological treatments and, on the other hand, the industrial rights and economic exploitation of patented inventions related to the need to support the costs of research and clinical trials. The problems arising in the pharmaceutical regulatory context must, therefore, be addressed from the perspective of a necessary balance of interests, so that intellectual property rights are not used at the expense of the right to health.From this point of view, therefore, we cannot disregard a strengthened duty of international cooperation in the medical-scientific field, so that all States strive to reach a common solution at*

international level, being aware that national solutions will never be sufficient to protect collective health.

Parole chiave: diritti di proprietà industriale, farmaci originator ed equivalenti, concorrenza, brevetto, Covid – 19.

Classificazione JEL: K21, I18, O34, O31

SOMMARIO: – 1. Il "bene farmaco" e la tutela brevettuale. **– 2.** Il Certificato Complementare di Protezione. **– 3.** Tutela brevettuale e profili di concorrenza nei farmaci equivalenti/generici. **– 4.** Diritto di proprietà industriale e diritto di accesso alle cure farmaceutiche nell'attuale emergenza sanitaria da Covid-19. **- 5.** Considerazioni conclusive e proposte future alla luce del *Global health summit* 2021.

1. Il bene "farmaco" e la tutela brevettuale.

La possibilità, anche solo in via teorica, di sottoporre a copertura brevettuale i medicinali, impone talune preliminari considerazioni[1].

In primo luogo, va considerata la genesi del "bene-farmaco", in quanto i farmaci sono il risultato della ricerca scientifica condotta al fine garantire i livelli di sicurezza ed efficacia del medicinale che viene successivamente commercializzato. A ben vedere, il farmaco è un bene di rilevanza giuridica, sia in quanto strumentale alla tutela della salute[2], sia in quanto possibile oggetto di rapporti economici, la cui disciplina normativa, di conseguenza, rappresenta il crocevia di differenti interessi[3].

1 F. NANCI, *Il fenomeno dell'evergreening tra diritto alla salute e copertura brevettuale dei farmaci*, Ordines – Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee, n. 1 – giugno 2017.

2 Con riferimento al bene farmaco quale strumento di tutela della salute, si evidenzia che i termini "farmaco", "medicinale" e "prodotto medicinale" sono stati usati nel corso degli anni come sinonimi; di contro, di recente si è preferito usare il termine medicinale, impiegato anche nelle direttive comunitarie che disciplinano questo settore. Si intende per medicinale: (i) ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane; (ii)ogni sostanza o associazione di sostanze che possa essere utilizzata sull'uomo o somministrata all'uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica. Un farmaco (o medicinale) è, quindi, una sostanza o un'associazione di sostanze impiegata per curare o prevenire le malattie. Ciascun farmaco è composto da un elemento, il principio attivo, da cui dipende l'azione curativa vera e propria, e da uno o più "materiali" privi di ogni capacità terapeutica chiamati eccipienti che possono avere la funzione di proteggere il principio attivo da altre sostanze chimiche, facilitarne l'assorbimento da parte dell'organismo, oppure mascherare eventuali odori o sapori sgradevoli del farmaco stesso.

3 Quello dei medicinali è "*un settore nel quale la tutela della salute pubblica […] è indissolubilmente connessa alle regole di produzione e di circolazione della merce*", L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 90.

Lo stesso Codice comunitario dei medicinali per uso umano (D. Lgs. n. 219/2006) rappresenta sia la normativa di riferimento dal punto di vista scientifico per la produzione e commercializzazione dei farmaci sia la normativa atta ad armonizzare le discipline nazionali degli Stati membri dell'Unione europea relativamente alle attività farmaceutiche inerenti alla libera circolazione dei medicinali. In quest'ottica, infatti, l'Unione ha inteso superare la disparità tra le disposizioni nazionali che hanno l'"*effetto di ostacolare gli scambi dei medicinali*" con "*un'incidenza diretta sul funzionamento del mercato interno*", nonché perseguire lo "*scopo principale delle norme relative alla produzione, alla distribuzione e all'uso di medicinali*" che "*deve essere quello di assicurare la tutela della sanità pubblica*[4]" (si veda l'art. 168, par. 4, c) TFUE). Considerando il bene farmaco quale strumento di rapporti economici, non può omettersi di considerare che la ricerca scientifica e pertanto la scoperta e lo sviluppo di un farmaco si concretizza in un'attività di sperimentazione che impone costi e investimenti in capo a chi la conduce, nonché l'osservanza di una serie di controlli da parte dell'Autorità regolatoria di settore[5].

In particolare, per sperimentazione clinica si intende qualsiasi studio sull'essere umano finalizzato a scoprire o verificare gli effetti clinici, farmacologici o altri effetti farmacodinamici di uno o più medicinali sperimentali, o a individuare qualsiasi reazione avversa ad uno o più medicinali sperimentali, o a studiarne l'assorbimento, la distribuzione, il metabolismo e l'eliminazione, con l'obiettivo di accertarne la sicurezza o l'efficacia, nonché altri elementi di carattere scientifico e non, effettuata in un unico centro o in più centri, in Italia o anche in altri Stati membri dell'Unione europea o in Paesi terzi[6].

Da ultimo, si deve considerare la circostanza che la libertà della scienza[7] serve ad assicurare alla collettività la possibilità di beneficiare dei risultati della ricerca scientifica. In questo senso, quindi, non sono mancate (e in taluni casi tutt'ora non mancano), all'interno dei diversi ordinamenti nazionali, normative speciali che escludono la possibilità di sottoporre a tutela brevettuale scoperte, teorie scientifiche e metodi matematici.

4 Considerando 2 della Direttiva 2001/83/CE recante un Codice comunitario dei medicinali per uso umano.

5 In questo senso, si precisa che l'AIFA svolge, un importante ruolo nell'attività di sperimentazione clinica, garantendo la corretta applicazione della normativa europea e nazionale sulla sperimentazione clinica, favorendo al contempo la ricerca internazionale. L'Agenzia, inoltre, cura la rete informatica e culturale dei Comitati Etici locali, garantisce il funzionamento dell'Osservatorio Nazionale sulle Sperimentazioni Cliniche (OsSC) per verificare il grado di innovatività e le aree della ricerca pubblica e privata in Italia.

6 La sperimentazione inizia con l'identificazione di una sostanza chimica, di origine naturale o sintetica, dotata di promettenti proprietà farmacologiche. La molecola ottimizzata, se giudicata adatta ad essere utilizzata come farmaco, è sottoposta a una serie di prove cliniche sull'uomo – indicate come fase I (farmacologica clinica), fase II (studio di efficacia), fase III (studio multicentrico) – il cui esito positivo permette la presentazione di una richiesta di registrazione alle autorità sanitari.

7 Proprio durante la pandemia, ad aprile 2020, il Comitato ONU per i diritti economici, sociali e culturali ha pubblicato la versione definitiva del Commento Generale sulla scienza – il n. 25 -(art. 15, 1(b), 2, 3 e 4 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali), nel quale si precisa come "*l'intenso e rapido sviluppo della scienza e della tecnologia ha comportato numerosi vantaggi per il godimento dei diritti economici, sociali e culturali (di seguito: ESCR). Allo stesso tempo, i rischi e l'ineguale distribuzione di questi rischi e benefici hanno generato una discussione ricca e crescente sul rapporto tra scienza ed ESCR* (….)".

In ambito internazionale, il Comitato ONU per i diritti economici, sociali e culturali, ha assunto un significativo ruolo di mediatore tra un diritto umano (diritto alla salute) e un diritto di proprietà (PI), precisando che i diritti di proprietà intellettuale non possono essere realizzati a spese del diritto alla salute. Del resto, come affermato nella "Dichiarazione di Doha sull'accordo Trips e la salute pubblica" della Conferenza ministeriale dell'OMC del 2001, il regime della proprietà intellettuale "*dovrebbe essere interpretato e attuato in modo tale da sostenere il dovere degli Stati di "proteggere la salute pubblica e, in particolare, promuovere l'accesso ai medicinali per tutti". Pertanto, gli Stati parte dovrebbero utilizzare, se necessario, tutte le flessibilità dell'accordo TRIPS, come le licenze obbligatorie, per garantire l'accesso ai medicinali essenziali, in particolare per i gruppi più svantaggiati. Gli Stati parte dovrebbero anche astenersi dal concedere termini sproporzionatamente lunghi di protezione brevettuale per nuovi medicinali al fine di consentire, entro un termine ragionevole, la produzione di medicinali generici sicuri ed efficaci per le stesse malattie*" (cfr. Commento Generale sulla scienza 2020).

Tale necessaria premessa aiuta forse a comprendere meglio le ragioni per cui la tutela della proprietà intellettuale in ambito farmaceutico è un risultato ottenuto in tempi relativamente recenti.

Storicamente, infatti, il farmaco non veniva considerato dall'ordinamento giuridico nazionale come un bene brevettabile, quindi suscettibile di proprietà privata e, in quanto tale, oggetto di tutela.

Nel Regno di Sardegna, infatti, la Legge 12 marzo 1855, n. 782, poi estesa alla Lombardia con Regio decreto del 30 ottobre 1859, n. 3731 escludeva la brevettabilità dei medicinali e tale impostazione di fondo si sarebbe poi ritrovata anche nel Regno d'Italia[8].

Sarà necessario attendere sino alla storica sentenza della Corte Costituzionale n. 20 del 20 marzo 1978 per la declaratoria dell'illegittimità costituzionale di un simile divieto, motivata sulla base del fatto che "*la brevettabilità dei prodotti farmaceutici […] dimostra come non sia possibile stabilire un legame di causa-effetto tra brevettabilità e livello dei prezzi, risultando ovunque il mercato dei medicinali largamente corretto da interventi autoritativi*"[9]. Una volta

8 R. d. 29 giugno 1939 n. 1127, art. 14, recante norme sulla proprietà intellettuale. Il Regio Decreto recava norme in materia di brevetti ed è stato poi abrogato dal Codice della proprietà intellettuale (2005).

9 La sentenza offre un interessante *excursus* sulle ragioni alla base del divieto che, stante l'interesse non solo di carattere prettamente storico che rivestono, si riportano nella loro interezza: "*l'origine del divieto di brevettazione dei prodotti farmaceutici si trova nelle deliberazioni del Parlamento subalpino sul progetto legislativo in tema di privative industriali, divenuto poi legge 12 marzo 1855, n. 782, più conosciuta attraverso il provvedimento con cui fu estesa alla Lombardia (r.d. 30 ottobre 1859, n. 3731). L'art. 6 di questo testo conteneva una esclusione, introdotta su proposta del deputato Luigi Carlo Farini, secondo la quale non potevano costituire "argomento di privativa... i medicamenti di qualunque specie". Veramente, già nel dibattito della Camera dei deputati, appare difficile cogliere una univoca ratio legis di questa disposizione, che contrastava con la linea del progetto governativo e con quella difesa dalla Commissione parlamentare. I due motivi fatti valere più direttamente dal Farini si fondavano sulla opportunità di evitare che ciarlatani, speziali e "segretisti" profittassero dell'attestato di privativa per smerciare prodotti non utili alla salute, e, meno coerentemente, sulla intenzione di rinviare la disciplina della materia ad un "codice sanitario ed igienico" che già si stava approntando. Peraltro, sia negli interventi del Farini che in quelli dei deputati consenzienti con la sua proposta, emergeva anche la preoccupazione per il "rincarimento cagionato dalla privativa" e l'idea che allo scopritore - inventore - filantropo, il quale dispensa a tutti gli uomini il frutto delle sue ricerche a rimedio della fisica fragilità, non spetti nessuna forma di remunerazione economica, salvo quei premi che i corpi rappresentativi*

riconosciuto, quindi, che i diritti di esclusiva brevettuale non determinavano un necessario ed inevitabile aumento dei prezzi dei farmaci, il divieto di brevettabilità venne ritenuto incostituzionale per l'eccessivo sacrificio in capo ai privati che volessero investire nella "*ricerca scientifica e tecnica, essenziale ormai per assicurare l'ulteriore progresso nel settore della produzione farmaceutica*"[10].

E' evidente, quindi, che la necessità di garantire alle imprese di coprire i costi di investimento della ricerca scientifica venne fondata sull'idea che il brevetto sia necessario all' "*attribuzione e commisurazione dell'esclusiva nei limiti necessari a garantire la funzione di remunerazione di attività e investimenti dedicati all'innovazione, e obiettivi vari in specifici risultati direttamente utilizzabili a fini industriali*". Una volta superate le resistenze iniziali, anche grazie alla spinta di teorie economiche[11], è stata quindi ammessa la possibilità di sottoporre a privativa industriale, mediante la concessione di brevetti, i farmaci di cui sono titolari le società farmaceutiche.

In sostanza, con la concessione di un brevetto (*patent* in inglese) viene conferito un diritto esclusivo (monopolio) su un'invenzione, in base al quale il titolare del medesimo può vietare a soggetti terzi di produrre, usare, mettere in commercio, vendere o importare l'oggetto del brevetto. Ne deriva che un brevetto non è costituito tanto dall'autorizzazione ad attuare un'invenzione, ma piuttosto dalla situazione di monopolio che deriva dalla sua concessione per lo sfruttamento industriale dell'invenzione stessa.

---

avrebbero immancabilmente deliberato a favore di chi arrecasse davvero "un segnalato benefizio" in questo campo. Si sono rievocati i molteplici e, per così dire, giustapposti motivi del voto che ebbe luogo il 5 dicembre 1854 nella Camera dei deputati del regno sardo (ed ebbero qualche peso anche i timori dei farmacisti torinesi per la preparazione dei medicamenti nelle farmacie), perché le incertezze circa la ratio legis, se fino alla entrata in vigore della Costituzione repubblicana ed in particolare del suo art. 3, primo comma, facevano sorgere più di un dubbio circa la saggezza della via prescelta dal legislatore (ed erano perciò argomento di politica legislativa), a partire dal 1 gennaio 1948 potevano dar luogo ad una questione di legittimità costituzionale, risultando inadeguati ad offrire un idoneo fondamento giustificativo alla deroga che la disposizione dell'art. 14, primo comma, del r.d. n. 1127 del 1939 dispone nei confronti della disciplina generale in tema di brevetti per invenzioni industriali. La possibilità di prospettare in termini di costituzionalità, nell'ambito dell'art. 3, primo comma, Cost., la questione che prima si poneva in termini di opportunità, é confermata dal modo come Antonio Scialoja, commissario regio per il dibattito alla Camera, riassumeva nella sua relazione al progetto governativo l'essenza del problema: "...se egli é vero che l'inventore di un processo acconcio a guarentire dal deperimento una materia qualunque ha diritto a conseguire una privativa, per qual motivo dovrebbe essere spogliato di simil diritto l'inventore di una medicina atta a conservare la vita dell'uomo?"

10 La Corte Costituzione nella citata sentenza ha finanche evidenziato "*Ritenendo poi fondamento del diritto patrimoniale dell'inventore il compenso per il progresso tecnico apportato, secondo un indirizzo largamente accolto, sarebbe evidente il contrasto fra il detto art. 14 e l'art. 9 della Costituzione, atteso che il divieto che il primo stabilisce intralcerebbe la ricerca scientifica e tecnica nel campo dei medicamenti, dissuadendo l'industria farmaceutica dall'effettuarvi i necessari investimenti. Considerando invece il brevetto come strumento necessario per l'individuazione di un bene immateriale e per l'attribuzione di esso all'ideatore o ad altri aventi diritto, si dovrebbe concludere che il divieto di brevettare viene ad impedire un conveniente regime giuridico dell'idea innovativa relegandola fra le cose di nessuno, in contrasto con quanto prescrive l'art. 42 della Costituzione, secondo cui i beni aventi rilevanza economica sono pubblici o privati. Sarebbe inoltre ravvisabile un contrasto con gli artt. 41 e 43 della Costituzione in quanto il sistema legislativo sottrarrebbe all'iniziativa economica privata (da cui sarebbe indissociabile la pertinente attività di ricerca) un intero settore senza devolverlo alla iniziativa pubblica. Né la normativa impugnata potrebbe trovare fondamento nell'art. 32 della Costituzione medesima atteso che la tutela della salute non potrebbe comportare mancata remunerazione dell'inventore di processi o prodotti medicinali, sia costui lavoratore indipendente o dipendente, ed ancor meno il sacrificio della ricerca scientifica che ne è condizione indispensabile*".

11 W.M. LANDES, R.A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge Massachussetts 2003, pp. 294 e s.

In ambito farmaceutico, questa distinzione è evidente. Per i farmaci, infatti, il permesso di commercializzazione del prodotto viene ottenuto solo con una specifica Autorizzazione all'Immissione in Commercio (AIC) da parte delle Autorità regolatorie nazionali competenti[12], ma essere titolari dell'AIC di un medicinale non significa godere anche di un diritto di privativa sul medesimo nei confronti dei terzi.

Solo il brevetto sul medicinale, che può essere concesso temporalmente solo dopo l'ottenimento dell'AIC, infatti, è in grado di garantire al titolare la possibilità esclusiva non solo di vendere il prodotto, ma anche di vietare a chiunque altro di farlo senza aver ottenuto la sua autorizzazione (ad esempio, attraverso l'ottenimento di una licenza).

In via generale, possono costituire oggetto di brevetto per invenzione, le invenzioni industriali, dove per invenzione si intende una soluzione nuova e originale a un problema tecnico, atta a essere realizzata e applicata in campo industriale.

La definizione di "*invenzione brevettabile*" trova fondamento normativo nell'art. 45 del D. Lgs 30/2005 (Codice della proprietà industriale, in breve anche "c.p.i."), ai sensi del quale "*possono costituire oggetto di brevetto per invenzione le invenzioni, di ogni settore della tecnica, che sono nuove e che implicano un'attività inventiva e sono atte ad avere un'applicazione industriale*". In particolare, un'invenzione può riguardare un bene materiale, quali ad esempio, un prodotto, una molecola, una composizione (e si tratta, in questo caso, di c.d. brevetto di prodotto); un metodo o un procedimento, quali ad esempio, un metodo per rilevare dati da un campione, un metodo per preparare un certo prodotto (e si tratta, in questo caso, di c.d. brevetto di procedimento); oppure, da ultimo, nuovi metodi per utilizzare (o usi) un bene materiale già conosciuto (il cd. brevetto di uso). Ciò posto, anche i brevetti in campo chimico-farmaceutico possono riguardare nuovi prodotti (brevetto di prodotto), oppure nuovi metodi per preparare prodotti anche già conosciuti (brevetto di procedimento), oppure ancora metodi nuovi e ulteriori per utilizzare tali prodotti (brevetto di uso).

I prodotti in campo chimico-farmaceutico riguardano essenzialmente molecole di sintesi chimica, molecole naturali purificate, prodotti ricombinanti o derivati dall'ingegneria genetica, così come le composizioni farmaceutiche caratterizzate dalla presenza di più ingredienti tra principi attivi ed eccipienti vari.

Esistono poi dei veri e propri criteri di brevettabilità, in quanto per essere brevettabile un'invenzione deve: 1) essere dotata del carattere di novità; 2) del carattere di originalità o attività inventiva; 3) essere considerata industrialmente utile; 4) essere lecita; 5) essere descritta in modo sufficientemente chiaro e replicabile. Più nel dettaglio, con il requisito della novità si richiede che il ritrovato non sia già descritto nello stato della tecnica. A tal proposito, è la stessa norma a stabilire che "*Lo stato della tecnica è costituito da tutto ciò che è stato reso accessibile al pubblico nel territorio dello Stato o all'estero prima della data del deposito*

12 In Italia, l'Autorità competente è l'AIFA, la quale svolge la propria attività nelle seguenti aree di intervento: autorizzazione all'immissione in commercio (AIC), farmacovigilanza e sorveglianza vaccini, sperimentazione clinica, ispezioni, informazione indipendente sull'uso ottimale dei farmaci, promozione della ricerca, governo della spesa farmaceutica (cfr. Piano della Performance di AIFA 2021-2023).

della domanda di brevetto, mediante una descrizione scritta od orale, una utilizzazione o un qualsiasi altro mezzo" (art. 42, comma 1 e 2, c.p.i.).

Ciò comporta che l'invenzione non deve essere in alcun modo divulgata né resa pubblicamente accessibile prima della data di deposito della domanda di brevetto: l'eventuale pre-divulgazione rappresenta una delle cause di nullità del brevetto.

Per attività inventiva si intende, invece, la necessità che il ritrovato non sia già evidente dallo stato della tecnica, secondo il giudizio di un soggetto esperto in materia. In tal senso rileva l'art. 48 secondo cui "*un'invenzione è considerata come implicante un'attività inventiva se, per una persona esperta del ramo, essa non risulta in modo evidente dallo stato della tecnica*".

La norma precisa altresì che è considerato come compreso nello stato della tecnica il contenuto di domande di brevetto italiano o di domande di brevetto europeo designanti l'Italia, così come sono state depositate, che abbiano una data di deposito anteriore alla domanda di brevetto depositata ai sensi del primo comma e che siano state pubblicate o rese accessibili al pubblico anche in questa data o più tardi (art. 46, comma 3 c.p.i.).

Quanto al requisito della industrialità**,** l'art. 49 c.p.i. stabilisce che un'invenzione è considerata atta ad avere un'applicazione industriale se il suo oggetto può essere fabbricato o utilizzato in qualsiasi genere di industria, compresa quella agricola.

Da ultimo, si evidenzia in talune normative nazionali la sussistenza di un requisito aggiuntivo, ossia la non contrarietà dell'invenzione all'ordine pubblico e al buon costume; tuttavia, a differenza dei requisiti sopra identificati, i limiti di natura più prettamente "etica" possono essere diversi per ciascuno Stato (si pensi all'uso di cellule embrionali o staminali che può essere vietato o ammesso a seconda della normativa interna di ciascuna nazione).

Ad ogni modo, una volta concesso, il brevetto di un farmaco garantisce al titolare l'esclusiva di sfruttamento economico per 20 anni dalla data di deposito della domanda, entro i limiti ed alle condizioni previsti dalla legge.

In particolare, il brevetto conferisce al titolare i seguenti diritti esclusivi: *a)* se oggetto del brevetto è un prodotto, il diritto di vietare ai terzi, salvo consenso del titolare, di produrre, usare, mettere in commercio, vendere o importare a tali fini il prodotto in questione; *b)* se oggetto del brevetto è un procedimento, il diritto di vietare ai terzi, salvo consenso del titolare, di applicare il procedimento, nonché di usare, mettere in commercio, vendere o importare a tali fini il prodotto direttamente ottenuto con il procedimento in questione (art. 66 c.p.i.).

La facoltà esclusiva attribuita dal diritto di brevetto non si estende, quale che sia l'oggetto dell'invenzione, agli studi e sperimentazioni diretti all'ottenimento, anche in paesi esteri, di un'AIC di un farmaco ed ai conseguenti adempimenti pratici ivi compresi la preparazione e l'utilizzazione delle materie prime farmacologicamente attive a ciò strettamente necessarie; alla preparazione estemporanea, e per unità, di medicinali nelle farmacie su ricetta medica, e ai medicinali così preparati, purché non si utilizzino principi attivi realizzati industrialmente.

Con riferimento ai diritti di esclusiva riconosciuti al titolare dell'AIC del medicinale *originator* occorre introdurre la disciplina della c.d. *data protection*.

In quest'ottica, si richiama la previsione dell'art. 10 del D. Lgs. 219/2006 (Codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, in breve "Codice del farmaco") che definisce il medicinale generico e il prodotto medicinale di riferimento, stabilendo che l'insieme di sperimentazioni volte all'ottenimento di una AIC per un farmaco generico non costituisce violazione del diritto di brevetto, o quello del Certificato Complementare di Protezione (CPP) eventualmente esistente, pur facendo salvo il diritto del titolare dell'esclusiva di vietare sperimentazioni non comprese nel citato art. 10.

In sostanza, viene consentito effettuare studi atti a dimostrare la bioequivalenza tra un farmaco generico e un medicinale di riferimento anche a fronte della sussistenza di un brevetto in capo al medicinale di riferimento.

L'esonero previsto per un farmaco generico dalla presentazione di un Dossier di registrazione completa, richiesto invece per il medicinale di riferimento, è limitato a farmaci di riferimento autorizzati da almeno 8 anni in Italia o nell'Unione Europea. A ciò si aggiunga che il farmaco generico non può essere commercializzato prima di 10 anni dall'autorizzazione iniziale del medicinale di riferimento, periodo estendibile fino a un massimo di 11 anni se durante i primi 8 anni siano state autorizzate nuove indicazioni terapeutiche in grado di fornire un beneficio clinico rilevante rispetto alle terapie esistenti.

Viene pertanto riconosciuta al medicinale di riferimento un'esclusiva sui dati contenuti nel Dossier (nota altresì come "*data exclusivity*" o "*data protection*") e un'esclusiva di tipo amministrativo di dieci/undici anni derivante dall'autorizzazione stessa. Queste due forme di tutela si sommano alla tutela prevista dalla disciplina della proprietà industriale in modo diverso in base al momento in cui viene concessa l'AIC rispetto alla durata complessiva del brevetto.

2. Il Certificato Complementare di Protezione.

Con riferimento, invece, al Certificato Complementare di Protezione (CCP), lo stesso è stato previsto per la prima volta dalla legge n. 349/1991, la quale ha introdotto dopo l'articolo 4 del regio decreto 29 giugno 1939, n. 1127, l'art. 4-*bis*: "*I titolari di un brevetto per invenzione industriale, che ha effetti in Italia e ha per oggetto un medicamento, un prodotto che entra nella composizione di un medicamento, una utilizzazione di un prodotto come medicamento o un procedimento per la sua fabbricazione, possono ottenere un certificato complementare di protezione dopo aver ottenuto la registrazione ai fini dell'immissione in commercio del medicamento stesso rilasciata ai sensi dell'articolo 162 del testo unico delle leggi sanitarie approvato con regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, come sostituito dall'articolo 4 della legge 1 maggio 1941, n. 422 (…). Al certificato complementare di protezione e alle domande per il suo ottenimento si applica il regime giuridico, con gli stessi diritti esclusivi ed obblighi, del brevetto e delle domande di brevetto. Il*

certificato complementare di protezione produce gli stessi effetti del brevetto al quale si riferisce limitatamente alla parte o alle parti di esso relative al medicamento oggetto dell'autorizzazione all'immissione in commercio. Gli effetti del certificato complementare di protezione decorrono dal momento in cui il brevetto perviene al termine della sua durata legale e si estendono per una durata pari al periodo intercorso tra la data del deposito della domanda del brevetto e la data del decreto con cui viene concessa la prima autorizzazione all'immissione in commercio del medicamento. La durata del certificato complementare di protezione non può in ogni caso essere superiore a diciotto anni a decorrere dalla data in cui il brevetto perviene al termine della sua durata legale. Se la domanda di certificato complementare di protezione è stata presentata nei termini stabiliti e resa nota mediante il bollettino mensile e alla scadenza del brevetto non è ancora stato concesso il certificato complementare di protezione, alla domanda si attribuiscono provvisoriamente gli stessi effetti del certificato complementare di protezione. I diritti esclusivi considerati dal comma 4 vengono conferiti con la concessione del certificato complementare di protezione".

La norma citata consentiva, pertanto, l'estensione del periodo brevettuale fino ad un massimo di 18 anni oltre la scadenza naturale del brevetto.

La possibilità di ottenere un CCP è stata introdotta per ovviare alle tempistiche che intercorrono tra la data di presentazione della domanda di brevetto e la data di rilascio dell'AIC, che in alcuni casi possono essere tali da ridurre la possibilità di sfruttamento esclusivo dell'invenzione.

Di conseguenza, sommando la durata del CCP ai 20 anni derivanti dal brevetto, la copertura totale garantita poteva estendersi fino ad un massimo di 38 anni dalla data di deposito della domanda di brevetto stesso.

In sostanza, tramite l'estensione del periodo di copertura brevettuale si consentiva "*alle aziende farmaceutiche di recuperare il periodo di esclusiva andato perduto a causa delle sperimentazioni e delle procedure necessarie per conseguire l'autorizzazione all'immissione in commercio del farmaco brevettato, con il fine ultimo di incentivare la ricerca e lo sviluppo di nuovi farmaci, permettendo l'ammortamento dei relativi costi*"[13].

Successivamente, è stato adottato, a livello comunitario, il Regolamento CEE 1768/1992 (oggi Regolamento CEE/1768/1992), che ha istituito il Certificato Protettivo Supplementare, o *Supplemetary Protection Certificate* (SPC), il quale, oltre a presentare le stesse finalità del CCP, aveva l'obiettivo principale di armonizzare le normative dei vari Stati membri in questa materia. Nel dettaglio, l'art. 13 del citato Regolamento, rubricato "*Durata del certificato*", stabiliva che "*Il certificato ha efficacia a decorrere dal termine legale del brevetto di base per una durata uguale al periodo intercorso tra la data del deposito della domanda del brevetto di base e la data della prima autorizzazione di immissione in commercio nella Comunità, ridotto di cinque anni. Nonostante il paragrafo 1, la durata del certificato non può essere superiore a cinque anni a decorrere dalla data in cui il certificato acquista efficacia*". A ben vedere, se l'art. 13 del Regolamento CEE ha previsto che il SPC abbia una durata uguale al periodo intercorso

13 G.F. FERRARI, F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco, medicinali, diritto alla salute, politiche sanitarie*, Bari, Cacucci Editore, 2015, p.305.

tra la data di deposito della domanda del brevetto di base e la domanda della prima AIC a livello europeo, ridotto di 5 anni e che, comunque, la durata del certificato complementare non può essere superiore a 5 anni decorrenti dalla data in cui il certificato acquista efficacia, di contro, l'art. 5 della legge n. 349/1991 prevede che la durata del certificato sia pari al periodo intercorso tra la data del deposito della domanda di brevetto (valida in Italia) e la data del decreto di rilascio dell'AIC (in Italia) e che, comunque, la durata del certificato non possa essere superiore a 18 anni a decorrere dalla data in cui il certificato acquista efficacia.

E' evidente, quindi, che il CCP italiano sia più vantaggioso rispetto a quello europeo in quanto la durata massima invece che limitarsi a 5 anni può arrivare fino a 18 anni e l'AIC presa in considerazione per il calcolo del periodo da recuperare rispetto alla data di deposito della domanda è quella italiana, nonostante in molti casi potrebbe non essere la prima autorizzazione in commercio a livello europeo e ciò dunque aumenta il periodo per il quale è concesso il recupero e conseguentemente la durata del certificato complementare. Ciò posto, la normativa nazionale, pur senza un'espressa abrogazione, è stata di fatto superata dal successivo Regolamento CEE, fermo restando, tuttavia, che l'art. 20 del Regolamento ha fatto salvi i certificati precedentemente concessi in base alla legge nazionale e dunque, a partire dal 1993 i certificati concessi in base alla precedente normativa italiana e quelli concessi in base al Regolamento Comunitario sono ugualmente validi, nonostante l'evidente differenza di durata tra i due.

Il Legislatore nazionale è quindi nuovamente intervenuto in materia con il d.l. 15 aprile 2002 n. 63, convertito con modificazioni dalla L. 15 giugno 2002, n. 112, che, all'art. 3, comma 8, ha previsto la riduzione della durata dei CCP, concessi in base alla legge n.349/1991, al fine di allineare la durata prevista dalla normativa nazionale con quella europea. In questo senso, veniva stabilito che la durata dei CCP nazionali dovesse essere ridotta, a partire dal 2002 di un anno e di due anni per ciascuno degli anni solari successivi, fino al raggiungimento dell'armonizzazione della durata prevista dalle due normative. Anche in questo caso, tuttavia, l'intento del Legislatore non fu raggiunto in quanto diversi CCP nazionali avevano già superato la durata massima di cinque anni prevista e, soprattutto, il sistema di riduzione è risultato fortemente attenuato, in quanto lo si è modificato di sei mesi in sei mesi ogni anno, a partire dal 1° gennaio 2004.

La soluzione a tale disallineamento temporale non si è avuta nemmeno con la prima stesura del Codice della proprietà industriale in quanto anch'esso ha previsto una durata massima di 18 anni per la protezione complementare, con la relativa diminuzione di sei mesi ogni anno, al fine di armonizzare la normativa nazionale a quella euro-unitaria.

E' stato, infatti, necessario attendere la modifica intervenuta con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131 che ha modificato l'art. 61 del c.p.i. stabilendo che i certificati complementari per prodotti medicinali e i certificati complementari per prodotti fitosanitari, sono concessi dall'Ufficio italiano brevetti e marchi sulla base dei regolamenti (CE) n. 469/2009, (CE) n. 1901/2006 e (CE) n. 1610/96 e producono gli effetti previsti da tali regolamenti. Pertanto,

in virtù di tale richiamo, la durata dei CCP deve essere non superiore a 5 anni e che deve essere parametrata al tempo intercorso tra il rilascio del brevetto e della prima AIC nel territorio della Comunità, ridotto di 5 anni. Per quanto riguarda i certificati complementari di protezione concessi ai sensi della legge 19 ottobre 1991, n. 349, l'art. 81 del c.p.i. nell'attuale formulazione stabilisce che ad essi "*si applica regime giuridico, con gli stessi diritti esclusivi ed obblighi, del brevetto. Il certificato complementare di protezione, produce gli stessi effetti del brevetto al quale si riferisce, limitatamente alla parte o alle parti di esso oggetto dell'autorizzazione all'immissione in commercio. Gli effetti del certificato complementare di protezione decorrono dal momento in cui il brevetto perviene al termine della sua durata legale e si estendono per una durata pari al periodo intercorso tra la data del deposito della domanda di brevetto e la data del decreto con cui viene concessa la prima autorizzazione all'immissione in commercio del medicamento. La durata del certificato complementare di protezione non puo' in ogni caso essere superiore a diciotto anni a decorrere dalla data in cui il brevetto perviene a termine della sua durata legale. Al fine di adeguare progressivamente la durata della copertura complementare e brevettuale a quella prevista dalla normativa comunitaria, le disposizioni di cui alla legge 19 ottobre 1991, n. 939, e da egolamento (CEE) n. 1768/1992 del Consiglio, del 18 giugno 1992, trovano attuazione attraverso una riduzione della protezione complementare pari a sei mesi per ogni anno solare, a decorrere dal 1° gennaio 2004, fino al completo allineamento alla normativa europea*" (art. 81 c.p.i., così come sostituito dall'art. 42, co. 1, D. Lgs. 13 agosto 2010, n. 131).

3. Tutela brevettuale e profili di concorrenza nei farmaci equivalenti/generici.

Dal quadro normativo sopra richiamato emerge come per molto tempo non vi sia stata una piena armonizzazione della normativa brevettuale a livello euro-unitario, per cui molto spesso tali divergenze hanno comportato dispute e contenziosi che hanno avuto conseguenze anche sulla diffusione dei farmaci generici.

In via generale, in un'ottica di generale disamina delle dinamiche competitive che possono ingenerarsi tra i titolari di medicinali originatori e i titolari di medicinali equivalenti/generici, è necessario un rapido richiamo alle differenze tra tali tipi di medicinali.

L'art. 8, comma 3, del Codice del farmaco, dispone che, per ottenere l'AIC di un farmaco è necessario che nella domanda siano riportati una serie di informazioni e documenti, tra cui i risultati delle prove farmaceutiche (chimico-fisiche, biologiche o microbiologiche), delle prove precliniche (tossicologiche e farmacologiche) e delle sperimentazioni cliniche. E' evidente che la presentazione di tali prove richieda, da parte delle aziende farmaceutiche, sostanziali investimenti in termini di tempo e di risorse umane, strutturali ed economiche tali per cui un'azienda, una volta ottenuta l'AIC, potrebbe decidere – al ricorrere di determinati presupposti – di tutelare il proprio prodotto attraverso la

copertura brevettuale. La tutela brevettuale si presenta, in questo senso, quale soluzione ideale a fronte degli elevati costi di produzione di un farmaco[14] rappresentando una prospettiva di recupero dei costi di ricerca e sviluppo e finanche di guadagno monopolistico[15].

I brevetti in campo chimico-farmaceutico sostanziandosi nel diritto di escludere gli altri dal produrre, vendere o importare l'invenzione per un periodo di tempo pari a 20 anni, generano di fatto un "monopolio a tempo determinato".

Di contro, a livello nazionale, i farmaci generici[16] godono di una disciplina di *favor*, essendo prevista dall'articolo 10, comma 1, del Codice del farmaco una procedura semplificata che deroga alla disciplina ordinaria per l'ottenimento dell'AIC. Tale comma prevede, infatti, che "*fatta salva la disciplina della tutela della proprietà industriale e commerciale, il richiedente non è tenuto a fornire i risultati delle prove precliniche e delle spese può dimostrare che il medicinale è un medicinale generico di un medicinale di riferimento che è autorizzato o è stato autorizzato a norma dell'articolo 6 da almeno otto anni in Italia o nella Comunità europea*".

Tale regime di favore per il rilascio dell'AIC ai medicinali generici è dovuto al fatto che tali prodotti, per loro stessa natura, non sono diversi dal medicinale di riferimento (anzi lo ricalcano integralmente) per quanto riguarda i requisiti di qualità, sicurezza ed efficacia, che sono oggetto di approfondita analisi e valutazione all'atto del rilascio dell'AIC di quest'ultimo. *L'art. 10, comma 5, del d. lgs. n. 219/2006, che ha recepito la Direttiva Europea 2001/83/CE, definisce come medicinale generico come quel farmaco che "ha la stessa composizione qualitativa e quantitativa di principi attivi e la stessa forma farmaceutica del medicinale di riferimento, nonché la bioequivalenza[17] con il medicinale di riferimento dimostrata da appropriati studi di biodisponibilità. I vari sali, esteri, eteri, isomeri, miscele di isomeri, complessi o derivati di una sostanza attiva sono considerati la stessa sostanza attiva se, secondo le informazioni aggiuntive fornite dal richiedente, non mostrano differenze o proprietà significative relative alla sicurezza, né*

14 In tal senso, si richiama la già citata sentenza della C. Cost., 20 marzo 1978 n. 20, nella parte in cui è stato evidenziato che un efficace sistema brevettuale è un elemento essenziale nel perseguimento del contemperamento della tutela dell'interesse pubblico con quello privato facente capo alle imprese operanti nel settore farmaceutico, in quanto esso, tramite il diritto di esclusiva, fornisce alle imprese farmaceutiche gli incentivi economici necessari ad effettuare gli investimenti in ricerca e sviluppo per la produzione di nuovi farmaci più efficaci e, dunque, stimola il progresso economico e scientifico.

15 V. LEVY, FTC in *Bureau of Economics Staff Report – The Pharmaceutical Industry: A Discussion of Competitive and Antitrust Issues in an Environment of Change*, marzo 1999, fornisce una stima secondo la quale il 65% delle specialità medicinali introdotte nel mercato americano nel 1999 non sarebbe stato mai commercializzato in assenza di protezione brevettuale.

16 L'Organizzazione Mondiale della Sanità definisce un prodotto generico come "*un prodotto farmaceutico, solitamente inteso per essere intercambiabile con un prodotto innovatore, fabbricato senza licenza dell'azienda innovatrice e commercializzato dopo la data di scadenza del brevetto o di altri diritti esclusivi*". Sul punto, A. CRISTANCHO, R. ANDIA, T. BARBOSA, T. et al., *Definition and Classification of Generic Drugs Across the World*, Apply Health Econ Health Policy, 2015.

17 Gli studi di bioequivalenza sono studi di farmacocinetica (dal greco kinesis, movimento, e pharmacon, medicinale) la cui finalità è quella di confrontare la biodisponibilità di due medicinali, ovvero la quantità di medicinale che passa nella circolazione sanguigna dopo somministrazione, in relazione alla velocità con cui questo avviene. In buona sostanza, essi sono diretti a dimostrare che, con la stessa dose, i profili di concentrazione nel sangue rispetto al tempo sono sovrapponibili e che è improbabile che tali concentrazioni possano produrre differenze rilevanti in termini di efficacia e sicurezza

quelli relativi all'efficacia. Il richiedente non può presentare studi di biodisponibilità se può dimostrare che il medicinale generico soddisfa i criteri pertinenti definiti nelle linee guida appropriate". La norma conferma, pertanto, che il prodotto generico può essere definito come la "copia perfetta" del medicinale originatore di riferimento.

Il farmaco generico, per la sua peculiarità di medicinale "essenzialmente simile" al prodotto originatore, presenta, quindi, una strategia di progettazione e di sviluppo diversa dal medicinale di riferimento in quanto, da un punto di vista prettamente economico, garantisce un risparmio alle aziende che lo producono. Quando, infatti, scade la durata della tutela brevettuale del farmaco originatore, decadono automaticamente tutti i "privilegi" derivanti dalla tutela della proprietà intellettuale sull'invenzione o scoperta della sostanza che, fino a quel momento, avevano consentito all'azienda proprietaria del marchio di vendere in esclusiva il farmaco e di trarne un consistente profitto in quanto monopolista.

La legge consente, quindi, una volta scaduta la copertura brevettuale, a coloro i quali posseggano i mezzi tecnologici e le strutture idonee, di riprodurre, fabbricare e vendere, previa autorizzazione dell'ente regolatore di riferimento, un medicinale la cui efficacia e sicurezza sono ormai consolidate e ben note, praticando prezzi inferiori rispetto a quelli del medicinale originatore. In questo senso, la *ratio* del legislatore è stata quella di assicurare l'accesso al farmaco ad un costo sostanzialmente inferiore a quello dei corrispondenti medicinali di riferimento, come conseguenza diretta della scadenza del brevetto sul principio attivo (o sui principi attivi) che compone il medicinale di riferimento, sempre nell'ottica di tutelare la salute collettiva sancita dall'art. 32 Cost., nonché garantire al contempo il contenimento della spesa sanitaria e più in generale l'equilibrio del bilancio di cui all'art. 81 Cost..

Il risparmio ottenuto tramite l'ingresso nel mercato dei generici può essere, infatti, reinvestito per la sperimentazione farmaci innovativi per la prevenzione e la cura di patologie croniche di grande rilevanza sociale, ovvero utilizzate per promuovere la ricerca no-profit dedicata alla sperimentazione sui c.d. farmaci orfani necessari per il trattamento delle malattie rare (c.d. Farmaci orfani).

In tale panorama, è quindi evidente, dal punto di vista concorrenziale, che le posizioni dei titolari di medicinali coperti dalla tutela brevettuale e dei titolari di medicinali generici siano naturalmente confliggenti tra di loro[18] e che, spesso, il titolare del brevetto sia disposto a ricorrere ad ogni possibile mezzo per aumentare la durata della copertura brevettuale del proprio prodotto o, ad ogni modo, ritardare il più possibile l'ingresso sul mercato dei relativi prodotti generici. Occorre pertanto bilanciare due opposti interessi: da una parte, l'esigenza di tutelare la proprietà industriale delle aziende titolari del

18 Per una puntuale analisi degli aspetti economici della competizione tra i titolari di medicinali coperti da tutela brevettuale e i titolari di medicinali generici si vedano FARASAT A.S. BOKHARI, F. MARIUZZO, A. POLANSKI, *Entry limiting agreements for pharmaceuticals: pay-for-delay and authorized generic deals* †. 10.13140/RG.2.1.3241.5606 (2016) e LEMUS, J., TEMNYALOV, E. *Pay-for-Delay with Follow-On Products*. Rev Ind Organ (2020). https://doi.org/10.1007/s11151-020-09750-6.

medicinale *originator*, dall'altra parte, l'interesse delle aziende produttrici di farmaci generici ad accedere al mercato farmaceutico immediatamente dopo la scadenza brevettuale.

È proprio in tale contesto che l'AIFA svolge un ruolo fondamentale, avendo la responsabilità di garantire che ogni farmaco immesso in commercio rispetti tutti i requisiti di qualità, sicurezza ed efficacia, garantendo al contempo l'equilibrio della spesa farmaceutica pubblica. In tale contesto, si rende necessario garantire anche la corretta applicazione delle norme della concorrenza attraverso un costante monitoraggio del mercato nel settore farmaceutico. Come noto, le pratiche anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese di settore con fini unicamente escludenti per l'ottenimento della tutela brevettuale, possono mettere a repentaglio l'accesso dei pazienti a medicinali essenziali innovativi e a prezzi contenuti.

In particolare, una serie di indagini condotte al livello europeo, hanno dimostrato come il settore farmaceutico si possa considerare uno tra quelli maggiormente sanzionati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("Agcm"), a causa del costante utilizzo di pratiche e accordi strategici che, se pur astrattamente leciti, si pongono in contrasto con la normativa dettata dal legislatore in materia diritti di privativa industriale e con la normativa antitrust. A tal proposito, la Commissione europea ha pubblicato la propria Relazione in merito all'*Applicazione delle norme sulla concorrenza nel settore farmaceutico* (2009-2017), con il fine di garantire e stimolare l'accesso a farmaci più economici. Dalla Relazione emerge come i prezzi elevati dei medicinali gravino pesantemente sul bilancio dei sistemi sanitari nazionali, in particolare per quanto riguarda la spesa per prodotti farmaceutici.

L'efficace concorrenza dei medicinali generici e, più di recente, dei medicinali biosimilari, generalmente rappresenta una fonte essenziale di concorrenza dei prezzi sui mercati farmaceutici, spingendoli fortemente al ribasso (per i farmaci generici, in media del 50 %). In questo modo, non solo i vecchi trattamenti diventano molto più accessibili, ma parte dei relativi risparmi può essere reindirizzata verso farmaci più nuovi e innovativi. Per attenuare l'impatto dei generici, che riducono notevolmente le entrate derivanti da farmaci commercialmente validi, le società produttrici di medicinali originali spesso mettono in atto strategie finalizzate a prolungare la vita commerciale dei loro vecchi farmaci (cfr. Relazione cit.).

Tra le condotte censurate dalla Commissione rientrano anche i c.d. accordi "*pay-for-delay*", come di seguito meglio specificati. In questo tipo di accordi, l'azienda titolare dei medicinali originali paga la società di medicinali generici affinché rinunci o rimandi la propria intenzione di entrare nel mercato. In questo modo, la società del farmaco generico ottiene una fetta della torta dell'azienda produttrice del medicinale originale derivante dai prezzi artificiosamente elevati.

Le autorità garanti della concorrenza hanno perseguito anche forme più classiche di comportamenti scorretti, come ad esempio cartelli in cui venivano manipolate le procedure

di gara o strategie per escludere i rivali dall'accesso a fattori produttivi essenziali o alla clientela, intervenendo contro i tentativi volti a ritardare indebitamente l'ingresso sul mercato dei medicinali generici, si contribuisce a far rispettare la fine del periodo di esclusiva di mercato dell'innovatore e quindi si induce un'ulteriore innovazione da parte delle società produttrici dei medicinali originali (cfr. Relazione cit.). Un esempio emblematico di come siano state indirizzate, soprattutto nel recente passato, le strategie dei titolari di farmaci coperti da brevetto per tutelare il più possibile il proprio prodotto dal rischio concorrenziale rappresentato dall'ingresso sul mercato del relativo medicinale generico è fornito dal caso AstraZeneca[19], a livello euro-unitario, e dal caso Ratiopharm/Pfizer[20], a livello nazionale.

Nel primo caso, la Corte di Giustizia ha confermato la decisione della Commissione Europea di sanzionare AstraZeneca per abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE. In particolare, era stato riconosciuto che la società, che rivestiva una posizione dominante sul mercato rilevante dei farmaci inibitori della pompa protonica, aveva attuato una serie di condotte finalizzate a prolungare illegittimamente il proprio diritto di privativa, in modo da bloccare l'ingresso dei farmaci generici equivalenti al farmaco di propria titolarità.

A tale scopo, AstraZeneca aveva rilasciato dichiarazioni ingannevoli e mendaci nei confronti diversi Uffici brevettuali nazionali al fine di ottenere i Certificati di protezione complementare (CCP) per il medicinale di propria titolarità anche in assenza dei presupposti per il loro rilascio.

Nel secondo caso, invece, il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso in appello proposto dall' Agcm avverso la sentenza del Tar del Lazio, sez. I, 20 giugno 2012, n. 7467 che aveva annullato il provvedimento dell'Autorità antitrust con cui le società del gruppo Pfizer erano state condannate al pagamento di una significativa sanzione pecuniaria per abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE.

Nello specifico, l'Agcm aveva accertato l'esistenza di una strategia unica e complessa attuata dal gruppo Pfizer al fine di prolungare, illegittimamente, la durata della protezione brevettuale in Italia di un farmaco di propria titolarità, al fine di allinearla a quella in vigore negli altri Paesi europei e ritardare così l'ingresso dei genericisti anche nel mercato rilevante nazionale.

Emerge come, in passato, i titolari di farmaci coperti da tutela brevettuale abbiano attuato condotte, spesso ritenute poi violative dell'art. 102 TFUE, finalizzate per lo più ad estendere la copertura brevettuale.

Come anticipato, sembra invece che ora le nuove strategie dei titolari di prodotti brevettati si stiano muovendo in un'altra direzione rappresentata dalla sottoscrizione di cd. "accordi *pay-for-delay*", attraverso i quali le imprese che commercializzano i medicinali di riferimento che godono di tutela brevettuale preferiscono trovare un accordo finanziario

19 Corte di Giustizia, 6 dicembre 2012, Caso C-457/10P, AstraZeneca c. Commissione.
20 Cons. di Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693.

con i titolari dei prodotti generici, al fine di scongiurarne l'ingresso sul mercato e mantenere la propria posizione dominante[21].

Sul punto, giova evidenziare che la concorrenza nel settore farmaceutico viene particolarmente incisa dal differimento dell'ingresso sul mercato della versione generica di un farmaco originario: tale differimento, o finanche il mancato ingresso sul mercato, comporta infatti per il titolare del farmaco originatore il mantenimento di un prezzo di monopolio sul mercato di riferimento con conseguenze economiche rilevanti sia per il consumatore finale che per gli enti sanitari che acquistano e somministrano il prodotto ai pazienti. Al fine di tutelare al concorrenza nel settore dei farmaci, garantendone l'accesso a tutti i consociati, recentemente la Commissione ha adottato una Comunicazione avente ad oggetto il "*Quadro temporaneo per la valutazione delle questioni in materia di antitrust relative alla cooperazione tra imprese volta a rispondere alle situazioni di emergenza causate dall'attuale pandemia di Covid-19*"(2020/C 116 I/02), rappresentando così l'impatto del Covid-19 sull'economia e le possibili implicazioni a livello di norme antitrust anche nel settore dei farmaci, illustrando al contempo i principali criteri per la valutazione della compatibilità con le norme antitrust dei progetti di cooperazione tra imprese volti a far fronte alla carenza di prodotti e servizi essenziali durante la pandemia di Covid-19.

In particolare, la Comunicazione riguarda la possibilità di ammettere forme di cooperazione tra imprese, compatibilmente con quanto stabilito ai sensi dell'art. 101 TFUE, al fine di garantire la fornitura e l'adeguata distribuzione di prodotti e servizi essenziali, attualmente insufficienti, durante la pandemia di Covid-19, ponendo così rimedio alla carenza di tali prodotti e servizi essenziali, che deriva in primo luogo dalla crescita esponenzialmente rapida della domanda. Ciò comprende, in particolare, le medicine e le attrezzature mediche, utilizzate per testare e trattare i pazienti affetti da Covid-19 o che sono necessarie per circoscrivere la pandemia e possibilmente sconfiggerla.

In tale contesto, la cooperazione tra imprese e associazioni di categoria nel settore sanitario potrebbe essere necessaria per affrontare situazioni emergenza connesse all'attuale pandemia, soprattutto alla luce del rischio di carenza di medicinali per uso ospedaliero fondamentali per curare i pazienti affetti da Covid-19.

4. Diritto di proprietà industriale e diritto di accesso alle cure farmaceutiche alla luce dell'attuale emergenza sanitaria da Covid-19.

Un ultimo aspetto che merita di essere analizzato è relativo alla necessità di un contemperamento tra le ragioni legate alla tutela brevettuale e la tutela del diritto di accesso alle cure farmaceutiche, al fine di comprendere in quale misura la protezione

21 Si veda, in quest'ottica, il caso GlaxoSmithKline c/Generics e altri (caso C-307/2018) e la recente sentenza emessa sul punto della Corte di Giustizia dell'Unione Europea il 30 gennaio 2020. Per approfondimenti A. PAOLETTI, *Corte di Giustizia Europea e concorrenza in ambito farmaceutico. Gli accordi pay-for-delay. Nota a sentenza Corte di Giustizia Europea, 30 gennaio 2020 (C-307/2018)*, Fedaralismi.it, Osservatorio di diritto sanitario, n. 30/2020.

brevettuale possa rischiare, in taluni casi, di ripercuotersi negativamente sulla distribuzione dei medicinali in via generale ma soprattutto, in particolare, alle popolazioni dei paesi in via di sviluppo.

L'argomento è di evidente attualità anche in ragione delle recenti discussioni internazionali legate all'approvvigionamento dei vaccini per la cura della sindrome respiratoria acuta grave Coronavirus-2 (SARS-CoV-2), meglio noto come Covid-19.

In via generale, si evidenzia che l'art. 15 del Patto internazionale di New York relativo ai diritti economici, sociali e culturali, concluso a New York il 16 dicembre 1966, riconosce il diritto di ciascun individuo di "*godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni*" e, allo stesso tempo, il diritto di "*godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore*"[22]. La sopra citata necessità di contemperamento tra la protezione del diritto di autore e la garanzia dell'accesso generalizzato al progresso scientifico è ancor più evidente dalla lettura del secondo comma dell'art. 15 del Patto suddetto, nella parte in cui dispone che *"le misure che gli Stati parti del presente Patto dovranno prendere per conseguire la piena attuazione di questo diritto comprenderanno quelle necessarie per il mantenimento, lo sviluppo e la diffusione della scienza e della cultura"*.

Tale esigenza si ritrova anche nell'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, meglio noto come Accordo sui TRIPS[23] [24].

Tale accordo costituisce un allegato al più generale accordo, sottoscritto il 14 aprile 1995 a Marrakech, che ha istituito l'Organizzazione Mondiale del Commercio – OMC (World Trade Organization – WTO).

In particolare, l'accordo in esame ha previsto l'applicabilità in materia di proprietà intellettuale dei principi fondamentali del GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) del

22 La formulazione dell'articolo ricalca fedelmente l'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948, alla cui stregua: "*1. Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici. 2. Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore*". Sempre in questa direzione, nell'aprile 2020, un Comitato di esperti presso le Nazioni Unite ha adottato un "Commento generale sulla scienza" per meglio specificare i presupposti di questo diritto, l'obbligo degli Stati di garantirlo, e il ruolo che la società civile può svolgere nell'impresa scientifica. In tale Commento si precisa, altresì, che tutti i paesi devono elaborare piani nazionali per la scienza, investire nella ricerca e promuovere l'istruzione scientifica sin dalla tenera età.

23 Il testo si articola in sette parti, che riguardano, rispettivamente, disposizioni e principi fondamentali (parte I, artt. 1-8), le norme relative all'esistenza, l'estensione e l'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale (parte II, artt. 9-40), i mezzi e le procedure per la loro tutela (parte III, artt. 41-61), l'acquisizione e il loro mantenimento (parte IV, art. 62), la prevenzione e il regolamento delle controversie (parte V, artt. 63-64), disposizioni transitorie (parte VI artt. 68-72). In particolare, rileva l'art. 13, ai sensi del quale "*I Membri possono imporre limitazioni o eccezioni ai diritti esclusivi soltanto in taluni casi speciali che non siano in conflitto con un normale sfruttamento dell'opera e non comportino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare"*. L'articolo 31 dell'Accordo Trips concede inoltre agli Stati Membri la possibilità di prevedere con legge "altri usi" dell'oggetto di un brevetto sottratti al monopolio. In Italia, la licenza obbligatoria è stata disciplinata dagli articoli 70-74 del Codice della Proprietà Industriale (C.p.i.), che verranno esaminato nel proseguo del presente Paragrafo.

24 Per approfondimenti si veda XIONG, P. *An International Law Perspective on the Protection of Human Rights in the TRIPS Agreement: An Interpretation of the TRIPS Agreement in Relation to the Right to Health*. Leiden: Brill | Nijhoff, 2012. ISBN 9789004211971.

1994 e dei pertinenti accordi o convenzioni internazionali, andando a riunire in un unico riferimento normativo la materia della proprietà industriale (già disciplinata dalla Convenzione di Parigi per la Protezione della Proprietà Industriale del 1883) nonché quella attinente al diritto d'autore (già disciplinata dalla Convenzione di Berna per la Protezione delle Opere Letterarie ed Artistiche del 1886).

In ambito farmaceutico, rileva inoltre la Dichiarazione sull'Accordo TRIPS e la salute pubblica, adottata a Doha nel 2001 durante la quarta Conferenza ministeriale dell'OMC[25]. Tale dichiarazione, infatti, ha ribadito la libertà dei Paesi dell'OMC di adottare misure idonee a salvaguardare la salute pubblica e, per tale finalità, autorizza a interpretare e applicare l'Accordo TRIPS in modo da promuovere l'accesso ai farmaci per tutti, anche, ove necessario, ponendo limitazioni ai diritti conferiti dai brevetti[26].

Il 30 agosto 2003, il Consiglio Generale dell'OMC ha adottato una decisione sull'attuazione del paragrafo 6 della dichiarazione di Doha sull'accordo TRIPS e la salute pubblica, nella quale vengono previste deroghe a taluni obblighi concernenti la concessione di licenze obbligatorie stabiliti nell'accordo TRIPS al fine di rispondere alle esigenze dei membri dell'OMC con capacità di fabbricazione insufficienti[27].

Anche in ambito europeo si è avvertita la necessità di promuovere il trasferimento della tecnologia in paesi in cui la capacità di fabbricazione nel settore farmaceutico risultano insufficienti o inesistenti, garantendo così in questi paesi l'accesso al farmaco e alle cure sanitarie[28].

---

25 WTO, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, November 20, 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, in www.wto.org

26 Si vedano, in particolare, i paragrafi da 4 a 6 della Dichiarazione: *"4. L'accordo TRIPS non impedisce e non deve impedire ai membri di adottare misure per proteggere la salute pubblica. Di conseguenza, pur ribadendo il nostro impegno per l'accordo TRIPS, affermiamo che l'accordo può e deve essere interpretato e attuato in modo favorevole all'OMC Diritto dei membri di proteggere la salute pubblica e, in particolare, di promuovere l'accesso ai medicinali per tutti. A questo proposito, riaffermiamo il diritto dei membri dell'OMC di utilizzare appieno le disposizioni dell'accordo TRIPS, che forniscono flessibilità a tal fine. 5. Di conseguenza e alla luce del paragrafo 4 di cui sopra, pur mantenendo i nostri impegni nell'accordo TRIPS, riconosciamo che queste flessibilità includono: (a) Nell'applicazione delle regole di interpretazione consuetudinarie del diritto internazionale pubblico, ciascuna disposizione dell'Accordo TRIPS deve essere letta alla luce dell'oggetto e dello scopo dell'Accordo espresso, in particolare, nei suoi obiettivi e principi. (b) Ogni Membro ha il diritto di concedere licenze obbligatorie e la libertà di determinare i motivi per i quali tali licenze sono concesse. (c) Ogni Membro ha il diritto di determinare cosa costituisce un'emergenza nazionale o altre circostanze di estrema urgenza, fermo restando che le crisi di salute pubblica, comprese quelle relative a HIV / AIDS, tubercolosi, malaria e altre epidemie, possono rappresentare un'emergenza nazionale o altre circostanze di estrema urgenza. (d) L'effetto delle disposizioni dell'Accordo TRIPS che sono rilevanti per l'esaurimento dei diritti di proprietà intellettuale è di lasciare ogni Membro libero di stabilire il proprio regime per tale esaurimento senza contestazioni, fatte salve le disposizioni della MFN e del trattamento nazionale di cui agli articoli 3 e 4. 6. Riconosciamo che i membri dell'OMC con capacità di produzione insufficienti o inesistenti nel settore farmaceutico potrebbero incontrare difficoltà nel fare un uso efficace delle licenze obbligatorie ai sensi dell'accordo TRIPS. Incarichiamo il Consiglio per il TRIPS di trovare una rapida soluzione a questo problema e di riferire al Consiglio Generale entro la fine del 2002 "*.

27 Testo integrale consultabile tramite il seguente link: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.htm.

28 In merito al diritto di assistenza sanitaria rileva anche l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ai sensi del quale "*Ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana*".

Con l'intento di prevedere una disciplina uniforme in materia di licenze obbligatorie, è stato, pertanto, adottato il Regolamento n. 816/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, recante un procedura di concessione di licenze obbligatorie per brevetti e certificati complementari di protezione concernenti la fabbricazione e la vendita di prodotti farmaceutici, se questi prodotti sono destinati all'esportazione verso paesi importatori ammissibili che ne hanno bisogno per affrontare problemi di salute pubblica. Il Regolamento in esame si inscrive in una più ampia azione europea e internazionale volta a porre rimedio ai problemi di salute pubblica riscontrati nei paesi meno avanzati e in altri paesi in via di sviluppo, e intende in particolare migliorare l'accesso a medicinali a prezzi abbordabili, garantendo al contempo la sicurezza e l'efficacia dei farmaci in commercio.

Nel contesto della disciplina in esame, si precisa, altresì che il sistema di licenze obbligatorie disciplinato dal Regolamento deve essere applicato in buona fede, essendo preclusa la sua applicazione per "*perseguire obiettivi di politica industriale o commerciale*" (cfr. Considerando 6, Reg. cit.).

Le ragioni per cui le sopra richiamate esigenze di contemperamento sono state da più parti avvertite come sempre più forti e non ulteriormente rinviabili vanno rinvenute nel fatto che, soprattutto nei paesi più poveri, a seguito dell'applicazione generalizzata delle leggi di mercato e della protezione dei diritti di proprietà intellettuale in ambito farmaceutico, la gran parte della popolazione rimaneva esclusa dalla possibilità di accedere ai servizi sanitari e ai farmaci.

La Dichiarazione di Doha, al fine di scongiurare una lettura restrittiva dei TRIPS da parte dei paesi più sviluppati con conseguenti possibili ricadute sul prezzo dei farmaci, ha a tal fine chiarito che i suddetti accordi dovevano necessariamente essere interpretati alla luce della generale finalità di promuovere l'accesso ai farmaci per tutti. In particolare, è stato introdotto il principio della flessibilità della normativa sui brevetti relativi alla salute, al fine di fronteggiare situazioni di emergenza nazionale o di estrema gravità come quelle provocate dalle crisi sanitarie[29].

A tale scopo, viene stabilito che una nazione possa liberalizzare l'uso di farmaci protetti da brevetto concordando con il produttore una "*royalty* ragionevole". [30]

Anche questa soluzione, tuttavia, non si è dimostrata del tutto efficace tanto che l'Assemblea dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), nell'ambito di una generalizzata riflessione sulle relazioni tra salute pubblica, innovazione e proprietà intellettuale, ha in più occasioni tentato di promuovere una strategia globale per affrontare le criticità legate alle malattie che colpiscono maggiormente i paesi poveri e le difficoltà legate alle reali possibilità per tali paesi di accedere alle cure già individuate.

29 Nel documento si fa esplicito riferimento alle crisi determinate dalla pandemia di HIV/AIDS, dalla tubercolosi, dalla malaria e da altri tipi di epidemia.

30 Come riportato da A. GOLINI (a cura di), *Il futuro della popolazione nel mondo*, Bologna, Il Mulino, 2009 (ed. digit.: 2009, doi: 10.978.8815/143273, Viviana EGIDI: *Popolazione e tecnologia: opportunità e sfide per la salute*, pp. 95-117, doi capitolo: 10.1401/9788815143273/c3) "*negli anni recenti, facendo riferimento a questo accordo, un certo numero di paesi ha liberalizzato l'uso delle medicine necessarie per il trattamento dell'HIV/AIDS. La Malaysia ha adottato una royalty del 4%, il Mozambico del 2%, lo Zambia del 2,5% e l'Indonesia è arrivata a una royalty dello 0,5%*".

Un passo in avanti in questo senso è stato certamente rappresentato dall'istituzione di un gruppo di lavoro intergovernativo (*l'Intergovernmental Working Group on Public Health*, IGWG) con l'incarico di sviluppare un piano di azione comune tra paesi ricchi e paesi poveri. Sottoposto all'Assemblea dell'OMS nel 2008 ha tuttavia lasciato numerose criticità irrisolte.

In questo senso si richiama il noto caso del *Medical Act* del 12 dicembre 1997 con cui il governo Sudafricano sospese la tutela della proprietà intellettuale sui farmaci antiretrovirali, necessari per la cura dell'HIV/AIDS[31], consentendo così la produzione domestica di tali medicinali e garantendo alla popolazione una possibilità di cura altrimenti impossibile per via dell'elevato costo di tali medicinali che il governo nazionale non poteva sostenere[32].

E' noto, tuttavia, che a fronte di tale scelta "politica" la reazione delle aziende farmaceutiche fu quella di intentare una massiva compagna di azioni legali che, di fatto, bloccarono l'applicazione della legge. Non di meno, le aziende furono comunque costrette a desistere dalla prosecuzione delle azioni legali intraprese dinnanzi alle uniformi prese di posizione internazionali a favore del governo Sudafricano.

E' evidente, in via generale, che la scelta di sospendere la tutela brevettuale possa rischiare di provocare forti pressioni e ritorsioni da parte delle industrie farmaceutiche e dei governi dei paesi ricchi, nonché l'emergere di accordi (i cd. accordi TRIPS-plus) bilaterali tra paesi ricchi e paesi poveri, che tendono a vanificare gli elementi di flessibilità già introdotti negli accordi TRIPS.

Venendo ai giorni nostri e alla grave situazione socio sanitaria collegata alla diffusione del virus Covid-19, ci si è da più parti interrogati se sia giusto mantenere privato il brevetto dei vaccini per la cura di tale patologia o se non sarebbe più etico, nonché socialmente utile, liberalizzare tali brevetti al fine di consentire a tutti i paesi di provvedere al proprio fabbisogno tramite una produzione nazionale.

Come noto, la tutela brevettuale rappresenta un incentivo fondamentale affinché le imprese investano nell'innovazione e producano nuovi medicinali e dispositivi medici, allo stesso tempo però si rileva che l'effetto preclusivo dei brevetti può comportare un approvvigionamento limitato sul mercato e un accesso ridotto a medicinali e prodotti farmaceutici.

L'attuale situazione epidemiologica da COVID-19 rende necessario trovare, pertanto, un equilibrio tra la promozione dell'innovazione, mediante l'effetto preclusivo dei brevetti e la garanzia dell'accesso ai medicinali per la tutela della salute dei cittadini.[33]

31 Nel 1997 si contavano nel paese circa 3 milioni di persone infettate da HIV/AIDS e almeno 100 mila morti l'anno.

32 Si trattava, infatti, di terapie che potevano costare fino a 10 mila dollari mentre in Sudafrica la spesa sanitaria annua pro capite si aggirava attorno ai 10 dollari.

33 Già il 2 ottobre 2020, i Governi di India e Sudafrica hanno inviato all'Organizzazione mondiale del commercio una proposta congiunta con cui chiedono una deroga ai brevetti e agli altri diritti di proprietà intellettuale in relazione a farmaci, vaccini, diagnostici, dispositivi di protezione personale e alle altre tecnologie medicali per tutta la durata della pandemia.

E' evidente, infatti, che la liberalizzazione dei brevetti e il loro utilizzo come bene pubblico comporterebbe una produzione vaccinale su larga scala in tempi molto più rapidi che metterebbe i paesi in sicurezza e garantirebbe l'accesso anche ai paesi in via di sviluppo che, in questa fase della gestione della pandemia, sembrano essere stati completamente dimenticati[3435].

Dovrebbe invece essere ormai palese che, in assenza di politiche sanitarie globali che coinvolgano l'intera popolazione mondiale, le concrete possibilità se non di una totale eradicazione, quanto meno di un efficace controllo di tale patologia, sono molto difficili se non impossibili da raggiungere. Ma anche a voler omettere considerazioni di carattere etico o di stampo più prettamente scientifico, vi è un'ulteriore considerazione che merita di essere svolta.

I costi per la ricerca e lo sviluppo dei vaccini per la cura del Covid-19 non sono ricaduti interamente sulle spalle delle aziende farmaceutiche titolari dei medesimi, in quanto le spese di tali sperimentazioni sono state sovvenzionate con importanti investimenti pubblici, sia tramite fondi per la ricerca sia tramite accordi di acquisto "preventivo" di dosi in fasi in cui le sperimentazioni erano ancora in corso, in modo tale che lo Stato investitore si è assunto un vero e proprio rischio di impresa sull'effettiva conclusione positiva delle sperimentazioni e sulla reale efficacia del prodotto finale.

Non può non cogliersi l'evidente squilibrio di un rischio di sviluppo del prodotto che è stato "socializzato" ricadendo, in buona parte, sugli stati nazionali o sulle confederazioni di stati (come ad esempio, l'Unione Europea) a fronte di un profitto che è rimasto privato, ossia interamente a vantaggio delle aziende che commercializzano il vaccino e vi detengono un brevetto in grado di escludere altri, finanche gli stessi Stati che ne hanno contribuito allo sviluppo, dalla produzione[36].

In quest'ottica, una soluzione potrebbe essere offerta dal ricorso alle cd. "licenze obbligatorie"[37] ossia la possibilità di "costringere" il titolare del brevetto a concedere a terzi

34 Si precisa, ad ogni modo, che il Parlamento Europeo ha presentato nel luglio 2020 una proposta di risoluzione in cui "*chiede che l'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPS) sia riformato in modo che i paesi del Sud del mondo possano beneficiare di un accesso equo e a costi accessibili alle tecnologie e ai medicinali di cui hanno bisogno i loro cittadini; chiede che i medicinali per la salute pubblica siano esenti dal sistema dei brevetti al fine di garantire che i paesi poveri abbiano il diritto giuridico di produrre e importare versioni generiche di medicinali salvavita*" (testo integrale consultabile tramite il link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0216_IT.html).

35 In data 2 dicembre 2020, è stata approvata, in Assemblea alla Camera dei deputati, la risoluzione di maggioranza n. 6-00158 che ha impegnato il Governo pro tempore, tra gli altri compiti, ad adoperarsi in seno all'Unione europea affinché l'Organizzazione mondiale del commercio deroghi per i vaccini anti COVID-19 al regime ordinario dell'Accordo TRIPS sui brevetti o su altri diritti di proprietà intellettuale, per garantire l'accesso gratuito e universale ai vaccini.

36 Sul punto, si precisa che i 50 Paesi più ricchi hanno acquistato il 60 per cento delle dosi disponibili di Pfizer, Moderna e AstraZeneca e, nonostante i finanziamenti per i vaccini anti COVID-19 siano pubblici, i brevetti per la loro produzione sono rimasti privati.

37 Germania, Israele, Ecuador, Brasile e Cile si stanno orientando verso licenze obbligatorie per i brevetti legati alla gestione del Covid-19, mentre Regno Unito e Canada hanno previsto la depenalizzazione dello sfruttamento dei brevetti

la licenza d'uso del brevetto nei casi in cui vi sia il rischio di una lesione degli interessi collettivi dovuta alla mancata o insufficiente implementazione dell'invenzione.

Nel sistema brevettuale italiano tale ipotesi è disciplinata dall'art. 70 c.p.i. che prevede la possibilità di ricorrere a licenze obbligatorie a fronte della mancata o insufficiente attuazione dell'invenzione da parte del titolare del brevetto, nei casi in cui essa rischi di ingenerare una "*grave sproporzione con i bisogni del paese*"[38].

Tuttavia, la disposizione stabilisce che, per poter ricorrere alla licenza obbligatoria, occorre che la mancata o insufficiente attuazione dell'invenzione perduri per un periodo di tempo superiore a 3 anni.

Ciò pone in dubbio la sua concreta applicabilità nell'attuale situazione pandemica (anche tenuto conto del fatto che licenza deve in ogni caso essere richiesta secondo l'ordinaria procedura all'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi).

A livello nazionale, un'altra possibilità potrebbe essere il ricorso alla procedura di espropriazione del brevetto nell'interesse della difesa militare del paese o per altre ragioni di pubblica utilità ai sensi dell'art. 141 c.p.i. ma, anche in tale ipotesi, non è chiaro se la fattispecie pandemica possa giustificare il ricorso ad un simile strumento il cui impatto è evidentemente molto forte[39].

L'espropriazione, ai sensi del sopra citato Codice della proprietà industriale, è disposta con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro competente, di concerto con i Ministri dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, sentito il Consiglio dei ministri, e nel decreto di espropriazione è fissata l'indennità spettante al titolare del diritto di proprietà industriale.

In questo senso, l'implementazione del codice della proprietà intellettuale potrebbe essere una strada percorribile e doverosa al fine di autorizzare, temporaneamente, la concessione di licenze obbligatorie in caso di emergenze sanitarie nazionali, in modo da consentire la produzione di medicinali e dispositivi medici considerati indispensabili per il benessere e la salute dei cittadini.

---

legati al Covid-19.

38 In particolare, il primo comma della norma citata così stabilisce: "*Trascorsi tre anni dalla data di rilascio del brevetto o quattro anni dalla data di deposito della domanda se questo termine scade successivamente al precedente, qualora il titolare del brevetto o il suo avente causa, direttamente o a mezzo di uno o piu' licenziatari, non abbia attuato l'invenzione brevettata, producendo nel territorio dello Stato o importando oggetti prodotti in uno Stato membro della Unione europea o dello Spazio economico europeo ovvero in uno Stato membro dell'Organizzazione mondiale del commercio, ovvero l'abbia attuata in misura tale da risultare in grave sproporzione con i bisogni del Paese, può essere concessa licenza obbligatoria per l'uso non esclusivo dell'invenzione medesima, a favore di ogni interessato che ne faccia richiesta (...)*".

39 In particolare, la norma in esame stabilisce che "*Con esclusione dei diritti sui marchi, i diritti di proprietà industriale, ancorché in corso di registrazione o di brevettazione, possono essere espropriati dallo Stato nell'interesse della difesa militare del Paese o per altre ragioni di pubblica utilità. L'espropriazione può essere limitata al diritto di uso per i bisogni dello Stato, fatte salve le previsioni in materia di licenze obbligatorie in quanto compatibili. Con l'espropriazione anzidetta, quando sia effettuata nell'interesse della difesa militare del Paese e riguardi titoli di proprietà industriale di titolari italiani, è trasferito all'amministrazione espropriante anche il diritto di chiedere titoli di proprietà industriale all'estero*".

Sarebbe auspicabile, tuttavia, l'intervento del legislatore affinché la licenza obbligatoria per i medicinali possa essere concessa su proposta del Ministro della salute, mediante definizione dei medicinali ritenuti essenziali da parte dell'Agenzia italiana del farmaco, sentito il titolare dei diritti di proprietà intellettuale, ovvero mediante definizione dei dispositivi medici ritenuti essenziali da parte dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, sentito il titolare dei diritti di proprietà intellettuale.

Uno spunto di riflessione può forse essere fornito anche dalla giurisprudenza che, in un caso relativo alla durata dei certificati complementari, ha affermato che l'art. 41 della Costituzione "*non è, però, un diritto assoluto della personalità e sconta, quindi, i limiti che la Costituzione stessa, anche mercé l'attuazione che di volta in volta ne dà il legislatore ordinario e negli ovvi limiti della ragionevolezza e dell'uguaglianza sostanziale dei cittadini, impone per esigenze sociali. In linea di principio, l'efficienza economica, connessa alla stabilità di rapporti e traffici giuridici (specie per quelli di durata) è sì un valore protetto, ma non gerarchicamente prevalente rispetto ad altri bisogni sociali. Invero, la disciplina dell'economia, che la Costituzione vuole dettata dal legislatore ordinario, dev'essere non solo ispirata all'intento di perseguire scopi immediatamente economici (aumento della produzione, equilibrio finanziario, ecc.), ma anche guidata dalla necessità d'attivare e favorire il processo di trasformazione sociale, le cui grandi linee sono tracciate dall'art. 3, secondo comma*" (cfr. Tar Lazio, sez. III, 30 settembre 2003, n. 7858).

Risulta quindi evidente che la soluzione più efficace, non solo per vincere la sfida legata alla cura della pandemia da Covid-19 ma anche, e più in generale, per trovare un punto di equilibrio tra la tutela degli investimenti compiuti dalle imprese farmaceutiche in ricerca e sviluppo - in modo che in futuro la ricerca possa continuare anche ad attrarre capitali privati e raggiungere nuovi importanti traguardi - e il diritto di accesso agevolato alle cure e ai vaccini per tutti i paesi del mondo, non possa che passare attraverso una soluzione comune a livello internazionale e non da politiche nazionali a se' stanti e tra di loro non coordinate[40].

40 Sul punto, si fa presente che, nella seduta n. 474 del 24 marzo 2021, la Camera ha adottato la mozione concernente "*iniziative volte a implementare la produzione e la distribuzione di vaccini anti covid-19, anche attraverso l'autorizzazione temporanea della concessione di licenze obbligatorie*", impegnando il Governo: "*1) ad intraprendere, in seno alle competenti sedi decisionali europee, ogni possibile iniziativa al fine di promuovere e sollecitare la necessità di iscrivere il regime di licenze obbligatorie all'interno di un'azione più ampia dell'Unione europea per affrontare la questione dell'accesso ai medicinali, in conformità all'approccio comune e alla strategia globale dell'Unione europea nella lotta al COVID-19; 2) a farsi promotore, in sede europea, di proposte di modifica riguardo ai termini e alle condizioni sulle restrizioni derivanti dai diritti di proprietà intellettuale, compresi i brevetti, affinché non rappresentino, in una situazione di pandemia e di difficoltà economica, un ostacolo all'accessibilità e alla distribuzione diffusa di qualsiasi futuro vaccino o trattamento contro il COVID-19, consentendo così la massima condivisione possibile di conoscenze, proprietà intellettuale e dati relativi alle tecnologie sanitarie, a beneficio di tutti i Paesi e di tutti i cittadini; 3) a disciplinare nell'ordinamento italiano, nella prima iniziativa normativa utile e in maniera compiuta, la licenza obbligatoria normata dall'Organizzazione mondiale del commercio, al fine di consentire al nostro Paese di superare con celerità la tutela brevettuale dinanzi a circostanze eccezionali, com'è il caso della pandemia COVID-19, garantendo che siano esplicitati i termini temporali e geografici di suddetta sospensione della licenza brevettuale; 4) ad avviare – tramite il Ministero della salute, coadiuvato da Agenzia italiana del farmaco e d'intesa con le regioni – una ricerca di stabilimenti produttivi per la produzione di vaccini contro il COVID-19 nel territorio italiano; 5) a valutare l'opportunità, nella prima iniziativa utile, anche attraverso un investimento pubblico strategico, di rafforzare la capacità produttiva e tecnologica delle aziende presenti sul territorio italiano nell'ottica di garantire, nel più breve tempo possibile, la produzione di mRna per i vaccini nonché dei medicinali e dei dispositivi*

5. Considerazioni conclusive e proposte future alla luce del *Global health summit* 2021.

In questa direzione si stanno effettivamente orientando i principali leader mondiali. L'amministrazione Biden all'inizio di maggio si è infatti unita a India, Sud Africa e molti altri paesi in via di sviluppo nel chiedere una sospensione temporanea ai brevetti per i vaccini Covid-19, nell'ottica di un aumento della produzione e al fine di consentire una più equa distribuzione delle dosi di vaccino in tutto il mondo.

Ma l'Unione Europea e altri paesi produttori di vaccini hanno sollevato dubbi sulla sospensione delle coperture brevettuali, affermando che la rimozione delle restrizioni alle esportazioni statunitensi sulle materie prime dei vaccini, il trasferimento di *know-how* e la cooperazione volontaria tra i produttori di vaccini garantirebbero un aumento molto più rapido della produzione globale.

L'agenzia stampa Reuters[41] ha annunciato di aver visionato una bozza di risoluzione che è stata discussa il 21 maggio 2021 al *Global health summit* di Roma, un evento speciale della Presidenza G20, organizzato dall'Italia in partnership con la Commissione europea e presieduto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, Mario Draghi, e dalla Presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen[42].

In particolare, il Premier italiano ha manifestato la necessità di "*vaccinare tutti, ovunque, adesso*": rafforzare la cooperazione in campo farmaceutico è l'unico modo per "*superare i confini*" e rimediare alle ingiustizie e iniquità dei momenti più difficili della pandemia[43].

Sembra che i leader dei 20 Paesi più avanzati abbiano proposto una risoluzione secondo cui sarebbe preferibile un "*patent pool*" anziché la licenza obbligatoria.

La bozza, che è ancora soggetta a modifiche, è evidentemente il risultato della ricerca di un compromesso tra esperti dei paesi del G20 che rimangono divisi sulla possibilità di una rinuncia ai diritti di proprietà intellettuale per i vaccini Covid-19.

Il "*pooling* dei brevetti" proposto è una misura meno radicale della sospensione della copertura brevettuale pensata per incoraggiare la condivisione dei brevetti.

Si tratterebbe di far sì che i produttori di farmaci decidano volontariamente di condividere le licenze per la produzione dei loro prodotti nei paesi in via di sviluppo.

---

medici ritenuti essenziali da parte dell'Agenzia italiana del farmaco, anche attraverso un adeguamento degli impianti esistenti".

41 Sul punto, per un'analisi della problematica clicca sul seguente link: https://www.reuters.com/business/healthcare-pharmaceuticals/exclusive-g20-snubs-covid-patent-waiver-waters-down-pledge-whos-funding-draft-2021-05-18/

42 In particolare, il Summit ha avuto ad oggetto (i) il Coronavirus Global Response, la maratona di donazioni che lo scorso anno ha raccolto quasi 16 miliardi di euro da donatori di tutto il mondo per l'accesso universale a trattamenti, test e vaccini contro il coronavirus (ii) l'attuale lavoro delle istituzioni e dei consessi multilaterali, tra cui l'Organizzazione Mondiale della Sanità e i Regolamenti Sanitari internazionali; (iii) altre iniziative e processi in materia di salute, compresi quelli che si svolgono nell'ambito del G20 e del G7.

43 Per consultare gli interventi del Presidente Mario Draghi e degli altri partecipanti si veda il seguente link: https://www.governo.it/it/articolo/gli-interventi-del-presidente-draghi-al-global-health-summit/16924.

Tuttavia, non manca chi considera anche questa opzione come una mossa "ostile" nei confronti delle aziende farmaceutiche, seppure certamente molto meno estrema dell'ipotesi della sospensione dei brevetti.

La bozza sembra dare un duro colpo all'OMS e al suo piano per accelerare la distribuzione di vaccini, farmaci e test Covid-19 in tutto il mondo in quanto, sebbene i leader globali abbiano formalmente affermato il loro sostegno al programma, noto come ACT Accelerator, di fatto si sono finora astenuti dall'impegnarsi chiaramente a finanziarlo, con buona pace degli impegni inizialmente assunti per garantire, per la prima volta, un "finanziamento equo e completo" del programma.

Ancora una volta, quindi, citando le parole del capo dell'OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, pronunciate nel corso di un evento virtuale del Forum della pace di Parigi, "*il grosso problema è la mancanza di condivisione. Quindi la soluzione è più condivisione*".

Nella stessa direzione si è espresso anche il Comitato ONU per i diritti economici, sociali e culturali, il quale ha richiesto agli Stati un rafforzato dovere di cooperazione internazionale in campo scientifico, precisando come questa cooperazione internazionale debba ormai considerarsi essenziale anche a causa dell'esistenza di profonde disparità internazionali tra i paesi nel campo della scienza e della tecnologia. Gli Stati maggiormente sviluppati dovrebbero, pertanto, contribuire allo sviluppo della scienza e della tecnologia nei paesi in via di sviluppo, adottando misure per raggiungere questo scopo, come assegnare aiuti allo sviluppo e fondi alla costruzione e al miglioramento dell'educazione scientifica, la ricerca e la formazione nei paesi in via di sviluppo, promuovere la collaborazione tra le comunità scientifiche dei paesi sviluppati e in via di sviluppo per soddisfare le esigenze di tutti i paesi e facilitare i loro progressi nel rispetto delle normative nazionali (cfr. Commento Generale sulla scienza, novembre 2020).

Del resto, le pandemie sono un esempio cruciale di come la cooperazione scientifica internazionale, soprattutto in campo medico, sia imprescindibile per affrontare la diffusione di virus e agenti patogeni che non conoscono confini, imponendo agli Stati una maggiore collaborazione nella consapevolezza che le soluzioni nazionali non saranno mai sufficienti a tutelare la salute collettiva.

SILENZIO ASSENSO E PROCEDIMENTI DI AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA TRA GIUDICE DELLE LEGGI E GIUDICE AMMINISTRATIVO.

Giuseppe Franchina

Abstract
L'esclusione del silenzio assenso per i provvedimenti in materia di tutela del paesaggio discende dall'art. 146 cod. beni culturali -norma fondamentale di riforma economico-sociale idonea a vincolare, anche, la potestà legislativa regionale primaria- che prevede, invece, al comma 10, appositi rimedi sostitutivi nel caso di inerzia dell'amministrazione procedente. Tale esclusione si pone in linea con il principio generale stabilito all'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990, che vieta la formazione *per silentium* del provvedimento conclusivo nei procedimenti implicanti la tutela di "interessi sensibili", come è testualmente confermato, d'altro canto, dal comma 9 dello stesso art. 146, là dove, nel prevedere che con norme regolamentari siano stabilite procedure autorizzatorie semplificate per gli interventi di lieve entità, tiene «ferme [...] le esclusioni di cui [all'articolo] 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni». Delle suddette questioni si è occupata la Corte Costituzionale nella sentenza n. 160 del 2021 chiamata a verificare la legittimità costituzionale di una norma della Regione Siciliana, e successivamente il giudice amministrativo.

Abstract
The exclusion of silent consent for measures regarding the protection of the landscape derives from art. 146 of the Cultural Heritage Code - a fundamental rule of economic and social reform suitable for binding, also, the primary regional legislative power - which provides, instead, in paragraph 10, special substitute remedies in the event of inertia of the proceeding administration. This exclusion is in line with the general principle established in art. 20, paragraph 4, of Law no. 241 of 1990, which prohibits the formation by silentium of the final measure in proceedings involving the protection of "sensitive interests", as is textually confirmed, on the other hand, by paragraph 9 of the same art. 146, where, in providing that simplified authorisation procedures for minor interventions are established by regulatory rules, it holds 'firm [...] the exclusions referred to in Article 20(4) of Law No 241 of 7 August 1990, as amended.' The above issues were dealt with by the Constitutional Court in judgment no. 160 of 2021 called to verify the constitutional legitimacy of a rule of the Sicilian Region, and subsequently by the administrative judge.

SOMMARIO: 1. La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale; **2.** La decisione della Corte Costituzionale n. 160 del 2021; **3.** Il Consiglio di Stato e l'ipotesi di silenzio assenso nei procedimenti di autorizzazione paesaggistica; **4.** Il d. l. "Semplificazioni".

1. Premessa: tutela dell'ambiente ed interessi sensibili nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Con la sentenza n. 210/1987, la Corte costituzionale riconosce "lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona e interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione" e con la sentenza n. 641, dello stesso anno, si afferma la natura unitaria del bene ambiente "come elemento determinativo della qualità della vita…e come valore primario e assoluto"[1].

La materia rientra nell'elenco di legislazione esclusiva statale, anche se ciò non fa venire meno la competenza regionale volta ad introdurre ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato[2], pur costituendo la disciplina statale un limite di tutela inderogabile[3].

L'ambiente viene rappresentato pertanto come un "valore costituzionalmente protetto" e, anziché essere oggetto di una competenza ripartita tra Stato e regioni, nella logica della migliore sostanzializzazione del valore da preservare, si contempera in una logica di (prudente) integrazione delle competenze[4].

Con le sentenze nn. 367 e 378 del 2007 la Corte spacchetta i concetti di "tutela" e "fruizione" [5] e con la sentenza n. 380 del 2007 si identifica l'ambiente come un valore, "costituendo un obiettivo che indirizza il legislatore, e che sostanzia una materia che, riguardata dal punto di vista del suo contenuto, della sua "consistenza ontologica" (sistema complessivo…. entità organica, che ha ad oggetto il tutto e le singole componenti considerate come parti del tutto), reclama sul piano strumentale, forme di intervento più ampie e condivise possibili"[6].

Si preciserà, qualche anno dopo (sent. n. 225 del 2009) che la materia "tutela dell'ambiente" ha un contenuto allo stesso tempo oggettivo, in quanto riferito ad un bene (l'ambiente) e finalistico perchè tende alla migliore conservazione del bene stesso[7]: ne discende la illegittimità delle norme regionali in contrasto con disposizioni previste dal

1 La sentenza n. 641 del 1987 della Corte Costituzionale prende le mosse da una pronuncia, invero risalente, delle Sezioni Unite della Cassazione, che identificando il diritto alla salute anche come diritto ad un ambiente salubre, equipara la tutela a quella dei diritti fondamentali ed inviolabili della persona umana: "il diritto alla salute dell'individuo assume…un contenuto di socialità e di sicurezza per cui "piuttosto (e oltre) che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre": Corte di Cassazione, sez. un. 5172 del 1979.

2 Corte cost., n. 407/2002.

3 Corte cost. nn. 234/2010, 272/2009, 378/2007. Vedi R. Bifulco- A. D'Aloia, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, Idd. (a cura di), Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Napoli, 2008, p. 9 e ss.

Cfr. pure le sentenze della Corte Costituzionale n. 380/07; n. 108/08; n.62/08; n. 214/08; n. 104/08; n. 61/09; n. 10/09; n.225/09. Ma già con la sentenza n. 307/03 e n.166/04 la Corte precisava che "la normativa statale è punto di equilibrio non derogabile".

4 Per una comparazione Cfr. D. Deharbe, *Le principe d'intégration ou une méthodologie juridique pour le développement durable*, Environnement, avril 2005, p. 29.

5 M. Michetti, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in Scritti in onore di A. D'Atena, Milano, 2015.

6 Cfr. R.Bin- G. Pitruzzella, Diritto Pubblico, Torino, 2007, p. 220: "valori e interessi stanno fuori del diritto, nel senso che sono obiettivi che muovono il legislatore".

7 *La tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali nei giudizi di legittimità costituzionale*, (a cura di R. Nevola), in Corte Costituzionale, servizi studi, 2015, red. P. Maddalena, p. 22.

codice dei beni culturali e del paesaggio, qualificate dalla Corte come norme di grande riforma economico-sociale.

Per cui non è consentita la deroga agli istituti di protezione ambientale uniformi, validi in tutto il territorio nazionale, nel cui ambito deve essere annoverata l'autorizzazione paesaggistica[8].

In ragione di ciò la tutela dell'ambiente e del paesaggio, nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, ha portato in plurali occasioni a dichiarare illegittime norme (regionali) che non garantivano una valutazione discrezionale puntuale sui vincoli ambientali da parte delle autorità preposte; infatti "nella materia ambientale vige un principio fondamentale, ricavabile da una serie di disposizioni, da interpretarsi unitariamente nel sistema, secondo cui il silenzio della amministrazione preposta al vincolo ambientale non può avere valore di assenso" (vedasi sentenze nn. : 302/1998; 26/1996; 404/1997; 209/2014). Pertanto, la Consulta ha cassato quelle norme che davano, direttamente o indirettamente, la qualificazione tipica del silenzio assenso al decorso infruttuoso del termine a provvedere[9].

2. La decisione della Corte Costituzionale n. 160 del 2021.

Con la sentenza n. 160 del 2021 il Giudice delle leggi mostra una apprezzabile sensibilità per le questioni inerenti la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema[10].

L'occasione è data dall'esame della legittimità costituzionale dell'art. 8, della legge regionale siciliana, n. 5 del 2019, recante "*Individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata*".

Appare utile, subito, rilevare come l'art. 8 della suddetta legge, incidendo sulla cornice normativa nazionale, al comma 4, stabilisce che: "*il procedimento autorizzatorio semplificato si conclude con un provvedimento, adottato entro il termine tassativo di sessanta giorni dal ricevimento della domanda da parte dell'Amministrazione procedente, che è immediatamente comunicato al richiedente*", ed al comma 6, che "*trascorsi sessanta giorni senza che la Soprintendenza ai beni culturali ed ambientali abbia adottato il provvedimento richiesto si forma il silenzio assenso*".

La questione è stata sottoposta alla Corte, ritenendo che la disposizione normativa ecceda, all'evidenza, la potestà legislativa regionale siciliana in materia di "tutela del paesaggio", *ex* art. 14, lettera n) dello statuto speciale[11], violando le norme di riforma

8 Corte cost., n. 232 del 2008.

9 Cfr. Corte cost., n. 51 del 2006, n. 367 del 2007, n. 232 del 2008, n. 226 del 2009, n. 207 del 2012, n. 238 del 2013, n. 189 del 2016, n. 172 del 2018, n. 101 del 2021; Cfr. F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in Urb. e App., 1/2016, pp. 14-15.

10 Cfr. M. Luciani, *Il ruolo delle Corti costituzionali in un sistema di governo multilivello, Italia: La Corte Costituzionale*, Bruxelles, 2016; R. Nevola, *La tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale*, (a cura di), in Corte Costituzionale, Servizio Studi, 2015.

11 Sul riparto di competenze Cfr. M. Cundari, *Il riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni: luci ed ombre del nuovo progetto di riforma*, in Giustamm, n. 12 del 2016; Cfr. S. A. Bruno, *Il silenzio assenso nel settore dei beni culturali e paesaggistici in Sicilia*, in "Il diritto amministrativo", Rivista Giuridica, XIII, n. 8, 2021.

economico-sociale, contenute, in combinato disposto, nel d.lgs. n. 42 del 2004 (c.d. "Codice dei beni culturali e del paesaggio) [12] e nel d.P.R. n. 31 del 2017[13].

Per la Corte costituzionale, l'art. 8 introducendo una ipotesi di silenzio assenso sulla domanda di autorizzazione paesaggistica si pone in netto contrasto con la disciplina del "codice dei beni culturali e del paesaggio", che all'art. 146 -norma fondamentale di riforma economico-sociale idonea a vincolare anche la potestà legislativa regionale primaria- esclude il silenzio assenso per i provvedimenti in materia di tutela del paesaggio, prevedendo invece, al comma 10, appositi rimedi sostitutivi nel caso di inerzia dell'amministrazione procedente.

Tale esclusione si pone, peraltro, in stretta linea con il principio generale stabilito all'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990, che vieta la formazione per *silentium* del provvedimento conclusivo nei procedimenti implicanti la tutela di "interessi sensibili", come è testualmente confermato, d'altro canto, dal comma 9 dello stesso art. 146, là dove, nel prevedere che con norme regolamentari siano stabilite procedure autorizzatorie semplificate per gli interventi di lieve entità, tiene ferme le esclusioni di cui all'art. 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241[14].

Va, anzitutto, ricordato che il codice dei beni culturali (d.lgs. n.42 del 2004), all'art. 146, comma 9, prevede che un regolamento di delegificazione deve regolare le "*procedure semplificate per il rilascio dell'autorizzazione in relazione ad interventi di lieve entità in base a criteri di snellimento e concentrazione dei procedimenti, ferme, comunque, le esclusioni di cui agli articoli 19, comma 1 e 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni*"[15].

Siffatta previsione è stata attuata mediante il d.P.R. 9 luglio 2010, n. 139, "*Regolamento recante procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica per gli interventi di lieve entità*".

Successivamente è intervenuto il d.l. n. 83 del 2014, "Disposizioni *urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo*", convertito, con modificazioni, nella legge n. 106 del 2014[16].

Quest'ultimo prevede che attraverso un, nuovo, regolamento di delegificazione, possono essere "*dettate disposizioni modificative e integrative al regolamento di cui all'articolo 146, comma 9, quarto periodo, del Codice dei beni culturali e del paesaggio [...], al fine di ampliare e precisare le ipotesi di interventi di lieve entità, nonché allo scopo di operare ulteriori semplificazioni procedimentali, ferme, comunque, le esclusioni di cui agli articoli 19, comma 1, e 20, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni*"[17].

---

12 Per ciò che qui rileva, sono state espressamente qualificate dalla Corte come norme di grande riforma economico-sociale, idonee a vincolare anche le regioni a statuto speciale, le disposizioni del codice dei beni culturali e del paesaggio che disciplinano la gestione dei beni soggetti a tutela, e in particolare il suo art. 146 (sentenze n. 101 del 2021, n. 172 del 2018, n. 189 del 2016 e n. 238 del 2013; nello stesso senso, in relazione alle disposizioni in materia di pianificazione di cui agli artt. 135 e 143, comma 1, lettera c, cod. beni culturali, sentenze n. 178 del 2018, n. 103 del 2017, n. 210 del 2014 e n. 308 del 2013).

13 Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 66 del 2018, con commento di E. Giardino, *Il carattere unitario della tutela paesaggistica e l'ineludibilità del procedimento amministrativo,* in Giornale dir. amm., 2018, 102 ss.,

14 Cfr. A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in Diritto Amministrativo, fasc.4, 1 Dicembre 2017, pag. 699.

15 Da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro il 31 dicembre 2008, su proposta del Ministro d'intesa con la Conferenza unificata.

16 Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 207 del 2012, con riguardo all'art. 6, comma 2, del d.p.r. 9 luglio 2010, n. 139, sul procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica per gli interventi di lieve entità di cui all'art. 146, comma 9, del Codice dei beni culturali.

17 Cfr. S. Amorosino, P. Carpentieri, *Il regolamento di semplificazione delle autorizzazioni paesaggistiche per gli interventi di lieve entità,* in Urb. e app., 2010, n. 12, 1381 ss.; Cfr. S. Amorosino, *I poteri legislativi di stato e regioni in*

La Regione Siciliana, va ricordato, gode, statutariamente, di potestà legislativa primaria nella materia di «tutela del paesaggio» e le attribuzioni nella stessa materia[18]sono esercitate dall'Assessorato regionale dei beni culturali e dell'identità siciliana, di cui sono organi periferici le "Soprintendenze per i beni culturali ed ambientali» che appunto si occupano del rilascio o il diniego dell'autorizzazione paesaggistica"[19].

La legge della Regionale Siciliana n. 5 del 2019 ha assegnato alla «Soprintendenza ai beni culturali ed ambientali» competente per territorio (art. 8, comma 1) la definizione del procedimento semplificato, con provvedimento -come abbiamo detto- da adottare entro il termine tassativo di sessanta giorni dal ricevimento della domanda (art. 8, comma 4).

Il silenzio assenso[20] previsto dalla norma regionale assume, nel descritto sistema, una valenza del tutto diversa rispetto a quanto disciplinato all'art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31 del 2017: non si tratta infatti, in questo caso, di silenzio assenso endo-procedimentale, destinato a essere seguito comunque da un provvedimento conclusivo espresso dell'amministrazione procedente, ma di un silenzio assenso provvedimentale, destinato a surrogare l'autorizzazione paesaggistica richiesta, secondo lo schema generale dell'art. 20 della stessa legge n. 241 del 1990[21].

Orbene, relativamente ai rapporti tra lo Stato e le Regioni a statuto speciale, in ordine al riparto di competenze in materia di tutela paesaggistica, sono state dichiarate costituzionalmente illegittime norme regionali che si ponevano in contrasto con disposizioni previste dal codice dei beni culturali e del paesaggio, qualificate norme di grande riforma economico-sociale.

Al riguardo, la Corte ha sottolineato che il legislatore statale, tramite l'emanazione di tali norme, conserva il potere, «*nella materia "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali", di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, comprensiva tanto della tutela del paesaggio quanto della tutela dei beni ambientali o culturali (per tutte, sentenza n. 51 del 2006) [...] di vincolare la potestà legislativa primaria delle Regioni a statuto speciale, così che le norme qualificabili come "riforme economico-sociali" si impongono al legislatore di queste ultime*» (sentenza n. 238 del 2013)[22].

In buona sostanza il legislatore regionale non può prevedere una procedura alternativa "semplificata" in luogo di quella prevista dal sistema normativo statale, poiché alle regioni non è consentito, in alcun modo, introdurre deroghe agli istituti di protezione ambientale

tema di tutela e valorizzazione del paesaggio, in Rivista giuridica edilizia, nn. 4-5, 2007, pp. 135 e ss.; infine Cfr. M. Sinisi, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (dpr 13 febbraio 2017 n. 31): la "questione aperta" del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in Rivista giuridica edilizia, n. 4, 2017, pp. 235 e ss.

18 Vedi le attribuzioni trasferite alla Regione dall'art. 1 del d.P.R. 30 agosto 1975, n. 637 (Norme di attuazione dello statuto della regione siciliana in materia di tutela del paesaggio e di antichità e belle arti).

19 Cfr. l'art. 46, comma 1, della legge della Regione Siciliana 28 dicembre 2004, n. 17, recante «Disposizioni programmatiche e finanziarie per l'anno 2005».

20 In generale sull'istituto del silenzio assenso Cfr. A. Mari, *La rilevanza del silenzio assenso*, in Rivista giuridica edilizia, n. 3, 2016, pp. 161 e ss.

21 L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 17 del 2016, esclude espressamente che il silenzio assenso possa applicarsi alle materie di tutela ambientale e paesaggistica, vedi G. Sciullo, *Gli interessi sensibili in recenti prese di posizione del Consiglio di Stato*, in Rivista giur. Urb., 2, 2016, pp. 56 e ss.; P. Marzaro, *Silenzio assenso tra amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento orizzontale all'interno della nuova amministrazione disegnato dal Consiglio di Stato*, in Federalismi, 2016; vedi Corte di Giustizia Europea, causa c-400/08, 2011.

22 Cfr. sulla competenza in materia di tutela del paesaggio della Regione Sicilia le sentenze della Corte Costituzionale nn. 238 del 2013 e 172 del 2018; Cfr. pure le sentenze della Corte Costituzionale nn. 130 del 2020 e 118 del 2019.

che dettano una disciplina uniforme, valevole su tutto il territorio nazionale, tra i quali rientra, senza dubbio, l'autorizzazione paesaggistica[23].

Pertanto, in linea con detta giurisprudenza la Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 6, della legge regionale n. 5 del 2019[24], avendo la Regione Siciliana ecceduto i limiti della propria competenza primaria in materia di tutela del paesaggio ai sensi dell'art. 14, lettera n), dello statuto speciale.

3. Il Consiglio di Stato e l'ipotesi di silenzio assenso nei procedimenti di autorizzazione paesaggistica.

In tema è intervenuto di recente il Consiglio di Stato[25] stabilendo che nel procedimento amministrativo volto al rilascio di una autorizzazione paesaggistica, *ex* art. 42 del d.lgs. n. 42 del 2004, il potere autorizzatorio appartiene all'amministrazione procedente, attribuendo alla soprintendenza competente la emanazione di un parere sulla proposta di provvedimento da questa sottopostale[26].

Il parere, sebbene vincolante in via ordinaria, cessa di esserlo se reso tardivamente e per di più può essere pretermesso in caso di sua mancata espressione, secondo quanto previsto dal comma 9 del medesimo art. 146, come modificato dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164[27].

Per il Consiglio di Stato alla stregua di un'interpretazione sistematica e in particolare secondo quanto espressamente previsto dal primo periodo del comma 9, sussiste, quindi, un univoco indice normativo secondo cui, a seguito del decorso del termine per l'espressione del parere vincolante (rectius: conforme) da parte della Soprintendenza, l'organo statale non resti in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia

23 Cfr. Corte Costituzionale sentenze n. 74 del 2021, n. 189 del 2016, n. 238 del 2013, n. 235 del 2011, n. 101 del 2010 e n. 232 del 2008.

24 Appare opportuno accennare agli effetti della sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma che disciplina il potere di adozione di un atto amministrativo. Su questo punto la giurisprudenza, in maniera univoca e stratificata, afferma l'illegittimità derivata dell'atto stesso, laddove il ricorrente con motivo di ricorso abbia in qualche modo fatto emergere la illegittimità della norma oggetto di valutazione di costituzionalità. Pertanto, la illegittimità della norma può essere rilevata dal giudice adito in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità della norma, o dall'amministrazione procedente mediante l'esercizio del potere di annullamento in autotutela; in tal senso Cfr. Consiglio di Stato, sez. II, sentenza n. 5399 del 2020, in annullamento sentenza Tar Toscana, sez. I, n. 817 del 2009; Più risalente Tar Campania- Napoli, sez. I, n. 1381 del 2013.

25 Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 2640 del 29 marzo 2021.

26 Cfr. G. D. Cave, *Autorizzazione paesaggistica e p.a.: un contributo (im)possibile? Competenze procedimentali e portata applicativa dell'art. 17 bis, l. n. 241/1990* (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2640 del 2021), in Giustizia Insieme, Luglio, 2021; F. Martines, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. n. 241/1990*, in Dir. Amm., 3, 2018, pp. 747 e ss.; in generale sui profili giuridici affrontati Cfr. S. Antoniazzi, *Autorizzazione paesaggistica e motivazione: esigenze di certezza giuridica*, in Rivista Giuridica di Urbanistica, n. 1 del 2020, pp. 85 e ss., in particolare prg. 2 "2. Il d.p.r. 13 febbraio 2017, n. 31, sugli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti alla procedura semplificata"; Vedi infine A. Del Prete, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: profili critici e problematici,* Nota a: T.A.R. Cagliari, 08 giugno 2017, n.394, sez. II, in Rivista Giuridica dell'Edilizia, fasc.3, 2018, pag. 705.

27 Il comma 9 del medesimo art. 146, è stato modificato dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164; Cfr. A. Tortora, *La valenza del parere tardivo della soprintendenza ex art. 146 comma 8 del d.lgs. n. 42/2004*, in Rivista di diritto amministrativo, n. 5-6 del 2018; Cfr. A. Berlucchi, *Il parere tardivo espresso dalla soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici ex art. 146 dlgvo n. 42/2004: spunti di riflessione*, in Rivista giuridica ediliza, n. 1, 2017, pp. 128 e ss.

il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo.

Ne consegue, quindi, che se nel corso di una prima fase (che si esaurisce con il decorso del termine di legge), l'organo statale può, nella pienezza dei suoi poteri di cogestione del vincolo, emanare un parere vincolante dal quale l'amministrazione deputata all'adozione dell'autorizzazione finale non potrà discostarsi (comma 8), successivamente l'amministrazione procedente "provvede sulla domanda di autorizzazione" (comma 9), essendo pertanto legittimata all'adozione dell'autorizzazione prescindendo in radice dal parere della Soprintendenza.

In siffatto assetto di competenze non incide il meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni di cui all'articolo 17-*bis* della legge n. 241/1990 in quanto vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione "procedente" e quelle chiamate a rendere "assensi, concerti o nulla osta"[28], e non anche nel rapporto "interno" fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione[29].

Né d'altra parte è possibile portare a supporto del meccanismo di formazione del silenzio assenso la disciplina sulla conferenza di servizi, poiché il complesso normativo di semplificazione prevede un sistema procedimentale di acquisizione dei diversi atti di assenso richiesti in merito ad un intervento specifico; ne discende che l'art. 14-*ter*, il quale considera acquisito senza condizioni l'assenso delle amministrazioni che non abbiano partecipato alla conferenza o comunque non si siano pronunciate (ivi comprese quelle preposte alla tutela di interessi "sensibili" quale quello paesaggistico), va riferito unicamente agli "assensi" da rendere direttamente all'amministrazione procedente, e non anche all'ipotesi di autorizzazione paesaggistica, laddove la soprintendenza è chiamata, viceversa, ad esprimersi non direttamente sulla compatibilità dell'intervento, ma sulla proposta di merito al riguardo formulata dalla amministrazione procedente.

La decisione del Consiglio di Stato avrebbe dovuto appianare quelle divergenze in passato emerse in giurisprudenza.

Una parte della giurisprudenza, infatti, ha riconosciuto alla soprintendenza una potestà consultiva residuale, attribuendo al parere tardivo una perdurante natura vincolante,

28 Sull'istituto del silenzio – assenso tra i più risalenti contributi Cfr. A. Travi, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa,* Padova, 1985; V. Cerulli Irelli, *Modelli procedimentali alternativi in tema di autorizzazioni*, in Dir. Amm., 1993, 66; più di recente M. Corradino, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio*", Roma 2005, su giustizia-amministrativa.it.; E. Scotti, *Silenzio-assenso*, in A. Romano (a cura di), L'azione amministrativa, Torino, 2015, 653; M. D'Orsogna, R. Lombardi, *Il silenzio assenso*, in M.A. Sandulli (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Milano, II ed., 2017, 965; Cfr. C. Silvano, *Silenzio-assenso e interesse ambientale tra orientamenti giurisprudenziali e scelte del legislatore*, in Rivista giuridica di urbanistica n. 4 del 2017.

29 Cfr. Tar Campania, sez. VI, sentenza n. 3099 del 2019; Cfr. Corte di Cassazione, sez. III pen., n. 15523 del 2019; in senso opposto, e superata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, Tar Molise n. 179 del 2019; Cfr. pure F. De Leonardis, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17bis introdotto dalla cd. riforma Madia*, in Federalismi, 20 ottobre 2015; M. A. Sandulli, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in Federalismi, 16 settembre 2015; G. Sciullo, *Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura*, in Aedon, Rivista di arti e diritto *on line,* 3/2015; G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazione e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in Diritto Amministrativo, 2016, pp. 143 e ss.; F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in Urb. e App, 1, 2016, pp. 11 e ss.

ancorché emesso prima della conclusione del procedimento[30]. Sicché in assenza di parere l'amministrazione procedente può concludere il procedimento senza dover attenderlo.

Un'altra parte della giurisprudenza considerando il parere mero fatto istruttorio, diversamente, valutabile dall'amministrazione procedente[31], nel caso di silenzio si collocherebbe la responsabilità decisoria sulla istanza di autorizzazione, esclusivamente, in capo alla amministrazione procedente[32].

Secondo una terza visione il decorso del termine porterebbe, invece, alla perdita del potere consultivo e l'eventuale parere tardivo sarebbe nullo per carenza di potere[33].

E tuttavia anche dopo il ricordato pronunciamento della IV Sezione, il Giudice amministrativo [34], diversamente argomentando, addiviene a sostenere, (richiamando il parere del Consiglio di Stato n. 1640/2016 sulla scheda di d.lgs n. 127/2016) l'operatività generale dell'art. 17 *bis*, l. n. 241 del 1990, in tutti i casi in cui il procedimento si conclude con una fase decisoria pluristrutturata.

E' notorio che la fattispecie per antonomasia tenuta presente dal legislatore nel 2016 sia stata quella dell'art. 146 del Codice di beni culturali e del paesaggio, il quale configura una decisione "a doppia chiave" e dunque – sottolinea il Tar salernitano – "*come ipotesi di cogestione attiva del vincolo paesaggistico… rientra a pieno titolo tra le decisioni pluristrutturate*"[35].

Conclude il Tar stabilendo che per l'art. 2 comma 8 bis "*i pareri o determinazioni tardivi, rilasciati in procedimenti autorizzatori o concessori avviati su istanza dei privati sono "inefficaci" e non semplicemente privi di carattere vincolante*"[36].

In definitiva le argomentazioni del Tar Salerno a differenza di quelle elaborate dal Consiglio di Stato portano ad una applicazione generale dell'art. 17 *bis* della l. n. 241 con la conseguenza che l'atto emesso tardivamente rimane senz'altro inefficace, perdendo la sua valenza giuridica vincolante. La prospettiva portata avanti dal Tar Salerno consente di costruire, nei rapporti concreti tra le amministrazioni, un indice maggiore di certezza[37],

30 Cfr. Tar Lazio, Latina, sez. I, n. 669 del 2006, n. 669; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 382 del 2012; Tar Campania, Salerno, sez. I, n. 459 del 2014, tutte in giustizia-amministrativa.it; vedi Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4914 del 2013, in Urb e app., 2013, 12, 1344 ss.

31 Sul punto, Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1561 del 2013 in giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2136 del 2015 in Riv. giur. ed., 2015, 775 ss.; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1935 del 2016, in Foro amm.-T.A.R., 2016, 3, 1204 ss.

32 Cfr. Tar Campania- Napoli, sez. VI, sentenza, n. 5503 del 2021.

33 Tar Veneto, sez. II, n. 1295 del 2013, in giustizia-amministrativa.it.; Cfr. di opposto avviso Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4914 del 2013, in Foro amministrativo, C.d.S., 2013, 4, 322 ss.

34 Tar Campania-Salerno, sez. II, n. 1542 del 2021.

35 S. Amorosino, *Autorizzazioni paesaggistiche: una sentenza "passatista" del Consiglio di Stato disattesa dal Tar Salerno,* in Urbanistica e Appalti, n. 4 del 2021, p. 452.

36 S. Amorosino, *Autorizzazioni paesaggistiche: una sentenza "passatista" del Consiglio di Stato disattesa dal Tar Salerno,* cit. 453.

37 A. R. Tassone, *Amministrazione pubblica e produzione dei "certezza": problemi attuali e spunti ricostruttivi,* in Diritto amministrativo, n. 4 del 2005, pp. 867 e ss.: "Secondo quanto sostiene la moderna teoria dei sistemi, ani, il diritto è deputato a produrre "certezza" in modo strutturale, e questa funzione è tanti più essenziale nelle c.d. "società complesse", la cui stabilizzazione nomica è resa possibile dalle istituzioni attraverso operazioni globalmente traducibili in termini di riduzione della complessità"… "Il tratto fondamentale e caratteristico di questa investigazione è costituito da ciò, che attraverso di essa l'amministrazione tende invariabilmente a verificare una condizione, fattuale e/o giuridica, preesistente, su cui essa interviene in termini puramente conoscitivi."… "La manifestazione, a sua volta, ha ad oggetto il risultato dell'attività di accertamento, e, quale che ne possa esserne l'intrinseca complessità, ha in ogni caso valore puramente strumentale: attraverso questa operazione, infatti, l'amministrazione esterna e fa circolare nell'ordinamento l'informazione relativa allo stato di fatto o di diritto oggetto dell'acquisizione conoscitiva"; Cfr. F. Merusi, *La certezza*

poiché senza ambiguità di alcun tipo, oramai, il parere che non viene emesso nei termini diventa inefficace.

4. Il d. l. "Semplificazioni".

L'art. 16 della l. n. 241/1990[38], nell'ipotesi di pareri obbligatori non resi nel termine rientrino, espressamente, anche quelli resi da amministrazioni preposte, tra l'altro, alla tutela paesaggistica[39].

La natura giuridica derogatoria è espressa, infatti, nella logica secondo la quale, in caso di valori costituzionalmente garantiti, ogni espressione giuridica di tutela si pone quale limite alla piena applicazione di potenziali istituti di semplificazione amministrativa.

E tuttavia il d.l. n. 76/2020 (c.d. "Decreto Semplificazioni"), convertito nella l. n. 120 del 2020, ha operato una modifica della l. n. 241 del 1990, introducendo il comma 8 *bis* all'articolo 2[40].

La suddetta norma statuisce l'inefficacia degli atti tardivi adottati dalla pubblica amministrazione, al fine di incentivare il rispetto dei termini procedimentali e l'osservanza del dovere di esercitare l'attività entro un termine ragionevole; testualmente: "*Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni*".

L'inefficacia potrebbe essere identificata quale mera sanzione della tardività.

Però, l'inefficacia intesa come sanzione alla emissione tardiva di atti, non sarà passibile di applicazione ai casi non espressamente previsti, "per i quali può continuare a valere la soluzione prospettata dalla giurisprudenza prima del d.l. 76/2020, secondo la quale l'atto tardivo sarebbe annullabile per violazione di legge dovuta al cattivo esercizio del potere"[41].

Come, oramai, noto per il silenzio, ai sensi del nuovo comma 8-*bis*, è prevista la sanzione dell'inefficacia per qualunque determinazione relativa «ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati», adottati dopo la scadenza dei termini scaduti i quali si forma il silenzio provvedimentale.

---

dell'azione amministrativa fra tempo e spazio, in Diritto amministrativo, 4/2002, pp. 529 e ss.

38 V. Parisio, *Art. 16*, in M.A. Sandulli (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, 2011, Milano, 715 ss.

39 Cfr. in merito all'inapplicabilità del silenzio assenso al parere della soprintendenza *ex* art. 16, 17 e 20 l. n. 241/1990, Tar Campania, sez. VII, n. 685 del 2012; Tar Calabria, sez. I, 382 del 2012, n. 382; Tar Lazio, sez. II *ter*, n. 11030 del 2015, tutte in giustizia-amministrativa.it.

40 Cfr. in generale M. A. Sandulli, *Addenda 2021 a "Principi e regole dell'azione amministrativa*", in particolare prg. 1.3, in Giustizia insieme.it, 2021, 02.09.2021, l'addenda è rivolta alla terza edizione del volume "Principi e regole dell'azione amministrativa", Milano, Giuffrè W.K., 2020 e segnala le principali novità intervenute in ambito normativo e giurisprudenziale sui temi trattati nell'opera nell'arco temporale tra la sua chiusura (luglio 2020) e il 30 agosto 2021; cfr. pure M. Bombardelli, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in Diritto pubblico, 2015, pp. 986 e ss.

41 C. Furlan, *Il regime degli atti tardivi della pubblica amministrazione: sviluppi legislativi e giurisprudenziali*, in ildiritto.it, 23 febbraio 2021.

In altre parole, "è disposta l'inefficacia degli atti adottati successivamente al perfezionamento della finzione giuridica. Come è stato correttamente sottolineato, si tratta di una tecnica ad hoc collegata all'inerzia provvedimentale, giacché nei casi sopra indicati «l'inefficacia del provvedimento è pertanto funzionale a garantire la piena operatività delle norme che già qualificano il silenzio come assenso». Serve a dichiarare per legge "non efficace" un provvedimento che sia stato adottato quando non necessario perché il silenzio ha un valore provvedimentale"[42].

Come rileva autorevole dottrina la nuova disciplina "mira a disinnescare il meccanismo degli atti "espressi" tardivamente emanati. Diffusa, infatti, è la relativa prassi di dilatazione dei termini effettivi di definizione della "pratica", chiusa solo con l'atto espresso, che assicura maggiore certezza (e che, se favorevole al richiedente, questi non ha certo interesse a impugnare). Tali atti sono ora "sanzionati" con l'inefficacia. Sotto il profilo teorico, pare di potersi ritenere che all'origine di siffatto regime – l'inefficacia è in questo caso una "conseguenza" e non già una tipologia di invalidità – vi sia il carattere perentorio dei termini che cagiona una sorta di "spegnimento" del potere di provvedere"[43].

Altra questione riguarda l'interpretazione dell'ultima parte del richiamato 8 *bis* all'articolo 2 della legge n. 241/1990 per cui gli atti richiamati nella norma sono inefficaci "*fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni*" [44].

Invero, l'art. 2 comma 8 *bis*, prevedendo generalmente, un potere di autotutela circoscrive l'oggetto della valutazione (di secondo grado) nei confronti del provvedimento e non dell'atto, endo-procedimentale, proprio perché inefficace.

Ne discende che oggetto della valutazione è senz'altro la decisione finale, e quindi il provvedimento emesso dall'amministrazione procedente.

Infatti, in caso di parere "espresso successivamente alla formazione del silenzio-assenso, l'amministrazione procedente non ha alcun obbligo di prenderlo in esame e deve adottare il provvedimento in conformità a quanto già indicato nella proposta inviata alla Soprintendenza. A tutto concedere può prenderlo in esame volontariamente, a fini di autotutela "preventiva", ove nel parere "postumo" siano contenuti elementi di fatto oggettivi di cui l'amministrazione procedente non era stata a conoscenza o che, dimostratamente, aveva erroneamente valutato"[45].

Sulla scorta di quanto emerge appare, allora, possibile sostenere che la generica critica alla locuzione "*fermo restando*", contestata da una parte della dottrina "*perché è incerto a cosa esattamente esso si riferisca*"[46], non risulta inconducente o ultronea, bensì si presenta, in una interpretazione sistematica, assolutamente coerente e rafforzativa del potere, generale,

42 M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni*", in Forum di Quaderni Costituzionali, 3, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it., p. 177.

43 F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato*, in Federalismi, n. 36 del 2020, p. 35 e ss.: "Va infine rilevato che l'art. 2, comma 8-*bis,* dovrebbe avere un impatto notevole sul piano organizzativo, perché spinge le amministrazioni a gestire al meglio la "trattazione" dei procedimenti di assenso (anche individuando le priorità e monitorando i singoli episodi procedimentali), onde evitare che si integri il silenzio con il corollario dell'inefficacia. Qualcosa di simile dovrebbe avvenire sul piano istruttorio in forza della nuova disciplina di cui l'art. 10-*bis*, l. 241/1990, che ci si accinge ora a esaminare.

44 S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1/2020.

45 S. Amorosino, *Autorizzazioni paesaggistiche: una sentenza "passatista" del Consiglio di Stato disattesa dal Tar Salerno,* cit. 451.

46 S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, cit. pp. 141 e ss.

dell'amministrazione di valutare, anche in seguito alla emissione del provvedimento, il più giusto perseguimento degli interessi pubblici (primari), tra i quali si annoverano a pieno titolo quelli ambientali e paesaggistici[47].…

47 Cfr. E. Giardino, *La tutela dei beni paesaggistica nel processo di semplificazione amministrativa: dalla differenziazione all'omologazione del regime giuridico*, *Paper* in relazione al panel "Domanda culturale, semplificazione e partecipazione", Convegno Aipda, 2018.

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA CONTABILE

a cura di Luca Maria Tonelli

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 22 NOVEMBRE 2021, N. 275

MASSIMA

DANNO ERARIALE – Azione di accertamento – Prescrizione – Art. 2941, n. 8), c.c. – Art. 1, comma 2, L. n. 20 del 1994 – Concetto di danno erariale.

L'art. 1, comma 2, della L. n. 20 del 1994, stabilendo che "il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti […], in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta", detta una regola speciale non sovrapponibile a quella stabilita dall'art. 2941 n. 8) cc. Tale ultima disposizione, infatti, espressamente richiede: a) una condotta di doloso occultamento; b) che l'occultamento sia riferito al debito e c) la scoperta del dolo. L'art. 1, comma 2, della L. n. 20 del 1994, invece, riferisce espressamente al danno sia la condotta di occultamento doloso, sia l'evento dalla scoperta. L'art.1, comma 2, della L. n. 20 del 1994 presenta caratteri di marcata specialità rispetto all'omologa (ma differente) previsione civilistica di cui all'art. 2941, n. 8), c.c. Quest'ultima, infatti, nel richiedere una condotta di doloso occultamento del debito, fissa la ripresa del decorso della prescrizione alla data di scoperta del dolo, mentre la regola erariale ruota tutta intorno al concetto di "danno", riferendo a questo tanto la condotta dolosa quanto la data in cui la prescrizione inizia a decorrere. È evidente, pertanto, che la piena scoperta del danno non può aversi se non dopo la conclusione delle indagini di polizia giudiziaria (anche per la presenza del segreto istruttorio).

DIRITTO PROCESSUALE – Decorrenza del *dies a quo* – Prescrizione del diritto al risarcimento del danno – Evento dannoso.

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno erariale decorre dal compimento dell'evento dannoso e non dalla perpetrazione della condotta materiale. In materia di contributi pubblici, dunque, la prescrizione dell'azione erariale inizia a decorrere dalla data dell'effettivo pagamento degli aiuti, momento in cui si realizza concretamente il danno.

Pres.: Cirillo, Est.: Facciorusso – PM (dott.ssa Dodaro) c. omissis (avv. Alba)

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE LOMBARDIA – 11 ottobre 2021, n. 283

MASSIMA

GIUDIZIO CONTABILE – Invito e citazione – Fatti storici e qualificazione giuridica immutati – Assenza di ulteriori accertamenti istruttori – Violazione del contraddittorio – Inconfigurablità.

Secondo pacifici indirizzi giurisprudenziali anteriori e successivi al d.lgs. n. 174 del 2016, ed oggi in base all'art. 87 c.g.c. (che àncora la nullità ad una discrasia sugli "elementi essenziali del fatto"), alcuna nullità per violazione del contraddittorio si configura quando i fatti storici e la qualificazione giuridica degli stessi restano i medesimi nell'invito e nella citazione, senza che la Procura, tra l'altro, abbia fatto ulteriori accertamenti istruttori dopo l'invito.

GIUDIZIO CONTABILE – Società a partecipazione pubblica – Equiparabilità ad una P.A. – Parametri – *Compensatio obliqua*.

In applicazione di un criterio qualificatorio uniforme ed oggettivo, nonché per coerenza ermeneutica e logica, i parametri, di conio giurisprudenziale (sulla scorta dei referenti normativi), per definire una società a partecipazione pubblica come soggetto equiparabile ad una P.A., debbono essere i medesimi sia per radicare (o escludere) la giurisdizione contabile, sia per valutare nel merito se, a monte e prioritariamente, vi sia stata una c.d. *compensatio obliqua* a favore di un soggetto qualificabile come pubblico, idonea ad escludere in radice l'ipotizzato danno erariale. In tale prospettiva, non potrà quindi operare una "compensatio obliqua" ex art.1, c 1-bis, l. n. 20 del 1994, idonea ad escludere il danno erariale patito da una P.A., allorché il soggetto avvantaggiato non abbia natura pubblica, come nel caso di una società a partecipazione pubblica solo maggioritaria, non concessionaria, né in house.

GIUDIZIO CONTABILE – Qualifica di ente pubblico – Elementi – Fattispecie.

Affinché si possa attribuire ad un soggetto la qualifica di ente pubblico in assenza di un dato normativo testuale, occorre far ricorso agli elementi che tradizionalmente vengono in rilievo nell'elaborazione della nozione di ente pubblico e che attengono ai seguenti momenti: a) genetico; b) organizzativo; c) dell'attività; d) dello scopo. Alla luce di tali parametri, ai fini del giudizio contabile per responsabilità amministrativa o per l'operatività della "*compensatio obliqua*" di cui all'art.1, c 1-bis, l. n. 20 del 1994, deve escludersi la riconducibilità di Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. e del relativo Fondo Investimenti per la Valorizzazione alla nozione di ente pubblico o di società in house o di società concessionaria legata da rapporto di servizio ad enti pubblici quotisti o terzi, non potendosi attribuire rilevanza a tali fini alla settoriale qualifica della medesima CDP s.p.a. come "organismo di diritto pubblico", rilevante per la diversa finalità del rispetto della normativa sull'evidenza pubblica.

DANNO ERARIALE – Illecito erariale – Decreto semplificazioni – Recepimento con portata sostanziale della lettura in chiave penalistica del dolo – Superamento dell'orientamento favorevole al c.d. dolo contrattuale.

Secondo la prevalente giurisprudenza contabile, il recente art. 21, c. 1, d.l. n.76 del 2020 conv.to in l. n.120/2020 (prorogato al 30.6.2023 dall'art. 51, c. 1, lett. h), del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, c.d. decreto Semplificazioni-bis) ha recepito con portata non interpretativa o processuale, ma sostanziale e, dunque, non retroattiva, la tesi favorevole ad una lettura in chiave penalistica del dolo (come coscienza e volontà non solo della condotta, ma anche dell'evento doloso), prendendo così posizione rispetto al contrasto esistente nell'ambito della stessa giurisprudenza contabile in ordine

a tale componente strutturale dell'illecito erariale, onde superare alcuni orientamenti aderenti alla tesi favorevole al c.d. dolo contrattuale (da inadempimento volontario dell'obbligazione contrattuale).

Pres. ed Est. Tenore – Procura regionale per la Lombardia (PM Napoli, Grasso) c. Bergamaschi (avv.ti Balzarini, Mascetti), Bonomelli (avv. Rinaldi), Locatelli (avv. Luciano)

CORTE DEI CONTI, SEZ. REG. DI CONTROLLO PER LA BASILICATA – par. n. 69/2021

MASSIMA

DANNO ERARIALE – Proventi da diritti e oneri da rilascio delle concessioni edilizie in sanatoria quali forma di incentivo per dipendenti pubblici – Specifici progetti riguardanti la relativa attività di disbrigo delle pratiche – Art. 23 del D.Lgs. n. 75 del 2017 – Compenso aggiuntivo per i dipendenti già in servizio presso l'Ente pubblico – Salario accessorio per il personale – Art. 32, commi 40 e 41, della L. n. 269 del 2003.

In base all'art. 32, commi 40 e 41, della L. n. 269 del 2003, possono essere destinate ad incentivare i dipendenti, per lo svolgimento della valutazione delle domande di concessione o di autorizzazione edilizie in sanatoria ancora pendenti, esclusivamente le entrate costituite dall'aumento del 10% dei diritti e oneri per il rilascio dei titoli abilitativi edilizi delle domande in sanatoria e non quelle derivanti dal 50% di quanto versato a titolo di oblazione nell'ambito del medesimo procedimento "premiale".

Pres. ed Est.: Oricchio. Parere reso al Comune di Matera

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER IL TRENTINO – ALTO ADIGE/SÜDTIROL, sede di Trento – sent. n. 91/2021

MASSIMA

DIRITTO PROCESSUALE – DANNO ERARIALE – Giurisdizione della Corte dei conti – Difetto di giurisdizione – Non sussistenza del rapporto di servizio – Soggetto privato nelle vesti di controparte della Pubblica Amministrazione – Soggetto privato non qualificabile come agente della Pubblica Amministrazione.

La condotta di un soggetto privato deve ritenersi fonte di responsabilità amministrativa, con conseguente assoggettamento al sindacato della Corte dei conti, solo quando sia ravvisabile un rapporto di servizio; condizione, quest'ultima, che si verifica con l'inserimento, anche solo occasionale e temporaneo, del soggetto privato nell'attività propria dell'apparato amministrativo e la conseguente imputazione dell'attività posta in essere dallo stesso all'Ente pubblico. Sono escluse dall'ambito di cognizione del giudice contabile le controversie concernenti soggetti privati, beneficiari di incarichi da parte della Pubblica Amministrazione, ogni qual volta il pregiudizio di cui si pretende il ristoro sia conseguenza di comportamenti che il privato abbia assunto nella veste

di controparte contrattuale dell'Amministrazione medesima. La giurisdizione contabile, infatti, sussiste tutte le volte in cui tra l'autore del danno e l'Amministrazione o l'Ente pubblico danneggiati sia ravvisabile un rapporto, non solo di impiego in senso proprio, ma di servizio. Si intende per tale una relazione funzionale, caratterizzata dall'inserimento del soggetto nell'apparato organico e nell'attività dell'Ente, suscettibile di rendere il primo compartecipe dell'operato del secondo. La giurisdizione della Corte dei conti, dunque, va affermata allorché il danno erariale dipenda da comportamenti illegittimi tenuti dall'agente nell'esercizio di quelle funzioni per le quali possa dirsi che egli è inserito nell'apparato dell'Ente pubblico, così da assumere la veste di agente dell'Amministrazione.

Pres. Bersani, Est. Bacchi – PM (dott. Angioni) c. A.F. (avv.ti S.P. Galli e M. Ceolotto)

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE VENETO – 19 agosto 2021, n. 205

MASSIMA

DIRITTO PROCESSUALE – Giurisdizione della Corte dei conti – Non applicabilità dell'art. 180 del D.L. n. 34 del 2020 – Criterio di successione delle leggi nel tempo – Art. 11 Disp. prel. c.c.

Non trova applicazione la normativa di cui al D.L. n. 34 del 2020, ai fini della qualificazione dell'antigiuridicità della condotta, del rapporto di servizio e del danno, per gli illeciti amministrativo-contabili, in quanto va presa in esame la normativa vigente al momento dei fatti contestati, non avendo alcuna rilevanza il sopravvenire di una nuova disciplina legislativa. In assenza di norme intertemporali, non possono che trovare applicazione i consueti criteri disciplinanti la successione delle leggi e la loro interpretazione. Viene, dunque, in rilievo il principio di irretroattività che si desume dall'art. 11 delle Disp. prel. c.c. L'omesso versamento dell'imposta di soggiorno costituisce, quindi, un danno all'erario e radica la responsabilità amministrativo-contabile in capo al gestore della struttura ricettiva.

DIRITTO PROCESSUALE – DANNO ERARIALE – Responsabilità amministrativo-contabile – Qualifica di "agente contabile" del gestore della struttura ricettiva – Attività di accertamento e di riscossione dell'imposta di soggiorno – Servizio pubblico – Natura pubblicistica dell'obbligazione – Rapporto di servizio – Funzione strumentale.

Il gestore di una struttura ricettiva riveste la qualifica di "agente contabile" e, conseguentemente, è sottoponibile al regime della responsabilità contabile. L'attività di accertamento e di riscossione dell'imposta di soggiorno ha natura di servizio pubblico e l'obbligazione di versare le somme a tale titolo incassate dal concessionario ha natura pubblicistica, essendo regolata da norme che deviano al regime comune delle obbligazioni civili in ragione della tutela dell'interesse della Pubblica amministrazione creditrice alla pronta e sicura esazione delle entrate. Ne consegue che il rapporto che intercorre tra agente ed Ente si configura come rapporto di servizio, in quanto il soggetto esterno si inserisce nell'*iter* procedimentale dell'Ente pubblico, come compartecipe dell'attività pubblicistica di quest'ultimo, e il concessionario riveste la qualifica di agente contabile, non rilevando in contrario né la sua natura di soggetto privato, né il titolo giuridico in forza del quale il servizio viene svolto, ed essendo necessario e sufficiente che, in relazione al maneggio di denaro pubblico, sia costituita una relazione tra Ente pubblico ed altro soggetto, per la quale la percezione

del denaro avvenga, in base ad un titolo di diritto pubblico o di diritto privato, in funzione della pertinenza di tale denaro all'Ente pubblico e secondo uno schema procedimentale di tipo contabile. Il gestore della struttura ricettiva è chiamato, pertanto, a svolgere una funzione strumentale, ai fini della riscossione dell'imposta di soggiorno, che comporta il maneggio di denaro a destinazione pubblica e il conseguente rapporto di servizio, il cui contenuto prevede obblighi di contabilizzazione, rendicontazione e riversamento delle somme introitate, che hanno natura pubblica, in quanto ricevute quale pagamento di un debito di imposta, per sua natura di rilevanza pubblica.

DIRITTO PROCESSUALE – DIRITTO PROCESSUALE – Eccezione di inammissibilità dell'atto di citazione in conseguenza della nullità/inesistenza della notificazione dell'invito a dedurre – Art. 138 e ss. c.p.c. e art. 7 c.g.c. – Art. 51, comma 3, e art. 67 c.g.c. – Art. 43 del D.L. n. 90 del 2014 – Art. 3 *bis*, comma 1, primo periodo, L. n. 53 del 1994 – Infondatezza.

La notificazione dell'invito a dedurre all'indirizzo di posta elettronica certificata dell'impresa individuale desumibile da pubblici registri non può essere considerata nulla né, tantomeno, inesistente qualora risulti dagli di causa che l'invito a dedurre sia stato ritualmente consegnato all'indirizzo P.E.C. del destinatario, a nulla rilevando che nel testo della P.E.C. la Procura abbia indicato che l'invito a dedurre era destinato all'imprenditore senza alcuna ulteriore specificazione.

DIRITTO PROCESSUALE – Eccezione di inammissibilità dell'atto di citazione per violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale – Casi di sequestro preventivo preordinato alla confisca – Infondatezza – Differenza tra confisca e risarcimento del danno.

Non può essere accolta l'eccezione di inammissibilità dell'atto di citazione per violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, in considerazione del sequestro preordinato alla confisca e della duplicazione risarcitoria che si verrebbe in caso di condanna nel giudizio contabile, dal momento che il parametro di riferimento del giudizio di responsabilità penale è differente, in quanto diversa è la logica che sostiene l'una e l'altra tipologia di accertamento processuale. Va aggiunto che mentre la confisca viene imposta nell'interesse collettivo e con funzione socialpreventiva, la condanna al risarcimento del danno persegue l'effetto di reintegrare il patrimonio dell'Ente pubblico, depauperato dalla condotta criminosa accertata in sede penale. I provvedimenti adottati nelle due distinte sedi giudiziarie, infatti, hanno natura giuridica differente: la condanna al risarcimento dei danni per responsabilità contabile non è sanzione penale, nemmeno considerata nella sua accezione sostanziale, perché persegue finalità recuperatoria e non ha il carattere afflittivo coessenziale alla pena.

DANNO ERARIALE – Illiceità della condotta – Sussistenza del nesso di causalità – Onere della prova – Responsabilità contabile – Art. 194, commi 1 e 2, del r.d. n. 827 del 1924.

L'omesso adempimento dell'obbligo di riversamento delle somme riscosse costituisce condotta illecita e configura la sussistenza di danno erariale addebitale al convenuto. In tema di responsabilità contabile, l'onere della prova è ripartito tra l'attore (P.M. contabile) – tenuto a dimostrare l'inadempimento, ossia l'ammontare del denaro riscosso e rimasto in carico all'agente – e l'agente contabile, cui spetta eccepire l'esatto adempimento dell'obbligazione, fornendo la prova di avere versato quanto dovuto, in applicazione delle norme primarie, regolamentari e dalla convenzione stipulata. Gli agenti contabili, per essere discaricati del denaro riscosso e non versato

all'Amministrazione, devono fornire la prova che "ad essi non sia imputabile il danno, né per negligenza, né per indugio frapposto nel richiedere i provvedimenti necessari per la conservazione del denaro o delle cose avute in consegna", mentre non possono essere discaricati quando abbiano usato irregolarità o trascuratezza nella tenuta delle scritture corrispondenti.

DANNO ERARIALE – Dolo – Prova del dolo – Art. 21 del D.L. n. 76 del 2020.

La prova del dolo non richiede, nei casi di riscossione dell'imposta di soggiorno, la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso, ai sensi della norma di cui all'art. 21 del D.L. n. 76 del 2020, in quanto la novella invocata non si applica ai rapporti sorti antecedentemente alla modifica della norma in questione perché di carattere sostanziale, vigendo il principio di cui all'art. 11 delle Disp. prel. c.c.

Pres. Greco, Est.: Zaffina – PM (dott.ssa Daino) c. S. Tantille (avv.ti F. Avino, G. Maturi e F. Povelato)

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE LOMBARDIA – 20 agosto 2021, n. 256

MASSIMA

DIRITTO PROCESSUALE – Irritualità, inesistenza ed inefficacia dell'atto introduttivo – Notifica a mezzo PEC al domicilio digitale del difensore – Art. 29, comma 1 *bis*, c.g.c. – Infondatezza.

Ai sensi dell'art. 29, comma 1 *bis*, del c.g.c., la procura alle liti contenente l'elezione di domicilio rilasciata nella fase preprocessuale ha effetto anche per la fase del giudizio instaurato con l'atto di citazione. In caso di procure speciali sottoscritte dai convenuti con cui si delega il legale alla rappresentanza e alla difesa in relazione all'invito a dedurre, infatti, la notifica dell'atto introduttivo effettuata a mezzo PEC al domicilio digitale del difensore deve ritenersi valida.

DIRITTO PROCESSUALE – Eccezione di intervenuta prescrizione – Infondatezza – Occultamento doloso del danno – Art. 1, comma 2, della L. n. 20 del 1994.

In caso di occultamento doloso del danno, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno inizia a decorrere dalla data della sua scoperta e non da quella in cui si è verificato il fatto dannoso.

DANNO ERARIALE – Danno da disservizio – Responsabilità dolosa.

Il danno da disservizio può essere prodotto da una serie di condotte colpevolmente disfunzionali che incidono sulla qualità e sulla materiale esecuzione del servizio pubblico, tra cui anche il danno per ulteriori costi sostenuti per il recupero e ripristino della legalità del servizio o della finzione, legati – per esempio – allo svolgimento di verifiche e controlli straordinari volti all'accertamento dell'illecito erariale.

Pres. Tenore, Est. Ronci – PM (dott. Grasso) c. M.F.R. Forini e L.S. Fossati (avv. M.G. Battaglia)

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 11 giugno 2021, n. 195

MASSIMA

DANNO ERARIALE – Problema di qualificazione – Gestore struttura ricettiva – Imposta di soggiorno – Agente contabile – Responsabile di imposta – D.L. n. 34 del 2020. Obbligo di incasso e versamento nelle casse comunali da parte del gestore struttura ricettiva.

Alla luce delle sopravvenute disposizioni di cui all'art. 180 del D.L. n. 34 del 2020 e della sentenza delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione n. 26499 del 2020, i titolari delle strutture ricettive incaricati di riscuotere l'imposta di soggiorno non rivestirebbero più la qualifica di agenti contabili, ma quella di responsabili di imposta, cosicché non sarebbero soggetti alla resa del conto giudiziale. Solo successivamente all'entrata in vigore del D.L. n. 34 del 2020 il gestore della struttura ricettiva non riveste più la qualifica di agente contabile, ma quella di responsabile di imposta, con la conseguenza che permane la qualifica di agente contabile per gli esercizi finanziari e per le somme riscosse anteriormente al 19 maggio 2020, data di entrata in vigore del D.L. n. 34 del 2020.
Pres. Cirillo, Est. Marrè Brunenghini – PM (dott.ssa Aronica) c. omissis (avv. A. Palasciano)

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE LOMBARDIA – 26 luglio 2021, n. 241

MASSIMA

DANNO ERARIALE – Danno indiretto – Rifiuto di ricovero preordinato all'interruzione del trattamento comprensivo del sostegno vitale artificiale – Presupposti – Sentenza di condanna in sede civile o amministrativa – Pagamento della somma a titolo di ristoro – Esclusione di ogni automatismo derivante dalle sentenze intervenute nel giudizio civile o amministrativo – Autonoma valutazione sugli elementi costituitivi della responsabilità amministrativa per danno erariale – Onere probatorio in capo alla Procura contabile – Ritraibilità elementi di prova dai fatti materiali accertati in altri processi penali, civili e/o amministrativi.

Nel processo contabile, ai fini della valutazione della sussistenza di una responsabilità per danno erariale indiretto, si deve in ogni caso escludere ogni automatismo derivante dalla sentenze intervenute nel giudizio civile e amministrativo, atteso che tali giudizi si sono svolti nei confronti di soggetti diversi e con l'applicazione di un separato regime probatorio e sostanziale proprio della responsabilità per danni della Pubblica amministrazione, incombendo sulla Procura erariale l'onere probatorio in ordine alla sussistenza della colpa grave del dipendente pubblico, secondo le ordinarie regole sostanziali e processuali della responsabilità amministrativo-contabile.

DANNO ERARIALE – Danno indiretto – Autonoma valutazione sugli elementi costituitivi della responsabilità amministrativa per danno erariale – Onere probatorio in capo alla Procura

contabile in ordine alla sussistenza della colpa grave – Requisito della colpa grave – Insussistenza.

Nel giudizio di responsabilità amministrativa deve escludersi la sussistenza della colpa grave in capo al convenuto, pur ravvisandosi una responsabilità civile dell'Amministrazione in ragione della colpa di apparato accertata con sentenza intervenuta nel giudizio amministrativo, a fronte della novità, complessità ed eccezionalità del caso, della mancanza di specifici precedenti giurisprudenziali, nonché della complessità del quadro normativo di riferimento e della pacifica assenza di una disciplina normativa sul c.d. fine vita all'epoca dei fatti contestati, quali circostanze inidonee a consentire al dipendente pubblico, non soltanto la conoscenza effettiva o potenziale del danno, ma neppure a permettergli, oggettivamente, la relativa percezione.

Pres. Tenore, Est. Chirieleison – Procura regionale per la Lombardia (PM Pezzilli) c. Lucchina (avv.ti Invernizzi, Testa).

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE LAZIO – 7 luglio 2021, n. 568

MASSIMA

DIRITTO PROCESSUALE – Sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti – Art. 4, comma 3, D.L. n. 34 del 2020 – Omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno da parte del gestore di una struttura ricettiva.

Sussiste la giurisdizione contabile anche alla luce della sopravvenuta normativa di cui all'art. 4, comma 3, del D.L. n. 34 del 2020, convertito in L. n. 77 del 2020, in virtù della quale il gestore di una struttura ricettiva è responsabile del pagamento dell'imposta e del contributo di soggiorno e risponde per l'omesso, ritardato o parziale versamento di tali tributi.

DANNO ERARIALE – Responsabilità contabile – Gestore struttura ricettiva qualificato come "agente contabile" – Responsabile del pagamento – Differenza con la disciplina del sostituto d'imposta – Imposta di soggiorno – Obbligo di incasso e versamento nelle casse comunali da parte del gestore struttura ricettiva.

La disciplina di cui all'art. 4, comma 3, del D.L. n. 34 del 2020, convertito in L. n. 77 del 2020, sebbene abbia determinato la depenalizzazione della condotta del gestore di una struttura ricettiva per l'omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno, ha mantenuto la responsabilità contabile del gestore stesso che, nella veste di responsabile del pagamento, mantiene la qualifica di "agente contabile" che maneggia denaro pubblico e che è, pertanto, tenuto a riversarlo nelle casse dell'Ente pubblico. A differenza del sostituto d'imposta, il responsabile del pagamento assume nei confronti dell'Amministrazione comunale solo la responsabilità dell'omessa rendicontazione o del mancato versamento del denaro ricevuto a titolo di imposta di soggiorno; denaro, che il gestore della struttura ricettiva deve provvedere ad incassare e accantonare per poi riversarlo nelle casse dell'Ente.

Pres. Miele, Est. Palomba. PM (D'Urso) c. L. Capezzuoli (avv. De Rosa)

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. REGIONE LOMBARDIA – 7 maggio 2021, n. 160

MASSIMA

GIUDIZIO CONTABILE E AMMINISTRATIVO – RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVO-CONTABILE – DANNO ERARIALE – APPALTI – PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – Percezione di tangenti da parte di amministratori e funzionari pubblici infedeli – Tipologie di danno erariale – Onere della prova gravante sulla Procura attrice.

In fattispecie di percezione di tangenti da parte di infedeli amministratori e funzionari pubblici in caso di affidamento di appalti pubblici, in astratto, sono configurabili quattro tipologie di danno erariale: da tangente, da disservizio, da violazione del sinallagma lavoro/retribuzione e all'immagine della P.A. Tuttavia, il mero rimando alle nozioni astratte di tali categorie non è sufficiente per presumere la sussistenza dell'onere della prova che, invece, per ogni figura di danno deve essere assolto dalla Procura attrice.

GIUDIZIO CONTABILE E AMMINISTRATIVO – RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVO-CONTABILE – DANNO ERARIALE – APPALTI – PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – Appalti aggiudicati previa erogazione di tangenti – Danno da disservizio – Categoria descrittiva – Mancata configurazione per mero espletamento di controlli interni – Spesa fisiologica non configura danno – Danno per ritardi o omissioni di altre primarie attività della P.A. per espletare controlli – Onere della prova gravante sulla Procura attrice

In conseguenza di appalti aggiudicati previa erogazione di tangenti, in seguito all'espletamento di controlli e verifiche interni sui costi sopportati dalla P.A., il contestato danno da disservizio, mera categoria descrittiva – non ontologica -, non deriva dal costo sostenuto per tali controlli, trattandosi di spesa fisiologica, retribuita con stipendio ordinario a dipendenti interni. Tuttavia va dimostrato un danno da ritardo – subito dalla P.A. o da terzi utenti – per altre attività urgenti o maggiormente rilevanti che sono state posticipate, rallentate o finanche non espletate per via delle verifiche interne su fatti di "malaffare" causati da altri dipendenti. Difatti, il tempo impiegato per controllare e sanzionare l'attività di colleghi – autori di illeciti connessi ai compiti d'ufficio – non si configura quale costo patologico, bensì fisiologico e perciò non causativo di danno erariale da disservizio. Ad ogni modo, qualora tale fisiologica attività di controllo, rientrante tra i doveri del dipendente, avesse cagionato rallentamenti, inerzie o omissioni nell'*agere* della PA, forieri di danno, la Procura deve fornirne prova sia sull'*an* che sul *quantum*; altrimenti la pretesa, quale mera petizione di principio, deve essere rigettata.

GIUDIZIO CONTABILE E AMMINISTRATIVO – RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVO-CONTABILE – DANNO ERARIALE – APPALTI – PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – Percezioni di tangenti da amministratori e dipendenti pubblici per l'aggiudicazione di appalti – Danno da tangente – Transazione tra impresa e P.A. per il risarcimento dei maggiori costi sopportati dall'amministrazione – Danno residuo non coperto dalla transazione – Onere della prova a carico della Procura attrice.

In caso di percezione di tangenti da amministratori e dipendenti pubblici per l'aggiudicazione di appalti, è configurabile un danno da tangente subito dalla P.A. per gli ulteriori costi sopportati dalla medesima e su di essa gravanti per opera dell'impresa corruttrice. Tuttavia, qualora sopraggiunga una transazione tra impresa corruttrice e P.A. per risarcire i maggiori costi sopportati dall'amministrazione, è onere della Procura attrice dimostrare che residui un danno da tangente non coperto dalla successiva transazione. Qualora l'onere della prova non venga assolto, la domanda va respinta.

GIUDIZIO CONTABILE E AMMINISTRATIVO – RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVO-CONTABILE – DANNO ERARIALE – APPALTI – PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – Percezioni di tangenti da amministratori e dipendenti pubblici per l'aggiudicazione di appalti – Danno da violazione del sinallagma lavoro/retribuzione – Danno quantificato in via equitativa – Criteri di verosimiglianza.

In fattispecie di percezione di tangenti da amministratori e dipendenti pubblici per l'aggiudicazione di appalti, può altresì configurarsi un danno da violazione del sinallagma lavoro/retribuzione patito dalla P.A. per l'intervallo di tempo in cui infedeli dipendenti o amministratori abbiano commesso atti illeciti invece che legittime prestazioni lavorative. Tale danno, quantificato in via equitativa, deve essere ancorato a criteri di verosimiglianza, non essendo sufficienti mere presunzioni.

GIUDIZIO CONTABILE E AMMINISTRATIVO – RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVO-CONTABILE – DANNO ERARIALE – APPALTI – PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – Percezioni di tangenti da amministratori e dipendenti pubblici per l'aggiudicazione di appalti – Danno all'immagine – Determinazione equitativa ex art. 1226 c.c. – Parametro presuntivo del c.d. "doppio della tangente o del vantaggio conseguito" ai sensi della L. n. 190 del 2012 – Inapplicabilità a fatti anteriori alla legge Anticorruzione – Valutazione in concreto.

In caso di percezione di tangenti da amministratori e dipendenti pubblici per aggiudicare appalti, è inoltre configurabile un danno all'immagine della P.A., poiché la condotta de qua ingenera o rafforza nell'idem sentire il convincimento che sussistano sottostanti accordi sistematici tra imprenditori, politici e funzionari pubblici nell'aggiudicazione di appalti per avvantaggiare esecuzioni dei contratti non a regola d'arte, in cambio della dazione di denaro, approfittando per tale via dei pubblici bilanci e della *res publica* in generale. La determinazione del danno *de quo* è in via equitativa *ex* art. 1226 c.c. e la presunzione legislativa sul "raddoppio tangentizio" di cui alla L. n. 190 del 2012, per i fatti anteriori alla legge Anticorruzione, quale criterio quantificatorio del danno costituisce un parametro logico ragionevolmente utilizzabile soltanto in astratto. In concreto, essendo le condotte materiali all'origine del danno all'immagine arrecato alla P.A. anteriori alla l. 190 del 2012, il sopravvenuto parametro legale presuntivo del c.d. "doppio della tangente o del vantaggio conseguito" è inapplicabile nella fattispecie de qua, per cui il danno all'immagine va quantificato senza automatismi di legge, valutando in concreto il caso specifico.

Presidente f.f. Relatore V. Tenore – P.M. G. Milano – Procura regionale c. A. (n.c.), B. (avv.ti Ferrari, Assereto), D. G. (avv. Aldini), G. (avv.ti Malcovati, Magistretti e Nesler Cattaneo), P.(avv.ti Mascetti, Balzarini, Brignoli e Persano)

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 16 aprile 2021, decr. n. 3

MASSIMA

RESPONSABILITÀ SANZIONATORIA DA DISSESTO FINANZIARIO – Art. 248, comma 5, TUEL – Autonomia della responsabilità sanzionatoria da dissesto.
L'art. 248, comma 5, del TUEL configura una fattispecie astratta tipizzata di responsabilità sanzionatoria da dissesto finanziario, che si caratterizza per la sua autonomia non solo sul terreno sostanziale, ma anche su quello procedurale, in quanto non è più previsto, a differenza del testo originario, un rapporto di necessaria pregiudizialità tra una previa sentenza di condanna per ordinaria responsabilità amministrativa per danno erariale e un successivo giudizio per responsabilità sanzionatoria da dissesto.

RESPONSABILITÀ SANZIONATORIA DA DISSESTO FINANZIARIO – Prescrizione – Calcolo del dies a quo.
In caso di responsabilità da dissesto finanziario ex art. 248 del TUEL, il dies a quo della prescrizione decorre dalla data della dichiarazione del dissesto finanziario ex art. 246 del TUEL, la quale costituisce l'"evento"-conseguenza della condotta tipizzata dell'aver contribuito alla sua determinazione.

RESPONSABILITÀ SANZIONATORIA DA DISSESTO FINANZIARIO – Illecito ex art. 248 TUEL – Sussistenza dell'elemento soggettivo nella forma della colpa grave – Piena consapevolezza della lesività delle condotte.

L'art. 248, comma 5, del TUEL descrive sostanzialmente la condotta antigiuridica e il relativo apporto causale minimo, ai fini della ricostruzione di detta peculiare forma di responsabilità e dunque dell'irrogazione delle relative sanzioni. Sussiste l'elemento soggettivo dell'illecito di cui all'articolo 248, comma 5, Tuel, quanto meno nella forma della colpa grave, in presenza di ripetuti pareri rilasciati dagli organi tecnici dell'ente su questioni di notevole rilevanza di ordine finanziario e con riguardo a numerosi documenti contabili approvati, risultando indubbia la piena consapevolezza della lesività delle condotte, le cui conseguenze sono state sistematicamente rappresentate sia dal responsabile del servizio finanziario che dall'organo di revisione. In tema di responsabilità "da dissesto" ex articolo 248, comma 5, Tuel, assume rilievo causale, quantomeno "agevolativo", il sistematico appostamento tra le poste attive del bilancio, con quanto consegue in ordine agli equilibri del medesimo e alla situazione di cassa, di entrate straordinarie (in specie, quelle cospicue da alienazione di immobili) già dimostratesi solo virtuali in precedenti esercizi, condotta assunta pur in pendenza di pregresse e perduranti sofferenze di cassa.

Giudice monocratico designato: Longo. Procura regionale c. F.G. Sero et alii

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 6 aprile 2021, n. 122

MASSIMA

RESPONSABILITÀ SANZIONATORIA DA DISSESTO FINANZIARIO – Art. 248, comma 5, TUEL – Non dipendenza dall'accertamento del danno erariale e dalla responsabilità risarcitoria – Accertamento della responsabilità sanzionatoria limitato alla sussistenza della condotta illecita e del nesso causale.

Rispetto alla generale responsabilità amministrativa, l'accertamento della responsabilità sanzionatoria da dissesto finanziario non può e non deve dipendere necessariamente dall'accertamento del danno erariale e dalla relativa responsabilità risarcitoria, in quanto il legislatore sanziona esclusivamente una condotta, commissiva od omissiva, e – conseguentemente – l'accertamento della responsabilità andrà limitato alla sussistenza della condotta illecita e del nesso causale, oltre che dell'elemento psicologico.

RESPONSABILITÀ SANZIONATORIA DA DISSESTO FINANZIARIO – Accertamento dei danni prodotti – Riconoscimento della responsabilità per aver contribuito al dissesto finanziario.

In base al vigente art. 248, comma 5, TUEL, avendo il legislatore svincolato il profilo sanzionatorio dall'accertamento di eventuali danni prodotti, appare teleologicamente incontestabile che il riconoscimento della responsabilità per aver contribuito al dissesto e l'applicazione delle sanzioni pecuniarie coincidono e sono accumunati in un unico momento accertativo.
Il previo accertamento della responsabilità per danni, pertanto, non è un "presupposto ineludibile" dell'azione del Procuratore regionale.

DIRITTO PROCESSUALE – Art. 133 c.g.c. – Qualificazione come norma processuale e non sostanziale – Disciplina generale e uniforme del rito sanzionatorio.

L'art. 133 c.g.c. è norma processuale con cui il legislatore ha dettato una disciplina generale e uniforme del rito sanzionatorio, in cui il diritto di azione del Procuratore regionale – come pure il correlato e contrapposto diritto di difesa delle parti – trova la propria giustificazione nella violazione della norma sostanziale fatta valere in giudizio, che deve descrivere e prevedere il "precetto" violato e la "sanzione" comminabile.

RESPONSABILITÀ SANZIONATORIA DA DISSESTO FINANZIARIO – Sanzioni interdittive – Accertamento della responsabilità degli Amministratori alla contribuzione del dissesto.

Le sanzioni interdittive conseguono di diritto all'unico accertamento della responsabilità degli amministratori alla contribuzione del dissesto, nell'ambito del medesimo rito sanzionatorio, e vanno dichiarate dal giudice nel proprio provvedimento.

DIRITTO PROCESSUALE – Sussistenza della giurisdizione contabile per sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive che derivano da un unico accertamento – Responsabilità degli Amministratori.

Sussiste la giurisdizione contabile, in materia di responsabilità per dissesto, in ordine sia alle sanzioni pecuniarie, sia alle sanzioni interdittive che derivano da un unico accertamento in ordine

alla responsabilità degli Amministratori per aver contribuito, con dolo o colpa grave e con condotte omissive e commissive, al verificarsi del dissesto.

RESPONSABILITÀ SANZIONATORIA DA DISSESTO FINANZIARIO – Responsabilità per aver contribuito causalmente al dissesto dell'Ente pubblico – Caso di riaccertamento straordinario dei residui – Disavanzo di Amministrazione – Mancata attivazione delle misure finanziarie necessarie per recuperare il disavanzo.

Sono responsabili, per aver contribuito causalmente al dissesto dell'Ente, gli amministratori che, in seguito al riaccertamento straordinario dei residui, che aveva evidenziato un consistente disavanzo di amministrazione, non hanno posto in essere le misure finanziarie necessarie per recuperare il predetto disavanzo già dall'esercizio finanziario successivo.

Pres. Loreto, Est. Vaccarino – PM (Di Pietro) c. M. Sabatino et alii

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 17 marzo 2021, n. 110

MASSIMA

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA – DANNO ERARIALE – Sussistenza della giurisdizione contabile – Art. 122, comma 4, Cost. – Immunità consiglieri regionali – Gestione dei fondi pubblici erogati a gruppi consiliari – Attività materiale delle gestioni finanziarie – Ammissibilità dell'azione di responsabilità esperita nei confronti dei capigruppo e consiglieri regionali – Sindacato sulla legittimità della spesa pubblica – Valutazione della spesa pubblica in base a criteri di razionalità, efficacia, economicità, ragionevolezza, proporzionalità e buon andamento.

Sussiste la giurisdizione contabile sull'azione di responsabilità esperita nei confronti dei capigruppo e dei consiglieri regionali imputati aver indebitamente ottenuto il rimborso spese non consentite e non documentate, dal momento che l'immunità prevista dall'art. 122, comma 4, Cost. per i consiglieri regionali non è assoluta e incondizionata, ma è limitata ai "voti dati ed alle opinioni espresse", ossia a quegli atti tipici posti in essere in occasione di dichiarazioni e votazioni strumentali all'esercizio dell'attività politica e legislativa. La norma di cui all'art. 122, comma 4, Cost. non mira ad assicurare una posizione di privilegio ai consiglieri regionali, ma a preservare da interferenze e condizionamenti esterni le determinazioni inerenti alla sfera di autonomia costituzionalmente riservata al Consiglio regionale. Essa, dunque, non copre l'attività materiale delle gestioni finanziarie che resta assoggettata all'ordinaria giurisdizione civile, penale e contabile. Da ciò consegue che la gestione dei fiondi pubblici erogati ai gruppi consiliari è soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti, a nulla rilevando la natura pubblica o privata dei gruppi consiliari, attesa l'origine pubblica delle risorse e la definizione legale del loro scopo. Il giudice contabile può e deve sindacare la legittimità della spesa pubblica anche alla luce di criteri quali la congruità, la logicità, la razionalità, l'efficacia, l'economicità, la ragionevolezza, la proporzionalità e il buon andamento, che costituiscono espressioni della coerenza delle scelte dell'Amministrazione rispetto al pubblico interesse che ne contrassegnano la funzione, anche con riferimento al *munus publicum* di consigliere regionale.

DIRITTO PROCESSUALE – Onere della prova – Principio di vicinanza dell'onere della prova – Obbligo di allegazione della documentazione necessaria in capo a chi gestisce fondi pubblici.

In caso di rimborsi illeciti a capigruppo e consiglieri regionali per spese non consentite e non documentate, l'onere della prova relativo alla veridicità, coerenza e inerenza delle spese, non grava sulla Procura, ma sui convenuti, attraverso l'allegazione della documentazione idonea a dimostrare la veridicità dell'erogazione e la rispondenza alle finalità istituzionali dei gruppi consiliari. L'incidenza sui convenuti dell'onere della prova discende non solo dal dover dare conto delle modalità di impiego delle risorse pubbliche, che grava su chi gestisce fondi pubblici, ma anche dal principio della vicinanza dell'onere della prova che tende ad attribuirlo a chi è oggettivamente in grado di ottemperarvi. Poiché è indubbio che chi gestisce i fondi pubblici debba allegare la documentazione necessaria per dimostrarne l'impiego corretto, appare evidente che è lo stesso soggetto l'unico in grado di depositarne copia sia in sede amministrativa, sia in sede contenziosa. La Procura attorea, solo nell'ipotesi in cui la parte abbia fornito la documentazione giustificativa sia sotto il profilo della veridicità sia dell'inerenza, avrà l'onere di provare, spesa per spesa, l'inconferenza e l'insufficienza della documentazione stessa.

Pres. Longo, Est. di Pietro – PM Di Pietro – F.A.

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 Abbr. www.ambientediritto.it. - Catalogo (CINECA) - Codice rivista: E197807 - (Codice DoGi:) 9080 - Archivio Collettivo Nazionale dei Periodici ((ACNP)) Codice rivista PT03461393 - Catalogo internazionale (ROAD), patrocinato dall'UNESCO.

https://www.ambientediritto.it/