

ISSN 1974-9562

ANNO - XXII

AMBIENTEDIRITTO.IT

Rivista Scientifica Giuridica in CLASSE A - Area 12 - ANVUR

All'interno i contributi dei seguenti autori:

Editoriale **P. MADDALENA,**

Saggi: **A. CARIOLA, S. F. REGASTO, G. VIVOLI, V. TASA FUSTER, L. LEO, D. PORENA, F. PERCHINUNNO, G. DELLE CAVE, I. SPADARO, G. MARCHIANÒ, F. VALENTINI, G. BUCCI, L. M. PEPE, B. MAZZOLAI, M. CALABRÒ, S. TUCCILLO, F. E. GRISOSTOLO, S. ESPOSITO, A. MITROTTI, A. DI CAGNO, S. NANÈ, B. ACCETTURA, A. GUIDARA, B. BERTARINI, D. GAMBETTA, G. TRENTA, G. LA ROSA, D. VESE, V. MOLASCHI, S. ZANINI, C. D'ORAZI,**
Focus: **G. CORTIGIANI, G. BARTOLOZZI,** Oss. Dir. dell'Energia: **C. MAINARDIS.**

Fascicolo 1/2022



AMBIENTEDIRITTO - EDITORE®
 TESTATA REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI PATTI (REG. N. 197 DEL 19/07/2006)

ORGANIGRAMMA DELLA RIVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE:

FULVIO CONTI GUGLIA

Iscritto dal 23 giugno 2006 presso l'ordine dei giornalisti all'albo speciale EX ART. 28, LEGGE N. 69 DEL 1963 E SS. MM.

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 INTERNAZIONALE 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" - **PAOLO MADDALENA** VICE PRESIDENTE EMERITO DELLA CORTE COSTITUZIONALE - **ANTONELLA MASSARO** PROFESSORE ASSOCIATO DIRITTO PENALE (IUS/17) UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE - **UGO MATTEI** PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO PRIVATO (IUS/01) UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO - **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 UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA - **STEFANO NESPOR** PROFESSORE A CONTRATTO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (IUS/10) POLITECNICO DI MILANO - **DANTE FLÀVIO OLIVEIRA PASSOS** PROFESSOR ADJUNTO DE ADMINISTRAÇÃO, UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PARAÍBA - **MARCO OLIVI** PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (IUS/10) UNIVERSITÀ CA' FOSCARI DI VENEZIA - **GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL** PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO (IUS/10) UNIVERSITAT DE VALENCIA - **PAOLO PASSAGLIA** PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO PUBBLICO COMPARATO (IUS/21) UNIVERSITÀ DI PISA - **ARISTIDE POLICE** PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (IUS/10) UNIVERSITÀ DI ROMA TOR VERGATA - **NICOLETTA RANGONE** PROFESSORESSA ORDINARIA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (IUS/10) UNIVERSITÀ DI ROMA LUMSA - **CECILIA RICCI** PROFESSORESSA ASSOCIATA DI STORIA ROMANA (L-ANT/03) UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE - **MAURIZIO RIVERDITI** PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO PENALE (IUS/17) UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO - **RAFFAELE GUIDO RODIO** PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO COSTITUZIONALE (IUS/08) UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BARI - **ROBERTO ROMBOLI** PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO COSTITUZIONALE (IUS/08) UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PISA - **TULIO RAUL ROSEMBUJ** PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO TRIBUTARIO IUS/12 (UNIVERSIDAD DE BARCELONA) E PROF. A CONTRATTO IN LUISS - **GIANLUCA RUGGIERO** PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO PENALE (IUS/17) UNIVERSITÀ DEL PIEMONTE ORIENTALE - **ANTONIO SAITTA** PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO COSTITUZIONALE (IUS/08) UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA - **UGO SALANITRO** PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO PRIVATO (IUS/01) UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA - **ALESSIO**

SCARCELLA CONSIGLIERE DELLA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE - **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:

FRANCESCO CAMPLANI (ASSEGNISTA DI RICERCA, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA) - **LUIGI CARBONE** (DOTTORANDO DI RICERCA IN DIRITTO COSTITUZIONALE - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA) **CAMILLA DELLA GIUSTINA** (DOTTORANDA DI RICERCA PRESSO UNIVERSITÀ DEGLI STUDI LUIGI VANVITELLI) - **DANIELA DI PAOLA** (FUNZIONARIO MIUR - COORDINATRICE GIURISPRUDENZA) - **GIUSEPPINA LOFARO** (ASSEGNISTA DI RICERCA POST-DOC IN DIRITTO AMMINISTRATIVO - 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) - **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 INTERNAZIONALE DEI REFEREES:

GIUSEPPE UGO ABATE (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO) - **ROBERTA AGNOLETTI** (AVV. DEL FORO DI VENEZIA E COORD. DIDATTICA MASTER IN DIRITTO DELL'AMBIENTE E DEL TERRITORIO - UNIVERSITÀ CA' FOSCARI DI VENEZIA) - **XAVIER ARBOS MARIN** (UNIVERSIDAD DE BARCELONA) - **ANNAMARIA BONOMO** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BARI) - **MARCO BROCCA** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL SALENTO) - **MARIA AGOSTINA CABIDDU** (POLITECNICO DI MILANO) - **MARCO CALABRÒ** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA CAMPANIA LUIGI VANVITELLI) - **HILDE CAROLI CASAVOLA** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE) - **ACHILLE ANTONIO CARRABBA** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BARI ALDO MORO) - **MATTEO CARRER** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO) - **GIAN FRANCO CARTEI** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE) - **GIOVANNI CATALISANO** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ENNA KORE) - **VALENTINA CAVANNA** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO) - **MARTA SILVIA CENINI** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELL'INSUBRIA) - **OMAR CHESSA** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI) - **STEFANO CIAMPI** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE) - **ALBERTO CLINI** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO "CARLO BO") - **DANIELE SEBASTIANO CODUTI** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FOGGIA) - **LUIGI COLELLA** (UNIVERSITÀ DELLA CAMPANIA LUIGI VANVITELLI) - **FABIO CORVAJA** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA) - **JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ** (UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA) - **GIANNI CORTIGIANI** (AVVOCATO DISTRETTUALE DELLO STATO DI FIRENZE) - **MANLIO D'AGOSTINO PANEBIANCO** (CESINTES DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA TOR VERGATA) - **SIMONA D'ANTONIO** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TERAMO) - **SANDRO DE GOTZEN** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE) - **LORENZO DE GREGORIIS** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TERAMO) - **ANDREA DE LIA** (AVV. PENALISTA E DOCENTE A CONTRATTO DI DIRITTO PENALE) - **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 COMMITTEENZA DEL COMUNE DI LANCIANO) - **GRAZIA MARIA VAGLIASINDI** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA) - **TOMMASO VENTRE** (LUISS GUIDO CARLI) - **MARCELLO VERNOLA** (UNIVERSITÀ DI CASSINO E DEL LAZIO MERIDIONALE) - **DONATO VESE** (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO).

TUTTI GLI ARTICOLI DELLA RIVISTA SONO SOTTOPOSTI A REFERAGGIO SECONDO LE DISPOSIZIONI ANVUR, CON ESCLUSIONE DEI FOCUS, DEGLI OSSERVATORI, DEI REDAZIONALI E DEGLI EDITORIALI.

	Indice generale
ORGANIGRAMMA DELLA RIVISTA.....	2
AD SOMMARIO.....	8
EDITORIALE.....	12
IL DEMANIO COSTITUZIONALE A DIFESA DELLO STATO COMUNITÀ DAGLI ATTACCHI SPECULATIVI DEI MERCATI INTERNAZIONALI.....	13
Paolo Maddalena.....	13
SAGGI.....	29
«ENTI LOCALI» ED «ALTRI ENTI LOCALI».....	30
Agatino Cariola.....	30
A CHI APPARTIENE LO SPAZIO?.....	42
Brando Mazzolai.....	42
COMPETENZE LEGISLATIVE REGIONALI PER IL CONTROLLO DELLA FAUNA SELVATICA: LA CORTE COSTITUZIONALE INDIVIDUA LE CONDIZIONI PER “CAPOVOLGERE” L’INTERPRETAZIONE DI UNO STANDARD.....	53
Giacomo Vivoli.....	53
ASPETTANDO IL “NUOVO” DDL ZAN.....	72
Ignazio Spadaro.....	72
CERTIFICARE LA SALUTE?.....	96
IL CASO DEL GREEN PASS EUROPEO.....	96
Donato Vese.....	96
GEOPOLÍTICA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CRISIS EN LA GLOBALIZACION: SU IMPACTO EN EL DERECHO EUROPEO Y LAS LENGUAS.....	108
Vicenta Tasa Fuster.....	108

IL PRINCIPIO DI “PREVALENZA DEL PIANO PAESAGGISTICO” NEL RECENTE APPRODO DELLA CONSULTA (NOTA A CORTE COST. N.251/2021).....	129
Francesco Perchinunno.....	129
RIDUZIONE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI, REFERENDUM LEGISLATIVO ED ABOLIZIONE DEL DIVIETO DI MANDATO IMPERATIVO: IL PARLAMENTARISMO ITALIANO SOTTO PRESSIONE.....	144
Daniele Porena.....	144
IL “DIETROFRONT” DELLA CONSULTA. VERSO LA RICONQUISTA DELLA DEMOCRAZIA?.....	152
Luana Leo *	152
LA VALUTAZIONE AMBIENTALE STRATEGICA: TRA (NUOVE?) INDICAZIONI PRETORIE E (VECCHIE?) QUESTIONI PROCEDIMENTALI E SOSTANZIALI.....	165
Gianluigi Delle Cave *	165
L'ECONOMIA CIRCOLARE CON PARTICOLARE ATTENZIONE AI RIFIUTI URBANI, EX D.L. N. 121 DEL 3 SETTEMBRE 2020.....	179
Giovanna Marchianò *	179
LA DUBBIA EFFICACIA DELLO “SCUDO ERARIALE” COME STRUMENTO DI TUTELA DEL BUON ANDAMENTO DELLA P.A.....	204
Salvatore Cimini - Federico Valentini *	204
REGIMI ABILITATIVI DEGLI IMPIANTI DA FONTI RINNOVABILI: IL “PUNTO” SULLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE PIU’ RECENTE. *	222
Gaetano Bucci **	222
LA TUTELA DELLA BIODIVERSITÀ IN FRANCIA TRA CAMBIAMENTO CLIMATICO E POLITICHE DI TRANSIZIONE.....	230
Luigi Maria Pepe.....	230
DIRITTO ALL’ISTRUZIONE E <i>SOCIAL DIVERSITY</i> IN ITALIA NEL PERIODO PANDEMICO.	243
Marco Calabrò - Silvia Tuccillo *	243
LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI DEI BALCANI OCCIDENTALI NELLA TRANSIZIONE VERSO LO SPAZIO AMMINISTRATIVO EUROPEO.....	266
Francesco Emanuele Grisostolo*	266
L'OMESSA PRONUNCIA SULL’ISTANZA DI RINVIO PREGIUDIZIALE NON INTEGRA L'ERRORE DI FATTO REVOCATORIO.....	291
Salvatore Esposito.....	291
LE <i>GREEN COMMUNITIES</i>: SPUNTI PER UNA RICOSTRUZIONE GIURIDICA E PROSPETTIVE DI ATTUAZIONE TRA PUBBLICO E PRIVATO.....	300

Augusto Di Cagno.....	300
LA SHARI'A, LE SUE FONTI E IL POTERE POLITICO.....	323
Saverio F. Regasto.....	323
CONTROLLO POLITICO E GESTIONE AMMINISTRATIVA NELLE AZIENDE SANITARIE LOCALI: LA FIGURA DEL DIRETTORE GENERALE.....	334
Barbara Accettura.....	334
DIRITTI FONDAMENTALI E DIRITTI SOCIALI NELL'EPOCA DELLE MIGRAZIONI MASSIVE	348
Daniele Porena.....	348
SANZIONI AMMINISTRATIVE SOSTANZIALMENTE PENALI: È DAVVERO LA SVOLTA? 358	
Christian D'Orazi.....	358
L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEGLI OBIETTIVI CLIMATICI: COME GLI IMPEGNI ASSUNTI DAGLI STATI VENGONO PRESI SUL SERIO DAI GIUDICI.....	389
Giacomo Vivoli.....	389
CHIOSE SULLA <i>RATIO</i> DEL DUP DI UN ENTE LOCALE E SPUNTI DI SNODO CON L'AUTONOMIA COMUNALE FALCIDIATA DALLE VARIANTI <i>EX LEGE</i> AGLI STRUMENTI URBANISTICI.....	416
Antonio Mitrotti.....	416
DALLA TARSU ALLA TARIP: TRA DIRITTO TRIBUTARIO E SUGGERZIONI PRIVATISTICHE.....	458
Antonio Guidara.....	458
PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ E VALORIZZAZIONE "CONDIVISA" DEL PATRIMONIO CULTURALE: quali coordinate giuridiche per un museo locale "partecipativo"?.....	482
Davide Gambetta*.....	482
QUALE ASPETTATIVA FUTURA PER UNA NUOVA DISCIPLINA IN MATERIA DI COMUNICAZIONE ELETTORALE SULLE PIATTAFORME <i>ONLINE</i>	515
Gianluca Trenta.....	515
IL FINANZIAMENTO PUBBLICO E PRIVATO DELL' <i>EUROPEAN GREEN DEAL</i> : la tassonomia delle attività economicamente ecosostenibili e la proposta di regolamento europeo sugli <i>European green bonds</i>	529
Beatrice Bertarini.....	529
L'ECONOMIA CIRCOLARE NEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA*.....	546
Viviana Molaschi.....	546
LE COMUNITÀ ENERGETICHE RINNOVABILI: RIFLESSIONI SULL' "AFFIDABILITÀ" DEL SISTEMA DI INCENTIVAZIONE DI CUI AL DECRETO <i>RED II</i>	556

Giuseppe La Rosa*	556
LA TUTELA DEL LUPO IN SPAGNA	568
Riflessioni intorno alla recente svolta protezionistica spagnola	568
Silvia Zanini	568
“PROBLEMATICHE” INERENTI ALLA REALIZZAZIONE DI IMPIANTI PER LA PRODUZIONE DI ENERGIA DA FONTI RINNOVABILI	592
Avv. Salvatore Nanè	592
FOCUS	597
<i>Focus: IL MOBBING DI GENERE IN AMBITO LAVORATIVO</i>	598
Giusi Bartolozzi	598
<i>Focus: FONDAZIONI E CODICE TERZO SETTORE, PROBLEMATICHE DI DIRITTO INTERTEMPORALE</i>	608
Gianni Cortigiani	608
OSSERVATORIO DI DIRITTO DELL'ENERGIA	614
a cura di Cesare Mainardis	614
Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT	620

EDITORIALE

Di Paolo Maddalena

Vice Presidente Emerito della Corte costituzionale

IL DEMANIO COSTITUZIONALE A DIFESA DELLO STATO COMUNITÀ DAGLI ATTACCHI SPECULATIVI DEI MERCATI INTERNAZIONALI.

Paolo Maddalena

Vice Presidente Emerito della Corte costituzionale

SOMMARIO: **1.** La situazione economica attuale. L'assalto del mercato generale e l'indebita ingerenza dell'Europa nell'economia italiana. - **2.** La deleteria attività politica ispirata ai principi economici neoliberisti dei nostri governanti. - **3.** Lo strumento di difesa contro gli assalti del mercato generale: la "proprietà pubblica demaniale". Origine e caratteri del "demanio civilistico". Critica. - **4.** Il "demanio costituzionale". - **5.** Le azioni a tutela del demanio costituzionale.

1. La situazione economica attuale. L'assalto del mercato generale e l'indebita ingerenza dell'Europa nell'economia italiana.

La situazione economica italiana pare oramai pervasa dal pensiero unico neoliberista, per il quale, detto in estrema sintesi, i ricchi tendono a diventare sempre più ricchi e i poveri sempre più poveri¹. A questa situazione vi è da aggiungere la constatazione che oramai il mercato generale è quasi del tutto nelle mani degli speculatori finanziari, i quali, essendo in grado di determinare con le loro operazioni di finanza il livello dei prezzi dei beni e dei servizi, considerano loro "preda" le fonti di ricchezza nazionale dei popoli economicamente più deboli e attaccabili. Un fenomeno che si è verificato più volte nella storia, la quale è ondeggiata tra periodi di prevalenza della "proprietà pubblica" dei beni e periodi di prevalenza della "proprietà privata" di quei beni medesimi.

Un'arma a difesa degli interessi dei popoli è stato, sin dal medio evo, come meglio vedremo, l'istituto giuridico del "demanio", la cui essenza sta nella sottrazione dei beni di preminente interesse pubblico alla loro collocazione sul mercato, dichiarandoli "inalienabili, inusucapibili e inespropriabili".

¹ La inaccettabilità di questa situazione ci ha spinto a lunghe e laboriose ricerche, delle quali sono principale espressione le seguenti monografie: P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli Italiani*, Ed. Donzelli, Roma, 2014; ID., *Gli inganni della finanza*, Ed. Donzelli, Roma, 2016; ID., *La rivoluzione costituzionale. Alla riconquista della proprietà pubblica*, Ed. Diarkos, Reggio Emilia, 2020. Il presente scritto costituisce l'ultimo approdo di dette ricerche, sul quale speriamo si appunti l'interesse generale.

In questo drammatico momento, caratterizzato, prima dalla pandemia e poi dalla guerra in Ucraina, la nostra difesa sta proprio nel riportare nel “dominio” del popolo, e cioè nel demanio, quei beni e servizi essenziali, che improvvidamente e con assoluta leggerezza politica, con un processo sempre crescente, sono stati prima “privatizzati”, e cioè posti sul mercato, e poi svenduti a singoli soggetti, SPA o Fondi di investimento esteri, fino al punto che oggi, in una situazione di estrema difficoltà economica (si pensi all’aumento del prezzo del gas stabilito dalla speculazione in vista, e cioè prima, dello scoppio della guerra in Ucraina, e le sue ricadute sull’intera economia italiana e europea), siamo privi di quei mezzi economici necessari per far fronte ai gravissimi problemi, a cominciare da quelli di tipo umanitario, che ci affliggono². È dunque il mercato generale a rappresentare un pericolo per il benessere della Comunità nazionale, e il primo problema da affrontare è proprio quello di riportare nel pubblico - un “pubblico” libero dalla mentalità propria del finanzia-capitalismo³ - quello che illecitamente è stato ceduto in mano dei privati, ricostituendo quell’equilibrio tra i due settori, che è indispensabile ai fini di un ordinato sviluppo della vita civile.

Un’anticipazione dell’attuale situazione è rinvenibile in un discorso che Roosevelt tenne al Congresso degli Stati Uniti nel 1938, nel quale sottolineò che : “La libertà di una democrazia non è salda, se il popolo tollera la crescita di un potere privato al punto che esso diventa più forte dello stesso Stato democratico”. Una dichiarazione profetica rispetto a quanto è avvenuto oggi con la globalizzazione (forse da mettere in dubbio dopo l’invasione dell’Ucraina da parte della Russia) del mercato generale che, a causa della sua finanziarizzazione dell’economia, consistente nel dare valore di moneta contante a semplici debiti o a semplici scommesse (vedi cartolarizzazioni dei diritti di credito e derivati)⁴, nonché a causa delle spregiudicate azioni speculative degli operatori economici, ha assunto una ricchezza venti volte maggiore di quella del Pil di tutti gli Stati del mondo.

È da sottolineare, inoltre, che molto intralcia lo sviluppo della nostra economia l’invasione indebita di questa “Europa monetaria” (che nulla ha a che vedere con l’idea di Europa auspicata da europeisti del calibro di Altiero Spinelli e Ernesto Rossi) nei nostri processi decisionali (si pensi ai danni provocati dall’*austerità* e, da ultimo, la tragica vicenda di Alitalia). A tal proposito occorre ricordare, a parte ogni altra considerazione, che i Trattati, in base al principio di primazia⁵, non possono prevalere sui principi fondamentali e sui diritti fondamentali sanciti in Costituzione, come ha affermato la ben nota giurisprudenza sul tema dei “contro limiti” alle norme del diritto europeo (Corte costituzionale, sentenze nn. 146 del 1988, 284 del 2007, 238 del 2014, 275 del 2016). Una teoria che è peraltro conforme alla stessa “natura” dell’Unione europea, la quale si fonda sulla “cooperazione tra Stati” e non sul “trasferimento della sovranità” all’Unione, intesa come un Organismo sovranazionale, mirando “segnatamente” (come afferma la lett. b) del Trattato di Maastricht), “al rafforzamento della coesione economica e sociale” dei Paesi membri. Una coesione, che, ovviamente, presuppone un certo tasso di autosufficienza economica da parte di ogni Stato, che poi si traduce in una, quanto meno approssimativa, “parità” di condizioni economiche.

² S. SETTIS, *Italia S.p.a. L’assalto al patrimonio culturale*, Einaudi, 2014; T. MONTANARI, *Privati del patrimonio*, Einaudi 2015.

³ L. GALLINO, *Finanzia-capitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, 2013.

⁴ L. GALLINO, *Con i soldi degli altri. Il capitalismo per procura contro l’economia*, Einaudi, 2009.

⁵ Secondo Maurizio Fioravanti con il termine *Primazia* si intende quel «meccanismo regolativo dell’applicazione della legge all’interno dell’Europa, essenziale perché indispensabile per garantire un’applicazione uniforme, ma non pretende affatto di essere espressione di sovranità, di essere cioè ‘primo’ perché espressione di una volontà politica e costituzionale gerarchicamente sovraordinata rispetto alle volontà nazionali» (M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Laterza, 2009).

Del resto ci sono specifiche norme nei Trattati che, al fine di tutelare la “sovrànità” dei singoli Stati, non solo prescrivono “l’unanimità” quando si tratta di “modifiche dei Trattati sulla Unione o sul Funzionamento dell’Unione” (art. 48, comma 7, Trattato di Maastricht), ma prevedono “l’unanimità”, anche quando si vogliano assumere decisioni relative alle risorse di bilancio dell’Unione (art. 311, comma 3, Trattato di Maastricht), oppure nel caso di decisioni aventi ad oggetto l’approvazione del “piano pluriennale” delle spese (art. 312, comma 2, del Trattato di Maastricht), oppure, ancora, quando si tratta di decisioni che abbiano implicazioni militari o che rientrino nel settore della difesa (art. 48, comma 7, del Trattato di Maastricht, cit.).

Insomma la “eliminazione della sovranità” in qualsiasi settore si verta, e, desideriamo sottolinearlo, specialmente in quello economico, è fuori dall’ordine giuridico europeo, e se ciò avviene, non è affatto possibile affermare che non c’è nulla da fare poiché avremmo “ceduto la nostra sovranità monetaria”, ma dobbiamo far valere, nelle sedi opportune, sia il diritto europeo, sia la nostra Costituzione, (la quale, all’art. 11 Cost., prevede che “l’Italia consente, in condizione di parità con gli altri Stati alle limitazioni di sovranità necessarie a un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni”), sancendo entrambi, non la “cessione”, ma la “limitazione” della sovranità. Come molto chiaramente avviene per i Regolamenti e per le sentenze della Corte di Giustizia, che hanno diretta efficacia nel nostro ordinamento giuridico⁶. E, desideriamo ripeterlo, “limitare” (e non “cedere”) la sovranità in campo economico, significa mantenere comunque una sostanziale “parità” economica tra gli Stati membri.

È questo un punto centrale del discorso, poiché, se vien meno la “parità” economica sostanziale tra i vari Stati membri, la “moneta unica” (che Serge Latouche definisce “la volpe nel pollaio”⁷), finisce per favorire lo strapotere degli Stati economicamente più forti ai danni degli Stati economicamente più deboli, agendo così contro la formazione degli Stati Uniti d’Europa⁸.

2. La deleteria attività politica ispirata ai principi economici neoliberalisti dei nostri governanti.

In questo quadro, peraltro descritto soltanto nel suo nucleo essenziale, nel quale, come si è appena visto, lo strapotere della finanza e della speculazione economica agisce nell’ambito di un mercato generale senza regole, che sembra creato apposta per favorire le diseguaglianze tra singoli e tra Stati, i diversi governi che si sono succeduti dall’inizio della Seconda Repubblica, anziché difendere i beni essenziali e le fonti produttive di ricchezza del Paese, ricorrendo alla loro “nazionalizzazione” e al loro inserimento nel “demanio pubblico” (che è inalienabile, inusucapibile e inespriopriabile), si sono fortemente impegnati, con una serie infinita di leggi, a ben vedere incostituzionali, a “privatizzare”, “liberalizzare”, “cartolarizzare” e “svendere”⁹ i

⁶ Qualora non si riuscisse ad aver ragione nelle sedi istituzionali o giudiziarie, come affermano gli economisti Stiglitz e Galbraith, resterebbe aperta la via dell’uscita dall’euro, che non solo non è vietata, essendo addirittura prevista una uscita dall’Unione Europea dall’art. 50 del Trattato di Lisbona (e il più contiene il meno), ma è anche in grado di neutralizzare la diffidenza dei risparmiatori che temono i pericoli dell’inflazione della nuova moneta. Questo pericolo infatti potrebbe essere eliminato con una banale procedura: a) non si dovrebbe convertire nulla dell’esistente nella nuova moneta; b) la sua introduzione dovrebbe avvenire semplicemente attraverso le leve della spesa pubblica e della tassazione. Dovrebbe cioè riguardare soltanto il rapporto tra lo Stato e i cittadini, creando così una crescente domanda della nuova moneta e determinando i presupposti della sua diffusione e della progressiva rapida sostituzione dell’euro. Vedi su Wikipedia MMT Italia: “Uscire dall’Unione europea e dall’euro si può”.

⁷ S. LATOUCHE, *L’economia è una menzogna. Come mi sono accorto che il mondo si stava scavando la fossa*, Ed. Bollati Berlingieri, Torino, 2014, p. 134.

⁸ Sull’importanza, misteriosa e inquietante, della moneta nelle vicende economiche, vedi: A. FAZIO, *L’inflazione in Germania nel 1815-1923*, Ed. Treves, 2021.

⁹ Le “privatizzazioni” italiane hanno una strana consonanza con le privatizzazioni russe, iniziate con Gorbachev e proseguite con forza con Eltsin, dal 1991 in poi. Ci furono “accordi informali” tra “magnati degli affari” ed ex funzionari dell’URSS (principalmente in Russia e in Ucraina) come “mezzo” per acquisire proprietà statali. Tali proprietà furono acquistate, non per essere investite nell’economia russa, ma per lucrare sulla differenza tra i prezzi praticati nel mercato interno russo e quelli

beni che addirittura già facevano parte del nostro demanio, ignorando peraltro i “principi e i diritti fondamentali” della nostra Costituzione repubblicana e democratica. E tutto questo ispirandosi fideisticamente ai principi economici neoliberisti e dimenticando che la depressione degli anni trenta era stata superata attraverso l’attuazione dell’opposto pensiero keynesiano, secondo il quale la ricchezza deve essere distribuita alla base della piramide sociale e lo Stato ha l’obbligo di intervenire da protagonista nell’economia.

In sostanza i nostri governanti, come molti altri dell’Occidente, hanno aderito, in buona parte, alle ideologie neoliberiste, condensate in un libro di Milton Friedman e Anna Schwartz, dal titolo “Il dollaro. Storia monetaria degli USA (1867 - 1960)”¹⁰, che ebbe ampia diffusione negli anni sessanta e conquistò dapprima Pinochet, il quale distrusse l’economia del Cile con l’applicazione delle teorie in quel libro descritte, poi Reagan e Clinton, che molti danni apportarono all’economia statunitense, e infine la Thatcher, che altrettanto fece per l’Inghilterra. Paesi che poi, tranne il Cile e purtroppo la nostra Italia, fecero marcia indietro ristabilimento e consolidando i loro “demanii pubblici”.

Da sottolineare che del citato pensiero unico dominante del neoliberismo furono fedeli esecutori i governi italiani che si sono succeduti dopo l’assassinio di Aldo Moro. Cominciò il Ministro del tesoro Andreatta, il quale, con lettera del 12 febbraio 1981, sollevò la Banca d’Italia dall’onere di acquistare (ovviamente stampando nuova moneta) i buoni del tesoro rimasti invenduti, costringendo così il Tesoro a chiedere prestiti sul mercato generale, con conseguente insopportabile rialzo dei tassi di interesse. Gli fece seguito il Ministro della economia Giuliano Amato, il quale, nell’intento di adeguarsi ai voleri dell’Europa (così si è sempre detto), avviò la “privatizzazione” di tutte le nostre banche pubbliche con la legge n. 218 del 1990, detta “Legge Amato - Carli”, cui seguirono il decreto legislativo n. 356 del 1990, e la legge delega 31 dicembre 1998, n. 461, la cosiddetta “Legge Ciampi”. Il vero colpo di scena si ebbe tuttavia con l’intervento che Mario Draghi tenne il 2 giugno 1992 a bordo del panfilo Britannia, sul quale c’erano cento delegati della City londinese e, secondo alcune notizie di stampa, anche la Regina Elisabetta.

Draghi, al fine di soddisfare le richieste del mercato e dare più forza al nostro ingresso nell’euro¹¹ (si diceva infatti “l’Europa lo vuole”), chiese un forte aiuto politico per “privatizzare” l’intera economia italiana, e solo un mese e nove giorni dopo, il governo italiano, presieduto da Giuliano Amato, con decreto legge n. 333, convertito nella legge 8 agosto 1992, sancì la “trasformazione immediata degli Enti di gestione IRI, ENI, ENEL e INA in SPA”, facendo in modo che detti Enti, cambiando veste, uscissero dal “demanio pubblico” inalienabile e divenissero beni commerciabili.

A seguito di questa “trasformazione”, i nostri Enti e Aziende pubbliche, divenute SPA, furono oggetto di una colossale e furibonda “svendita”, che ha distrutto quasi interamente il nostro patrimonio pubblico, costringendoci a indebitarci in maniera irrefrenabile.

E ora il nostro Stato comunità, divenuto da ricco “Imprenditore”, soltanto “risuotitore di imposte”, non è più in grado di soddisfare i più elementari bisogni dell’intera popolazione e non sa fare di meglio, se non chiedere insopportabili prestiti all’Europa, o porre sul mercato quanto resta dei servizi pubblici, delle fonti di energia e delle industrie strategiche, senza minimamente

prevalenti sul mercato mondiale. Si trattò di miliardi di dollari depositati in conti bancari privati svizzeri. Vedi Wikipedia, voce Oligarchi russi.

¹⁰ M. FRIEDMAN, A. SCHWARTZ, *Il dollaro. Storia monetaria degli Usa (1867-1960)*, Utet, 1979.

¹¹ Vedi TODAY politica, del 21 marzo 2021, nel quale si leggono parti del discorso di Draghi, e tra queste, le seguenti parole: “I mercati vedono le privatizzazioni in Italia come la cartina di tornasole della dipendenza del nostro governo dai mercati stessi ... e i mercati sono pronti a ricompensare l’Italia, come hanno fatto in altre occasioni I benefici indiretti delle privatizzazioni, in termini di accresciuta credibilità delle nostre politiche, sono secondo noi così significativi da giocare un ruolo fondamentale nel ridurre in modo considerevole il costo dell’aggiustamento fiscale che ci attende nei prossimi cinque anni”.

preoccuparsi della sorte dei lavoratori, i quali, a causa di “privatizzazioni”, “svendite” e “delocalizzazioni”, finiscono sul lastrico insieme alle loro famiglie, come se nulla fosse. Non è il caso di elencare le migliaia di imprese, pubbliche e private, che, sono finite, pur essendo fonti di grande guadagni, nelle mani di soggetti stranieri. Ci preme sottolineare soltanto qual è la “procedura di fatto”, seguita dai nostri governanti al fine di distruggere l’economia italiana. Si comincia con l’atto, illegittimo dal punto di vista costituzionale, della “privatizzazione”, la quale, come si è appena detto, produce l’effetto di cambiare la natura giuridica dell’ente proprietario, che da entità pubblica fuori commercio, diventa una SPA privata, quasi interamente soggetta all’ordinamento civilistico e in tal modo si ottiene il secondo effetto del trasferimento occulto del patrimonio dell’Ente o Azienda pubblica, dalla “proprietà pubblica” dello Stato comunità alla “proprietà privata” della SPA. E non è tutto, poiché si deve porre in chiara evidenza anche un terzo dirompente effetto: i fini che la SPA deve perseguire, anche se il suo capitale è interamente pubblico, non sono più i fini di interesse pubblico dell’Ente o Azienda pubblica, e cioè del popolo, ma i fini della SPA, che consistono nel perseguimento dell’interesse economico dei singoli soci. E si deve ancora porre in evidenza che gli acquirenti di dette SPA, nella generalità dei casi, non programmano affatto una attività di produzione e di sviluppo, ma si dedicano solo ad attività finanziarie di immediato profitto, e quasi sempre tentano di vendere la SPA al migliore acquirente, il quale è con tutta probabilità una società straniera o un fondo di investimento estero. In questo modo l’economia italiana subisce l’ultimo colpo: fonti di ricchezza economica nazionale diventano fonti di ricchezza finanziaria di imprenditori nostrani, e, alla fine, di società finanziarie straniere, impoverendo così l’intera popolazione italiana. Ricordiamo, a convalida di quanto appena detto, e a titolo di puro esempio, che, nel dare esecuzione alle privatizzazioni disposte nel 1992 dal governo Amato, nel 1997, il governo di Romano Prodi svendette, per l’equivalente di soli 13 milioni di euro, la Telecom, che era in forte attivo, con un fatturato che era la metà del capitale investito, e che poi passò di mano in mano, per finire, carica di debiti, alla spagnola Telecom, la cui maggioranza è ora nelle mani della francese Vivendi¹². E tutto questo senza tener in alcun conto il dato fondamentale che le telecomunicazioni non dovrebbero mai passare in mano straniera, trattandosi, in ultima analisi, di una questione di sicurezza nazionale. E si deve ancora ricordare che sovente fonti di ricchezza nazionale sono state cedute direttamente a SPA straniera, come è avvenuto per la scandalosa svendita degli immobili dell’ENI alla Goldman Sachs per soli 2,215 miliardi di lire, mentre il valore stimato era di circa 3.000 miliardi¹³. In quel caso fu proprio la Borsa a bollare sonoramente l’operazione, facendo scendere il titolo ENI del 2,74 per cento, mentre le operazioni di quotazione del titolo della “Immobiliare Metanopoli”, controllata dall’ENI, venivano sospese per eccesso di ribasso, poiché dalla valutazione di 2.300 miliardi si era passati a 1.208 miliardi di lire. Un vero tonfo, accolto impassibilmente dal Ministero del Tesoro, presso il quale era Direttore Generale Mario Draghi. Inoltre i nostri governi, sempre al fine di ricavare un pò di danaro per rimpinguare le casse della Pubblica Amministrazione, hanno fatto ricorso, per così dire, a una sorta di “svuotamento” della “proprietà pubblica”, utilizzando le “concessioni”, le quali trasferiscono al privato, non la “proprietà pubblica” nella sua interezza, ma il suo contenuto, cioè la sua gestione e i profitti che da questa provengono (la cosiddetta “piattaforma gestionale”), attribuendo alla proprietà pubblica del popolo, che è concepibile soltanto come “proprietà piena” la configurazione di una “proprietà pubblica nuda”, cosa possibile soltanto per la proprietà privata, allorquando il titolare lascia ad altri l’usufrutto, mantenendo per sé, per l’appunto, la “nuda proprietà”. A questo proposito è da segnalare quanto è accaduto per le “concessioni radiotelevisive”, in considerazione della enorme gravità del caso. È avvenuto

¹² Vedi: G. ODDO, G. PONS, *L’affare Telecom. Il caso politico-finanziario della seconda Repubblica*, Sperling e Kupfer, Milano, 2002.

¹³ Vedi La Repubblica del 2 dicembre 2000.

infatti che dette concessioni sono state date a Berlusconi mediante tre decreti legge emessi dal governo Craxi nel 1985, confermati dalla legge Mammì del 1990 e dalla legge Maccanico del 1997, addirittura senza termine, con la inaspettata conseguenza che il testo unico delle trasmissioni radiotelevisive fosse emanato, in pieno “conflitto di interessi”, dallo stesso governo Berlusconi, allora Presidente del Consiglio dei ministri, in virtù della delega a lui conferita dalla legge del 3 maggio 2004, n. 112. È questo il procedimento legislativo in base al quale Berlusconi ha ottenuto il monopolio del concessioni radiotelevisive, che egli peraltro ha ampliato acquistando analoghe concessioni di altri soggetti privati. Gli esempi si potrebbero moltiplicare all’infinito. Ma preferiamo ricordare che questo processo di privatizzazione è andato avanti in modo ininterrotto con tutti i governi che si sono succeduti gli uni agli altri, e che, da ultimo, ha proceduto su questa linea anche Mario Draghi, Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale, al fine di completare il suo grande disegno, già espresso nel 1992 sul panfilo Britannia, di “privatizzare” (cioè porre in “concorrenza” anche nei confronti degli stranieri) l’intera economia italiana, ha messo in vendita ITA, la Compagnia aerea succeduta a ALITALIA, con decreto ministeriale del 19 febbraio 2022; ha inoltre previsto la “privatizzazione” di tutti i servizi pubblici essenziali (disegno di legge “Concorrenza”, art. 6, che riguarda anche i servizi pubblici balneari e quello degli ambulanti); e, da ultimo, ha persino disposto la “privatizzazione” dell’acqua pubblica (emendamento 22.6 al disegno di legge “Recovery”), nonostante l’esito del *Referendum* del 2011, con il quale 26 milioni di Italiani si erano espressi per la pubblicità della gestione dell’acqua.

Insomma sono più di trenta anni che la parola “concorrenza” è diventata valida per ogni stagione, appiattendo la riflessione economica al pensiero unico neoliberista, dimenticando che la Storia di tutti i tempi ci ha sempre dimostrato che essa è ammissibile soltanto entro determinati limiti e non mai in relazione a quei beni che sono costitutivi, identificativi e manutentivi di uno Stato comunità, qual è il nostro.

3. Lo strumento di difesa contro gli assalti del mercato generale: la “proprietà pubblica demaniale”. Origine e caratteri del “demanio civilistico”. Critica.

E, a ben vedere, è proprio il porre tutto sul mercato, sottoponendo ogni bene o servizio al principio supremo della “concorrenza”¹⁴ (alla quale partecipano molto spesso cinici speculatori, che si arricchiscono a danno dei più deboli) la “causa fondamentale” del nostro “disastro economico”. Ed è accaduto che anche dottrina e giurisprudenza hanno finito per disinteressarsi di questo gravissimo problema, senza tener in nessun conto il fatto che la Costituzione sancisce senza ombra di dubbio che sono fuori dal mercato e, quindi dal principio della concorrenza, tutti quei beni e servizi pubblici oggetto di “proprietà pubblica” del popolo. Proprietà pubblica definita da Massimo Severo Giannini “proprietà collettiva demaniale”, e quindi inalienabile, inusucapibile e inespropriabile”, come si legge nel primo comma, primo alinea, dell’art. 42 Cost., il quale lapidariamente sancisce che “la proprietà è pubblica o privata”, considerando illimitata la proprietà pubblica e ponendo, invece, limiti alla proprietà privata. Si è trattato di una omissione¹⁵ che ha arrecato gravissimi danni anche sul piano della sistematica giuridica, soprattutto perché ha avuto la drammatica conseguenza di far sparire dall’orizzonte concettuale dei giuristi, proprio la “*summa divisio*” (essenziale per la vita civile), risalente al giureconsulto Gaio¹⁶, secondo la quale, le cose si distinguono in cose in commercio e cose fuori commercio, con

¹⁴ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2013.

¹⁵ Sui tentativi di ridurre tutto allo schema della proprietà privata, vedi: M. ESPOSITO, *I beni pubblici*, Ed. Giappichelli, Torino, 2008, p. 67 ss., ivi ampia bibliografia.

¹⁶ Gai Institutiones, 2, 11.

l'ovvia conseguenza che le "cose in proprietà pubblica", sono nel patrimonio di tutti e non possono far parte del patrimonio di privati: *quae publicae sunt nullius videntur in bonis esse: ipsius enim universitatis esse creduntur*. Una distinzione importantissima, perché, come è ovvio, lo Stato comunità non può nascere, né sopravvivere, se non esiste un patrimonio pubblico fuori commercio, inalienabile e incompressibile (si pensi alle "concessioni"), che, tramite la sua gestione e i suoi profitti, assicuri a tutti una "vita libera e dignitosa" (art. 36 Cost.).

A questo punto diventa necessario, ai fini della esatta collocazione della "proprietà pubblica" del popolo nell'ordinamento costituzionale, sgombrare il campo dal radicato convincimento della "originarietà" della proprietà privata, laddove "originaria" fu, senza ombra di dubbio, la "proprietà pubblica".

A questo fine, è sufficiente ripercorrere, sia pur fuggacemente, la storia della fondazione di Roma (esempio che può valere per la nascita di qualsiasi Città Stato), nella quale appare più che evidente che a nascere per prima fu la "proprietà pubblica" del *Populus romanus Quirites*. Quando le tre tribù, quella dei Ramnes, dei Tities e dei Luceres, che vagavano sui colli romani, decisero di unirsi per formare un solo "*Populus*" e quando Romolo (o chi per lui), con il suo *finēs regere*¹⁷, tracciò i confini della nuova Città (due chilometri quadrati), facendo nascere la *Civitas*, sulla base di tre elementi: il "Popolo", la "sovranità" e il "territorio", apparve chiaro che la prima forma di "appartenenza" fu costituita dalla attribuzione della "proprietà pubblica" del "territorio" al Popolo. Si trattò, si badi bene, del primo rapporto giuridico venuto in essere, e, quindi, di un rapporto giuridico di carattere "originario" e, come direbbe Carl Schmitt¹⁸, "terrestre", in quanto consistente in un rapporto fra un aggregato umano e la Terra, la "*iustissima tellus*", che "in principio", proprio per essere "giusta" appartiene egualmente a tutti i suoi occupanti.

Agli inizi, insomma, tutto il "territorio", con quanto a esso strettamente collegato, fu considerato "proprietà pubblica" del Popolo. E fu, a quanto pare, Numa Pompilio, il secondo Re di Roma, che decise la "*divisio*" dell'"*ager compascuus*", in proprietà pubblica di tutti, per assegnare ai "*Patres familiarum*" due iugeri a testa (appena mezzo ettaro) per soddisfare i bisogni della propria famiglia. Ed è da tener presente, a questo riguardo, che Numa Pompilio non trasferì quei terreni, a titolo di "proprietà privata" (della quale inconsapevolmente parla dottrina, non ostante il Niebuhr¹⁹ abbia dimostrato il contrario oltre due secoli fa), ma a titolo di "*mancipium*", una sorta di generico potere sovrano del *pater familias* sulla *domus* e sull'*heredium* circostante. Ed è solo alla fine del secondo secolo a. C. che emerse in giurisprudenza, dopo un faticoso e lungo percorso (peraltro mai del tutto compiuto), il concetto del "*dominiun ex iure Quiritium*"²⁰ in qualche modo paragonabile all'attuale "proprietà privata". Ed è opportuno soggiungere che nel quinto secolo a. C., allorché fu necessario distribuire ai veterani parti delle zone conquistate, fu necessario ricorrere a una legge, una *lex centuriata* o un *plebiscitum*, cioè a una esplicita manifestazione di volontà del Popolo, per poter "cedere" a detti veterani, non la proprietà, ma semplicemente il possesso dei terreni conquistati (*divisio et adsignatio agrorum* dell'*ager publicus Populi romani*).

¹⁷ M. VINCI, *Fines regere*, Ed. Giuffrè, Milano, 2004.

¹⁸ CARL SCHMITT, *Il Nomos della Terra*, Ed. Adelphi, 1991, p. 24.

¹⁹ B. G. NIEBUHR, *Römische Geschichte*, Btli, 1811, I, p. 245 ss.

²⁰ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Ed., Jovene, Napoli, 1970, p. 513.

Dunque è storicamente certo, che “originaria”, non fu la “proprietà privata”, ma la “proprietà pubblica”. E ancor oggi, se ben si riflette, la “proprietà privata”, nasce da una manifestazione di volontà del Popolo sovrano. Infatti l’art. 42, comma 2, Cost. afferma chiaramente che “la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge (e quindi dal Popolo sovrano), allo scopo di assicurarne la funzione sociale”; e, se ciò non avviene, il bene torna là da dove era venuto, cioè nella “proprietà pubblica” del Popolo²¹. Insomma, come è oltremodo evidente, la “proprietà pubblica” “precede” e “prevale” (per la espressa previsione del citato art. 42 Cost.) sulla “proprietà privata”. Ed è proprio la “prevalenza” che l’art. 42 Cost. attribuisce alla proprietà pubblica che spiega perché ciò che non risulta in proprietà di un singolo è da ritenere nella proprietà di tutti, cioè dello Stato comunità. Ne è una chiara conferma l’art. 827 del codice civile, secondo il quale “i beni immobili che non sono in proprietà di alcuno, spettano al patrimonio dello Stato”. Molto importante è ancora precisare che il titolare della “sovranità”, e per quanto ci riguarda il Popolo, mantiene sulle parti di territorio cedute in proprietà privata quella che Carl Schmitt chiama la “superproprietà”²², che, nel medioevo, era costituita dal “*dominium eminens*”²³ dell’Imperatore, del Re, e infine del feudatario, e che la nostra Costituzione oggi chiaramente identifica nei “limiti” posti all’iniziativa economica privata e all’esercizio del diritto di proprietà privata. Si tratta dell’art. 41 Cost., secondo il quale (nell’ultima formulazione degli articoli 9 e 41 Cost., approvata dal Parlamento nella seduta dell’8 febbraio 2022) “L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, alla salute e all’ambiente”, nonché del già citato art. 42, comma 2, Cost., che riconosce e garantisce il diritto di proprietà privata, “allo scopo di assicurarne la funzione sociale”. Rimanendo ancora ancorati all’evoluzione storica della “proprietà pubblica” è da sottolineare che proprio in epoca medievale cominciò a farsi strada la necessità di rendere inalienabili, riportandoli nel “*dominium eminens*” dell’Imperatore molti beni immobili di rilevante interesse pubblico, i quali, nel corso dei secoli erano stati distribuiti a privati a titolo di “*dominium utile*”, una sorte di proprietà, per così dire, provvisoria, nel senso di essere sempre revocabile dal sovrano. Il problema venne sollevato nella Dieta di Roncaglia (un paesino nei pressi di Cremona), tenutasi nel 1158, dove si era parlato della necessità di trattenere nel *dominium eminens* dell’Imperatore quelle molte “regalie” che riguardavano le strade maggiori, i fiumi navigabili, i porti, i palazzi cittadini, ecc. E fu Federico II di Svevia, che, nel “*Liber Constitutionum*” del Regno di Sicilia, emanato a Melfi nel 1231, denominò tali beni immobili di preminente interesse pubblico con il termine “*demanium*”, facendo così entrare nella prassi giuridica anche questa nuova parola, derivata dal termine “*dominium*”. Lo stesso Federico II, peraltro, ben presto si rese conto che non era sufficiente far rientrare questi beni nel “*dominium eminens*” al fine di salvaguardare il potere regio, e con la Costituzione “*Dignum fore*”, sancì anche la “inalienabilità” di una serie di beni “tassativamente” elencati, in modo che il concetto di “demanialità” coincise con quello di “inalienabilità” dei beni. Nello stesso senso si esprime Papa Onorio III, il quale, con una sua decretale, consigliò il Re d’Ungheria a “revocare talune donazioni”, che apparivano compiute “in pregiudizio del suo Regno”. Nacque così il “demanio”, che con alterne vicende è arrivato fino a noi, restando caratterizzato dalla sua appartenenza “originaria” al detentore della “sovranità” e dal carattere della “inalienabilità” di certe categorie di beni immobili, e, quindi, dalla “tassatività” dell’elencazione di questi beni medesimi. Come accennato, questa concezione medievale del “demanio” si è trasferita nel codice civile del 1942, emesso sotto la vigenza dello Statuto di Carlo Alberto. Ma si è trattato di una trascrizione molto confusa, poiché, oltre a parlarsi, giustamente, del “demanio naturale”, di

²¹ Vedi: P. MADDALENA, *La rivoluzione costituzionale. Alla riconquista della proprietà pubblica*, Ed. Diarkos, 2021, p. 105.

²² CARL SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., p. 24.

²³ Sulla utilizzazione attuale del concetto del *dominium eminens*, vedi la felice e acuta proposta di M. LUCIANI, *Esclusiva brevettuale e uso sociale delle nuove tecnologie*, in AA.VV., *Il gene invadente*, Milano, 2006, p. 173 ss.

cui al citato art. 822 c.c., si è voluta inserire in questo campo l'astrusa e illogica categoria del "patrimonio indisponibile", la quale non sancisce affatto la "indisponibilità" (e cioè la "inalienabilità" propria dei beni demaniali), come ci si aspetterebbe dalla dizione usata, ma parla di beni "disponibili" con la limitazione di imporre all'acquirente l'obbligo di non mutare la destinazione economica. E l'assurdità di questa disposizione emerge in modo eclatante a proposito delle "foreste", che sono dichiarate alienabili dallo Stato, e per le quali si afferma che esse costituiscono il "demanio forestale" dello Stato medesimo. Altra contraddizione è quella di aver inserito in questa stessa categoria "le cose di interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo", probabilmente in omaggio al principio medievale che considerava "demaniali" soltanto "i beni immobili", non considerando, tuttavia, che si tratta di beni strettamente incorporati nel suolo, e dello stesso facenti parte, di modo che nulla si sarebbe opposto al loro inserimento tra i beni demaniali, a prescindere comunque dal fatto che il carattere di bene immobile è solo tralaticio e non è affatto un carattere coesenziale a un aggiornato tipo di demanio che voglia essere coerente con la presente situazione economica e sociale e con la vigente Costituzione.

Senonché il vero problema che attanaglia l'essenza del "demanio civilistico", il cui carattere è quello della inalienabilità, inusucapibilità e inespropriabilità, sta nel fatto che esso è stato costruito come una categoria specifica che si innesta direttamente nello schema della "proprietà privata" (il cui carattere fondamentale è l'alienabilità dei beni, mentre il suo nucleo essenziale si concentra nel potere di "godere e disporre" della cosa), e cioè dell'unica forma di proprietà riconosciuta dallo Statuto albertino, sotto la cui vigenza fu emanato il codice civile. Una concezione privatistica che mal si attaglia alla sua riferibilità a un Ente pubblico, il quale, certamente può vendere la cosa, ma altrettanto certamente non può goderla, per il semplice fatto di essere un Ente astratto e non una realtà senziente. E la inapplicabilità dello schema privatistico al demanio pubblico raggiunge la sua maggiore visibilità nel fatto che il carattere della inalienabilità, inusucapibilità e inespropriabilità dei beni demaniali appare certamente riferita all'interesse della collettività amministrata, piuttosto che a un interesse proprio dello Stato persona. Ad aggravare il problema, fu peraltro l'art. 29 dello Statuto albertino secondo il quale: "tutte le proprietà (dei singoli soggetti), senza alcuna eccezione, sono inviolabili", principio che portò il Portalis a ritenere che "al cittadino appartiene la proprietà, al sovrano l'impero"²⁴, mentre d'altro canto il Donati²⁵ affermava che la "proprietà privata" conferisce al cittadino una facoltà esclusiva di utilizzazione, non solo nei confronti degli altri consociati, ma anche nei confronti dello Stato. Non si dimentichi peraltro che l'"alienabilità" dei beni in proprietà privata aveva trovato un fortissimo sostegno nel fatto che la cultura borghese era tutta protesa alla sottrazione dei beni dall'immobilismo medievale e tendeva alla loro massima diffusione tra i singoli, favorendone in ogni modo la circolazione. Ed è da notare che non furono pochi i giuristi che posero in discussione proprio l'essenza dello Stato persona, cercando di individuare lo Stato nella Collettività. E, in proposito, non si può tacere il pensiero di Persico, di Meucci e del francese Duguit²⁶, i quali furono concordi nell'affermare che il "titolare del diritto demaniale va individuato nello Stato, concepito, non come persona giuridica, ma come popolo governato e rappresentato". Si direbbe una acutissima anticipazione di quanto ha poi sancito la nostra Costituzione, che ha parlato di proprietà pubblica del Popolo sovrano.

²⁴ Citato da S. RODOTÀ, *Note su proprietà e sovranità*, p. 176.

²⁵ D. DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1924, p.193.

²⁶ Citati da M. ESPOSITO, *I beni comuni*, Torino, 2008, p. 97 ss.

Ed è da aggiungere che tutto questo avviene nell'ambito di una convinzione ancora oggi molto diffusa, specie tra i giuristi, secondo la quale lo Stato si concretizza in una forma di organizzazione politica caratterizzata da un Ente sovrano, dotato di personalità giuridica, che esercita su un dato territorio un potere eminente (sovrano), disponendo, in casi estremi, dell'uso legittimo della forza.

Un convincimento che, purtroppo, impedisce agli addetti ai lavori di capire che l'attuale Stato persona, o apparato, che dir si voglia, è soltanto un "Organo" di cui si serve lo Stato comunità, titolare della sovranità, per il perseguimento degli interessi generali²⁷, come da tempo ha rilevato il Sandulli²⁸.

4. Il "demanio costituzionale".

La verità è che detti giuristi non hanno voluto tener presente che, transitandosi dallo Stato persona sancito dallo Statuto albertino, allo Stato comunità introdotto dalla nostra Costituzione, si è passati da uno Stato "soggetto singolo" (la persona giuridica) a uno Stato "soggetto plurimo" (il Popolo), per cui è cambiata anche la natura del concetto di "appartenenza" dei beni allo Stato, che, per lo "Stato persona singola" coincide con il concetto di "proprietà privata" (con tutte le contraddizioni alle quali abbiamo fatto cenno a proposito del demanio pubblico), in base alla quale esso ha un potere pieno sull'utilizzazione dei "beni demaniali", potendo mantenerli "inalienabili" o "sdemanializzarli", ovvero ancora "svuotarli" di contenuto, mediante la "concessione" della sua gestione a terzi; mentre per lo Stato comunità, soggetto plurimo, il concetto di appartenenza assume la natura della proprietà pubblica, cioè, come già accennato, di una proprietà collettiva demaniale di tutti i cittadini, la quale, proprio perché appartenente a tutti non può essere trasferita a singoli, mediante la "sdemanializzazione", né può essere "svuotata" del suo contenuto e "compressa" nella sua estensione (l'art. 42, comma 2, Cost. parla chiaramente di una proprietà "piena") mediante la "concessione" a terzi, come sopra si è detto.

²⁷ D. PASINI, *Stato-governo e Stato-società*, Milano, 1969.

²⁸ A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1969, p. 5. Sandulli afferma che "generalmente le funzioni statali vengono esercitate a mezzo di organi "investiti" dalla collettività (o dagli organi rappresentativi di essa), i quali nel loro complesso costituiscono quello che suole essere indicato con il nome di "Stato-apparato"". Pertanto, a nostro avviso, si tratta in ogni caso di "organi" dello Stato comunità, e non sembra pertinente la successiva distinzione che il Sandulli fa tra "organi" dello "Stato-apparato" e organi dello Stato comunità.

Emerge chiaramente, a questo punto, il nuovo concetto del demanio costituzionale. Esso, come il demanio civilistico, ha la sua “fonte di origine” nella sovranità²⁹ dello Stato (questa volta lo Stato comunità), ma ben diversa è la natura della sua “appartenenza”, che non ha nulla a che vedere con la proprietà privata, ma è la proprietà pubblica del popolo, meglio definita, come si è ripetuto, proprietà collettiva demaniale. In Costituzione, c’è dunque una perfetta “coincidenza” tra proprietà pubblica e demanio costituzionale, una coincidenza che è assolutamente assente nel demanio civilistico, essendo quest’ultimo informato allo schema della proprietà privata, per cui, a tacer d’altro, la inalienabilità emerge come una “eccezione” al principio fondamentale della “alienabilità”. Peraltro non può sfuggire che il demanio previsto in Costituzione ha un’altra importante caratteristica, quella di identificarsi con la categoria dei “beni fuori commercio”, facendo rivivere quella indispensabile *summa divisio* (alla quale si è sopra fatto cenno), che è a fondamento e tutela della vita stessa dello Stato comunità. È da osservare poi che, in questo quadro, la nozione di demanio costituzionale viene a coincidere anche con il significato che l’immaginario collettivo dà all’espressione “beni comuni”, poiché è innegabile che un bene in “proprietà pubblica” può agevolmente essere definito un bene in “proprietà comune”.

Si può dunque concludere sul punto affermando che un medesimo bene è nello stesso tempo, in proprietà pubblica, bene comune, bene fuori commercio e bene demaniale, cioè “inalienabile, inusucapibile, inespropriabile” e, l’aggiunta è d’obbligo, “incomprimibile” tramite concessioni.

Resta soltanto da avvertire che detti beni possono essere naturalmente produttivi di “utilità pubblica” a causa della loro natura: si pensi all’acqua, al mare, ai fiumi, e così via dicendo, ovvero a seguito dell’attività dell’uomo, come avviene per i beni artistici e storici, se ci poniamo sul piano culturale, o per le industrie strategiche, se ci poniamo sul piano economico produttivo.

Nella visuale costituzionale, come agevolmente si nota, l’antica disputa in ordine al rapporto tra “Ente pubblico”, o “Stato persona”, che dir si voglia, e il tipo di “proprietà” a questo riferita, si dissolve.

E si dissolve proprio perché, l’essenza della proprietà, e cioè il “godere e disporre” della cosa non è più riferita a un Ente sovrano astratto, ma a una entità concreta, e cioè un insieme di uomini, il Popolo, al quale è certamente riferibile l’idea del “godimento” di un bene.

D’altro canto, si semplifica e si comprende il riferimento al demanio dell’aggettivo “pubblico”. Infatti, il demanio è pubblico, non per un dato formale e soggettivo, e cioè per l’appartenenza di una cosa a un Ente, soggetto singolo e astratto, definito “pubblico”, ma per un dato oggettivo e concreto, e cioè perché esso è in proprietà di un insieme di persone, cioè è oggetto di una proprietà “plurima”, o “pubblica” o, se si preferisce, “comune” di tutti.

A questo punto non resta che stabilire il contenuto del “demanio costituzionale”, tenendo presenti le critiche che sopra abbiamo apportato al vigente “demanio civilistico” e le necessarie trasformazioni che ad esso devono apportarsi sulla base delle mutate condizioni economiche e sociali del nostro Paese.

²⁹ Si ricordi che il Regolamento per l’amministrazione e la contabilità dello Stato, approvato in epoca non sospetta, e cioè con R.D. 4 maggio 1885, n. 3074, sancì che “i beni dello Stato si distinguono in demanio pubblico e beni patrimoniali. Costituiscono il demanio pubblico i beni che sono in potere dello Stato a titolo di sovranità, e formano il patrimonio quelli che allo Stato appartengono a titolo di privata proprietà”.

In proposito è da notare innanzitutto che, oramai da tempo, il difetto maggiore che la dottrina, la giurisprudenza e, sia pure in modo approssimativo, l'immaginario collettivo, hanno riscontrato nel tradizionale "demanio civilistico", ha riguardato la "tassatività" dell'elencazione dei beni che ne fanno parte. Un carattere tassativo che mal si concilia con l'evoluzione economica e sociale del Paese e con l'insorgente necessità di aggiungere altri beni, specie di carattere culturale e economico, nell'ambito del demanio. A questa esigenza hanno dato una risposta di grande valore innovativo le Sezioni Unite della Corte di cassazione³⁰, ponendo in evidenza che l'art. 42 della Costituzione conosce, non solo la proprietà privata, alla quale impone il perseguimento della funzione sociale, ma anche e soprattutto la "proprietà pubblica", per cui "i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà trovano la loro specifica attuazione nel dare origine a una concezione di bene pubblico, inteso non solo come diritto reale spettante allo Stato, ma quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali.

E ciò comporta che, più che allo Stato - apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della collettività", con la conseguenza di poter riconoscere il carattere della demanialità anche a altri beni di preminente interesse pubblico, che la nostra Costituzione inserisce tra i "principi fondamentali" (artt. 1-12 Cost.), come il "paesaggio".

Insomma, in base a questa importante giurisprudenza, è da ritenere che per la Costituzione non tutti i beni sono "merce", e che taluni beni costituiscono un "valore in sé", proprio in quanto necessari allo "sviluppo della persona umana" (art. 3, comma 2, Cost.) e al "progresso materiale e spirituale" della società (art. 4, comma 2, Cost.). Insomma, secondo la Cassazione, si deve ritenere che, in Costituzione, il piano "patrimonialistico" non è considerato in sé stesso, ma in quanto "funzionale" al piano "personalistico", per cui i due piani non possono più considerarsi separati (come alcuni autori ancora ritengono), ma sono tra loro intimamente collegati, proprio ai fini dell'affermazione dei valori sanciti dalla Costituzione.

È da ricordare, comunque, che l'immaginario collettivo ha poi, erroneamente, ritenuto di avere ottenuto una risposta a questa esigenza della non tassatività del demanio dalla teoria dei "beni comuni", come enunciati dalla Commissione Rodotà. Ma è stata una pura illusione, poiché la proposta di legge delega riguardante la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici, varata da detta Commissione, si fonda unicamente sullo schema della tradizionale "proprietà privata" e non risolve affatto il problema della "tassatività" dell'elencazione dei beni demaniali, ricorrendo a una classificazione esemplificativa e omettendo di precisare sicuri criteri di identificazione. Peraltro, essa arriva all'assurdo di ritenere che i "beni comuni" in proprietà di singoli privati siano "alienabili", e che la "inalienabilità" riguardi soltanto quei beni acquisiti, sempre a titolo di proprietà privata, da Pubbliche Amministrazioni.

E l'assurdo continua nell'affermazione che la tutela dei beni comuni non riguarda i cittadini come parte della collettività, ma soltanto lo Stato apparato. Un totale arretramento della cultura giuridica, che, non solo non tiene in alcun conto la Costituzione, ma addirittura consente la svendita di beni demaniali, tranne quei pochi beni, detti comuni, da identificare, come si è appena detto, sulla base di una semplice assimilabilità con i beni citati come esempio. E tutto questo a prescindere dalla confusa classificazione dei beni in tre categorie: beni comuni, beni pubblici e beni privati, cui fa seguito l'ulteriore classificazione dei beni pubblici in: beni ad appartenenza pubblica necessaria, beni pubblici sociali, beni pubblici fruttiferi. Una vera confusione. Del resto il riassetto dei beni pubblici, previsti dal codice civile era stato chiesto dal Ministero delle finanze, proprio al fine di creare un "contesto giuridico" che giustificasse le "dismissioni" di beni", "non alienabili" in base alle norme allora vigenti, in modo da poterle inserire nel Conto patrimoniale delle Amministrazioni pubbliche. Per rendersene conto, è

³⁰ Sezioni Unite della Corte di cassazione, sentenza 16 febbraio 2011, n.3813.

sufficiente leggere la prima parte della Relazione di accompagnamento al disegno di legge delega sui beni comuni³¹.

Tornando alla definizione del “contenuto” del “demanio costituzionale”, occorre poi tener presente che i motivi della formazione del “demanio costituzionale” non sono affatto diversi da quelli che spinsero Federico II a istituire per la prima volta nella storia il suo “*demanium*”: la necessità, per la compattezza e la difesa del territorio, che certi beni siano sottratti alla titolarità e alla disponibilità dei singoli e affidati all’Imperatore, quale detentore della sovranità. Ora, come sappiamo, la sovranità appartiene al Popolo, il quale ha come risorsa per lo svolgimento della vita civile, non solo il “territorio” in sé considerato, come ritenne Federico II, quando l’unica ricchezza proveniva dall’agricoltura, ma anche quanto il territorio contiene, sia del punto di vista culturale, che dal punto di vista economico e industriale. Si tratta di un adeguamento delle funzioni del “demanio” a una mutata realtà economica e sociale, un adeguamento che comporta anche il venir meno del carattere di “beni immobili”, richiesto ancora dal nostro codice civile, per considerare come “demaniale” un bene di particolare interesse generale.

Ed è da sottolineare che questo adeguamento del demanio pubblico alla mutata realtà odierna, nella quale all’enorme progresso economico e industriale, ha fatto riscontro, soprattutto a causa delle “privatizzazioni”, una enorme parcellizzazione della ricchezza nazionale, l’accennata composizione del demanio costituzionale diventa una sorta di “scudo”, al quale è affidata la funzione di non far disperdere nelle mani dei singoli (sovente stranieri) ciò che è necessario resti nelle mani di tutti i cittadini, al fine di far fronte ai fondamentali bisogni dell’intera Comunità.

Ne consegue che, ai fini della pratica identificazione di questi beni è assolutamente impossibile una “elencazione tassativa”, come fa il nostro codice civile, ma è necessaria una “interpretazione ermeneutica”, che abbia come “criterio” di riferimento la tutela della “struttura” stessa della Repubblica, quale emerge dai “valori costituzionali”³², e cioè dai citati “principi e diritti fondamentali” che si riferiscono allo “sviluppo della persona umana” (art. 3, comma 2, Cost.) e allo “sviluppo materiale e spirituale della società” (art. 4, comma 2, Cost.). E tutto questo nel quadro più generale della “tutela dell’ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità” (come precisato dalle aggiunte agli artt. 9 e 41 della Costituzione approvate dal Parlamento l’8 febbraio 2022). Si tratta, in ultima analisi, di quei beni che hanno una stretta attinenza ai valori costituzionali e sono essenziali alla costituzione, identificazione e mantenimento dello Stato comunità. In questo quadro è da porre in chiara evidenza che, dei tre elementi costitutivi dello Stato comunità: il popolo, il territorio, la sovranità, il “territorio” ha la funzione di porre a sostegno della vita della Comunità gli strumenti e i mezzi indispensabili per la vita di ogni giorno, in una visione che non si fermi al momento istantaneo, ma che si proietti anche per il futuro. Ed è per questo che i primi beni del “demanio costituzionale” riguardano innanzitutto alcune parti del territorio, indispensabili a detti fini. Si tratta dei beni già elencati dall’art. 822 del codice civile, secondo il quale “fanno parte del demanio pubblico, il lido del mare, la spiaggia, i porti, i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia”. Tale elencazione peraltro, ha origini antiche e sono in gran parte rinvenibili in un frammento del giureconsulto Marciano, nel terzo secolo dopo Cristo, secondo il quale sono “*iure naturali*” di appartenenza universale: “*aer, aqua profluens, mare et propter id litora maris*”.

³¹ Ministero della giustizia, Roma, 15 febbraio 2008, Relazione di accompagnamento al disegno di legge delega.

³² Sul valore della Costituzione, vedi: S. SETTIS, *Costituzione! Perché attuarla è meglio che cambiarla*, Ed. Einaudi, Torino, 2016.

Sempre seguendo il criterio di riferirsi ai beni “costitutivi, identificativi e manutentivi” dello Stato comunità, riteniamo che, subito dopo il territorio, debba considerarsi parte del demanio costituzionale il bene immateriale “lavoro” (e quindi la tutela del lavoratore dai “licenziamenti” e dal cosiddetto “precariato”), il quale, come è noto, è “fondamento” della Repubblica” (art. 1 Cost.) e “diritto fondamentale di tutti i cittadini” (art. 4, primo comma, Cost.). Ed è da sottolineare che proprio l’art. 4 Cost., al comma 2, parla, non solo di un “diritto”, ma anche di un “dovere”, stabilendo che “ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, una attività o una funzione, che concorra al progresso materiale o spirituale della società”. Ed è da sottolineare in proposito che la nostra Costituzione individua i beni essenziali alla vita della Comunità secondo una visione dinamica e onnicomprensiva, che vuole la utilizzazione di tutte le energie disponibili: quelle “naturali” e quelle, soprattutto, “lavorative”, per conseguire il progresso materiale e spirituale dell’intera Comunità (art. 4 Cost.) cui abbiamo appena fatto cenno. E si ricordi, al riguardo, che non tutti hanno da porre in campo un rilevante patrimonio o somme cospicue di danaro, ma tutti sono obbligati (hanno il “dovere”) di porre in azione le proprie energie lavorative, per cui soltanto “gli inabili al lavoro” sono esentati da questo dovere e hanno diritto all’assistenza sociale (art. 38 Cost.). Ed è da sottolineare ancora che, al fine di assicurare a tutti il “diritto al lavoro”, l’art. 4, comma 1, della Costituzione sancisce che la “Repubblica”, non solo “riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro”, ma “promuove altresì le condizioni che rendano effettivo questo diritto”. E non sfugge che qui c’è un riferimento preciso al “sistema economico da adottare”, che certamente non è quello “neoliberista”, che viola patentemente il “diritto fondamentale” al lavoro, ricorrendo a continui licenziamenti, come se i lavoratori fossero una semplice “merce”, da conservare o da gettar via secondo le necessità o addirittura l’arbitrio del proprietario. Il sistema economico da adottare secondo la Costituzione è invece, come si è già detto, quello Keynesiano, che distribuisce la ricchezza alla base della piramide sociale e vuole l’intervento dello Stato nell’economia. Un sistema che rimarca il carattere “costitutivo” del “lavoro”.

Altri “principi fondamentali” che ci portano a “individuare beni del demanio costituzionale” sono quelli di cui all’art. 9 della Costituzione, il quale, dopo la riforma costituzionale, approvata dal Parlamento l’8 febbraio 2022, “aggiunge” tra questi principi, oltre la già prevista tutela del “paesaggio” e del “patrimonio artistico e storico della Nazione”³³, anche “la tutela dell’ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi”, nonché “forme di tutela degli animali”, da stabilire con legge. Qui, più che dei “criteri”, troviamo addirittura la “elencazione” di beni particolarmente importanti, che rientrano nel quadro complessivo della struttura dello Stato comunità e sono per questo da ritenere “beni del demanio costituzionale”. Ed è da sottolineare che il riferimento all’ambiente, agli ecosistemi, alla biodiversità e alla tutela della salute degli animali evidenzia un cambiamento assai rilevante della prospettiva della Costituzione, la quale era nata con un carattere fortemente “antropocentrico” e che ora, con la menzione dei beni appena enumerati, si allarga in una prospettiva “biocentrica”, che pone al centro dell’attenzione la vita universale, nella quale rientrano la vita e la salute umana.

E questo allargamento è confermato, oltre che dalla citata modifica dell’art. 9 Cost., anche nella modifica (anche questa approvata nella seduta parlamentare dell’8 febbraio 2022) dell’art. 41 Cost., concernente i “limiti posti all’iniziativa economica privata”. Si tratta di una aggiunta di grande rilievo, poiché essa difende ancor più i “valori costituzionali”, rendendo maggiormente controllabili gli illeciti sconfinamenti dell’attività economica privata. Dette modifiche costituzionali hanno peraltro anche una forte portata dissuasiva, poiché legittimano i cittadini e le collettività che hanno subito danni dall’attività economica privata a chiedere il risarcimento del danno a chi tali danni ha prodotto.

³³ Sul patrimonio artistico e storico, è molto coerente con la nostra impostazione E. PETRACCA, *Una identità in vendita*, Ed. Primiceri, 2021.

Ulteriore “criterio di individuazione” deve poi trarsi dall’art. 43 Cost., la cui attenta lettura disvela che devono essere in mano pubblica, e cioè devono essere considerati beni del “demanio costituzionale”, “i sevizi pubblici essenziali, le fonti di energia e le situazioni di monopolio, che abbiano carattere di preminente interesse generale”. Si tratta, come è evidente, di una precisazione fortemente innovativa rispetto al “demanio civilistico” e di enorme importanza pratica, poiché porta a ritenere “demaniali” e, quindi inalienabili e incompressibili, gli Enti pubblici economici e le Aziende pubbliche, che purtroppo sono stati “privatizzati” e “svenduti”. Infatti, una volta precisato che dette entità giuridiche non potevano non avere carattere “demaniale”, i loro atti di “privatizzazione” e “dismissione” sono certamente contrari alla Costituzione e devono essere dichiarati “nulli” dal Giudice, senza limiti di tempo, come chiaramente precisa l’art. 1418 del codice civile.

Certamente non si chiude qui l’elencazione dei beni costituenti il “demanio costituzionale”, ma le descritte ipotesi sancite in Costituzione sono una guida sicura per la individuazione di altri beni che sono sotto l’egida dei principi e dei diritti fondamentali e sono, come tante volte si è ripetuto, “costitutivi, identificativi e manutentivi” dello Stato comunità.

5. Le azioni a tutela del demanio costituzionale.

Quanto si è finora detto dovrebbe aver convinto il lettore che ci troviamo, come si diceva all’inizio, in una situazione davvero drammatica, peraltro aggravata dalla pandemia e ora dalla guerra tra Russia e Ucraina.

Solo questi due ultimi avvenimenti dovrebbero aver fatto capire quanto importante sia, specie nelle situazioni di emergenza, disporre di un “patrimonio pubblico” capace di difendere tutti i cittadini, cioè l’intero Popolo, con l’utilizzo del “demanio costituzionale” a questi appartenente a titolo di “proprietà collettiva demaniale”.

Si tratta, come sopra visto, di un “demanio costituzionale” che è stato illecitamente “ceduto” e “disperso” tra singoli soggetti privati e, per lo più, finiti nelle mani di multinazionali e di fondi di investimento esteri. Ora si tratta di recuperarli facendo valere i descritti “principi e diritti fondamentali”, descritti in Costituzione. Una via immediata è indubbiamente quella che ha in mano il governo e cioè la “nazionalizzazione o socializzazione”, che dir si voglia di tali beni. Ma l’attuale governo e l’attuale maggioranza parlamentare sono tanto lontani da porsi questo problema, che è meglio non parlarne.

Non ci resta che ricorrere al cosiddetto “diritto di resistenza”, che Dossetti voleva fosse esplicitamente sancito in Costituzione, ma fu una proposta che l’Assemblea costituente, per motivi puramente formalistici, non si sentì di accettare.

Tale diritto è comunque rinvenibile, oltre che nel “diritto di sciopero” (art. 40 Cost.), nel “diritto di partecipazione”, riconosciuto a tutti i cittadini dal comma 2, dell’art. 3 Cost., là dove si parla di “partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Una partecipazione che ha il suo precedente nell’art. 2 Cost., nel quale si precisa che “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo (qual è il diritto fondamentale di “partecipazione”), sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

E non sfugge che è in questa seconda veste, e quindi come “parte della Comunità”, che i cittadini possono far valere il loro diritto di partecipazione. È da precisare comunque che, nel nostro caso, questo diritto di partecipazione si traduce nel diritto di adire il giudice per la dichiarazione di “nullità” di quegli atti che in pratica hanno distrutto il nostro demanio, trattandosi di atti pubblici in palese contrasto con i “principi precettivi e imperativi della Costituzione e per questo da dichiarare “nulli”, ai sensi dell’art. 1418 del codice civile, anche se coerenti con leggi incostituzionali, le quali, necessariamente, dovrebbero essere rimesse dal giudice adito alla Corte costituzionale, ai fini del loro “annullamento”.

In proposito diventa decisivo interpretare l’art. 24 Cost. in modo diverso dalla lettura che sovente gli è stata data, secondo la quale, dandosi prevalenza a quanto dispone il codice di procedura civile, anziché al complesso dei principi e delle norme costituzionali, il diritto di agire in giudizio riguarderebbe soltanto gli individuali “diritti soggettivi e interessi legittimi”. Si tratta di una lettura assolutamente non condivisibile, sia perché infrange il “diritto fondamentale di partecipazione” (art. 3, comma 2, Cost.), sia perché non considera che rientra nei diritti inviolabili dell’uomo anche quello di agire in giudizio come “parte” della Comunità, e quindi anche nell’interesse di quest’ultima (art. 2 Cost.). D’altro canto è da porre nella dovuta evidenza il fatto che, se si esclude che il singolo possa agire come “parte” della Comunità, e cioè senza obbligo di rappresentanza, per difendere in giudizio i diritti fondamentali di tutti in ordine a beni collettivi, come ad esempio l’ambiente, il singolo dovrebbe avere un mandato ad agire da parte di tutti gli altri titolari di detti diritti fondamentali. Il che è un assurdo, che evidentemente obbliga coloro che sono di diverso avviso, a rivedere le proprie posizioni.

Del resto una ulteriore conferma costituzionale alla nostra interpretazione viene dall’art. 118, comma 4, Cost., secondo il quale “i cittadini singoli o associati” possono svolgere “attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”. Si tratta, a nostro avviso, del riconoscimento della “legittimazione” ad agire in giudizio con una azione che già esisteva in diritto romano: l’*“actio popularis”*, una azione che il singolo faceva valere, nello stesso tempo, nell’interesse proprio e nell’interesse del *Populus*. E si ricordi che la Repubblica italiana ricalca per molti versi la *Res publica* romana.

Insomma è diventata improcrastinabile una complessa opera di reinterpretazione del diritto privato, staccandolo dai principi individualistici della cultura borghese e ora neoliberalista, e rendendolo conforme, come ha affermato il Perlingieri³⁴, ai principi e ai diritti fondamentali sanciti in Costituzione. Il tempo è scaduto. E se non si provvede alla riconquista del descritto “demanio costituzionale”, si priverà per sempre il nostro Stato comunità di uno dei suoi elementi costitutivi, provocando il crollo della nostra Repubblica democratica e della nostra indipendenza dallo straniero.

³⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

SAGGI

«ENTI LOCALI» ED «ALTRI ENTI LOCALI»

Agatino Cariola

Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Catania

SOMMARIO: **1.** L'uso in Costituzione del termine «enti locali» - **2.** La scomparsa della nozione di «altri enti locali» nella revisione costituzionale del 2001 - **3.** Il problema di definire il procedimento di attuazione del regionalismo differenziato previsto dall'art. 116.3 Cost. - **4.** La politicità degli enti territoriali - **5.** Solidarietà politica e variazioni territoriali - **6.** Alcune conseguenze applicative dell'adozione dello Stato-comunità quale chiave di definizione della pubblicità - **7.** Gli enti locali tra normazione statale e regionale e criteri di sussidiarietà e proporzionalità - **8.** Gli «altri enti locali» tra discrezionalità del legislatore e obblighi di conformazione.

1. L'uso in Costituzione del termine «enti locali».

La Costituzione italiana, come è spesso affermato, riconosce il pluralismo amministrativo e l'articolazione organizzativa per enti: in un certo senso presuppone l'ordinamento amministrativo che si è da tempo strutturato appunto attorno a soggetti collettivi dotati di personalità giuridica, e quindi titolari di pretese, diritti, obblighi, doveri, ecc. Per altro verso, per il fatto stesso di essere menzionati in Costituzione tali enti sono destinatari di un apprezzamento valoriale che si impone al medesimo legislatore. Ad enti pubblici si riferisce espressamente l'art. 28 Cost. a proposito della responsabilità dei rispettivi dipendenti; può iniziarsi, invece, a discutere se debbano essere di necessità pubblici gli enti genericamente indicati dall'art. 43 sulla riserva originaria o l'espropriazione di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio, dall'art. 71 sull'iniziativa legislativa, e dall'art. 100 a proposito del controllo della Corte dei conti. In queste ipotesi la previsione costituzionale può ben riferirsi ad enti - per così dire - formati per iniziativa sociale, aggregazioni di uomini e donne interessati a perseguire interessi comuni, epperò riconosciuti attributari di servizi, o legittimati a presentare leggi, o a ricevere contributi statali. Così come possono ben essere privati gli enti competenti ad istituire scuole ed istituti di educazione (art. 34) e sono privati oltreché pubblici anche gli enti titolari di diritti di proprietà (art. 42).

La Costituzione nel testo del 1947 parlava di «enti autonomi» a proposito di regioni, province e comuni negli artt. 115 e 128; l'espressione è ora contenuta nel testo dell'art. 114. L'«ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione» era, ovviamente, materia di competenza regionale (art. 117), in un certo senso come ora è materia di legislazione esclusiva dello Stato l'«ordinamento e [l']organizzazione amministrativa ... degli enti pubblici nazionali» (art. 117.2, lett. g). La riforma del 2001 conosce gli «enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale» (art. 117.3) ed addirittura gli «enti territoriali interni ad altro Stato» (art. 117.9).

Lavoro redatto nell'ambito del Progetto dell'Università di Catania «Gost, Governare le emergenze: politica, territorio, diritti», Linea di finanziamento di Ateneo PIACERI. Lo stesso è dedicato a Enzo Balboni.

I testi costituzionali del 1947 e del 2001 utilizzano, poi, la nozione di «enti locali»: il “vecchio” art. 117 assegnava alle regioni la funzione legislativa su «musei e biblioteche di enti locali»; l’art. 130 istituiva il controllo sui relativi atti; l’VIII disp. trans. fin. prevede(va) il riordino degli enti locali e l’utilizzo del loro personale da parte delle regioni; la IX disp. dettava il termine di tre anni per l’adeguamento delle leggi statali «alle esigenze delle autonomie locali»; il “nuovo” art. 116 prevede che al regionalismo differenziato si giunga «con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali»; la revisione del 2001 ha istituito in ogni regione «il Consiglio delle autonomie locali, quale organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali», così come ha consacrato l’esercizio del potere sostitutivo da parte del governo dello Stato «prescindendo dai confini territoriali dei governi locali» (art. 120).

2. La scomparsa della nozione di «altri enti locali» nella revisione costituzionale del 2001.

L’elencazione delle disposizioni costituzionali “vecchie” e “nuove” non è senza motivo: il testo costituzionale del 1947 infatti conteneva una nozione che è scomparsa almeno nella terminologia della revisione del 2001, cioè quella di «altri enti locali» cui si riferiva l’art. 118, allorquando disponeva che nelle materie di potestà concorrente al tempo previste dall’art. 117 leggi statali potessero attribuire «funzioni amministrative ... di interesse esclusivamente locale ... alle Provincie, ai Comuni o ad altri enti locali» e che la stessa Regione esercitasse «normalmente le sue funzioni amministrative delegandole alle Provincie, ai Comuni o ad altri enti locali, o valendosi dei loro uffici». La menzione era contenuta anche nell’art. 130 a proposito del controllo da parte regionale «sugli atti delle Provincie, dei Comuni e degli altri enti locali».

Il testo costituzionale del 1947, insomma, prevedeva «altri enti locali» diversi da province e comuni, e ciò malgrado l’art. 114 prevedesse la ripartizione della Repubblica solo «in Regioni, Provincie e Comuni».

La legge 15 marzo 1997, n. 59, ha ripreso la nozione tanto è vero che ha previsto il conferimento di funzioni e compiti amministrativi alle regioni ed a province, comuni, comunità montane e, appunto, ad «altri enti locali» (artt. 1 e 4).

Il termine, invece, sembra abbandonato nella revisione del 2001, malgrado non sia affatto di scarso interesse: esso segnala il problema di un assetto segnato dal pluralismo amministrativo in relazione al quale, quindi, occorre definire quando ci si trova davanti un ente locale e, più a monte, chi possa istituire un ente locale, su quali presupposti ed a quali condizioni, e con quali effetti.

3. Il problema di definire il procedimento di attuazione del regionalismo differenziato previsto dall’art. 116.3 Cost..

Ad esempio, il procedimento di definizione del cd regionalismo differenziato ai sensi dell’art. 116.3, Cost. pone il problema di individuare gli «enti locali» da sentire, nella consapevolezza che gli stessi avrebbero una differenziata posizione giuridica di natura sostanziale. Tale situazione non solo legittima gli enti locali alla partecipazione al relativo procedimento, ma probabilmente li abilita anche a difenderla per contestare l’eventuale procedimento che non li abbia visti partecipare, sia con lo strumento del conflitto di attribuzione sia in sede di legittimità costituzionale avverso una «legge dello Stato» che approvasse l’«intesa fra lo Stato e la Regione interessata» all’esito di un iter che non li abbia visti presenti.

Ciò pone il problema - non adeguatamente considerato sinora in occasione delle iniziative che hanno riguardato l'attuazione del regionalismo differenziato tra la fine della XVII legislatura e quella attuale - di individuare gli «enti locali» da sentire necessariamente, a pena di invalidità del procedimento e del suo esito. In altri termini, si tratta di disciplinare appunto tale procedimento ed in via preliminare di stabilire se competente ad adottare tale normativa sia lo Stato ovvero la stessa regione, specie dopo che Corte costituzionale n. 118/2015 ha ammesso che la regione introduca e disciplini «fas[i] anterior[i] ed estern[e] rispetto al procedimento prestabilito all'art. 116 Cost», aprendo la strada a referendum regionali consultivi. Invero, secondo un argomento a contrario, nel momento in cui assume che «il referendum consultivo previsto dalla disposizione regionale impugnata si colloca in una fase anteriore ed esterna rispetto al procedimento prestabilito all'art. 116 Cost.», quella sentenza sembra portare la fase della consultazione degli enti locali all'interno del procedimento dell'art. 116: ma ciò significa che solo la legge statale può - e deve - disciplinare le forme di tale consultazione, ad iniziare dai soggetti da coinvolgere.

Sembra questa, del resto, la soluzione corretta, se non altro perché - ed al di là delle espressioni utilizzate - essa risulta discendere dal sistema italiano delle autonomie il quale presuppone che sia lo Stato a definire organizzazione e funzionamento degli enti locali diversi dalla Regione, artt. 117.2, lett. p, 118 ma anche 119 Cost. Anche il sistema autonomistico è, infatti, ispirato ad una sorta di checks and balances, per il quale la «forte» autonomia regionale è «limitata» dall'autonomia degli enti locali di minore dimensione, la quale rinviene il proprio fondamento nella Costituzione (art. 114.2) e concretamente nella legislazione statale che ne fissa le funzioni e ne stabilisce l'organizzazione («vecchio» art. 128 ed ora appunto gli artt. 117 e 118). A tale dinamica faceva eccezione la Sicilia (art. 14, lett. o, relativo Statuto) e dopo la legge costituzionale n. 2/1993 anche le altre regioni ad autonomia speciale: ma le previsioni statutarie speciali sono appunto solo deroghe ad una vera e propria regola di sistema.

Può aggiungersi che - sempre nel sistema italiano in cui è il livello centrale che assegna le competenze a mezzo appunto della Costituzione e delle corrispondenti previsioni degli statuti speciali - il procedimento non può non essere unico per tutte le regioni interessate ad accedere a «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia». E tale esigenza può essere soddisfatta solo a mezzo di una disciplina unitaria stabilita dalla legge statale.

La conclusione a favore della competenza della legge statale è rafforzata dall'imposizione a carico delle forme di regionalismo differenziato del «rispetto dei principi di cui all'art. 119», che riguarda appunto la finanza pubblica; la decisione su di essa è di quasi di necessità statale anche per i vincoli derivanti dall'Unione europea, art. 117.2, lett. e; 117.3, e appunto 119, senza trascurare il «nuovo» art. 97.1.

La legge di stabilità 2014, cioè la l. 27 dicembre 2013, n. 147, ha confermato la competenza statale a regolare il procedimento di attuazione del regionalismo differenziato. All'art. 1, comma 571, dispone che sulle iniziative presentate dalle regioni «al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari regionali ai fini dell'intesa ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione», il Governo si attivi entro sessanta giorni dal loro ricevimento. A prescindere dalla sua collocazione della disciplina nella legge di stabilità, con la quale risulta assolutamente non omogenea malgrado la giustificazione del «coordinamento della finanza pubblica», la portata innovativa della disposizione risulta piuttosto contenuta, e ciò per quanto la giurisprudenza costituzionale sulle applicazioni del principio di leale collaborazione nei rapporti tra Stato e regioni porti sancire a carico di entrambe le parti obblighi di informazioni e di prontezza nelle attività da svolgere.

Il punto è che quel «sentiti gli enti locali» pone in questione la loro individuazione e le modalità della loro consultazione. Il riferimento all'art. 119 contenuto nel medesimo testo dell'art. 116 fa pensare che essi sono «i Comuni, le Province [e] le Città metropolitane» indicate

nella disposizione oggetto di rinvio.

Ma rimane da considerare la forma della consultazione. Il Consiglio delle autonomie locali avrebbe potuto essere la sede e lo strumento di tale fase; ma a parte che la competenza a disciplinarlo è dei singoli statuti regionali, il fatto è che l'art. 116 esige la consultazione degli «enti locali» e non del loro organismo rappresentativo.

Il che ripropone il problema di stabilire il procedimento di tale consultazione. L'unico dato di un certo rilievo presente in Costituzione è nell'art. 132 la richiesta dei consigli comunali per la fusione e la creazione di regioni: sarebbe possibile prevedere che anche l'iniziativa del regionalismo differenziato muova dai comuni, attenendo in fine al rapporto competenze statali-competenze decentrate e, quindi, al rapporto autorità-libertà, cioè alla forma di Stato nella quale si fanno rientrare le dinamiche di un ordinamento che riconosce e promuove le autonomie?

E qui si ritorna al punto che il procedimento di attuazione del regionalismo differenziato sembra al momento del tutto impraticabile, in assenza della legge statale che lo disciplini, ed anche se non può escludersi che di fatto la forza politica di alcune regioni porti ad "accordare" loro quanto richiesto.

Può essere aggiunto al riguardo - anche se fuori tema rispetto alla riflessione sugli enti - che la revisione costituzionale del 2001 non disciplina formalmente l'ipotesi di "ritorno" allo Stato di alcune «materie». Se si dovesse concludere che bisogna ripercorrere a rovescio il procedimento dell'art. 116.3, si avrebbe l'esito paradossale che le competenze stabilite a favore delle regioni negli statuti speciali potrebbero essere modificate unilateralmente dallo Stato a mezzo di legge costituzionale, sia pure adottata a seguito di parere della regione (art. 41-ter Sicilia; art. 50 V.d'A.; art. 54 Sardegna; art. 63 F.-V.G.; art. 103 T.A.-A.); mentre le materie assegnate alle regioni ad autonomia differenziata non potrebbero essere cambiate se non a seguito di una nuova intesa (a meno di ammettere l'incisione volta per volta con legge costituzionale di modifica del singolo assetto regionale, in una visione assolutamente contingente dell'uso della revisione costituzionale). Eppure, si osserva diffusamente che un efficiente sistema regionale è per definizione segnato sì dalla logica dell'asimmetria, ma anche da dinamiche di fluidità.

A seguito della riforma intervenuta con la l.cost. n. 2/2001 sulle norme appena citate, gli statuti regionali speciali non possono essere sottoposti a referendum ai sensi dell'art. 138. Va ricordato, invece, che la revisione costituzionale del titolo V sempre nel 2001 è stata sottoposta a referendum, come poi le proposte del 2006 dovuta al governo Berlusconi e quella del 2016 voluta da Renzi. Il corpo elettorale italiano ha, cioè, deciso sulla distribuzione delle competenze tra Stato e regioni, come è del resto logico che sia atteso che decidere su ciò significa intervenire sulla regola di attribuzione e di esercizio del potere, appunto sulla forma di Stato.

Ora, l'art. 116 nulla dice in ordine al possibile coinvolgimento dell'intera comunità nazionale sulla decisione di trasferimento di funzioni e risorse dallo Stato alla regione interessata. Se si convenisse che la legge adottata a maggioranza assoluta sulla base dell'intesa è una legge atipica, da far rientrare tra «gli atti legislativi dotati di una forza passiva peculiare (e dunque insuscettibili di essere validamente abrogati da leggi ordinarie successive)» (Corte costituzionale n. 16/1978), si avrebbe che ogni regione finirebbe per decidere su stessa su un presupposto meramente pattizio, senza il possibile intervento di tutti i cittadini italiani, pur interessati a decidere sul trasferimento di poteri e di risorse finanziarie almeno a mezzo di referendum abrogativo. Siffatto esito sembra in contrasto con il valore dell'unità della Repubblica: non pare possibile assegnare alle contingenti maggioranze esistenti a livello statale e nell'ambito della singola regione di decidere con effetti prolungati e pressoché irreversibili sulle competenze e sulle risorse, di fatto coinvolgendo il sistema dei servizi e l'economia dell'intero Paese, e senza prevedere almeno in astratto la possibilità del corpo elettorale nazionale di respingere il progetto di devoluzione.

Per questo, a prescindere da ogni considerazione sull'attuale estensione del criterio di ammissibilità del referendum abrogativo elaborato nel 1978, risulta di dubbia legittimità costituzionale escludere del tutto la comunità nazionale sulla decisione sul regionalismo differenziato. Niente varrebbe opporre che le richiamate disposizioni degli statuti speciali escludono il referendum ex art. 138 sulle modifiche statutarie: nella prospettiva qui accolta esse sarebbero semplicemente illegittime per il contrasto con il valore dell'unità della Repubblica (cfr. Corte costituzionale n. 1146/1988). La declinazione di tale valore porta a riconoscere alla comunità politica nazionale di poter decidere sull'assetto delle competenze, pena lo svuotamento della stessa nozione di sovranità popolare che pure l'art. 1 assegna al popolo e, per esso, al corpo elettorale.

Insomma, la riflessione sull'attuazione del regionalismo differenziato evoca problemi di rilievo circa le scelte fondamentali del sistema regionale italiano.

4. La politicità degli enti territoriali.

Le comuni trattazioni di diritto pubblico qualificano come locali gli enti territoriali che esprimono e tutelano tutti gli interessi delle popolazioni insediate appunto sul territorio di riferimento. Per il collegamento tra territorio, popolazione ed interessi, l'ente locale è appunto definito generale, anche a prescindere dall'indicazione delle sue competenze, ed il termine è ritenuto sinonimo di politico. Così, nella vigenza del "vecchio" art. 117, e malgrado l'enumerazione delle funzioni loro assegnate, le regioni sono state riconosciute enti a fini generali, idonei a farsi carico di tutti gli interessi presenti sul territorio di riferimento, dalle sentenze della Corte costituzionale n. 829/1988 e n. 276/1991. In fondo l'idea della «natura della regione [quale] ente politico esponenziale della comunità regionale, il cui fondamento e la cui garanzia sostanziale di fronte allo Stato e ai poteri del legislatore nazionale sta ... nell'art. 5 della Costituzione stessa» (sentenza n. 276/1991), è a presupposto del filone che ammette per le regioni la legittimazione a difendere con lo strumento dell'impugnazione di leggi in via principale anche le attribuzioni degli enti locali di minori dimensioni, giacché tali funzioni attengono in definitiva all'esercizio di quell'autonomia che l'art. 5 appunto non solo riconosce, ma addirittura promuove, cfr. Corte costituzionale n. 408/1998, n. 171/1999, n. 196/2004, n. 417/2005, n. 95 e n. 169/2007, n. 298/2009.

Che la regione possa difendere anche le competenze di altri soggetti, i quali pure fondano la rispettiva autonomia sulla Costituzione (art. 114), significa in realtà che il sistema autonomistico nel suo complesso è interesse generale dell'intero ordinamento, da difendere - *id est*: tutelare e sostenere, appunto promuovere - ad opera di tutte le sue articolazioni in una concezione tutta obbiettiva dello stesso giudizio costituzionale (che in parte compensa l'assenza di accesso diretto dei minori enti locali al giudice costituzionale). L'art. 5 esprime un valore che eccede ogni sua possibile contingente espressione sul piano sostanziale come su quello processuale. L'autonomia interessa tutti e non solo singoli soggetti: l'intervento sulle competenze di un qualche livello di governo riguarda per definizione tutti gli altri. Non a caso la giurisprudenza costituzionale ha, per così dire, intrecciato principi costituzionali e svolgimenti della legislazione ordinaria ed ha valorizzato che «nel contesto dell'ordinamento delle autonomie locali, il legislatore statale abbia inteso, con l'art. 3 della legge n. 142 del 1990, attribuire alle Regioni un ruolo di identificazione degli interessi comunali e provinciali "in rapporto alle caratteristiche della popolazione e del territorio", e di "organizzazione" dell'esercizio delle funzioni a livello locale, cioè di disciplina del modo in cui esse si collocano e si raccordano nel contesto regionale, sottolineando così un ruolo della Regione come "centro propulsore e di coordinamento dell'intero sistema delle autonomie locali" (sentenza n. 343 del 1991)», dalla sentenza n. 408/1998.

Il ruolo regionale individuato è riferibile anche al testo unico enti locali adottato con d.lgs. n. 267/2000 il cui art. 4 è dedicato al «sistema regionale delle autonomie locali», specie dopo la legge n. 59/1997 e l'introduzione del principio di sussidiarietà nel rivisto art. 118 Cost.

Anzi, dalla legge n. 142/1990 e poi dal d.lgs. n. 267/2000 possono prendersi le mosse per qualificare gli enti locali come i soggetti che perseguono il fine «dello sviluppo economico, sociale e civile» dei territori interessati, che è poi un altro modo di definire quelli locali come enti politici a fini generali.

5. Solidarietà politica e variazioni territoriali.

Il territorio non è solo un presupposto fisico o naturalistico, ma è anche il prodotto della scelta relativa all'orizzonte entro il quale rendere efficace il valore della solidarietà. Infatti, il procedimento di variazione territoriale non è affatto secondario o marginale rispetto ad altri, tanto è vero che esso trova disciplina in Costituzione la quale richiede l'iniziativa dal basso e la consultazione della popolazione interessata.

Il fatto è che la definizione del territorio ("con chi stare") intercetta la base stessa della comunità sociale, politica ed economica. Il territorio, per così dire, segna i primi confini della solidarietà richiesta dall'art. 2 a carico di tutti i soggetti. Gli artt. 132 e 133 stabiliscono procedimenti nei quali l'iniziativa per la modificazione territoriale è assunta dal basso dai soggetti istituzionali posti ai livelli inferiori di governo (questo termine non ha valenza assiologica), giacché sono i comuni a chiedere la creazione di nuove regioni (art. 132.1) e/o di nuove province (art. 133.1). L'art. 42 della l. n. 352/1970 ha previsto analoga richiesta dei consigli provinciali e comunali per il distacco di province da una regione ad un'altra. Le leggi regionali indicate dall'art. 133.2 valorizzano anch'esse l'iniziativa dal basso della popolazione interessata.

La stessa istituzione della Regione Molise è avvenuta utilizzando la deroga all'art. 132 contenuta nella XI disposizione transitoria e poi la proroga introdotta dalla l.cost. 18 marzo 1958, n. 1, al limite di un uso piuttosto contingente della legge costituzionale, adottata solo dallo Stato, in assenza oltretutto delle regioni e senza alcuna consultazione.

Infatti, il principio che emerge dagli artt. 132-133 è che siano le popolazioni interessate a decidere il contesto territoriale nel quale operare assieme. Dietro il fenomeno della creazione e/o della fusione di regioni, dell'istituzione di comuni e province, delle variazioni territoriali in generale stanno le scelte associative delle popolazioni, le quali decidono in tal modo sulla loro identità: chi sono e con chi stanno. La legge può stabilire le procedure delle variazioni territoriali, ma non i loro esiti. Viene in rilievo l'origine storica degli enti territoriali locali dal fenomeno delle formazioni sociali ed il riconoscimento a loro favore dell'esercizio della sovranità popolare.

Anzi, sotto questo profilo può dubitarsi che una profonda riorganizzazione territoriale del sistema autonomistico, ad esempio con la creazione di macro-regioni, possa avvenire solo a mezzo del procedimento di revisione dell'art. 138 e, quindi, a mezzo di un eventuale referendum in ambito nazionale; e non richieda invece, se non di seguire pedissequamente l'art. 132, almeno di prevedere con apposita legge costituzionale (di carattere necessariamente provvedimentale) un procedimento in cui sia assicurata almeno la consultazione delle popolazioni interessate, anche se - come notato a proposito dei contenuti da assegnare alle regioni che vogliono accedere al cd regionalismo differenziato - ogni variazione (territoriale o sostanziale) del sistema regionale è di interesse generale (si direbbe: nazionale) e non va escluso che possa esserci un conflitto tra decisioni politiche espresse a livello locale e statale.

6. Alcune conseguenze applicative dell'adozione dello Stato-comunità quale chiave di definizione della pubblicità.

Il territorio quale base della politicità di un ente e, quindi, dell'estensione della sua attività è, in realtà, una nozione che fonda l'intero potere pubblico che rinviene la sua legittimazione appunto su base comunitaria, secondo un circuito che muove dal basso alla stregua del principio di sussidiarietà quale chiave di giustificazione dello stesso Stato-persona. Gli artt. 2 e 5 Cost. utilizzano lo stesso termine «riconosce» per i diritti individuali, le formazioni sociali e le autonomie territoriali: se si collegano tali norme con la proclamazione della sovranità popolare dell'art. 1 e si accoglie l'idea che l'esercizio delle libertà fondamentali è anch'esso manifestazione di sovranità, si arriva all'ovvia conclusione che sovrano è lo Stato-comunità, misura di ogni "pubblicità", e non più lo Stato-persona, e concretamente il Governo.

Come è stato notato in dottrina, gli enti locali sono al punto di snodo del processo che vede formazioni sociali divenire istituzioni pubbliche: invero, sullo sfondo di tali ricostruzioni concettuali sta la storia che ha visto dal non expedit del 1870 al Patto Gentiloni del 1913 due Italie politiche, quella che partecipava alle elezioni per la Camera dei deputati e quella che si esprimeva a livello locale, ad iniziare dallo Sturzo pro-sindaco di Caltagirone dal 1905 al 1920 e consigliere provinciale di Catania. In altri termini, e la domanda è retorica, in quegli anni poteva ben chiedersi se gli enti locali erano "pezzi" della società civile o "pezzi" dello Stato-persona o apparato, con le inevitabili ripercussioni in tema di legittimazione del potere politico e di definizione della sua base sociale.

La Costituzione, invero, sembra aver dissolto il dilemma, avendo scelto in maniera decisa per una considerazione del potere pubblico dal basso di quel «popolo» cui appartiene la sovranità. La revisione costituzionale del 2001, con la "precisazione" nel rivisto art. 114 che la Repubblica è composta in un circuito a scalare dagli enti locali di minore dimensione sino allo Stato, ha portato a compimento tale processo che fa dello Stato-comunità la misura del "pubblico".

In fondo è rimasta spesso solo confinata al piano dottrinale la distinzione tra Stato-persona e Stato-comunità, che è pure la vera e propria rivoluzione apportata dalla Costituzione repubblicana alla dottrina dello Stato di impronta hegeliana.

Al contrario, l'approccio comunitario potrebbe avere rilievo sotto tanti versanti dai più elevati ai più minuti e se ne possono indicare qui tre applicazioni.

Ad esempio, per iniziare da una proposta che prende le mosse dalle previsioni costituzionali, gli organi indicati agli artt. 99 e 100 possono considerarsi ausiliari delle diverse espressioni dello Stato-comunità, con la conseguenza che l'attività consultiva di CNEL, Consiglio di Stato e Corte dei conti va svolta anche nei confronti delle autonomie locali o, quantomeno, del rispettivo sistema. La legge n. 131/2003, all'art. 7, anche nel testo modificato dal d.l. n. 113/2016, conv. in l. n. 160/2016, sembra aver accolto tale dinamica perché ha previsto che gli enti locali per il tramite del Consiglio delle autonomie locali possano richiedere alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti pareri in materia di contabilità pubblica.

Sotto un secondo profilo, può dubitarsi se abbia senso mantenere le prefetture quali uffici del Governo statale (ancora oggi l'art. 11 d.lgs. n. 300/1999), secondo la tradizione accentrata mutuata dalla Francia ottocentesca, piuttosto che configurarle come organi espressione dello Stato-comunità e quindi non in posizione di dominio ma di servizio nei confronti delle autonomie locali. Già la citata disposizione del d.lgs. n. 300/1999 parla della prefettura come del soggetto che «garantisce la leale collaborazione [degli uffici periferici dello Stato] con gli enti locali». Potrebbe superarsi tale impostazione che muove dallo Stato e dalla sua articolazione periferica ed accentuare la portata comunitaria delle prefetture, facendole, ad esempio, organi di consulenza giuridico-amministrativa degli enti territoriali.

Potrebbero in ogni caso estendersi il ruolo e le funzioni della conferenza provinciale permanente, composta dai responsabili delle strutture amministrative periferiche statali e «da rappresentanti degli enti locali», e lo stesso può dirsi per la conferenza permanente «alla quale possono essere invitati i rappresentanti della regione». Deve notarsi al riguardo che il dpr n. 287/2001 ha reso eventuale anche la partecipazione dei rappresentanti degli enti locali alla conferenza provinciale. Sarebbe opportuno unificare i due organi nella considerazione unitaria del sistema delle autonomie, specificarne i compiti e prevedere le circostanze in cui l'intervento è quantomeno obbligatorio, se non vincolante. La disciplina del dpr n. 287, nella parte in cui prevede solo come eventuale la partecipazione dei rappresentanti degli enti locali e regionali, risulta decisamente incongrua, se solo si pensa che tra i compiti della conferenza provinciale sono compresi lo sviluppo economico e le attività produttive, il territorio, l'ambiente e le infrastrutture, i servizi alla persona e alla comunità, i quali sono tutti settori di interesse delle regioni e degli enti locali.

Passando alla terza proposta, è da ricordare che la legge n. 142/1990 aveva attribuito nei servizi di competenza statale al sindaco il potere/dovere di adottare, «nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti in materia di sanità ed igiene, edilizia e polizia locale al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini» (art. 38). La normativa precedente era l'art. 55 della legge comunale e provinciale, r.d. n. 383/1934. Il d.lgs. n. 267/2000 ha distinto l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica da parte del sindaco che agisce «quale rappresentante della comunità locale» (art. 50), dall'emanazione di provvedimenti a fronte di «gravi pericoli che minacciano l'incolumità e la sicurezza pubblica», sempre ad opera del sindaco ma questa volta «quale ufficiale del Governo» (art. 54). Deve constatarsi che negli sviluppi normativi richiamati il legislatore ha inteso i settori di intervento in maniera assai flessibile: in realtà non si comprende perché l'incolumità e la sicurezza pubblica debbono considerarsi «materie» di competenza solo dello Stato e non anche del Comune, specie a qualificare quest'ultimo ente a fini generali.

Invero, le emergenze sanitarie o igieniche riguardano anche l'incolumità pubblica ed ogni problema emergenziale diviene spesso o può diventare di ordine pubblico. Più in generale le vicende e gli accadimenti emergenziali mettono in evidenza la funzionalità del sistema nazionale di protezione civile al quale sono interessati e nel quale sono presenti tutti i soggetti pubblici, ad iniziare da quelli territoriali (l. n. 225/1992 e poi d.lgs. n. 1/2018), specie dopo che la revisione costituzionale del 2001 ha individuato la protezione civile quale materia di potestà concorrente.

La distinzione tra gli ambiti di intervento, rispettivamente, degli artt. 50 e 54 d.lgs. n. 267/2000 sembra in realtà inesistente. L'unico profilo differenziale attiene - ancora una volta - all'intervento delle prefetture, ma niente impedisce di unificare le due previsioni sotto il profilo applicativo, o quantomeno di intenderle sovrapponibili e fungibili (anche sotto il versante della responsabilità nei confronti dei terzi destinatari).

Come si vede, i risvolti applicativi nell'adottare una o un'altra prospettiva investono molti istituti e discipline presenti nell'ordinamento e richiedono di ripensare a soluzioni che si ritengono pressoché inevitabili.

7. Gli enti locali tra normazione statale e regionale e criteri di sussidiarietà e proporzionalità.

Come si è notato, la revisione costituzionale del 2001 ha fatto scomparire la nozione di «altri enti locali» contenuta negli artt. 118 e 130 della Costituzione nel testo, appunto, del 1947.

Ciò, però, non comporta che quella nozione sia stata soppressa o risulti oggi priva di significato. Da tempo si nota nella riflessione dottrinale più attenta alle dinamiche istituzionali che l'abrogazione di una norma non è mai assoluta e completa, perché è impossibile far venir meno del tutto il fatto costituito appunto dalla regola di diritto intervenuta che è stata parte della realtà e l'ha modificata, alla stessa stregua di ogni altro evento (si direbbe: fisico o materiale).

L'art. 117 Cost., nel vecchio testo, già consentiva alle regioni di disciplinare «enti amministrativi» da essa dipendenti. Il successivo art. 118, nel momento in cui prevedeva che le regioni delegassero l'esercizio delle funzioni amministrative a province, comuni e ad «altri enti locali» e si avvalessero dei loro uffici, permetteva alle leggi regionali di regolare, in definitiva, l'attività degli enti locali di minori dimensioni. Il modello, non a caso, è stato ripreso dalla richiamata legge n. 59/1997 a proposito delle dinamiche di conferimenti progressivi di funzioni amministrative.

La considerazione che può farsi al riguardo è che la Costituzione nel testo del 1947 consentiva alle regioni di istituire e regolare l'attività di enti sub-regionali, secondo la felice formula degli enti strumentali. In questa disciplina poteva rientrare anche la regolamentazione di funzioni ed attività degli enti locali, che pur l'art. 128 Cost. aveva riservato alla legge generale della Repubblica.

Insomma, l'art. 118 «vecchio» testo poneva un problema di coesistenza della legislazione statale e regionale a proposito degli enti locali: una questione che la revisione costituzionale del 2001 non ha risolto, ma che anzi ha, per così dire, confermato.

Per un verso, infatti e come notato, le «funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» sono stabilite dalla legge dello Stato (art. 117.2, lett. p, e già art. 128 Cost. nel testo abrogato, che non faceva però distinzioni tra funzioni fondamentali e non); per altro verso, le regioni sono competenti a disciplinare molti campi materiali che intercettano l'attività degli enti locali: si pensi al «governo del territorio», alle «grandi reti di trasporto e di navigazione», alla «valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali», per riferirsi solo a taluni settori di potestà legislativa concorrente che riguardano da vicino le funzioni degli enti locali, per non riferirsi alle materie innumerate cui si riferisce il comma quarto dell'art. 117. Gli interventi in tema di «tutela della salute» coinvolgono pressoché di necessità l'attività delle regioni, delle aziende sanitarie e degli enti locali, i quali non a caso entrano tutti nel Servizio sanitario nazionale. E lo stesso è a dire per la protezione civile.

Anzi, l'art. 118.2 prevede che «i Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze». Insomma, sugli enti locali si esercitano le scelte legislative dello Stato e delle regioni in un coacervo di interventi che dovrebbe rinvenire la chiave di definizione dei rapporti nei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

La terminologia adoperata riprende da vicino quella comunitaria e, poi, eurounitaria. Come è noto, alla sussidiarietà è stato dedicato l'art. 3 B del TCE, introdotto da quello di Maastricht del 1992; e ad essa si è richiamato il Trattato di Amsterdam del 1997, che ha modificato l'art. B del TUE, ha operato la cd versione consolidata di modo che l'art. 3 B è divenuto l'art. 5 TCE; ma soprattutto ha dettato il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Il testo dell'art. 5 TCE dopo Lisbona del 2008 è divenuto l'art. 5 TUE. Il Protocollo rielaborato è stato allegato al TFUE.

Il fatto è che il principio di sussidiarietà non è tanto un criterio di attribuzione delle competenze materiali, piuttosto è una regola di carattere procedimentale che legittima l'intervento dell'Unione «soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente» ad altro livello di governo, «ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione».

E lo stesso può dirsi per il principio di proporzionalità. Si vuol dire che più che principi, cioè contenuti della normazione sotto il profilo per così dire sostanziale, sussidiarietà e proporzionalità (e lo stesso vale per la differenziazione che sembra una versione del «principio di attribuzione») sono solo criteri dell'attività normativa dell'UE, cioè a dire presupposti o basi che di volta in volta giustificano la sua azione in campi materiali formalmente estranei alla sua competenza. Individuato un interesse sostanziale da salvaguardare in ambito eurounitario, sussidiarietà e proporzionalità sono canoni (si direbbe) strumentali a fondare l'intervento dell'Unione appunto alla preservazione ed alla cura dell'interesse da tutelare. L'organo di governo di livello superiore che agisce al posto di altri ha innanzitutto l'obbligo di informare gli altri soggetti ai diversi livelli (art. 4 Protocollo); deve indicare le motivazioni che stanno a base del suo intervento e deve spiegare i risultati che si attende di conseguire (art. 5 Protocollo). Deve, in altri termini, dimostrare la sussistenza di un interesse che giustifichi l'assunzione della decisione al livello superiore anziché a quello nazionale o locale.

Ad applicare queste osservazioni alla dinamica competenziale che l'art. 118 Cost. intende disciplinare, ci si accorge che alla fine esso ammette che Stato e regioni siano egualmente legittimati ad intervenire nei campi materiali assegnati agli enti locali, appunto sulle loro funzioni.

Semmai, di una competenza esclusiva dello Stato dovrebbe parlarsi a proposito della legislazione elettorale e dell'organizzazione degli enti locali ex art. 117.2, lett. p, e sempre con l'avvertenza che le regioni rimangono competenti ad intervenire sulla revisione delle circoscrizioni territoriali ex art. 117.4 (già art. 117, secondo alinea del "vecchio" testo) ed art. 133.

Insomma, c'è un vasto campo in cui coesistono o possono coesistere legislazioni statali e regionali ed il criterio di distinzione tra le rispettive competenze, alla fine, non può essere che quello che assegna allo Stato la posizione delle scelte fondamentali ed alla regione di attuarle e, comunque, di non contraddirle. Un esempio è dato dalla legislazione statale la quale dispone che il servizio idrico e quello di gestione dei rifiuti siano organizzati sulla base di ambiti territoriali ottimali, definiti dalle regioni e cui partecipano obbligatoriamente gli enti locali (rispettivamente artt. 147 e 200 d.lgs. n. 156/2006): soluzioni di principio che dal piano organizzativo si prolungano su quello funzionale-gestionale.

8. Gli «altri enti locali» tra discrezionalità del legislatore e obblighi di conformazione.

Alla legislazione statale va anche riconosciuta la possibilità - rectius: la competenza - a modificare in maniera profonda l'organizzazione di un ente pubblico sì da mutarne la natura.

Le classificazioni giuridiche hanno per definizione carattere euristico nell'ovvio senso che esse servono per inquadrare un fenomeno e trarne conseguenze applicative. Così, dall'appartenenza di un soggetto alla categoria dell'ente locale dovrebbero trarsi effetti in ordine al regime dell'ente, alla sua organizzazione ed alla sua attività. E tali conseguenze valgono anche per il legislatore il quale non può "travisare" a tal punto la qualità dell'ente sino a farne un soggetto diverso da quello che pure è definito in un certo modo.

Se la comunità territoriale è, per definizione, politica cioè rappresentativa degli interessi della popolazione insediata sul territorio, è locale l'ente che non solo ha ambito di operatività territoriale (che tale è quello cui si riferisce l'art. 5 allorché dispone di organizzare su base decentrata la struttura statale), ma che da tale popolazione - anche se talvolta in maniera indiretta - riceve l'investitura all'esercizio del potere e cui deve rispondere, secondo un modulo che coniuga sovranità popolare, responsabilità politica e controllo degli elettori, e che Corte costituzionale n. 240/2021 ha affermato per le città metropolitane, ma che vale per tutti gli enti locali.

Questa considerazione porta a ritenere locali quegli enti che presentano alcune caratteristiche quali la legittimazione e/o l'investitura proveniente dalla popolazione anche se in via indiretta, lo svolgimento di poteri attinenti allo sviluppo economico e sociale del territorio, e la responsabilità o in generale il dovere di rendere conto nei confronti delle popolazioni interessate.

Tali caratteristiche non sono esclusive di comuni, province e città metropolitane, ma anche di altri enti conformati alla medesima guida e dotati di funzioni relative al governo del territorio (qui inteso come sinonimo di sviluppo). Appunto per la valenza euristica, il percorso è anche inverso nel senso che in presenza di alcune connotazioni, quali appunto quelle delineate, risulta logico e conseguenziale ascrivere l'ente alla categoria degli enti locali e censurare l'omissione da parte del legislatore di un elemento da ritenere al contrario essenziale. Così, l'ente dotato di competenze assolutamente generali per lo sviluppo del territorio di riferimento non può non prevedere l'investitura politica degli organi di governo e la loro responsabilità nei confronti dei cittadini elettori: che è appunto la lezione della citata sentenza n. 240/2021.

Potrebbe forse dirsi che è misurabile la "qualità" di un ente locale, di modo che diviene sindacabile una soluzione organizzativa che non raggiunga un livello sufficiente dei presupposti individuati, perché ad esempio non prevede una qualche forma di responsabilità a carico della sua governance ed istituti per farla valere.

Questo è pertanto un campo in cui si esercita la discrezionalità del legislatore statale e di quello regionale nell'assegnazione delle funzioni agli enti locali come nella medesima istituzione di «altri» soggetti cui attribuirle. Ma è anche un campo in cui soluzioni oggi vigenti potrebbero essere riconsiderate ed in ogni caso possono essere sindacate.

Come si anticipava, alcuni soggetti possono transitare da un regime ad un altro in dipendenza di scelte diverse sull'allocazione delle funzioni e l'organizzazione della struttura dedicata ad esercitarle. L'esempio più significativo può essere dato dalle unità sanitarie locali, istituite dalla l. n. 833/1978, che le definiva quale «il complesso dei presidi, degli uffici e dei servizi dei comuni, singoli o associati, e delle comunità montane» (art. 10), ed addirittura strutture operative «dei comuni, singoli o associati, e delle comunità montane», tanto è vero che erano amministrate dall'assemblea generale composta spesso dal consiglio comunale e dal comitato di gestione eletto dalla medesima assemblea (art. 15). La l. n. 421/1992 ha trasformato radicalmente la struttura e la natura delle unità sanitarie facendole «aziende infraregionali con personalità giuridica». Successivamente il d.lgs. n. 502/1992 ha adoperato una soluzione di compromesso confermando che «l'unità sanitaria locale è azienda e [che] si configura come ente strumentale della regione, ... fermo restando il diritto-dovere degli organi rappresentativi di esprimere il bisogno socio-sanitario delle comunità locali» (art. 3). La definitiva trasformazione dell'unità sanitaria in azienda è avvenuta con il d.lgs. n. 229/1999, che ne ha fatto venir meno il carattere strumentale rispetto alla regione, ma soprattutto ha eliminato il riferimento ai bisogni delle comunità locali, che faceva dell'unità sanitaria un soggetto "politico" ed ha insistito, invece, sulla sua autonomia imprenditoriale.

Un ente locale, perché strettamente legato all'organizzazione ed alla "politica" dell'ente territoriale per eccellenza, cioè il comune, è così divenuto azienda in funzione esclusiva dell'interesse curato e dei servizi prestati secondo una dimensione che dovrebbe essere imprenditoriale.

Di converso, altri enti mantengono la connotazione di soggetti di sviluppo complessivo del territorio e dei suoi abitanti; ed allora si pongono secondo una linea che può definirsi di continuità con gli enti territoriali. Di conseguenza si tratta di valutare la coerenza delle scelte organizzative conformate.

Come anticipato, se la regione può istituire enti sub-regionali e/o strumentali cui trasferire compiti e se la stessa regione può conferire funzioni a comuni, province e città metropolitane (art. 118.2), può egualmente comporre attribuzioni degli uni e degli altri, come nelle riportate ipotesi delle autorità d'ambito per i servizi idrico e di gestione integrata dei rifiuti. Può dirsi che il contenuto sostanziale del "vecchio" art. 118 (delega delle funzioni regionali agli enti locali ed utilizzazione dei loro uffici) è confluito nel "nuovo" ordinamento dei rapporti tra Stato, regioni ed enti locali; anzi tale contenuto si è ampliato perché coinvolge adesso anche le funzioni statali.

Il campo degli «altri enti locali» è appunto quello dell'esercizio di funzioni di derivazione statale o regionale assegnate a soggetti diversi da comuni, province e città metropolitane, ma che con questi partecipano del fatto di essere espressione degli interessi generali del territorio, a partire dal suo sviluppo economico, sociale e civile, e che per questo necessitano di avere una guida politica (anche se in via indiretta) e responsabile.

Si pensi alle comunità montane, cui non a caso si riferiva la l. n. 59/1997, istituite quali unioni di comuni già dalla l. n. 1102/1971, e che ora il d.lgs. n. 267/2000 definisce espressamente «enti locali» (art. 27), ma cui soprattutto attribuisce di adottare «piani pluriennali di opere ed interventi» ed individuare «gli strumenti idonei a perseguire gli obiettivi dello sviluppo socioeconomico» del relativo territorio.

Considerazione analoga può essere fatta per gli enti parco nazionali, che coniugano l'esercizio di competenze, per così dire, di carattere tecnico quali quelle di preservazione del patrimonio naturalistico, e di competenze per la promozione economica e sociale delle collettività residenti nel parco e nell'adiacente territorio di riferimento, sino a far elaborare «un piano pluriennale economico e sociale» dalla comunità composta dai presidenti delle regioni e delle province, dai sindaci dei comuni e dai presidenti delle comunità montane nei cui territori sono ricomprese le aree del parco (artt. 9, 12 e 14 l. n. 934/1991). Già l'art. 23 della legge regionale siciliana n. 98/1991 prevedeva che l'ente parco regionale adotti «un programma pluriennale economico-sociale per la promozione delle attività compatibili» nel suo ambito.

Invero, gli enti parco sono i veri autori della pianificazione nei rispettivi territori: è naturale che dal governo del territorio (strettamente inteso) si passi alla pianificazione dello sviluppo economico e sociale delle popolazioni ivi insediate.

Gli esempi fatti non sono senza motivo: la disciplina statale sulle comunità montane contenuta nel testo unico enti locali e la legge quadro sulle aree protette che addirittura assegna al Ministro dell'ambiente di nominare il presidente ed il comitato direttivo del parco nazionale, non stabiliscono alcun legame di natura istituzionale - cioè a dire nessun circuito di responsabilità - tra il presidente della comunità montana e l'organo rappresentativo dei sindaci; e tra il presidente del parco nazionale e la comunità rappresentativa delle regioni e degli enti locali. Eppure, nell'uno e nell'altro caso si è di fronte ad un soggetto che dal territorio trae l'attribuzione ad occuparsi in via generale dello sviluppo economico e sociale della popolazione, cioè di un soggetto politico per definizione.

A CHI APPARTIENE LO SPAZIO?

Brando Mazzolai

«La luce che riuscimmo ad ottenere ci fu data, non perché noi stessimo sempre fissi a mirarla, ma perché ce ne servivamo per scoprire nuove cose e per spingere più oltre i confini della nostra conoscenza».

John Milton

Abstract: Durante la seconda metà del Novecento lo Spazio ha rappresentato un fattore estremamente rilevante nella sfida globale tra Stati Uniti e Unione Sovietica segnando la politica internazionale mondiale durante tutto il periodo della Guerra fredda. La percezione dell'esistenza di un pericolo imminente caratterizzato dall'incubo delle armi nucleari finì per sviluppare tra le due super-potenze un'importante competizione nell'ambito della tecnologia spaziale. Lo Spazio acquisì una valenza universale quale espressione del progresso umano e per tale ragione fu oggetto di numerosi accordi internazionali siglati all'interno dell'Onu. Con la fine della guerra fredda e in un contesto geopolitico totalmente modificato, lo Spazio quale estensione naturale dello sviluppo tecnologico e digitale è tornato ad essere sempre più rilevante nei settori della ricerca civile e in quello commerciale. Le attività private attraverso importanti finanziamenti e nuovi progetti stanno progressivamente prendendo il controllo di importanti settori dell'esplorazione spaziale e del futuro sfruttamento di risorse minerarie nel segno di una rinnovata "competizione spaziale". È per questi motivi che il presente scritto vuole fornire una riflessione aggiornata sul ruolo sempre più determinante delle aziende private nel settore spaziale che oggi risulta caratterizzato da un evidente vuoto normativo e da un quadro giuridico ormai inadeguato rispetto alle sfide tecnologiche future.

In the second half of the twentieth century the conquest of the space represented an important issue of the global challenge between the USA and Russia which marked the whole international politics of the cold war. The feeling of an impending danger constituted by the nuclear weapons brought the two super powerful countries to engage themselves in the run for the space conquest as a trial of strength. The value of the space as belonging to the human race was affirmed though by a series of treaties signed within the United Nations which considered the conquest of the space as an enormous development of the human progress. With the end of the Cold War, in a geopolitical context which has been totally modified, the conquest of the space meant as a natural expansion of the digital and technological development, has acquired a new relevant value in the field of the private research and the commercial one. Private enterprises, by means of substantial investments and new projects, are gradually taking over important sectors of the space exploration and the future exploitation of mineral resources; they have become the new actors of a renewed "space competition". The following paper wants to provide a personal reflection on the more and more outstanding role of private enterprises in the space conquest, a sector which appears nowadays to be characterized by a legal vacuum or by a no longer adequate legislative framework.

SOMMARIO: 1. Riflessioni "endopandemiche" 2. *Ground control to Major Tom* 3. *New Space Economy*. 4. *Space Oddity* 5. Uno "Spazio" infinito di pace tra i popoli.

1. Riflessioni “endopandemiche”.

Perché scrivere sulla materia delle esplorazioni spaziali? Perché riflettere su un argomento così distante ed evanescente e allontanarsi da problemi più urgenti che ci pone l’attuale situazione pandemica? Forse proprio perché è stato durante questo lungo periodo di pandemia che ci siamo accorti di quanto la ricerca scientifica e gli strumenti tecnologici siano necessari ad affrontare problemi che parevano insormontabili.

Continuare a rivolgere lo sguardo in terra come in cielo e chiedersi come il poeta di Recanati «*Che fai tu luna in ciel? dimmi, che fai, silenziosa luna?*»¹, non è soltanto un’operazione romantica, un desiderio di evasione dalla triste realtà contingente, ma una premessa a guardare oltre i limiti della conoscenza oltre a ciò che non appare.

Non è infatti banale ricordare come molte delle innovazioni e delle tecnologie che oggi sono a nostra disposizione derivino da scoperte avvenute nel settore dello spazio, o meglio, dal processo di realizzazione di esse che hanno poi via via trovato applicazione nei più differenti campi della scienza.

Nonostante le grandi difficoltà del nostro tempo esistono passaggi che sono punti di snodo della storia e che segnano nuove e future vie di sviluppo per l’intera umanità. Tali sono stati nell’età moderna la nascita di internet e lo sviluppo delle tecnologie digitali che senza soluzione di continuità hanno generato una dimensione alternativa a quella reale ancora tutta da definire. L’universo tecnologico digitale si è imposto in pochi anni condizionando definitivamente i nostri rapporti umani e ciò ha comportato un assoluto ripensamento delle nostre abitudini di vita. Una rivoluzione così rapida e improvvisa che ha anticipato qualsiasi tentativo di regolazione normativa che è apparsa fin da subito tardiva e inadeguata.

In tale contesto, caratterizzato dalle illimitate potenzialità del mondo tecnologico e virtuale, si inseriscono le nuove sfide legate alle esplorazioni spaziali che già si annunciano come il passaggio storico che segnerà il futuro dell’umanità².

2. Ground control to Major Tom.

«*Ground Control to Major Tom, Ground Control to Major Tom*»³ cantava nel 1969 David Bowie immaginando nell’album *Space Oddity* le meraviglie e soprattutto i misteri delle nuove esplorazioni spaziali che avevano da poco portato sulla luna gli astronauti americani Neil Armstrong, Buzz Aldrin e Michael Collins durante il primo allunaggio della Missione Apollo 11. L’evento vissuto in diretta tv da milioni di persone in tutto il mondo rappresentò il momento più alto ed emozionante della corsa allo spazio che fino a quel momento aveva visto contrapporsi le due potenze mondiali degli Stati Uniti e della Russia sovietica, entrambe impegnate durante il periodo della Guerra Fredda a primeggiare nel cosmo come sulla terra, alla conquista di nuovi spazi da colonizzare.

Soltanto qualche anno prima la Russia di Nikita Kruscev aveva già dimostrato al mondo intero molto della sua potenza militare e tecnologica riuscendo a spedire il primo uomo intorno all’orbita spaziale⁴. Il 12 aprile 1961 Yuri Gagarin, all’interno della navicella Vostok 1, completò

¹* Dottore di ricerca in Diritto Pubblico e Avvocato in Empoli.

L’espressione richiama il primo verso della poesia di G. Leopardi, *Canto notturno di un pastore errante dell’Asia*.

² Per un quadro generale della materia sul diritto dello spazio si veda C.G. CATALANO, *Diritto Internazionale dello Spazio*, LoGisma, Firenze, 2011.

³ Il verso è ripreso dal testo della canzone *Space Oddity* di David Bowie contenuta nell’album omonimo del 1969.

⁴ Nel frattempo, però, grazie al successo del lancio dello Sputnik I, l’Unione Sovietica aveva già lanciato, il 3 novembre 1957, lo Sputnik II con a bordo un cane di nome Laika. Era il primo essere vivente ad essere lanciato nello spazio.

un'impresa al limite dell'incredibile realizzando un unico giro intorno al globo, 108 minuti capaci di cambiare la storia e fare di lui un Prometeo dei tempi moderni.

Nonostante la sfida delle esplorazioni spaziali rappresentasse il campo perfetto attraverso cui mostrare al resto del mondo la propria superiorità scientifica, tecnologica e militare, il raggiungimento del cosmo e il disvelamento di nuovi segreti appariva pur sempre come un traguardo universale da condividere con il mondo intero.

In questo senso appaiono ancora oggi emblematiche le prime parole che furono espresse dagli astronauti americani al momento dell'allunaggio che ai loro occhi rappresentò «*un piccolo passo per l'uomo e un grande passo per l'umanità*».

Lo stesso sentimento pervase il russo Gagarin quando durante il suo volteggiare in orbita intorno alla Terra pronunciò parole di speranza lontane dai diktat propagandistici sovietici comunicando alla stazione base di Bajkonur in Kazakistan queste parole: «*Da quassù la Terra è bellissima senza frontiere né confini!*»⁵.

Insomma al di là di tutte le differenze ideologiche il raggiungimento dei nuovi traguardi spaziali era visto come un bene per l'umanità intera e gli astronauti considerati «*ambasciatori del genere umano*» o «*inviati dell'umanità nello spazio extra-atmosferico*»⁶.

Ed è in questo senso che già agli albori dei programmi spaziali russi e statunitensi la comunità internazionale con grande lungimiranza e con spirito di collaborazione iniziava a dotarsi di un proprio *corpus* giuridico al fine di provare a delineare i principi che avrebbero dovuto regolare la futura corsa allo spazio. Già nel 1958, un anno dopo il primo lancio dello Sputnik, all'interno delle Nazioni Unite, con la Risoluzione 1348 (XIII) fu istituita la *Commissione sull'uso pacifico dello spazio extra-atmosferico* c.d. COPUOS (*Committee on the Peaceful Uses of Outer Space*), che qualche anno più tardi nel 1967 favorì l'adozione del «*Trattato sulle norme per l'esplorazione e l'utilizzazione, da parte degli Stati, dello spazio extra-atmosferico, compresi la luna e gli altri corpi celesti*»⁷, più noto col nome di «*Trattato sullo spazio*» (*Outer Space Treaty - OST*)⁸. Tale accordo, che rappresenta tuttora il trattato costitutivo del diritto spaziale, dichiara fin dalle sue premesse di voler contribuire «*per l'intero genere umano*» e «*per il bene di tutti i paesi, senza riguardo alcuno al livello del loro sviluppo economico o scientifico*» alla crescita di una vasta cooperazione internazionale «*per quanto concerne gli aspetti scientifici e giuridici dell'esplorazione e dell'utilizzazione, a scopi pacifici, dello spazio extra-atmosferico, ritenuto che detta cooperazione potrà contribuire allo sviluppo di una comprensione reciproca e al rafforzamento delle relazioni amichevoli tra Stati e tra popoli*».

Nei suoi 17 articoli si affermava l'idea che le esplorazione e l'utilizzazione dello spazio extra-atmosferico dovessero essere condotte per il bene e nell'interesse di tutti i Paesi (art. 1) e che la luna e gli altri corpi celesti non potessero essere oggetto di alcuna rivendicazione di sovranità o sfruttamento esclusivo (art. 2) limitando pertanto le attività consentite solamente a quelle condotte secondo le norme del diritto internazionale, inclusa la Carta delle Nazioni Unite,

⁵ J. GAGARIN, *Non c'è nessun dio quassù. L'autobiografia del primo uomo a volare nello spazio*, Red Star Press, Roma, 2013, p. 57.

⁶ Cfr. art. 5 del «Trattato sullo spazio» (*Outer Space Treaty - OST*).

⁷ L'*Outer Space Treaty* (OST) è stato preceduto dalla Risoluzione 1962 (XVIII) del 13 dicembre 1963, contenente la Dichiarazione dei principi giuridici che disciplinano le attività degli Stati nell'esplorazione e nell'utilizzo dello spazio extra-atmosferico con cui l'Assemblea Generale enunciava solennemente nove principi che dovevano guidare gli Stati nell'esplorazione e uso dello spazio esterno cui si sarebbero ispirate in larga parte le successive convenzioni sul diritto dello spazio, incluso il principio 9 che sarebbe poi stato ripreso dall'art. 5 dell'OST. Il trattato è consultabile online al seguente link: https://www.difesa.it/SMD/CASD/IM/ISSMI/Corsi/Corso_Consigliere_Giuridico/Documents/50874_Londra_Mosca_Washington1967.pdf

⁸ Cfr. *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies*, 27 January 1967. Il Trattato è consultabile online al seguente link: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/introouterspacetreaty.html>.

nell'intento di mantenere la pace e la sicurezza internazionale e di promuovere la cooperazione e la comprensione fra gli Stati (art. 3).

Negli articoli successivi si affrontavano poi questioni più specifiche come il divieto di utilizzo dei corpi celesti per scopi militari (art. 4), la tutela internazionale degli astronauti (art. 5), la responsabilità degli Stati per le attività svolte nello spazio (art. 6) e le eventuali responsabilità per i danni arrecati verso terzi nello spazio extra-atmosferico (art. 7).

Nel corso del tempo sempre all'interno delle Nazioni Unite altri trattati hanno ampliato la regolamentazione in materia di esplorazioni spaziali tra cui si segnala:

L'Accordo sul salvataggio e il rientro degli astronauti e degli oggetti lanciati nello Spazio (1968) che ha creato un obbligo in capo agli Stati di fornire assistenza agli astronauti e di compiere tutti i passaggi possibili e necessari in caso di emergenza.

La Convenzione sulla responsabilità per danni causati da oggetti lanciati nello Spazio (1972) che delinea alcune considerazioni sulla natura degli oggetti (satelliti) lanciati in orbita e sulla responsabilità degli Stati nel caso in cui questi siano causa di danni o di perdita di vite umane.

La Convenzione sull'immatricolazione degli oggetti lanciati nello Spazio extra-atmosferico (1975) concepita come uno strumento per tenere traccia di tutti gli oggetti lanciati nello spazio, soprattutto allo scopo di evitare che i detriti aerospaziali colpiscano e danneggino altri equipaggiamenti o entrino nella traiettoria della Stazione Spaziale Internazionale.

L'Accordo che regola le attività degli Stati sulla Luna e gli altri corpi celesti (1979) che tenta di chiarire alcune imprecisioni del Trattato sullo spazio extra-atmosferico fornendo maggiori dettagli sui diritti di proprietà e di sfruttamento della luna e di tutti gli altri corpi celesti del sistema solare (ad eccezione degli oggetti che entrano nell'atmosfera terrestre, come i meteoriti). L'efficacia di questo trattato è tuttavia limitata dal fatto che è stato firmato soltanto da 16 nazioni, nessuna delle quali rappresenta uno degli attori principali nella corsa all'esplorazione spaziale.

3. New Space Economy.

A partire dalla fine degli anni '70 la comunità internazionale non è più riuscita in seno alle Nazioni Unite ad elaborare nuove fonti normative di livello primario per il settore spaziale. Questo vuoto normativo è stato senz'altro causato dal crescente disimpegno economico delle grandi potenze internazionali e dalla difficoltà di portare avanti nuovi progetti scientifici e tecnologici legati allo spazio. Con la crisi dell'Unione Sovietica si è poi assistito ad un progressivo e lento disinteresse anche da parte dell'America ad intraprendere nuove e costosissime missioni di lancio.

Ad oggi è del tutto evidente infatti come i principi e le regole espresse nei trattati internazionali siglati in seno alle Nazioni Unite non riescano più a descrivere e regolare il fenomeno delle esplorazioni spaziali tant'è che molte delle attività si svolgono secondo specifici accordi regionali o bilaterali e pertanto senza un *consensus* internazionale⁹.

Le norme che regolano l'uso dello spazio si sono cristallizzate ad un tempo in cui molte delle attività oggetto delle attuali missioni spaziali erano considerate ancora come irrealizzabili speculazioni di fantascienza. Per esempio chi avrebbe potuto credere allo sviluppo dei voli spaziali a scopo turistico, alla creazione di mega- costellazioni artificiali di satelliti sub-orbitali, allo sfruttamento di risorse minerarie¹⁰ o alla sola progettazione di colonie spaziali su altri pianeti del sistema solare?

⁹ M. SPAGNUOLO, *Geopolitica dell'Esplorazione Spaziale: La sfida di icaro nel terzo millennio*, Rubbettino Editore, Roma, 2019.

A differenza di un tempo in cui le esplorazioni spaziali erano soprattutto attività pionieristiche estremamente costose, oggi grazie soprattutto allo sviluppo scientifico e tecnologico lo spazio è tornato ad essere al centro di nuovi e molteplici interessi.

Il settore spaziale, che durante il periodo della guerra fredda era esclusivo appannaggio di due blocchi contrapposti, si è trasformato in una nuova corsa all'oro a cui però non partecipano soltanto soggetti pubblici, ma bensì grandi imprese private interessate all'utilizzo dello spazio per scopi privati di carattere commerciale¹¹.

Infatti a fianco delle Agenzie spaziali nazionali e internazionali alcune grandi società commerciali hanno iniziato ciascuno con propri organismi e strutture organizzative a promuovere ambiziosi progetti spaziali¹². Tra la progettazione di mega-costellazioni con centinaia di satelliti¹³ e lo sfruttamento dello spazio suborbitale per piccoli vettori di trasporto commerciale, promettenti e sofisticati sistemi e tecnologie spaziali stanno rapidamente rivoluzionando il settore che si sta evolvendo di pari passo con l'industria digitale tracciando una nuova strada capace di riconfigurare interi ambiti socio-economici: dalla gestione dei big data relativi all'osservazione del nostro pianeta - con conseguenze sull'agricoltura, sulla logistica, sulla protezione ambientale¹⁴ - fino alle telecomunicazioni e al trasporto aereo. Oggi gran parte dei servizi considerati essenziali sono resi possibili in quanto "space based": non è un caso che in questo momento nelle orbite più prossime alla Terra (cosiddette "Leo") galleggino 2612 satelliti, sui 3372 complessivi. Ancora più indicativo è che nel prossimo decennio si prevede ne verranno lanciati altri mille ogni anno, sebbene il solo Elon Musk, per completare la mega costellazione "Starlink" progettata per fornire una connessione internet globale a banda larga e a bassa latenza, punti a metterne in orbita dodicimila¹⁵.

¹⁰ L'interesse per l'estrazione di risorse lunari è tornata di attualità nei progetti e nei programmi instaurati dalle diverse potenze spaziali data l'abbondanza di risorse presenti sulla Luna quali idrogeno, silicio, ferro, magnesio, calcio, alluminio, manganese e titanio. Sono tuttavia gli asteroidi i veri possibili grandi protagonisti della prossima parte della corsa allo spazio dedicata alle risorse rare. Un potenziale ancora difficilmente calcolabile, che potrebbe tuttavia generare un livello di ricchezza impensabile solo pochi anni fa. Basti pensare che la NASA, nel corso del 2020, ha individuato l'asteroide Psyche, lungo 226 km e interamente costituito da ferro, nickel e altri metalli rari. Si stima che esso possa valere fino a 10.000 quadrilioni di dollari, pari a circa 10.000 volte l'economia globale.

¹¹ Nello Space Report 2020, la *Space Foundation* ha evidenziato la presenza di privati attivi nel settore spaziale il cui valore è cresciuto dell'8.1 % rispetto al 2019 (registrando un incremento di 414,14 miliardi di dollari), suddivisi in molte realtà industriali differenti tra loro: un gruppo dedicato all'accesso allo spazio per persone e carichi utili (come *Blue Origin*, *Astrobiotic*, *Boeing Aerospace*, *SpaceX*, *Space Adventures* e *Virgin Galactic*); un gruppo dedicato al telerilevamento legato alle società che forniscono dati e analisi satellitari (come *Iceeye*, *Planet*, *Spire Global Inc.*, *Astroscale*, *Kepler Communications*, *OneWeb*); un gruppo dedicato ad habitat e stazioni spaziali permanenti che prevedono la messa in opera di strutture sicure per la produzione, ricerca e turismo spaziale (come *Axio*, *Bigelow Aerospace*, *Space Tango*); un gruppo dedicato a operazioni oltre l'orbita bassa, specializzate in produzione o estrazione di materiali da asteroidi fino alla colonizzazione di altri corpi celesti (si veda *Deep Space Industries*, *Golden Spike*, *Mars One*, *Moon Express*) e Società di ricerca e investimento (come *Bryce Space and Technology*, *Space Angels*, *Bessemer*, *Draper Fisher Jurvetson*).

¹² M. RIEDO, *L'utilizzo dello spazio extra-atmosferico a fini commerciali: la nuova "space race"*, in *Ius in itinere*, Rivista semestrale di diritto, 2021 consultabile online al seguente link: <https://www.iusinitinere.it/lutilizzo-dello-spazio-extra-atmosferico-a-fini-commerciali-la-nuova-space-race-22761>.

¹³ Circa venti aziende hanno annunciato piani per il lancio di nuovi satelliti nei prossimi cinque anni per la fornitura di servizi satellitari a banda larga, attualmente per lo più complementari a preesistenti reti al fine di raggiungere zone rurali remote. Alcune di queste società sono supportate da operatori satellitari come O3b con SES, LeoSat con Hispasat e Sky Perfect JSAT, o da produttori come OneWeb con Airbus, Starlink con SpaceX, ma tutte hanno presentato o presenteranno domanda per l'assegnazione di nuove risorse orbitali.

¹⁴ I satelliti per l'osservazione terrestre sono lo strumento migliore per avere contemporaneamente un'immagine globale e locale dei cambiamenti in atto sulla Terra. Per esempio tramite il Greenhouse Gas project dell'Agenzia spaziale europea (Esa, che utilizza perlopiù i dati dei satelliti Sentinel) o il satellite Nasa Orbiting Carbon Observatory 2 e lo strumento omonimo montato sulla Stazione spaziale internazionale, si possono costantemente monitorare i livelli di gas serra in atmosfera.

La rapida crescita del livello di concorrenza tra queste modernissime e ricchissime società private sta poi ottenendo enormi risultati sotto l'aspetto dell'efficientamento dei costi tale da favorire nuovi sistemi di volo improntati persino al recupero dei carburanti e al riutilizzo per future missioni della stessa componentistica dei velivoli spaziali.

Il nuovo paradigma delle esplorazioni nonostante la promessa di rendere lo spazio accessibile a tutti risulta per il momento un business esclusivo rivolto solo a pochissimi fortunati i cd. *"Space billionaires"* disposti a pagare cifre astronomiche pur di partecipare agli esperimenti o a fluttuare per qualche minuto in assenza di gravità. In questo senso ci si chiede però quali siano gli obiettivi futuri delle industrie spaziali, quali i reali target da raggiungere.

Come già avvenuto nell'economia digitale, agli ingenti investimenti miliardari non corrispondono progetti ancora ben definiti e nonostante la raccolta finanziaria di capitali abbia già raggiunto cifre "astronomiche" non è possibile conoscere gli obiettivi concreti prefissati dalle aziende private per lo sfruttamento futuro dello spazio: si passa infatti dalla creazione di colonie marziane fino al trasferimento di un polo industriale sulla luna.

Tali dinamiche assumono contorni preoccupanti in quanto come l'economia digitale ormai dominata dallo strapotere e dal dominio di poche società (c.d. *Gafa*¹⁶) oggi lo spazio rischia di diventare di esclusivo dominio di quelle aziende private che riusciranno, sempre con il *placet* dei propri enti regolatori nazionali e in assenza di una regolamentazione internazionale, a raggiungere per prime un *know how* capace di escludere dal mercato tutti gli altri *competitor*¹⁷.

Un settore di sviluppo, quello dello spazio che pare non doversi arrestare, tendenza confermata anche dalle stime delle più importanti banche d'affari internazionali che calcolano come da un mercato di circa 380 miliardi di dollari (dato del 2017) quello spaziale potrebbe superare i mille miliardi entro il 2040.

Rispetto a quanto descritto pare inevitabile domandarsi se tutto ciò rappresenti un futuro idilliaco oppure se non occorra intervenire fin da subito con gli strumenti del diritto per porre limiti e individuare nuove regole di ingaggio che riescano a limitare le pulsioni di dominio e di supremazia di pochi attori privati¹⁸.

4. Space Oddity.

Come già accennato le attività private di ricerca e sviluppo dei programmi spaziali si svolgono in un settore caratterizzato da un evidente vuoto normativo e da un quadro giuridico ormai inadeguato. Così molte delle attività commerciali private si stanno espandendo in assenza di regole e disposizioni condivise a livello internazionale.

Se i principi contenuti nei trattati siglati in seno alle Nazioni Unite si concentravano sulla promozione della ricerca scientifica e della condivisione delle nuove scoperte ponendo divieti allo sfruttamento commerciale dello spazio e dei suoi pianeti¹⁹ (secondo il principio di non

¹⁵ Nel 2015 SpaceX ha annunciato il progetto di una rete a banda larga chiamata Starlink, basata su una costellazione di 11943 satelliti in orbita bassa in grado di inviare e ricevere segnali. Dopo il lancio di alcuni satelliti prototipali per le verifiche tecnologiche e di funzionamento, a fine 2019 è iniziato il dispiegamento della costellazione operativa con lanci di circa 60 satelliti ciascuno. Da novembre 2019 a metà marzo 2021 sono già stati effettuati 21 lanci. Cfr. *How Elon Musk's Starlink Could Disrupt The Telecommunications Industry*, in Medium.com, link online: <https://medium.com/swlh/how-elon-musks-starlink-could-disrupt-the-telecommunications-industry-838b44c1d900>.

¹⁶ L'acronimo GAFa sta ad indicare nel loro assieme le iniziali delle cinque maggiori multinazionali del settore dell'*Information Technology*: Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft.

¹⁷ In America si parla della cosiddetta *"amazonification"* del settore spaziale per descrivere l'abuso di posizione dominante nel mercato esercitata da parte di poche e grandissime società private. Cfr. <https://www.nytimes.com/2021/07/21/technology/the-amazonification-of-space.html>

¹⁸ Cfr. Riv. Trim. della Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale, Quaderno n. 21, *Alla conquista dell'ottavo continente: lo Spazio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

¹⁹ Cfr. art. 1 del "Trattato sullo spazio" (Outer Space Treaty - OST).

appropriazione)²⁰, oggi questo paradigma è stato capovolto dalla presenza di attori privati che, grazie all'autorizzazione delle singole Agenzie Spaziali nazionali, si stanno garantendo importanti finanziamenti pubblici²¹.

Emblematico è il nuovo attivismo americano nel campo dello sfruttamento commerciale dello spazio. Durante l'amministrazione Obama è stato stipulato il "*Commercial Space Launch Competitiveness Act*"²² (meglio noto come "*Space Act*") volto a sviluppare un nuovo partenariato pubblico-privato nel settore delle esplorazioni spaziali e a garantire l'utilizzazione a fini commerciali delle risorse dello spazio²³.

Anche la successiva amministrazione Trump ha ribadito la centralità della collaborazione con i privati²⁴ firmando il 10 aprile 2020 l'executive order n°13914 "*On Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources*"²⁵ che definisce la politica americana sullo sfruttamento delle risorse materiali presenti sulla Luna e sugli altri corpi celesti, come gli asteroidi. In tale provvedimento si ricorda come gli Stati Uniti non essendo parte del *Moon Agreement*, non possono essere vincolati da alcun strumento giuridico, considerando il Trattato come «*an effective or necessary instrument to guide nation states regarding the promotion of commercial participation in the long-term exploration, scientific discovery, and use of the Moon, Mars, or other celestial bodies*»²⁶. Nello stesso provvedimento si afferma inoltre che gli Stati Uniti non considerano lo spazio esterno come "*global commons*" e pertanto «*Americans should have the right to engage in commercial exploration, recovery, and use of resources in outer space, consistent with applicable law*»²⁷. In questo senso gli Stati Uniti si pongono a guida di un nuovo modello di regolazione «*to encourage international support for the public and private recovery and use of resources in outer space, consistent with applicable law*».

²⁰ M. BO - J. LIU, *Realistic Dilemma and Legal Countermeasures against the "Non-Appropriation" Principle in Outer Space Treaty*, in *Advanced Space Law*, Volume 7, 2021, pp. 45-55.

²¹ Nel 2017 in America il valore complessivo del settore commerciale legato alle esplorazioni spaziali era di circa 383 miliardi di dollari, in crescita del 16% rispetto all'anno precedente, sostenuta da una spesa pubblica di 76 miliardi di dollari. Nel 2019 la banca di investimenti Morgan Stanley ha stimato che nel 2040 il business spaziale crescerà fino a 1100 miliardi di dollari, così come la spesa pubblica che lo sostiene, che secondo la banca di investimenti Merrill Lynch arriverà a 79 miliardi di dollari nel 2026. Mentre secondo l'altra banca di affari Merrill Lynch i trilioni spaziali entro il 2040 potrebbero addirittura essere 2,7 (cioè 2mila e 700 miliardi di dollari).

²² Cfr. *U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act*, 11 November 2015 (SAA). Il provvedimento normativo è consultabile online al seguente link: https://www.faa.gov/space/legislation_regulation_guidance/.

²³ La NASA attualmente sta mettendo in atto l'esempio più eclatante del virtuoso modello delle *public-private partnership* (P-Ps) nel settore spaziale. Nonostante questi accordi e progetti vengano definiti "commerciali", il Governo ha fornito, e fornisce tuttora, una parte sostanziale dei finanziamenti per lo sviluppo di determinati sistemi, garantendosi l'esistenza di un mercato per l'accesso allo spazio. È interessante notare come l'investimento pubblico, che rimane fondamentale, viene usato come base e incubatore per ulteriori investimenti privati, che rimangono però controllati e regolamentati dalle autorità pubbliche statunitensi.

²⁴ L'*Executive Order* del presidente Trump mirava a garantire la sicurezza commerciale per le aziende e gli imprenditori statunitensi in riferimento ai futuri progetti di estrazione delle risorse minerarie assicurando loro i diritti di proprietà sulle queste ultime.

²⁵ Cfr. *Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources*. Il provvedimento presidenziale è consultabile al seguente link: <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-encouraging-international-support-recovery-use-space-resources/>.

²⁶ Cfr. *Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources. Section 2. The Moon Agreement*.

²⁷ «*Accordingly, it shall be the policy of the United States to encourage international support for the public and private recovery and use of resources in outer space, consistent with applicable law*». Cfr. *Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources. Section 1. Policy. Space Policy Directive (Reinvigorating America's Human Space Exploration Program)*.

Lo stesso approccio è poi ribadito anche nel più recente Trattato noto come “*Artemis Accords*”²⁸ siglato per preparare il ritorno dell’uomo sulla Luna e il primo viaggio su Marte²⁹. Ebbene negli *Artemis Accords*, nonostante venga riaffermato il principio dell’uso pacifico dello spazio, si prevedono tutta una serie di linee guida rivolte alle aziende private che sostanzialmente sconfessano alcuni dei principi fondamentali sanciti nei precedenti trattati internazionali.

Infatti se da un lato viene mantenuto il divieto assoluto per qualsiasi tipo di rivendicazione di sovranità sui territori extraterrestri, dall’altro con tali accordi si ammettono le esplorazioni commerciali nello spazio sulla Luna, Marte e gli asteroidi autorizzandone le estrazioni delle risorse³⁰. In questo senso alla Sezione 10(2) intitolata “*Space Resources*” si afferma che «*the extraction of space resources does not inherently constitute national appropriation under Article II of the Outer Space Treaty, and that contracts and other legal instruments relating to space resources should be consistent with that Treaty*»³¹. Quindi se da una parte sembra prevalere il principio di non rivendicazione da parte degli Stati dall’altra parte si autorizzano le attività commerciali delle imprese private a sfruttare le risorse «*on the Moon, Mars, comets, and asteroids, including their surfaces and subsurfaces, as well as in orbit of the Moon or Mars, in the Lagrangian points for the Earth-Moon system, and in transit between these celestial bodies and locations*»³².

In assenza di vincoli normativi stringenti anche il piccolo stato del Lussemburgo, che già vanta una forte attenzione verso l’economia spaziale, ha promosso l’adozione di un quadro giuridico³³ alternativo a quello internazionale per promuovere accordi commerciali privati e per autorizzare lo sfruttamento delle risorse spaziali³⁴.

Con la “*Loi du 20 juillet 2017 sur l’exploration et l’utilisation des ressources de l’espace*”³⁵ si permette alle imprese private con sede nel Granducato di estrarre e di appropriarsi delle risorse spaziali disponendo già dal primo articolo che «*les ressources de l’espace sont susceptibles d’appropriation*». Con la successiva “*Loi du 15 décembre 2020 portant sur les activités spatiales*”³⁶ si è poi definito il campo di applicazione e le autorizzazioni necessarie richieste da parte delle autorità di controllo lussemburghesi per esercitare teli attività spaziali³⁷. Non solo la genericità dei controlli sulle attività spaziali sottoposte solamente «*à la surveillance continue du ministre*»³⁸

²⁸ Cfr. Il contenuto degli “*Artemis Accords*” è consultabile online al seguente link: <https://www.nasa.gov/specials/artemis-accords/img/Artemis-Accords-signed-13Oct2020.pdf>.

²⁹ Gli obiettivi degli *Artemis Accords* sono descritti nella prima sezione intitolata “*Purpose and Scope*” dove si specifica che la finalità degli accordi “*is to establish a common vision via a practical set of principles, guidelines, and best practices to enhance the governance of the civil exploration and use of outer space with the intention of advancing the Artemis Program. Adherence to a practical set of principles, guidelines, and best practices in carrying out activities in outer space is intended to increase the safety of operations, reduce uncertainty, and promote the sustainable and beneficial use of space for all humankind. The Accords represent a political commitment to the principles described herein, many of which provide for operational implementation of important obligations contained in the Outer Space Treaty and other instruments*”.

³⁰ Cfr. *Artemis Accords*. Section 5. Interoperability: “*The Signatories recognize that the development of interoperable and common exploration infrastructure and standards, including but not limited to fuel storage and delivery systems, landing structures, communications systems, and power systems, will enhance space-based exploration, scientific discovery, and commercial utilization.*”

³¹ Cfr. *Artemis Accords*. Section 10. Space Resources.

³² Cfr. *Artemis Accords*. Section 1. Purpose and Scope.

³³ Cfr. *Loi du 20 juillet 2017 sur l’exploration et l’utilisation des ressources de l’espace*. La normativa lussemburghese è consultabile online al seguente link: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2017/07/20/a674/jo>.

³⁴ La notizia è riportata dalla rivista l’Internazionale al seguente link: <https://www.internazionale.it/notizie/2016/06/03/risorse-spazio-lussemburgo>.

³⁵ Cfr. Journal Officiel Du Grand-Duché De Luxembourg, *Loi du 20 juillet 2017 sur l’exploration et l’utilisation des ressources de l’espace*. La normativa è consultabile online al seguente link: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2017/07/20/a674/jo>.

³⁶ Cfr. Journal Officiel Du Grand-Duché De Luxembourg, *Loi du 15 décembre 2020 portant sur les activités spatiales*. La normativa è consultabile al seguente link: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2020/12/15/a1086/jo>.

³⁷ Cfr. Cap. 2 - *Autorisation des activités spatiales*. *Loi du 15 décembre 2020 portant sur les activités spatiales*.

³⁸ Cfr. Cap. 3 - *Surveillance des activités spatiales*. *Loi du 15 décembre 2020 portant sur les activités spatiales*.

ma anche l'astrattezza del sistema sanzionatorio³⁹ previsto in caso di infrazioni tradiscono una disciplina di assoluto favore nei confronti delle aziende private.

Analogamente alle esplorazioni transoceaniche del '500 dove le principali monarchie europee (prime fra tutte Spagna, Inghilterra e Portogallo) si offrivano a dar protezione ai navigatori impegnati nelle rischiose esplorazioni marittime così oggi le singole aziende private possono richiedere protezione (giuridica) ai singoli Stati disponibili a promuovere le nuove esplorazioni spaziali garantendosi così notevoli vantaggi economici e assicurandosi il controllo monopolistico di futuri spazi extraterrestri.

Così davanti all'impossibilità del legislatore internazionale di trovare una comune regolamentazione del fenomeno capace di porre limiti e garanzie all'audacia pionieristica dei progetti privati appare verosimile prevedere come questi nuovi accordi potrebbero rappresentare l'unico paradigma su cui si ridisegneranno gli assetti globali delle esplorazioni spaziali.

5. Uno "Spazio" infinito di pace tra i popoli.

Nonostante il desiderio prometeico di raggiungere nuovi orizzonti spaziali prometta di ottenere eccezionali risultati scientifici e tecnologici, lo scenario delle attività private pone questioni di grande rilevanza per l'intera umanità. Viene infatti da chiedersi quale autorità pubblica potrà intervenire a limitare per esempio le attività estrattive quando magari saranno rivendicati i diritti di proprietà sui nuovi territori per sfruttarne al massimo le risorse minerarie (la c.d. *space mining*⁴⁰), a quale giurisdizione terrestre le aziende private saranno chiamate a rispondere? Se lo spazio sarà occupato da centinaia di migliaia di satelliti privati, chi si occuperà di risolvere il problema del sovraffollamento delle orbite⁴¹? Quale ordinamento giuridico sarà adottato per gli insediamenti permanenti extra-atmosferici e la colonizzazione dei nuovi pianeti? Quali leggi si applicheranno nella vita quotidiana di una colonia marziana?

Riflettere su queste ed altre domande che soltanto qualche tempo fa apparivano come frutto di visionarie teorie di fantascienza pare ormai necessario in considerazione della rapidità dell'evoluzione tecnologica e delle potenzialità legate alle attività spaziali. Rassegnarsi all'idea che le stelle e i pianeti debbano essere considerati parte di un illimitato *far west* da conquistare come *res nullius* farebbe diventare lo spazio il prossimo campo di scontro geopolitico tra forze incredibilmente potenti.

Oltre agli Stati Uniti, l'Europa e la Russia anche India, Emirati Arabi e Cina stanno promuovendo nuovi e importanti progetti spaziali sia in ambito civile che in ambito militare e non è un caso che anche tra singoli Stati si stiano definendo accordi economici di armonizzazione nei settori dell'industria spaziale⁴².

Le ambizioni "cosmiche" rilanciate dai singoli Paesi non sono di certo rassicuranti in quanto rischiano di trasformarsi in future tensioni tra Stati con il pericolo di un nuovo processo di militarizzazione dello spazio (il c.d. *space weaponization*)⁴³. Questa nuova corsa agli armamenti rischia infatti di trascinare il mondo in un'era di insicurezza simile a quella della minaccia nucleare della Guerra fredda che pensavamo ormai solo come un lontano ricordo del passato.

³⁹ Cfr. Cap. 6 - *Sanctions. Loi du 15 décembre 2020 portant sur les activités spatiales*.

⁴⁰ Per esempio il co-fondatore di Google Larry Page, dopo aver fatto fortuna con i dati contenuti sul web, ha deciso di sfruttare un altro tipo di miniere: quelle spaziali. Il miliardario americano è tra i finanziatori di *Planetary Resources*, la compagnia che punta a recuperare materie prime dagli asteroidi in transito vicino alla Terra. La *Planetary Resources* è la principale *startup* di estrazioni minerarie extra-planetary nel mercato dello spazio.

⁴¹ Significativa è la notizia riportata da molti quotidiani nazionali che hanno informato di un intervento controllato da parte dall'Agenzia spaziale europea (ESA) per evitare un probabile scontro tra un veicolo spaziale di osservazione della Terra e un satellite di proprietà della società americana *Starlink*. Il problema del sovraffollamento dei satelliti privati nelle orbite terrestri è approfonditamente trattato nel libro di P. CARAVEO, *Il cielo è di tutti*, Ed. Dedalo, Bari, 2020.

Dobbiamo pertanto sperare che la nuova corsa allo spazio conduca la comunità internazionale assieme alle Agenzie Spaziali dei singoli paesi a promuovere un rinnovato confronto su questi e altri temi in un'ottica di pace e collaborazione nel solco già tracciato dai Trattati internazionali siglati alla fine degli anni '70.

Sarebbe pertanto necessario ribadire, attraverso l'elaborazione di nuovi trattati internazionali, il fondamentale principio di non appropriazione delle risorse da rendere vincolante anche nei confronti delle aziende private, garantendo al contempo la libertà di esplorazione e la preservazione dello spazio per scopi pacifici e scientifici.

Aspetti quelli espressi che in altri termini rimandano alla disciplina che regola il diritto delle acque internazionali e in particolare alla più nota Convenzione di Montego Bay (UNCLOS) dove si individuano aree da salvaguardare (come i fondali marini) e considerate «*patrimonio comune dell'umanità*» e dove «*l'esplorazione e sfruttamento vengono condotti a beneficio di tutta l'umanità, indipendentemente dalla collocazione geografica degli Stati*»⁴⁴ e per questo vincolati ad uno specifico sistema di concessioni e autorizzazioni da parte dell'autorità internazionale⁴⁵.

In questo senso in analogia a quanto previsto dalla Convenzione di Montego Bay all'art. 60⁴⁶ potrebbero essere create delle «*safety zones*»⁴⁷ per individuare un insieme di regole di condotta specifiche, instaurando, per esempio, perimetri controllati e sicuri intorno ai centri di estrazione che saranno individuati su pianeti o altri corpi celesti esterni all'atmosfera terrestre.

La competizione dello spazio presenta affinità anche con le problematiche che stanno riguardando il diritto del mare nella regione Artica ad oggi contesa da molti Stati a causa delle risorse energetiche e minerarie ivi presenti⁴⁸. Si tratta infatti di una zona sostanzialmente extra-territoriale non regolata da un regime giuridico *ad hoc* e che sta diventando oggetto di dispute giuridiche, contrasti diplomatici e rivendicazioni di sovranità da parte di molti Stati interessati esclusivamente allo sfruttamento delle ingenti risorse naturali ancora inutilizzate.

⁴² Un accordo in questo senso è il recente Trattato tra la Repubblica italiana e la Repubblica francese per una cooperazione bilaterale rafforzata, meglio conosciuto come «Patto del Quirinale» siglato il 26 novembre 2021 a Roma tra il Presidente del Consiglio Draghi e il Presidente della Repubblica francese Macron. All'art. 7 del Trattato si riconosce l'importanza di una cooperazione bilaterale tra i due paesi nella costruzione «dell'Europa dello spazio»: «Attraverso la loro cooperazione, le Parti mirano a rafforzare la strategia spaziale europea e a consolidare la competitività e l'integrazione dell'industria spaziale dei due Paesi. Nel settore dell'accesso allo spazio, esse sostengono il principio di una preferenza europea attraverso lo sviluppo, l'evoluzione e l'utilizzo coordinato, equilibrato e sostenibile dei lanciatori istituzionali Ariane e Vega. Le Parti riaffermano il loro sostegno alla base europea di lancio di Kourou, rafforzando la sua competitività e la sua apertura. Nel settore dei sistemi orbitali, esse intendono incoraggiare e sviluppare la cooperazione industriale nel settore dell'esplorazione, dell'osservazione della terra e delle telecomunicazioni, della navigazione e dei relativi segmenti terrestri».

⁴³ Cfr. R. ROSANELLI, *Le attività spaziali nelle politiche di sicurezza e difesa*, Quaderni IaI, Ed. Nuova Cultura, Roma, 2011.

⁴⁴ Tali affermazioni ricorrono più volte nel testo della Convenzione di Montego Bay sul Diritto del Mare (UNCLOS). La Convenzione è consultabile online al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A21998A0623%2801%29>.

⁴⁵ La sezione VII della Convenzione di Montego Bay sul Diritto del Mare (UNCLOS) elenca alcune libertà per tutti gli Stati di sfruttare le risorse e la possibilità di realizzare la ricerca scientifica nell'Alto Mare (art. 87), con l'obbligo dell'utilizzo per scopi pacifici (art. 88). Viene inoltre affermata l'illegittimità di rivendicazioni di sovranità, come il principio di non appropriazione per questo particolare ambiente. Inoltre l'art. 87 paragrafo 2 della Convenzione di Montego Bay delinea l'obbligo per gli Stati di tenere conto anche degli interessi degli altri Stati e delle loro libertà.

⁴⁶ In verità all'art. 60 UNCLOS si parla della possibilità di creare delle «*exclusive economic zone*» all'interno della Zona Economica Esclusiva con lo scopo di limitare le aree e imporre obblighi in termini di passaggio o sfruttamento delle risorse, scoraggiando di conseguenza una possibile occupazione o rivendicazione territoriale.

⁴⁷ In particolare il Trattato sulla Luna del 1979 aveva già previsto la creazione di «*safety zones*» all'art. 9 prevedendo la possibilità di installare stazioni sulla Luna e altri corpi celesti e l'obbligo di utilizzare solamente l'area necessaria alle operazioni della stazione.

⁴⁸ L'attuale e rinnovato confronto politico internazionale sull'Artico si sostanzia come conflitto di pretese che assumono la forma di rivendicazioni di sovranità su ampi settori del continente e per il controllo delle vie marittime lasciate libere dai ghiacci a causa del riscaldamento globale. Tuttavia, i riconoscimenti alle pretese territoriali sono estremamente discutibili e ciò comporta delimitazioni arbitrarie, complesse ed incerte. Infatti non esiste un regime giuridico *ad hoc* dell'Artico che attiene principalmente alla irradiazione della sovranità territoriale sul mare degli Stati confinanti.

Ebbene la prevenzione di una futura ma ormai certa conflittualità tra Stati nella dimensione spaziale potrà essere realizzata solamente da una politica all'altezza delle sfide globali, imponendo rigidi limiti e vincoli giuridici di carattere sovranazionale «*ai poteri selvaggi della politica e dell'economia*»⁴⁹. Tale risposta non può che consistere nell'espansione del paradigma costituzionale all'ordinamento internazionale con il rafforzamento delle istituzioni pubbliche internazionali di garanzia, le uniche in grado di colmare il vuoto normativo prodotto dall'asimmetria tra il carattere globale degli odierni poteri economici privati e la natura ancora settoriale e parcellizzata della politica del diritto.

Non si tratta di un'ipotesi utopistica ma della sola risposta razionale alla generale insicurezza determinata dalla libertà selvaggia dei poteri dei più forti che, a differenza della società naturale ipotizzata da Thomas Hobbes quattro secoli fa, sono rappresentati da società private così potenti da essere sostanzialmente sottratte a qualsiasi controllo pubblico.

Immaginare un futuro di pace e collaborazione tra Stati⁵⁰ forse appare l'unica possibile pur se utopica prospettiva oggi auspicabile insieme a quella di vincolare giuridicamente lo spazio come "patrimonio comune del genere umano" sottratto a qualsiasi rivendicazione di sovranità sia di carattere pubblico che privato.

Un primo passo potrebbe essere quello di aggiornare l'*Outer Space Treaty* e renderlo giuridicamente vincolante anche per le imprese private. La strada è ancora lunga, ma questa è l'unica soluzione se vogliamo evitare nuovi conflitti su scala planetaria con conseguenze mai viste prima.

Il tempo sta per scadere e il conto alla rovescia, come cantava David Bowie nella canzone *Space Oddity*, è già iniziato:

Ground Control to Major Tom (ten, nine, eight, seven, six)

Commencing countdown, engines on (five, four, three)

Check ignition and may God's love be with you (two, one, liftoff).

⁴⁹ L. FERRAJOLI, *Perché una Costituzione della Terra?*, G. Giappichelli, Bologna, 2021, p.31.

⁵⁰ Cfr. A. BIAGINI - M. BIZZARRI (a cura di) *Spazio. Scenari di collaborazione Note di diritto internazionale*, Passigli Editori, Firenze, 2021.

COMPETENZE LEGISLATIVE REGIONALI PER IL CONTROLLO DELLA FAUNA SELVATICA: LA CORTE COSTITUZIONALE INDIVIDUA LE CONDIZIONI PER “CAPOVOLGERE” L’INTERPRETAZIONE DI UNO STANDARD.

Giacomo Vivoli

ABSTRACT [ITA]. Lo scopo del presente contributo è analizzare un caso in cui la giurisprudenza costituzionale ha modificato un proprio consolidato orientamento soprattutto in base a nuove condizioni di ordine fattuale; con la sentenza n. 21/2021 ciò che prima era considerata una disposizione regionale che abbassava la protezione dell'ambiente diventa una regolazione che invece ne rafforza la tutela.

ABSTRACT [EN]. *The purpose of this paper is to highlight a case in which Constitutional Court has changed its previous orientation particularly in the light of new factual assumptions; with its decision n. 21/2021 what was previously considered a regional legislative provision that lowered the protection of the environment becomes one that instead strengthens it.*

SOMMARIO. **1.** Introduzione: la natura mutevole dello standard. - **2.** La presenza non sostenibile degli ungulati. - **3.** Il filone storico e consolidato della Corte costituzionale sull’elenco dei soggetti indicati nell’art. 19 co. 2 L. 157/92. - **4.** Il nuovo orientamento della Corte costituzionale con la sentenza n. 21/2021. - **5.** Il complesso inquadramento costituzionale della “materia” tutela dell’ambiente e dell’ecosistema. - **6.** Le condizioni individuate dalla Corte per l’estensione dei soggetti abilitati. - **7.** Considerazioni conclusive.

1. Introduzione: la natura mutevole dello standard.

Lo scopo del presente contributo è analizzare un caso in cui la giurisprudenza costituzionale, «alla luce di condizioni specifiche di ordine sia normativo che fattuale»³⁵, giunge a modificare un proprio orientamento consolidato.

Il dinamismo socioeconomico, nel tempo, ha determinato nuove condizioni di contesto sociale e creato tensioni sull’impianto legislativo statale come costruito e pensato nel 1992; alcuni fattori, abbinati ad un immobilismo legislativo, che non ha colto e accompagnato la trasformazione socio-istituzionale *in itinere*, hanno determinato le condizioni tali da spingere la Corte costituzionale, per ragioni di effettività della tutela dell’ambiente, a reinterpretare il ruolo e la natura di uno standard: l’elenco di soggetti abilitati all’esecuzione dei piani di abbattimento

³⁵ * Docente a contratto in Diritto dell’ambiente - Università di Firenze. - C.i.d. 3.1 sent Corte Cost. n. 21/2021.

della fauna selvatica indicati nell'art. 19 co. 2 della L. 157/92 che veniva interpretato, in base ad un orientamento consolidato, come standard di tutela non estensibile dalla regolazione regionale muta la propria identità; ciò che prima era interpretato come un intervento regionale che, incostituzionalmente, abbassava la protezione dell'ambiente diventa invece una regolazione che, costituzionalmente, la incrementa.

2. La presenza non sostenibile degli ungulati.

La problematica principale sottesa alla vicenda è l'aumento, ecologicamente non sostenibile, della presenza di ungulati non soltanto, peraltro, nelle loro zone naturali ma, addirittura, in quelle urbane.

Per introdurre l'argomento appare interessante trattare anche il recente caso giunto alla Corte costituzionale della Regione Toscana che con l'art. 3 della L.R. 25 novembre 2019, n. 70³⁶ ha introdotto alcune specifiche disposizioni per affrontare proprio l'inusuale presenza di ungulati in ambito urbano³⁷.

In base all'art. 3 co. 1, qualora il sindaco del comune ravvisi la presenza di ungulati che possano costituire pericolo potenziale per la pubblica incolumità e per la sicurezza della circolazione stradale, può richiedere alla Regione l'attivazione di azioni di contenimento, indicando l'area d'intervento, i metodi ecologici e le misure deterrenti preventivamente adottate. La disciplina regionale, in linea con il principio espresso dalla legislazione nazionale³⁸ che l'abbattimento della fauna selvatica è ipotesi di *extrema ratio*, dispone che gli interventi siano attuati prioritariamente tramite la cattura.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato dubbi di costituzionalità in riferimento all'art. 3 co. 3 che si compone di due periodi, entrambi impugnati per contrasto con l'art. 117 co. 2 lett. s) della Costituzione che affida esclusivamente allo Stato la competenza legislativa in tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. Il primo periodo, l'unico che interessa davvero per la finalità del presente contributo³⁹, dispone che la struttura regionale competente «*autorizza la polizia provinciale e la polizia della Città metropolitana di Firenze ad attuare gli interventi richiesti dal sindaco, anche tramite coordinamento delle guardie venatorie volontarie di cui all'articolo 52 della l.r. 3/1994 nel rispetto della sicurezza pubblica*».

Il ricorso statale si fonda sulla seguente impostazione logico giuridica: la disciplina introdotta dalla Regione Toscana rientra nella materia di competenza esclusiva statale tutela dell'ambiente e dell'ecosistema ex art. 117 co. 2 lett. s) Cost.; pertanto la regione avrebbe titolo, eventualmente, solo nella misura in cui alzasse il livello di tutela fissato dal legislatore statale⁴⁰; ma la disposizione, prevedendo che anche le guardie volontarie - non indicate nell'art. 19 co. 2 L. 157/92 - possano partecipare all'attuazione delle misure di controllo faunistico, avrebbe invece abbassato il livello di tutela; le doglianze statali si fondano, in sintesi, sulla tassatività dell'elenco dei soggetti indicati dal legislatore statale nell'art. 19 co. 2 della L. 157/92 dove, sul punto, si era formata una posizione consolidata della Corte costituzionale. Ma la Corte, con la sentenza n. 6/2021, ritiene infondato il ricorso non condividendo, a monte, la qualificazione della materia come prospettata dal ricorrente; infatti, a suo giudizio, la disciplina legislativa regionale non può essere ricompresa in materia di ambiente.

³⁶ Disposizioni urgenti per il rafforzamento delle funzioni della polizia provinciale e della polizia della Città metropolitana di Firenze e per il contenimento degli ungulati in aree urbane e ulteriori disposizioni in materia di istituti faunistico venatori. Modifiche alla l.r. 3/1994 e alla l.r. 22/2015.

³⁷ Da intendersi il centro abitato, come individuato dall'art. 4 del D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285, nonché i nuclei e gli insediamenti sparsi e discontinui e le relative aree di pertinenza.

³⁸ Art. 19 co. 2 L. 157/92.

³⁹ Il secondo periodo aggiunge che, «*[a] tal fine la polizia provinciale e la polizia della Città metropolitana di Firenze possono richiedere all'autorità competente l'emissione dei provvedimenti necessari a garantire la tutela e l'incolumità pubblica nell'attuazione degli interventi*».

⁴⁰ La questione della cd tutela *in melius* non è in realtà facilmente risolvibile come semplice automatismo ed è uno degli aspetti più delicati e controversi affrontati dalla giurisprudenza costituzionale nella ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regioni; per approfondimenti cfr *infra* par. 5.

Richiamando anche recenti precedenti⁴¹, la Corte ricorda come l'individuazione della materia è una valutazione complessa che può prescindere dai suoi effetti finali; occorre un'indagine più profonda «*riguardo all'oggetto, alla ratio e alle finalità della disciplina e verificando il nucleo delle prescrizioni e la finalità dell'intervento legislativo*».

Nel caso in questione ciò che rileva a differenziare e distaccare la regolazione regionale dalla tutela dell'ambiente, è la localizzazione delle misure di controllo. La disposizione regionale è infatti rivolta al contenimento degli ungulati in aree urbane; pertanto anche se, in concreto, le misure di contenimento, potrebbero essere attuate con le stesse modalità di esecuzione per il controllo della fauna selvatica negli habitat naturali, tali interventi realizzano però una finalità che esula da quelle indicate nell'art. 19 co. 2 della L. 157/92 tra le quali, ad esempio, la tutela del suolo o una miglior gestione del patrimonio zootecnico.

In sintesi, allontanare ungulati dalle zone urbane non è attività assimilabile al controllo della fauna selvatica che, in quanto tale, non trova nell'ambito urbano la sua dimensione naturale; per tale motivazione la disposizione regionale non è rivolta a tutelare l'ambiente e l'ecosistema ma piuttosto la sicurezza⁴² e il decoro di tali aree che risulterebbero non garantite dalla presenza di ungulati.

La diversa qualificazione della materia impedisce alla Corte di affrontare l'argomento di approfondimento del presente contributo rappresentato dalla legittimità o meno, per la legislazione regionale, di estendere l'elenco dei soggetti abilitati all'esecuzione dei piani di abbattimento individuati dalla disciplina nazionale.

Più precisamente l'art. 19 co. 2 della L. 157/92, dedicato al controllo della fauna selvatica dispone che «*[l]e regioni, per la migliore gestione del patrimonio zootecnico, per la tutela del suolo, per motivi sanitari, per la selezione biologica, per la tutela del patrimonio storico-artistico, per la tutela delle produzioni zoo-agro-forestali ed ittiche, provvedono al controllo delle specie di fauna selvatica anche nelle zone vietate alla caccia. Tale controllo, esercitato selettivamente, viene praticato di norma mediante l'utilizzo di metodi ecologici su parere dell'Istituto nazionale per la fauna selvatica*⁴³. Qualora l'Istituto verifichi l'inefficacia dei predetti metodi, le regioni possono autorizzare piani di abbattimento».

Le progressione logica della disposizione risulta chiara: nell'attività di controllo svolta dalla regione, per finalità però diverse da quella venatoria, possono presentarsi casi in cui i metodi ecologici non risultano efficaci; solo se anche l'ISPRA, nella sua veste di organo tecnico-scientifico statale, accerta tale inefficacia, allora, come *extrema ratio*, la regione può anche giungere ad autorizzare dei piani di abbattimento.

I soggetti che, materialmente, risultano preposti ad attuare i piani di abbattimento sono le guardie venatorie provinciali; tuttavia il legislatore ha previsto ulteriori categorie di soggetti di cui, queste, possono avvalersi quali i «*proprietari o conduttori dei fondi sui quali si attuano i piani medesimi, purché muniti di licenza per l'esercizio venatorio, nonché delle guardie forestali e delle guardie comunali munite di licenza per l'esercizio venatorio*».

3. Il filone storico e consolidato della Corte costituzionale sull'elenco dei soggetti indicati nell'art. 19 co. 2 L. 157/92.

Prima di affrontare l'analisi della sentenza n. 21/2021, appare di interesse ricostruire il filone giurisprudenziale precedente che esprimeva un segnale chiaro: l'elenco dei soggetti indicati dall'art. 19 co. 2 era tassativo e, quindi, qualsiasi legislazione regionale che lo estendeva è stata, sistematicamente, dichiarata incostituzionale.

La sentenza che ha inaugurato tale filone è la n. 392/2005 il cui contenzioso prendeva le mosse da una delibera della Provincia di Pordenone con la quale si individuava il personale preposto al controllo della cattura e dell'abbattimento della fauna nociva.

⁴¹ Sent. Corte Cost. n. 21/2016, 81 e 108 del 2017, 116 e 291 del 2019.

⁴² Gli ungulati, in particolare i cinghiali, sono causa ricorrente di incidenti stradali.

⁴³ Con l'articolo 28 del DL 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modifiche dalla L. 6 agosto 2008, n. 133 è stato istituito l'ISPRA che ha assorbito le funzioni svolte sino ad allora dall'APAT (Agenzia per la protezione dell'Ambiente), dall'INFS (Istituto Nazionale per la fauna selvatica) e dall'ICRAM (Istituto Centrale per la Ricerca scientifica e tecnologica applicata al mare).

La delibera consentiva l'esecuzione dei piani di abbattimento, oltre ai soggetti individuati nell'art. 19 co. 2 della L. 157/92, anche alle "riserve di caccia"⁴⁴ situate nel territorio regionale, a mezzo dei cacciatori ad essa assegnati, in quanto qualificate «*conduttori ai fini faunistico-venatori dei fondi*». Il TAR rimettente, dubitando della scelta legislativa regionale, sollevò questione di costituzionalità dell'art. 7 co. 3, primo periodo e lett. a) della L.R. friulana n. 30/1999⁴⁵ come integrato dall'art. 2, co. 2 della L.R. 20/2001⁴⁶ in riferimento agli artt. 4, n. 3 e 6 n. 3 dello Statuto speciale della Regione⁴⁷.

In particolare si osservava come la norma censurata, estendendo il novero dei soggetti autorizzati dalla legislazione statale all'esecuzione dei piani di abbattimento, non avrebbe rispettato i limiti della potestà legislativa regionale integrativo-attuativa in materia di protezione della fauna; in altri termini, la disposizione regionale non si sarebbe limitata a integrare e attuare l'art. 19 co. 2 della L. 157/92 ma, introducendo elementi innovativi della regolazione, finiva con il compromettere l'adeguato bilanciamento tra i vari interessi in gioco ricercato dal legislatore nazionale⁴⁸.

La Corte, peraltro, si era già in precedenza espressa sulla natura dell'art. 19 della L. 157/92 con la sentenza n. 135/2001⁴⁹ stabilendo che esso «*costituisce un principio fondamentale della materia a norma dell'art. 117 della Costituzione, tale da condizionare e vincolare la potestà legislativa regionale*»⁵⁰. Principio che si pone in contrasto con la disposizione regionale nella parte in cui consente l'esecuzione dei piani di abbattimento anche alle "riserva di caccia" tramite cacciatori ad esse assegnati, in quanto qualificate, dalla disposizione impugnata⁵¹, come «*conduttori a fini faunistico-venatori dei fondi*» e, per tale motivazione, la Corte ne dichiarò l'illegittimità limitatamente alle parole aggiunte.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 7 co. 2 della L.R. 30/1999 le riserve di caccia sono associazioni senza fini di lucro, composte dai cacciatori ad esse assegnati operanti su territori delimitati con provvedimento dell'Amministrazione regionale.

⁴⁵ Gestione ed esercizio dell'attività venatoria nella Regione Friuli-Venezia-Giulia.

⁴⁶ Modifiche alla L.R. n. 29/1993 in materia di aucupio, modifiche e integrazioni alla legge regionale n. 24/1996 e alla legge regionale n. 30/1999, nonché ulteriori disposizioni in materia faunistico-venatoria.

⁴⁷ In base all'art. 4), n. 3 dello Statuto la Regione ha potestà esclusiva in materia di caccia mentre l'art. 6), n. 3 concede la facoltà di emanare norme di integrazione e attuazione in materia di tutela della fauna.

⁴⁸ Il Tar rimettente riteneva che la disposizione regionale presentasse profili di incostituzionalità anche qualora fosse ricondotta nella materia della caccia dove la Regione Friuli-Venezia-Giulia ha competenza esclusiva in quanto, in ogni caso, occorre considerare che l'art. 19 della L. 157/92 costituisce norma di riforma economico sociale cui sono tenute ad adeguarsi anche le regioni a statuto speciale. La Corte, su tale aspetto, esclude comunque che la disposizione possa essere compresa in materia di caccia in quanto lo scopo perseguito dall'attività ex art. 19 è di tutela dell'ecosistema e non attiene quindi alla disciplina venatoria.

⁴⁹ Si evidenzia come sia la decisione, sia le espressioni terminologiche in essa contenute, risentono del fatto che il contenzioso si colloca nel quadro di competenze legislative anteriore alla riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione.

⁵⁰ La Corte ebbe modo di precisare la portata innovativa della L. 157/92, e in particolare per quanto interessa, dell'art. 19 della L. 157/92, sia rispetto alla regolazione statale precedente (L. 698/77) sia in funzione degli obblighi sovranazionali presi; nelle parole della Corte, «*[n]on v'è dubbio, innanzi tutto, che l'art. 19 della legge quadro n. 157 del 1992, nella parte in cui disciplina i poteri regionali di controllo faunistico, costituisce un principio fondamentale della materia a norma dell'art. 117 della Costituzione, tale da condizionare e vincolare la potestà legislativa regionale: non solo per la sua collocazione all'interno della legge quadro e per il rilievo generale dei criteri in esso contenuti, frutto di una valutazione del legislatore statale di idoneità e adeguatezza di tali misure rispetto alle finalità, ivi indicate, del controllo faunistico; ma anche per il suo significato innovativo rispetto alla disciplina del controllo faunistico di cui alla precedente legge cornice 27 dicembre 1977, n. 968 (Principi generali e disposizioni per la protezione e la tutela della fauna e la disciplina della caccia) - che all'art. 12 non precludeva la partecipazione dei cacciatori (non proprietari dei fondi interessati) all'esecuzione dei piani di abbattimento destinati al controllo selettivo - e per l'inerenza della disposizione invocata dal Governo a materia contemplata dalla normativa comunitaria in tema di protezione delle specie selvatiche. La rigorosa disciplina del controllo faunistico recata dall'art. 19 della legge n. 157 del 1992 è infatti strettamente connessa all'ambito di operatività della direttiva 79/409/CEE, concernente la conservazione degli uccelli selvatici*».

⁵¹ La disposizione regionale originaria non presentava vizi di costituzionalità in quanto, tra le funzioni assegnate alle riserve di caccia risultavano l'attuazione di censimenti e la predisposizione dei piani di abbattimento; ma tali compiti, concretizzandosi soltanto in attività meramente ricognitive e preparatorie, non prospettavano contrasti con la fase attuativa disciplinata dall'art. 19 co. 2. Tuttavia, con l'integrazione apportata dall'art. 2 co. 2 della L.R. 30/2001, le riserve di caccia venivano invece qualificate «*conduttori a fini faunistico-venatori dei fondi*» determinando quindi l'assorbimento di tali enti tra i soggetti autorizzati all'esecuzione dei piani.

Con questa prima sentenza la Corte fissa un punto fermo che resterà tale sino al recente “*overruling*” avvenuto con la sentenza n. 21/2021: soltanto il legislatore statale è nella posizione di poter bilanciare adeguatamente tutti gli interessi coinvolti e quindi di poter selezionare i soggetti abilitati all’attuazione dei piani di abbattimento; non c’è spazio di regolazione per le regioni.

La posizione trova conferma nella successiva sentenza n. 107/2014 che risolve un giudizio in via principale promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri dove si prospetta l’incostituzionalità dell’art. 2 della L.R. Veneto n. 6/2013⁵² in riferimento sempre all’art. 117 co. 2 lett. s) della Cost.

La disposizione, volta a disciplinare gli interventi di contenimento della fauna selvatica nei territori nei quali la caccia è vietata, è composta da tre commi; i primi due superano il vaglio di costituzionalità mentre, per quanto interessa i fini del presente contributo, assume rilievo il co. 3 della disposizione impugnata in base al quale per attuare gli «*interventi per il contenimento della fauna selvatica sono abilitati...[anche]i cacciatori residenti nei relativi ambiti territoriali di caccia e comprensori alpini e abilitati ai sensi dell’articolo 15 della legge regionale 9 dicembre 1993, n. 50*».

Previsione legislativa regionale che, a giudizio della Corte, risulta chiaramente in contrasto con quanto previsto dall’art. 19 co. 2 della L. 157/92 come già interpretato in precedenza; l’elenco dei soggetti abilitati all’esecuzione dei piani di abbattimento deve essere considerato tassativo e non sono quindi consentiti, per violazione dell’art. 117, co. 2, lett. s), interventi regionali che estendano le categorie fissate dal legislatore statale.

La successiva sentenza n. 139/2017 trae origine da un ricorso promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri verso alcune disposizioni⁵³ della L.R. Liguria n. 29/2015⁵⁴ che modifica la regolazione per la protezione della fauna e per il prelievo venatorio⁵⁵. In particolare l’art. 36 co. 2, come innovato, presenterebbe, a giudizio del ricorrente, due profili di incostituzionalità per contrasto con l’art. 19, co. 2 L. 157/92 e, di conseguenza, con l’art. 117 co. 2 lett.s): si consentirebbe di procedere con i piani di abbattimento della fauna selvatica prima che l’ISPRA abbia verificato l’inefficacia dei metodi di controllo ecologico e si estenderebbe l’elenco dei soggetti abilitati all’abbattimento includendovi i cacciatori, purché riuniti in squadre o in possesso della qualifica di coadiutore al controllo faunistico o di selecontrollore.

La Corte ha dichiarato l’illegittimità incostituzionale di entrambe le disposizioni ribadendo così nitidamente la propria posizione:

«Questa Corte ha già ritenuto che l’elenco contenuto nella norma statale, con riguardo alle persone abilitate all’attività in questione, è tassativo, e che una sua integrazione da parte della legge regionale riduce il livello minimo e uniforme di tutela dell’ambiente (sentenze n. 107 del 2014 e n. 392 del 2005; ordinanza n. 44 del 2012). Ne segue l’illegittimità costituzionale della norma oggetto di censura».

Il tema della tassatività dell’elenco contenuto nell’art. 19 co. 2 L. 157/92 si ripropone con la sentenza n. 217 del 2018; il contenzioso trova origine da un ricorso presentato da alcune associazioni ambientaliste⁵⁶ al Tar Abruzzo per chiedere l’annullamento della delibera del Presidente della Provincia di Teramo con cui era stato adottato il piano di controllo triennale 2016-2018 delle volpi. Tale delibera veniva adottata in attuazione dell’art. 44 della L.R. Abruzzo n. 10/2004 che consentiva alle guardie venatorie di avvalersi, per l’esecuzione dei piani di abbattimento, anche «*dei cacciatori iscritti o ammessi agli ATC interessati nominativamente segnalati dai comitati di gestione*».

⁵² Iniziative per la gestione della fauna selvatica nel territorio regionale precluso all’esercizio dell’attività venatoria.

⁵³ Artt. 88, 89, comma 1, 92 e 93 L.R. Liguria n. 29/2015.

⁵⁴ Prime disposizioni per la semplificazione e la crescita relative allo sviluppo economico, alla formazione e lavoro, al trasporto pubblico locale, alla materia ordinamentale, alla cultura, spettacolo, turismo, sanità, programmi regionali di intervento strategico (P.R.I.S.), edilizia, protezione della fauna omeoterma e prelievo venatorio (Collegato alla legge di stabilità 2016).

⁵⁵ L.R. Liguria n. 29/1994.

⁵⁶ L’Ente nazionale protezione animali Onlus (ENPA), la Lega antivivisezione Onlus Ente Morale (LAV), nonché la Lega nazionale per la difesa del cane (LNDC).

Sull'estensione della platea dei soggetti, il giudice *a quo* solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 della L.R. Abruzzo n. 10/2004 motivando la rilevanza sugli effetti che spiegherebbe sul piano, qualora accolta, e la non manifesta infondatezza in base alla costante e uniforme giurisprudenza costituzionale sulla questione.

E la Corte, ribadendo le consuete argomentazioni, in perfetta continuità con il passato, dichiara fondata la questione e l'illegittimità costituzionale dell'art. 44 della L.R. Abruzzo dove annovera ulteriori soggetti rispetto a quelli previsti dal legislatore nazionale.

Il ragionamento è sempre lo stesso: l'elenco è tassativo in quanto una sua integrazione da parte delle regioni ridurrebbe il livello minimo e uniforme di tutela dell'ambiente ex art. 117 co. 2 lett. s) e il parametro interposto, l'art. 19 co. 2 L. 157/92, rappresenta uno standard minimo di esclusiva competenza statale che impedisce qualsiasi intervento regionale estensivo.

La medesima questione viene affrontata dalla Corte, più recentemente, nella sentenza n. 44/2019, all'interno di un complesso ricorso promosso da Presidente del Consiglio dei ministri, che ha impugnato alcune disposizioni della L.R. Liguria 28 dicembre 2017, n. 29⁵⁷, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione. In particolare, per quanto interessa, dopo che con la sentenza n. 139/2017, la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune modifiche alla disciplina regionale sul controllo faunistico che estendevano il novero dei soggetti abilitati ai piani di abbattimento, la Regione Liguria interviene, di nuovo, sul controllo faunistico ma stavolta, indirettamente, all'interno di una normativa volta a promuovere il rilancio delle attività agricole e selvicolturali.

La norma impugnata ha disposto che la Regione, «*in vista di una più efficace tutela delle coltivazioni, nonché per rispondere con maggiore tempestività ed incisività alle richieste di intervento provenienti dai comuni, [...] per le attività di controllo faunistico, può avvalersi, sull'intero territorio regionale [...] anche del concorso di coadiutori appositamente formati, in coerenza con i criteri di cui all'articolo 22, comma 6, della legge 6 dicembre 1991, n. 394*». La collocazione della disciplina al di fuori dall'ambito venatorio non muta l'approccio della Corte che, peraltro, come già indicato, ha sempre inquadrato la disciplina dei piani di abbattimento non riconducibile alla materia caccia quanto, piuttosto, alla tutela dell'ambiente.

In maniera chiara e perfettamente in linea con i propri precedenti, la Corte così si esprime: «... *va ribadito che, secondo il costante orientamento della Corte, è da considerare tassativo l'elenco contenuto nell'art. 19, comma 2, della legge n. 157 del 1992 con riguardo alle persone abilitate all'attività di realizzazione dei piani di abbattimento della fauna selvatica: una sua integrazione da parte della legge regionale riduce il livello minimo e uniforme di tutela dell'ambiente imposto dalla citata norma statale*». La progressione delle decisioni evidenziava sulla questione una posizione granitica della Corte costituzionale; provando a riassumere la logica sottesa ai giudizi analizzati, si rileva un elemento interpretativo costante che sorregge l'argomentazione della Corte: una legislazione regionale che estenda l'elenco dei soggetti abilitati all'esecuzione dei piani abbattimento determina un abbassamento del livello di tutela della protezione della fauna che concretizza una violazione dell'art. 117 co. 2 lett. s) della Costituzione.

Come noto, infatti, la competenza esclusiva legislativa statale in tale ambito materiale impedisce interventi legislativi regionali *in peius*; semmai, salvo l'esistenza di un "punto di equilibrio"⁵⁸, la Corte ritiene ammissibili regolazioni regionali *in melius* per la cura di interessi funzionalmente collegati con quelli della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema⁵⁹.

4. Il nuovo orientamento della Corte costituzionale con la sentenza n. 21/2021.

⁵⁷ Disposizioni collegate alla legge di stabilità per l'anno 2018.

⁵⁸ Sulla questione *funditus* par. 5

⁵⁹ *Ibidem*.

Con la delibera della Giunta della Regione Toscana del 21 gennaio 2019, n. 17 viene approvato il piano di controllo della specie cinghiale per il triennio 2019-2021; alcune associazioni ambientaliste impugnano la delibera ravvisando l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni dell'art. 37 della L.R. Toscana n. 3 del 1994⁶⁰ che, rispetto ai soggetti indicati dall'art. 19 co. 2 della L. 157/92, ne individuano di ulteriori; in particolare vengono abilitati a effettuare operazioni di controllo delle popolazioni del cinghiale i cacciatori, le squadre di caccia al cinghiale e le guardie giurate private.

Il Tar, condividendo i dubbi dei ricorrenti, solleva questione di legittimità costituzionale sui commi 3,4,4-ter e 4-quater dell'art. 37, L.R. Toscana 3 gennaio 1994, n. 3; indubbia la rilevanza, in quanto l'approvazione del piano si fonderebbe anche sulle disposizioni impugnate per cui, l'incostituzionalità delle seconde, non potrebbe che riflettersi nell'illegittimità del primo, sul versante della non manifesta infondatezza l'ordinanza di remissione del giudice *a quo* ritiene che le disposizioni censurate, estendendo il novero dei soggetti abilitati all'esercizio dei controlli, configurano con la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale che ha sempre sostenuto la tassatività dei soggetti individuati dal legislatore statale.

Metodologicamente, anche seguendo l'ordine delle censure, è opportuno focalizzare l'attenzione sulla prima censura relativa al co. 3 dell'art. 27 della L.R. Toscana 3/94 in base al quale la Regione, constatata l'inefficacia di interventi ecologici, «*autorizza piani di abbattimento con modalità di intervento compatibili con le diverse caratteristiche ambientali e faunistiche delle aree interessate*». Tali piani sono attuati sotto il coordinamento del personale provinciale con il coinvolgimento gestionale degli ATC e per la loro realizzazione la Regione può avvalersi «*dei proprietari o conduttori dei fondi nei quali si attuano i piani di abbattimento, delle guardie forestali e del personale di vigilanza dei comuni, nonché delle guardie di cui all'articolo 51, purché i soggetti in questione siano in possesso di licenza di caccia*».

In prima battuta il contenzioso si prospetta analogo a quelli già affrontati dalla Corte e risolti con la delibera di illegittimità costituzionale delle disposizioni regionali che estendevano l'elenco dei soggetti abilitati; difatti la disposizione stabilisce che, in aggiunta a quelli già previsti dall'art. 19 co. 2 L. 157/92, la Regione potrebbe avvalersi anche di ulteriori soggetti⁶¹, purché in possesso di licenza di caccia.

Tuttavia, la Corte ritiene che l'orientamento formatosi nel tempo, a partire dalla sentenza n. 392/2005, «*deve essere oggi parzialmente riconsiderato alla luce di alcune condizioni specifiche di ordine sia normativo sia fattuale, nel frattempo sensibilmente mutate*»⁶² e dichiara l'infondatezza della questione sollevata dal rimettente.

Sul piano normativo viene osservata una tendenza al ridimensionamento delle funzioni dell'ente provinciale⁶³ con effetti anche sul personale a disposizione⁶⁴; elemento, questo, che assume rilevanza alla luce della disposizione statale contenuta nell'art. 19 co. 2 in quanto se, sul piano delle competenze, assegna alle regioni l'attività di controllo delle specie e di autorizzazione ai piani di abbattimento, affida invece proprio al personale provinciale un ruolo

⁶⁰ Si precisa che il testo originario dell'art. 37 ha subito modifiche e integrazioni; infatti il co. 4 è stato modificato con l'art. 16 della L.R. Toscana n. 10/2016, i co. 4-ter e 4-quater - non previsti nel testo di origine - sono stati inseriti solo con l'art. 66 della L.R. Toscana, n. 2/2010; il co. 4-ter è stato successivamente modificato dall'art. 16 della L.R. Toscana n. 10/2016.

⁶¹ In base al contenuto della disposizione e al richiamo alla legislazione regionale tali ulteriori soggetti sono le guardie venatorie volontarie, le guardie ambientali volontarie e le guardie giurate purché, quest'ultime, come precisato nella lettera g) dell'art. 51 della L.R. n. 3/94, «*adeguatamente preparate sulla normativa di riferimento*».

⁶² Cid 3.1 sent. 21/2021.

⁶³ Il fenomeno, come noto, è complesso e ancora incompleto; limitandosi alle criticità più evidenti del quadro normativo attuale sia sufficiente ricordare l'art. 11, comma 51, della legge n. 56 del 2014 (cd Del Rio), a mente del quale «*in attesa della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione e delle relative norme di attuazione, le province sono disciplinate dalla presente legge*», a cui è seguito però, come noto, l'esito negativo del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016 che ha, di fatto, impedito il completamento previsto dal legislatore ordinario; nonostante la debolezza della situazione la Corte ha comunque ribadito che la legge Del Rio non ha esaurito la sua funzione e che «*non vi sono elementi per negare la perdurante vigenza, nell'ordinamento degli enti locali, dell'assetto delle funzioni delle Province tracciato dalla legge n. 56 del 2014*»; cfr sent. Corte cost n. 129/2019 commentata da G.CONTI, *Per una significativa riforma di sistema della geografia istituzionale della Repubblica*, in *Regioni*, n. 3, 2019, p. 901-923 e da C.TUBERTINI, *I limiti al riordino delle funzioni amministrative provinciali: la «stretta via» tra funzioni fondamentali ed altre competenze riservate allo Stato*, *Ivi*, n. 3, 2019, pp. 924-933.

⁶⁴ Si veda peraltro *infra* par. 5, in particolare nota n. 58, come il fenomeno inizia a manifestarsi sin dal 2003.

principale nella loro esecuzione salvo prevedere la possibilità di coinvolgere ulteriori soggetti che assumono, tuttavia, un ruolo ausiliario⁶⁵.

Nel pensiero della Corte la riduzione del personale provinciale rileva nella misura in cui la verificabile carenza, o perlomeno la sua inadeguatezza quantitativa rispetto alle esigenze avvertite sul territorio, risulta un elemento concreto e determinante in grado da richiedere, all'interno del giudizio costituzionale, un diverso bilanciamento degli interessi in gioco.

Significativo il passaggio della sentenza dove la Corte così afferma:

«In particolare, per quanto qui interessa, tale processo ha determinato una significativa riduzione del personale appartenente ai corpi e ai servizi di polizia provinciale; ad esempio, negli enti toscani nel periodo dal 2010 al 2019 tale personale si è quasi dimezzato, come risulta dai dati del conto annuale di cui all'art. 60 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) e come anche emerge dagli atti difensivi della Regione (dove si rileva il fenomeno e si sottolinea la recente consistenza di tale personale)»⁶⁶.

Per quanto riguarda invece i mutamenti sul piano fattuale vengono evidenziati, sulla base di report di natura scientifica, un *«aumento costante e significativo delle popolazioni di determinate specie di fauna selvatica (specialmente ungulati e, in particolare, cinghiali)»⁶⁷.*

Fenomeno le cui cause sono da ricercare in una serie di modifiche sociali quali l'abbandono e lo spopolamento di aree collinari e montane, l'aumento delle superfici boscate, la riduzione delle aree agricole e del numero dei cacciatori.

Pertanto, la situazione di fatto, l'aumento non sostenibile degli ungulati, è il risultato di una complessa equazione dove incidono variabili legate a modifiche di comportamenti socio economici; in altri termini, l'abbandono delle montagne e delle zone collinari, la scarsa manutenzione delle superfici boschive e il fatto che i cacciatori siano in tendenziale riduzione, non sono la risultante di scelte legislative ma di dinamiche sociali ed economiche più complesse e profonde, sicuramente non reversibili nel breve periodo e, probabilmente, difficilmente reversibili anche nel medio-lungo periodo.

Scelte normative e mutamenti di fatto che si integrano e, insieme, impongono un ripensamento della Corte sull'interpretazione dell'art. 19 co. 2 L. 157/92 : i constatati mutamenti nelle dinamiche socio-economiche in combinazione con la riduzione del personale provinciale determinano *«rilevanti criticità a danno degli ecosistemi»* nonché ulteriori danni alle attività antropiche⁶⁸; in altri termini, la regolazione nazionale, che affida il compito principale all'esecuzione degli abbattimenti al personale provinciale, rischia di essere del tutto inefficace; se ad un aumento della presenza degli ungulati diminuisce il numero del personale provinciale, la disposizione nazionale offre solo una tutela teorica.

⁶⁵ Difatti, l'art. 19 co. 2 della L. 157/92 afferma che i *«piani devono essere attuati dalle guardie venatorie dipendenti dalle amministrazioni provinciali»*, aggiungendo che esse possano anche *«avvalersi dei proprietari o conduttori dei fondi sui quali si attuano i piani medesimi, purché muniti di licenza per l'esercizio venatorio, nonché delle guardie forestali e delle guardie comunali munite di licenza per l'esercizio venatorio»*.

⁶⁶ Nel decidere la controversia la Corte attinge anche a fonti statali che confermano una situazione di strutturale e patologica carenza di personale rispetto ai piani di controllo: *«[è] quindi certamente significativo, proprio in questa prospettiva, considerare che lo stesso ISPRA, e già prima l'Istituto nazionale per la fauna selvatica (INFS), hanno realisticamente riconosciuto che «[m]olto spesso la disponibilità di personale d'istituto [ossia le guardie provinciali e gli altri soggetti pubblici di cui all'art. 19, comma 2, della legge statale] non è sufficiente per la realizzazione dei piani di controllo» (ISPRA, Linee guida per la gestione degli ungulati, 2013), rilevando altresì che «una intensa e diffusa attività di controllo necessita un impegno in termini di personale al quale difficilmente si riesce a far fronte con l'intervento delle sole figure istituzionali» (INFS, Linee guida per la gestione del cinghiale, 2003)»*.

⁶⁷ Per quanto riguarda la Toscana la situazione risulta ancora più evidente; si veda infra su regolazione toscana per il contenimento degli ungulati in aree urbane.

⁶⁸ Si consideri i danni alle attività agricole nonché l'aumento del numero di incidenti stradali; su quest'ultimo aspetto cfr G.VIVOLI, *Danni da fauna selvatica e competenze regionali: considerazioni critiche sul revirement della Corte di cassazione*, in *Ambientediritto.it*, n.1/2021, pp. 515-533.

Queste sono le premesse che convincono la Corte costituzionale ad abbandonare il solco passato e mutare la prospettiva ermeneutica dell'art. 19 co. 2 L. 157/92: estendere l'elenco dei soggetti abilitati all'esecuzione dei piani di abbattimento non è più interpretabile come una forma di regolazione che abbassa il livello di tutela, in violazione dell'art. 117 co. 2 lett. s) della Costituzione, bensì «un'espressione legislativa che aumenta lo standard minimo di tutela ambientale previsto dalla disposizione statale» ed è «rivolta a riportare a un livello fisiologico la consistenza del personale qualificato destinato a eseguire i piani di abbattimento, ciò che appare necessario per attuare gli obiettivi, anche di tutela dell'ecosistema, previsti dallo stesso comma 2 dell'art. 19 della legge n. 157 del 1992»; soltanto in questo modo è possibile controbilanciare il deflusso di personale provinciale e riportare il numero dei soggetti abilitati all'esecuzione dei piani di abbattimento ad un livello fisiologicamente compatibile con le esigenze imposte dalla presenza non sostenibile di ungulati.

Al fine di inquadrare meglio la svolta interpretativa della Corte è opportuno richiamare le posizioni assunte dalla giurisprudenza costituzionale nella "materia" tutela dell'ambiente e dell'ecosistema post riforma del titolo V.

5. Il complesso inquadramento costituzionale della "materia" tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

In prospettiva storica, la prima decisione propriamente ambientale, a testo riformato della Costituzione, è la nota sentenza n. 407/2002⁶⁹, in cui la Corte non ha ritenuto di poter considerare tutela dell'ambiente come materia in senso stretto⁷⁰ o in senso tecnico in quanto, l'inestricabile connessione degli interessi ambientali con altri interessi e competenze non renderebbe possibile configurare una sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata. Avvalendosi anche di decisioni precedenti alla riformulazione del Titolo V⁷¹, la Corte quindi "smaterializzò" l'espressione "tutela dell'ambiente" individuando un rapporto di subordinazione logica - già asseverato storicamente dalla giurisprudenza costituzionale - per cui l'ambiente è, *in primis*, un valore costituzionale protetto; da tale dimensione assiologica l'ambiente determina e delinea poi «una sorta di materia trasversale» o finalistica⁷²; caratteristica che in quell'occasione risultò canone interpretativo filoregionale per ritenere, diversamente da una lettura formale del nuovo testo, ammissibili interventi legislativi regionali per la cura di

⁶⁹ M.CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V?*, in *Regioni*, 2003, n. 1, p. 318 ss; S.MANGIAMELLI, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, ivi, p. 337 ss; F.S.MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie "trasversali": dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002*, in *Giur. cost.*, 2002, n. 4, pag. 2951 ss; C.SARTORETTI, *La tutela dell'ambiente dopo la riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione: valore costituzionalmente protetto o materia in senso tecnico?*, in *Giur. it.*, 2003, n. 3, pp. 417 ss; cfr P.CARETTI - V.BONCINELLI, *La tutela dell'ambiente negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale pre e post-riforma del Titolo V*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2009, p. 5191, dove gli Autori evidenziano come la sentenza contenga una «una fortissima dose di ambiguità, che costringerà la giurisprudenza successiva a veri e propri "salti mortali" ermeneutici, alla ricerca di una impossibile "quadratura del cerchio"».

⁷⁰ La prima decisione in cui la Corte individuò la presenza di ambiti materiali specificati nell'art. 117 co. 2 non configurabili come "materie" in senso stretto in quanto piuttosto competenze statali idonee ad investire una pluralità di materie è la sentenza n. 282/2002; A.D'ATENA, *La Consulta parla... e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.*, 2002, n. 3, p. 2030 ss; D.MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002*, ivi, 2002, n. 3, p. 2034 ss; R.BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in *Regioni*, n. 6, 2002 p. 1445 ss.; in generale sull'argomento F. BENELLI, *La «smaterializzazione» delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, 2006 e in precedenza ID, *L'Ambiente tra "smaterializzazione" della materia e sussidiarietà legislativa*, in *Regioni*, n. 1, 2004, p. 176 ss.

⁷¹ Sentenze n. 507 e n. 54 del 2000, n. 382 del 1999, n. 273 del 1998.

⁷² P.CARETTI - V.BONCINELLI, *La tutela dell'ambiente negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale pre e post-riforma del Titolo V*, cit., p. 5188, dove gli A. osservano come, anche in riferimento alla legislazione precedente la riforma del Titolo V e in particolare nel D.Lgs. 112/1998, «l'abbandono della concezione che vedeva nell'ambiente una "materia" o "supermateria" (quest'ultima espressione è di A.Predieri) per abbracciare una concezione della protezione ambientale in termini valoriali e finalistici, come una "non materia" (D'Atena) ovvero come "materia trasversale", in grado di attraversare ambiti competenziali diversi quanto a natura, estensione e titolarità, si sia risolta in una evidente "contaminazione" tra la prima e la seconda parte della Costituzione».

interessi funzionalmente collegati alla protezione dell'ambiente. Un secondo orientamento è emerso a partire dalle sentenze n. 367 e 378 del 2007⁷³.

Limitandosi a ciò che rileva ai fini del presente contributo, con tali decisioni l'ambiente, da un punto di vista teorico concettuale, non viene più considerato come una entità astratta ma, a tutti gli effetti, un «*bene giuridico materiale*»⁷⁴; caratteristica che determina riflessi anche sul piano interpretativo dell'art. 117 della Costituzione.

In pratica questo secondo orientamento spinge verso una «rimaterializzazione»⁷⁵ della tutela dell'ambiente che, superando la dimensione «valore-materia trasversale», dovrebbe invece essere considerata come «materia» in senso tecnico; l'effetto di questa linea interpretativa, con chiari effetti centralisti, è quello di tracciare un confine invalicabile per le Regioni a cui sarebbe impedito qualsiasi intervento normativo⁷⁶.

In realtà, come rilevabile anche⁷⁷ dalla sentenza n. 7/2019, la concezione materialista sembra continuare a convivere⁷⁸ con quella valoriale, confermando le posizioni della dottrina⁷⁹ che hanno sostenuto come le due visioni non andrebbero necessariamente in conflitto ma come la questione sia piuttosto da inquadrare secondo una duplice prospettiva, più accomodante, per cui l'ambiente può essere sia un valore⁸⁰ sia una materia⁸¹ che conserva inevitabilmente e «naturalmente»⁸² elementi di trasversalità.

Concezione confermata anche nella sentenza n. 21/2021 dove la Corte, richiamando la sentenza n. 7/2019, ribadisce come il carattere trasversale della materia non impedisca alle regioni di introdurre disposizioni di tutela più elevata come legittimo esercizio di proprie competenze legislative.

⁷³ Sentenze commentate dallo stesso redattore in P. MADDALENA, *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di tutela dell'ambiente*, in *Ambiente & sviluppo*, 2012, n. 1, p. 5 ss.; ID., *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente*, in *federalismi.it* del 10 marzo 2010 e in *Riv. giur. ambiente*, 2011, n. 6, p. 735 ss.; ID., *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, n. 3, 37 ss.

⁷⁴ In tal senso oltre alle citate sentenze n. 367 e 378 del 2007, anche la n. 104 e 105 del 2008 nonché la n. 61 del 2009.

⁷⁵ M. MICETTI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *AA.VV., Scritti in onore di Antonio D'Atena*, 2015, p. 1910 ss.; M. BELLETTI, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 61 ss; più in generale sulla rimaterializzazione F. BENELLI - R. BIN, *Prevalenza e «rimaterializzazione delle materie»: scacco matto alle Regioni*, in *Regioni*, n. 6, 2009, pp. 1185 ss.

⁷⁶ Esclude ogni forma di intervento regionale in melius P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come «materia» e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2009, n. 7, p. 589 che così si esprime: «Dal nuovo assetto costituzionale deriva la conseguenza che è preclusa alle Regioni ogni iniziativa legislativa in tale settore che non sia espressamente delegata o attribuita dalla legge nazionale. Le Regioni, pertanto, non solo non possono introdurre modifiche peggiorative della disciplina statale positiva, riducendo i livelli di tutela, ma non possono nemmeno introdurre criteri e procedimenti permissivi in astratto più protettivi».

⁷⁷ Cfr in precedenza anche sent. n. 77/2017 con commento di F. SCALIA, *Il carattere di «materia trasversale» della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e la potestà legislativa regionale in materia ambientale (osservazioni a margine della sentenza Corte cost. 12 aprile 2017, n. 77)*, in *Dir. giur. Agr.*, n. 3, 2017.

⁷⁸ Lo sviluppo di tale punto va oltre gli scopi del presente contributo ma sia sufficiente accennare che è una convivenza non così ordinata in quanto la Corte utilizza entrambi gli orientamenti a volte per ammettere e altre per negare competenze legislative regionali; cfr in tal senso M. DI FOLCO, *op.cit.*, pp. 82-83.

⁷⁹ Parla di vocazione bicefala della materia G. COCCO, *La legislazione in tema di ambiente è a una svolta?*, in *Riv. giur. ambiente*, 2002, n. 3/4, p. 419 ss.; nel senso che la tutela dell'ambiente non sia solo una materia ma che non si possa negare l'esistenza di un profilo materiale in senso stretto, M. CECCHETTI, *Riforma del Titolo V della Costituzione e sistema delle fonti: problemi e prospettive nella materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema»*, in *Federalismi.it*, 13 giugno 2002.

⁸⁰ In prospettiva storica è proprio la dimensione valoriale che ha permesso di colmare il vuoto costituzionale imponendo la protezione dell'ambiente in assenza di un riferimento esplicito.

⁸¹ Del resto alcuni elementi depongono oggettivamente in funzione di una materia propriamente detta; a parte la presenza tangibile del D.Lgs. 152/2006 che la stessa Consulta denomina «Codice dell'ambiente» - e che se non accoglie inevitabilmente tutta la regolazione ambientale ne contiene una componente molto significativa - c'è da tener presente il disposto dell'art. 116 co. 3 in tema di regionalismo asimmetrico; quest'ultima disposizione costituzionale nel prevedere ulteriori forme e condizioni di autonomia presuppone un passaggio di consegna di funzioni concrete che mal si conciliano con una visione esclusivamente valoriale della disciplina oggetto di eventuale trasferimento. In tal senso P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come «materia» e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2009, n. 7, p. 586.

⁸² La Corte parla di ambiente come di «materia naturalmente trasversale» nella recente sentenza n. 88/2020.

Questione che risulta spesso il vero nodo da sciogliere del contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni che, almeno nei giudizi in via principale, assume spesso la seguente dinamica: il primo è il ricorrente e reclama l'invasione da parte della regione in riferimento alla materia di propria competenza esclusiva ex art. 117 co. 2 lett. s) e in relazione alle varie norme interposte in funzione dell'ambito specifico di ricaduta della disciplina regionale; le seconde difendono i loro interventi legislativi quale esercizio di proprie competenze costituzionali in interessi funzionalmente collegati a quello della tutela dell'ambiente e che mirano a innalzare il livello di tutela; nel caso della sent. 21/2021 la Corte non ha difficoltà a riconoscere alla Regione Toscana plurime competenze legislative quali il governo del territorio, l'agricoltura, la protezione civile e la tutela della salute.

Ma anche il tema dell'innalzamento di tutela apre scenari problematici nei rapporti tra legislazione statale e regionale.

Difatti, posto che sia pacifico - e non è per niente un dato scontato come dimostra peraltro chiaramente il caso analizzato - che un intervento legislativo regionale sia inquadrabile, oggettivamente, come in *melius*, la giurisprudenza costituzionale ha da tempo chiarito, e ribadito, che tale possibilità non è sempre consentita in funzione dell'esistenza di un "punto di equilibrio" che la impedisce.

Nel mutato scenario costituzionale, la teoria dei punti di equilibrio è stata inaugurata dalla Corte con le sentenze n. 307 e 331 del 2003⁸³ che dichiararono l'incostituzionalità di alcune leggi regionali che stabilivano, in materia di inquinamento elettromagnetico, valori più restrittivi rispetto a quelli statali.

Per una appropriata collocazione concettuale del significato delle decisioni appare utile ripuntualizzare alcuni aspetti della già citata sentenza n. 407/2002 in cui la Corte dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale di alcuni articoli di una legge lombarda in materia di attività a rischio di incidenti rilevanti che incrementava il livello di tutela.

In quell'occasione fu (ri)precisato⁸⁴ che «non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come "materie" in senso stretto, poiché, in alcuni casi, si tratta più esattamente di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie». Sulla base di tale premessa non si può identificare una "materia" in senso tecnico qualificabile tutela dell'ambiente in quanto essa «investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze». Attingendo alle pronunce precedenti la Corte ricava «una configurazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale».

⁸³ M.CERUTI, *La Corte costituzionale detta il "decalogo" della buona legge regionale in materia di inquinamento elettromagnetico sulla base della inderogabilità (anche in melius) dei valori soglia statali*, in Riv. giur. ambiente, 2004, n. 2, p. 258 ss; F. DE LEONARDIS, *La Corte costituzionale sulla "necessità" degli impianti di telecomunicazione (nota a C. cost., 7 ottobre 2003, n. 307)*, in Il Foro amministrativo (CDS), 2003, vol. 2, fasc. 10, pag. 2811 ss; Q.CAMERLENGO, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale (Nota a Corte cost. 307/2003)*, in Le Regioni, 2004, num. 1, pag. 623 ss.; G. TARANTINI, *La disciplina dell'elettrosmog tra Stato e Regioni*, in federalismi.it, n. 20/2004; G.M. SALERNO, *Derogabilità in melius e inviolabilità dell'equilibrio stabilito dalla legislazione statale organica*, ivi, n. 14/2003; F. ORLINI, *Tutela dell'ambiente e riforma del Titolo V della Costituzione: spunti di riflessione in tema di competenze dello Stato e delle Regioni*, in Riv. giur. edil., n. 2, 2004, p. 406 ss.

⁸⁴ La prima decisione in cui la Corte individuò la presenza di ambiti materiali specificati nell'art. 117 co. 2 non configurabili come "materie" in senso stretto in quanto piuttosto competenze statali idonee ad investire una pluralità di materie è la sentenza n. 282/2002; A.D'ATENA, *La Consulta parla... e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in Giur. cost., 2002, n. 3, p. 2030 ss; D.MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002*, ivi, 2002, n. 3, p. 2034 ss; R.BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in Regioni, n. 6, 2002 p. 1445 ss.; in generale sull'argomento F. BENELLI, *La «smaterializzazione» delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, 2006 e in precedenza ID, *L'Ambiente tra "smaterializzazione" della materia e sussidiarietà legislativa*, in Regioni, n. 1, 2004, p. 176 ss.

Trasversalità della materia che quindi non impedirebbe, in linea di principio, interventi regionali ulteriori avvalendosi delle competenze costituzionalmente riconosciute e connesse con la protezione dell'ambiente; giungendo alle conclusioni «*la Regione Lombardia può ragionevolmente adottare, nell'ambito delle proprie competenze concorrenti, una disciplina che sia maggiormente rigorosa, per le imprese a rischio di incidente rilevante, rispetto ai limiti fissati dal legislatore statale, proprio in quanto diretta ad assicurare un più elevato livello di garanzie per la popolazione ed il territorio interessati*».

La decisione poteva far pensare l'ammissibilità di qualsiasi intervento legislativo regionale volto ad incrementare il livello di tutela sempre che si potesse fondare su competenze costituzionalmente riconosciute e funzionalmente collegate alla protezione dell'ambiente.

E' in questo contesto ermeneutico che si collocano le citate sentenze n. 307 e 331 del 2003 che, invece, impediscono proprio l'applicazione di un tale automatismo inaugurando, nel mutato testo costituzionale, l'utilizzo del concetto del "punto di equilibrio"⁸⁵: la Corte da un lato ribadisce la natura di materia trasversale della protezione dell'ambiente, ma dall'altro individua l'esistenza di un possibile argine per gli interventi legislativi regionali *in melius* 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 individuato un punto di equilibrio non più modificabile dalle Regioni in quanto la maggior protezione di uno degli interessi si traduce comunque «*in una alterazione, quindi, in una violazione, dell'equilibrio tracciato dalla legge statale*»⁸⁶.

Nelle parole della Corte «la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il *punto di equilibrio* (ns il corsivo) fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al Paese, nella logica per cui la competenza delle Regioni in materia di trasporto dell'energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato»⁸⁷.

Più recentemente⁸⁸ in materia di tutela dell'aria e di riduzione delle emissioni in atmosfera, nel dichiarare fondata la questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni di una legge pugliese, la Corte ha ribadito come, seppur la competenza esclusiva prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. non escluda aprioristicamente interventi legislativi regionali, occorre però «che ciò avvenga in termini di piena compatibilità con l'assetto normativo individuato dalla legge statale, non potendo tali interventi alterarne il *punto di equilibrio* (ns il corsivo) conseguito ai fini di tutela ambientale»; e ancora, in tema di VIA⁸⁹, dichiarando l'illegittimità costituzionale di una legge della Valle D'Aosta è stato specificato come la competenza statale ex art. 117 co. 2 lett. s) Cost. non esclude interventi regionali legislativi «purché compatibili con l'assetto normativo individuato dalla legge statale, non potendo tali interventi alterarne il *punto di equilibrio* (ns il corsivo) conseguito ai fini di tutela ambientale».

In sintesi, per la Corte, l'esistenza di un punto di equilibrio impedisce iniziative legislative regionali anche *in melius*; quindi mentre una legislazione regionale *in peius* non è mai consentita, una legislazione regionale *in melius* non è sempre consentire.

⁸⁵ 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; nel determinare il punto di equilibrio sulla necessità per lo stato 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 *Regioni*, 2008, n. 4/5, p. 910.

⁸⁶ Sent. n. 331/2003.

⁸⁷ Sent. n. 307/2003.

⁸⁸ Sent. n. 178/2019.

⁸⁹ Sent. n. 147/2019.

Per le sue caratteristiche *sui generis* non è operazione semplice inquadrare il caso analizzato all'interno di questo impianto teorico appena sintetizzato; ripercorrendo però le decisioni del precedente orientamento emergono elementi che indicano la posizione assunta dalla Corte.

La sentenza n. 392/2005 stabilisce l'illegittimità costituzionale della legislazione friulana per violazione dell'art. 19 co. 2 che veniva considerato "principio fondamentale" della materia⁹⁰; nella successiva sentenza n. 107/2014 la Corte dichiara come l'art. 19 co. 2 L. 157/92 contenga un elenco tassativo e «*la norma impugnata, aggiungendo un'ulteriore categoria di persone, ha quindi violato l'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.*».

Sin qui la Corte non si è ancora esplicitamente espressa se considerare l'elenco non modificabile in alcun modo in quanto si realizza un punto di equilibrio, oppure, se l'estensione dei soggetti determini un peggioramento del livello di tutela.

Invece nella successiva sentenza n. 139/2017 la Corte chiarisce come una qualsiasi «*integrazione [dell'elenco] da parte della legge regionale riduce il livello minimo e uniforme di tutela dell'ambiente*»; più ambigua la formula utilizzata nella successiva sentenza n. 217/2018 dove afferma che la disposizione regionale censurata «*altera il contemperamento di interessi delineato dal legislatore statale nell'art. 19, comma 2, della legge n. 157 del 1992, che realizza uno standard minimo uniforme di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, e conseguentemente viola la relativa sfera di competenza statale*»; in questo caso, l'alterazione nel contemperamento degli interessi sembra propendere, almeno concettualmente, verso l'esistenza di un punto di equilibrio.

Ma la Corte si ripositiona nella sentenza n. 44/2019 sul solco dell'integrazione dell'elenco quale modifica *in peius* ribadendo che qualsiasi ampliamento da parte della legge regionale riduce il livello minimo e uniforme di tutela dell'ambiente.

Per cui, salvo la prima sentenza n. 392/2005, il cui posizionamento risulta di difficile collocazione e la sentenza n. 139/2017, dove si intravedono riflessioni che tendono verso il punto di equilibrio, prevalentemente la Corte ha interpretato, prima del mutato orientamento, l'ampliamento dei soggetti come un peggioramento del livello di tutela⁹¹.

Tornando alla sentenza n. 21/2021, essa evidenzia una sorta di relativismo potenzialmente insito in alcuni tipi di standard: dinamiche sociali che agiscono nel mondo dei fatti possono produrre pressioni sull'assetto della regolazione per cui uno standard di tutela muta la propria natura; allo scopo di garantire l'effettività della protezione dell'ambiente la sua interpretazione da parte della giurisprudenza costituzionale viene capovolta rispetto al passato.

In concreto, prima di tale decisione, l'elenco dei soggetti abilitati ai piani di abbattimento ex art. 19 co. 2 L. 157/92, era interpretato dalla giurisprudenza costituzionale come indisponibile a qualsiasi intervento regionale; estendere l'elenco equivaleva ridurre il livello minimo e uniforme di tutela dell'ambiente, ambito di competenza legislativa esclusiva statale ex art. 117 co. 2 lett. s) della Costituzione; invece, con la sentenza n. 21/2021, ciò diventa addirittura idoneo «*a incrementare lo standard minimo di tutela ambientale stabilito dalla legge statale*»; in altri termini, ciò che prima era visto come una riduzione del livello di tutela viene interpretato come un suo incremento; i mutamenti sociali e le nuove condizioni fattuali che essi impongono alterano le dinamiche valutative sottese e i pesi in gioco nel giudizio costituzionale.

E' anche interessante notare come nella recente sentenza vi sono alcune affermazioni della Corte che avrebbero potuto far parte delle decisioni precedenti.

⁹⁰ Si ricorda che tale decisione faceva riferimento e si ispirava alla sentenza n. 135/2001 e quindi ad una decisione che vedeva come coordinate costituzionali la ripartizione di competenze legislative prima della riforma del 2001.

⁹¹ L'individuazione del punto di equilibrio fissato dal legislatore statale o l'interpretazione dell'ampliamento dell'elenco come disciplina *in peius* determinerebbe una differenza concreta soltanto nel caso, mai verificatosi, di una legislazione regionale che avesse invece ristretto l'elenco previsto nell'art. 19 co. 2 L. 157/92; in tal caso infatti, la rilevata presenza di un punto di equilibrio impedirebbe qualsiasi tipo di regolazione diversa mentre, nell'altra ipotesi, la normativa regionale dovrebbe essere stata considerata legittima in quanto tutela *in melius*; si noti che come conseguenza della sentenza n. 21/2021 quest'ultima considerazione andrebbe invertita; infatti se adesso estendere l'elenco è considerabile un miglioramento del livello di tutela dovrebbe essere dichiarata incostituzionale una legge regionale che diminuisce tale elenco.

Ad esempio: «[s]i può quindi concludere che la censurata integrazione, da un lato, non si svolge in contrasto con la ratio della disposizione statale, né altera la procedimentalizzazione da questa prevista: l'autorizzazione dei piani di abbattimento e la verifica dell'attuazione dei medesimi restano, infatti, attività di esclusiva competenza dell'amministrazione pubblica, al cui personale rimane inoltre assegnato il coordinamento della fase esecutiva». O ancora: «[l]a norma censurata, riconducibile, come si è visto, anche a plurime competenze legislative regionali (tra le quali il governo del territorio, l'agricoltura, la protezione civile, la tutela della salute), risulta quindi funzionale a consentire di perseguire effettivamente le suddette finalità; pertanto si dimostra idonea a incrementare lo standard minimo di tutela ambientale stabilito dalla legge statale».

Queste considerazioni della Corte, sulla ratio dell'art. 19 co. 2 della L. 157/92 e sulla presenza di competenze legislative regionali funzionalmente collegate alla tutela dell'ambiente, potrebbero essere chirurgicamente estrapolate e impiantate nelle sentenze precedenti e poste a base di una decisione diversa da quella poi assunta.

Questi elementi non fanno altro che confermare come la riconsiderazione dello standard si fonda su dati empirici - seppur anche conseguenze di scelte legislative - e sulla constatazione di fenomeni socio-economici che hanno modificato in misura così significativa il contesto attuale, da rendere la disposizione contenuta nell'art. 19 co. 2 L. 157/92, come interpretata sinora, incapace di fornire una tutela efficace.

Dinamiche che, peraltro, come l'insufficienza del personale provinciale, si manifestavano già da tempo come rilevabile dagli anni di pubblicazione delle fonti scientifiche statali citate nella sentenza: le linee guida elaborate da ISPRA sulla gestione degli ungulati sono del 2013 mentre, le linee guida elaborate dal precedente INFS⁹² per la gestione del cinghiale sono, addirittura, del 2003⁹³.

6. Le condizioni individuate dalla Corte per l'estensione dei soggetti abilitati.

L'apertura della Corte verso l'estensione dell'elenco dei soggetti abilitati ai piani di abbattimento richiede anche un temperamento; affinché la regolazione regionale possa essere inquadrabile come elemento che contribuisce ad aumentare l'efficacia delle azioni a protezione dell'ambiente si pone la conseguente questione di individuare quali siano le condizioni che le offrono una copertura costituzionale.

In altri termini, una volta sancita la svolta ermeneutica in relazione alla possibile integrazione dell'elenco ex art 19 co. 2 L. 157/92 quale aumento dello standard minimo, nasce anche, inevitabilmente, l'esigenza di porre un limite a tale eventualità; tenuto conto che, ovviamente, la legislazione statale non fornisce, almeno esplicitamente, alcun riferimento in tal senso, è interessante seguire il percorso tramite il quale la Corte sviluppa e tesse il filo logico argomentativo avvalendosi e interpretando le disposizioni regionali toscane, per giungere a delineare quali siano le condizioni per garantire la compatibilità costituzionale delle disposizioni regionali. Per quanto concerne la prima censura sull'art. 37 co. 3 della L.R. Toscana n. 3/94⁹⁴, in aggiunta e riprendendo le considerazioni effettuate in precedenza⁹⁵, dove ci siamo soffermati sul superamento, come principio, dell'orientamento precedente, la Corte evidenzia i nessi tra la disposizione regionale e la legislazione statale.

⁹² Istituto Nazionale Fauna Selvatica le cui funzioni sono state poi assorbite dall'ISPRA con la sua legge istitutiva (cfr art. 28 L. n. 133/2008 di conversione, con modificazioni, del DL 25 giugno 2008, n. 112).

⁹³ Cfr c.i.d. 4.1 sent. Corte cost. n. 21/2021 dove così si afferma: «[è] quindi certamente significativo, proprio in questa prospettiva, considerare che lo stesso ISPRA, e già prima l'Istituto nazionale per la fauna selvatica (INFS), hanno realisticamente riconosciuto che “[m]olto spesso la disponibilità di personale d'istituto [ossia le guardie provinciali e gli altri soggetti pubblici di cui all'art. 19, comma 2, della legge statale] non è sufficiente per la realizzazione dei piani di controllo” (ISPRA, Linee guida per la gestione degli ungulati, 2013), rilevando altresì che “una intensa e diffusa attività di controllo necessita un impegno in termini di personale al quale difficilmente si riesce a far fronte con l'intervento delle sole figure istituzionali” (INFS, Linee guida per la gestione del cinghiale, 2003)».

In primis è salvaguardato il principio in base al quale l'abbattimento della fauna selvatica è sempre ipotesi residuale da attuare solo dopo la verificata inefficacia dei metodi ecologici⁹⁶; la disposizione regionale inoltre conferma il ruolo centrale svolto dal personale della polizia provinciale in quanto l'attuazione dei piani di abbattimento deve essere svolta sotto il suo coordinamento.

Tuttavia il rispetto di tali condizioni appare poco più di una mera verifica formale di quanto già espressamente indicato nell'art. 19 co. 2 e che quindi vincola già, esplicitamente, l'attività legislativa regionale.

L'elemento che, come vedremo meglio anche nel prosieguo analizzando le ulteriori censure, risulta nella ponderazione della Corte, sostanzialmente determinante, è un obbligo aggiuntivo di formazione e preparazione risultando, a tal fine, condizione necessaria ma non sufficiente l'essere muniti di licenza di caccia.

Difatti la Corte evidenzia come gli ulteriori soggetti⁹⁷ selezionati dal legislatore toscano, oltre a presentare elementi di qualificazione pubblicistica che li distingue dai meri cacciatori, vengono abilitati, in base all'art. 27 co. 6 della L. 157/92, a seguito di specifica formazione e aggiornamento «*per lo svolgimento delle funzioni di vigilanza sull'esercizio venatorio, sulla tutela dell'ambiente e della fauna e sulla salvaguardia delle produzioni agricole*».

Superata il "dogma" dell'intangibilità dell'elenco, l'attenzione della Corte si sposta, sostanzialmente, su conoscenza e formazione specifica del soggetto ausiliario abilitato; formazione ulteriore rispetto a quella per l'abilitazione all'attività venatoria.

La valenza "formativa" emerge ancora più chiaramente quando la Corte affronta la censura relativa al secondo motivo di ricorso che solleva dubbi sull'art. 37 co. 4 della L.R. n. 3/94 in base al quale «*[p]er interventi di tutela della produzione agricola e zootecnica la Regione può affiancare al proprio personale anche soggetti che abbiano frequentato appositi corsi di preparazione organizzati dalla Regione stessa sulla base di programmi concordati con l'ISPRA. Tali corsi dovranno fornire una idonea preparazione circa l'ecologia e la gestione delle popolazioni animali selvatiche, la biologia delle specie selvatiche oggetto di controllo nonché sulle tecniche e le modalità con cui effettuare il controllo*». In questo caso l'estensione soggettiva risulta ancora più ampia di quella relativa al comma precedente in quanto la disposizione è priva di riferimenti a categorie legislative definite; ma, a differenza del dubbio sollevato dal giudice a quo, questa non permette però ai cacciatori, in quanto tali, di rientrarvi. Difatti la Corte, dichiarando infondata la questione, osserva come la disposizione richiede la «*ben più pertinente condizione*» di aver acquisito una formazione specifica e, si noti, in base a programmi concordati con ISPRA.

A differenza quindi della censure sollevate sul comma 3, dove la Corte ha individuato direttamente nella legislazione statale, e in particolare nell'art. 27 co. 6 della L. 157/92, un obbligo formativo per le categorie degli ulteriori soggetti abilitati, specificatamente indicati, in questo caso, la pressoché totale, almeno teorica, espansione soggettiva della disposizione regionale rendeva tale strada non percorribile.

La condizione "formativa" del soggetto abilitato si emancipa quindi da ogni riferimento rintracciabile nella L. 157/92 e si "recupera" la presenza statale tramite il ruolo di garanzia dell'ISPRA nella definizione dei programmi formativi specifici; tale condizione ulteriore, che acquisisce un peso determinante ai fini del vaglio costituzionale, porta la Corte a ritenere

⁹⁴ Il cui testo è il seguente: «*La Regione, in caso di ravvisata inefficacia degli interventi ecologici di cui al comma 2 bis, autorizza piani di abbattimento con modalità di intervento compatibili con le diverse caratteristiche ambientali e faunistiche delle aree interessate. Tali piani sono attuati dalla Regione con il coinvolgimento gestionale degli ATC e sotto il coordinamento del corpo di polizia provinciale. Per la realizzazione dei piani la Regione può avvalersi dei proprietari o conduttori dei fondi nei quali si attuano i piani di abbattimento, delle guardie forestali e del personale di vigilanza dei comuni, nonché delle guardie di cui all'articolo 51, purché i soggetti in questione siano in possesso di licenza di caccia*».

⁹⁵ *Supra* par. 4.

⁹⁶ Ai sensi del co. 2 bis dello stesso articolo, richiamato dal co. 3, viene precisato che ai fini del controllo delle popolazioni di fauna selvatica «*la Regione utilizza i metodi e le caratteristiche degli interventi ecologici come definiti dall'ISPRA*».

⁹⁷ Si tratta delle guardie venatorie volontarie, delle guardie ambientali volontarie nonché delle guardie giurate.

legittima la disposizione in quanto volta a incrementare lo standard di tutela ambientale stabilito dal legislatore nazionale; in altri termini la necessaria e preventiva condivisione dei programmi di formazione con l'ISPRA, ente statale, diventa elemento necessario ma anche sufficiente a garantire l'adeguata preparazione dei soggetti in prospettiva dello svolgimento di attività di tutela ambientale.

Carenza di quest'ultima condizione che, invece, induce la Corte a dichiarare, coerentemente, l'incostituzionalità dell'art. 37, co. 4-ter della L.R. 3/94 in quanto consentirebbe⁹⁸ l'esecuzione dei piani di abbattimento a cacciatori che risultano abilitati sulla base di corsi (solo) regionali e tenuti per finalità non ambientali; tali corsi non garantiscono quelle condizioni formative adeguate a causa del mancato coinvolgimento dell'ISPRA nella fase di definizione dei programmi.

Più sfumata l'ultima questione affrontata in relazione all'art. 37, co. 4-quater in base al quale la Regione Toscana, per prevenire o eliminare i danni alle produzioni agricole, autorizza, in qualsiasi periodo dell'anno, i cacciatori abilitati, le guardie giurate private, i proprietari o conduttori dei fondi interessati e le squadre di caccia al cinghiale, indicate dall'ATC, al «*controllo dei cinghiali*»; la censura prospetterebbe una violazione dell'art. 19 co. 2 per l'estensione, incondizionata, del novero dei soggetti abilitati all'esecuzione dei piani di abbattimento specificatamente per la specie cinghiale.

La Corte però ritiene che sia possibile fornire all'espressione utilizzata dal legislatore regionale, «*controllo dei cinghiali*», una interpretazione costituzionalmente orientata che evita il conflitto potenzialmente sollevato. A giudizio della Corte infatti, la disposizione regionale non è dedicata all'attuazione dei piani di abbattimento; per controllo dei cinghiali si deve piuttosto intendere soltanto quelle attività poste in essere utilizzando metodi ecologici.

Così interpretata la disposizione non presenta profili di contrasto con l'art. 19 co. 2 della L. 159/92 in quanto si pone su un piano preventivo e adotta un approccio ecologicamente ben diverso rispetto a quello che impone, per assenza di soluzioni alternative, l'abbattimento degli animali; in tale ambito la regione mantiene quindi una propria autonomia legislativa senza che si possano prospettare invasioni nelle competenze legislative statali. La Corte ha avuto modo di riaffrontare la questione dell'estensione del novero dei soggetti abilitati all'abbattimento anche nella successiva sentenza n. 116/2021 sulla quale si effettuano alcune brevi riflessioni.

Con l'art. 1, co. 1, lett. a) della L.R. 5/2020, la Regione Sardegna aveva previsto che per l'esecuzione dei piani di abbattimento della fauna selvatica le province si potessero avvalere anche dei proprietari e dei conduttori dei fondi su cui i piani vengono attuati nonché, e con ciò estendendo l'elenco dei soggetti, «*di loro delegati, espressamente individuati a tal fine*».

E' quindi sulla figura del «*delegato designato*» da parte del conduttore o del proprietario del fondo cui si rivolge la censura statale in quanto, per il resto dell'enunciato, la disposizione regionale ricalca il contenuto dell'art. 19 co. 2 L. 157/92.

La Corte, ovviamente, non può, nel decidere, non tener conto del proprio mutato orientamento e ribadisce, in premessa, che l'elenco dei soggetti abilitati all'esecuzione dei piani di abbattimento non è più da considerarsi, in linea di principio, di natura tassativa.

Tuttavia, a differenza della legislazione regionale toscana, quella sarda non supera il vaglio di costituzionalità per il mancato coinvolgimento dell'ISPRA nella definizione dei programmi dei corsi di formazione.

Difatti la disposizione regionale sarda stabiliva che «*[t]utti i soggetti che svolgono l'attività di abbattimento, oltre a essere muniti della licenza di porto di fucile per uso caccia e dell'autorizzazione per l'esercizio venatorio, devono aver partecipato a corsi di formazione specifici per il controllo della fauna selvatica e aver superato i relativi esami. Al Corpo forestale e di vigilanza ambientale è riservato il controllo delle fasi esecutive*».

⁹⁸ Il testo è il seguente: «*I cacciatori iscritti nel registro di cui all'articolo 28 -quater sono equiparati ai cacciatori di cui al comma 4, per le specie di riferimento*».

La disposizione regionale estende il novero dei soggetti aggiungendo la figura dei “delegati” designati dai proprietari e i conduttori dei fondi - possibilità che, in linea di principio, non pone più problemi di costituzionalità dopo la sentenza n. 21/2021 - e prevede il superamento di ulteriori corsi di formazione per quei soggetti per i quali l’art. 19 co. 2 non li richiederebbe (i proprietari e i conduttori di fondi purché cacciatori).

Ma il *vulnus* della disposizione regionale risiede invece nel mancato coinvolgimento dell’ISPRA il cui ruolo, rappresentativo del livello statale, risulta nel pensiero della Corte costituzionalmente necessario.

La Corte, considerato che la “carenza” legislativa è sufficientemente circostanziata, sana il vizio di origine e “completa” la regolazione sarda con una sentenza di accoglimento additiva nella parte in cui non prevede che i programmi dei corsi di formazione specifici siano preventivamente concordati con l’ISPRA.

7. Considerazioni conclusive.

Il nuovo orientamento della Corte costituzionale, inaugurato con la sentenza n. 21/2021, è influenzato in maniera decisiva da due fattori che agiscono sinergicamente: la crescita nel tempo di uno squilibrio tra un assetto normativo fissato a livello statale - e statico dal 1992 - e la dinamica dei mutamenti socio economici che hanno determinato, oggi, condizioni diverse di presenza della fauna selvatica; da un lato, l’identificazione delle province quale livello “adeguato” per l’esecuzione dei piani di abbattimento - ma in carenza di personale per la riduzione delle risorse messe a loro disposizione - e, dall’altro, l’abbandono delle aree collinari e montane, la riduzione delle aree agricole e del numero dei cacciatori che determinano un aumento della presenza degli ungulati; l’effetto congiunto delle due dinamiche ha prodotto una tensione tra obiettivi di controllo faunistico perseguiti, in teoria, dalla legislazione nazionale con l’art. 19 co. 2 e l’inadeguatezza, in pratica, della dotazione di personale provinciale necessario per la loro realizzazione.

All’origine dell’*overruling* della Corte c’è quindi la constatazione del rischio, validamente supportato da evidenze scientifiche e dati empirici, che la protezione garantita dalla legislazione statale resti solo teorica per l’impossibilità di essere concretamente realizzata⁹⁹.

La successiva sentenza n. 116/2021, almeno a prima vista, sembra soltanto una logica conseguenza del nuovo orientamento; appare cioè una doverosa conferma della precedente senza alcun elemento innovativo; ed in effetti, limitandosi ad analizzare la decisione finale, la sentenza additiva non fa altro che riposizionare la disposizione regionale sarda in linea con quella toscana, integrandola con l’ulteriore condizione, già fatta propria nella sentenza precedente, del necessario coinvolgimento dell’ISPRA nell’elaborazione dei programmi dei corsi di formazione. Tuttavia la sentenza n. 116/2021 sembra invece aggiungere un elemento di riflessione in quanto tale decisione non sembrerebbe influenzata dalla sufficiente o meno dotazione del personale provinciale per l’attuazione dei piani di abbattimento; in altri termini, mentre la sentenza n. 21/2021 contiene dati empirici volti ad accertare una consistente riduzione del personale provinciale toscano che, in combinazione con i dati scientifici, palesano il rischio di una tutela inefficace per l’insufficienza di adeguate risorse umane, il contenzioso sulla disposizione regionale sardo ruota e si incardina su posizioni più “tradizionali”: lo Stato ricorrente propone il ricorso confidando sulla storico orientamento della Corte sulla tassatività dell’elenco mentre la Regione Sardegna difende la propria legislazione quale espressione di una maggior tutela in quanto impone a tutti i soggetti, delegati o meno, la partecipazione a corsi di formazione specifici nonché aver superato i relativi esami¹⁰⁰.

⁹⁹ Cfr c.i.d. 4.1 nella parte in cui la Corte afferma che la censurata integrazione «è funzionale all’effettivo conseguimento anche delle stesse, prevalenti, finalità di tutela ambientale - che altrimenti rischierebbero di rimanere inattuato a causa di un’inadeguata disponibilità di personale qualificato - in ragione delle quali la norma statale prevede il controllo faunistico».

¹⁰⁰ Si noti invece che la disposizione regionale toscana risulta, almeno sul piano strettamente letterale, più blanda limitandosi a stabilire che i soggetti «abbiano frequentato appositi corsi di preparazione», senza specificare quindi anche il superamento di esami.

E' opportuno tener presente infatti come il ricorso del Presidente del Consiglio che ha impugnato la disposizione sarda sia stato depositato in cancelleria il 6 maggio 2020 e quindi mesi prima della decisione della sentenza n. 21/2021 del 14 gennaio 2021.

Nel contenzioso "sardo" quindi, almeno in fase introduttiva del ricorso, Stato e Regione agivano sotto il "velo dell'ignoranza" nel senso che non potevano conoscere l'esito della sentenza n. 21/2021¹⁰¹, che peraltro traeva origine da giudizio incidentale. Per come si prospettava il ricorso in via principale sulla disposizione sarda, per il tenore scarsamente innovativo delle argomentazioni delle parti¹⁰², si può anche ipotizzare che non presentasse quella portata così innovativa in grado di convincere la Corte a modificare il proprio orientamento passato; soltanto a seguito della sentenza n. 21/2021 le parti integrano le proprie posizioni tramite memorie ma, occorre osservare, che la riduzione del personale provinciale non risulta elemento del giudizio¹⁰³. Quindi mentre la decisione della sentenza n. 21/2021 trova fondamento su una duplicità di condizioni - riduzione personale delle province e aumento della presenza di ungulati - la sentenza n. 116/2021, da un lato si pone nel solco della precedente per il principio della non tassatività dell'elenco ex art. 19 co. 2 L. 157/92, ma dall'altro sembra distaccarsene in quanto decisione fondata esclusivamente, almeno esplicitamente, sulla maggior presenza di ungulati.

Nelle parole della Corte, l'elenco dei soggetti abilitati al contenimento della fauna nociva è stato indicato nella sentenza n. 21/2021 come non tassativo «*anche* (ns il corsivo) per l'esigenza di limitare le popolazioni di determinate specie di fauna selvatica che hanno subito un notevole incremento»; ma mentre l'espressione "anche", vista la duplicità dei fattori rilevati dalla Corte, pare correttamente utilizzabile nel caso della legislazione toscana¹⁰⁴, non sembra invece calzante per il caso sardo vista l'assenza nel giudizio di qualsiasi valutazione sull'adeguatezza o meno del personale provinciale.

Questa constatazione omissiva si presta a due chiavi di lettura: la prima, l'incremento della fauna selvatica, indipendentemente dalle motivazioni che la determinano, diventa con la sentenza n. 116/2021 un elemento autoconsistente perdendo quindi di rilevanza la valutazione sull'inadeguatezza del personale provinciale; la seconda, la "crisi" del livello provinciale è una consapevolezza oramai incorporata nella giurisprudenza costituzionale, un fenomeno strutturale non più necessario da dimostrare, una sorta di dato definitivamente acquisito.

¹⁰¹ A seguito della sentenza n. 21/2021, il ricorrente ha presentato memorie il 23 marzo 2021 precisando come il fatto che la norma regionale impugnata prescriva requisiti di professionalità aggiuntivi per gli esecutori del piano di abbattimento non escluderebbe comunque l'illegittimità dell'integrazione dell'elenco di cui all'art. 19 della legge n. 157 del 1992; in realtà poi la Corte ha precisato che non è sufficiente qualsiasi preparazione aggiuntiva ma ha indicato come indispensabile la presenza statale, tramite l'ISPRA, nella definizione dei programmi dei corsi.

La Regione Sardegna ha presentato poi il 31 marzo 2021 ulteriore memoria ricordando come, con la sentenza n. 21 del 2021, la Corte costituzionale «*ha parzialmente rivisto il proprio orientamento sulla tassatività dell'elenco di cui all'art. 19 della legge n. 157 del 1992, ritenendo che l'inclusione, tra i soggetti deputati all'attuazione dei piani di abbattimento faunistico, di soggetti coordinanti dalla pubblica amministrazione e dotati di specifica e adeguata formazione determini un incremento dei livelli di tutela ambientale, anche in considerazione della necessità di fronteggiare i sempre più frequenti eventi dannosi determinati dalla fauna selvatica*». Si può osservare quindi come la Sardegna non pone l'argomento, neppure nelle ulteriori memorie, della riduzione del personale provinciale.

¹⁰² In base al ricorso statale l'ampliamento della platea dei soggetti, con l'inclusione dei delegati, comporterebbe un abbassamento del livello di tutela (la posizione quindi dell'orientamento precedente della Corte), mentre a giudizio della Regione Sardegna l'intervento legislativo, richiedendo ai soggetti la partecipazione a corsi di formazione specifici per il controllo della fauna, avrebbe invece aumentato il livello di tutela.

¹⁰³ Nella sentenza n. 116/2021 la carenza di personale provinciale non risulta argomento regionale eccepito in sede di costituzione in giudizio e nemmeno nelle memorie integrative del 31 marzo 2021; cfr anche nota 67.

¹⁰⁴ Nella sentenza n. 21/2021 risulta come la riduzione del personale provinciale sia argomento della difesa regionale; infatti la Corte afferma che «*negli enti toscani nel periodo dal 2010 al 2019 tale personale si è quasi dimezzato, come risulta dai dati del conto annuale di cui all'art. 60 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) e come anche emerge dagli atti difensivi della Regione (dove si rileva il fenomeno e si sottolinea la recente consistenza di tale personale)*».

Suscita infine qualche riflessione il fatto che il contenzioso costituzionale precedente sia stato improntato a valutare l'estensione dell'elenco dei soggetti abilitati ai piani di abbattimento quale standard che riduceva il livello di tutela dell'ambiente (posizione statalista) o che, invece, lo aumentava (posizione regionalista); alla luce del criterio "formativo" adottato dalla Corte, ispirata dalla legislazione regionale toscana, l'approccio precedente risulta, valutato *ex post*, un po' miope vista il ruolo strettamente ausiliario dei soggetti abilitati rispetto al personale provinciale.

Questo complessa attività ermeneutica poteva essere evitata se il legislatore, che sembrava nella condizione di poter avere tutte le informazioni necessarie, fosse intervenuto¹⁰⁵ direttamente nell'impianto dell'art. 19 co. 2 della L. 157/92, in modo da permettere alle regioni quello che adesso ha concesso loro, in via interpretativa, la Corte costituzionale, ma solo dopo aver preso consapevolezza che la realtà dei fatti aveva reso la disciplina giuridica nazionale, abbinata al proprio orientamento precedente, incapace di garantire una effettiva tutela dell'ambiente.

¹⁰⁵ Nella sentenza viene richiamato l'ordine del giorno del 22 giugno 2017 «con cui la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha impegnato il Governo a modificare l'elenco dei soggetti attuatori dei piani, nonché una previsione normativa che a tale impegno dava seguito»; tuttavia tale previsione seppur inizialmente inserita in una proposta di legge all'esame della Camera dei Deputati è stata poi espunta (cfr ritenuto in fatto 2.3.2 sent. n. 21/2021).

ASPETTANDO IL “NUOVO” DDL ZAN

Considerazioni sulla legittimità costituzionale del contrasto normativo alle manifestazioni di pensiero misogine.

Ignazio Spadaro

Abstract [ita]: Il saggio, traendo spunto dalle previsioni contenute nel cd. DDL Zan, recentemente respinto dal Senato, si sofferma sui limiti alla libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano. In particolare, esso si interroga sulla legittimità del ricorso alla leva penale in funzione di contrasto alle manifestazioni di pensiero misogine, alla luce, da una parte, delle possibili ricadute su beni giuridici costituzionalmente rilevanti e, dall'altra, del radicamento del pregiudizio sessista a livello sociale e antropologico.

Abstract [eng]: *The essay takes the cue from the so called 'Zan bill', recently rejected by the Senate, then it focuses on the limits to the freedom of expression in the Italian legal system. In particular, it questions the constitutional legitimacy of using criminal law as a means of countering misogynistic speeches, in the light, on the one hand, of the relevant repercussions on constitutional legal assets and, on the other hand, the strong entrenchment of sexist prejudices both at a social and anthropological level.*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il contenuto della bozza approvata alla Camera. - 3. Divieto di discorsi misogini e tutela costituzionale della libertà di espressione. - 4. *Segue.* Limiti costituzionali alla libertà di espressione e possibili modelli d'intervento. - 5. Alle origini della misoginia. - 6. Il pregiudizio sessista nei dibattiti dell'Assemblea costituente. - 7. *Segue.* Le ricadute sul Testo costituzionale e sulla successiva produzione normativa e giurisprudenziale. - 8. Insufficienza del *marketplace of ideas* e legittimità dell'intervento penale. - 9. Discorsi misogini e lesione di beni costituzionali. - 10. Possibili obiezioni e raffronto con gli altri divieti di *hate speech* discriminatorio.

1. Considerazioni preliminari.

Il 27 ottobre 2021 il Senato della Repubblica ha deliberato, con voto segreto, di non esaminare gli articoli della proposta di legge S.2005, concernente il contrasto ai discorsi d'odio fondati «sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità». Com'è noto, l'intero *iter* legislativo, così bruscamente interrotto, era stato segnato da un crescente dibattito a livello sia politico che dottrinale¹.

Dibattito che, tuttavia, è sembrato focalizzarsi soltanto sulle disposizioni inerenti l'omofobia², tralasciando, invece, le altre categorie di persone ivi contemplate.

¹ * Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Catania.

In particolare, stupisce come tra i «grandi dimenticati»³ si rinvergano le donne, quasi che il contrasto alla misoginia (intesa, parafrasando l'art. 604-bis c.p., come pretesa «superiorità» del sesso maschile su quello femminile o, addirittura, manifestazione di «odio» verso quest'ultimo) non costituisca una priorità. Invero, vi sono almeno due motivi per cui i riferimenti a tale fenomeno avrebbero meritato un'attenzione maggiore da parte dei giuristi. Per un verso, infatti, l'incriminazione delle esternazioni misogine avrebbe fatto addentrare l'Italia in un campo ancora poco esplorato, trattandosi di una scelta di politica criminale adottata, al momento, da soli sei Paesi in tutto il mondo⁴. Per altro verso, occorre dare atto che, a differenza degli altri gruppi poc'anzi richiamati, le donne non rappresentano una minoranza, la cui condizione di vulnerabilità possa, pertanto, dirsi scontata. Sullo sfondo, e più in generale, si pone, poi, la *vexata quaestio* della legittimità dei limiti normativi alla libertà di espressione, come garantita dall'art. 21 Cost., insieme al carattere potenzialmente problematico di alcune previsioni.

Si tratta di questioni importanti e ancora attuali. È alquanto probabile, infatti, che all'inizio della prossima legislatura, se non già nei prossimi mesi, il Parlamento sia chiamato ad esaminare disegni legislativi di contenuto identico o, quantomeno, analogo. Infatti, seppur ribattezzato dagli organi di stampa "DDL Zan", quello appena respinto era, in realtà, un testo unificato redatto dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati a partire da ben cinque proposte distinte, depositate da parlamentari sia di maggioranza che di minoranza⁵, e ciò dimostra la tendenziale convergenza esistente tra i partiti politici, circa la necessità di contrastare la diffusione dei discorsi d'odio discriminatori. Del resto, è difficile negare che sull'esito della votazione del 27 ottobre abbia avuto un peso determinante la segretezza dello scrutinio, poiché essa ha consentito ai singoli senatori di scostarsi dagli orientamenti dei rispettivi partiti, senza il timore di ripercussioni sul piano della responsabilità politica, sia elettorale che interna (cd. di gruppo⁶).

Va, poi, considerato che lo stesso DDL S.2005 non costituiva una totale novità nel panorama parlamentare, essendo stato preceduto - quantomeno con riferimento all'omofobia - da ben dodici proposte analoghe solo nelle ultime tre legislature⁷, e che l'eventualità che una proposta normativa già respinta sia presentata *ex novo* è espressamente contemplata dai rispettivi Regolamenti, i quali, al riguardo, impongono soltanto l'osservanza di un termine dilatorio, di durata semestrale (art. 72 Reg. Camera, art. 76 Reg. Senato).

Tra i contributi più recenti v. sin d'ora A. MANTOVANO (a cura di), *Legge omofobia, perché non va. La proposta Zan esaminata articolo per articolo*, Cantagalli, Siena, 2021, p. 5 ss., cui adde G. SALERNO, *Ddl Zan: c'è ancora molto da lavorare sull'incertezza della disciplina penale*, in *Guida al diritto*, n. 46/2020, p. 12 ss.; T. PADOVANI, *Ddl Zan e omofobia: un vasto campo seminato con mine da disinnescare*, *ibid.*, n. 48/2020, p. 12 ss.; L. GOISIS, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2020, p. 1519 ss.; E. ROSSI, *DDL Zan: a suon di legge confusa*, in *Il Regno*, n. 10/2021, p. 273 ss.; D. PULITANO, *Sulla discussione sul DDL Zan*, in *Giur. pen.*, n. 7-8/2021, p. 1 ss.; L. MAZZAROLLI, *Il D.D.L. Zan, se messo alla prova della Costituzione, non la passa... e per colpa sua*, in *Amb. dir.*, n. 2/2021, p. 1 ss.; L. CONTE, *Il "Ddl Zan" tra Costituzione e politica legislativa*, in *Dir. fond.*, n. 2/2021, p. 297 ss.

² Ancorché assente nel testo legislativo, il vocabolo, com'è noto, è largamente utilizzato in dottrina per alludere a tutte le fattispecie in qualche modo afferenti alle abitudini sessuali della vittima. Sul tema v. problematicamente A. R. VITALE, *Art. 1. Definizioni. Ovvero: il gender in Gazzetta Ufficiale*, in A. MANTOVANO, *op. cit.*, p. 42 ss., il quale opera, altresì, un raffronto con le formule utilizzate nei DDL precedenti, nonché nella stessa versione originaria del DDL in esame (*ibid.*, p. 38 ss.).

³ Cfr., in dottrina, M. WINKLER, *La verità, vi prego, sul DDL Zan*, in *Il Mulino* (www.rivistailmulino.it), 12 giugno 2021.

⁴ V. i Codici penali di Francia (artt. 132-76 e 132-77), Spagna (art. 510), Paesi Bassi (art. 137d), Lituania (art. 170) e Malta (art. 82A), insieme all'art. 31 della legge cilena n. 19.733, come richiamati dalla prof.ssa M. CAIELLI durante l'audizione dinanzi alla II Commissione della Camera dei deputati del 27 maggio 2020 (testo accessibile da www.camera.it).

⁵ Si tratta delle proposte di legge C.107, C.569, C.868, C.2171 e C.2255, approvate in testo unificato il 4 novembre 2020.

⁶ Sul tema v. di recente A. CIANCIO, *La garanzia del libero mandato parlamentare tra disciplina di gruppo e trasformazioni dei partiti*, in *Dir. fond.*, n. 1/2021, p. 26 ss., cui cfr. già EAD., *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 213 ss. In prospettiva comparata, v. infine A. FRICANO, *Apologia del libero mandato parlamentare: quale futuro per una garanzia in crisi?*, in *Gr. Pisa*, n. 1/2021, p. 273 ss.

⁷ Cfr. le proposte di legge C.245, C.280, C.1071, S.391, S.403 e S.1052 (XVII legislatura); C.1658, C.3445, C.2847, C.2802 e C.2807 (XVI legislatura); C.311 (XV legislatura).

Non a caso, secondo quanto riportato dagli organi di stampa la stesura di un nuovo testo sarebbe già oggetto di precise interlocuzioni⁸.

Nella prospettiva di ulteriori svolgimenti politici, dunque, sembra opportuno interrogarsi sulla compatibilità delle disposizioni in discorso col Testo costituzionale, con particolare attenzione per le norme sulle esternazioni a carattere misogino.

2. Il contenuto della bozza approvata alla Camera.

L'intervento normativo poc'anzi richiamato era particolarmente ampio ed organico perché, oltre a sanzionare la commissione e l'istigazione di determinati atti, concretamente discriminatori (art. 2), contemplava diverse misure di carattere *lato sensu* (ri)educativo e di *welfare*.

Al riguardo, spiccava, anzitutto, il lavoro di pubblica utilità, inteso, a mente dell'art. 1 d.l. 122/1993⁹, come «attività non retribuita» avente ad oggetto il recupero di edifici deturpati da «scritte, emblemi o simboli» di intolleranza, ovvero prestata a favore di organizzazioni e associazioni con «finalità di protezione civile, di tutela del patrimonio ambientale e culturale» o, ancora, di cura e assistenza a determinate categorie di persone. Tra queste ultime, che già ricomprendono disabili, tossicodipendenti, anziani e stranieri, la novella mirava a collocare le vittime di discriminazioni sessiste o motivate da *handicaps*. Era, inoltre, previsto che lo svolgimento delle attività lavorative avvenisse già durante la fase detentiva e non più al termine di essa, insieme alla possibilità che vi si subordinasse l'eventuale sospensione condizionale della pena.

La valorizzazione dell'istituto sembra apprezzabile, perché in linea con la funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27 Cost., oltre che con le recenti tendenze in tema di giustizia cd. riparativa¹⁰. Qualora essa fosse effettivamente introdotta in futuro, tuttavia, dovrebbe auspicarsi che i giudici tengano in debito conto le «ragioni che hanno determinato la condotta» illecita, come già previsto dall'art. 5, co. 1, lett. a) del DDL S.2005, non solo in un'ottica di personalizzazione del trattamento penale, ma anche di adeguata tutela delle vittime. Ad esempio, un individuo riconosciuto colpevole di aver istigato via *social* allo stupro di una parlamentare come forma di contestazione politica potrebbe essere proficuamente destinato a lavorare all'interno di un ricovero per donne vittime di tale reato, così da indurlo a prendere coscienza della reale portata delle proprie parole¹¹. Per contro, detta soluzione sarebbe, all'evidenza, inadeguata qualora si accertasse che l'esternazione incriminata non sia riducibile ad un'occasionale intemperanza, bensì esprima un reale sentimento misogino.

⁸ Cfr. Renzi e Salvini d'accordo anche sul ddl Zan, in *Il Fatto Quotidiano*, 20 novembre 2021 (ed. online).

⁹ Decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, conv. legge 25 giugno 1993, n. 205 (cd. Legge Mancino).

¹⁰ La riflessione dottrinale sul tema, iniziata in Italia all'indomani della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, negli ultimi anni è andata intensificandosi. Tra i costituzionalisti, v. per tutti A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Franco Angeli, Milano, 2018, p. 19 ss., e, sullo specifico tema oggetto di queste riflessioni, già A. LORENZETTI - R. RIBON, *Giustizia riparativa e violenza di genere: alla ricerca di un possibile dialogo*, in *Giudicedonna.it*, n. 4/2017, p. 1 ss., cui cfr., per alcune considerazioni di particolare interesse sull'esperienza statunitense, senz'altro estendibili all'ordinamento italiano, S. K. LAURIE, *#MeToo, wrongs against women, and restorative justice*, in *Kan, J. L. & Pub. Pol'y*, n. 3/2019, p. 576 ss. Sul versante penalistico cfr. G. ROSSI, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in *Arch. pen.*, n. 2/2015, p. 1 ss., e S. D'AMATO, *La giustizia riparativa tra istanze di legittimazione ed esigenze di politica criminale*, *ibid.*, n. 1/2018, p. 1 ss.; in una prospettiva interdisciplinare, anche G. A. LODIGIANI - G. MANNOZZI, *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 47 ss., oltre ai molteplici saggi raccolti da P. PATRIZI (a cura di), *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Carocci, Roma, 2019. Infine, per ampi riferimenti all'ambito civilistico (ma non solo) v. da ultimo E. SILVESTRI (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, Giappichelli, Torino, 2020, *passim*.

¹¹ Cfr. l'ampia casistica riportata da G. PRIULLA, *Violate. Sessismo e cultura dello stupro*, Villaggio Maori ed., Valverde, 2019, p. 14 ss.

Occorre, peraltro, segnalare che nell'odierno quadro normativo¹² il prospettato ampliamento dei destinatari del lavoro di pubblica utilità alle vittime dei soli «delitti di cui all'articolo 604-bis del codice penale» (art. 1, co. 1, lett. a) S.2005) rischierebbe, paradossalmente, di escludere proprio chi abbia subito reati di genere ancor più gravi, come *stalking* (art. 612-bis c.p.), maltrattamenti (art. 572 c.p.), violenza sessuale (art. 609-bis c.p.), sfregio (art. 583-*quiquies* c.p.), tentato omicidio (commesso «in occasione» di altri delitti sessualmente motivati: art. 576, co. 1, n. 5 c.p.)¹³.

Ulteriori disposizioni contemplavano l'istituzione di una «Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia», nella quale le P.A. e scuole erano chiamate a promuovere iniziative di sensibilizzazione (art. 7), nel quadro di una più ampia «strategia nazionale» elaborata dall'Ufficio per il contrasto delle discriminazioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 8)¹⁴.

Venivano, inoltre, ampliate le competenze dei Centri contro le discriminazioni (art. 9)¹⁵, in parallelo ad un ciclo di rilevamenti statistici sulle discriminazioni, da compiersi con cadenza «almeno triennale» (art. 10). Queste previsioni non sembrano porre particolari problemi sul piano della legittimità costituzionale. Esse, infatti, oltre a non avere carattere afflittivo, davano concreto svolgimento al principio di uguaglianza sostanziale, puntualmente previsto dall'art. 3, co. 2 Cost. Nel merito, tuttavia, occorre segnalare il limite costituito, agli artt. 7 e 8, dalla mancanza di appositi stanziamenti, la quale rischiava di frustrare, se non la costituzionalità, quantomeno la materiale attuabilità delle suddette previsioni¹⁶.

Analogamente, il richiamo al «piano triennale dell'offerta formativa [...] e del patto educativo di corresponsabilità» (art. 7, co. 3), quale cornice dei progetti di sensibilizzazione, in difetto di specifici poteri ministeriali di vigilanza rischiava di prestarsi ad elusioni, specie in corrispondenza di scuole paritarie ideologicamente orientate (p. es. islamiche), le quali potrebbero non essere inclini a trattare determinati temi nel senso indicato dal legislatore.

¹² In estrema sintesi, può ricordarsi che le vittime di reati di genere non sono testualmente ricomprese tra i possibili destinatari del lavoro di pubblica utilità prestato da soggetti non detenuti (art. 1 del decreto del Ministro della Giustizia 26 marzo 2001, che pure non sembra avere una formulazione tassativa), mentre l'art. 20-ter, co. 2 ord. pen., applicabile ai soli soggetti in stato di detenzione o internamento, fa un generico riferimento a progetti di «assistenza sociale, sanitaria e di volontariato». Peraltro, con specifico riferimento ai reati di intolleranza l'art. 1 d.l. 122/1993, cit., già autorizza il Ministro ad individuare «altre finalità pubbliche» che il Governo ritenga parimenti meritevoli.

¹³ Sul riconoscimento di una certa autonomia al cd. femminicidio rispetto all'omicidio, mediante aggravii di pena commisurati a determinati atti prodromici rivolti quasi sempre a vittime di sesso femminile, v. A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, in *DPC*, 2015, pp. 38-39, cui cfr., anche per alcuni riferimenti comparatistici, E. CORN, *Il "femminicidio" come reato. Spunti per un dibattito italiano alla luce dell'esperienza cilena*, *ibid.*, 2013, p. 2 ss. Più in generale, sulla violenza di genere nel diritto penale v. G. VIGGIANI, *Il femminicidio come reato. Prassi applicative e prospettive de iure condendo*, in *GenIUS*, n. 2/2019, p. 6 ss., il quale peraltro ravvisa nelle scelte del legislatore italiano una certa «ipertrofia incriminatrice-repressiva», spesso «in funzione meramente simbolico-espressiva» (p. 12).

¹⁴ L'«Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza o sull'origine etnica» è inquadrato nel Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, sin dalla sua istituzione ad opera dell'art. 7 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215 (a sua volta attuativo dell'art. 13 della direttiva del Consiglio n. 2000/43/CE, del 29 giugno 2000). È lecito supporre che l'approvazione definitiva del disegno di legge in esame, comportando l'attribuzione di compiti ulteriori, avrebbe richiesto un mutamento dell'attuale denominazione, peraltro già non del tutto aderente alla rubrica del summenzionato art. 7. Sul tema, ancora relativamente poco attenzionato in dottrina, v. per tutti D. TEGA, *L'impatto della direttiva 2000/43 CE e il ruolo dell'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali*, in *EAD*, (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Armando ed., Roma, 2011, p. 79 ss., ed ulteriori rinvii. In prospettiva più ampia, cfr. poi F. BIAGI, *Gli organismi nazionali per la parità: una prospettiva comparata*, *ibid.*, p. 236 ss.; B. DE WITTE, *New institutions for promoting equality in Europe*, in *Am. J. Comp. L.*, n. 1/2012, p. 54 ss.; P. FALLETTA, *L'attuazione del principio di non discriminazione, tra normativa europea e competenze degli Equality Bodies*, in *AA.VV., Parlamenti, politiche pubbliche e forme di governo: esperienze e prospettive in Italia e Polonia*, Cedam, Padova, 2016, p. 123 ss.

¹⁵ Tali strutture, ancora in fase di implementazione, sono state istituite dall'art. 105-*quater* del decreto legge 9 maggio 2020, n. 34 (conv. legge 17 luglio 2020, n. 77) con lo scopo di fornire «assistenza legale, sanitaria, psicologica, di mediazione sociale» e abitativa a «chiunque si trovi in una condizione di vulnerabilità legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere», ovvero sia stato vittima di discriminazione o violenza per tali motivi.

Per prevenire tali incongruenze, sarebbe opportuno prevedere - anche soltanto per via regolamentare - determinati *standard*, concernenti il numero di ore da dedicare alle attività in oggetto, il coinvolgimento di esperti esterni o di associazioni operanti nello specifico settore, *etc.*; ferme restando, naturalmente, le vigenti garanzie costituzionali alla libertà di insegnamento ed all'autonomia delle singole istituzioni scolastiche¹⁷.

Un giudizio più cauto deve esprimersi, invece, nei confronti delle altre disposizioni, che introducevano nuove fattispecie di reato. Esse, infatti, parevano porsi in tensione con la sfera dei diritti inviolabili, non solo - com'è ovvio - in sede di effettiva esecuzione della pena, ma anche sul piano general-preventivo. La prospettiva di incorrere in una sanzione, infatti, può indurre l'individuo ad auto-limitarsi nell'esercizio della propria libertà di parola in misura persino maggiore di quanto strettamente necessario (cd. *chilling effect*)¹⁸, come più volte osservato dalla Corte EDU¹⁹ e, da ultimo, anche dalla Corte costituzionale con riferimento al reato di diffamazione a mezzo stampa²⁰.

A ciò si aggiunga il fatto che le nuove incriminazioni erano destinate a collocarsi nel testo dell'art. 604-bis c.p., che già punisce le manifestazioni di intolleranza su base etnica, razziale, nazionale o religiosa²¹, le cui clausole sanzionatorie avrebbero dovuto estendersi a chi istigasse alla discriminazione o alla violenza « motivate dal sesso, dal genere, dall'orientamento o dal genere sessuale della vittima, nonché da suoi eventuali *handicaps* fisici o psichici » (art. 2).

¹⁶ Cfr. C. cost., sent. 10 dicembre 2013, n. 307, § 9.2, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge regionale che, pur contenendo una clausola di invarianza finanziaria, di fatto ammetteva la possibilità di esborsi senza provvedere in ordine alle relative fonti di finanziamento. Sul tema v. G. BOGGERO, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata tra funzioni e risorse. Un "mite" tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie*, in Riv. AIC, n. 4/2019, p. 343 ss., cui cfr., anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, M. TROISI, *La categoria delle leggi di spesa dopo l'introduzione del nuovo art. 81, c. 3, Cost.*, in Oss. fonti, n. 3/2020, p. 1660 ss., e G. FARES, *L'obbligo di copertura finanziaria delle leggi che costano: qualche spunto alla luce del contributo offerto dalla Corte costituzionale*, in Cons. online, n. 1/2020, p. 54 ss.

¹⁷ Il principio dell'autonomia scolastica, prospettato già da S. CASSESE, « *Plaidoyer* » per un'autentica autonomia delle scuole, in Foro it., pt. V, 1990, p. 150 (ben prima, quindi, che esso fosse inserito nel testo dell'art. 117, co. 2 Cost.), si collochi al crocevia con le disposizioni costituzionali concernenti i principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale (rispettivamente, gli artt. 2, e 118, co. 4). Sul tema cfr., anche per i cospicui rinvii dottrinali, S. STAIANO, *Costituzione italiana: articolo 5*, Carocci, Roma, 2017, p. 3, e A. ROMEO, *Autonomia scolastica e diritti fondamentali*, in St. Ch. plur. conf., n. 19/2017, p. 1 ss.; in prospettiva più ampia, R. CALVANO, *Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato*, Ediesse, Roma, 2019, p. 47 ss., e F. SAIITA, *L'autonomia statutaria delle istituzioni scolastiche: prospettiva concreta o «utopia imperfetta»?*, in Federalismi, n. 6/2019, p. 5 ss.

¹⁸ Su questo concetto v. puntualmente G. E. VIGEVANI, *Libertà di espressione, onore e controllo del potere. Sviluppi del diritto di critica politica, tra giudice nazionale ed europeo*, in Federalismi, n. 3/2015, p. 3, e, anche per ulteriori rinvii, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 252 ss. Con riferimento alla dottrina statunitense, che più di altre si è occupata del tema in rapporto alla libertà di espressione, v. ampiamente L. KENDRIK, *Speech, Intent, and the Chilling Effect*, in Wm. & Mary L. Rev., n. 5/2013, p. 1648 ss., e cfr., sul versante giurisprudenziale, C. CARUSO, *Teoria e "ideologia" della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla freedom of speech*, in Forum Quad. Cost. Rass., 2013, p. 15 ss.

¹⁹ Cfr. la sent. 24 settembre 2013, ric. n. 43612/10, *Belpietro*; la sent. 8 ottobre 2013, ric. n. 30210/06, *Ricci*; la sent. 7 marzo 2019, ric. n. 22350/13, *Sallusti*. Quest'ultima pronuncia, richiamando puntualmente la sent. (GC) 17 dicembre 2004, § 115, ric. n. 33348/96, *Cumpănă and Mazăre*, ritiene, comunque, compatibile con l'art. 10 CEDU l'eventuale previsione di pene detentive a carico di giornalisti autori di « *hate speech[es] or incitement to violence* ».

²⁰ V. la sent. 22 giugno 2021, n. 150, § 4 ss., che ha ritenuto in contrasto con l'art. 21 Cost. e, per tramite dell'art. 117 Cost., anche con l'art. 10 CEDU, l'automatismo originariamente previsto dall'art. 13 legge n. 47/1948 tra la diffamazione a mezzo stampa (con attribuzione di un fatto determinato) e l'infrazione di una pena detentiva. Peraltro, tale orientamento era stato, di fatto, prospettato già dall'ord. C. cost. 9 giugno 2020, n. 132 e, nelle more del giudizio, era stato ripetutamente condiviso dalla Corte di cassazione: cfr., anche per opportuni rinvii dottrinali, la nota di E. CALVO, *Diffamazione e proporzione del trattamento sanzionatorio: il dialogo tra Cassazione e Corte Costituzionale*, in Arch. pen., n. 2/2021, p. 3 ss.

²¹ La disposizione è applicabile, altresì, ai «fenomeni di intolleranza [...] nei confronti degli appartenenti alle minoranze linguistiche», giusta il rinvio operato dall'art. 23 della legge 23 febbraio 2001, n. 38.

Ebbene, sulla legittimità dell'intera disposizione codicistica la dottrina nutre, da tempo, numerosi dubbi²², specie a fronte del cd. «statuto costituzionale»²³ della libertà di parola, delineato dall'art. 21 Cost. Dubbi che, invero, il disegno di legge non sembrava superare: il relativo art. 4, infatti, pur facendo testualmente salvi «la libera espressione di convincimenti od opinioni», il «pluralismo delle idee» e la «libertà delle scelte», al contempo riservava al giudice un margine di discrezionalità assai ampio²⁴, allorché ribadiva la sufficienza, ai fini della punibilità, del mero «pericolo» di discriminazioni (o violenze).

3. Divieto di discorsi misogini e tutela costituzionale della libertà di espressione.

Come noto, il I comma dell'art. 21 Cost. stabilisce che «tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione». Sul piano esegetico, per quanto maggiormente rileva in questa sede, risalta la totale assenza di distinguo contenutistici: la Costituzione tutela l'esternazione del «pensiero», ossia di «tutti» i pensieri, indipendentemente dal fatto che essi veicolino sentimenti positivi o odiosi; che aderiscano alla sensibilità collettiva o siano in conflitto con essa; che siano oggettivamente corretti, ossia corrispondenti a logica e verità, oppure no²⁵. Detta lettura riceve conferma dalla portata soggettivamente ampia della disposizione, tesa a garantire «tutti» i consociati anziché, ad esempio, i soli cittadini, come inizialmente proposto nel corso dei lavori preparatori²⁶ e tuttora contemplato per i diritti politici ed alcune delle altre libertà civili²⁷.

Sul piano sistematico, secondo parte della dottrina, escludere l'applicabilità dell'art. 21 Cost. per determinate esternazioni, in ragione del relativo contenuto, striderebbe con i fondamenti dello Stato democratico, ed in particolare con i principi di uguaglianza formale, laicità²⁸ e pluralismo²⁹, finendo per subordinare il godimento di un diritto costituzionale (la libertà di espressione, appunto) alla circostanza che esso sia esercitato in conformità alla morale corrente.

²² Per una panoramica delle questioni sollevate dalla disposizione in oggetto e delle relative prese di posizione in ambito sia dottrinale che giurisprudenziale v. A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di Internet*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 342 ss., e, volendo, I. SPADARO, *Il contrasto allo hate speech nell'ordinamento costituzionale globalizzato*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 57 ss. Con riguardo al previgente art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, che ne ha sostanzialmente anticipato la disciplina, cfr. già L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padova, 2009, p. 201 ss., mentre per opportuni riferimenti di diritto comparato v., ancora, I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 28 ss.

²³ In questo senso A. PACE, *Il contenuto del diritto*, in A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Zanichelli - Soc. ed. Foro italiano, Bologna - Roma, 2006 (in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO [a cura di], *Commentario della Costituzione*), pp. 55-56, il quale, per contro, pare riconoscere agli artt. 19, 33, 39 e 49 Cost. una funzione meramente ancillare, ossia solo giustificativa di «eventuali» discipline di favore in ambiti ben circoscritti di vita consociata.

²⁴ Cfr. l'aspra critica di M. RONCO - C. LEOTTA, *Art. 4. Pluralismo delle idee e libertà delle scelte. Ovvero: un "salva-idee" che non salva nulla*, in A. MANTOVANO (a cura di), *Legge omofobia*, cit., p. 93 ss.

²⁵ Per un'analitica trattazione dei molteplici profili sottesi alla formula scelta dal Costituente v. già C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1957-1958, p. 64 ss., cui adde più di recente A. PACE, *Il contenuto del diritto*, in A. PACE - M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Zanichelli - Soc. ed. Foro italiano, Bologna - Roma, 2006 (in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO [a cura di], *Commentario della Costituzione*), p. 49 ss. e A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet Giuridica, Torino, p. 451 ss.

²⁶ Cfr. l'emendamento depositato in tal senso dall'on. G. Andreotti e da questi medesimo ritirato a distanza di poche ore, stante la generale contrarietà dell'Aula, come risulta dai verbali della LXXXVII e della LXXXVIII seduta, entrambe del 14 aprile 1947 (rispettivamente, p. 2809 ss. e pp. 2832-2833).

²⁷ Tuttavia, com'è noto si tratta di barriere oramai in buona parte superate, a livello sia giurisprudenziale che normativo: v. A. CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, in *Quad. cost.*, n. 1/2002, p. 51 ss., e, più in generale, A. RUGGERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in *Cons. online*, n. 1/2015, p. 132 ss.

Come autorevolmente osservato, lo Stato non solo non può imporre alcun «dogma» etico³⁰, «discrimina[ndo] pensiero da pensiero»³¹, bensì deve favorire la libera circolazione di tutte le idee, restando, per così dire, agnostico rispetto a ciascuna di esse³².

Infine, mette conto richiamare che tutti i tentativi sinora compiuti di circoscrivere la libertà di espressione sul piano logico-concettuale³³ sono stati progressivamente abbandonati dalla Corte costituzionale³⁴. Essi, peraltro, non hanno mai convinto la dottrina maggioritaria, a causa - tra le altre cose - della mancanza di riscontri sul piano esegetico³⁵, così come del pericolo di «aprire il varco» ad un «inammissibile sindacato» sul «valore dell'altrui pensiero»³⁶.

²⁸ Sul tema v. ampiamente V. POCAR, *Laicità, relativismo e tolleranza*, in A. CERETTI - L. GARLATI (a cura di), *Laicità e Stato di diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 175 ss., il quale, tuttavia, auspica uno Stato «intollerante nei confronti delle intolleranze». Sul nesso teorico tra laicità e pluralismo cfr. per tutti S. CECCANTI, *Laicità e istituzioni democratiche*, in G. BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Einaudi, Torino, 2006, p. 28, e A. CIANCIO, *Integrazione sociale e laicità (traendo spunto da due casi recenti)*, in *Dir. fond.*, n. 2/2018, 3 ss., la quale ultima opta per una «laicità» intesa come condizione di «paritaria tutela» (pp. 9-10), in forza, per l'appunto, del principio pluralistico.

²⁹ Sul pluralismo quale valore fondamentale della Repubblica restano attuali le riflessioni di L. ARCIDIACONO, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento. Profili dogmatici*, Giuffrè, Milano, 1974, *passim*, cui adde, con riferimento agli addentellati col principio democratico, ancora A. CIANCIO, *Principio pluralista e ordinamento democratico: le nuove "sfide"*. *Premesse per una ricerca*, in EAD. (a cura di), *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, Giappichelli, Torino, 2012, 1 ss.

³⁰ Cfr. testualmente G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2007, p. 25, e già C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 52, secondo il quale «solo la arbitraria identificazione della Repubblica con un complesso di dottrine potrebbe giustificare in nome della fedeltà all'una l'obbligo di aderire alle altre, e trasformare lo Stato in una Chiesa con i suoi dommi da garantire contro gli infedeli».

³¹ V. ancora C. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 23.

³² Sulle diverse possibili declinazioni di siffatta neutralità v. C. DEL BÒ, *La laicità e il ricorrente problema del legal enforcement of morals*, in A. CERETTI - L. GARLATI (a cura di), *Laicità*, cit., pp. 351-352.

³³ In estrema sintesi, secondo un primo orientamento, inaugurato dalla sent. C. cost. 2 aprile 1969, n. 84, § 5, e convintamente sostenuto, tra gli altri, da P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà di pensiero*, Cedam, Padova, 1966, p. 353, l'art. 21 Cost. tutelerebbe le sole manifestazioni di «puro pensiero», restandone escluso, in particolare, ogni incitamento all'azione: cfr. C. cost., sent. 14 febbraio 1973, n. 16, § 2, secondo la quale l'istigazione sarebbe «azione» essa stessa (o, quantomeno, «principio di azione», a mente delle analoghe sentt. C. cost. 22 giugno 1966, n. 100 e 29 aprile 1985, n. 126, § 5). Per una seconda impostazione, di origine dottrinale, non sarebbero costituzionalmente garantiti i discorsi vertenti su materie comuni, ossia sprovviste di una disciplina costituzionale *ad hoc*: cfr. S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957, *passim*; G. DELITALA, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Iust.*, 1959, p. 386 ss.; G. M. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in AA.VV., *op. ult. cit.*, pp. 10-11. Infine, parte della dottrina ha proposto di ritenere meritevoli di tutela soltanto le esternazioni connotate da un adeguato «spessore», con ciò escludendo (almeno) le falsità, gli sfoghi emotivi o passionali (G. M. BETTIOL, *loc. cit.*; G. DELITALA, *op. ult. cit.*, 389; P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Cedam, Padova, 1971, p. 18 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto. In onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Cedam, Padova, 1985, p. 524 ss.); le contumelie (S. PROSDOCIMI, *Vilipendio (reati di)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, p. 744; D. PULITANÒ, *Spunti critici in tema di vilipendio della religione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 241); la pubblicità commerciale (cfr. S. FOIS, *Censura e pubblicità economica*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 839 ss., di commento alla sent. C. cost. 23 giugno 1965, n. 68).

³⁴ Invero, la sent. C. cost. 4 giugno 1958, n. 36, riprendendo un orientamento anticipato già dalla sent. 5 giugno 1956, n. 1, ma poi ben presto abbandonato, aveva asserito che «ogni diritto nasce limitato», sicché il «limite» doveva ritenersi concettualmente «insito» nel diritto medesimo. La pronuncia è stata annotata da V. CRISAFULLI, in *Giur. cost.*, 1958, p. 487 ss., e C. ESPOSITO, *Contenuto e limiti della libertà di istituire le scuole*, *ibid.*, p. 492 ss.

³⁵ V. in questo senso le critiche formulate da A. VALASTRO, *Art. 21*, cit., p. 454 e P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 16, cui adde più di recente C. VETRANO, *Tutela della libertà di espressione, multiculturalismo e laicità dello Stato*, in *Giur. cost.*, n. 6/2004, p. 4745, e C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, BUP, Bologna, 2013, p. 100. Con riferimento ai lavori preparatori, cfr. analogamente P. CARETTI - G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2017⁴, p. 407.

³⁶ Cfr. S. PROSDOCIMI, *Vilipendio*, cit., § 4, nt. 38, che richiama puntualmente D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Gazz. giur.*, 1970, p. 194.

In definitiva, sembra che i discorsi misogini, malgrado l'evidente contrasto con i valori costituzionali, rientrino anch'essi tra quelli che l'art. 21 Cost. è preposto a tutelare. Ciò, tuttavia, non pare sufficiente a dimostrare l'incostituzionalità del relativo divieto, dal momento che nello stesso disegno del Costituente la libertà di espressione, al pari di ogni altra, è suscettibile di bilanciamento con altri principi, valori, interessi di uguale dignità.

4. Segue. Limiti costituzionali alla libertà di espressione e possibili modelli d'intervento.

Procedendo con ordine, deve anzitutto richiamarsi che lo stesso art. 21 Cost., al comma 6, incarica il legislatore di «prevenire» e «reprimere» tutte le «manifestazioni contrarie al buon costume». Invero, il Costituente non ha chiarito l'esatto significato di quest'ultima locuzione e la stessa giurisprudenza costituzionale sul tema, com'è stato osservato in dottrina, «è molto articolata, e non si presta ad una lettura univoca»³⁷. Stando all'orientamento attuale della Corte, emerso già nel 1992 ma chiaramente argomentato solo nei primi anni Duemila³⁸, il «buon costume» coinciderebbe col «rispetto della persona umana» e della sua «dignità»³⁹, poiché, essendo il «minimo comune denominatore etico»⁴⁰ delle diverse concezioni morali oggi esistenti nel tessuto sociale italiano, incarnerebbe quel «comune sentimento della morale» con cui, in sede attuativa, l'art. 15 della Legge sulla stampa⁴¹ avrebbe inteso chiarire la formula costituzionale.

La tesi appena richiamata si scontra, tuttavia, con la difficoltà di trarre indicazioni univoche dai lavori preparatori⁴², nonché con la vaghezza semantica del vocabolo «dignità».

³⁷ Lo afferma M. MANETTI, *Il limite del buon costume*, in A. PACE - M. MANETTI, *Art. 21*, cit., p. 220, cui cfr. analogamente R. PERRONE, «Buon costume» e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 37 ss. E infatti, prima di pervenire all'orientamento attuale (su cui v. subito nel testo), la Corte ne ha adottati altri due, identificando il buon costume dapprima con la «moralità pubblica» (sent. 4 febbraio 1965, n. 9, § 5, annotata da F. SORRENTINO, *L'art. 533 cod. pen. nell'interpretazione adeguatrice della Corte*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 77 ss., e S. RANIERI, *Propaganda e incitamento a pratiche contro la procreazione*, in *La Scuola positiva*, 1965, p. 278 ss.) e, poi, col comune senso del pudore (sent. 21 novembre 1968, n. 120, III cpv., annotata da M. PISANI, *Messaggi d'amore e lealtà pubblicitaria*, in *Foro it.*, 1969, pt. I, p. 14 ss.).

³⁸ Il riferimento è alla sent. C. cost. 27 luglio 1992, n. 368, su cui v. almeno R. ORRÙ, *La "pubblicità" della condotta come "requisito essenziale" della nozione del buon costume ex art. 21 Cost. e come "vincolo" all'attività interpretativa dei giudici*, in *Giur. cost.*, n. 5/1992, p. 3566 ss., e, soprattutto, alla sent. C. cost. 17 luglio 2000, n. 293, su cui v. ampiamente R. PERRONE, *op. cit.*, p. 53 ss. Il medesimo orientamento è stato, poi, ribadito dall'ord. C. cost. 5 aprile 2002, n. 92, di contro alla diversa lettura - elaborata dalla Corte di cassazione e ripresa, nel caso di specie, dal giudice *a quo* - secondo la quale la nozione di «morale comune» non coinciderebbe con quella di «buon costume», bensì sarebbe più ampia.

³⁹ C. cost., sent. n. 293/2000, cit., § 4.

⁴⁰ Così, testualmente, R. PERRONE, «Buon costume», cit., p. 53.

⁴¹ Legge 8 febbraio 1948, n. 47, approvata dalla stessa Assemblea costituente e, pertanto, astrattamente idonea ad essere riguardata come parametro di interpretazione «autentica» dell'art. 21 Cost., cui dà attuazione.

⁴² Cfr. la ricostruzione operata, con puntualità di riferimenti, da R. PERRONE, «Buon costume», cit., pp. 25-26, da cui emerge che la discussione dei Costituenti sull'art. 21 Cost. si esaurì prima di pervenire ad una nozione di «buon costume» realmente condivisa.

Quest'ultima, in particolare, rischia di svuotare la portata garantista dell'intera disposizione⁴³, rendendo astrattamente possibile la sanzione di qualsiasi opinione sia contraria al modello di "persona umana" culturalmente maggioritario⁴⁴.

In alternativa, nel tentativo di circoscrivere la nozione di buon costume allo specifico ambito applicativo dell'art. 21 Cost., si potrebbe sostenere che esso intercetti le manifestazioni di pensiero contrarie all'etica del «discorso pubblico», inteso come dialogo ideale tra tutti i consociati⁴⁵. Ciò chiamerebbe in gioco il noto principio della «simmetria dei parlanti» di Jürgen Habermas, secondo il quale «tutti i potenziali partecipanti ad un discorso» devono avere le medesime opportunità di «porre in essere atti linguistici comunicativi»⁴⁶, nonché, nel panorama dottrinale più recente, il cd. «*right to recognition*» teorizzato da Steven Heyman, ossia il diritto di essere considerati su un piano di parità dai propri consociati⁴⁷.

Nel caso in esame, comunque, entrambe le interpretazioni convergono sulla necessità di considerare le manifestazioni di misoginia implicitamente escluse dalla tutela costituzionale. E infatti, ogni discorso volto ad affermare l'inferiorità di determinate persone rispetto ad altre, non solo lede la dignità delle prime, ma le pone fuori, altresì, dal recinto di coloro le cui opinioni meritino (uguale) considerazione⁴⁸.

⁴³ Cfr., *mutatis mutandis*, A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, ESI, Napoli, 2012, pp. 82-83. Più in generale, si dimostra scettico circa la possibilità di addivenire ad una compiuta definizione della dignità umana G. ZAGREBELSKY, *Cinquante ans d'activité de la Cour constitutionnelle italienne*, in *RDP*, 2007, p. 138, mentre ne denunciano una «visione trumpcard» e un abuso quale «asso pigliatutto» da parte della giurisprudenza, rispettivamente, C. CARUSO, *La libertà di espressione*, cit., p. 112, e C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *IUS17*, n. 1/2009, p. 101, cui cfr. le perplessità già anticipate da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, pp. 356-357. Sul versante comparatistico, v. analogamente P. MARTENS, *La dignité humaine: bonne à tout faire des cours constitutionnelles?*, in S. GABORIAU -H. PAULIAT (a cura di), *Justice, éthique et dignité*, PULIM, Limoges, 2006, p. 143 ss.; L. BURGOGUE-LARSEN (a cura di), *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2010, *passim*; P. CASSIA, *Dignité(s). Une notion juridique insaisissable?*, Dalloz, Parigi, 2016, p. 139.

⁴⁴ Cfr. A. MATTIONI, *Profili costituzionali della dignità umana*, in *Jus*, n. 2-3/2008, p. 275; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *www.archivio.rivistaaic.it*, ottobre 2008, § 4; B. JORION, *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, in *RDP*, 1999, p. 231. La problematicità del ricorso ad una nozione oggettiva di "dignità", in funzione limitativa delle libertà individuali, è emersa, da ultimo, in tema di favoreggiamento della prostituzione, punito anche quando il meretricio sia frutto di libera autodeterminazione: v. Cass., sent. 30 marzo 2018, n. 14593, e sent. 7 febbraio 2018, n. 5768, richiamate entrambe dalla sent. C. cost. 6 marzo 2019, n. 141, § 6.1 ss., annotata da R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione*, in *Forum Quad. cost. Rass.*, n. 10/2019, p. 1 ss.; B. LIBERALI, *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o acronismo legislativo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2019, p. 1670 ss.; A. PACE, *Le escort di S.B., ma Aspasia e Pericle*, in *Giur. cost.*, n. 3/2019, p. 1614 ss.; A. MASSARO, *Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione tra libertà di iniziativa economica, dignità in senso oggettivo e offensività in concreto*, *ibid.*, p. 1617 ss. Nello stesso senso anche alcune esperienze straniere: v., in Germania, la diversità di trattamento a suo tempo riservata a due spettacoli erotici assai simili, il *peepshow* e lo *streaptease*, da parte della sent. *BVerwG* 15 dicembre 1981 (1 C 232/79); in Francia, l'*affaire Lancer du nain* (dec. Cons. État 27 ottobre 1995, n. 136727), in cui ad un artista circense fu vietato di mettere in scena il proprio numero, in quanto esso, secondo i giudici, ledeva la sua stessa integrità morale; in Polonia, la sent. Trib. cost. 22 ottobre 2020 (ricorso K 1/20), che ha vietato l'aborto in presenza di malformazioni del feto.

⁴⁵ In quest'ordine di idee, sembra, G. E. VIGEVANI, *Libertà di espressione, onore e controllo del potere. Sviluppi del diritto di critica politica, tra giudice nazionale ed europeo*, in *Federalismi*, n. 3/2015, p. 3 ss., e C. CARUSO, *La libertà di espressione*, cit., *passim*. Per una più compiuta argomentazione dell'ipotesi avanzata nel testo, volendo, I. SPADARO, *Il contrasto allo hate speech*, cit., p. 281 ss.

⁴⁶ J. HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, in H. FAHRENBAACH (a cura di), *Wirklichkeit und Reflexion, Festschrift für W. Schulz*, Pfullingen, Neske, 1973, p. 255 (passo ripreso, in lingua italiana, da R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* [trad.], Giuffrè, Milano, 1998 [1978], p. 95).

⁴⁷ S. J. HEYMAN, *Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment*, in I. HARE - J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, OUP, Oxford, 2010, p. 166 ss., cui cfr. già il «*natural duty of mutual respect*» teorizzato da J. RAWLS, *A Theory of Justice*, CUP, Cambridge, 1999 (1971), *passim*, spec. 297 ss. Infine, ancor più di recente cfr. in dottrina M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 207-208.

⁴⁸ Cfr., con riferimento ad alcune vicende calcistiche in cui l'appartenenza ad una certa "razza" è stata addotta a (preteso) motivo di "perdita" del diritto di parola («Stai zitto, negro»), la dec. Corte giust. FIGC 12 luglio 2013, com. uff. 077/CGF.

La repressione dei discorsi misogini trova ulteriore fondamento in due trattati internazionali, la cui vincolatività per il legislatore italiano riposa, com'è noto, sull'art. 117, co. 1 Cost. Il primo di essi, in ordine di tempo, è la *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna* (CEDAW) del 1979⁴⁹, che impegna le Alte Parti contraenti ad estirpare tutti gli «schemi», i «modelli di comportamento», i «pregiudizi» e le «pratiche» di stampo sessista, fondati «sulla convinzione dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso» o «sull'idea di ruoli stereotipati degli uomini e delle donne». Il secondo, negoziato in seno al Consiglio d'Europa, è, invece, la *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e il contrasto della violenza contro le donne* (2011)⁵⁰. Essa stabilisce il principio della «parità tra i sessi», prescrivendo agli Stati di farne «effettiva applicazione» al fine già di prevenire⁵¹ le condotte misogine, siano esse discriminatorie (art. 4, § 2) o, addirittura, violente (VIII *considerando*). Peraltro questo trattato, una volta che il procedimento di adesione dell'UE, tuttora in corso, si sarà perfezionato⁵², diverrà parte dell'ordinamento europeo mutuandone ulteriore cogenza *ex art.* 11 Cost.

Le considerazioni sin qui svolte in ordine all'*an* dei possibili divieti lasciano impregiudicato il *quomodo*. Infatti, le sanzioni penali, che come si è già detto costituivano i contenuti più problematici del DDL in esame, non esauriscono lo “strumentario” a disposizione dei pubblici poteri per incidere sulla condotta dei consociati.

Al contrario, secondo consolidata dottrina esse debbono rappresentare un'*extrema ratio*, cui ricorrere soltanto qualora la compressione della libertà personale (o dell'integrità patrimoniale) del condannato sia giustificata dalla gravità del danno inflitto alla vittima, ed inoltre non sia utilmente sostituibile da misure meno impattanti sulla sfera individuale⁵³.

⁴⁹ *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, adottata il 18 dicembre 1979 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite e ratificata ai sensi della legge 14 marzo 1985, n. 132. Il 6 ottobre 1999 alcuni Paesi hanno sottoscritto, altresì, un *Protocollo facoltativo* per abilitare il Comitato per l'eliminazione della discriminazione e della violenza contro le donne, creato dall'art. 17 CEDAW, a ricevere denunce da singoli individui e informarsi su «violazioni gravi o sistematiche» della Convenzione da parte dei singoli Stati. Per alcune questioni attuali connesse a tali documenti, all'interno di un panorama dottrinale assai ampio, v. almeno R. L. JOHNSTONE, *Ha ancora una rilevanza la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne? Per una sua (ri)considerazione nel tempo presente*, in *Rag. pratica*, n. 1/2011, p. 154 ss.; C. O'ROURKE, *Bridging the Enforcement Gap - Evaluating the Inquiry Procedure of the Cedaw Optional Protocol*, in *Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L.*, n. 1/2018, p. 1 ss.; I. PIETROPAOLI, *Islamic Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, in *J. Hum. Rts.*, n. 2/2019, p. 85 ss. Infine, per una sintetica rassegna degli ulteriori strumenti internazionali di protezione della donna che hanno preceduto la stipula della Convenzione, o che tuttora la affiancano, v. F. POGGI, *Violenza di genere e Convenzione di Istanbul: un'analisi concettuale*, in *Dir. um. dir. internaz.*, n. 1/2017, p. 55, nt. 8.

⁵⁰ *Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, fatta ad Istanbul l'11 maggio 2011 ed esecutiva in Italia con legge 27 giugno 2013, n. 77. In dottrina v. per tutti S. DE VIDO, *Donne, Violenza e Diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2016, p. 1 ss., e T. VITARELLI - E. LA ROSA, *L'attuazione della Convenzione del Istanbul nell'ordinamento italiano: profili di rilevanza penale*, in *Ord. int. dir. um.*, n. 2019, p. 1 ss., cui cfr., in prospettiva più ampia, G. PASCALE, *L'entrata in vigore della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Oss. cost.*, 2014, p. 2 ss., e I. BOIANO, *La violenza nei confronti delle donne nell'ordinamento multilivello*, in T. MANENTE (a cura di), *La violenza nei confronti delle donne dalla Convenzione di Istanbul al «Codice Rosso»*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 3 ss.

⁵¹ Sulla portata di tale obbligo v. L. GRANS, *The Istanbul Convention and the positive obligation to prevent violence*, in *Hum. Rts. L. Rev.*, 2018, p. 133 ss.

⁵² Invero, sin dall'inizio tale adesione ha proceduto tutt'altro che speditamente, come osservato, a distanza di ben otto anni, dalla risoluzione del Parlamento europeo P9_TA(2019)0080 del 28 novembre 2019. Sul versante dottrinale v. per tutti N. VOICULESCU - M. B. BERNA, *The Adherence of the European Union to the Istanbul Convention - Towards a Common European Perspective on Violence*, in *Conf. Int'l Dr.*, 2019, p. 3 ss.

⁵³ Sull'osservanza dei principi di *extrema ratio* e di offensività quale condizione di legittimità dell'intervento penale v., rispettivamente, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma - Bari, 2011¹⁰, p. 197, e D. PULITANÒ, *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir. Ann.*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 665 ss., cui cfr., sul concreto utilizzo che ne fa la Corte costituzionale, V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2012, p. 100 ss.

Occorre cioè - per usare una terminologia propria della Corte EDU - che esse siano «necessarie in una società democratica», perché rispondenti ad un «bisogno sociale imperativo»⁵⁴.

Un modello d'intervento diverso, maggiormente rispettoso della libertà di espressione, è dato dall'implementazione di misure atte a preservare le naturali dinamiche del cd. «*open marketplace of ideas*» holmesiano⁵⁵, sul presupposto che, alla lunga, ciò favorisca la graduale emarginazione di quelle oggettivamente «sbagliate», perché prive di un fondamento razionale. In quest'ottica, si profila l'opportunità di mirare, più che sulla leva penale, sul contrasto di eventuali fattori distorsivi (p. es. la diffusione di *fake news* o di *filter bubbles* nell'ambiente digitale⁵⁶), ovvero sull'ampliamento delle informazioni circolanti attraverso interventi di carattere educativo e culturale, come era in parte previsto dallo stesso DDL Zan.

E tuttavia, con riferimento al tema che qui interessa può sin d'ora anticiparsi che un approccio *soft*, come quello appena tratteggiato, potrebbe rivelarsi insufficiente. Verso tale conclusione spinge la difficile rimovibilità di alcuni dei fattori genetici della misoginia, confermata, del resto, dalla straordinaria diffusività e perduranza che storicamente lo ha caratterizzato.

5. Alle origini della misoginia.

In letteratura, genesi e perpetuazione sociale del pregiudizio sessista sono ricondotte a molteplici fattori, tra loro interconnessi.

A) I fattori genetici.

Anzitutto, vi sono fattori di tipo psicologico. Già Sigmund Freud, nel corso dei suoi studi sulla sessualità, appurò che per la psiche maschile trattare la donna con disprezzo risponde ad un bisogno innato ed inconscio, in quanto avrebbe una funzione catartica ed auto-assolutoria⁵⁷.

⁵⁴ V. in questo senso tutta la produzione giurisprudenziale sull'art. 10 CEDU, a far data dalla nota sent. C.EDU (P) 7 dicembre 1976, § 48, ric. 5493/72, *Handyside*, cui cfr. più di recente, *ex multis*, la sent. C.EDU (GC) 26 marzo 2016, § 48, ric. 56925/08, *Bédat*, e la sent. C.EDU 5 novembre 2020, § 36, ric. 73087/17, *Balaskas*. In dottrina v. ampiamente M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui come limite alla libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. AIC*, n. 2/2016, p. 13 ss., e già G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela dell'onore e libertà di espressione. Alla ricerca di un «giusto equilibrio» nel dialogo tra Corte europea dei diritti dell'uomo e giurisprudenza nazionale*, in *Dir. fam. pers.*, n. 3/2013, p. 1025 ss.

⁵⁵ Com'è noto, la locuzione risale alla *concurring opinion* del giudice W. O. DOUGLAS sul caso *United States v. Rumely*, 345 U.S. 41 (1953), ma ripropone la tesi esposta, già diversi anni prima, dal justice O. W. Holmes in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). In dottrina v. approfonditamente A. GOLDMAN - J. COX, *Speech, Truth, and the Free Market for Ideas, Legal Theory*, n. 1/1996, p. 2 ss., e cfr., per alcuni profili di stringente attualità, M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *MediaLaws*, 2017, pp. 35-36. *Contra*, nel senso di ritenere inappropriata la figura del libero mercato, T. W. JOO, *The worst test of truth: the marketplace of ideas as faulty metaphor*, in *Tul. L. Rev.*, n. 2/2014, p. 408 ss.

⁵⁶ Su questi temi v., anche per ulteriori rinvii, A. CIANCIO, *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, in EAD. (a cura di), *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 33 ss., e, all'interno del panorama dottrinale straniero, G. MIXON, *Not your father's marketplace of ideas: Hate speech and the fraudulent marketplace of ideas created by social media*, in *Emory Int'l L. Rev.*, n. 1/2020, p. 400 ss. In particolare, l'urgenza di contrastare la disinformazione, ma anche la relativa difficoltà, sono state sottolineate da F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in *MediaLaws*, 2017, p. 51; O. POLLICINO, *Fake News, Internet and Metaphors (To be Handled Carefully)*, in *IJPL*, n. 1/2017, p. 3 ss.; M. RAMAJOLI, *pericoli del marketplace of ideas. Considerazioni sparse a latere di due sentenze della Corte di giustizia in tema di assegnazione delle frequenze radiotelevisive*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, p. 8. In prospettiva più generale sia, infine, consentito rinviare a I. SPADARO, *Comunicazione politica e democrazia digitale*, in *DPER online*, n. 1/2020, p. 13 ss.

⁵⁷ Lo riporta G. PRIULLA, *Parole tossiche. Cronache di ordinario sessismo*, Settenove, Cagli, 2014, p. 129, che cita la pratica dell'insulto compulsivo il rapporto erotico.

Un altro motivo è costituito dall'istinto di supremazia che, in numerose specie animali, tende a manifestarsi in capo ai maschi, assecondato dalla loro maggiore prestantza fisica. Istinto che la specie umana, seppur in assenza di un rigido determinismo⁵⁸, avrebbe mantenuto e che nell'odierno frangente storico, caratterizzato dal tramonto del patriarcato, spingerebbe gli uomini alla denigrazione delle donne proprio per esorcizzare la paura di vederle fuoriuscire dalla propria sfera di controllo, anche sessuale⁵⁹, e per timore di esserne addirittura sottomessi⁶⁰. Un secondo ordine di fattori sarebbe, invece, di carattere culturale e consisterebbe in un insieme di pratiche e credenze che, sedimentandosi nel tempo, sono giunte fino ai giorni nostri, con la relativa carica di pregiudizi e disuguaglianze. Ciò risulterebbe, anzitutto, dal repertorio fiabesco e mitologico, dominato dalla rigida contrapposizione tra donne-angelo in cerca di protezione (Cenerentola, Penelope) e donne indipendenti, presentate sempre negativamente (matrigna di Biancaneve, maga Circe)⁶¹. L'ascendente di queste narrazioni sull'immaginario collettivo sarebbe tuttora intenso, inferiore solo a quello esercitato, per altro verso, dai testi sacri delle grandi religioni monoteiste, a lungo interpretati nel senso di riconoscere alla donna una funzione ancillare, se non addirittura «strumentale», rispetto all'uomo (si pensi ad Eva come «costola» di Adamo o alle «sette vergini» concesse dal Allah come premio oltremondano)⁶². Ed ancora, si è evidenziato in letteratura che la rigida separazione tra i generi, storicamente favorita, nell'area mediterranea, da un'organizzazione sociale di tipo familistico in contrapposizione ai «ceti» dell'Europa centrale e nordoccidentale⁶³, ha trovato riscontro nelle opere di illustri poeti, filosofi e giuristi dell'antichità e del Medioevo, le cui opere, impregnate di pregiudizio, si trovano alle fondamenta della stessa civiltà moderna⁶⁴.

⁵⁸ Cfr. l'alternativa costituita dal matriarcato secondo J. J. BRACHOFEN, *Il matriarcato. Ricerca sulla ginecocrasia nel mondo antico nei suoi aspetti religiosi e giuridici* (trad.), Einaudi, Torino, 2016 (1861), *passim*. Benché la storicità di tale paradigma sia stata, poi, contestata, esso ha continuato a suscitare notevole interesse tra gli studiosi: v. la rilettura fornita da H. GOETTNER-ABENDROTH, *Le società matriarcali. Studi sulle culture indigene del mondo*, Venexia, Roma, 2013, p. 2 ss., cui adde, in parziale polemica con alcune tesi marxiste, C. DARMANGEAT, *Le communisme primitif n'est plus ce qu'il était. Aux origines de l'oppression des femmes*, Smolny, Tolosa, 2009, *passim*. Sul tema cfr., da ultimo, R. TOSO, *Ipotesi di cambiamento nel rapporto tra i sessi nel passaggio dal Paleolitico al Neolitico*, in I. CALESINI (a cura di), *La negazione della donna. Le radici culturali della violenza di genere*, Aracne, Roma, 2020, p. 37 ss.; D. ARMANDO, *Percorsi dell'uguaglianza tra Illuminismo e Rivoluzione francese*, *ibid.*, p. 87 ss.; I. CALESINI, *Un'altra storia è possibile*, *ibid.*, p. 105 ss.

⁵⁹ Cfr. G. PRIULLA, *Parole tossiche*, cit., p. 84, che a p. 117 pone in relazione l'accresciuta richiesta di terapie andrologiche col disagio maschile verso il nuovo atteggiamento dell'universo femminile verso la sessualità, più disinibito ed «esigente» rispetto al passato. Ravvisa espressamente una «appropriation of women», delineandola, altresì, in tutte le sue componenti, C. GUILLAUMIN, *Racism, sexism, power and ideology*, Routledge, New York - Londra, 1995, p. 181 ss.

⁶⁰ Cfr. ancora G. PRIULLA, *op. cit.*, p. 162, secondo la quale l'alta incidenza di insulti sessisti nei confronti delle donne impegnate in politica, rispetto a tutte le altre, si spiegherebbe con l'esigenza maschile di ricomporre un «ordine violato», di riportare «quella che si presenta come autorità femminile [...] al ruolo di animale femmina da addomesticare e dominare».

⁶¹ G. PRIULLA, *op. cit.*, p. 95, che ravvisa in questi *topoi* una vera e propria «mitologia della devianza». Sulle matrici culturali del sessismo v. sin d'ora A. CAGNOLATI, *Asimmetrie di genere e violenza*, in F. DENTE - A. CAGNOLATI (a cura di), *Comunicazione di genere tra immagini e parole*, FahrenHouse, Salamanca, 2019, pp. 17-18.

⁶² G. DAMMACO, *La condizione della donna nel diritto delle religioni*, in *St. Ch. plur. conf.*, 2007, p. 17; lettura che l'A. ritiene, tuttavia, in fase di graduale superamento. Sul tema v. da ultimo, in una prospettiva in parte diversa, E. CAMASSA, *La parità di genere e il ruolo delle donne tra diritto di famiglia e diritti delle religioni*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Temi e questioni*, Università di Trento, Trento, 2020, p. 94 ss.

⁶³ Sul tema v. ampiamente A. ZINGERLE, *Onore e vergogna*, § 2, lett. c) e d), in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Ist. Enciclopedia italiana, Roma, 1996, accessibile da www.treccani.it.

⁶⁴ Per una ricca rassegna, che spazia da Semonide di Argo a Sant'Agostino, passando per Aristotele e Gaio, v. M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Cortina, Milano, 2020, p. 23 ss., cui cfr. già, in letteratura, E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. La donna nell'antichità greca e romana*, Feltrinelli, Milano, 2013⁴, *passim*. Non può dimenticarsi, del resto, che ancora sul finire del XIX secolo la Scienza riteneva che la scelta di prostituirsi fosse espressiva di tare mentali, comportando, tra le altre cose, anaffettività, incapacità di autodeterminazione, innata propensione a delinquere, incapacità di provare sentimenti materni e «animalità» cerebrale, secondo l'ampia ricostruzione di L. AZARA, *La prostituta tra innatismo e acquisizione, una questione insoluita nell'Italia repubblicana*, in L. AZARA - L. TEDESCO (a cura di), *La donna delinquente e la prostituta. L'eredità di Lombroso nella cultura e nella società italiane*, Viella, Roma, 2019, p. 195 ss.

B) I fattori di conservazione e consolidamento.

Alcuni studiosi hanno osservato che la società contemporanea, pur avendo oramai preso le distanze da certi modelli, nella pratica tenderebbe a perpetuarli, in modi magari poco evidenti ma, proprio per questo, ancor più insidiosi. Ne deriva un circolo vizioso, in cui le tendenze misogine presenti nel tessuto sociale entrano in reciproca risonanza e, anziché esaurirsi, si alimentano a vicenda, fino al paradosso di suscitare accettazione proprio per via del loro carattere diffuso⁶⁵. Ad esempio, la laicizzazione della morale sessuale, che pure costituisce una delle maggiori vittorie del femminismo, ha fatto decollare il mercato delle rappresentazioni pornografiche e l'avvento di nuove strategie di *marketing* ed intrattenimento, specie in ambito televisivo, finendo per riproporre e consolidare lo stereotipo della donna-oggetto⁶⁶.

Un costante sminuimento della figura femminile si registra anche in ambito comunicativo, stante l'uso di insultare le donne con riferimenti alla loro sfera sessuale a prescindere dall'effettivo oggetto della discussione, come stigmatizzato anche dalla giurisprudenza di legittimità⁶⁷. Ed è viepiù significativo, a tal proposito, che è ancora la sessualità femminile ad essere chiamata in causa, in senso offensivo, persino quando il bersaglio della contumelia è un uomo, biasimato per la sua incapacità di controllare la moralità della "propria" donna (moglie, madre, sorella)⁶⁸. Infine, è noto che, quantomeno nelle lingue neolatine, è idiomaticamente inteso positivo ciò che è maschile (p. es. "avere gli attributi") e negativo il contrario ("essere una femminuccia")⁶⁹.

In ambito socio-pedagogico, si è appurato che la quasi totalità dei genitori contemporanei, pur dichiarandosi favorevole alla parità di genere, continui ad educare i propri figli seguendo modelli sessualmente stereotipati e che tali pratiche, attuate sin dall'infanzia, influenzano pesantemente la *forma mentis* dell'adulto, replicandosi ad ogni generazione⁷⁰. Non a caso, da una ricerca pubblicata nel 2015 emerge che ben il 25% dei giovani italiani attribuisce alle stesse vittime la responsabilità morale degli stupri⁷¹.

⁶⁵ V. puntualmente K. WESTON-SCHUEBER, *Gender and the protection of hate speech*, in *QUT L. & Justice J.*, n. 2/2012, p. 140, e G. PRIULLA, *Violate*, cit., p. 20.

⁶⁶ In questo senso G. PRIULLA, *Parole tossiche*, cit., p. 79. In dottrina, v. di recente A. LORENZETTI, *Il mercato e i suoi corpi. Riflessioni attorno allo sfruttamento dei corpi femminili*, in A. APOSTOLI (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 132 ss., e, nel panorama straniero, almeno K. LOUIS, *Pornography and Gender Inequality - Using Copyright Law as a Step Forward*, in *Wm. & Mary J. Women & L.*, n. 2/2018, p. 269 ss., e K. WESTON-SCHUEBER, *op. cit.*, p. 141. Sul tema cfr. inoltre il vivace dibattito fiorito all'interno dello stesso movimento femminista statunitense negli anni Ottanta, a partire dalle critiche alla "nuova" morale sessuale mosse da C. A. MACKINNON, *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, in *Signs*, n. 4/1983, p. 635 ss. La medesima A. diede un contributo determinante alla stesura delle *Antipornography Civil Rights Ordinances* che nel 1983 furono emanate in varie parti degli *States*, per poi essere tutte ritirate dopo che una Corte d'appello federale ebbe dichiarato l'incostituzionalità di quella adottata dalla città di Indianapolis, nel *leading case American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985).

⁶⁷ V. la sent. Cass. 31 gennaio 2013, n. 5070, che ha condannato un imputato per ingiurie ai danni di una collega di lavoro, ritenendo che la reciprocità degli insulti e la stessa provocazione della vittima non valessero a scriminare l'epiteto da lui pronunciato («zoccola»), proprio in ragione della non pertinenza di quest'ultimo al motivo del diverbio (un avanzamento di carriera).

⁶⁸ Cfr. G. PRIULLA, *Parole tossiche*, cit., p. 114.

⁶⁹ V. ancora G. PRIULLA, *op. cit.*, p. 107 ss., che cita ulteriori esempi tratti dall'uso giornalistico, politico e commerciale. Nello stesso senso, con specifico riferimento all'ambito elettorale, E. VAN ACKER, *Media representations of women politicians in Australia and New Zealand: high expectations, hostility or stardom*, in *Policy & Soc.*, n. 1/2003, p. 117, che a seguire evidenzia le macroscopiche disparità di trattamento operate da *media* ed opinione pubblica contro le «women politicians», persino in contesti stabilmente democratici come quelli australiano e neozelandese.

⁷⁰ V. L. GASPARRINI, *Diventare uomini. Relazioni maschili senza oppressioni*, Settenove, Cagli, 2020², *passim*.

⁷¹ AA.VV., *La percezione della violenza di genere in Italia: una tipologia di approccio in chiave generazionale*, in *Rosa Shocking 2. Violenza e stereotipi di genere: generazioni a confronto e prevenzione*, a cura dell'associazione milanese WeWorld (www.weworld.it).

Infine, vi sono alcuni ambiti in cui la coltivazione di stereotipi di genere è consapevole e deliberata, per ragioni essenzialmente economiche. Ciò avviene, *in primis*, nella pubblicità commerciale, che risulta tanto più efficace quanto più semplice da comprendere e vicina alla sensibilità media dei destinatari⁷²; nell'editoria periodica, che tende a fidelizzare i lettori

favorendone la polarizzazione, anche sessuale⁷³; nella produzione cinematografica, bisognosa di favorire l'immedesimazione degli spettatori nei personaggi e nelle situazioni rappresentate⁷⁴; nel mercato dei videogiochi, tradizionalmente popolato da consumatori di sesso maschile, interessati a riaffermare, anche in tale contesto, la propria virilità⁷⁵.

6. Il pregiudizio sessista nei dibattiti dell'Assemblea costituente.

Tornando a profili di più immediato interesse giuridico, una conferma dell'influenza esercitata dei fattori poc'anzi richiamati si può rinvenire già nei verbali della stessa Assemblea costituente. Invero, durante i dibattiti che accompagnarono la redazione del nuovo Testo fondamentale, mentre alcuni deputati si mostrarono sensibili alla questione femminile, pronunciando interventi di notevole profondità e lungimiranza⁷⁶, molti altri - per lo più di estrazione liberale e cattolica - assunsero posizioni ben più conservatrici.

Uno dei temi più divisivi fu l'inserimento del principio di pari ordinazione dei coniugi nel testo dell'odierno art. 29 Cost., al quale da più parti si contrappose la tradizionale figura dell'uomo quale «capo» della famiglia⁷⁷ o, quantomeno, come «*primus inter pares*»⁷⁸. Tali proposte furono talora sostenute da generici accenni al diritto naturale⁷⁹, ma più spesso non furono argomentate affatto⁸⁰, quasi che l'inferiorità della moglie rispetto al marito corrispondesse ad evidenza e non necessitasse, appunto, di alcuna motivazione.

⁷² Cfr. P. PANARESE, *Inevitabili cliché? La presbiopia morale dei pubblicitari italiani nella produzione delle immagini di genere*, in M. BUONANNO - F. FACCIOLO (a cura di), *Genere e media: non solo immagini. Soggetti, politiche, rappresentazioni*, Franco Angeli, Milano, 2020, p. 83 ss.

⁷³ Sul tema v., con particolare riferimento ai *teen magazines* destinati al pubblico femminile, M. GAVRILA, *Adolescenti. Il prisma dei generi tra media system e rivolta contro le istituzioni*, in M. BUONANNO - F. FACCIOLO, *op. cit.*, p. 146 ss.

⁷⁴ Ciò emerge con particolare chiarezza dagli ultimi studi sulla scenografia delle cd. *fiction*: v. A. L. NATALE, *Non solo madri. La maternità nella fiction televisiva*, in M. BUONANNO - F. FACCIOLO, *op. cit.*, p. 198. Sembra, invece, meramente sessista la marginalizzazione della figura femminile nei programmi televisivi di alta cucina, evidenziata da G. CIOFALO - F. CIAMMELLA - G. QUERCIA, *Gender e cooking show: il caso di MasterChef Italia*, *ibid.*, p. 160.

⁷⁵ G. PRIULLA, *Parole tossiche*, *cit.*, p. 170.

⁷⁶ V., *ex multis*, la ridicolizzazione dello stereotipo machista e la denuncia del cd. femminicidio ad opera dell'on. U. Calosso (verbale della C seduta, 22 aprile 1947, pp. 3185-3186); la condanna dello sfruttamento del lavoro femminile, espressa dall'on. G. Cortese (CIX seduta, 3 maggio 1947, p. 3511); l'ammissione di strumentalizzazioni dialettiche e culturali dell'inferiorità fisica della donna, da parte dell'on. U. Terracini (Comm. Cost., *Resoconto sommario della seduta pomeridiana di sabato 25 gennaio 1947*, p. 190). Assai qualificato fu il contributo delle deputate presenti in Assemblea, le quali, sulle questioni di genere, operarono in senso trasversale rispetto alle diverse collocazioni partitiche: cfr., tra gli altri, gli interventi dell'on. M. Federici e dell'on. T. Noce, che posero il problema della debolezza sociale ed economica delle madri casalinghe (III Sottocomm., *Resoconto sommario della seduta di venerdì 13 settembre 1946*, p. 38); dell'on. F. Delli Castelli (XCVII seduta, 19 aprile 1947, p. 3101 ss.); dell'on. N. Gallico Spano, che rimarcò l'esigenza di «porre un freno al fatto che la donna si sposi per trovare una sistemazione economica» (XCII seduta, 17 aprile 1947, p. 2693); dell'on. A. Merlin, che rivendicò l'«augusta funzione della maternità» come «funzione naturale» e «benedizione», ma al contempo scandì l'esigenza che essa fosse circondata da garanzie, affinché non si trasformasse in un ostacolo all'auto-realizzazione delle donne (CXIX seduta, 10 maggio 1947, pp. 3816-3817). In dottrina, cfr. ampiamente M. D'AMICO, *Una parità ambigua*, *cit.*, p. 56 ss.

⁷⁷ Il termine fu utilizzato, tra gli altri, dai deputati G. La Pira (I Sottocomm., *Resoconto sommario della seduta di giovedì 7 novembre 1946*, p. 355), A. Crispo (XC seduta, 15 aprile 1947, p. 2906) e U. Merlin (*ibid.*, p. 2909), cui cfr. la «posizione di preminenza» del marito addotta dall'on. G. Cappi (CII seduta, 23 aprile 1947, p. 3267). Vittorio Emanuele Orlando, pur ritenendo la gerarchia tratto necessario di ogni gruppo sociale e, quindi, anche della famiglia, formalmente non prese posizione in ordine al coniuge cui riconoscere preminenza (CII seduta, *cit.*, p. 3244); anche se, a ben vedere, alcuni suoi interventi in tema di accesso alle donne all'ordine giudiziario lasciano supporre che anch'egli, come molti suoi colleghi maschi, avesse una certa preferenza per il proprio genere.

Nella discussione su quello che sarebbe poi divenuto l'art. 37 Cost. la procreazione e la cura dei figli, quale funzione «naturale»⁸¹ e «vera»⁸² della donna, furono più volte richiamate come giusto limite alla sua realizzazione lavorativa, economica e sociale. Ma fu, soprattutto, in tema di accesso delle donne ai ruoli della magistratura che la contrapposizione ideologica tra le diverse anime dell'Assemblea si fece rovente ed il pregiudizio sessista emerse in tutta la propria attualità. In detto contesto la donna fu, infatti, ripetutamente dipinta come un essere irrazionale, privo di «quel potere di sintesi e di equilibrio assoluto che è necessario per sottrarsi agli stati emotivi»⁸³. Numerosi e veementi furono gli appelli affinché l'Assemblea non cedesse alla tentazione di «violentare le leggi di natura», ossia di consentire alle donne di profanare il «sacro tempio della giustizia», introducendovi «confusione», «dissonanza» e «contrasto», fino a comprometterne il «prestigio» e la «serietà»⁸⁴.

È interessante osservare che questo diffuso moto di ripulsa non risparmiò neppure personalità illustri⁸⁵, le quali, anzi, con la loro autorevolezza contribuirono ad alimentarlo. «Ragioni fisiologiche»⁸⁶ furono addotte, come impeditive, anche da due magistrati, l'on. Edmondo Caccuri e l'on. Antonio Romano. Quest'ultimo, in particolare, al culmine di un alterco con alcune deputate esclamò in tono perentorio che «le donne devono stare a casa»⁸⁷, suscitando gli applausi dei propri compagni di partito.

⁷⁸ In questo senso, seppur dopo aver retoricamente negato la tesi della superiorità maschile, i deputati C. Corsanego (I Sottocomm., *Resoconto sommario della seduta di mercoledì 30 ottobre 1946*, p. 356), M. Zotta (XCIV seduta, 18 aprile 1947, p. 3018); G. Sardiello (XCVIII seduta, 21 aprile 1947, p. 3132) e lo stesso presidente della I Sottocommissione, l'on. U. Tupini (L seduta, 5 marzo 1947, p. 1763). Quest'ultimo, peraltro, in un intervento successivo fece intendere di guardare favorevolmente alla statuizione di un regime gerarchico ancora più marcato (XC seduta, cit., p. 2907). L'on. G. Cappi esprime la preoccupazione che, nel silenzio del Testo fondamentale, una legge ordinaria avrebbe potuto persino attribuire la preminenza alla moglie (CII seduta, 23 aprile 1947, p. 3267).

⁷⁹ V. in particolare gli interventi dell'on. C. Corsanego (I Sottocomm., *Resoconto sommario della seduta di mercoledì 30 ottobre 1946*, p. 331) e dell'on. E. Molè, il quale ultimo definì i «poteri» spettanti per natura al *pater familias* «le colonne d'Ercole, dinanzi alle quali deve arrestarsi ogni rivendicazione di parità femminile» (XCV seduta, 18 aprile 1947, pp. 3034-3035).

⁸⁰ Invero, l'esigenza di fissare (*rectius*, mantenere) la superiorità gerarchica di un coniuge sull'altro fu variamente argomentata: i deputati G. Persico (CII seduta, cit., p. 3265), U. Tupini (*ibid.*, p. 3276) e P. Calamandrei (XCIII seduta, cit., p. 2993) sostennero che essa fosse indispensabile al mantenimento dell'unità familiare; l'on. V. Badini Confalonieri che muovesse a garanzia del «bene comune», della «mutua assistenza» e degli «interessi della prole» (I Sottocomm., *Resoconto stenografico della seduta pomeridiana di martedì 15 aprile 1947*, XC, p. 2904); l'on. A. Crispo e l'on. G. Bosco Lucarelli che rispondesse ad una non meglio precisata «natura» della famiglia stessa (v. rispettivamente: XC seduta, 15 aprile 1947, p. 2906, e XCIII seduta, 17 aprile 1947, p. 2995). Nessuno di essi, tuttavia, avvertì l'esigenza di spiegare perché la primazia in questione dovesse essere «naturalmente» riconosciuta al coniuge di sesso maschile.

⁸¹ V. le parole dell'on. O. Mastrojanni (I Sottocomm., *Resoconto sommario della seduta di martedì 8 ottobre 1946*, p. 206) e cfr. analogamente l'opinione, espressa nel corso della medesima seduta dall'on. G. La Pira, che «la missione della donna è essenzialmente familiare» (*loc. cit.*).

⁸² Così l'on. A. Spallicci (CXV seduta, 7 maggio 1947, p. 3701). Di recente, la disposizione è stata oggetto di un'approfondita disamina, nella prospettiva di questo lavoro, da B. PEZZINI, *L'art. 37 Cost.: il corpo presupposto tra produzione e riproduzione*, in P. TORRETTA - V. VALENTI (a cura di), *Il corpo delle donne. La condizione giuridica femminile (1946-2021)*, Giappichelli, Torino, p. 301 ss.

⁸³ In questi termini l'on. S. Mannironi (II Sottocomm. - II sez., *Resoconto sommario della seduta antimeridiana di venerdì 10 gennaio 1947*, p. 114).

⁸⁴ V. testualmente l'intervento dell'on. B. Villabruna (CCLXXXIII seduta, 7 novembre 1947, p. 1839).

⁸⁵ Si segnalano, in particolare, gli interventi degli onorevoli G. Bettiol (CCLXXXIII seduta, cit., p. 1852), P. Calamandrei (II Sottocomm. - II sez., *Resoconto sommario della seduta antimeridiana di venerdì 10 gennaio 1947*, p. 113) e G. Leone (Comm. Cost., *Resoconto sommario della seduta pomeridiana di venerdì 31 gennaio 1947*, p. 262).

⁸⁶ CCLXXXIX seduta, 12 novembre 1947, pp. 2003-2004.

⁸⁷ CCLXXXVII seduta, 11 novembre 1947, p. 1954.

Non mancarono, inoltre, le opinioni di stampo “soltanto” sessista, ossia non propriamente ostili ma parimenti intrise di pregiudizio, di chi dipinse la donna come «regina della casa» ed «angelo del focolare»⁸⁸, destinata a ricevere attenzioni solo finché le «grazie della gioventù» la rendano «bella e piacente», per poi essere accantonata «quando i capelli diventano bianchi o le rughe deturpano il viso»⁸⁹.

7. Segue. Le ricadute sul Testo costituzionale e sulla successiva produzione normativa e giurisprudenziale.

Le divisioni emerse in seno all'Assemblea sulla questione femminile sfociarono in una disciplina costituzionale della parità di genere di carattere, a tratti, compromissorio⁹⁰.

Com'è noto, l'art. 3 Cost. fissa i principi di pari dignità sociale ed uguaglianza, ed enumera proprio l'appartenenza sessuale come primo motivo, tra quelli per cui non sono ammesse discriminazioni.

Tuttavia, alcune disposizioni successive paiono ridimensionarne l'effettiva portata. In particolare, l'art. 29, co. 2 Cost. enuncia l'«eguaglianza morale e giuridica dei coniugi», ma subito ammette la possibilità di porvi dei «limiti», finalizzati alla «garanzia dell'unità familiare»⁹¹. L'art. 30 Cost. stabilisce la parità di trattamento in ambito lavorativo ma, al contempo, richiama la «donna lavoratrice» alla sua «essenziale funzione familiare» (comma 2). A lungo, si è ravvisato in tali incisi il fondamento per norme di legislazione ordinaria oggettivamente discriminatorie. Basti pensare alle disposizioni del Codice civile sulla famiglia, le quali, come noto, fino alla storica riforma del 1975 mantennero in vita la «potestà maritale», costituendo il marito «capo della famiglia» ed imponendo alla moglie - tra le altre cose - di «accompagnarlo dovunque egli crede[ss]e opportuno di fissare la sua residenza» (art. 144)⁹².

È, peraltro, significativo che per molti anni si siano rinvenuti limiti costituzionali alla parità di genere persino laddove essi appaiono tutt'altro che scontati sul piano esegetico. Il richiamo alla «parità di lavoro», operato dall'art. 37, co. 1 Cost. quale condizione del diritto all'eguale trattamento salariale, è stato a lungo interpretato in senso sfavorevole alla donna, sulla base del (preteso) minor rendimento di quest'ultima⁹³.

Analogamente, si è sostenuto che il potere di fissare dei «requisiti» per l'accesso agli uffici pubblici, conferito al legislatore dall'art. 51, co. 1 Cost., avrebbe potuto fondare l'esclusione delle donne da determinate carriere, per le quali esse fossero - in ipotesi - inadatte⁹⁴.

⁸⁸ Cfr. gli interventi dell'on. C. Rodi (XCII seduta, 17 aprile 1947, p. 2958) e dell'on. A. Romano (CCLXXXVII seduta, cit., ancora p. 1954). Nel medesimo senso si espresse l'on. A. Spallicci (CXV seduta, 7 maggio 1947, p. 3701), auspicando che «il clima economico, il clima morale e sociale» fosse tale da non richiedere più il lavoro femminile e permettere, così, «che la casa risuoni ancora di faccende e, magari, del ticchettio della macchina da cucire».

⁸⁹ L'argomento fu usato contro la costituzionalizzazione del divorzio, propugnata dai socialisti, dall'on. U. Merlin (XC seduta, cit., p. 2911).

⁹⁰ Cfr. M. D'AMICO, *Una parità ambigua*, cit., p. 71.

⁹¹ Una formula pressoché identica fu proposta dall'on. G. La Pira, il quale vi riteneva «compreso» il concetto di «padre di famiglia *primus inter pares*» (*Resoconto sommario della seduta di giovedì 7 novembre 1946*, p. 359).

⁹² Ancora più lunga, del resto, è stata la vigenza di altre disposizioni, anch'esse di stampo patriarcale, quali l'art. 587 c.p., che puniva più tenuamente il cd. delitto d'onore rispetto all'omicidio comune, e l'art. 554 c.p., che consentiva al violentatore di sottrarsi alla pena sposando la vittima; disposizioni abrogate solo dalla legge 5 agosto 1981, n. 442. Sempre in tema di violenza sessuale, v. inoltre M. D'AMICO, *Una parità ambigua*, cit., pp. 223-224, la quale, ricorda come ancora nel 1996 tali reati figurassero tra i «delitti contro la morale pubblica», anziché «contro la persona», quasi che la prima meritasse maggior considerazione delle vittime materiali (quasi sempre donne).

⁹³ È interessante richiamare che - per bocca dell'on. P. Togliatti - la subordinazione della parità salariale a quella del rendimento fu intesa «evidente» dalle sinistre (Comm. Cost., *Resoconto sommario della seduta di martedì 8 ottobre 1946*, p. 204), le quali, però non seppero prevedere gli sviluppi applicativi, sostanzialmente discriminatori, cui la formula in questione avrebbe dato luogo.

Ciò spiega, in parte, perché l'ammissione delle donne «a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici [...] senza limitazione di mansioni e di svolgimento della carriera» sia avvenuta solo nel 1963⁹⁵ e soltanto dopo lo storico richiamo operato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 33/1960⁹⁶ e lunghe esitazioni da parte del Parlamento. Appena cinque anni prima, del resto, un alto magistrato aveva pubblicato un breve saggio in cui argomentava la propria contrarietà alle “toghe rosa” scrivendo senza mezzi termini che la donna è «fatua», «leggera», «superficiale, emotiva, passionale, impulsiva, testardetta anzichè, approssimativa sempre, negata quasi sempre alla logica [...] e quindi inadatta a valutare obiettivamente, serenamente saggiamente, nella loro giusta portata, i delitti e i delinquenti»⁹⁷.

Sul versante giurisprudenziale, giova richiamare come i giudici di merito ritenessero non punibile la violenza sessuale da parte del coniuge⁹⁸. Invero, tale orientamento non fu mai condiviso dalla Corte di cassazione, la quale, tuttavia, sotto altri profili si è mostrata anch'essa poco sensibile, per così dire, nei confronti delle vittime, ad esempio onerandole di opporsi strenuamente all'aggressore, quale condizione di attendibilità della successiva testimonianza⁹⁹, oppure escludendo la rilevanza della cd. «*vis grata puellae*» in quanto necessaria a vincere quella «naturale ritrosia femminile» che, tuttavia, sarebbe comunque incline a «crollare al primo squillo di tromba come le mura di Gerico»¹⁰⁰. Analoga ambiguità, seppur con qualche apprezzabile *revirement*, è emersa sul versante delle discriminazioni sul luogo di lavoro, il cui divieto normativo è stato talora applicato in modo poco rigoroso¹⁰¹.

⁹⁴ Emblematica, al riguardo, la sent. C. cost. 29 settembre 1958, n. 56, che ha ritenuto legittima la previsione di un limite massimo posto alla componente femminile delle corti di assise (poi abrogato), affermando che l'art. 51, co. 1 Cost. consegnava al legislatore un certo margine di «apprezzamento» nell'attuare il principio egualitario, anche al fine di «meglio utilizzare le attitudini delle persone» (evidentemente diverse, secondo la Corte, tra giudici popolari donne e giudici popolari uomini). La non configurabilità di «un'assoluta e indiscriminata parità» è, poi, argomentata alla luce degli artt. 29 e 37 Cost. Per un commento v. V. CRISAFULLI, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 862 ss.; C. ESPOSITO, *Le donne e i pubblici uffici*, *ibid.*, p. 869 ss.; P. BARILE, *Leggi e regolamenti discriminatori per motivi di sesso*, *ibid.*, p. 1243 ss.

⁹⁵ Ad opera dell'art. 1 della legge 9 febbraio 1963, n. 66, che abrogò l'oramai anacronistica legge 7 luglio 1919, n. 1176, contenente «norme circa la capacità giuridica della donna». La relativa disciplina è stata successivamente trasfusa e dettagliata nell'art. 27 d. lgs. 198/2006.

⁹⁶ Cfr. C. cost., sent. 13 maggio 1960, n. 33, che in soli tre paragrafi demolì secoli di discriminazioni normative, mettendo a nudo la palese incostituzionalità dell'art. 7 luglio 1919, n. 1176, nella parte in cui escludeva le donne dalle cariche e professioni che implicassero l'esercizio di diritti politici. Sulla decisione v. in dottrina V. CRISAFULLI, *Eguaglianza dei sessi e requisiti attitudinali nell'ammissione ai pubblici uffici*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 564 ss.; C. ESPOSITO, *Il sesso e i pubblici uffici*, *ibid.*, p. 568 ss.; A. VALENTINI, *Eguaglianza dei sessi e pubblici uffici*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1960, p. 172 ss.

⁹⁷ E. RANELLETTI, *La donna giudice, ovvero la “grazia” contro la “giustizia”*, Giuffrè, Milano, 1957², p. 6, secondo il quale l'art. 51 Cost. andrebbe interpretato in senso restrittivo, cioè tenendo conto sia delle «differenze organiche della costituzione fisica e psichica della donna», sia delle «particolari funzioni e mansioni ad essa affidate, soprattutto nella famiglia» (*ibid.*, p. 10).

⁹⁸ Per un'articolata ricostruzione v. A. CADOPPI, *Art. 609-bis c.p.*, in ID. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Cedam, Padova, 2006⁴, p. 497. Sulla violenza sessuale come reato di genere v. L. GOISIS, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di “genere”*, in *DPC*, 2012, p. 8 ss., mentre per una rassegna di recenti sentenze, le cui motivazioni appaiono quantomeno eccentriche (cfr. l'assunzione dell'aspetto antiestetico della querelante a motivo di inverosimiglianza della relativa denuncia di stupro) v. ancora G. PRIULLA, *Violate*, cit., pp. 83-84.

⁹⁹ Cass., sent. 10 febbraio 1999 (ud. 1998), n. 1636, che dedusse una presunzione di consenso al rapporto sessuale dalla circostanza che la vittima indossava i jeans. Tale orientamento fu vivacemente contestato (tra gli altri, da G. FIANDACA, *Violenza sessuale su donna “in jeans” e pregiudizi nell'accertamento giudiziario*, in *Foro it.*, n. 3/1999, pt. II, p. 163 ss.), tanto da essere oggetto di «precisazioni» già nei mesi successivi. Cionondimeno, esso è stato definitivamente superato solo con la sent. Cass. 6 novembre 2001, n. 42289.

¹⁰⁰ Cass., sent. 20 febbraio 1967, cui cfr. la sent. Trib. pen. Bolzano 30 giugno 1982, dove ancora si legge che «qualche iniziale atto di forza o di violenza da parte dell'uomo non costituisce violenza vera e propria, dato che la donna soprattutto fra la popolazione di bassa estrazione sociale e scarso livello culturale, vuole essere conquistata anche con le maniere rudi» (in dottrina, v. per tutti le riserve espresse da G. FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, § 5). Più in generale, i reati cd. di genere sarebbero tuttora sottovalutati da un'ampia parte della giurisprudenza secondo P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Pregiudizi giudiziari nei reati di violenza di genere: un caso tipico*, in *Sist. pen.*, gennaio 202, § 3 ss.

Ancora nel gennaio 2021, dopo quasi vent'anni dall'inserimento, nel primo comma dell'art. 51 Cost., dell'obbligo di rendere effettiva la parità di accesso alle cariche elettive, anche con «appositi provvedimenti»¹⁰², il Tribunale amministrativo pugliese ha sembrato attribuire a tale principio carattere meramente programmatico, allorché ha giudicato manifestamente infondata una questione di costituzionalità sollevata con riferimento alla legge elettorale regionale, la quale, pur prevedendo una soglia di genere per la composizione delle liste, non esclude dalla competizione le formazioni politiche che la violino¹⁰³. Analogamente, nei mesi successivi sia il TAR Marche che il TAR Sicilia hanno negato che le disposizioni costituzionali e sovranazionali sulla parità di genere debbano trovare diretta applicazione negli ordinamenti regionali in assenza di un espresso recepimento statutario, e per l'effetto hanno respinto i ricorsi, proposti contro la nomina di Giunte a netta predominanza maschile¹⁰⁴. Uno squilibrio, questo, che - è appena il caso di ricordare - caratterizza ancora moltissimi luoghi della rappresentanza politica ed istituzionale¹⁰⁵, malgrado i molteplici rimedi elaborati dal legislatore sin dai primi anni Novanta (p. es. quote rosa, doppia preferenza di genere)¹⁰⁶.

8. Insufficienza del marketplace of ideas e legittimità dell'intervento penale.

Alla luce dei dati così sinteticamente richiamati, appare evidente che, con riferimento alle questioni di genere, il *marketplace of ideas* ha ampiamente fallito. Per secoli, infatti, il pregiudizio misogino ha continuato a circolare, forte del proprio radicamento storico e culturale, della stretta connessione con tradizioni, modi di dire, interessi commerciali, risultando poco sensibile persino al mutamento di prospettiva sancito dalla Costituzione repubblicana. Non è qui possibile soffermarsi sulle ragioni socio-culturali per cui ciò è avvenuto, peraltro ampiamente indagate in letteratura¹⁰⁷. Tre dati meritano, tuttavia, di essere messi in evidenza.

¹⁰¹ V. il ricco *excursus* operato da G. AMOROSO, *La giurisprudenza di legittimità in tema di discriminazione di genere e pari opportunità*, in *Arg. dir. lav.*, n. 6/2013, p. 1360 ss.

¹⁰² Gli artt. 1-6 l. cost. 31 gennaio 2001, n. 2, e l'art. 3 l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, modificativo dell'art. 117, co. 7 Cost., hanno inserito il principio della parità di accesso, rispettivamente, negli Statuti delle regioni speciali e delle regioni ordinarie, mentre la l. cost. 30 maggio 2003, n. 1 ha modificato il I comma dell'art. 51 Cost. come richiamato nel testo.

¹⁰³ V. sent. 16 gennaio 2021, n. 95, § 2.3 ss. Per contro, l'immediata vincolatività del novellato art. 51 Cost. era stata ribadita dalla sent. TAR Lazio 22 aprile 2020, n. 7724, con riguardo al Regolamento per l'elezione degli organi di vertice di alcuni Ordini professionali. Su entrambe le pronunce v., nel quadro di una più ampia disamina sull'evoluzione della giurisprudenza amministrativa in materia, L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive*, in *Oss. cost.*, n. 5/2021, p. 90 ss., p. 109 ss.

¹⁰⁴ V., rispettivamente, la sent. 8 luglio 2021, n. 557, e la sent. 5 ottobre 2021, n. 2744, che hanno ritenuto infondate le censure addotte dai ricorrenti sulla base, tra gli altri, degli artt. 3 e 51 Cost., 21 e 23 CDFUE. In precedenza, la diretta precettività dell'art. 51 Cost. era stata affermata dalla sent. Cons. St. 27 luglio 2011, n. 4502 e, seppur implicitamente, anche dalla sent. C. cost. 2 aprile 2012, n. 81, §§ 4.3-4.4, su cui v. almeno M. RODOMONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, in *Federalismi*, n. 13/2012, p. 1 ss., e F. COVINO, *La natura prescrittiva del principio del riequilibrio dei sessi nella rappresentanza politica*, in *Riv. AIC*, n. 3/2012, p. 3 ss.

¹⁰⁵ V. la panoramica realizzata da LE COSTITUZIONALISTE, *Equilibri di genere e procedure di nomina. Terzo report intermedio (luglio 2020)*, in *Federalismi*, luglio 2020, p. 8 ss., cui cfr. analogamente, per il settore privato, A. HORVAT VUKOVIĆ, *Gender quotas in corporate decision-making bodies - regulatory promotion of equality of results in the EU*, in *Theory & Pract. Legislation*, 2020, p. 3 ss.

¹⁰⁶ Sul tema v. ampiamente M. D'AMICO, *Una parità ambigua*, cit., p. 76 ss.

¹⁰⁷ Invero, la letteratura sui fattori di debolezza del "mercato delle idee", idonei a determinarne il fallimento, è piuttosto ampia: oltre alle recenti considerazioni di R. HOLDEN, *Vital Signs: why 'the marketplace for ideas' can fail - from an economist's perspective*, in *The Conversation* (ediz. Regno Unito), 11 giugno 2020 (www.theconversation.com) e J. SCHROEDER, *Saving the marketplace from market failure: reorienting marketplace theory in the era of ai communications*, in *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, n. 3/2020, p. 691 ss., v. già D. E. HO - F. SCHAUER, *Testing the marketplace of ideas*, in *N.Y.U. L. Rev.*, n. 4/2015, p. 1164, nt. 12, e T. R. PIETY, *Market failure in the marketplace of ideas: Commercial speech and the problem that won't go away*, in *Loy. L.A. L. Rev.*, n. 1/2007, p. 191 ss.

Il primo è che i principali passi in avanti sul piano normativo, come il già richiamato *Codice delle pari opportunità* ed il cd. Codice Rosso, non sono sorti tanto da una profonda volontà di cambiamento da parte del legislatore italiano, bensì dall'esigenza di recepire impulsi provenienti dall'ordinamento internazionale ed europeo¹⁰⁸.

In secondo luogo, il mancato superamento della "questione femminile" è connesso alla stessa condizione di debolezza socio-culturale del gruppo in questione, fattore che rende oggettivamente arduo, per i relativi membri, ribellarsi alla «*dominant hegemonic force*» di sistemi oramai consolidati, come per l'appunto quello patriarcale¹⁰⁹.

Il terzo luogo, ed infine, deve constatarsi che tra le cause della misoginia non sembra collocarsi nessuno degli elementi sui quali, nella prima parte di questo lavoro, si è prospettata la possibilità di un intervento normativo "morbido". Anzitutto, non sarebbero determinanti le distorsioni insite nei nuovi modelli di comunicazione digitale. È vero, infatti, che il pregiudizio di genere è talora veicolato da *fake news* e trova terreno fertile nelle *echo chambers* delle piattaforme sociali (si pensi alle "ondate" denigratorie abbattutesi, durante la XVII legislatura, contro l'allora Presidente della Camera dei deputati, on. Laura Boldrini)¹¹⁰; ma è altrettanto vero, ed anzi evidente, che esso non è sorto col *web* e continua ad operare nel mondo analogico. Per altro verso, la matrice psico-antropologica e la complessità degli interessi in gioco (anche economici) inducono a dubitare della possibilità di attuare cambiamenti significativi attraverso mere campagne di sensibilizzazione e informazione.

Del resto, si è già detto che convincimenti sessisti non furono estranei neppure ad alcune tra le personalità più illustri del periodo costituente e che anche in epoca repubblicana il relativo accantonamento, già in ambito giurisprudenziale e politico, ha proceduto con tale lentezza da non essersi ancora concluso, scontrandosi con diffuse «resistenze culturali»¹¹¹.

Su queste premesse, sarebbe quantomeno semplicistico liquidare la misoginia come prodotto di ignoranza e isolamento sociale, per il cui superamento siano sufficienti, in ipotesi, mirati interventi di *welfare* (che pure restano opportuni e, anzi, necessari)¹¹².

L'impossibilità di contrastare la diffusione dei discorsi d'odio misogini attraverso il solo *marketplace of ideas* legittima il ricorso a misure più incisive, di carattere propriamente sanzionatorio.

¹⁰⁸ Cfr. sul tema C. CARDINALI, *CEDAW e adeguamento dell'ordinamento italiano. La rilevanza delle discriminazioni basate su genere, sesso, orientamento sessuale, identità di genere e la loro intersezione*, in *DPCE online*, n. 1/2021, p. 661 ss., che peraltro ravvisa proprio nel DDL Zan lo strumento attuativo dell'obbligo di protezione di cui all'art. 2, lett. (b) CEDAW (p. 667). Da ultimo, si segnala l'approvazione di un ulteriore disegno di legge da parte del Consiglio dei ministri (seduta n. 49, 3 dicembre 2021).

¹⁰⁹ Cfr. in questo senso K. MANNE, *Down girl. The logic of misogyny*, OUP, Oxford, 2017, p. 20, e L. TIRRELL, *Toxic misogyny and the limits of counterspeech*, in *Fordham L. Rev.*, n. 6/2019, pp. 2435-2436. Il concetto che il sessismo, inteso come «*male dominance*», costituisca un "sistema", come tale dotato di una certa stabilità e tendenzialmente difficile da scardinare, fu anticipato già da A. DWORKIN, *Women hating. A Radical Look at Sexuality*, Dutton, New York, 1974, p. 17, e M. FRYE, *Sexism*, in EAD., *The politics of reality. Essays in feminist theory*, Crossing Press, Trumansburg, 1983, p. 38.

¹¹⁰ Cfr., con specifico riferimento agli *hate speech* misogini, i dati recentemente diffusi da VOX DIRITTI, *Mappa dell'Intolleranza 5*, sez. "Misoginia", 2020, reperibile in www.voxdiritti.it, e da AMNESTY INTERNATIONAL, *Barometro dell'odio. Sessismo da tastiera*, 2020, p. 11 ss. e p. 46 ss., in www.amnesty.it. Entrambe le ricerche sono, peraltro, in linea con analoghe indagini condotte all'estero, le quali confermano come la misoginia costituisca la quota più significativa degli *online hate speeches* e, al contempo, come le internaute siano oggetto di attacchi verbali in misura maggiore rispetto agli utenti di sesso maschile: v., in sintesi, N. DÖRING - M. R. MOHSENI, *Gendered hate speech in YouTube and YouTubeNow comments. Results of two content analyses*, in *Stud. Commun. & Media*, n. 1/2020, p. 67 ss.

¹¹¹ Cfr. testualmente M. D'AMICO, *Una parità ambigua*, cit., p. 104 ss., e L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *Federalismi*, n. 7/2021, p. 74. Nel medesimo ordine di idee, sembra, anche A. DEFFENU, *Parità di genere e pubblici uffici nel dialogo tra giudice costituzionale e legislatore*, in *Oss. cost.*, n. 5/2021, p. 70 ss.

¹¹² Sulle opportunità offerte, a questo proposito, dall'attuale Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) v., seppur con qualche cautela, C. TRIPODINA, *I perduranti ostacoli all'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne: dal Caso Oliva al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Oss. cost.*, n. 5/2021, p. 142 ss.

Ora, queste ultime possono essere di varia natura e gravità: basti pensare, accanto alla tradizionale dicotomia tra illecito penale ed amministrativo, all'istituto degli «illeciti civili sottoposti a sanzioni pecuniarie»¹¹³, introdotto nel 2016; ovvero, ancora, al diniego di concessioni, autorizzazioni o risorse da parte della P.A., secondo una prassi che, peraltro, pare già in via di consolidamento nel contrasto ai fenomeni neofascisti¹¹⁴.

Al fine di valutare l'ammissibilità di disposizioni, come quelle del DDL Zan e del summenzionato art. 604-bis c.p., che prevedano la pena, estrema, della detenzione, sembra, quindi, opportuno compiere un ultimo passaggio, verificando, cioè, se il sacrificio della libertà personale imposto al reo sia proporzionato a quello altrimenti patito dalle vittime.

9. Discorsi misogini e lesione di beni costituzionali.

Invero, numerosi studi dimostrano che il perdurare di un clima sociale ostile nei confronti delle donne reca ad esse numerosi pregiudizi, indipendentemente dall'effettiva commissione di atti violenti o discriminatori.

In letteratura è pacifico che, nelle società dominate da retoriche intolleranti, le vittime maturano una spiccata propensione a limitare le occasioni di interazione verbale, anche quando ciò significa astenersi dall'esercitare la propria libertà di espressione su questioni importanti o, financo, per difendersi dagli attacchi verbali ricevuti (cd. «*silencing effect*»)¹¹⁵. Questo dato ha trovato puntuale conferma con riferimento alla condotta delle utenti dei *social network*, dal momento che sia il numero degli accessi alle piattaforme, sia la quantità e la qualità delle interazioni al loro interno sarebbero negativamente condizionati dal numero e dalla gravità degli insulti cui esse vi si trovino esposte¹¹⁶.

In secondo luogo, è provato che i discorsi discriminatori tendono a provocare nelle vittime persistenti stati di ansia e di paura, a loro volta capaci di sfociare in vere e proprie patologie (insonnia, paranoia, ipertensione, depressione)¹¹⁷, con conseguente lesione del relativo diritto alla salute (art. 32 Cost.). Ciò vale, naturalmente, anche per le esternazioni misogine, con l'aggravante che eventuali atti di violenza, in cui esse dovessero trasmodare, tendono a proiettare i propri effetti perturbanti sulla psiche dell'intero gruppo sociale (cd. *message effect*)¹¹⁸. È facile intuire i risvolti che ciò può avere in termini di peggioramento della qualità della vita, specie per le donne che svolgano mansioni lavorative a diretto contatto col pubblico¹¹⁹.

¹¹³ Art. 3 ss. del decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 7. In dottrina, v. per tutti A. GULLO, *I recenti interventi di depenalizzazione*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto 2017*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 2017, p. 105 ss.

¹¹⁴ Cfr. la sent. TAR Piemonte 18 aprile 2019, n. 447, § 2.3, con nota di F. PARUZZO, *Dichiarazioni antifasciste e concessione di spazi pubblici: il significato inclusivo ed esclusivo della Carta costituzionale*, in *Oss. cost.*, n. 5/2019, p. 237 ss. In senso opposto l'ord. CGARS 11 dicembre 2019, n. 797, adesivamente annotata da G. A. FERRO, *Contro lo "Stato etico". Qualche provocazione sulla giurisprudenza amministrativa in materia di concessione di suolo pubblico subordinata a dichiarazioni di ripudio del fascismo. Osservazioni minime su una recente Ordinanza del CGARS*, in *Riv. coop. giur. int.*, n. 64(2020), p. 247 ss., cui cfr. però, più di recente, la sent. TAR Lombardia 26 febbraio 2020, n. 166, che ha consapevolmente riproposto il primo orientamento (già anticipato con ord. 8 febbraio 2018, n. 68).

¹¹⁵ K. GELBER, *Reconceptualizing counterspeech in hate speech policy (with a focus on Australia)*, in M. HERZ - P. MOLNAR (a cura di), *The content and context of hate speech. Rethinking regulation and responses*, CUP, Cambridge, 2012, p. 213. Sul *silencing effect*, quale declinazione del più ampio concetto di «*chilling effect*» nello specifico ambito della libertà di espressione, v. A. BROWN, *Hate speech law. A philosophical examination*, Routledge, New York - Londra, 2015, p. 84 ss., e, con puntuale riferimento alla misoginia, AA. VV., *Harming women with words. The failure of Australian law to prohibit gendered hate speech*, in *UNSW L. J.*, n. 3/2018, p. 963.

¹¹⁶ V. i numerosi studi richiamati da N. DÖRING - M. R. MOHSENI, *Gendered hate speech*, cit., p. 66.

¹¹⁷ Cfr. quanto riportato da A. BROWN, *Hate speech*, cit., p. 51 ss.

¹¹⁸ Cfr. M. HAGERLID, *Swedish women's experiences of misogynistic hate crimes: the impact of victimization on fear of crime*, in *Fem. criminol.*, 2020, p. 18, ed ulteriori rinvii.

¹¹⁹ In questo senso AA. VV., *Harming women*, cit., pp. 962-963, dove si richiama, tra l'altro, il caso di alcune accademiche statunitensi rifiutatesi di partecipare a noti programmi televisivi in qualità di esperte, dopo essere state oggetto di feroci attacchi misogini.

Ed ancora, stando ad alcuni esperimenti sociali l'esposizione prolungata a stereotipi sessisti incide negativamente sull'auto-percezione degli individui e si accompagna, nelle donne, a più bassi livelli di autostima ed ambizioni personali¹²⁰; ossia, per richiamare l'art. 2 Cost., ad una minore propensione allo «svolgimento della propria personalità».

Alcune delle ripercussioni negative dei discorsi misogini hanno carattere solo indiretto, nel senso che non sono immediatamente ascrivibili a specifici «atti di parola»¹²¹, bensì rappresentano il precipitato di un più ampio e graduale processo di «avvelenamento culturale». Ciò consentirebbe la perpetuazione di modelli di interazione ed organizzazione sociale intrinsecamente discriminatori, senza poterne isolare (e sanzionare) efficacemente i responsabili. A riprova, è sufficiente rinviare a quanto si è già osservato in merito alla bassa partecipazione delle donne all'attività politica; salva, forse, l'opportunità di rimarcare l'ovvio, e cioè che l'attuale sottorappresentazione femminile negli organi di governo dipende da scelte elettorali ed è, pertanto, riflesso di un *idem sentire* diffuso, difficilmente intaccabile, in uno Stato democratico, da «quote» di genere, comunque congeniate¹²².

Un altro ambito su cui la retorica sessista proietta indirettamente i propri effetti è quello occupazionale. Attenta dottrina¹²³ ha posto in evidenza che, malgrado le donne costituiscano oramai la maggioranza delle persone in possesso di un titolo di studio e riportino le valutazioni mediamente migliori, sono ancora minoritarie in tutti i livelli apicali. Inoltre, le lavoratrici risultano vittime di precariato in misura nettamente maggiore rispetto agli uomini e sono quasi sempre loro a rinunciare volontariamente alla carriera per esigenze legate all'accudimento della prole¹²⁴. Si tratta di tendenze consolidate, in contrasto con quel diritto al lavoro¹²⁵ che, all'articolo 4, figura addirittura tra i principi fondamentali della Carta costituzionale. Tendenze - può, ancora, osservarsi - che l'attuale crisi pandemica ha financo aggravato, mettendo a nudo l'inadeguatezza, in molti territori, dei servizi di sostegno alla maternità¹²⁶.

¹²⁰ V. i diversi *report* citati da A. HARALDSSON - L. WÄNGNERUD, *The effect of media sexism on women's political ambition: evidence from a worldwide study*, in *Fem. Media Stud.*, n. 4/2019, p. 526.

¹²¹ Sulla possibilità di concepire la «parola» come condotta materiale anziché solo come pensiero, da cui dipende la sua stessa sanzionabilità giuridica, v. Y. THOMAS, *La vérité, le temps, le juge et l'historien*, in *Le débat*, n. 102/1998, p. 24, e T. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Étude de droit comparé*, Pedone, Parigi, 2013, p. 187 ss., cui *adde*, in letteratura, R. RAGGIUNTI, *Problemi di significato. L'atto linguistico come espressione e come comunicazione*, in *Segni e comprensione*, n. 57 (2006), p. 102 ss.

¹²² Cfr. puntualmente M. D'AMICO, *La rappresentanza di genere nelle istituzioni. Strumenti di riequilibrio*, in *Giudicedonna*, n. 1/2017, p. 23, la quale rimarca che «le norme non bastano, e [...] per promuovere una parità effettiva il cambiamento «formale» deve essere accompagnato da un processo «culturale» e «sostanziale»».

¹²³ C. BASSU, *Parità di genere ai tempi del coronavirus: l'impatto diretto e indiretto della crisi sanitaria sui diritti delle donne*, in *Percorsi cost.*, n. 2/2019, pp. 596-597.

¹²⁴ V. i numerosi dati statistici figuranti nel documento «*The impact of Covid-19 on women*», pubblicato congiuntamente, il 21 aprile 2020, dal Segretariato generale delle Nazioni Unite e dall'Ente delle Nazioni Unite per l'uguaglianza di genere e lo sviluppo delle donne; reperibile in www.unwomen.org. Sulle misure varate, invece, dall'Unione europea per assicurare la tenuta della parità di genere, malgrado i molteplici fattori di stress recati dalla pandemia, v. ampiamente A. CIANCIO, *Pandemia e uguaglianza di genere: le iniziative della UE*, in *Dir. fond.*, n. 3/2020, p. 291 ss.

¹²⁵ Sull'esatta portata di tale disposizione, non fondativa di pretese direttamente azionabili ma pur sempre vincolante per «tutti i pubblici poteri», preservando ad essi la «creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche» che consentano a tutti i cittadini di svolgere un'attività lavorativa (C. cost., sent. 26 maggio 1965, n. 45, § 3), v. già C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Atti della Commissione parlamentare di inchiesta sulla disoccupazione*, vol. IV, t. I, 1953, p. 81, cui cfr. analogamente G. F. MANCINI, *Art. 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Zanichelli - Soc. ed. Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 199, e, più di recente, l'ampia trattazione di M. CAVINO, *Il diritto-dovere al lavoro*, in *Gr. Pisa*, n. 3/2018, p. 17 ss.

¹²⁶ Cfr. ancora C. BASSU, *Parità di genere*, cit., p. 616 ss. In parallelo, sul piano comparatistico risalta la sostanziale sospensione delle interruzioni volontarie di gravidanza negli USA, insieme all'uso strumentale delle misure anti Covid da parte delle Autorità argentine e polacche, contrarie a tale pratica, proprio durante l'esame di disegni legislativi che la riguardavano (*ibid.*, p. 603 ss. e p. 607). In letteratura, cfr. M. BAYEFSKY - D. BARTZ - K. WATSON, *Abortion during the Covid-19 Pandemic - Ensuring Access to an Essential Health Service*, in *N. Engl. J. Med.*, 2020, p. e47(1) ss.

L'emarginazione di preziose professionalità¹²⁷ ha conseguenze pregiudizievoli per l'intero Paese, poiché ne rallenta il progresso economico e scientifico. Analogamente, è lecito presumere che la scarsa presenza di cittadine negli organi di governo si risolva in *vulnus* per gli stessi, sotto il duplice profilo della legittimazione¹²⁸ e della stessa qualità delle decisioni¹²⁹, fino a configurare - secondo parte della dottrina - un vero e proprio «deficit democratico»¹³⁰. Lo stesso può dirsi, *mutatis mutandis*, per gli enti investiti di funzioni di garanzia, anzitutto costituzionale¹³¹.

10. Possibili obiezioni e raffronto con gli altri divieti di *hate speech* discriminatorio.

In conclusione, disposizioni sanzionatorie che colpiscano condotte ed esternazioni motivati a carattere misogino, come quelle contenute nel DDL Zan, appaiono compatibili col dettato costituzionale. Non sembrano, dunque, condivisibili le perplessità addotte, verso interventi normativi di analogo tipo, dalla dottrina americana¹³², secondo cui le donne costituirebbero un insieme troppo ampio per potersi considerare bisognoso di tutela. Invero, contro questa tesi basterebbe richiamare la condizione di indubbia minorità in cui le persone di pelle nera permasero per quasi quarant'anni in Sudafrica, benché demograficamente preponderanti¹³³, e dalle quali, persino in alcuni Paesi occidentali, non sembrano essersi ancora del tutto emancipate¹³⁴.

Del pari, non sembra dirimente, in punto di costituzionalità, il rischio che l'elevato numero di contestazioni finisca per ingolfare i tribunali¹³⁵, con conseguenti ricadute sul versante della ragionevole durata dei processi (art. 111, co. 2 Cost.) e dell'effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.).

¹²⁷ Cfr., in prospettiva ancora più ampia, G. SULPIZI, *Donne e rappresentanza politica: la prospettiva comparata per valorizzare la differenza di genere*, in *Cons. online*, n. 3/2020, p. 767, testo e ntt. 301-302.

¹²⁸ A. FALCONE, *Partecipazione politica e riequilibrio di genere nelle assemblee elettive e negli organi di governo: legislazione e giurisprudenza costituzionale nell'ordinamento italiano*, in *Riv. AIC*, n. 1/2016, pp. 2-3.

¹²⁹ V. i numerosi richiami operati da M. LEE - Y. LO, *Are legal values gendered? Gender differences in support for judicial independence in Hong Kong*, in *Int'l J. L. Crime & Justice*, n. 62 (2020), p. 1, le quali concludono, per contro, che sulle scelte concernenti i «legal values» non sussistono differenze significative tra uomini e donne, dominando atteggiamenti razionali in capo tanto ai primi quanto alle seconde.

¹³⁰ A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo "minato" della rappresentanza politica*, in *Riv. AIC*, n. 4/2016, p. 37.

¹³¹ Cfr. l'opinione espressa dalla prima presidente donna della Consulta, la prof.ssa Marta CARTABIA: «Le Corti [costituzionali] devono assomigliare alle società in cui vanno a operare [...], per questo devono esserci nella composizione del collegio diverse prospettive, in modo che la voce della Corte sia davvero neutrale» (Marta Cartabia, *la Consulta e le donne tra storia e diritti*, in *Il Sole 24 Ore*, ediz. online, 23 gennaio 2020). «Quote rosa» nella composizione degli organi di giustizia costituzionale, del resto, operano da tempo in Belgio e, soprattutto, in Germania, come riportato da L. SCIANNELLA, *La legittimazione delle Corti costituzionali su base etnica: il caso belga*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 140-141; M. POLI, *Le Corti costituzionali dei Länder in Germania: assetti strutturali e problemi aperti*, *ibid.*, p. 34. Il modello è, inoltre, condiviso dall'Assemblea del Consiglio d'Europa, con riguardo alla selezione dei Giudici di Strasburgo: v. la risoluzione n. 1366 del 2004, in cui per la prima volta fu raccomandato agli Stati che le rose dei candidati fossero, per l'appunto, «gender balance[d]».

¹³² V. in particolare J. P. HODGE, *Gendered hate. Exploring gender in hate crime law*, Northeastern University Press, Boston, 2011, p. 20 ss., cui adde B. A. MCPHAIL, *Gender-bias hate crimes. A review*, in B. PERRY (a cura di), *Hate and bias crime. A reader*, Routledge, New York - Londra, p. 261 ss.; H. MASON-BISH, *We need to talk about women. Examining the place of gender in hate crime policy*, in N. CHAKRABORTI - J. GARLAND (a cura di), *Responding to hate crime. The case of connecting policy and research*, Policy Press, Bristol, 2015, p. 169 ss.

¹³³ Sul tema v. ampiamente V. FEDERICO, *Sudafrica*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 31 ss., e, più di recente, N. CLARK - W. WORGER, *South Africa. The Rise and Fall of Apartheid*, Routledge, New York - Londra, 2016³, p. 43 ss.

¹³⁴ Sulla difficile eradicazione del pregiudizio razzista in Occidente v. B. TREPAGNER, *Silent Racism. How Well-Meaning White People Perpetuate the Racial Divide*, Routledge, New York - Londra, 2010², p. 4 ss., cui adde, con più specifico riferimento agli USA, E. BONILLA-SILVA, *Racism without Racists. Color-Blind Racism and the Persistence of Racial Inequality in America*, Roman & Littlefield, Lanham, 2017⁵, p. 3 ss.

¹³⁵ In questo senso, di recente, P. B. GESTERFIELD, *Hate crimes. Causes, controls, and controversies*, Sage, Thousand Oaks, 2017⁴, p. 235 ss., cui cfr. già N. HALL, *Hate crime*, Routledge, New York - Londra, 2013², p. 184 ss.

Infatti, tale argomento, se preso sul serio, indurrebbe a depenalizzare proprio quei reati che, per la loro diffusione e per l'entità del danno giudizialmente ristorabile, destano il maggior allarme sociale, come ad esempio quelli connessi alla criminalità organizzata. Inoltre, esso sottovaluta, all'evidenza, il potenziale generalpreventivo della minaccia sanzionatoria.

Le considerazioni sin qui svolte lasciano impregiudicata l'eventualità che a conclusioni differenti possa pervenirsi per clausole sanzionatorie che avessero ad oggetto l'incitamento all'odio per orientamento sessuale o disabilità, o, come già previsto dall'art. 604-bis c.p., l'appartenenza razziale, nazionale, etnica o religiosa della vittima. Fattispecie, queste, sulla cui legittimità non pare, comunque, azzardato nutrire qualche dubbio, proprio in virtù della maggiore resilienza dimostrata dalle vittime ed ai ben più diffusi moti di ripulsa sociale.

A questo proposito, un parallelismo con quanto affermato con riferimento al pregiudizio misogino potrebbe, tutt'al più, ipotizzarsi per le esternazioni di carattere omofobo, dal momento che si tratta di un fenomeno, anch'esso, storicamente radicato¹³⁶ e, purtroppo, ancora piuttosto diffuso¹³⁷. E tuttavia, deve convenirsi che esso, a differenza della misoginia, è oramai oggetto di un'ampia presa di coscienza¹³⁸, come confermato, sul piano normativo, della legge n. 76/2016, la quale - sviluppando uno spunto fornito dalla Corte costituzionale¹³⁹ - consente oramai alle coppie LGBTI conviventi *more uxorio* di accedere ad un regime assai simile a quello matrimoniale¹⁴⁰.

Come accennato, maggiori perplessità sorgono, invece, con riferimento alle altre fattispecie. Invero, decenni di immigrazione hanno oramai mutato l'Italia in un Paese multiculturale, laddove buona parte degli episodi di intolleranza occasionalmente riportati dagli organi di stampa è in realtà motivata da preoccupazioni per ipotetiche ricadute sul versante della sicurezza urbana o del mercato occupazionale, piuttosto che dall'autentico convincimento che esistano "razze" umane inferiori. Allo stesso modo, benché la vastità della Rete renda tutt'altro che impossibile imbattersi in video che documentano persone disabili essere oggetto di scherno o maltrattamenti, è difficile immaginare un contesto in cui tali condotte non suscitino reazioni di sdegno¹⁴¹. Non a caso, l'abrogazione delle leggi razziali risale già al 1944 e la chiusura dei manicomi al 1978¹⁴². Invero, riservare il medesimo trattamento sanzionatorio a condotte caratterizzate da un diverso livello di pericolosità sociale si porrebbe in contrasto col principio di eguaglianza formale, *ex art. 3, co. 1 Cost.*¹⁴³.

¹³⁶ Osservava lucidamente U. ECO, *Le guerre sante - passione e ragione*, in *La Repubblica*, 5 ottobre 2011 (reperibile in www.repubblica.it), che «teoricamente siamo tutti d'accordo, è *politically correct* dire in pubblico di qualcuno che è gay, ma poi a casa si dice ridacchiando che è un frocio».

¹³⁷ Cfr. la preoccupazione espressa dal Parlamento europeo nella risoluzione P9_TA(2019)0101, *cons. C*, nt. 10, del 18 dicembre 2019, anche alla luce del crescente incremento delle discriminazioni e degli incitamenti all'odio contro le persone LGBTI, risultante da molteplici documenti dell'Agenzia europea per i diritti umani. Sul punto v. però lo scetticismo di D. AIROMA - A. MANTOVANO, *Una legge anti-omofobia*: cui prodest?, in A. MANTOVANO (a cura di), *Legge omofobia*, cit., p. 20 ss.

¹³⁸ Cfr., *mutatis mutandis*, G. PRIULLA, *Parole tossiche*, cit., p. 86: «“Che bella gnocca” non fa scandalo, “negro” sì»; «non si dice più “serva” per intendere la collaboratrice domestica, ma pare normale [...] “è passato un bel culo”».

¹³⁹ Il riferimento è, ovviamente, alla sent. 14 aprile 2010, n. 138, § 8, annotata, tra gli altri, da C. MORTATI, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempi)*, in *Foro it.*, 2010, pt. I, p. 1701 ss.; R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *NGCC*, 2010, pt. II, p. 527 ss.; R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Oss. cost.*, n. 0/2010, p. 1 ss., cui *adde*, in prospettiva più ampia, V. BALDINI, *Famiglia e diritti connessi alla vita familiare nella giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Dir. fond.*, n. 1/2015, p. 2 ss.

¹⁴⁰ Per una panoramica dei rivolgimenti legislativi e giurisprudenziali che stanno interessando la condizione delle coppie non eterosessuali v. R. ROMBOLI, *Le unioni omoaffettive tra legislatori e giudici*, in A. CIANCIO (a cura di), *Ripensare o "rinnovare" le formazioni sociali? Legislatori e giudici di fronte alle sfide del pluralismo sociale nelle democrazie contemporanee*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 23 ss., cui *adde*, per ulteriori spunti comparatistici sul riconoscimento delle unioni matrimoniali (comunque denominate), M. DIGOIX (a cura di), *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe*, Springer, Berlino, 2020, p. 11 ss.

In prospettiva *de iure condendo* è, allora, auspicabile che il legislatore, se e quando deciderà di trasfondere il contenuto del DDL Zan in un nuovo documento, abbia cura di riservare a ciascuna tipologia di *hate speech* disposizioni *ad hoc*, limitando e differenziando *ratione materiae* il ricorso alla leva penale. Ciò, peraltro, favorirebbe anche una maggiore analiticità in seno sia al dibattito pubblico che all'esame parlamentare, evitando che la maggior sensibilità sociale del momento verso alcuni temi finisca per oscurarne altri, come per l'appunto avvenuto, rispettivamente, per omofobia e misoginia.

Ma soprattutto, sarà opportuno considerare che la rigidità propria delle norme giuridiche mal si concilia con la fisiologica conflittualità delle società pluraliste, caratterizzate da un "dialogo" continuo tra istanze diverse e, talora, fisiologicamente opposte tra loro. Basti pensare alle perplessità mostrate nei confronti del DDL Zan dai vertici di alcune confessioni religiose, preoccupate per le possibili ripercussioni sulla propria libertà di magistero¹⁴⁴; ovvero, alla crescente contrapposizione politica tra movimenti femministi e associazionismo *transgender* negli Stati Uniti d'America¹⁴⁵.

Tutto ciò conferma la delicatezza e la complessità dei bilanciamenti sottesi ad ogni disciplina antidiscriminatoria, e rimarca l'esigenza che sia i Giudici costituzionali sia, soprattutto, il Parlamento tengano alta la guardia affinché simili disposizioni, anche nelle ipotesi in cui siano costituzionalmente ammissibili, non restino in vigore più di quanto sia strettamente necessario al raggiungimento del relativo scopo. Tale avvertenza, contenuta anche nel testo dell'art. 4, § 1 CEDAW, è tanto più calzante in ipotesi come quelle prese in esame nel corso di queste riflessioni, che registrano la compressione di diritti fondamentali, quali la libertà personale e quella di espressione (incriminazione degli *hate speeches* misogini), oppure pongono dei vincoli alle modalità di esercizio del diritto voto (quote rosa, cd. doppia preferenza di genere)¹⁴⁶.

¹⁴¹ Altra cosa è l'isolamento sociale in cui i portatori di *handicap* possono talora trovarsi, non perché reputati "cattivi" o "inferiori" ma per paura, ignoranza o scarsa empatia: cfr. il concetto di «disabilismo» illustrato da C. THOMAS, *Sociologies of disability and illness. Contested ideas in disability studies and medical sociology*, Macmillan, Basingstoke, 2007, p. 73, e A. SCAVARDA, «Come pinguini nel deserto». Strategie di resistenza allo stigma di famiglie con figli autistici e con Trisomia 21, in *Rass. it. sociol.*, n. 3/2020, pp. 539-540, cui cfr. infine, per alcune spigolature etimologiche, P. HARPUR, *Sexism and racism, why not ableism? Calling for a cultural shift in the approach to disability discrimination*, in *Alternative L. J.*, n. 3/2009, p. 163 ss.

¹⁴² V. rispettivamente i regi decreti legge 20 gennaio 1944, nn. 25 e 26, e la legge 13 maggio 1978, n. 180.

¹⁴³ Invero, la Corte costituzionale è sì riconosce legittimata a sindacare sia l'*an* che il *quantum* delle previsioni sanzionatorie: cfr., anche per ulteriori rinvii, la sent. C. cost. 7 giugno 2017, n. 179, § 4.2 ss., anche nella nota di F. BAILO, *Potenzialità e limiti del sindacato costituzionale in materia di dosimetria sanzionatoria (a margine della sent. n. 179 del 2017)*, in *St. iuris*, n. 3/2018, p. 306 ss. Al contempo, tuttavia, essa ha sempre professato un rigido *self-restraint*, limitandosi a sanzionare le sole scelte legislative che appaiano manifestamente irragionevoli o, addirittura, arbitrarie, come ricordato, da ultimo, dalla sent. C. cost. n. 141/2019, cit., § 7.1.

¹⁴⁴ V. le note trasmesse al Governo dalla Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni (6 novembre 2020), dalla Conferenza episcopale italiana (28 aprile 2021) e dalla Chiesa ortodossa italiana (5 luglio 2021), cui *adde* la nota verbale n. 9212/21/RS del 17 giugno 2021, a firma della Segreteria di Stato vaticana. In dottrina, v. per tutti M. LUGATO, *La nota verbale della S. Sede sul "DDLZan" - profili di diritto internazionale*, in www.centrostudilivatinio.it, giugno 2021, e R. SANTORO, *La "Nota verbale" della Segreteria di Stato sul D.d.l. Zan: un atto alla ricerca della reciproca collaborazione*, in *Dir. fond.*, n. 2/2021, p. 527 ss.

¹⁴⁵ Si tratta di questioni delicate, concernenti l'utilizzo di spazi comuni tradizionalmente destinati all'intimità, come bagni, spogliatoi *etc.*; la partecipazione alle competizioni sportive, nelle quali il sesso biologico può avere un ruolo determinante; lo svolgimento di attività associative o di gruppo (p. es. terapeutiche), nelle quali la presenza di soggetti (percepiti come) "estranei" si traduce in un elemento di disturbo: v. C. PRICE, *Women's Spaces, Women's Rights: Feminism and the Transgender Rights Movement*, in *Marq. L. Rev.*, n. 4/2020, p. 1536 ss.

¹⁴⁶ V. *supra*, rispettivamente § 4 e § 7 *in fine*, e cfr. puntualmente la nota sent. C. cost. 6 settembre 1995, n. 422, § 3 ss., che ritenne addirittura incostituzionali, perché inversamente discriminatorie, le cd. quote di lista, introdotte nel 1993. Peraltro, la rigidità di tale orientamento sembra esser stata, poi, abbandonata dalla sent. 14 gennaio 2010, n. 4, § 3.1 ss.: cfr., anche per ulteriori rinvii, A. FALCONE, *Partecipazione politica e riequilibrio di genere nelle Assemblee elettive e negli organi di governo: legislazione e giurisprudenza costituzionale nell'ordinamento italiano*, in *Riv. AIC*, n. 1/2016, p. 4 ss.

CERTIFICARE LA SALUTE?

IL CASO DEL GREEN PASS EUROPEO.

Donato Vese *

Sintesi. Questo è un articolo breve, ma intende sollevare una discussione su temi fondamentali del diritto pubblico come la certificazione sanitaria oltre che su concetti generali come la salute pubblica. Per questo motivo l'indagine si limita ad esplorare alcuni rischi che si annidano in argomenti così vasti e cruciali per lo studioso del diritto pubblico e amministrativo. A tal fine, dal punto di vista legale, il saggio analizza il recente e paradigmatico caso del Regolamento europeo sul certificato sanitario Covid-19 (c.d. *Green Pass*). Nel Regolamento, mentre la libertà di movimento sembra bilanciata con la protezione della salute pubblica, misure sproporzionate rispetto ai fini perseguiti dalle politiche europee si nascondono nelle pieghe della norma, mettendo a repentaglio diritti e libertà civili delle persone. Trattandosi di risultati (del tutto) provvisori, l'articolo si chiude con la speranza di una più ampia apertura della discussione da parte degli studiosi e delle istituzioni su questioni che ad oggi sembrano pressoché indiscutibili, come sembra per lo stesso concetto di salute pubblica.

Abstract. *This is a short article, but covers a lot of ground. It explores the risks of health certifications in administrative and public law. To this end, we will examine the paradigmatic case of the EU Regulation on Green Pass. There, while freedom of movement is balanced with the protection of public health, measures that are disproportionate to the aims pursued by public policies lie around the corner jeopardising people's civil rights and freedoms. Given that the results are (quite) provisional, the article ends with the hope of a broader opening of the discussion by scholars and institutions on issues that currently seem almost unquestionable, as it appears for the very notion of public health.*

PAROLE CHIAVE: certificazioni sanitarie, vaccini, libertà di movimento, proporzionalità, salute pubblica.

SOMMARIO: 1. Introduzione; - 2. Il Regolamento europeo sul Green Pass; - 3. Libertà di movimento; - 4. Principio di proporzionalità; - 5. Giurisprudenza amministrativa; - 6. Sfide future.

* *Trinity College Dublin, School of Law, vese@tcd.it.* Questo articolo trae spunto dalla relazione presentata all'interno del corso Law and Risk al Trinity College di Dublino. Per questo desidero ringraziare il Dr. Suryapratim Roy per la discussione e i preziosi commenti ricevuti sulla relazione. Un sincero ringraziamento va all'intero Staff della Berkeley Library per il prezioso supporto alla ricerca e particolarmente ad Iris Bedford per la sua pazienza e disponibilità. Una prima bozza è stata oggetto dell'attenta lettura di amici e colleghi che hanno migliorato in più punti la versione finale con commenti e suggerimenti davvero preziosi. Ringrazio per questo Raffaella Dagostino, Antonio Saporito, Benedetta Giordano, Antonio Mitrotti, Giovanni D'Elia e Antonio Micello. Uno grazie speciale va a Viviana Di Capua con cui - in piena pandemia - ho discusso i problemi sottesi alla vaccinazione (indiretta e/o obbligatoria). Dato che ogni lavoro scientifico non potrebbe nascere che dalla discussione delle proprie idee e dal dialogo con gli altri, anche questo è nato così. Per questo ringrazio Luca R. Perfetti che mi ha insegnato - in tante occasioni della vita accademica e non - i valori della discussione e del dialogo e Federica per aver sperimentato con me quei valori.

« On peut faire de la même façon l'analyse des soins médicaux, et d'une façon générale de toutes les activités concernant la santé des individus, qui apparaissent ainsi comme étant autant d'éléments à partir desquels le capital humain va pouvoir premièrement être amélioré, deuxièmement être conservé et utilisé le plus longtemps possible ».

Michel Foucault, *Naissance de la Biopolitique, Cours au Collège de France, 1978-1979*, Seuil/Gallimard, 2004, p. 236.

1. Introduzione.

Nella sua opera fondamentale¹, John Stuart Mill metteva in guardia dal fare affidamento sui poteri pubblici. A più di un secolo e mezzo di distanza, l'argomento di Mill sulla fallibilità dei pubblici ufficiali è ancora attuale. E noi, durante l'ultima pandemia, abbiamo imparato che non ci si può fidare dei governi.

In gran parte dell'Europa gli esecutivi avevano promesso la fine delle restrizioni con l'arrivo dei vaccini. Molti *leader* di governo avevano chiesto ai propri cittadini una forte adesione alle campagne vaccinali in cambio della fine delle restrizioni. Eppure, così non è stato. Sebbene le percentuali di vaccinazioni nei territori degli stati membri europei avevano raggiunto risultati ragguardevoli, con più dei 2/3 dei cittadini che aveva completato il ciclo vaccinale, nuove e insidiose varianti del virus hanno portato i governi a rafforzare le misure restrittive in vigore. Un netto dietro front rispetto a quanto promesso.

Misure intrusive della libertà personale come il test molecolare, la quarantena e l'autoisolamento venivano reintrodotte indipendentemente dallo status vaccinale. Eppure, solo pochi mesi prima, facendo appello ai loro cittadini affinché si vaccinassero in massa, molti governi avevano promesso la caduta delle restrizioni.

Non è un caso che, in gran parte dei paesi occidentali, i poteri pubblici abbiano puntato sui certificati vaccinali al fine di consentire di viaggiare nei loro territori e accedere a molti servizi sociali essenziali.

Le politiche dell'Unione Europea (UE) rappresentano un caso paradigmatico. Nell'UE è stato approvato il Regolamento sul "COVID Digital Certificate" (di seguito "*Green Pass*"²), che permette agli stati membri di rilasciare un certificato per viaggiare in sicurezza nell'area Schengen senza ulteriori restrizioni. Fondamentalmente, il *Green Pass* è stato progettato per dare un senso alla libertà di movimento che rappresenta una pietra miliare dell'ordinamento UE.

Tuttavia, come mostrerò in seguito, questo regolamento pone alcuni rischi per i diritti e le libertà civili delle persone. In particolare, proverò a dimostrare che il *Green Pass* si pone in contrasto con il principio di proporzionalità per come inteso nel diritto europeo. In sostanza, esaminerò il Regolamento europeo sul *Green Pass* al fine di affermare che, pur riservando alle persone una certa libertà di scelta per ottenere il certificato sanitario, in realtà promuove la vaccinazione. Più esattamente, sostengo che la vaccinazione è stata concepita dalle politiche dell'UE come uno "stato di salute" implicitamente preferenziale per ottenere il *Green Pass*. La promozione di campagne di vaccinazione di massa da parte dei governi è un chiaro indizio.

¹ J.S. Mill, *On Liberty* [1859], Yale University Press, New Haven and London, 2003, p. 88.

² Nell'articolo ho deciso di usare per convenzione il termine "Green Pass" (pass/certificazione verde) perché è il termine con cui comunemente sui media viene semplificato il termine usato dal Regolamento UE sul "*Digital COVID Certificate*" e che quindi più facilmente è associabile ai certificati sanitari Covid-19 da parte dei cittadini dell'UE. Tuttavia, come vedremo da alcuni esempi, ogni stato membro dell'UE ha adottato un termine differente per indicare il Green Pass nella propria lingua.

Qui non è messo in dubbio che i vaccini possano salvare vite, ma si contesta la scelta di porli come base giuridica per ottenere i certificati sanitari. Ciò è sproporzionato rispetto ad altre misure meno intrusive che avrebbero meglio garantito l'equilibrio tra la tutela della salute pubblica e la libertà di movimento delle persone. In realtà, promuoverli come requisito principale (e unico) per ottenere i certificati può far passare un messaggio sbagliato. In particolare, potrebbe promuovere comportamenti opportunistici da parte di alcuni che si sentirebbero legittimati da questa forma di "licenza" governativa. Ad esempio, riducendo la soglia di attenzione nel rispettare meticolosamente le misure di mitigazione e di distanziamento sociale.

Quelli descritti non sono gli unici problemi. Nella conclusione, accennerò anche alle possibili derive delle politiche basate sulla certificazione sanitaria e sul fatto che queste possano creare nuove forme di discriminazioni basate su un particolare "status di salute".

2. Il Regolamento europeo sul Green Pass.

In questo paragrafo il mio obiettivo è di analizzare la base giuridica del *Green Pass* nel contesto europeo. A tale scopo, esamineremo il Regolamento (UE) 2021/953 (di seguito "Regolamento") che fornisce un quadro giuridico comune in Europa per il rilascio, la verifica e l'accettazione dei certificati sanitari da parte degli stati membri³.

Obiettivo chiave del Regolamento è di ridare un senso alla libertà di movimento come principio basilare dell'UE⁴. Leggendo il primo articolo si comprende come il Regolamento intenda soprattutto facilitare l'esercizio del diritto alla libera circolazione da parte dei titolari del certificato sanitario *Green Pass*.

Ora, se leggiamo l'articolo 3 del Regolamento vediamo che questo prevede tre specifiche condizioni in relazione al Covid-19 per il rilascio del *Green Pass* a favore dei cittadini dell'UE:

(a) un certificato che confermi che il titolare⁵ ha ricevuto un vaccino nello Stato membro che rilascia il certificato;

(b) un certificato che confermi che il titolare ha effettuato un test in un centro sanitario ed è risultato negativo⁶;

(c) un certificato che confermi che il titolare è guarito.

Non è difficile dimostrare che, anche se il *Green Pass* prevede tre differenti opzioni, la possibilità di scelta è in realtà solo sulla carta. In effetti, come vedremo di seguito, la vaccinazione sembra l'unica via che può portare a ottenere il *Green Pass* in modo concreto. Le altre due opzioni sono scarsamente percorribili.

Il test negativo ha una validità molto breve (da min. 24 a max. 48 ore in base al tipo, molecolare o antigenico) ed è quindi sia oneroso che costoso. È oneroso perché espone il titolare della certificazione ad un continuo "testare" il suo status di salute per dimostrare la sua negatività alla malattia. È costoso semplicemente perché richiedere un prezzo ogniqualvolta che il titolare del certificato deve eseguire il test.

³ Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2021, che istituisce un "Quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, test e recupero COVID-19 per agevolare la libera circolazione durante la pandemia COVID-19" (Testo rilevante ai fini del SEE), PE/25/2021/REV/1, GU L 211 del 15.6.2021, 1-22, <http://data.europa.eu/eli/reg/2021/953/oj>.

⁴ Cfr. A. Alemanno e L. Bialasiewicz, "Certifying Health. The Unequal Legal Geographies of COVID-19 Certificates" (2021) 12 *European Journal of Risk Regulation* 273.

⁵ Secondo l'Art. 2(1) il titolare è "una persona alla quale è stato rilasciato un certificato interoperabile contenente informazioni sulla vaccinazione COVID-19, sul risultato del test o sulla guarigione di tale persona, conformemente al presente regolamento".

⁶ Cfr. Art. 2(4) del Regolamento.

La guarigione è un evento oggettivo e del tutto involontario e quindi non gestibile dal titolare del certificato. Con le dovute eccezioni⁷, è difficile credere che la gente preferisca ammalarsi per ottenere il certificato sanitario.

Questi fattori giocano a favore della vaccinazione. Questo è l'unico requisito che, a fronte di un trattamento sanitario di un certo rilievo, permette il godimento stabile dei diritti connessi alla titolarità del *Green Pass*⁸.

Che la vaccinazione sia il requisito preferenziale delle politiche pubbliche dell'UE non è un segreto. Una chiara presa di posizione del Parlamento europeo e del Consiglio a sostegno di campagne di vaccinazione su larga scala è evidenziata dallo stesso Regolamento *Green Pass*. Nel Considerando (13) si legge: "in linea con il principio di precauzione [versione forte] [...] si potrebbe fare a meno delle restrizioni in particolare per le persone vaccinate" in quanto la vaccinazione interromperebbe "la catena di trasmissione"⁹. Come si può notare, ho enfatizzato l'applicazione della versione forte del principio di precauzione; ciò perché il citato Considerando specifica che le prove scientifiche sugli effetti della vaccinazione sono ancora scarse e non ancora coerenti per quanto riguarda l'efficacia nel prevenire la trasmissione del virus tra le persone vaccinate¹⁰.

La vaccinazione è inoltre sostenuta dalle politiche pubbliche degli stati membri. I governi dell'UE hanno regolato i flussi sui loro territori attraverso campagne di vaccinazione di massa. Per rendere effettiva la campagna vaccinale, alcuni fra i governi UE come Austria, Germania e Italia hanno reso indirettamente obbligatorio il vaccino per tutta la popolazione, introducendo regole che consentono di ottenere i rispettivi *Green Pass* nazionali solo per i vaccinati.

Nell'applicare il Regolamento sul *Green Pass* i governi europei hanno anche attuato alcune misure particolarmente stringenti per i non vaccinati, come ad esempio il divieto di accedere ai principali servizi pubblici o ai luoghi di lavoro.

L'Italia, la Francia e la Germania rappresentano casi paradigmatici. Il governo italiano, rafforzando la legislazione *Green Pass* attraverso il decreto legge n. 52 del 22 aprile 2021 sul *certificato verde*, ha vietato ai non vaccinati di entrare nei teatri, nelle scuole, nelle università, nei treni e anche negli ospedali¹¹. Il governo francese con il *passé sanitaire* vieta alle persone non vaccinate di entrare ai principali luoghi pubblici¹². La Germania prevede che il *digitalen Impfnachweis* permetta di far entrare nei luoghi pubblici i soli vaccinati, con eccezione dei casi in cui vi sia un basso rischio di contagio o dove la pressione sul sistema sanitario sia bassa¹³.

⁷ V. Dardari "Bolzano, il medico denuncia: COVID party per ammalarsi e avere il Green pass", Il Giornale, 19 novembre 2021, <https://www.ilgiornale.it/news/cronache/bolzano-medico-denuncia-covid-party-ammalarsi-e-avere-green-1990398.html>.

⁸ Sulla durata del Green Pass cfr. Commissione Europea "EU Digital COVID Certificate", https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_en. Si v. anche il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie "Domande e risposte su COVID-19: Vaccines" <https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/questions-answers/questions-and-answers-vaccines>.

⁹ Regolamento (UE) 2021/953, Considerando (13) *supra*, nota 3.

¹⁰ Nel diritto dell'UE, il principio di precauzione è stato ampiamente riconosciuto come strumento che definisce la regolamentazione del rischio assieme all'obiettivo normativo di un alto livello di protezione. Tuttavia, questo principio potrebbe rivelarsi inefficace o addirittura dannoso se applicato in forma "forte". La forma forte del principio è stata autorevolmente criticata sulla base del fatto che suggerisce che la regolamentazione è necessaria ogni volta che c'è un rischio potenziale per la salute, anche se le prove di supporto sono congetturali e i costi economici della regolamentazione amministrativa sono elevati. A questo proposito, cfr. C.R. Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle* (Cambridge, Cambridge University Press 2005); e precedentemente Id., "Beyond the Precautionary Principle" (2003) 151 *University of Pennsylvania Law Review* 1003.

¹¹ Cfr. d.l. n. 52 del 22 aprile 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 87 del 17 giugno 2021, e altri decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM). Cfr. anche il d.l. n. 212 del 4 dicembre 2021 che ha ridotto da 9 a 6 mesi la validità dei certificati.

¹² LOI n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043909676>. Per il punto della situazione si veda il governo francese sul *Passe Sanitaire* su <https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/pass-sanitaire>.

Questi sono solo alcuni esempi di come i governi dell'UE hanno attuato le loro strategie di regolazione dell'emergenza a partire dall'introduzione del Regolamento sul *Green Pass*.

Tuttavia, con l'aggravarsi dell'emergenza sanitaria a causa della diffusione di varianti del virus più insidiose, la maggior parte dei governi ha emanato nuove misure restrittive della libertà, rendendo quanto mai attuale l'ammonimento di Mill sulla fallibilità dei pubblici poteri. In sostanza, tali misure non tenevano più conto dello status vaccinale, tradendo di fatto la fiducia di tutti i cittadini che avevano fatto ricorso al vaccino come soluzione per il ritorno alla normalità.

Il risultato è stato che le politiche iniziali sul *Green Pass* sono cadute a pezzi un po' ovunque in Europa¹⁴. La maggior parte dei governi europei ha rivalutato i diritti connessi al Regolamento sul *Green Pass* e implicitamente i benefici inerenti allo stato di vaccinazione per accedere nei territori degli stati membri e consentire l'esercizio delle principali attività sociali¹⁵. In sostanza, il certificato sanitario non era più sufficiente se non corredato anche di un test molecolare o antigenico rapido (della durata di 24/48 ore rispettivamente). Non solo, ma più gravemente, misure particolarmente restrittive della libertà come la quarantena e l'autoisolamento sono state reintrodotte¹⁶. Per fare un esempio, il governo italiano ha stabilito nuove regole oltre a quelle del *Green Pass*, introducendo il c.d. *super green pass* e imponendo la vaccinazione obbligatoria per gli over 50¹⁷.

Abbiamo visto, dunque, come le politiche dell'UE avevano scommesso sul *Green Pass* per ripristinare la libertà di circolazione dei cittadini europei nei territori degli stati membri. Nel fare ciò, si è fatto leva essenzialmente sui vaccini. Tuttavia, sebbene i vaccini siano stati cruciali per salvare vite umane, si sono dimostrati inefficaci nel contenere la diffusione del virus. Di conseguenza, misure particolarmente intrusive della libertà delle persone sono state introdotte. Fatto ancor più grave è che tali misure non tengono più conto (o ne tengono molto meno) dello status vaccinale.

Nel paragrafo successivo, al fine di valutare la legittimità del Regolamento sul *Green Pass*, esplorerò il principio di proporzionalità applicandolo al contesto delle certificazioni sanitarie. Prima di fare ciò, dovrò brevemente delineare il quadro giuridico dell'UE sulla libertà di movimento, prestando attenzione alle recenti deroghe dovute all'emergenza sanitaria.

3. Libertà di movimento.

Da cittadini europei noi sappiamo molto bene che la libertà di movimento è una pietra miliare dell'UE e un diritto fondamentale di ogni persona¹⁸.

¹³ Bundesministerium für Gesundheit, "Fragen und Antworten zum digitalen Impfnachweis" <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/faq-covid-19-impfung/faq-digitaler-impfnachweis.html>.

¹⁴ Per l'introduzione di ulteriori misure sanitarie per ottenere il certificato COVID, si v. A. Giuffrida e J. Henley "Italy to tighten COVID rules for unvaccinated with super green pass, *The Guardian*, 24 novembre 2021, <https://www.theguardian.com/world/2021/nov/24/italy-poised-to-tighten-rules-for-unvaccinated-with-super-green-pass>.

¹⁵ Per le recenti misure restrittive in Francia, si v. A. Sandford, "COVID: Omicron variant prompts France to drastically restricting travel to and from UK 17 dicembre 2021", *Euronews*, <https://www.euronews.com/2021/12/16/france-to-tighten-entry-requirements-for-uk-arrivals-over-omicron-covid-variant>.

¹⁶ Sulle recenti restrizioni negli Stati membri dell'UE, si v. "COVID in Europa: lista completa delle restrizioni di viaggio per ogni paese europeo", <https://www.euronews.com/travel/2021/12/08/what-s-the-latest-on-european-travel-restrictions>.

¹⁷ Le misure in questione sono state introdotte con il d.l. 7 gennaio 2022, n. 1, "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza COVID-19, in particolare nei luoghi di lavoro, nelle scuole e negli istituti della formazione superiore". (22G00002) (GU Serie Generale n.4 del 07-01-2022), entrato in vigore l'8 gennaio 2022. Per le principali novità cfr. <https://www.leggioggi.it/2022/01/10/super-green-pass-guida-completa/#Cose>.

¹⁸ Cfr. P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials* (Oxford, Oxford University Press, 6th edn, 2015), p. 15, 744, 784, 796, pp. 966-70, 972-3, p. 976. Si veda anche E. Baldoni, "La libera circolazione delle persone nell'Unione europea: A Legal-historical Overview", *Pioneer Working Paper No. 2*, 2003, pp. 10.

Secondo il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), ogni cittadino ha il diritto fondamentale di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli stati membri, con le sole limitazioni previste dagli altri trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi. Inoltre, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CFREU) e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) garantiscono ad ogni cittadino il diritto di muoversi liberamente nel territorio degli stati membri. Il diritto alla libertà di movimento è specificamente regolato dalla direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce in dettaglio le procedure per esercitarlo¹⁹. Gli stati membri possono limitare la libertà di movimento per ragioni di salute pubblica, secondo il diritto dell'UE²⁰. Durante la recente emergenza, diverse misure sanitarie riguardanti i requisiti obbligatori di quarantena, autoisolamento e test per l'infezione sono stati presi dai governi dell'UE limitando il diritto delle persone di muoversi liberamente all'interno dei territori degli stati membri, oltre che di accedere ai principali servizi pubblici²¹.

Per coordinare i vincoli governativi imposti dall'emergenza, il Consiglio ha adottato la raccomandazione (UE) 2020/1475²². Essa fornisce alcune coordinate per la regolamentazione del rischio sanitario nell'UE, selezionando criteri comuni per l'attuazione dei divieti di viaggio, definendo aree geografiche con diversi codici di colore a seconda del livello di rischio per la diffusione del virus in queste aree, e applicando misure proporzionate per le persone che si spostano in questi territori. Inoltre, per rafforzare il processo decisionale dei governi, il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC) pubblica ogni settimana i dati relativi al numero di casi che si verificano negli stati membri, così come i tassi di test e di positività riportati per regione geografica²³.

Gli Stati membri possono limitare la libertà di movimento delle persone per ragioni di salute pubblica, purché lo facciano nei limiti dei principi fondamentali dell'UE. Ogni restrizione al diritto fondamentale di libera circolazione deve essere guidata dal raggiungimento dell'interesse pubblico attraverso ragioni specifiche e limitate.

4. Principio di proporzionalità.

Per approfondire questi temi, valuteremo ora se le restrizioni alla libera circolazione delle persone per scopi di salute pubblica siano conformi a uno degli elementi chiave dell'ordine giuridico dell'UE, vale a dire il principio di proporzionalità. Nello specifico, guarderemo all'applicazione di questo principio ai certificati sanitari e al *Green Pass* in particolare.

Il principio di proporzionalità come strumento giuridico di bilanciamento dei diritti fondamentali è sancito da una delle più importanti convenzioni sui diritti delle persone: la CEDU.

¹⁹ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al “Diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68, GU L 158 del 30.4.2004, pp. 77-123, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004L0038>.

²⁰ Per una panoramica sui principi che mediano i conflitti tra libera circolazione e beni pubblici, si v. D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law* (Cambridge, Cambridge University Press, IV ed., 2019), pp. 827-849.

²¹ Per un'analisi delle misure introdotte dagli stati membri dell'UE che influiscono sulla libera circolazione delle persone durante la pandemia, si v. D. Duic, V. Sudar, “The Impact of COVID-19 on the Free Movement of Persons in the EU” (2021) 5 *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, pp. 30-56.

²² Raccomandazione (UE) 2020/1475 del Consiglio, del 13 ottobre 2020, su un “Approccio coordinato alla limitazione della libera circolazione in risposta alla pandemia COVID-19” (Testo rilevante ai fini del SEE) GU L 337 del 14.10.2020, pp. 3-9 ELI: <http://data.europa.eu/eli/reco/2020/1475/oj>.

²³ Cfr. ECDC, “Mappe a sostegno della raccomandazione del Consiglio su un approccio coordinato alle misure di viaggio nell'UE”, <https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/situation-updates/weekly-maps-coordinated-restriction-free-movement>.

La Convenzione afferma che i limiti all'esercizio dei diritti sono ammessi solo se le restrizioni sono stabilite dalla legge e sono necessarie, in una società democratica, a proteggere altri diritti: nel nostro caso, la salute pubblica.

La proporzionalità, che si applica sia alle azioni degli stati membri che a quelle delle istituzioni europee, appare particolarmente rilevante per quanto riguarda il caso del diritto alla libertà di movimento dei cittadini dell'UE dopo l'introduzione del Regolamento sul *Green Pass*.

I giuristi²⁴ e la giurisprudenza²⁵ forniscono un importante quadro di riferimento, stabilendo le condizioni alla luce delle quali la proporzionalità di una misura può essere determinata. In particolare, la proporzionalità di una misura viene valutata attraverso tre test: necessità, adeguatezza e proporzionalità *stricto sensu*²⁶. Le norme sul *Green Pass* e le misure governative che si basano sull'*enforcement* di questo regolamento non sono esenti dalla verifica del rispetto dei tre criteri²⁷.

All'inizio della nostra discussione abbiamo chiarito gli obiettivi per l'introduzione del Regolamento *Green Pass*. Le politiche dell'UE fanno riferimento in particolare sia alla ripresa delle attività economiche e sociali, sia alle migliori condizioni per i viaggi su territori degli stati membri.

Tuttavia, se il *Green Pass* prevede che i viaggi e le attività socio-economiche possano essere ripresi in sicurezza, dovremmo aspettarci che ci siano prove scientifiche sufficienti a dimostrare che le persone in possesso di tali certificati non siano in grado di trasmettere il virus, o almeno che ci siano meno probabilità di trasmetterlo secondo una certa soglia di rischio. Pertanto, la salute pubblica è l'elemento chiave alla luce del quale la politica e gli obiettivi del *Green Pass* possono essere spiegati.

²⁴ Cfr. G. de Búrca, "The Principle of Proportionality and its Application in EC Law" (1993) 13 Yearbook of European Law 105; A. Sandulli, "Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati" (1995) Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico 329; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law* (Kluwer, 1996); G. Gerapetritis, *Proportionality in Administrative Law* (Sakkoulas, 1997); D.-U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo* (Giuffrè, 1998); E. Ellis (ed), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Hart, 1999); J. Jans, "Proportionality Revisited" (2000) Legal 27 Issues of Economic Integration 239; U. Bernitz, J. Nergelius, *General Principles of European Community Law* (Kluwer, 2000); E. Castorina, "Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una Democrazia europea" (2003) Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 301; D.-U. Galetta, "La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento" (2006) Giornale di Diritto Amministrativo 1106; T. T. Tridimas, *The General Principles of EU Law* (Oxford University Press, 2 ed., 2006) cap. 3; J. Schwarze, *European Administrative Law* (Sweet & Maxwell, ed. riv., 2006) cap. 5; A. Stone Sweet, J. Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism" (2008) 47 Columbia Journal of Transnational Law 73; T.I. Harbo, "The Function of the Proportionality Principle in EU Law" (2010) European Law Journal 158; P. Craig, *EU Administrative Law*, 2 ed., (Oxford University Press, 2012) 590-640; A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge University Press, 2012); M. Klatt, M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (Oxford, Oxford University Press, 2012); W. Sauter, "Proportionality in EU Law: A Balancing Act?" (2013) 15 Cambridge Yearbook of European Legal Studies 439; B. Pirker, "Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study" (Groningen, Europa Law Publishing, 2013).

²⁵ Cfr. Corte di Giustizia UE, causa C-331/88 "Fedesa e altri" [1990] ECR I-2340, dove la Corte ha stabilito: "[i]n base al principio di proporzionalità, che è uno dei principi generali del diritto comunitario, la legittimità del divieto di un'attività economica è subordinata alla condizione che le misure di divieto siano appropriate e necessarie per raggiungere gli obiettivi legittimamente perseguiti dalla legislazione in questione".

²⁶ Nella giurisprudenza europea, non c'è un consenso unanime sul fatto che questo principio comprenda anche la cosiddetta proporzionalità *stricto sensu*. Si v. P. Craig, *EU Administrative Law*, *supra* nota 24, pp. 591-92, e anche pp. 601-4. Si v. anche W. van Gerven, "The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe" in Ellis (ed), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, *supra* nota 24, pp. 37-38. Secondo Craig "[l]a normale formulazione giudiziaria della proporzionalità è espressa in termini di adeguatezza e necessità. Inoltre, i tribunali dell'UE non sempre affrontano ciò che è generalmente noto come l'indagine di proporzionalità *stricto sensu*". Nonostante ciò, Craig sostiene che "ci sono comunque due ragioni per resistere a questa conclusione" (traduzione mia). Per queste due ragioni, cfr. pp. 601-2 e la giurisprudenza dell'UE lì citata.

²⁷ Cfr. E. Paris "Applying the Proportionality Principle to COVID-19 Certificates" (2021) 12 European Journal of Risk Regulation 287.

Venendo alle tre componenti giuridiche che costituiscono il principio di proporzionalità, dobbiamo innanzitutto verificare e valutare l'idoneità della misura in relazione al suo obiettivo (c.d. *suitability*). Così, nel valutare l'idoneità di questi certificati, consideriamo la loro adeguatezza e il *background* scientifico che li sostiene come misure per raggiungere gli obiettivi perseguiti.

Poi, va determinata la reale necessità della misura introdotta dalle politiche pubbliche rispetto agli obiettivi proposti (c.d. *necessity*), vale a dire verificando che tali certificati rappresentino la misura meno restrittiva per le libertà civili delle persone²⁸, rispetto ad altre possibili soluzioni.

Infine la proporzionalità *stricto sensu*²⁹, secondo cui le misure non dovrebbero essere chiaramente sproporzionate quando si bilanciano costi e benefici³⁰. Questo implica che, nel caso del Regolamento sul *Green Pass*, i diritti fondamentali della libertà di movimento non possono essere irragionevolmente o sproporzionatamente colpiti solo per raggiungere l'obiettivo perseguito dalle politiche dell'UE.

Esaminando l'adeguatezza del *Green Pass* ci rendiamo conto che, per quanto abbiamo discusso finora, il quadro scientifico delle conoscenze sull'efficacia dei vaccini ad impedire o quanto meno a contenere la diffusione dell'infezione induce ad essere molto cauti. Di conseguenza, l'appropriatezza di questa misura dovrebbe essere messa in discussione. Al contrario, come è reso evidente dai dati epidemiologici e che mostrano il boom delle infezioni durante la diffusione di nuove e più insidiose varianti del virus, la vaccinazione si è dimostrata inefficace a impedire o limitare la diffusione del contagio.

I vaccini hanno giocato un ruolo chiave per impedire conseguenze gravi della malattia e questo è un cavallo di battaglia che le politiche pubbliche e i governi europei hanno usato per promuovere le campagne di vaccinazione di massa. Tuttavia l'idoneità rispetto al principio di proporzionalità di questa misura pubblica non è comunque soddisfatta, se si tiene conto che lo scopo della politica del Regolamento sul *Green Pass* è quello di ripristinare la libertà di movimento in modo sicuro all'interno dei territori degli stati membri. E questo è ciò che i dati sull'elevato numero di contagi in tutta Europa contraddicono.

Per quanto riguarda il profilo della necessità, sembra abbastanza chiaro da quanto argomentato finora che la misura amministrativa sanitaria della vaccinazione - che, come abbiamo detto, è l'unico strumento che permette di ottenere il certificato *Green Pass* in modo concreto - non è la misura meno restrittiva se confrontata con altre disponibili.

Non è il momento né l'occasione per parlarne. Ma qui basti pensare che un vaccino è un trattamento medico invasivo, mentre indossare una mascherina protettiva e rispettare le misure di distanziamento sociale, anche se limitativi della libertà personale, non possono tuttavia essere qualificati come trattamenti sanitari che incidono sulla salute della persona.

Per essere più chiaro, esaminiamo nuovamente la questione. I dati epidemiologici mostrano che i vaccini, anche se implementati in tutta Europa in modo abbastanza efficace, non hanno contribuito più di altre misure a impedire la diffusione dell'infezione. Ciò è sotto gli occhi di tutti, anche dei governi che hanno reintrodotta misure intrusive al di là dello stato di vaccinazione. Se è così, potremmo chiederci cosa sia successo dopo che si è presa coscienza di questo fallimento inaspettato. Sorprendentemente (o no, a seconda dei punti di vista), un po' ovunque in Europa i governi hanno (re)introdotta misure di contenimento del contagio che incidono notevolmente sulla libertà di spostamento e di accesso ai servizi pubblici e privati essenziali.

²⁸ Cfr. W. Sauter, "Proportionality in EU Law: A Balancing Act?", *supra* nota 24.

²⁹ Cfr. P. Craig, *EU Administrative Law*, *supra* nota 24, pp. 601-2, dove l'autore chiarisce la rilevanza del test di proporzionalità *stricto sensu*. Quest'ultimo test si ha quando il giudice ha trovato che la misura era sia adatta che necessaria per raggiungere il fine desiderato, ma il richiedente sostiene che l'onere posto su di lui dalla misura dovrebbe comunque essere considerato sproporzionato rispetto ai benefici assicurati.

³⁰ Cfr. E. Paris "Applying the Proportionality Principle to COVID-19 Certificates", *supra* nota 27, p. 292.

Ma, come detto, il fatto che più dovrebbe far riflettere è che le nuove politiche pubbliche hanno disatteso il *Green Pass* europeo e con esso, sostanzialmente, lo *status* vaccinale. In effetti, se guardiamo ai provvedimenti emanati dai governi europei, subito dopo la diffusione di nuove varianti del virus, noteremo che sono state richieste condizioni ulteriori come l'esibizione di un test negativo, un periodo di quarantena/autoisolamento, oltre che l'obbligo di mascherine protettive.

Nessuno qui vuole dubitare che i vaccini possano salvare vite umane. Ma impedire, o almeno limitare significativamente, la diffusione della pandemia è una questione diversa. E, come dimostrano i dati, i vaccini non sono serviti a questo scopo.

Dobbiamo infine verificare il terzo criterio del test di proporzionalità, vale a dire la proporzionalità *stricto sensu*. Sulla base di questo parametro, l'analisi costi-benefici suggerisce che non si può chiedere alle persone di vaccinarsi per poter circolare liberamente e accedere ai servizi essenziali quando sono presenti misure meno intrusive della libertà personale e altrettanto efficaci; o anche "più" efficaci, visto che la funzione dei vaccini è quella di proteggere da conseguenze gravi dell'infezione e non di impedire la trasmissione e la diffusione del *virus*.

Inoltre, l'analisi costi-benefici deve tenere conto che molte persone potrebbero essere eticamente, culturalmente o religiosamente contrarie ai trattamenti sanitari e alle vaccinazioni in particolare. Ciò non significa che tali persone possano essere escluse dalla vita sociale. Non sorprende che in tutti i paesi europei ci siano state e continuino ad esserci veementi proteste contro le politiche dei certificati sanitari basate essenzialmente sul requisito della vaccinazione³¹.

C'è poi un'altra questione, non meno importante di quelle che abbiamo sin qui esaminato. Il fatto di porre i vaccini alla base delle politiche sul *Green Pass* e magari in futuro per altri certificati sanitari porta con sé un particolare rischio. Il rischio è che tale politica possa promuovere comportamenti opportunistici da parte di coloro che si sentono legittimati da una sorta di "licenza" governativa a comportarsi in modo irresponsabile per la salute degli altri, riducendo la soglia di attenzione rispetto alle misure precauzionali e di mitigazione. È un po' quello che succede con l'assicurazione obbligatoria per legge contro gli incidenti stradali, dove l'automobilista potrebbe essere incentivato a guidare in modo meno prudente (o, in ipotesi estreme, avventato) sapendo che in caso di sinistro può sempre contare sulla copertura della sua polizza.

Un recente lavoro empirico, che ho esaminato in qualità di revisore scientifico³², mostra - seppure su un campione limitato quantitativamente e geograficamente di persone - come la maggior parte degli intervistati abbia deciso di vaccinarsi non tanto per i rischi legati alla malattia, quanto piuttosto per paura di restare esclusi dai servizi pubblici e privati essenziali; sostanzialmente per ottenere il *Green Pass* e non essere tagliati fuori dalla vita sociale secondo la seguente logica:

no vaccino > no Green Pass > no vita sociale

5. Giurisprudenza amministrativa.

In Italia, una decisione del Consiglio di Stato ha toccato alcuni punti relativi agli argomenti che ho affrontato in questo articolo.

³¹ Cfr. A. Brezar, "New COVID measures and restrictions spark protests across Europe, inciting anger", EuroNews, 20 dicembre 2021, <https://www.euronews.com/2021/12/19/new-covid-measures-and-restrictions-spark-protests-across-europe-inciting-anger>.

³² G. Moccia, L. Carpinelli, G. Savaresem, F. De Caro, *Vaccine Hesitancy and the Green Digital Pass: A Study on Adherence to the Italian COVID-19 Vaccination Campaign*, *Int. J. Environ. Res. Public Health* 2022, 19(5), 2970; <https://doi.org/10.3390/ijerph19052970>.

La sentenza è stata adottata dalla III Sezione il 20 ottobre 2021, n. 7045 su relazione del Dr. Massimiliano Nocelli. Si tratta di una pronuncia densa di contenuti (78 pagine) e che tocca temi di rilevante attualità.

La questione sul tavolo del giudice era relativa alla sicurezza e all'efficacia dei vaccini e traeva origine dalla contestazione di una legge nazionale che obbliga medici, infermieri e molti altri professionisti dell'area sanitaria a sottoporsi alla vaccinazione³³. Qui ad essere in gioco non è il *Green Pass*, ma è l'obbligo vaccinale per una specifica categoria di persone che per ragioni di servizio è - almeno sulla carta - esposta ad un rischio maggiore di altre di contrarre e diffondere il virus.

Un primo punto critico della norma deriva dal riferimento generico all'intera categoria del personale sanitario, quando una valutazione appropriata del rischio avrebbe suggerito di selezionare e restringere il campo a quella cerchia di professionisti che sono realmente esposti al contagio. Il rischio - sempre a livello potenziale - che corre un endocrinologo non è lo stesso che corre un infettivologo, né quello che corre un medico del pronto soccorso è il medesimo che corre un medico di medicina generale.

Al di là della irragionevolezza della norma, la decisione del Consiglio di Stato è corretta. Ma lo è solo perché le censure delle parti sono poste in modo sbagliato. La tesi della difesa sulla "sperimentalità" dei vaccini non è corretta. Perlomeno, i vaccini autorizzati "in via condizionale" non sono tali per la legge Europea, né per quella italiana.

Allo stesso modo, neppure il ragionamento seguito dal giudice su alcuni rilevanti punti della questione che toccano da vicino l'argomento della vaccinazione come base per ottenere il *Green Pass* è convincente.

Secondo il giudice l'efficacia del vaccino nell'impedire la trasmissione del contagio sarebbe confortata dai dati dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS)³⁴. Tuttavia i dati cui fa riferimento l'estensore della sentenza non sono idonei a definire se il vaccino previene dall'infezione. Semmai sono utili a stabilire se il vaccino sia stato in grado di evitare le conseguenze più gravi della malattia, che è lo scopo principale di un farmaco. È difficile sostenere che ci siano farmaci che presi sulla propria persona siano utili ad altri.

È evidente che non si può stimare la percentuale di prevenzione da contagio dovuta ai vaccini esclusivamente su un campione di dati di persone positive al virus. Chi ci dice che un minore numero di contagiati non sia dovuto al rispetto delle misure di distanziamento, delle misure di mitigazione o semplicemente al buon senso delle persone?

Eppure ciò che più preoccupa della sentenza in questione è un altro profilo, che qui anticipiamo e che sarà oggetto della riflessione che chiude il paragrafo finale dell'articolo, esposta nella forma del tutto provvisoria propria delle questioni aperte e delle sfide future.

L'estensore della sentenza tocca il tema cruciale della tutela della salute pubblica e lo fa "mettendo in guardia" da concezioni costituzionali che costruiscono la salute pubblica come bene appartenente solo al singolo individuo, piuttosto che alla collettività³⁵.

Ma cosa intendeva dire il giudice amministrativo con "salute pubblica"? È un interrogativo a cui non darò una risposta qui, ma sarà un utile punto da dove far partire future ricerche. Sul punto, come anticipato, tornerò nell'ultima parte del paragrafo che segue.

6. Sfide future.

³³ Decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 79 del 1 aprile 2021), coordinato con la legge di conversione 28 maggio 2021 n. 76 recante: «Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici».

³⁴ Consiglio di Stato, Sezione III Sezione, 20 ottobre 2021, n. 7045, pp. 41-42.

³⁵ Ibid., pp. 56-57.

Prima di giungere ad alcune conclusioni e discutere del significato di salute pubblica vorrei toccare un altro aspetto molto delicato della questione legata alla certificazione sanitaria. Le politiche dell'UE sul *Green Pass*, ma più in generale su altri certificati vaccinali, possono comportare un rischio per la democrazia. Esse potrebbero creare discriminazioni basate sullo stato di salute, distinguendo coloro che sono vaccinati da quanti non lo sono. Determinare quali persone possono godere delle libertà civili e quali no, o almeno chi non può essere limitato da chi può, potrebbe in futuro dipendere da un "status sanitario".³⁶

È questo un punto che va chiarito. Vaccinarsi è un modo terapeutico per preservare la propria salute, non una base giuridica per permettere o proibire l'accesso alla vita sociale e il godimento dei diritti e delle libertà civili delle persone.

Eppure, se prendiamo ancora una volta il Regolamento europeo sul *Green Pass*, le nostre perplessità non possono che aumentare. Nel Considerando (7) del Regolamento si legge: "[l]a libera circolazione delle persone che [...] non rappresentano un rischio significativo per la salute pubblica, ad esempio perché sono immuni e non possono trasmettere la SARS-CoV-2, non dovrebbe essere limitata, poiché tali restrizioni non sarebbero necessarie per raggiungere l'obiettivo della salvaguardia della salute pubblica"³⁷ (enfasi mie).

Questa presa di posizione solleva almeno tre questioni. La prima riguarda la preferenza per lo stato di salute della persona vaccinata ("immunizzata" nel testo).

La seconda riguarda il concetto di salvaguardia della salute pubblica.

La terza riguarda la non trasmissibilità del virus da parte dei vaccinati.

Ho spiegato il mio punto di vista sulla prima e la terza questione, e qui è sufficiente dire che la vaccinazione non è efficace per ridurre il rischio di trasmissione dell'infezione rispetto ad altre misure meno invasive e più efficaci, pertanto non può essere accordata una preferenza sulla base di tale requisito sanitario.

Il secondo punto richiederebbe una discussione approfondita che va oltre lo scopo di questo articolo. Possiamo almeno esaminare il problema ponendo una domanda che può essere il punto di partenza per future ricerche. Cosa si intende con la frase "raggiungere l'obiettivo di salvaguardare la salute pubblica"?

Il mio punto di vista qui è semplice. Non è chiaro cosa si intenda per salute pubblica, né è conseguentemente chiaro come si debba raggiungere quest'obiettivo. Con salute pubblica si intende la salute di ogni individuo singolarmente inteso o si intende un parametro oggettivo, uno *standard*, che indica lo stato di salute di una collettività come può essere la popolazione di uno stato membro? Inoltre, se si tratta di uno *standard*, chi decide che tale standard sia corretto in relazione ad ogni singola persona?

A tal proposito noi sappiamo come lo scopo principale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) è quello "di portare tutti i popoli al più alto livello possibile di salute"³⁸ (enfasi mia).

Ma chi decide quale sia il più alto livello di salute per un singolo individuo piuttosto che di un intero popolo? Come si potrebbe misurare in termini di costi-benefici³⁹ il trattamento terapeutico richiesto al singolo (costo/sacrificio), come è nel caso della vaccinazione di una popolazione, per il bene della salute pubblica (beneficio)?

³⁶ Su questo argomento, si v. le due opere fondamentali di M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione: Corso al Collège de France, 1977-78* (Feltrinelli, Milano 2005) e *La nascita della biopolitica: Corso al Collège de France, 1978-79* (Feltrinelli, Milano 2005), quest'ultimo citato anche nella versione originale in francese nell'epigrafe. Recentemente, si v. K. Berker, "Biosecurity: securing circulations from the microbe to the macrocosm" *The Geographical Journal* (2015) 181(4), pp. 357-365.

³⁷ Regolamento (UE) 2021/953, Considerando (7) *supra* nota 3.

³⁸ Cfr. Art. 1 della Costituzione dell'OMS, 22 giugno 1946, 14 UNTS 185, disponibile online all'indirizzo: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (traduzione ed enfasi mie).

³⁹ Per un'analisi illuminante sui temi della valutazione della vita si v. C.R. Sunstein, *Valuing Life: Humanizing the Regulatory State*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2014.

Sono questioni che sollevano più di una ragione urgente per una discussione approfondita e pongono delle sfide alle definizioni consolidate nel diritto pubblico che tuttavia dovrebbero essere affrontate nel prossimo futuro.

GEOPOLÍTICA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CRISIS EN LA GLOBALIZACION: SU IMPACTO EN EL DERECHO EUROPEO Y LAS LENGUAS¹

Vicenta Tasa Fuster

Derecho Constitucional (Universitat de València)

Resumen - La inteligencia artificial es una tecnología con múltiples aspectos disruptivos. Su avance y desarrollo coincide en el tiempo con problemas o crisis en la globalización neoliberal dominante y con análisis que, desde el mundo científico, alertan sobre la inexistencia de recursos minerales y energéticos para mantener el ritmo de crecimiento exponencial de la economía también en los aspectos relacionados con las tecnologías digitales y la IA. En este marco general, compiten los diferentes modelos de IA del mundo (China, Estados Unidos, e incipientemente la UE), y todos lo hacen, paradójicamente, sin tener en cuenta el hecho lingüístico, favoreciendo la posición dominante del inglés y marginando a las lenguas no hegemónicas y los derechos lingüísticos de sus hablantes.

Palabras clave: Inteligencia artificial, globalización, recursos naturales, modelo de IA, UE, lenguas.

Abstract: artificial intelligence is a technology with multiple disruptive aspects. Its advance and development coincide in time with problems or crisis in the dominant neoliberal globalization and with analyzes that, from the scientific world, warn about the lack of mineral and energy resources to maintain the rate of exponential growth of the economy also in aspects related to digital technologies and AI. In this general framework, the different AI models of the world compete (China, the United States, and incipiently the EU), and all do so, paradoxically, without considering the linguistic fact, favoring the dominant position of the English, and marginalizing non-hegemonic languages and the linguistic rights of their speakers.

Keywords: Artificial intelligence, globalization, natural resource, AI model, EU, languages.

ÍNDICE: 1. Introducción 2. La cuarta revolución industrial, un proceso disruptivo 3. ¿Crisis de la globalización neoliberal? 4. ¿El final de la era de la abundancia de recursos energéticos y minerales? 5. Geopolítica y modelos de inteligencia artificial 6. La construcción de un modelo humanista sobre inteligencia artificial en la UE 7. Lengua dominante, lenguas grandes y lenguas no hegemónicas ante la inteligencia artificial 8. Consideraciones finales 9. Bibliografía citada.

1. Introducción

El desarrollo de la tercera revolución industrial y tecnológica, la de la era digital y la informática comunicativa, iniciada en la década de 1970 está dando lugar en estos momentos a la cuarta revolución industrial que se manifiesta en el avance de la robotización y la inteligencia artificial (IA).

¹ Este artículo se ha realizado con el patrocinio del Projecte d'investigació emergent, Les llengües en la societat digital. Intelligència artificial, tecnologies de la comunicació i futur de les llengües minoritàries. GV2020-049, de la Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana.

Como ha ocurrido tradicionalmente con todas las transformaciones tecnológicas que alteran profundamente las formas de trabajo, la comunicación entre los ciudadanos y las funciones de los poderes públicos, además de los comportamientos sociales, la inteligencia artificial ha generado un debate colectivo en el que se entrecruzan posiciones acríicas sobre sus beneficios con otras que únicamente ven en ella perjuicios para la sociedad, con múltiples posiciones que analizan la cuestión de manera más matizada. En este sentido, el temor a los usos abusivos de los *big data* y a las sinergias entre la inteligencia artificial y la robótica han llevado a hablar de la necesidad de configurar un espacio ético de referencia que asiente unos principios básicos en torno a la inteligencia artificial y su desarrollo equilibrado y responsable, y a exigir una regulación legal por parte de los gobiernos competentes que sea ajustada a las nuevas realidades tecnológicas y a los cambios en los paradigmas y en el valor y significado de las categorías jurídicas tradicionales.

En este trabajo, nos referiremos en primer lugar a tres fenómenos coincidentes en el tiempo pero con consecuencias potenciales divergentes: por un lado el desarrollo de la inteligencia artificial como tecnología expansiva y disruptiva; por otro, los elementos de crisis que estarían afectando a la globalización neoliberal que ha conformado las sociedades y la economía mundial en los últimos cuatro decenios y que podría estar enfrentándose, en estos momentos, a tendencias fragmentadoras de los espacios geopolíticos, a enfrentamientos comerciales, a problemas estructurales para recomponer los flujos comerciales durante la pandemia de la Covid-19, y lo que sería más grave la escasez de recursos; de hecho, el último apartado para delimitar los marcos del debate se centraría en un acercamiento a los análisis decrecentistas que ponen el acento en el hecho de que estaríamos chocando, en estos momentos, con los límites naturales del planeta en lo que se refiere a materias primas minerales y recursos energéticos extraídos. Establecido este espacio de debate, nos centramos en los modelos de inteligencia artificial que podrían producirse si los análisis decrecentistas son válidos, en todo o en parte, y, singularmente, en aquellos modelos que se están desarrollando en el planeta actualmente. Posteriormente analizaremos el proceso de construcción de un modelo humanista de inteligencia artificial que está intentando impulsar la UE en estos momentos, con muchas limitaciones. Y finalizaremos el trabajo subrayando que, paradójicamente, siendo la relación mayoritaria entre máquinas y humanos mayoritariamente lingüística, las lenguas, y menos aún la jerarquía de las lenguas, no aparece en los debates jurídicos y de políticas públicas sobre desarrollo digital e IA, y eso repercute negativamente en los derechos civiles y lingüísticos de las personas que hablan lenguas no hegemónicas, aunque sean oficiales, y más aún en los derechos de quienes hablan lenguas que no son plena y completamente oficiales.

2. La cuarta revolución industrial, un proceso disruptivo.

Es un lugar común afirmar que vivimos una época de cambio acelerado. No es la primera vez que se afirma este tópico en un momento de la historia humana; pero en materia de conocimiento y de innovaciones tecnológicas acumuladas pocas veces ha sido tan cierto como lo es ahora. Desde la primera revolución industrial y tecnológica, iniciada a mediados del siglo XVIII en Inglaterra, el conocimiento humano acumulado ha crecido de manera exponencial siguiendo el modelo teorizado por Kondratieff (1984), y, además, desde la revolución digital se multiplica de manera cada vez más rápida; estimándose que en estos momentos el conocimiento tecnológico se duplica cada dos años y en una década lo hará cada poco más de dos meses.

Pero la cuestión de fondo no es que el conocimiento acumulado se multiplique más rápidamente. No se trata de un problema cuantitativo, sino cualitativo. Vivíamos en sociedades materiales y analógicas, que se sentían sólidas y estables. Hoy, esas percepciones han desaparecido (Bauman 2018), aunque permanezca el deseo de estabilidad y seguridad de los grupos humanos, connatural a nuestra especie (Hariri, 2018) y aunque se produzcan fenómenos de hiperpresentismo e inmediatez que llevan a la progresiva desaparición de los proyectos colectivos basados en unas ideas bastante generales sobre un pasado común y un proyecto de futuro compartido, destruidas por un presente permanente, accidental (Virilio 2009) e inconsistente (Han 2015).

Hay una serie de constantes en todas las revoluciones decisivas a las que ha hecho frente la especie humana y, especialmente en las revoluciones industriales y tecnológicas de los últimos tres siglos (Hariri 2016). Todas han aumentado la esperanza de vida y las capacidades de las personas para mejorar su calidad de vida, además de favorecer un crecimiento exponencial de la población humana en el planeta. Todas han dado más poder y conocimiento a las élites

económicas, políticas, mediáticas, burocráticas y científicas. Todas han alterado profundamente las estructuras familiares, sociales y laborales; han provocado crisis económicas y sociales adaptativas, a menudo de gran intensidad y violencia, con unas dimensiones cada vez más globales. Todas han favorecido una integración creciente de las economías y las estructuras culturales, con un impacto crecientemente negativo sobre la diversidad medioambiental y cultural. Y todas, finalmente, generan en sus procesos de consolidación y extensión entre los distintos grupos sociales, culturas y países visiones simplistas sobre sus hipotéticos beneficios o sobre las nefastas consecuencias en las formas de vida conocidas; mientras que su aplicación concreta será siempre progresiva, desigual y llena de brechas y claroscuros.

La tercera revolución industrial dio sus primeros pasos hace menos de 50 años, se extendió de la mano de los ordenadores personales y los primitivos videojuegos en los la década de 1980, se multiplicó después con el avance de los teléfonos móviles e internet, dio paso a las redes sociales, a los smartphones, las Smart-tv y los *big data* en la primera década del siglo XXI, y, como producto de su propio desarrollo, ha puesto las bases para una nueva revolución tecnológica e industrial, basada en la inteligencia artificial, en el desarrollo de algoritmos cada vez más complejos, y el aumento cualitativo de la capacidad de computación, almacenaje de datos y el establecimiento de protocolos de actuación automática de programas informáticos para realizar trabajos o acciones que anteriormente realizaban los humanos en exclusiva. Hasta el punto de que, en estos momentos, los humanos son capaces de hacer máquinas que hacen máquinas de manera autónoma. En buena medida, en un primer momento la IA es una innovación tecnológica que une los avances de la tercera revolución tecnológica con los de la cuarta, la robótica, y abre las puertas a una comunicación interactiva intensa entre las máquinas y las personas. Hoy, la IA es el elemento central la cuarta revolución tecnológica con un componente disruptivo creciente, que será aún más si se producen avances prácticos en la computación cuántica (Latorre 2017).

Todas las revoluciones e innovaciones tecnológicas han modificado las estructuras y formas de gobernar y gestionar la administración. El desarrollo del estado-nación y las primeras formas de administración especializada y sistemas complejos de control político-administrativo de la totalidad de la población mediante censos e impuestos va unido a la primera revolución industrial y tecnológica. La primera globalización, sobre la base del colonialismo, de las sociedades de masas, y el surgimiento de la burocracia y de gobierno que progresivamente afectan y regulan más materias y asuntos. Realidades que van unidas, en Occidente, a la transformación de los regímenes liberales en sistemas liberal democráticos, primeros, y en estados liberales del bienestar, después. Cambios que no hubieran sido posibles sin las innovaciones de la segunda revolución industrial y tecnológica. La tercera revolución industrial y tecnológica, especialmente en la fase madura de desarrollo, supone en el ámbito de los gobiernos y de las administraciones, el adelgazamiento del sector público, el avance del *new management* neoliberal como forma de gestión pública frente a las lógicas weberianas, la fragmentación de los colectivos ciudadanos y el aumento del poder y los recursos de las élites económicas, sociales, mediáticas, y en menor medida intelectuales y políticas globalistas, sobre el conjunto de la ciudadanía. Los inicios de la cuarta revolución parecen coincidir con estados con administraciones que penetran en todos los aspectos de la sociedad y que, a la vez, son impotentes para controlar los efectos disruptivos de la IA y de la globalización. Ante esta nueva realidad, la mayor preocupación, de muchos autores, es que se puedan estar dando respuestas políticas, legales y socioeconómicas inadecuadas, por utilizar parámetros tradicionales a la hora de responder a unas realidades que son nuevas y para las que son necesarias revisiones profundas de las ideas, conceptos, formas de actuación y paradigmas dominantes hasta ahora (Cukier y Mayer-Schöenberger 2013, Gil 2016).

La capacidad transformadora de la inteligencia artificial y de la robótica son inmensas en las instituciones públicas. La cuestión es, como sostiene Ramió (2019), si la IA y la robótica pueden actuar como instrumento para transformar, mejorar y democratizar la gestión pública o, por el contrario, reforzar sus aspectos más autoritarios y la autonomía de las administraciones y los gobiernos, ajenos de todo control público real. Las resistencias políticas, sindicales y corporativas a los cambios serán muy elevadas y se necesitará estrategias firmes por la IA y por la robotización. Porque, según Ramió, los cambios tecnológicos pueden ser gran una oportunidad para implantar un nuevo paradigma de gestión que ayude a erradicar el

clientelismo y la corrupción, a mejorar la seguridad jurídica y la igualdad de trato, a promover una mayor transparencia e inteligencia institucional y, de este modo, hacer posible la prestación de más y mejores servicios públicos.

La acción del Gobierno de Estonia desde la década de 1990 es un ejemplo de cómo desde los poderes públicos se puede impulsar una estrategia mantenida en el tiempo que haga del país una sociedad digital avanzada, con un uso creciente de los *big data*. Y ello, garantizando los derechos y libertades públicas, entendiendo el acceso a internet como un derecho humano, favoreciendo la alfabetización digital, y estableciendo sistemas de transparencia digital avanzada que han convertido a Estonia en un país de referencia internacional en materia de ciberseguridad (Roonemaa 2017). Por el contrario, los modelos seguidos por los gobiernos rusos, chinos e incluso algunas instituciones de países democráticos implican que debemos estar atentos colectivamente al uso y avance de las tecnologías digitales de los *big data*, a la IA y a la robotización (Snyder 2018).

Las definiciones más comunes de Inteligencia Artificial (IA) describen como elementos consustanciales a la IA las máquinas, los sistemas informáticos, los datos, las tareas y los procesos de análisis, y la capacidad de las máquinas de comportarse de manera parecida a la inteligencia humana. Así lo hace, por ejemplo, McCarthy (1995) cuando afirma que IA es "hacer que una máquina se comporte de una manera que sería considerada inteligente en un ser humano" y sitúa la inteligencia artificial como un producto del desarrollo del campo de la tecnología informática, que hace posible la utilización de ordenadores con los que se intentan reproducir los procesos de la inteligencia humana. Paradójicamente, no se hace ninguna referencia explícita a los dos aspectos nucleares de la inteligencia artificial. Por un lado, a los algoritmos y programas informáticos que facilitan el comportamiento inteligente de las máquinas; y, por otro, a las personas que diseñan los algoritmos y teorizan sobre la manera de mejorar los sistemas informáticos de IA. En este sentido, deberíamos evitar alimentar la sensación de que el actual desarrollo tecnológico en IA es un hecho que se impone a los humanos de manera inevitable, ya que, incluso los programas con mayor capacidad de realizar tareas de manera autónoma son creaciones humanas, supervisadas y anulables por humanos, y no productos autónomos originados por las máquinas.

La IA, además y eso cada día es más evidente, no sería un fenómeno recluido al ámbito de la investigación y la teoría; sino una realidad profundamente integrada en nuestras vidas, a menudo sin ser conscientes de ello. Los *smartphone* que utilizamos tienen integradas aplicaciones que incorporan sistemáticamente la inteligencia artificial; los asistentes de voz, como Siri o Cortana, utilizan procesamientos de lenguaje natural; muchos de los robots de uso cotidiano en los hogares incorporan funciones de inteligencia artificiales, e incluso aplicaciones de uso social como Google Fotos o Instagram sugieren el agrupamiento de fotos utilizando sistemas de IA. Y, de igual manera, los mecanismos de marketing digital hacen recomendaciones en función de las compras que hemos hecho y de nuestras visitas a páginas web. Y lo mismo ocurre en las plataformas de series y películas, que nos hacen sugerencias y calculan nuestro interés potencial por un producto de acuerdo con lo que ha sido visto con anterioridad. La tendencia expansiva de la inteligencia artificial en nuestras vidas parecería imparable y su crecimiento y perfeccionamiento bebería, en buena medida, de los usos inconscientes que hacemos de las máquinas y de la información que las personas damos sobre nosotros y sobre nuestros gustos, preferencias e intereses (Peirano 2019). Y también los gobiernos y las administraciones públicas, aunque no son elementos especialmente innovadores en la materia, hacen un uso creciente de la minería de datos o de los procesadores de lenguaje natural en la gestión diaria de procedimientos administrativos y en sistemas que apoyan la toma de decisiones o la gestión de administraciones especializadas como la educación, la sanidad o la seguridad pública.

En este sentido, un estudio con 352 científicos e investigadores expertos en IA, impulsado por el Future of Humanity Institute de la Universidad de Oxford, ha concluido anunciando, entre otras cuestiones, que en 2024 la inteligencia artificial superará a la humana a la hora de traducir idiomas, en 2027 una máquina conducirá un camión mejor que las personas, el 2031 los vendedores humanos serán superados por máquinas, en 2049 las máquinas serán capaces de escribir *best sellers* y literatura de primer nivel, en 2053 los robots con IA podrán realizar operaciones quirúrgicas mejor que los humanos, y en 2057 las máquinas podrán llevar a cabo sus propias investigaciones científicas (Grace y otras 2018). Y esto ocurre al mismo tiempo que la inmensa mayoría de la población tiene una alfabetización insuficiente en IA, lo que provoca que

la relación IA-humanos sea una mezcla de fascinación, tecnoidolatría, temor y desconfianza respecto a esta tecnología.

En los debates públicos sobre IA, a menudo no se reflexiona de manera suficiente sobre la función y la responsabilidad de los humanos en la aplicación social y política de esta tecnología, y sobre sus consecuencias sociales colectivas. De hecho, prácticamente no se presta atención a los niveles de consumo de energía y de materias primas que necesita el desarrollo de la IA y la digitalización de las sociedades. Lejos de lo que se cree convencionalmente, el desarrollo tecnológico, como el económico, no dependen principalmente del talento, la investigación o de los recursos económicos disponibles; sino que la dependencia última está en función de la disponibilidad de recursos minerales y energéticos que son físicos y limitados: en otras palabras, existe una notable correlación entre consumo energético, crecimiento económico y desarrollo tecnológico (Georgescu-Roegen 1996). Todo ello tenemos ante nosotros un horizonte de escenarios que no son unidireccionales, que divergen en cuanto a la extensión social y el uso que tendrá en el futuro de la IA. Y eso sin considerar las distopías tecnológicas de la ciencia ficción.

Y, además, se ignora su impacto sobre la diversidad lingüística y cultural, y eso, aunque toda acción humana es esencialmente comunicativa y, en consecuencia, la actividad de los gobiernos, las empresas, las administraciones y los ciudadanos necesita de lenguajes (símbolos, imágenes, y lenguas orales y escritas), especialmente en la IA, para ser expresada y transmitida. Junto con las políticas fiscales, diplomáticas, de policía y militares, las políticas lingüísticas son las primeras políticas públicas desarrolladas, de manera explícita e implícita, por el poder político desde la aparición de estructuras administrativas y gubernamentales hace 10.000 años hasta la actualidad (Tasa y Bodoque, 2016). Sorprende, por lo tanto, que la mayoría de las reflexiones sobre los cambios sociales, políticos y administrativos de la IA presten escasa o nula atención a las lenguas y a sus usos en la IA.

Históricamente la mayoría de los poderes políticos, incluso los que en el último siglo han sido reconocidos como democráticos internacionalmente, han tendido a establecer formas de dominio político que se asentaban en sistemas legales e ideológicos que justificaban la jerarquía lingüística, y el dominio o la sumisión de las minorías lingüísticas. Además, hay que destacar que cada revolución tecnológica ha contribuido a acentuar los procesos de jerarquización lingüística dentro de los estados-nación y en el espacio internacional. Curiosamente, se observa un notable paralelismo entre la reducción de la diversidad medioambiental y de la diversidad lingüística humana, y la falta de reacción efectiva de los poderes públicos ante este hecho, más allá de las declaraciones formales que apenas se cumplen. Sutherland (2003) explica que la extinción de las lenguas va a un ritmo más rápido que la de las especies tanto por factores sociales o económicos; pero especialmente por la existencia de políticas uniformistas de los estados contrarias a la diversidad lingüística propia, y por la existencia de una jerarquía de prestigio entre las lenguas dominantes y las que no lo son.

En el mundo hay, según la UNESCO, más de 6.700 lenguas. La UNESCO destaca que, en estos momentos, más del 50% de las lenguas del mundo pierden hablantes y cerca del 90% (unas 6.000 lenguas) podrían ser sustituidas por lenguas dominantes antes de que acabe el siglo XXI. Las revoluciones tecnológicas disruptivas aceleran la pérdida de diversidad lingüística. Subraya Melero (2018), siguiendo a Kornai (2013), que hay tres señales que anticipan la desaparición de las lenguas: la pérdida de usos y funciones sociales, la pérdida de prestigio y la pérdida de competencia lingüística de sus hablantes. Refiriéndose a internet, Kornai destaca, de igual manera, que actualmente es en internet donde se anuncia la futura desaparición, cuando dan síntomas de desaparición digital. Y, en estos momentos, como hemos dicho la inmensa mayoría de las lenguas que hoy todavía se hablan en el mundo presentan estas señales de desaparición.

Además, el acceso al espacio digital de las personas con una lengua minoritaria, en un contexto de contacto lingüístico dominado por una lengua fuerte, puede acelerar la desaparición de la lengua minoritaria (Carew y otros 2015). La causa es simple, la brecha lingüística en internet, un espacio dominados esencialmente por la lógica de mercado consumo, es enorme. La inmensa mayoría de contenidos y programas está exclusivamente en las lenguas grandes, y, por encima de todas, en inglés, que es, con diferencia, la lengua más utilizada en Internet, la lengua para la cual se generan más y mejores contenidos y también la lengua considerada más importante y superior (Melero 2018). Las consecuencias son claras: la cantidad de productos y servicios que están disponibles en las lenguas menos habladas se reduce proporcionalmente, y se crean desigualdades de derechos lingüísticos y oportunidades digitales para todas las lenguas

y para todos los ciudadanos, de acceso a la información y a los servicios, de beneficios del desarrollo tecnológico, y de oportunidades para la supervivencia lingüística (Soria 2017).

3. ¿Crisis de la globalización neoliberal?

La respuesta a la Gran Recesión financiera y económica mundial iniciada en 2008 reforzó las dinámicas de la globalización neoliberal de las últimas cuatro décadas. Tanto en términos geopolíticos como militares, sociales y económicos se aceleró el hecho de que el epicentro de la actividad, de la innovación tecnológica y de las tensiones militares y económicas se desplazaban del Atlántico al Pacífico (Olivie y García 2020).

La globalización, además, habría generado un nivel, jamás conocido con anterioridad, de circulación del capital, de desarrollo de la tecnología y el conocimiento y de nuevos centros de producción. Del mismo modo, con la globalización, el porcentaje de población en niveles de pobreza sería el menor de la historia de la humanidad, habrían tenido lugar el período de prosperidad mayor de la humanidad, en lo que ha sido el triunfo indiscutible del capitalismo y de la economía de mercado. Un éxito innegable puesto en duda por los movimientos antiglobalizadores surgidos en los países ricos, que han alentado los populismos proteccionista; mientras en los países asiáticos la mayoría de la población sería favorable a la globalización (Molina 2019).

Con todo, la Gran Recesión tendría fenómenos que frenan la globalización. El proteccionismo, los enfrentamientos crecientes entre China y Estados Unidos, y entre Rusia y Occidente, amagos de guerras comerciales, tendencia de las grandes potencias productivas y comerciales a acaparar recursos y áreas geográficas de influencia. Además, con la globalización, que va unida a la expansión de la digitalización y de la inteligencia artificial se hace cada vez más evidente que en el mundo occidental no es tarea sencilla controlar a las empresas tecnológicas de los Estados Unidos, que, además, cada día concentran más información, más recursos y más poder (Molina 2019).

Estos éxitos de la globalización, habían sido relativizados desde principios del siglo XXI sobre la base de los efectos negativos que generaba en tres aspectos básicos: la creciente desigualdad, la desestructuración general de las sociedades y culturas del planeta, y la inconsistencia teórica del economicismo neoliberal según la cual era posible un crecimiento infinito de la economía (y del consumo de recursos energéticos y de materias primas) en un mundo finito, en el que, además, la estabilidad climática de la era climática de los últimos milenios estaría siendo rápidamente alterada por la acción humana.

Stiglitz (2002) advertía, a principios del siglo XXI, que la globalización estaba teniendo un efecto devastador sobre los países más pobres del planeta y sobre sectores importantes de las poblaciones del Occidente opulento, especialmente sobre la clase obrera industrial tradicional. La globalización no era necesariamente negativa pero la gestión de las organizaciones económicas internacionales, como el Banco Mundial o el FMI, generaba desigualdad, desestructuración y exclusión social y un malestar creciente. Stiglitz apuntaba que el gobierno global de la globalización debía orientarse a frenar la desigualdad e integrar a los más pobres en la comunidad global. Con el tiempo, la mirada crítica sobre la globalización neoliberal, sin valorar sus éxitos, ha puesto en cuestión de qué manera ha agrandado la desigualdad entre los países y dentro de los países, y ha recordado que el origen de los problemas sociales y de convivencia no es tanto la pobreza como la desigualdad (Piketty 2014).

Tras la Gran Recesión y la crisis de la Covid-19, las críticas hacia la globalización han puesto el acento en la desestructuración social y el dominio ideológico de las sociedades occidentales producidas por la globalización neoliberal a través de la ideología del mérito y la conversión de los ciudadanos en consumidores cuyo éxito exclusivamente se mide en función de sus recursos y éxito en la escala social (Sandel 2021) y sobre el modo en el que la pandemia global está evidenciando muchas de las carencias del modelo de globalización, que para mantenerse estaría recurriendo a un refuerzo de los estado policiales, que a pesar de todo no podrían contener la crisis del modelo de globalización en términos sociales y de integración de los mercados globales, puesto que tanto las sociedades dentro de cada país como el sistema global estarían fragmentándose de manera conflictiva (Robinson 2021).

La crisis de la Covid-19 produjo, de manera inmediata, la interrupción de la producción, el descenso del consumo y la reducción de los flujos comerciales; además de una importante reducción de los desplazamientos comerciales y migratorios de las personas (Ortega 2020, Fanjul 2020, Olivie y García 2021). Sin embargo, antes de la crisis de la Covid-19, el mundo ya había entrado en una fase de desglobalización (*slowbalization*) a causa de las incertidumbres del futuro, del proteccionismo creciente y del desarrollo de espacios autónomos de globalización agrupados en torno a Rusia y, sobre todo, China (González del Miño 2020).

Los fenómenos de desglobalización o freno de la globalización e incluso de relocalización de actividades productivas o retorno al país de origen de actividades que habían sido deslocalizadas hace décadas (*reshoring*) eran anteriores a la crisis de la Covid-19, pero la pandemia los ha acelerado (OECD 2020) ya que el impacto sobre los flujos económicos internacionales ha significado cancelaciones y supresión de vuelos que han reducido la capacidad de carga, periodos más largos para la entrega de mercancías, reducción drástica del tráfico de mercancías en los puertos, deestructuración mundial del tráfico de contenedores, rupturas de las cadenas globales de producción y distribución, aumento de las restricciones a la exportación de productos esenciales en un número creciente de países.

Las respuestas que den una explicación a estos fenómenos se buscan en el auge de los movimientos políticos populistas que desconfían de la globalización, en el incremento de la preocupación por reducir la dependencia de bienes y productos estratégicos, la búsqueda de socios comerciales fiables y cercanos que lleva a la regionalización de flujos económicos, la aparición de la salud pública, la geopolítica y la seguridad nacional como factores más fuertes que la reducción de costes para decidir la localización de actividades productivas; si bien el retroceso de la globalización no debería entenderse como su final (Olivie y García 2021).

El efecto más intenso de la pandemia en la globalización es que ha generado dudas en buena parte de los países occidentales sobre el sentido de su excesiva dependencia de la producción asiática, en tecnología, micro-conductores, medicamentos, utensilios sanitarios, y más de 180 productos comerciales, muchos de ellos de importancia vital cuya producción se concentra en pocas fábricas de Asia. Desglobalizar, relocalizar, cadenas de suministros más cercanas y cortas (McKinsey Global Institute 2020). Incluso los avances tecnológicos de la cuarta revolución industrial, la robótica, la IA y la automatización de tareas estaría contribuyendo ahora a desglobalizar en comercio mundial (Seric y Winkler 2020).

La crisis de la globalización, desde las ópticas que hemos señalado, sería esencialmente una recomposición, un proceso de contracción causada por los problemas sociales y políticos que estaba generando, las cadenas de distribución dependientes, o el regreso de la geopolítica a la esfera internacional, entre otros factores.

Sin embargo, habría otra mirada, un análisis más profundo y difícil de asumir que se plantea las preguntas tales como: ¿hasta qué punto las dificultades actuales de la globalización son meramente coyunturales? o ¿no ocurrirá que el modelo neoliberal de capitalismo global se está acercando, si no ha llegado ya, al muro infranqueable de los límites naturales del planeta en cada vez más materias primas y en la extracción de recursos con alto valor energético? ¿El futuro no volverá a ser local, próximo, y sobre todo más industrial y agrario, y con menos desplazamientos comerciales y de personas para hacer turismo y negocios?

Una mirada de la realidad que coincide en el tiempo con críticas a la dimensión política y social del neoliberalismo, desde posiciones liberales, que subrayarían los componentes autoritarios, desestructuradores de la sociedad y liberticidas de las tesis de Hayek (2011) o Mises (2011). La negación de la existencia de la sociedad como factor de convivencia, de cooperación y de socialización y la afirmación del neoliberalismo de que únicamente existen individuos que tratan de defender sus intereses singulares y mejorar sus niveles de consumo y de poder sería una concepción política que atenta con la tradición humanista del liberalismo y su defensa de formas de la cooperación social en marcos de tolerancia, respeto, pluralismo y representación: la supervivencia de las sociedades abiertas y de las democracias liberales obliga a poner fin a la hegemonía neoliberal (Lassalle 2021). De tal manera que, con independencia de que la globalización neoliberal se encuentre en un momento de crisis, el neoliberalismo como ideológica y forma de estructurar la sociedad estaría contribuyendo a socavar los sistemas liberales y facilitaría soluciones autoritarias en regímenes formalmente democráticos;

recurriendo, además, a las tecnologías de tratamiento de datos masivos y la inteligencia artificial.

4. ¿El final de la era de la abundancia de recursos energéticos y minerales?

Para las tesis colapsistas y decrecentistas, la crisis de la globalización no sería una crisis circunstancial, puntual ni un proceso de relocalización y desglobalización relativa que no pone en cuestión la existencia de un mercado mundial considerablemente integrado. En el momento actual, e incluso en la Gran Recesión de 2008, a lo que nos enfrentaríamos es a la crisis de la globalización económica neoliberal basada en el crecimiento continuo y permanente que ignora epistemológicamente que no se puede crecer ilimitadamente en un planeta con recursos finitos.

La Gran Recesión se habría producido después de que en 2005 el petróleo crudo de mayor calidad hubiera llegado a su punto de máxima extracción, la disminución de los flujos comerciales ya era evidente en 2018 después de que la demanda de diésel empezara a no poder ser cubierta en su totalidad y de que, en ese mismo año, se llegase al pico de extracción de todos los petróleos y se hiciera evidente de que las empresas petrolíferas llevaran años reduciendo sus inversiones para encontrar nuevos yacimientos ante las dificultades para hallarlos (Turiel 2021a).

La crisis de la globalización (neoliberal) tendría su origen, según estas tesis, en el hecho de que los sistemas de intercambios comerciales mundiales, el crecimiento de la producción para un consumo cada vez más elevado de bienes y servicios de duración material cada vez más corta, los modelos turísticos y de movilidad, y, como veremos, la propia revolución digital y la IA no se podían mantener en los niveles actuales porque no hay suficientes recursos minerales primarios ni fuentes de energía (Valero y Valero 2019 y 2021). El sistema económico abriría chocado con los límites del planeta y la única alternativa sería para conseguir la supervivencia de una vida digna obligaría a decrecer y a reorientar nuestras formas de vida para hacer frente a transformaciones profundas que tendrán lugar en las próximas décadas (Taibo 2021), en una dirección distinta a la que los mitos sociales sobre el progreso no han podido hacer creer (Nisbet 2012).

A la crisis socioecológica de base energética y de materias primas minerales, deberíamos añadir, los impactos crecientes del cambio climático (Riechmann 2020, IPCC 2021). Nos enfrentaríamos a una década decisiva, en peores condiciones de las que hubieran sido posible si, en vez de haber seguido, en la década de 1989, el camino del modelo de globalización neoliberal, hubiéramos desarrollado formas de colaboración internacional autocontenida y de consumo racional y contenido de los recursos con estrategias de transición energética viables que se anunciaban como necesarios en el informe sobre los límites del crecimiento (Meadows 1975).

La crisis de la globalización sería no solo estructural para esta línea de análisis; sino que, en esencia, se convertiría en insuperable. El mundo del futuro de las próximas décadas se irá haciendo cada vez más local, con menos flujos comerciales y de personas, y también con menos recursos financieros, energéticos y minerales, sino que también con menos población. Las dificultades para el acceso y la distribución de productos, el descenso en la extracción de gas natural de Argelia y Rusia y las consiguientes dificultades para mantener el precio bajo de la electricidad en la UE y para garantizar la estabilidad física de la red eléctrica, la progresiva disminución de diésel en el mercado del transporte, la falta de gas para fertilizantes agrícolas y el riesgo que conlleva para la producción de alimentos, o las limitaciones para mantener la extracción de litio o de cobre que se han producido en 2022 reforzarían la idea de que estamos entrando en un momento crítico y que la crisis de la globalización tiene unos fundamentos básicamente físicos. Contrariamente, a la creencia de la ideología económica dominante en un crecimiento económico infinito que a través del mercado y los precios fijados de acuerdo con la lógica de la oferta y la demanda ni es pasajera ni estructuralmente económica, aunque afecte a los principios de la economía ortodoxa de que posible un crecimiento infinito que beneficie a la mayoría de la población liberando las fuerzas del mercado sin regulaciones estatales (Friedman 2002), una concepción con escasos fundamentos científicos reales, ya que ignora las desigualdades que genera (Smith y Max-Neef 2014) y, sobre todo, las bases físicas y materiales de toda actividad económica (Georgescu-Roegen 1996, Martínez Alier y Roca 2018).

Hasta 2021, las posiciones decrecentistas (y colapsistas) eran minoritarias, marginales y casi inexistentes en el debate político general y en los medios de comunicación, al menos en el caso español. Tenían una presencia algo más fuerte en Francia (Servigne y Stevens 2020), donde incluso había facilitado una serie de televisión *Collapse* que ha tenido un éxito notable en Francia y España. Las insuficiencias en los recursos energéticos y la falta de materias primas eran un tema en el debate público; pero las dificultades para activar la economía global por problemas en los suministros y por la falta de disponibilidad de recursos, ha dado lugar a que progresivamente se haya prestado más atención a estos fenómenos. Científicos como la ingeniera industrial Alicia Valero (2021) o el físico Antonio Turiel (2021a) han pasado de ser requeridos por grupos ecologistas periféricos y grupos universitarios especializados, a multiplicar sus intervenciones ante ingenieros, agrupaciones sectoriales de empresarios, directivos públicos y por los parlamentarios (Turiel 2021b y 2021c).

La tesis central de las concepciones colapsistas es que el mundo tendrá que hacer frente entre 2020 y 2050 a una disponibilidad decreciente de materias primas extractivas que son básicas para el desarrollo social y económico. En primer lugar, descenderá la disponibilidad del petróleo barato; pero también de cobre, carbón, uranio y un buen número de productos minerales centrales en el desarrollo de las tecnologías digitales y de la IA (Turiel 2021; Valero y Valero 2019). Y ello, junto con el cambio climático y las crisis medioambientales, obligará a reordenar de manera profunda el sistema socioeconómico (IEA 2021) y también reducirá drásticamente o impedirá el desarrollo tecnológico digital, los sistemas informáticos actuales y la IA (Turiel 2019).

Sin embargo, según la mayoría de los divulgadores de las tesis colapsistas (Riechman 2020), las sociedades actuales carecen de capacidad para reaccionar, para dejar de actuar siguiendo el *business as usual* (BAU); es decir, para dejar de alternar el comportamiento habitual en las últimas décadas. Y esta incapacidad para cambiar aumentaría de manera creciente las posibilidades de un colapso colectivo, entendido como disminución de la complejidad social, que puede ser lento o repentino, generalizado o parcial, con una gradación diferente en las distintas partes del planeta, pero con problemas graves en lo que respecta a la disponibilidad de recursos, el desarrollo tecnológico y la organización política y el sistema de derechos y libertades públicas de la población (Taibo 2016).

5. Geopolítica y modelos de inteligencia artificial.

El mundo y especialmente las sociedades regidas por órdenes democráticos liberales se encuentran en una crisis orgánica donde los valores democráticos y el sistema económico y social están tensionado por un dilema: o un futuro de continuidad inercial, que agravará los problemas actuales, o llevar a cabo un cambio de las bases de la civilización en una dirección no identificada todavía (Villacañas y Garrido 2021). Y puesto que nos encontramos ante un dilema, en una especie de encrucijada, debemos plantearnos los posibles escenarios futuros en torno a la IA. Y debemos hacerlo, no tanto para especular sobre las dinámicas futuras, sino simplemente para subrayar cuáles son los sistemas de IA actualmente dominantes (y en competición) en el mundo, cuáles son sus divergencias y semejanzas, y para señalar, al mismo tiempo, las críticas emergentes más contundentes al sueño del progreso tecnológico al margen de las bases físicas y biológicas de la vida en la Tierra. Unas visiones que muestran posibles realidades enormemente inestables y difíciles de gestionar respecto al futuro de los modelos de IA.

El sistema de escenarios futuros de la IA lo estructuraremos sobre los dilemas a los que tenemos que hacer frente partiendo de la consideración de los dos parámetros en los cuales entendemos que se producen las tensiones principales que afectan al futuro de la inteligencia artificial. El primero, esencialmente político, centra la atención en forma humana de control de la IA y en el uso social que el poder político o económico hacen de ella. El segundo es ecológico y está en función de la abundancia y disponibilidad de materias primas y energéticas para sostener el desarrollo económico, social, demográfico y tecnológico de la sociedad. Del parámetro político, derivan dos variantes contrapuestas: la liberal y la autoritaria. Del parámetro ecológico, derivan también dos variantes igualmente contrapuestas: la colapsista y el *business as usual* (BAU). Cabe decir que, en nuestra reflexión, sólo apuntaremos aspectos genéricos de los diferentes escenarios; considerando que, en la práctica, ninguno se dará de una manera pura y

plena, y lo más normal es que en los modelos realmente existentes haya elementos mezclados de diversos escenarios, incluso de aquellos que actualmente parecen todavía más improbable.

Empezaremos por las tesis colapsistas. Como hemos dicho, la idea central de los análisis colapsistas es que el mundo tendrá que hacer frente entre 2020 y 2050 a una disponibilidad decreciente de materias minerales extractivas que son básicas para el desarrollo social y económico. Ante este escenario de cambios de origen material y no deseado, se abrirían dos posibilidades. En la variante liberal, las comunidades sociales y políticas conservan niveles de convivencia cohesionada, tolerancia, aceptación del pluralismo y voluntad colaborativa suficientemente importantes como para mantener instituciones de participación política libre, reorientar el sistema socioeconómico, y en medio, de crisis sociales importantes, controlar la conversión en sociedades menos complejas (colapso) y establecer estrategias decrecentistas que permiten estabilizar a las comunidades políticas. En este contexto, con caídas importantes de los recursos energéticos y de las materias primas necesarias para los equipos y las redes informáticas y para alimentar los centros de investigación en tecnologías de información y comunicación (TIC) y en IA, las TIC y la IA dejarían de poder ser usadas de manera generalizada por el conjunto de la población y, en los escenarios más optimistas, quedarían limitadas principalmente a usos restringidos en los ámbitos y sectores sociales y políticos esenciales (Taibo 2016).

La variante autoritaria del escenario colapsista estaría dominada por la competición implacable por los recursos, el proteccionismo cada vez más agresivo, la desconfianza entre grupos y estructuras políticas, la voluntad de control de las sociedades por parte de los poderes públicos existentes y el castigo de la disidencia. El colapso tendría características caóticas, sin capacidad para establecer lógicas decrecientes controladas, y con una multiplicación de crisis y conflictos interrelacionados y potencialmente violentos en todos los ámbitos de la vida social, económica, política y vital. Habría una restricción o imposibilidad general de los usos de las TIC y la IA y al mismo tiempo se intentaría concentrar y controlar los centros de investigación y de recursos de TIC e IA que pudieran existir con el fin de utilizarlos en beneficio de minorías sociales y poderes políticos de manera autoritaria (Taibo 2016).

Como hemos dicho, los problemas que durante 2020 y 2021 afectan a los costes de la electricidad, del gas y del diésel, o las dificultades en la distribución mundial de mercancías y la carencia de materias primas en cadenas de montaje de sectores industrial habrían contribuido a aumentar la atención sobre los análisis decrecentistas, incluso el de las investigaciones científicas financiadas por la Comisión Europea, como el proyecto GEEDS (Grupo de Energía, Economía y Dinámica de Sistemas de la Universidad de Valladolid). Sin embargo, apenas si se presta atención a las consecuencias sociales, políticas y tecnológicas de sus conclusiones, y los escenarios en los que trabajan e imaginan el futuro todas las sociedades son aquellos que implícitamente presuponen que no hay ningún tipo de dificultad ni limitación significativa a que puedan seguir manteniéndose las dinámicas de crecimiento económico, demográfico, social y tecnológico de carácter exponencial. El futuro seguirá la misma lógica, según estos análisis, que el que ha conocido la humanidad desde el inicio de la revolución industrial hasta el mundo globalizado actual a un ritmo, si acaso, más acelerado. Se considera, siempre implícitamente, que habrá abundancia de materias primas de origen extractivo, que son los elementos básicos para el mantenimiento del desarrollo tecnológico del que depende la IA, y se confía de manera religiosa, y por tanto anticientífica, que el progreso tecnológico resolverá todas las dificultades que aparezcan en el camino: *business as usual* (BAU).

Dentro de este escenario dominante, la variante autoritaria afecta de manera directa, en estos momentos, a cerca del 51% de la población mundial, que vive en regímenes dictatoriales y autoritarios, o en sistemas políticos que limitan buena parte de las libertades y derechos de carácter semidemocrático tienen rasgos autoritarios y lógicas ilegales (The Economist 2021). De hecho, incluso la población de las democracias más sólidas puede sufrir la manipulación masiva de datos con intereses antidemocráticos, los casos de Cambridge Analytica y la persecución de Snowden serían ejemplos de ello según Peirano (2019).

El modelo chino o de estado de vigilancia sería el principal en la variante autoritaria del BAU, según Ortega (2021), tendría como objetivo central de la investigación y la implementación de la IA para reforzar los instrumentos de poder del estado, con el apoyo de un reducido número de proveedores. Es determinante, la voluntad del poder político, que intenta concentrar todos los datos digitales para establecer un sistema de control político y de decisión absoluta. La lógica última que domina en esta variante es la desconfianza de la población, como sujetos políticamente activos, y una voluntad uniformizadora de la sociedad. Como corresponde a la visión tecnócrata actualmente dominante (Hariri 2018), la tecnología también en este tipo de sistemas políticos podría sustituir las actividades más pesadas y duras de las personas, así como las más repetitivas y mecánicas; pero el desarrollo de la IA estaría cada vez más dirigido hacia formas de ingeniería de control y disciplina social sobre las personas por parte de los poderes públicos, y ello, sin la más absoluta falta de garantías en lo que se refiere a los derechos y libertades. Además del modelo chino, habría otras variantes autoritarias de la IA, bastante similares, como la de Rusia.

Las variantes liberales de la lógica del *business as usual* son las dominantes en el mundo occidental y en los países democráticos donde vive el 49% de la población mundial (The Economist 2021). Parten de la consideración de que en estas sociedades existe la aceptación mayoritaria de los valores de la tolerancia, el pluralismo y una mínima voluntad colaborativa e igualitarista, además de la garantía de derechos y libertades, y de formas de participación representativa y democrática. La tecnología sustituiría las actividades más pesadas y duras, así como las más repetitivas y mecánicas, facilitando relaciones con las administraciones públicas más ágiles sin alterar los niveles de protección de los sistemas de derechos y libertades.

En el ámbito de la investigación en IA y de su implementación social el debate se sitúa en torno de hasta qué punto es posible un desarrollo humanista y respetuoso con la autonomía humana y los derechos y libertades democráticas, siendo conscientes de que el potencial de las empresas tecnológicas, del análisis masivo de datos y el desarrollo de la IA es un reto de difícil solución para las sociedades democráticas (Lassalle 2019).

Ortega (2021) diferencia tres modelos o variantes liberales dentro de los parámetros BAU. El modelo dominante sería el de los Estados Unidos, que llama de capitalismo de vigilancia, siguiendo a Zuboff (2020). El sistema estaría dominado por un número reducido de proveedores de servicios digitales e IA, que controlarían el mercado y utilizarían los datos de los usuarios para usos comerciales y de publicidad personalizada. Una realidad que no excluiría la intromisión de los servicios de inteligencia del estado en el análisis masivo de datos. Es decir, sería un modelo con elementos de las variantes autoritarias.

El segundo de los modelos liberales, según Ortega, estaría representado por la UE. La Unión estaría impulsando una regulación de la IA centrada en las personas y de carácter humanista. Normas que no cuestionan la lógica de libre mercado; pero intentan constreñir la libertad de acción de los proveedores de servicios digitales para proteger la privacidad y los derechos y libertades de los ciudadanos.

Como veremos, la distancia en la inversión en IA entre los EE. UU. y la UE y el hecho de que la mayoría de los proveedores de servicios digitales no sean europeos dificulta la capacidad de actuación de la UE y debilita el modelo europeo humanista. Con todo, la capacidad política y negociadora de la Unión para condicionar la actividad de los proveedores es la principal fuerza de la UE para asentar y consolidar su modelo (Moreno y Jiménez 2018; Ortega 2021).

Una última variante de los modelos BAU liberales estaría representado por democracias, como el Reino Unido, Australia y Japón, que también pretenden preservar los derechos y libertades de los ciudadanos ante el poder de las plataformas de los Estados Unidos y China; pero, como recuerda Ortega (2021), no tienen la capacidad de presión y negociación de la UE, y acaban oscilando entre el modelo de los Estados Unidos y el de la Unión Europea, y dependiendo en la mayoría de los casos de los proveedores estadounidenses.

Al considerar este sistema de escenarios divergentes, hemos querido abandonar las concepciones de progreso unidireccional sobre el futuro de la IA y señalar que, aunque existe la voluntad, en el espacio europeo, de impulsar un modelo de IA humanista y que no cuestione la idea de progreso dominante, tendrá que hacer frente posiblemente con seguridad a dificultades en el acceso a los recursos necesarios para su consolidación, las crisis medioambientales, así como superar la fuerza política y competitiva, y la capacidad de influencia, de otros modelos, liberales o autoritarios, y ello teniendo en cuenta que modelo de la UE ha comenzado a configurarse hace muy pocos años, no está cerrado aún y tiene carencias estructurales que deberá vencer si quiere consolidarse.

6. La tardía construcción de un modelo humanista sobre inteligencia artificial en la ue.

El sistema europeo de IA es una iniciativa en construcción, un *working in progress*. En la última década, todos los informes de las instituciones europeas sobre tecnologías digitales, robótica e IA insistían en el atraso europeo respecto a Estados Unidos y Asia (China, Japón, Taiwán y Corea del Sur). Así lo afirman los trabajos del *Libro blanco de la IA de la Unión Europea* (Comisión Europea 2020), que subrayan que la UE está perdiendo la carrera en investigación e implementación de las tecnologías de IA, y a modo de ejemplo mostraban que, por ejemplo, en 2016, mientras que la inversión europea en IA fue de 3,2 billones de euros, la de Estados Unidos llegaba a 12,1 (cuatro veces más) y la de Asia era de 6,5 billones (el doble). Se destacaba, además, la necesidad de que la UE tuviera una estrategia en IA propia y sólida para poder competir con ella. Por este motivo, desde mediados de la década del 2010, la Unión está llevando a cabo un cambio en la normativa y en la orientación de las políticas públicas referidas a las tecnologías digitales y a la IA.

Así, en 2016 se aprueba el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en cuanto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE o Reglamento general de protección de datos. Este fue un paso decisivo para empezar a definir un sistema europeo normativo y de políticas públicas sobre las tecnologías digitales de carácter garantista o humanista. Una norma que fue compartida con la aprobación en 2018 del Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre un marco para el libre flujo de datos no personales a la Unión Europea y con la aprobación en 2019 del Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y sobre certificación de ciberseguridad en tecnología de la información y las comunicaciones y que deroga el Reglamento (UE) 113/2019. 526/2013 (Reglamento de ciberseguridad). Finalmente, habría que añadir la Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre datos abiertos y la reutilización de la información del sector público.

De manera paralela, en 2018, por primera vez, la Comisión Europea presentó una estrategia genérica sobre la IA con la intención de garantizar los derechos ciudadanos y hacer de la UE un centro competitivo. La iniciativa iba unida al Plan coordinado de los estados miembros, más Suiza y Noruega, para desarrollar una IA europea fuerte. Las líneas de acción pretendían aumentar la inversión, compartir los datos disponibles, fomentar el talento y garantizar la confianza ciudadana. Asimismo, se establecía el principio de que sin la colaboración y la coordinación de esfuerzos Europa no podría ser un referente mundial de vanguardia en una IA robusta y ética (Comisión Europea 2018a). Una estrategia que se movía exclusivamente en las coordenadas del *business as usual*, aunque consideraba que debía tener en cuenta la emergencia climática y la necesidad de la sostenibilidad medioambiental.

Poco después, en abril de 2019, un grupo de expertos presentó un documento que, siguiendo las iniciativas del año anterior, recogía las directrices para un marco legal fuerte en IA (Comisión Europea 2019). Según este documento una IA fiable debe ser legal, es decir, debe respetar todas las leyes y regulaciones aplicables; debe ser ética y, por lo tanto, asentarse en principios y valores éticos; y debe ser robusta tanto desde una perspectiva técnica como por su integración en el entorno social. En consecuencia, la normativa europea en IA y sus políticas públicas debían cumplir seis requisitos para ser consideradas fiables: en primer lugar, debía haber una responsabilidad y supervisión humana; pero, igualmente, debían tener robustez técnica y seguridad; garantizar la privacidad y los derechos fundamentales en la gestión de datos; respetar la diversidad, el principio de no discriminación y equidad; promover el bienestar social y ambiental; y rendir cuentas o lo que es igual debía ser una política transparente con controles externos e internos.

En febrero de 2020, se presenta el *Libro blanco de la IA de la Unión Europea*. Un documento elaborado con el trabajo directo de expertos de alto nivel y con una participación ciudadana digital intensa. El libro establecía las dos premisas nucleares que deben orientar la legislación y las políticas de los estados de la UE. La primera, crear un ecosistema europeo de excelencia y, la segunda, crear un ecosistema de confianza. Premisas que son los principios que estructuran la propuesta de reglamento presentada por la Comisión en abril de 2021.

De acuerdo con el libro blanco, la consecución de un ecosistema de confianza conlleva el impulso de políticas públicas ambiciosas, con recursos y criterio, coordinadas entre los diferentes estados de la Unión, que generan sinergias y permiten, a medio plazo, que la Unión Europea tenga un sistema autónomo de plataformas digitales y de IA. En este sentido, las iniciativas más urgentes y estratégicas serían conseguir que cada estado contara con un centro de operaciones de innovación digital con un conocimiento alto en IA; que la Unión y los estados financiaron de manera inmediata proyectos piloto de desarrollo innovador en IA; crear en los próximos años centros de excelencia que combinan inversiones europeas, estatales y privadas; buscar nuevas formas de colaboración público-privada en IA, análisis y tratamiento de datos y robótica; o atraer a las personas mejor preparadas, el mejor profesorado y personal científico y contar con másteres formativos en IA de primer nivel. En otras palabras, más inversión estratégica, un sistema integrado de centros de investigación, formación cualificada y los mejores profesionales trabajando en IA en beneficio de la UE.

El ecosistema de confianza que propone el libro blanco afecta directamente al marco legal y se orienta a eliminar los riesgos asociados a la inteligencia artificial, a garantizar los derechos fundamentales de la ciudadanía y a aumentar la confianza de la población en esta nueva tecnología. El libro considera que para que la población confíe en la IA es necesario un buen sistema de protección de los datos personales, de la privacidad y de los derechos como consumidores. La transparencia, la trazabilidad y la verificación humana de los sistemas de IA son esenciales, especialmente en los casos de riesgo más alto para los derechos de los ciudadanos.

La participación del Parlamento Europeo en este proceso de conformación de un nuevo marco legal y de políticas públicas en IA se manifestará, en octubre de 2020, en la aprobación de tres iniciativas legislativas que instaban a la Comisión a realizar una propuesta legislativa para regular la inteligencia artificial con la finalidad de que esta norma, además de promover la innovación y la confianza en la tecnología, tuvo en cuenta la dimensión ética, la responsabilidad civil y la propiedad intelectual.

Así, la primera de las iniciativas aprobadas pedía que la Comisión Europea impulsara un nuevo marco legal fundamentado en principios éticos como que la inteligencia artificial siga antropocéntrica y antropogénica; que siga segura, con transparencia y rendición de cuentas; que estableciera garantías contra sesgos y discriminaciones; que regule el derecho a la reparación, la responsabilidad social y ambiental; y que respete la privacidad y protección de datos. Todo ello siendo conscientes de que las tecnologías de IA tienen altos niveles de riesgo si escapan a la supervisión humana.

La segunda de las iniciativas legislativas proponía que la norma europea diera seguridad a las empresas, pero sobre todo proteja a los ciudadanos y genere confianza en la sociedad. Deberían evitarse las actividades peligrosas contra la vida, la salud, la integridad física o la propiedad, y establecer, asimismo, formas de reparación de los daños o perjuicios causados por un uso inadecuado de la IA. Finalmente, la tercera iniciativa legislativa aprobada por el Parlamento argumentaba que el éxito de la IA europea dependía de tener un sistema eficaz que protegiese la propiedad intelectual y salvaguarde las patentes. En él se afirma que hay que diferenciar entre creaciones humanas con la ayuda de la IA y las creaciones generadas por la IA, y en ella se considera que la inteligencia artificial no debe tener personalidad jurídica y que solo los seres humanos pueden ser titulares de derechos de protección intelectual.

Con estos precedentes, el 21 de abril de 2021, la Comisión Europea presentó la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea o *Artificial Intelligence Act UE* (AIA) con la voluntad de profundizar en la estrategia de excelencia y confianza con la que la UE quiere competir y ser un centro de referencia mundial en IA. La propuesta deberá ser debatida y aprobada por el Parlamento y el Consejo y probablemente no lo estará antes de 2023. Así y todo, no se prevén cambios sustanciales en los principios básicos de la norma ni en la orientación de las políticas públicas IA de la UE, de los estados miembros y de las regiones con poder legislativo, ya que todos estos niveles de gobierno han ido ajustando la orientación de sus políticas y normas a las líneas de acción que la Unión ha establecido en los últimos años.

Como señala Ortega (2021), pese al trabajo previo, la primera dificultad que tiene la ley es delimitar qué es la IA y, por ello, la definición que se hace en el artículo tercero de la propuesta de reglamento dice que "un sistema de inteligencia artificial es un software desarrollado con una o más de las técnicas y enfoques enumerados en el anexo I, y que puede, por un conjunto determinado de objetivos definidos por los seres humanos, generar resultados como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en los entornos con los que interactúan". Los enfoques del anexo se agrupan en tres categorías: (1) enfoques de aprendizaje automático, que incluyen el aprendizaje supervisado, no supervisado y de refuerzo, y el aprendizaje profundo, entre otros procesos; (2) enfoques basados en la lógica y el conocimiento, entre los que destaca la representación del conocimiento, la programación inductiva, las bases de conocimiento, los motores de inferencia y deducción, el razonamiento simbólico y los sistemas expertos; y, finalmente, (3) enfoques estadísticos, como la estimación bayesiana, métodos de búsqueda y optimización. Todo ello una definición compleja, en buena manera inconcreta y que remite a un anexo abierto a modificaciones futuras.

La propuesta parte de la consideración de que el desarrollo de la IA comportará grandes beneficios para la sociedad; pero, para evitar la pérdida de confianza de los ciudadanos, estima que hay que regular los riesgos potenciales que tiene y la manera de hacerles frente. En este sentido, la propuesta diferencia entre cuatro niveles de riesgo: las prácticas directamente prohibidas, y las de riesgo alto, medio y bajo.

Entre las prácticas o riesgos prohibidos, la propuesta de la Comisión afirma que lo son todas aquellas que contradicen los valores de la UE, como aplicaciones de IA que manipulan el comportamiento humano y evitan la manifestación de la voluntad de las personas, programas o sistemas que permiten hacer una puntuación social por parte de autoridades y también las prácticas de reconocimiento facial. Con todo, según Ortega (2021), el reconocimiento facial es posible en usos policiales antiterroristas, y, en cualquier caso, esta práctica y la puntuación social parecen intenciones poco creíbles, si tenemos en cuenta la proliferación de cámaras públicas y privadas, y el hecho de que las empresas privadas que se dedican al reconocimiento facial, y a la puntuación social, harían según la propuesta de ley europea actividades consideradas de riesgo alto; pero no prohibidas.

La propuesta de reglamento permite las iniciativas de alto riesgo, pero las somete al cumplimiento de requisitos y mecanismos de supervisión y autorización previa exigentes.

Entre estos sistemas están las máquinas de transporte que pueden poner en peligro la vida y la integridad de los ciudadanos, también los algoritmos que ayudan a determinar decisiones que afectan a aspectos básicos de la actividad profesional de las personas, o el acceso a servicios públicos y privados esenciales como los que tienen que ver con la formación, la calificación crediticia o la administración de justicia, entre muchos otros.

Los sistemas de riesgo limitado estarán sometidos a obligaciones específicas de información y transparencia. De manera que los ciudadanos deben saber en todo momento que están interactuando con máquinas y sistemas de IA. Quedan fuera de la atención del reglamento, los mecanismos considerados de riesgo bajo o mínimo, que son la mayoría de los sistemas de IA de uso cotidiano y que se estima que no afectan a los derechos o la seguridad de los ciudadanos.

Hay que tener en cuenta que la normativa no se aplicaría a usos privados no profesionales, como por ejemplo los asistentes personales de voz. Tampoco se aplicaría a las aplicaciones militares de la IA y, como ya hemos apuntado, a muchas de las aplicaciones policiales. El control de la aplicación de las normas corresponderá a las autoridades estatales que cada país estableciera, aunque puede crearse un Comité Europeo de Inteligencia Artificial que fijaría criterios generales para facilitar su aplicación de manera homogénea en toda la UE.

Para facilitar la seguridad y la confianza ciudadana el reglamento establece obligaciones importantes para los operadores de sistemas de alto riesgo. También se introduce un "marcaje europeo" para la IA, que indicará que un producto cumple los requisitos de la UE. La propuesta de ley europea de la IA quiere regular también un sistema de multas que pueden ser elevadas en caso de actuaciones graves de los operadores y también de los usuarios. Y, de manera paralela, diseña un sistema de transparencia y comprensión simple del funcionamiento de los algoritmos y los mecanismos de IA para que todas las personas que interactúan con IA tengan garantía de que no se realizan actividades prohibidas y de alto riesgo sin su consentimiento. Una regulación que bastante de voluntarista, algo que no siempre es fácil determinar los límites entre las máquinas y los humanos en la determinación de las decisiones, especialmente en ámbitos tan sensibles para la confianza humana como la administración pública (Ramíó 2019).

Al mismo tiempo que se ha presentado la propuesta de reglamento o ley europea de la IA, la Comisión ha actualizado el Plan coordinado sobre IA, que había sido presentado originariamente antes de la pandemia. La revisión del plan es menos voluntarista que lo que se anunciaba en 2018. Entonces la Comisión estimaba que entre 2018 y 2020 se invertirían 20.000 millones de euros en IA (Comisión Europea 2018b). Unos 7.000 millones de euros anuales. La realidad durante la pandemia ha sido más modesta. Las inversiones en IA en todo el mundo en 2019 han sido un poco más de 40.000 millones de dólares, alrededor de 34.000 millones de euros.

Cifras inferiores a las de los años anteriores. 25.200 millones de dólares corresponden a la inversión de los EE. UU. (64% del total), China invirtió unos 5.500 millones, Israel cerca de 3.100 millones, el Reino Unido más de 1.600, los dos principales países de la UE, Alemania y Francia, solo unos 650 millones y el resto de los estados europeos otros 700 millones de dólares; siendo la inversión de la UE (excluido el Reino Unido) de poco más de 1.100 millones de euros en 2019. Unas cantidades bastante alejadas de las anunciadas por la Comisión un año antes y con las que difícilmente se puede competir en términos internacionales (Arnold 2020). Con todo, la revisión de 2021 del Plan coordinado es más realista, manteniendo el objetivo de cambiar las políticas públicas de los estados en IA y aumentar las inversiones de cada estado y de la UE para fortalecer la posición de Europa en el desarrollo de la IA. La intención actual del Plan es aumentar gradualmente la inversión pública y privada en IA y hacer posible que a lo largo de esta década se logre una inversión anual de 20.000 millones de euros, unos 24.000 millones de dólares.

Hoy por hoy, la distancia entre la UE y los EE. UU. es muy grande tanto en el peso de la IA producida en cada espacio político como en la inversión actual y los principios que orientan las normativas y las políticas públicas respectivas.

De hecho, para que el modelo europeo de regulación se consolide y siga sólido habrá que reforzar las políticas públicas y multiplicar la inversión, para atraer talento y para crear un sistema de empresas solventes y altamente competitivas en el ámbito internacional. Pero eso es más fácil de decir que de hacer. La inversión y la investigación públicas serán importantes; pero fiarlo todo a la dimensión pública (y con una coordinación de políticas estatales dentro de la UE insuficiente), limitará a la UE a ser un regulador formal de normas y un anunciante de potenciales políticas públicas en IA de carácter humanista y ético; pero una potencia irrelevante en la innovación, la implementación y la consolidación de sistemas de IA. Al fin y al cabo, siguiendo de nuevo Ortega (2021), sin una base industrial privada fuerte para producir y exportar IA, la UE difícilmente podrá convertir sus normas y principios en referentes mundiales en IA. En estos momentos, la desregulación norteamericana y la lógica de control china favorecen el asentamiento de iniciativas privadas o estatales con menos preocupación por las autolimitaciones éticas y el respeto a los derechos civiles.

Con todo, las nuevas normas y políticas públicas en IA que propone la UE tienen un valor ético singular y quieren establecer una variante liberal humanista, pero contamos una alta carga voluntarista y están lejos de poder hacerse realidad y de consolidar un sistema europeo competitivo comparable, singularmente, al de los Estados Unidos.

7. Lengua dominante, lenguas grandes y lenguas no hegemónicas ante la inteligencia artificial.

Es evidente que las miradas sobre la Inteligencia Artificial y sus efectos en la sociedad son muy variadas. Se afirma que gracias a la IA resolveremos enfermedades, aumentaremos la eficiencia y la productividad, lucharemos mejor contra el cambio climático, el trabajo físico se reducirá y contribuiremos a una calidad de vida creciente (CESE 2019). Se alerta, a su vez, sobre el impacto negativo de las nuevas tecnologías en la privacidad y los derechos fundamentales (Gil 2016), en la cohesión y los derechos sociales (Acemoglu y Restrepo 2017), o sobre su capacidad de manipular las preferencias ciudadanas en los procesos políticos (Lassalle 2019), e incluso hay quien considera que aceleren el colapso de la civilización (Servigne y Stevens 2020). Sorprende, sin embargo, que estas miradas, no acostumbren a tener en cuenta el hecho lingüístico y cultural, que son elementos básicos, porque las tecnologías digitales y robóticas son y serán comunicativas y, como en la era analógica, la comunicación y máquinas será, principalmente, a través de lenguas naturales.

Cabe recordar, además, que, sin cuestionar los elementos positivos que han tenido las revoluciones tecnológicas a lo largo de la historia de la humanidad, también es cierto que cada nueva revolución ha contribuido a reducir significativamente la diversidad ambiental, cultural y lingüística (Kornai 2013). Hoy, en el sistema digital, solo hay una lengua claramente dominante en este momento, el inglés, que concentra el mayor número de usuarios y, lo que es más importante, la mayor cantidad de conocimientos cualificados, así como las mejores herramientas para la comunicación con máquinas. Los otros idiomas fuertes en número de usuarios (chino, español, árabe, portugués, indonesio, francés, japonés, ruso o alemán) tienen problemas, a veces significativos, para competir digitalmente con el inglés, y aún más para ser lenguas de la IA (Kornai 2013). Los problemas se multiplican en aquellas lenguas de alcance territorial reducido y un número limitado de hablantes, incluso cuando son las únicas lenguas de un estado, como es el caso del checo, el islandés o el esloveno. Y son aún mayores, cuando hablamos de lenguas de ámbito reducido, sin apoyo del estado y con una oficialidad legal de segundo orden, como es el caso del catalán, el vasco, el gallego o el occitano en España, a pesar de ser lenguas semioficiales, (META-NET 2014) y se convierten en problemas casi irresolubles cuando las lenguas no tienen ningún tipo de oficialidad, son ignoradas por el estado o están muy minorizadas, como el friulano o el bretón en Europa, o como ocurre con las lenguas sin tradición escrita y de grupos muy reducidos en todo el mundo.

Aunque la investigación en IA avanza rápidamente y la realidad puede cambiar, la lógica digital actual reforzaría los intercambios lingüísticos (y la concepción misma de los derechos lingüísticos) de carácter mercantilista y neoliberal, según los cuales el uso social de las lenguas (oficiales o no) en la esfera digital y en la vida social de las relaciones de intercambio lingüístico individual serían realizados por personas aisladas en un mercado lingüístico supuestamente libre, sin regulación ni condicionantes colectivos. Un mundo digital donde los estados se muestran impotentes ante el poder de las empresas tecnológicas (Han 2014). Por ello, en el espacio digital, la brecha lingüística estaría aumentando en términos reales, aunque hay más presencia en internet en la última década de lenguas con poco número de hablantes (Melero, 2018). Y eso genera también una brecha en derechos lingüísticos y en oportunidades digitales. Las lenguas son elementos inherentes a la vida de las personas y a sus derechos. Somos seres lingüísticos y nos expresamos y ejercimos nuestros derechos a través de lenguas y procesos lingüísticos concretos y definidos. En consecuencia, cuando la revolución digital y el desarrollo de la IA imponen, en la práctica, las lógicas del mercado ignoran también el derecho de las personas con una lengua no hegemónica.

Con todo, las miradas sobre los efectos de la IA son necesariamente poliédricas, y no podemos olvidar que la IA podría permitir un desarrollo significativo de tecnologías lingüísticas en beneficio de lenguas no hegemónicas. Bou-Balust en un resumen de la historia de la inteligencia artificial (Costa-Jussà y Melero, 2020) explica que, hacia finales de 2017, en el campo de la traducción automática mediante IA, hay un avance disruptivo, la máquina se convierte en capaz de analizar el significado de las palabras de una manera contextual y el aprendizaje lingüístico se aproxima a las formas en que una persona aprende una lengua: lo importante no es reconocer palabras aisladas, sino entender la lógica de un lenguaje. Con muchos menos datos que en el pasado, la máquina puede aprender y hacer obras escritas y orales que se acercan al lenguaje natural, lo que se ha traducido en un número creciente de ensayos, poesía y obras literarias escritas por máquinas con una calidad creciente. Y, del mismo modo, la capacidad de traducción oral y de aprendizaje de idiomas por las máquinas ha mejorado. La calidad y cantidad de los datos sigue siendo importante, pero la supervisión humana de los procesos de aprendizaje y la cantidad de datos necesarios para desarrollar sistemas de aprendizaje se estarían reduciendo, mientras los resultados serían cada vez de más calidad.

Si la investigación continúa avanzando, la IA lingüística abriría posibilidades para la producción de productos tecnológicos avanzados para lenguas no hegemónicas en Internet, asistentes de voz, televisión, y todo tipo de aplicaciones. Se abre un espacio de oportunidades, pero para materializarse en realidades concretas será necesario, en ausencia de financiación e innovación privada, un apoyo sistemático, ambicioso y estable de los poderes públicos que refuerce a las minorías lingüísticas.

De momento, sin embargo, especialmente en España y en el conjunto de la UE, las instituciones públicas están por detrás del mercado, y el mercado está dominado por empresas de los Estados Unidos de América y tiene poco interés por las lenguas menor número de usuarios, un hecho que tampoco parece preocupar a instituciones centrales españolas y de la Unión Europea. Cabe recordar que el sistema lingüístico europeo está dominado por el principio de jerarquía lingüística: el lugar preeminente lo tiene el inglés (a pesar de ser una lengua minoritaria en la UE), inmediatamente después está el francés y el alemán (lenguas de trabajo de la UE como el inglés); en tercer lugar, las lenguas oficiales de la Unión (todas las lenguas oficiales de los estados, salvo el luxemburgués); en cuarto lugar, tres lenguas con algún tipo de reconocimiento administrativo (catalán/valenciano, vasco y gallego); y, finalmente, el resto de lenguas de la Unión que no tienen ningún reconocimiento oficial ni apoyo real de la UE.

En el espacio digital y la IA, a pesar de los avances tecnológicos, la garantía de los derechos lingüísticos y su uso normal y habitual ya no se basa en los paradigmas dominantes en la era analógica y las primeras revoluciones tecnológicas. La plena oficialidad de las lenguas y la existencia de políticas lingüísticas que contribuyen a la materialización de los derechos lingüísticos individuales y colectivos, especialmente en territorios con más de una lengua oficial, siguen siendo importantes; pero, en estos momentos, los paradigmas analógicos son insuficientes, incluso en el espacio administrativo (local y autonómico) donde hay un mínimo respeto a los derechos lingüísticos. Sin embargo, los usos lingüísticos digitales no tienen territorio y, además, hay que considerar que, en España y en buena parte de la UE, la alfabetización funcional digital es muy superficial, con deficiencias notables cuando las funciones son más complicadas, generan obligaciones legales o administrativas y requieren procesos técnicos relativamente complejos, como los derivados de la administración electrónica. Parece que, paradójicamente, mientras los usos digitales se expanden y las personas proporcionamos una gran cantidad de datos sobre nuestro comportamiento que son utilizados masivamente por la industria digital con intereses comerciales o políticos (Peirano 2019), somos bastante reticentes a utilizar Internet en usos administrativos y con los poderes públicos. La falta de formación digital (Pérez García 2020), la desconfianza ciudadana hacia la IA (Comisión Europea 2020), o la insuficiente seguridad jurídica (Ponce 2019) dificultan el avance en el uso de la administración electrónica. La jerarquía lingüística analógica, que se refuerza notablemente en el espacio digital y de la IA, dificulta el uso normal de las lenguas no hegemónicas y su incorporación al mundo digital y a la IA; incluso, como hemos dicho, cuando son oficiales o semioficiales (Tasa 2017 y 2019, Tasa y Bodoque 2020), especialmente es realidades, como la española, con un nacionalismo lingüístico español que es ideológicamente dominante en los poderes públicos españoles, y tiende a negar el valor de la diversidad lingüística española y su reconocimiento legal (Moreno Cabrera 2015).

8. Consideraciones finales.

Hemos comenzado este trabajo subrayando que las definiciones más extendidas el concepto *inteligencia artificial* remarcan más el valor de las máquinas, los sistemas tecnológicos y los algoritmos que en las personas que los diseñan y configuran, y en su responsabilidad. Y esto entendemos que es importante, porque, de este modo, obviamos que la IA es un producto humano, controlado y modificable por los humanos y no una creación metafísica que se produce mediante un extraña proceso natural en el que los humanos no tenemos responsabilidad alguna. Y, como hemos subrayado, la IA tiene efectos sobre todas las dimensiones de la vida humana, desde los usos comerciales, la concepción colectiva del tiempo, las lenguas o los límites físicos del planeta. Y son unos efectos que, a menudo, tienen consecuencias disruptivas.

Singularmente, el desarrollo de la IA se está produciendo en un momento en el que la globalización neoliberal de las últimas décadas da síntomas de crisis y no únicamente porque en Occidente aparezcan movimientos populistas, como afirman los globalistas, sino porque se estarían gestando una fragmentación entre distintas potencias globalizadoras, esencialmente China y Estados Unidos, y porque coyunturalmente a causa de la pandemia de la Covid-19 habría problemas para reconstruir los flujos comerciales, las cadenas de suministros y se estarían empezando a producir fenómenos de relocalización o, al menos, debates que insisten en la necesidad de relocalizar industrias y servicios con valor estratégico. A la vez, cada vez hay más voces, que, desde el ámbito científico, alertan de que el modelo de explotación industrial ha tocado techo en lo que se refiere a la capacidad de extracción de algunos recursos energéticos y minerales que tienen un valor estratégico para el progreso humano y cuya escasez creciente afectará a la globalización, reduciéndola profundamente en las próximas décadas, a los sistemas sociales y políticos, y al modelo de investigación y desarrollo tecnológico y a la IA.

De hecho, aunque en estos momentos el desarrollo de las tecnologías digital y de IA se produce siguiendo las lógicas de los parámetros que han dominado el mundo desde la primera revolución industrial; no podemos obviar que las lógicas de progreso económico de los últimos siglos están en cuestión por los límites medioambientales del planeta y pueden alterar o modificar profundamente los modelos de desarrollo de la IA en sus diferentes variantes liberales y autoritarias. Puede parecer una cuestión meramente especulativa, pero la consolidación de un modelo europeo de IA depende de la fuerza de las dinámicas colectivas que derivan de las limitaciones en la obtención de recursos y las crisis medioambientales futuras y, al mismo tiempo, de la fuerza política y tecnológica del modelo chino y del modelo de los Estados Unidos.

En este sentido, hemos subrayado que el modelo de la UE que quiere ser humanista y respetuoso con los derechos y libertades civiles es un modelo en construcción, con una normativa que ha ido configurando en los últimos años y con unas políticas públicas en IA que empieza a impulsar y coordinar, en términos reales, justo antes de la pandemia. Es decir, la UE tiene un retraso considerable en investigación, fortaleza de las empresas y los centros de investigación respecto a otros espacios del mundo y sustancialmente respecto a Los Estados Unidos y habrá que esperar a que acabe la década de 2020 para ver si el modelo normativo es efectivo y se producen sinergias entre los estados europeos en materia de IA que permiten la creación de empresas europeas de influencia mundial y se reduce la distancia en investigación, calidad de la investigación aplicada y penetración en los mercados de la IA europea y la de China o los Estados Unidos.

La distancia en el volumen de inversión en investigación sobre IA entre Estados Unidos (y China) y la UA, el dominio de las empresas privadas norteamericanas de la investigación en IA y el mejor posicionamiento de China y Estados Unidos en las escasas materias primas necesarias en las industrias digitales y de IA hacen difícil que el modelo humanista de la UE siga competitivo en términos mundiales, a menos que la inversión se multiplique estratégicamente y la UE consolide empresas y centros de investigación sólidos y de primer orden, cosa que hasta ahora no ha sido capaz de hacer.

En general, las reflexiones teóricas y los estudios sobre los impactos de la IA y la digitalización tienen escasamente en cuenta la dimensión lingüística de la nueva revolución tecnológica y, aún menos, cómo afecta a los derechos lingüísticos de las personas. El mundo digital y la IA son fenómenos esencialmente comunicativos, que utilizan lenguas naturales en la mayoría de sus usos sociales. Y si observamos las lenguas de estos espacios comprobaremos que son realidades dominadas por el inglés y que, de momento, solo está garantizada la presencia de lenguas grandes y con un número de hablantes importantes, y con una capacidad de consumo elevada. Las lenguas no hegemónicas, oficiales o no, tienen un futuro incierto en el espacio digital y aún más en la IA, y dependen, casi únicamente, del apoyo y los recursos que destinan las instituciones públicas, porque en el mercado tienen poco peso demográfico para competir. Y los estados, especialmente cuando existe un fuerte nacionalismo lingüístico a favor de la lengua mayoritaria y dominante, prestan muy poca atención a las lenguas no hegemónicas y a los derechos de sus hablantes. Y, por desgracia, la UE tampoco.

9. Bibliografía citada

- Acemoglu, Daron, y Pascual Restrepo (2017). *Robots and Jobs: Evidence from US Labor Markets*. Working Paper 23285. Cambridge: National Bureau of Economic Research. <http://www.nber.org/papers/w23285.pdf>
- Arnold, Zachary (2020). "What investment trends reveal about the global AI landscape", *TechStream*, 29/09/2020.
- Bauman, Zigmunt (2018). *Sobre la fragilidad de los vínculos humanos. Amor líquido*. Barcelona: Paidós.
- Carew, Margaret; Green, Jennifer; Kral, Inge; Nordlinger, Rachel; y Singer, Ruth (2015): "Getting in Touch: Language and digital inclusion in Australian Indigenous communities", *Journal of Language Documentation & Conservation*, (9).
- CESE, Comité Económico y Social de España (2019). *Informe sobre la digitalización de la economía*. Madrid: Consejo Económico y Social España (CESE). <http://www.ces.es/documents/10180/5250220/Inf0121.pdf/c834e421-ab2d-1147-1ebf-9c86ee56c44a>
- Comisión Europea (2018a). *A Europe fit for the digital age. Empowering people with a new generation of technologies*. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en

- Comisión Europea (2018b). Inteligencia artificial: un enfoque europeo para impulsar la inversión y establecer directrices éticas. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_3362
- Comisión Europea (2019). *Directrices éticas para una IA fiable*. <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>
- Comisión Europea (2020). *Libro blanco sobre la Inteligencia Artificial. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf
- Costa-Jussà, Marta R., y Maite Melero (2020). "Converses al voltant de la intel·ligència artificial en clau catalana". *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, núm. 74, pp. 90-99.
- Cukier, Kenneth Neil, y Mayer-Schöenberger, Viktor (2013). *Big data: A revolution that will transform how live, work and think*. Boston: Houghton Mifflin Harcourt.
- Fanjul, Enrique (2020). "Tormenta sobre la globalización". *Blog del Real Instituto Elcano*, 14/05/2020.
- Friedman, Milton (2002). *Capitalism and freedom*. Chicago: University Press Chicago.
- Georgescu-Roegen, Nicholas (1996). *La ley de la entropía y el proceso económico*. Madrid: Fundación Argentaria.
- Gil, Elena (2016). *Big data, privacidad y protección de datos*. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos i Agencia Española del Boletín Oficial del Estado.
- González del Miño, Paloma (dir) (2020). *El sistema internacional del siglo XXI: dinámicas, actores y relaciones internacionales*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Grace, Katia; John Salvatier; Allan Dafoe; Baobao Zhang; i Owain Evans (2018). *When Will AI Exceed Human Performance? Evidence from AI Experts*. Oxford: Future of Humanity Institute, University of Oxford. <https://arxiv.org/pdf/1705.08807.pdf>
- Han, Byun-Chul (2014). *Psicopolítica: Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*. Barcelona: Herder.
- Han, Byun-Chul (2015). *El aroma del tiempo*. Barcelona: Herder.
- Harari, Yuval Noah (2016). *Sapiens. Una breu història de la humanitat*. Barcelona: Edicions 62.
- Harari, Yuval Noah (2018). *21 lliçons per al segle XXI*. Barcelona: Edicions 62.
- Hayek, Friedrich A. (2011). *Camino de servidumbre*. Madrid: Alianza editorial.
- IEA, International Energy Agency (2021). *Global Energy Review 2021*. <https://www.iea.org/reports/global-energy-review-2021>
- IPCC, Intergovernmental Panel of Climate Change (2021). *Climate Change 2021: The Physical Science Basis*. <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-i/>
- Kondratieff, Nikolay (1984). *The Long Wave Cycle*. Nueva York, Richardson and Snyder.
- Kornai, András (2013). "Digital Language Death", *PLoS ONE*, 8 (10). DOI: 10.1371/journal.pone.0077056.
- Lassalle, José María (2019). *Ciberleviatán. El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*. Barcelona: Arpa.
- Lassalle, José María (2021). *El liberalismo herido. Reivindicación de la libertad frente a las nostalgias del autoritarismo*. Barcelona: Arpa.
- Latorre, José Ignacio (2017). *Cuántica. Tu futuro en juego*. Barcelona: Ariel.
- Martínez Alier, Joan, y Jordi Roca Jusmet (2018). *Economía ecológica y política ambiental*. México: Fondo de Cultura Económica.
- McCarthy, John (1995). "Making Robots Conscious of their Mental", en Michael T. Cox y Michael Freed (ed.), *Proceedings of the 1995 AAAI Spring Symposium on Representing Mental States and Mechanisms*. Menlo Park: AAAI Press; pp. 89-96. <https://www.aaai.org/Papers/Symposia/Spring/1995/SS-95-05/SS95-05-013.pdf>
- McKinsey Global Institute (2020). *Risk, resilience, and rebalancing in global value chains*. <https://www.mckinsey.com/business-functions/operations/our-insights/risk-resilience-and-rebalancing-in-global-value-chains>
- Meadows, Donella H., Dennis L. Meadows, Jorgen Randers y William W. Behrens (1975). *Los límites del crecimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Melero, Maite (2018). "El futur de les llengües a l'era digital: Oportunitats i Bretxa lingüística", *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, 70; pp. 152-165.
- META-NET (2014). *The META-NET White Papers. Europe's Languages in the Digital Age*. Berlín: META-NET. <http://www.meta-net.eu/whitepapers/overview>
- Mises, Ludwig von (2011). *La acción humana: Tratado de Economía*. Madrid: Unión Editorial.
- Molina, Carlos (2019). "El imparable motor de la globalización frente a los populismos". Resumen del debate Foro Futuro, *El País*, 7-4-2021.
- Moreno, Luis, y Raúl Jiménez (2018). *Democracias robotizadas. Escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*. Madrid: Libros de la Catarata.
- Moreno Cabrera, Juan Carlos (2015). *Errores y horrores del españolismo lingüístico*. Tafalla: Txalaparta.
- Nisbet, Robert (2012). *Historia de la idea de progreso*. Barcelona: Gedisa.
- OECD (2020). *OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19). Covid-19 and international trade: Issues and actions*. <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-and-international-trade-issues-and-actions-494da2fa/>
- Olivé, Iliana, y Manuel García (2020). *¿El fin de la globalización? Una reflexión sobre los efectos de la crisis del COVID-19 desde el Índice Elcano de Presencia Global*. Análisis del Real Instituto Elcano (ARI), 43.
- Ortega, Andrés (2020). "Globalización re-imaginada". *Blog del Real Instituto Elcano*, 15/09/2020.
- Ortega, Andrés (2021). *Hacia un régimen europeo de control de la Inteligencia Artificial*. Análisis del Real Instituto Elcano (ARI), 52.
- Peirano, Marta (2019). *El enemigo conoce el sistema. Manipulación de ideas, personas e influencias después de la economía de la atención*. Barcelona: Debate.

- Pérez García, Francisco (2020). *Cambios tecnológicos, trabajo y actividad empresarial: el impacto socioeconómicos de la economía digital*. Madrid: Consejo Económico y Social España.
- Piketty, Thomas (2014). *El capital al siglo XXI*. Barcelona: La Magrana.
- Ponce, Juli (2019). "Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico", *Revista General de Derecho Administrativo*, número 50, 35 p.
- Riechmann, Jorge (2020). *Otro fin del mundo es posible, decían los compañeros. Sobre transiciones ecosociales, colapsos y la imposibilidad de lo necesario*. Madrid: MRA Ediciones.
- Ramió, Carles (2019). *Inteligencia Artificial y Administración Pública: Robots y humanos compartiendo el servicio público*. Madrid: Los libros de la Catarata.
- Robinson, William (2021). *El capitalismo global y la crisis de la humanidad*. México: Siglo XXI Editora Iberoamericana.
- Roonemaa, Mari (2017). "El 'tigre digital' báltico", *Correo de la UNESCO*, 20-5-2017.
- Sandel, Michael J. (2021). *La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido el bien común?* Barcelona: Debate.
- Seric, Adnan, y Deborah Winkler (2020). "COVID-19 could spur automation and reverse globalisation - to some extent", *VOXEU*, 28/04/2020. <https://voxeu.org/article/covid-19-could-spur-automation-and-reverse-globalisation-some-extent>
- Servigne, Pablo, y Raphaël Stevens (2020). *Colapsología*. Barcelona: Arpa.
- Smith, Philip, y Manfred Max-Neef (2014). *La economía desenmascarada. Del poder y la codicia*. Madrid: Icaria.
- Soria, Claudia (2017). "What is digital language diversity and why should we care?", a Josep Cru (ed.), *Linguapax Review 2016: Digital Media and Language Revitalisation*, Linguapax International.
- Snyder, Timothy (2018). *The Road to Unfreedom: Russia, Europe, America*. Nueva York, Penguin Random House.
- Stiglitz, Joseph E. (2002). *El malestar en la globalización*. Barcelona: Taurus.
- Sutherland, William (2003). "Parallel extinction risk and global distribution of languages and species", *Nature*, (423). DOI: 10.1038/nature01607
- Taibo, Carlos (2016). *Colapso: capitalismo terminal, transición ecosocial, ecofascismo*. Madrid: Libros de la Catarata.
- Taibo, Carlos (2021). *Decrecimiento una propuesta razonada*. Madrid: Alianza editorial.
- Tasa, Vicenta (2017). *Desigualtat conflictiva o igualtat pacífica. Drets lingüístics i ordenament constitucional a Suïssa i Espanya. Dos models divergents*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Tasa, Vicenta (2019). *Llengua i Estat*. Valencia, Publicacions de la Universitat de València.
- Tasa, Vicenta, y Anselm Bodoque (2016). *Poder i llengua. Les llengües de l'ensenyament al País Valencià*. Valencia, Nexa.
- Tasa, Vicenta y Anselm Bodoque (2020). *Consum, comerç i llengües. Polítiques públiques i jurisprudència referencial*. Valencia: Generalitat Valenciana.
- The Economist (2021). Global Democracy Index 2020. <https://www.economist.com/graphic-detail/2021/02/02/global-democracy-has-a-very-bad-year>
- Turiel, Antonio (2019). "Uno por uno", *Thecrashoil*, 29/11/2019. <https://crashoil.blogspot.com/2019/11/uno-por-uno.html>
- Turiel, Antonio (2021a). *Petrocalipsis. Crisis energética global y como (no) la vamos a solucionar*. Madrid: Alfabeto.
- Turiel, Antonio (2021b). *Comparecencia de Antonio Turiel en la Comisión de Transición Ecológica del Senado*. 12/04/2021. <https://www.youtube.com/watch?v=QZ-OE90YW6Q>
- Turiel, Antonio (2021c). "La transición energética y su impacto en el uso de materiales" conferencia en la segunda jornada de edifica21. 08/09/2021. <https://www.youtube.com/watch?v=wTuOjbVeDXE>
- Valero, Antonio; y Alicia Valero Alicia (2019). "Thermodynamic Rarity and Recyclability of Raw Materials in the Energy Transition: The Need for an In-Spiral Economy". *Entropy*, 21 (9), 873; 14 p. <https://doi.org/10.3390/e21090873>
- Valero, Antonio; y Alicia Valero Alicia (2021). *Thanatía. Los límites minerales del planeta*. Madrid: Icaria.
- Villacañas, José Luis, i Anxo Garrido (2021). *Republicanism, nacionalismo y populismo como formas de la política contemporánea*. Madrid: Dado.
- Virilio, Paul (2009). *El futurismo de l'instant. Stop-eject*. París: Galilée.
- Zuboff, Shoshana (2020). *La era del capitalismo de la vigilancia: La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder (Estado y Sociedad)*. Barcelona: Paidós.

IL PRINCIPIO DI "PREVALENZA DEL PIANO PAESAGGISTICO" NEL RECENTE APPRODO DELLA CONSULTA (NOTA A CORTE COST. N.251/2021)

Francesco Perchinunno

ABSTRACT [ITA]: La Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 251 del 2021, ha recentemente accolto il ricorso del Governo, dichiarando la illegittimità costituzionale di alcuni articoli della legge della Regione Puglia n. 30 del 21 settembre 2020 che ha istituito i parchi naturali regionali "Costa Ripagnola" e "Mar Piccolo". Il giudice delle leggi ha ritenuto che la precitata legge regionale, prevedendo la possibilità di realizzare nuove costruzioni, strade e mutamenti nella destinazione dei terreni nell'area protetta, abbia violato il principio di sovraordinazione dei piani paesaggistici rispetto a tutti gli altri strumenti di pianificazione territoriale, sancito dall'art. 145, comma 3, cod. beni culturali, con conseguente invasione della sfera di competenza esclusiva statale.

ABSTRACT [ENG]: *The Constitutional Court, according to the sentence no. 251 of 2021, has recently accepted the appeal of the Government, declaring the constitutional illegitimacy of some articles of the law of the Puglia Region n. 30 of 21 September 2020 which established the regional natural parks "Costa Ripagnola" and "Mar Piccolo". The judge of the laws considered that the aforementioned regional law, providing for the possibility of creating new buildings, roads and changes in the use of land in the protected area, violated the principle of superordination of landscape plans with respect to all other territorial planning tools, enshrined in art. 145, paragraph 3, cod. cultural heritage, with consequent invasion of the sphere of exclusive state competence.*

SOMMARIO: **1.** Premessa e inquadramento del tema - **2.** Focus su vizi e parametri di costituzionalità nella sentenza n.251/2021 - **3.** I tratti distintivi del *decisum* - **4.** Gli effetti della decisione: criticità e prospettive di analisi.- **5.** Brevi considerazioni finali.

1. Premessa e inquadramento del tema.

In un recentissimo approdo, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 251/2021 ha accolto il ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, pervenendo a declaratoria di illegittimità costituzionale di alcuni degli articoli della legge della Regione Puglia n. 30 del 21 settembre 2020 istitutiva dei parchi naturali regionali "Costa Ripagnola" nel territorio di Polignano a Mare e "Mar Piccolo" nel territorio tarantino¹. La decisione è indubbiamente contrassegnata da interessanti profili giuridici e processuali meritevoli di approfondimento e non sarà immune da ulteriori risvolti di natura politica, alimentati da contrapposte aspettative che si erano formate sino all'esito dell'udienza pubblica del 10 novembre 2021.

¹ Il deposito della pronuncia in esame è del 23 dicembre 2021. Si tratta della sentenza Corte cost. 10 novembre 2021 n.251, rel. Barbera (in *G.U. 1^a Serie Speciale, Corte Costituzionale n.52 del 29-12-2021*). Il ricorso governativo - proposto ex art. 127 Cost. comma primo - era stato depositato il 24 novembre 2020 e recava il n.98 registro ricorsi del 2020, con pubblicazione sulla G.U. n.50/2020 della Repubblica italiana.

Le indicazioni di sintesi sottese alla pronuncia in esame sono saldamente ancorate ad un granitico orientamento della giurisprudenza costituzionale evocativo del principio di “prevalenza del piano paesaggistico rispetto a tutti gli strumenti di pianificazione territoriale” - inclusi quelli relativi alle aree protette - sancito dall’art. 145, comma 3, cod. beni culturali. Stando alla lettera della norma - rubricata “Coordinamento della pianificazione paesaggistica con altri strumenti di pianificazione” - non emergono dubbi nel senso di ritenere, per quanto concerne la tutela del paesaggio, le disposizioni dei piani paesaggistici comunque prevalenti sulle quelle contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore, ivi compresi quelli degli enti gestori delle aree naturali protette. La disposizione integra, infatti, una regola di tutela primaria del paesaggio in nessun modo derogabile ad opera della legislazione regionale che, nella cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali, deve rispettare gli standard minimi uniformi di tutela previsti dalla normativa statale, potendo al limite introdurre un surplus di tutela e non un regime peggiorativo.

Il *decisum* cui è pervenuto il giudice delle leggi, con riferimento alle disposizioni in esame, si inserisce perfettamente in un solco tracciato da costante giurisprudenza costituzionale (si rinvia alla successiva nota 12) sul principio di prevalenza del piano paesaggistico quale regola di tutela primaria del paesaggio non derogabile ad opera della legislazione regionale la quale, nel quadro di tutela degli interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali, è tenuta a rispettare gli standard minimi uniformi di tutela previsti dalla normativa statale, potendo al limite introdurre un surplus di tutela e non un regime peggiorativo. La stessa Corte, in recentissime pronunce ha poi evidenziato che il principio in esame deve essere declinato nel senso che «...al legislatore regionale è impedito adottare normative che derogano o contrastino specificatamente con norme di tutela paesaggistica che pongono obblighi o divieti, ossia con previsioni di tutela in senso stretto...» (si v. nota 13), tra i quali deve ricondursi l’art. 145, comma 3, cod. beni culturali, in quanto «espressione di un intervento teso a stabilire una metodologia uniforme nel rispetto della legislazione di tutela dei beni culturali e paesaggistici sull’intero territorio nazionale» (sentenza n. 182 del 2006).

La normativa censurata, a parere della Corte, non rispetta la gerarchia dei piani fissata dal legislatore nazionale, in quanto disciplina unilateralmente in modo diverso e meno restrittivo rispetto al vigente Piano paesaggistico territoriale (PPTR) - approvato di intesa con lo Stato - beni paesaggisticamente vincolati, attraverso un mero richiamo solo formale al rispetto delle disposizioni contenute nel PPTR, che tuttavia vengono di fatto svuotate dei loro essenziali contenuti di tutela per le aree in esame².

2. Focus su vizi e parametri di costituzionalità nella sentenza n.251/2021.

Il ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri genetico del giudizio in esame afferisce alla pretesa illegittimità costituzionale degli artt. 8, comma 6, 9, comma 1, lettere f), g) e h), 25, comma 5, 26, comma 1, lettere g), h), i), e comma 2 (*recte*: art. 26, comma 1, lettera j)), della legge della Regione Puglia 21 settembre 2020, n. 30 (Istituzione dei parchi naturali regionali «Costa Ripagnola» e «Mar Piccolo»), in riferimento all’art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione³. La legge regionale censurata istituisce i parchi naturali regionali «Costa Ripagnola» (Capo I) e «Mar Piccolo» (Capo II) ai sensi della legge 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette) e della legge della Regione Puglia 24 luglio 1997, n. 19 (Norme per l’istituzione e la gestione delle aree naturali protette nella Regione Puglia). Le censure alla L.R. n.30/2020, stando alle ragioni indicate nel ricorso, sarebbero correlate, quanto agli artt. 8, comma 6, 9, comma 1, lettere f), g) e h), 25, comma 5, e 26, comma 1, lettere g), h) e i), dalla violazione dell’art. 145, comma 3, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell’articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137), che sancisce

² L’approvazione del Piano Paesaggistico Territoriale della Regione Puglia (PPTR) è stata ratificata con deliberazione della Giunta regionale pugliese n. 176 del 16 febbraio 2015 (in B.U.R.P. n. 40 del 23 marzo 2015)

³ Si tratta della Legge regionale 21 settembre 2020, n. 30 “Istituzione dei parchi naturali regionali “Costa Ripagnola” e “Mar Piccolo”, in B.U.R.P., n. 132 del 21 settembre 2020.

il principio della cogente prevalenza dei piani paesaggistici sulla pianificazione delle aree naturali protette, comprendenti i parchi naturali regionali; quanto all'art. 26, comma 1, lettera j), dalla violazione degli articoli da 239 a 253 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), che disciplinano la bonifica dei siti inquinati.

Nella premessa del ricorso, peraltro, viene offerto alla Consulta un inquadramento storico-normativo dei territori dei parchi "Costa Ripagnola" e "Mar Piccolo", già dichiarati di notevole interesse pubblico con decreti ministeriali del 23 dicembre 1982 e 1° agosto 1985, attualmente disciplinati dal precitato Piano paesaggistico territoriale regionale (PPTR) della Regione Puglia, approvato nel 2015. In ordine all'art. 8, comma 6, in tema di misure di salvaguardia del parco «Costa Ripagnola» - prima tra le disposizioni oggetto delle censure che integrerebbe una violazione dell'art. 145, comma 3, cod. beni culturali - si tratta di una disposizione che, fatte salve le previsioni del codice dei beni culturali e del paesaggio e quelle contenute nel PPTR, consente all'ente di gestione la facoltà di concedere, fino all'approvazione del piano per il parco e limitatamente alle zone 2 e 3 di cui all'art. 3, motivate deroghe ai divieti espressi nel comma 5, di realizzare nuove costruzioni, nuove strade e mutamenti nella destinazione dei terreni. Tali deroghe sono ammesse per la realizzazione di opere pubbliche, di pubblica utilità e di pubblico interesse se sussistono rilevanti motivi di interesse pubblico e, comunque, nel rispetto delle finalità istitutive del parco.

La violazione inciderebbe sul richiamato principio di sovraordinazione dei piani paesaggistici rispetto a tutti gli altri strumenti di pianificazione territoriale sancito dal citato art. 145, comma 3, cod. beni culturali in quanto, nonostante il richiamo in essa contenuta al codice dei beni culturali e del paesaggio e al PPTR, nella sostanza consentirebbe all'ente gestore, in via transitoria, di realizzare opere pubbliche, di pubblica utilità e di pubblico interesse in contrasto con le previsioni del PPTR, in particolare con gli artt. 95 e 37 delle Norme tecniche di attuazione (NTA)⁴.

Analoghe ragioni sono state addotte in ordine alla censura di cui all'art. 25, comma 5, della predetta legge regionale che, in relazione al parco «Mar Piccolo», riproduce in termini identici il contenuto dell'art. 8, comma 6, con riguardo al parco «Costa Ripagnola», con l'unica differenza di ammettere deroghe ai divieti di nuove costruzioni solo per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e non per quelle genericamente di interesse pubblico.

La violazione dell'art. 145, comma 3, cod. beni culturali, sarebbe perpetrata, secondo la prospettazione del ricorrente anche dall'art. 9, comma 1, lettere f), g) e h) della legge regionale impugnata, disposizione che consente - fino all'approvazione del piano per il parco "Costa Ripagnola" - determinate attività ed interventi e pur facendo formalmente salvi «eventuali vincoli maggiormente restrittivi», ammetterebbe alle suindicate lettere la realizzazione di interventi edilizi in tutto il territorio del parco, in contrasto con la disciplina d'uso contenuta nel PPTR⁵. Il contrasto sorgerebbe rispetto alla norma di tutela della fascia costiera contenuta nella scheda di identificazione e definizione della specifica disciplina d'uso (scheda PAE 008) relativa al parco «Costa Ripagnola», che costituisce parte integrante del PPTR, secondo cui entro 300 metri dalla costa non è consentita la realizzazione di qualsivoglia opera edilizia⁶.

Da ulteriore vizio sarebbe affetto l'art. 26, comma 1, lettere g), h) e i), della legge in esame, nella parte in cui si ammetterebbe, con riguardo al parco "Mar Piccolo", interventi edilizi in contrasto con la disciplina d'uso contenuta nel PPTR ed in particolare con la norma di tutela

⁴ Nello specifico, il predetto art. 95 NTA consente - in deroga alle misure di salvaguardia previste dallo stesso PPTR - la sola realizzazione di *opere pubbliche* e di *pubblica utilità* e quindi non quelle genericamente di interesse pubblico, nelle ipotesi di compatibilità delle stesse opere con gli obbiettivi di qualità di cui all'art. 37 NTA o in assenza di alternative localizzative e/o progettuali, attribuendo alla Regione e non all'ente gestore la competenza ad adottare il provvedimento medesimo di deroga.

⁵ Nello specifico, la lettera g) consente «limitatamente alla zona 3 di cui all'articolo 3 e ai fabbricati di recente edificazione, non aventi valore storico-documentale, legittimamente autorizzati alla data di entrata in vigore del parco ricadenti in zona 2 e zona 1 di cui all'articolo 3, la realizzazione di interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d), del d.p.r. 380/2001 e gli interventi di nuova costruzione di cui all'articolo 3, comma 1, lettera e), del d.p.r. 380/2001». Tale previsione, a parere del ricorrente, consentirebbe la realizzazione, nelle zone 1 e 2 del parco «Costa Ripagnola» (cioè quelle sottoposte a maggior grado di tutela ai sensi dell'art. 3 della legge regionale in esame) interventi di ristrutturazione dei fabbricati esistenti e legittimi, privi di valore storico-documentale e, nelle zone 3, anche gli interventi di nuova costruzione, tra i quali sono compresi la costruzione di manufatti edilizi fuori terra o interrati e l'ampliamento di quelli esistenti.

della fascia costiera contenuta nella scheda PAE 140, identica alla scheda PAE 008 concernente il parco “Costa Ripagnola”. In sostanza, alla base della doglianza espressa dal ricorrente, la circostanza che la Regione Puglia avrebbe disciplinato unilateralmente, in modo diverso e meno restrittivo rispetto alla disciplina d’uso dettata dal PPTR vigente, adottato d’intesa con lo Stato, beni paesaggisticamente vincolati, richiamando solo formalmente il rispetto della disciplina contenuta nel PPTR che verrebbe svuotata dei suoi contenuti essenziali di tutela, nonostante l’art. 145, comma 3, cod. beni culturali le attribuisca assoluta e cogente prevalenza rispetto a tutti gli altri strumenti di pianificazione. Ad avviso della parte ricorrente, per costante giurisprudenza costituzionale non è consentito che una disposizione di legge regionale limiti o alteri, in qualsiasi forma, il principio di prevalenza gerarchica del piano paesaggistico (art. 145 cod. beni culturali), che «...assurge a valore imprescindibile e non derogabile in quanto espressione di metodologia uniforme sull’intero territorio nazionale nella tutela dei beni culturali e paesaggistici...»; la legge regionale, infatti, avrebbe unicamente la facoltà di disciplinare le aree vincolate solo con previsioni aggiuntive di tipo restrittivo, atte a consolidare la tutela del paesaggio e dell’ambiente.

L’ultima tra le censure - per mero errore materiale indicativamente circoscritta all’art. 26, comma 2, ma in realtà da intendersi riconducibile all’art. 26, comma 1, lettera j), della legge regionale impugnata - concerne il solo parco “Mar Piccolo”, integrando la violazione degli articoli da 239 a 253 cod. ambiente, contenenti la disciplina della bonifica dei siti inquinanti, materia che rientrerebbe nella *competenza legislativa statale esclusiva* di cui all’art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. Come indicato espressamente nel ricorso, la disposizione regionale viziata, infatti, al comma 1 prevede espressamente: «[f]ermi restando eventuali vincoli maggiormente restrittivi» e fino all’approvazione del piano per il parco, sono consentiti: «j) gli interventi di bonifica o di messa in sicurezza, operativa o permanente, e, ove necessario, le ulteriori misure di riparazione e di ripristino ambientale definiti nell’ambito della procedura di approvazione della caratterizzazione e del progetto di bonifica del Sito di interesse nazionale di cui al decreto del Ministero dell’Ambiente 10 gennaio 2010 (Perimetrazione del sito di interesse nazionale di Taranto) e finalizzati a minimizzare e ricondurre ad accettabilità il rischio derivante dallo stato di contaminazione presente nel sito».

Sul punto, un’interpretazione «rigorosa» della norma, seguendo l’assunto della parte ricorrente, farebbe emergere profili di illegittimità costituzionale della disposizione regionale censurata, per violazione dell’art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., che attribuisce alla competenza legislativa esclusiva statale la materia della «tutela dell’ambiente», in cui sarebbe ricompresa la disciplina dei rifiuti e della bonifica dei siti inquinati per giurisprudenza costante della Corte Costituzionale (tra le numerose pronunce richiamate, più conferente la n.180 del 2015). Se, viceversa, si seguisse un’interpretazione «sistematica» della disposizione in esame, sempre seguendo le considerazioni della ricorrente, si potrebbe pervenire all’opposta soluzione di ritenere consentiti gli interventi diversi da quelli in essa specificamente menzionati, tra cui le misure d’emergenza e le ulteriori misure previste dalle norme invocate del codice dell’ambiente, contenute nella Parte quarta, Titolo V del decreto legislativo n. 152 del 2006⁷.

⁶ In particolare, a pag. 22 del citato PAE0008 è espressamente statuito che: «...Fatte salve le norme in materia di condono edilizio, nel rispetto degli obiettivi di qualità e delle normative d’uso di cui alla sezione precedente della presente scheda, nonché degli atti di governo del territorio vigenti ove più restrittivi, sono ammissibili piani, progetti e interventi diversi da quelli di cui al punto 1, nonché i seguenti: b1) la trasformazione di manufatti legittimamente preesistenti (esclusa la demolizione e ricostruzione di manufatti di particolare valore storico e identitario) per una volumetria aggiuntiva non superiore al 20 per cento, a condizione che gli interventi: - siano finalizzati all’adeguamento strutturale o funzionale, all’efficientamento energetico e alla sostenibilità ecologica degli immobili; - comportino la riqualificazione paesaggistica dei luoghi; - non interrompano la continuità naturalistica della fascia costiera, assicurando nel contempo l’incremento della superficie permeabile e la rimozione degli elementi artificiali che compromettono visibilità, fruibilità e accessibilità del mare nonché percorribilità longitudinale della costa; - garantiscano il mantenimento, il recupero o il ripristino, di tipologie, materiali, colori coerenti con i caratteri paesaggistici del luogo, evitando l’inserimento di elementi dissonanti e privilegiando l’uso di tecnologie eco-compatibili; - promuovano attività che consentano la produzione di forme e valori paesaggistici di contesto (agricoltura, allevamento. ecc.) e fruizione pubblica (accessibilità ecc.) del bene paesaggio...».

⁷ Si tratta del d.l. 3 aprile 2006, n. 152 - Norme in materia ambientale. (in G.U. Serie Generale n.88 del 14 aprile 2006 - Suppl. Ordinario n. 96). Nello specifico, il riferimento è al Titolo V, parte IV, rubricato “Bonifica di siti contaminati” (artt. 239-253).

Nella parte conclusiva del *Ritenuto in fatto*, al punto 3), la Corte evidenzia che sono state depositate due opinioni scritte, a titolo di “*amici curiae*”, specificando che con decreto presidenziale del 20 settembre 2021, è stata ammessa - perché conforme ai criteri previsti al citato art. 4-ter - esclusivamente la opinione scritta presentata dall’associazione “Italia Nostra Onlus”, orientata verso il giudizio di fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale in esame, tramite una ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento⁸. Sul punto si tornerà nella parte finale del presente lavoro.

3. I tratti distintivi del *decisum*.

Nel *Considerato in diritto* emerge una parte motiva della decisione che non prende affatto le distanze dalle censure, fatta eccezione per quella inerente, per intenderci, agli “interventi di bonifica o di messa in sicurezza” (art. 26 comma 1, lettera j, rubricato “Regime autorizzativo”).

Difficilmente l’esito della questione sollevata avrebbe potuto divergere da quello cui la Corte è pervenuta nella sentenza n.251/2021, sia per l’univocità del dato letterale delle norme viziate e dei parametri costituzionali invocati, sia per l’ampio e consolidato (in alcuni casi anche recentissimo) orientamento espresso dal giudice delle leggi in materia. Quella della tutela dell’ambiente e dell’ecosistema, in particolare, viene evocata nel ricorso con riguardo sia alla disciplina delle aree naturali protette che a quella della bonifica dei siti inquinati, ripetutamente ricondotte dalla stessa Corte all’art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.⁹.

Prima di addivenire al deliberato quasi interamente adesivo alle pretese formulate, la Corte premette che l’intero territorio della Regione Puglia è sottoposto al piano paesaggistico territoriale regionale (PPTR), approvato con la precitata delibera della Giunta regionale 16 febbraio 2015, n. 176, a tutt’oggi in vigore. Nello specifico, i territori dei parchi naturali regionali «Costa Ripagnola» e «Mar Piccolo», quali beni paesaggistici ai sensi dell’art. 134, lettere a) e b), cod. beni culturali, essendo rispettivamente aree dichiarate di notevole interesse pubblico (lettera a) con decreti ministeriali del 1° agosto 1985 e aree tutelate per legge (lettera b), sono assoggettati alla disciplina d’uso contenuta nel PPTR¹⁰. Occorre sottolineare, come ha fatto la Corte, che tutte le disposizioni sottoposte a censura individuano un regime transitorio del territorio dei parchi “Costa Ripagnola” e “Mar Piccolo” (suddivisi in zone 1, 2 e 3 a tutela decrescente, valide sino all’approvazione del rispettivo piano per il parco) e contengono una clausola di salvezza in relazione a vincoli maggiormente restrittivi eventualmente previsti dal PPTR. Ma alcune di esse introducono delle deroghe alla disciplina d’uso dettata dal PPTR, così integrando singole e specifiche ipotesi violative dell’art. 145, comma 3, cod. beni culturali.

Passando in rassegna le singole censure, la Corte ripercorre il percorso argomentativo di cui al ricorso, evidenziando anzitutto la portata applicativa dell’art. 8, comma 6, della legge regionale impugnata (in tema di misure di salvaguardia del parco “Costa Ripagnola”) nella parte in cui dispone che, fatte salve le previsioni del codice dei beni culturali e del paesaggio e quelle contenute nel PPTR, l’ente gestore del parco (d’intesa con l’Ufficio parchi e riserve naturali dell’Assessorato regionale all’ambiente) può concedere, fino all’approvazione del piano per il parco e limitatamente alle zone 2 e 3, motivate deroghe, ai divieti previsti dal precedente comma, di realizzare nuove costruzioni, nuove strade e mutamenti nella destinazione dei terreni.

Tali deroghe sono ammesse per la realizzazione di opere pubbliche, di pubblica utilità e di pubblico interesse se sussistono rilevanti motivi di interesse pubblico e, comunque, nel rispetto delle finalità istitutive del parco.

⁸ Giova sin d’ora evidenziare che la previsione degli *Amici curiae* è stata inserita nell’art. 4 ter, tra le “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale” (in G.U. 7 novembre 2008, n. 261 e successive modificazioni e integrazioni) tramite l’art. 2 della delibera della Corte, in sede non giurisdizionale, dell’8 gennaio 2020 (in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2020).

⁹ La Corte, in parte motiva, richiama sue recentissime pronunce, rispettivamente sulla disciplina delle aree naturali protette, Corte cost. sentenze 9 giugno 2021, n. 158 e 1° dicembre 2020, n. 276; in ordine alla materia della bonifica dei siti inquinati, Corte cost., sentenze 9 ottobre 2019, n. 231 e 23 gennaio 2019, n. 28.

¹⁰ Decreto ministeriale 1 agosto 1985, “Dichiarazione di notevole interesse pubblico di una zona comprendente la Gravina di Mazzaracchio sita nel comune di Taranto”, in G.U. - Serie Generale n.30 del 6 febbraio 1986 - Suppl. Ord. n. 5.

La disposizione, così come formulata, violerebbe il *principio della sovraordinazione* dei piani paesaggistici rispetto a tutti gli altri strumenti di pianificazione territoriale (art. 145, comma 3, cod. beni culturali), atteso che, nonostante il richiamo in essa contenuto al codice dei beni culturali e del paesaggio e al PPTR, consentirebbe di fatto all'ente gestore del parco, in via transitoria, di derogare con propri provvedimenti alla disciplina d'uso contenuta nel PPTR¹¹.

La prima delle questioni articolate dalla parte ricorrente è stata dichiarata fondata, in conformità al recente orientamento della giurisprudenza costituzionale¹² che ha consolidato il principio della prevalenza del piano paesaggistico rispetto a tutti gli strumenti di pianificazione territoriale, inclusi quelli relativi alle aree protette, sancito dall'art. 145, comma 3, cod. beni culturali, trattandosi di una regola di tutela primaria del paesaggio, in nessun modo derogabile ad opera della legislazione regionale che, nella cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali, deve rispettare gli standard minimi uniformi di tutela previsti dalla normativa statale, potendo al limite introdurre un *surplus* di tutela e non un regime peggiorativo¹³.

L'art. 8, comma 6, non rispetta la gerarchia dei piani fissata dal legislatore nazionale, disciplinando unilateralmente, in modo diverso e meno restrittivo rispetto al PPTR vigente adottato d'intesa con lo Stato, beni paesaggisticamente vincolati (il parco "Costa Ripagnola") richiamando, come detto, solo formalmente il rispetto delle disposizioni contenute nel PPTR, che tuttavia vengono svuotate dei loro essenziali contenuti di tutela. La violazione è integrata dalla circostanza che detta disposizione «...consente - in virtù di provvedimento di deroga emesso dall'ente gestore del parco - la realizzazione di opere pubbliche, di pubblica utilità e di pubblico interesse se sussistono rilevanti motivi di interesse pubblico, mentre le NTA del PPTR prevedono - in virtù di un provvedimento della Regione - esclusivamente la realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità solo se compatibili con gli specifici obiettivi di qualità dettati dalle medesime NTA e in difetto di alternative localizzative e/o progettuali. È proprio detto profilo di competenza ad integrare un evidente contrasto tra disposizione impugnata e norma paesaggistica, poiché il provvedimento di deroga adottato dall'ente parco assurge non a titolo aggiuntivo, bensì sostitutivo di quello regionale, salvi naturalmente gli ulteriori titoli edilizi e paesaggistici del caso...»¹⁴. La configurazione di un regime peggiorativo del bene paesaggistico, integra l'illegittima invasione della sfera di competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., ponendosi, la disposizione censurata, in palese contrasto con il parametro interposto invocato (art. 145, comma 3, cod. beni culturali).

Analoghe considerazioni sono condivise, in motivazione, in merito alla censura dell'art. 25, comma 5, della legge regionale impugnata che, in relazione al parco "Mar Piccolo", riproduce in termini identici l'art. 8, comma 6, appena esaminato con riguardo al parco "Costa Ripagnola", con l'unica differenza di ammettere deroghe ai divieti di nuove costruzioni solo per la realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità e non per quelle genericamente di interesse pubblico.

¹¹ Come specificato nel paragrafo precedente, illustrativo delle ragioni poste a sostegno del ricorso, tali deroghe permetterebbero di realizzare opere pubbliche, di pubblica utilità e di pubblico interesse in violazione delle previsioni di cui agli artt. 37 e 95 delle Norme tecniche di attuazione (NTA) del PPTR. In particolare, l'art. 95 NTA ammette - in deroga alle misure di salvaguardia previste dallo stesso PPTR - la sola realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità (non quindi quelle genericamente definite di interesse pubblico) unicamente se compatibili con gli specifici obiettivi di qualità di cui all'art. 37 NTA e in difetto di alternative localizzative e/o progettuali, nonché attribuisce alla Regione (e non all'ente gestore del parco) la competenza ad adottare il provvedimento di deroga.

¹² Il rinvio è alle sentenze Corte cost., 1° dicembre 2020, n. 276; 20 maggio 2020, n. 134 del 2020 e 23 gennaio 2018, n. 68.

¹³ In tal senso, ex plurimis, Corte cost., sentenze 26 maggio 2021, n. 141 e 9 ottobre 2018, n. 215. La Corte di recente ha ribadito inoltre che il principio di prevalenza della tutela paesaggistica deve essere declinato nel senso che al legislatore regionale è impedito adottare normative che derogano o contrastino specificatamente con norme di tutela paesaggistica che pongono obblighi o divieti, ossia con previsioni di tutela in senso stretto (in tal senso, le recentissime pronunce 14 aprile 2021, n. 101, 9 febbraio 2021, n. 74, 24 febbraio 2021, n. 54 e 26 gennaio 2021, n. 29). A queste ultime appare certamente riconducibile l'art. 145, comma 3, cod. beni culturali, in quanto «espressione di un intervento teso a stabilire una metodologia uniforme nel rispetto della legislazione di tutela dei beni culturali e paesaggistici sull'intero territorio nazionale» (così, Corte cost., sentenza 20 aprile 2006, n. 182).

¹⁴ Precisa la Corte che «la clausola di salvezza contenuta nella disposizione impugnata con riguardo al piano paesaggistico e al codice dei beni culturali e del paesaggio costituisca una mera clausola di stile, priva di reale portata precettiva e in nessun modo in grado di elidere il sostanziale svuotamento della disciplina d'uso di cui al PPTR».

La Corte dichiarando la fondatezza della questione ha sottolineato, tra le altre, le differenze tra disposizione impugnata e normativa paesaggistica con riguardo all'organo decisorio, ossia l'ente gestore del parco in luogo della Regione.

La terza censura riguarda l'art. 9, comma 1, lettere f), g) e h), della legge regionale impugnata disposizione che consente, fino all'approvazione del piano per il parco "Costa Ripagnola" e salvi eventuali vincoli maggiormente restrittivi, la realizzazione di determinati interventi edilizi, che secondo il ricorrente sarebbero in contrasto con la disciplina d'uso della fascia costiera contenuta nel PPTR, con conseguente violazione del parametro interposto di cui all'art. 145, comma 3, cod. beni culturali.

Nel dettaglio, la lettera g) consente «limitatamente alla zona 3 di cui all'articolo 3 e ai fabbricati di recente edificazione, non aventi valore storico-documentale, legittimamente autorizzati alla data di entrata in vigore del parco ricadenti in zona 2 e zona 1 di cui all'articolo 3, la realizzazione di interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d), del d.p.r. 380/2001 e gli interventi di nuova costruzione di cui all'articolo 3, comma 1, lettera e), del d.p.r. 380/2001». Sicchè, nelle predette zone 1 e 2 del parco "Costa Ripagnola" è quindi consentita la realizzazione di interventi di ristrutturazione dei fabbricati esistenti e legittimi, privi di valore storico-documentale, mentre nella zona 3 anche la realizzazione degli interventi di nuova costruzione, tra i quali sono compresi la costruzione di manufatti edilizi fuori terra o interrati e l'ampliamento di quelli esistenti. In tal senso appare condivisa la tesi della parte ricorrente, secondo cui tale disciplina sarebbe in contrasto con la norma di tutela della fascia costiera contenuta nella scheda PAE 008 (si v. la pregressa nota 6) relativa al parco «Costa Ripagnola», parte integrante del PPTR.

Nei termini suindicati, pertanto, la questione risulta fondata. Infatti, dall'esame della precitata scheda PAE 008 si evince che entro 300 metri dalla costa è vietata la realizzazione di qualsivoglia opera edilizia, salvo la trasformazione di manufatti legittimamente preesistenti, essendo esclusa la demolizione e ricostruzione di manufatti di particolare valore storico e identitario per una volumetria aggiuntiva non superiore al 20 per cento, sempre che vengano rispettate ulteriori particolari condizioni (già riportate nella nota 6).

Quanto alla zona 3, viene consentita la realizzazione di interventi di nuova costruzione e, nell'intero territorio del parco (zone 1, 2 e 3), interventi di ristrutturazione dei fabbricati esistenti e legittimi, privi di valore storico-documentale, senza alcun vincolo di volumetria e senza il rispetto delle ulteriori condizioni elencate dalla scheda PAE 008. Sicchè, in conseguenza delle difformità suindicate tra la disciplina d'uso dettata dal PPTR e la disposizione oggetto di censura, la clausola di salvezza in quest'ultima contenuta con riguardo a «eventuali vincoli maggiormente restrittivi» assurge ancora una volta a mera clausola di stile, priva di reale portata precettiva e in alcun modo in grado di elidere il sostanziale svuotamento del contenuto della norma di tutela paesaggistica statale. In tal senso viene ad integrarsi palese violazione del richiamato principio di sovraordinazione della pianificazione paesaggistica, introducendo - la disposizione in esame - un trattamento peggiorativo del bene paesaggistico parco "Costa Ripagnola", con conseguente invasione della sfera di competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.

In merito alla censura dell'art. 9, comma 1, lettera f), della legge regionale impugnata, disposizione che ammette «limitatamente alla zona 2 di cui all'articolo 3, la realizzazione di interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d) del d.p.r. 380/2001», nei termini suindicati in precedenza la questione sollevata è fondata. Trattasi, infatti, di disposizione che consente interventi di ristrutturazione vietati dal PPTR, non escludendo la demolizione e ricostruzione di manufatti di particolare valore storico e identitario, eccezione prevista dalla scheda PAE 008, e non prescrivendo il rispetto dei limiti di volumetria e delle ulteriori condizioni elencate nella scheda in questione.

A parziale declaratoria di accoglimento approda la Corte con riferimento alla censura dell'art. 9, comma 1, lettera h), che consente, con riguardo alle zone 2 e 3 e alla zona 1 (limitatamente ai fabbricati di recente edificazione non aventi valore storico-documentale), la realizzazione di interventi di trasformazione e/o ampliamento degli edifici esistenti nella misura massima del 15 per cento della loro superficie utile, nonché la realizzazione di interventi di adeguamento tecnologico e/o igienico-sanitario.

La questione è fondata: in ordine alla prima previsione (interventi di trasformazione e/o ampliamento degli edifici esistenti nella misura massima del 15 per cento della loro superficie utile) atteso che la disposizione impugnata non prescrive il rispetto dei limiti di volumetria e delle ulteriori condizioni elencate dalla scheda PAE 008 per la trasformazione di manufatti legittimamente esistenti, oltre a non escludere per le zone 2 e 3 la demolizione e ricostruzione di manufatti di particolare valore storico e identitario (eccezione prevista dalla scheda PAE 008).

La Corte, giunge a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, lettera h), della legge reg. Puglia n. 30 del 2020, limitatamente all'inciso «la realizzazione di interventi di trasformazione e/o ampliamento degli edifici esistenti nella misura del 15 per cento della loro superficie utile e». Ciò, in considerazione del fatto che i suindicati interventi di adeguamento tecnologico e/o igienico-sanitario non risultano vietati dalla richiamata scheda PAE, che peraltro consente, oltre agli interventi di trasformazione di manufatti legittimamente esistenti alle condizioni già descritte, anche tutti quegli interventi da essa non esplicitamente vietati, elencati al punto 2 della scheda. Sicché, gli interventi in oggetto devono ritenersi conformi alle previsioni del PPTR, non rientrando nel suddetto elenco.

A medesime conclusioni perviene la Corte in ordine alla censura avente ad oggetto l'art. 26, comma 1, lettere g), h) e i), della legge regionale impugnata (rubricato «Regime autorizzativo») disposizione che autorizza, fino all'approvazione del piano per il parco «Mar Piccolo» e salvi eventuali vincoli maggiormente restrittivi, la realizzazione di determinati interventi edilizi, che secondo il ricorrente sarebbero in contrasto con la disciplina d'uso della fascia costiera contenuta nel PPTR di cui alla scheda PAE 140, identica per contenuto alla scheda PAE 008 già esaminata con riguardo al parco «Costa Ripagnola», con conseguente violazione del parametro interposto di cui all'art. 145, comma 3, cod. beni culturali. In particolare, la lettera h) consente limitatamente alla zona 3 «la realizzazione di interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d) del d.p.r. 380/2001».

Al giudizio di fondatezza, il giudice delle leggi perviene evidenziando come la disposizione impugnata ammetta gli interventi di ristrutturazione indicati senza escludere la demolizione e ricostruzione di manufatti di particolare valore storico e identitario, eccezione prevista dalla scheda PAE 140 e senza prescrivere il rispetto dei limiti di volumetria e delle ulteriori condizioni elencate dalla scheda considerata.

In ordine alla censura dell'art. 26, comma 1, lettera g), invece, disposizione che prevede che «sull'intero territorio del parco, la realizzazione degli interventi di manutenzione ordinaria, manutenzione straordinaria, restauro e risanamento conservativo di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a), b) e c) del d.p.r. 380/2001», la Corte giudica la questione non fondata, precisando che detta norma debba essere intesa come riferita ai soli interventi non vietati dalla scheda PAE 140, che per sua espressa previsione - oltre a quelli di trasformazione di manufatti legittimamente esistenti alle condizioni già descritte - consente tutti quelli da essa non esplicitamente vietati, elencati al punto 2 della scheda.

Analogamente, risulta infondata anche la censura dell'art. 26, comma 1, lettera i), disposizione che ammette «limitatamente alle zone 2 e 3, la realizzazione di interventi di adeguamento di tipo tecnologico e igienico-sanitario connessi all'applicazione delle normative vigenti in materia agro-zootecnica, nonché di interventi necessari alla messa a norma delle strutture, degli edifici e degli impianti relativamente a quanto previsto in materia igienico-sanitaria, sismica, di sicurezza ed igiene sul lavoro, di superamento delle barriere architettoniche».

Ultima censura, erroneamente indirizzata all'art. 26, comma 2, in realtà è da intendersi riconducibile all'art. 26, comma 1, lettera j) della legge regionale in esame e concernente il solo parco «Mar Piccolo», per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., in relazione agli articoli da 239 a 253 cod. ambiente in tema di bonifica dei siti inquinati.

Dalla disposizione censurata si evince che fino all'approvazione del piano per il parco e fermi restando eventuali vincoli maggiormente restrittivi, sono consentiti: «j) gli interventi di bonifica o di messa in sicurezza, operativa o permanente, e, ove necessario, le ulteriori misure di riparazione e di ripristino ambientale definiti nell'ambito della procedura di approvazione della caratterizzazione e del progetto di bonifica del Sito di interesse nazionale di cui al decreto del

Ministero dell'Ambiente 10 gennaio 2000 (Perimetrazione del sito di interesse nazionale di Taranto) e finalizzati a minimizzare e ricondurre ad accettabilità il rischio derivante dallo stato di contaminazione presente nel sito» (il parco «Mar Piccolo» rientra nel territorio del sito di bonifica di interesse nazionale indicato).

Nel ricorso, come specificato nel paragrafo precedente, si osserva che l'adozione di un'interpretazione «rigorosa» della disposizione indurrebbe a ritenere non consentiti gli interventi diversi da quelli in essa specificamente menzionati, tra cui le misure d'emergenza. Diversamente, ricorrendo ad un'interpretazione «sistematica» della norma sarebbero ammesse le ulteriori misure e procedure previste dalle norme invocate del codice dell'ambiente, contenute nel Titolo V della Parte quarta, del decreto legislativo n. 152 del 2006, rubricato «Bonifica di siti contaminati». Seguendo criteri esegetici più restrittivi, dunque, emergerebbero profili di illegittimità costituzionale della disposizione in esame per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., che attribuisce alla competenza legislativa esclusiva statale la materia «tutela dell'ambiente», in cui è ricompresa la disciplina dei rifiuti e della bonifica dei siti inquinati.

Il giudizio di infondatezza cui perviene la Corte sul punto, muove dalla premessa che in tema di bonifica dei siti inquinati la disciplina rientra nella materia di competenza esclusiva statale della «tutela dell'ambiente»¹⁵ e che la legislazione regionale può introdurre solo norme idonee a realizzare un innalzamento dei livelli di tutela ambientale o comunque non derogatorie in senso peggiorativo rispetto a quelle contenute nel codice dell'ambiente¹⁶.

Secondo il giudizio della Corte la disposizione impugnata, tuttavia, è immune da effetti peggiorativi, limitandosi a richiamare, quale disciplina transitoria, quelle misure ed interventi definiti nell'ambito della procedura di approvazione della caratterizzazione e del progetto di bonifica del sito di interesse nazionale di Taranto, senza contenere alcun riferimento a specifiche norme del codice di settore e senza introdurre espressa deroga alle medesime. Di conseguenza, l'eventuale omessa menzione di alcune delle misure e/o procedure previste dal codice dell'ambiente non può certo escluderne l'applicazione.

A tale conclusione si perviene attraverso una interpretazione sistematica della norma oggetto di censura (peraltro espressamente indicata come plausibile dallo stesso ricorrente), che deve tener conto della disciplina vigente in cui la medesima si inserisce ed escludere quei significati che renderebbero il testo incoerente con il sistema. Tra gli interventi ammessi vanno dunque incluse le ulteriori misure e procedure disciplinate dal codice dell'ambiente e dalla legislazione di settore, anche se non espressamente menzionate dalla norma impugnata. In tal senso, l'art. 26, comma 1, lettera j) della legge censurata non deroga alle disposizioni del codice dell'ambiente invocate dal ricorrente, né introduce una disciplina riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, trattandosi di mera norma di rinvio.

4. Gli effetti della decisione: criticità e prospettive di analisi.

Il nuovo approdo della Corte costituzionale induce ad alcune riflessioni di carattere esegetico, altre di tipo strettamente processuale¹⁷. La decisione, come detto in premessa, offre interessanti spunti su profili giuridici e processuali meritevoli di approfondimento. Sia consentito prendere le mosse dalla particolare natura del giudizio di legittimità in via principale, disciplinato dall'art. 127 Cost. che a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione operata con la legge costituzionale n. 3 del 2001 ha subito una significativa trasformazione del proprio assetto, pur conservando, una sostanziale posizione di «supremazia» dello Stato nei confronti delle Regioni ed evidente asimmetria fra le rispettive posizioni processuali¹⁸.

¹⁵ Sul punto si sono soffermate, da ultimo, le sentenze Corte cost. 9 ottobre 2019, n. 231 e 23 gennaio 2019, n. 28. In dottrina, il pensiero «a caldo» sulla riforma del Titolo V, in A. FERRARA, *La «materia ambiente» nel testo di riforma del Titolo V*, in *Federalismi.it*, 30 giugno 2001. Interessante disamina circa la particolare natura poliforme della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, cfr. A. MITROTTI, *La capriola dell'interesse nazionale, da clausola di supremazia a criterio di prevalenza: ma le unitarie esigenze di uniformità legislativa statale permangono e il Consiglio di Stato lo conferma in materia ambientale (nota a sentenza del Consiglio di Stato del 28 febbraio 2018, sez. IV, n. 1229)*, in *Oss. cost.*, 1/2018 13 aprile 2018, spec. p. 4 ss.

¹⁶ Principio consolidato nelle sentenze Corte cost. 9 ottobre 2018, n. 215, 16 luglio 2009, n. 247 e 9 giugno 2008, n. 214.

L'intervento di equiparazione della "tempistica" processuale ha infatti solo attenuato l'accennata asimmetria (la cui permanenza è legata anche alla "maggiore forza contrattuale" dello Stato rispetto alle Regioni), se si pensa che prima della riforma del 2001, l'accesso alla Consulta era evidentemente sproporzionato a nocimento delle Regioni, rispetto all'attuale previsione dell'art. 127 Cost. prevede la parificazione dei tempi di impugnazione (sessanta giorni sia per lo Stato che per le Regioni)¹⁹.

D'altronde, la stessa Corte costituzionale - soprattutto in epoca successiva al varo della riforma costituzionale, nel corso della quale è stata come noto invasa di ricorsi - ha spesso ribadito la sostanziale asimmetria dei ricorsi statali e regionali, per la sproporzione dei parametri costituzionali che possono essere invocati dallo Stato rispetto alla Regione a sostegno dei vizi sollevati, evidenziando la permanenza di un ruolo «peculiare» dello Stato risponde all'esigenza di mantenere una effettiva e completa possibilità di controllo statale sulle leggi regionali, esigenza tanto più avvertita oggi in conseguenza del superamento della fondamentale fase di dialogo tra Stato e Regione.

Particolarmente intenso è stato il dibattito anche sulla diversa natura fra le iniziative statali e regionali, (divise tra ragioni tecniche e politiche) tanto che si è paventato che l'elevato grado di conflittualità fra Stato e Regioni dinanzi alla Corte possa gradatamente trasformarsi in uno dei principali strumenti di dialettica fra enti, talvolta con connotazioni di natura meramente "punitiva", contrassegnate da più o meno evidenti ragioni prevalentemente politiche²⁰.

Purtuttavia, la Corte costituzionale non dispone di strumenti per sanzionare le modalità di scelta di ricorso da parte dello Stato, atteso che le valutazioni alla base della decisione del Governo di adire o non adire la Corte si inscrivono nell'area della discrezionalità politica dovendosi occupare, per sua natura, delle sole ragioni sottese alla scelta delle ragioni giuridiche indicate nel ricorso, con riguardo alle norme impugnate.

¹⁷ Il dispositivo della sentenza annotata recita testualmente: «...dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 6, della legge della Regione Puglia 21 settembre 2020, n. 30 (Istituzione dei parchi naturali regionali «Costa Ripagnola» e «Mar Piccolo»); 2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, lettere f) e g), della legge reg. Puglia n. 30 del 2020; 3) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, lettera h), della legge reg. Puglia n. 30 del 2020, limitatamente alle parole «la realizzazione di interventi di trasformazione e/o ampliamento degli edifici esistenti nella misura del 15 per cento della loro superficie utile e»; 4) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, comma 5, della legge reg. Puglia n. 30 del 2020; 5) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 26, comma 1, lettera h), della legge reg. Puglia n. 30 del 2020; 6) dichiara non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 26, comma 1, lettere g), i) e j), della legge reg. Puglia n. 30 del 2020, promosse, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, dal Presidente del Consiglio dei ministri con il ricorso depositato in epigrafe...». Come detto in premessa, il deposito è avvenuto in cancelleria il 24 novembre 2020 e reca il n.98/2020.

¹⁸ La dottrina si è espressa diffusamente in tal senso. B. LIBERALI, *Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, op. cit., p.7 ss. Per un ulteriore, dettagliato approfondimento sul giudizio ex art. 127 Cost., M. D'AMICO, *Diritto processuale costituzionale e giudizio in via principale*, in *Giur. cost.*, 1999, V, p. 2969 ss., G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, Milano, 1989, A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del 'diritto processuale costituzionale'*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2009, spec. p. 13 ss.

¹⁹ Cfr., B. LIBERALI, *Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, op. cit. p.49 ss. Secondo l'A.; «..Uno dei profili che rendono tuttora asimmetrica la posizione processuale di Stato e Regioni nel giudizio in via principale è costituito dalla più ristretta possibilità di evocare i parametri costituzionali riservata alle seconde. Oltre ai parametri riconducibili al riparto di competenze legislative, le Regioni possono spingersi oltre tale limite solo laddove dimostrino la ridondanza della violazione di altri parametri costituzionali sulle proprie competenze...». Prendendo le mosse dal problema degli sconfinamenti della giustizia costituzionale, il tema è stato abilmente affrontato anche da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, II, p. 251 ss. Temi ripresi dallo stesso, più recentemente, in *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n.12 del 05/05/2021. Secondo l'A. la sostanziale asimmetria tra la posizione dello stato e quella delle regioni, pare essere stata superata negli ultimi tempi, soprattutto con riferimento ai ricorsi promossi dalle regioni. Ed infatti, in ordine al requisito della "ridondanza", «...anziché verificare l'esistenza di un interesse regionale qualificato, il giudice costituzionale si accontenta di una generica e mera incidenza sulle attribuzioni regionali della legislazione impugnata...». In tale prospettiva, la ridondanza, funge più da espediente retorico che non da requisito processuale di ammissibilità.

²⁰ Sul punto, si v. C. SALAZAR, *Politicità e asimmetria nel giudizio in via principale: un binomio in evoluzione?*, in "I ricorsi in via principale", Milano, 2011. Per una accurata e completa disamina sulla posizione processuale dello Stato e delle Regioni nei giudizi costituzionali, B. LIBERALI, *Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, Atti del Convegno del Gruppo di Pisa: "Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni", Università degli Studi di Trento, 18-19 settembre 2020, in *Rivista "Gruppo di Pisa"*, n.2/2001, spec. p.11 ss.

Non è possibile trattare in questa sede, per sintesi, le criticità evidenziate dalla dottrina circa il nuovo assetto di autonomia regionale disegnato dalla riforma del 2001 e sempre più ricorrenti proposte di riprendere il percorso finalizzato ad una ulteriore revisione del Titolo V, con l'obiettivo di elidere lo sbilanciamento tra Stato e Regioni e rendere più effettiva l'autonomia regionale, certo è difficile pretendere che il Giudice delle leggi operi, volta per volta, uno scrutinio serrato sulle singole iniziative di accesso alla Corte del Governo centrale, alla ricerca delle ragioni ad esse sottese e dell'eventuale "interesse nazionale".

Ciò posto, la decisione in esame fa emergere, piuttosto, evidenti rilievi in ordine alla gerarchia dei piani fissata dal legislatore nazionale atteso che, le disposizioni oggetto di censura, hanno provveduto unilateralmente a modificare la portata degli accordi precedentemente sanciti dallo Stato con la Regione interessata. Nel caso di specie, il Giudice delle leggi ha dovuto rimarcare, come emerso in alcune recentissime decisioni (cfr. le già sentenze Corte cost. n. 101, n. 74, n. 54 e n. 29 del 2021) che il principio di prevalenza della tutela paesaggistica deve essere declinato nel senso che al legislatore regionale è impedito adottare normative che derogino o contrastino specificatamente con norme di tutela paesaggistica - tra cui si colloca l'art. 145, comma 3, cod. beni culturali (Corte cost. sent. n. 182 del 2006) - che pongono obblighi o divieti, ossia con previsioni di tutela in senso stretto.

La questione fa riflettere sulla opportunità di individuare una forma di "leale collaborazione" anche nel giudizio costituzionale, tale da indurre le Regioni ad attivarsi "spontaneamente" per modificare o abrogare disposizioni palesemente viziate e divergenti dall'indirizzo di politica nazionale o semplicemente dalle intese, dagli accordi e dalle singole occasioni di collaborazione Stato-Regioni²¹.

Vi è poi un altro dato di natura processuale che emerge dalla pronuncia in esame che attiene alle modalità attuative del contraddittorio e alla mancata costituzione nel giudizio *de quo* della Regione interessata. Sul punto, giova premettere, come già evidenziato a conclusione del secondo paragrafo, che nel *Ritenuto in fatto*, al punto 3), la Corte ha evidenziato il deposito di due opinioni scritte, a titolo di "*amici curiae*", specificando che con decreto presidenziale del 20 settembre 2021, sia stata ammessa la sola opinione scritta presentata dall'associazione "Italia Nostra Onlus", indirizzata a favore dell'accoglimento del giudizio di fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale in esame, tramite una ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento²².

Le recenti norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, come noto, hanno aperto le porte di Palazzo della Consulta all'opinione degli *amici curiae* e audizione degli esperti. Ed infatti, la delibera dell'8 gennaio 2020 che ha modificato le precitate norme, si colloca in seno alla stagione di «apertura» della Corte e di approvazione di alcune rilevanti modifiche strutturali del processo costituzionale per favorire una più ampia partecipazione al processo costituzionale. La codificazione di una giurisprudenza in tema di interventi di terzi, si configura nell'apertura a qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e a qualunque soggetto istituzionale che oggi può presentare brevi opinioni scritte per offrire, alla Corte, elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio, derivanti dalla loro esperienza "sul campo", soprattutto in relazione ad aspetti pratici dell'applicazione delle norme.

L'istituto degli *Amici curiae* e dell'audizione di esperti di altre discipline, poi, è reso peculiare nella facoltà attribuita alla Corte di convocare esperti di chiara fama di altre discipline, per ricevere contributi su problemi specifici che vengano in rilievo nella trattazione delle questioni portate al suo esame²³.

L'inciso può assumere particolare rilievo se si considera che la Corte, nel giudizio *de quo*, si è avvalsa dell'opinione scritta presentata dall'associazione "Italia Nostra Onlus" intervenuta, come detto, *ad adiuvandum* rispetto alla parte ricorrente, senza conoscere le ragioni contrapposte

²¹ Su diversi piani di valutazione, con la sentenza Corte cost. 18 maggio 2009, n. 160 era stata censurata la Regione per aver violato il principio di leale collaborazione che deve caratterizzare i rapporti tra i diversi livelli di governo. In particolare, nel caso di specie si era tenuta una «riunione tecnica» in cui la Regione si era impegnata a modificare alcune disposizioni della legge in questione in modo da superare i profili di illegittimità costituzionale già rilevati in altra sede.

²² Giova sin d'ora evidenziare che la previsione degli *Amici curiae* è stata inserita nell'art. 4 ter, tra le "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale" (in G.U. 7 novembre 2008, n. 261 e successive modificazioni e integrazioni) tramite l'art. 2 della delibera della Corte, in sede non giurisdizionale, dell'8 gennaio 2020 (in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2020).

dell'ente regionale interessato alla decisione, anche in merito ad un iter di modifica della legge impugnata, probabilmente ancora in corso (dato evidentemente riportato proprio dagli *amici curiae*)²⁴. Ora, quanto alle scelte che possono aver indotto la Regione interessata a non costituirsi nel giudizio non è possibile esprimersi con dati certi; nella prassi, infatti, vi sono Regioni che si costituiscono sempre, altre che lo fanno nella maggior parte dei casi e altre ancora che non si costituiscono per manifestare un deciso intento (o dissenso) politico. Le motivazioni che spingono alla mancata costituzione possono ritrovarsi anche nella convinzione di ritenere che le possibilità di successo siano assai ridotte o del tutto inesistenti, oppure per ragioni economiche²⁵.

Il deposito della decisione in esame, come detto in premessa è avvenuto il 23 dicembre 2021; in pari data la Corte ha effettuato il deposito delle motivazioni anche della sentenza n. 257 del 2021 che ha definito il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Sardegna 13 luglio 2020, n. 21 (Norme di interpretazione autentica del Piano paesaggistico regionale), promosso sempre dal Presidente del Consiglio dei ministri²⁶.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della citata legge della Regione Sardegna da cui derivava un eccessivo allargamento delle maglie dei vincoli urbanistici e paesaggistici, tale da consentire edificazioni e incrementi volumetrici; è stato, poi, evidenziato anche il mancato coinvolgimento del Governo centrale da parte di quello regionale nel percorso di modifica del Piano Paesaggistico, come prescritto dalle leggi in materia e dal principio di "leale collaborazione" tra Stato e Regioni.

²³ Per una recente disamina dell'istituto in esame, sia consentito rinviare a F. PERCHINUNNO, *L'evoluzione del principio del contraddittorio nel processo sulla legge*, in www.contabilita-pubblica.it, 17 dicembre 2021, ove si è evidenziato che al di là degli apprezzabili effetti della modifica del 2020, non vada sottaciuto che «...un'apertura del contraddittorio a maglie fin troppo larghe, rischierebbe di vulnerarne la posizione di organo di garanzia, trasformando il processo costituzionale in una sorta di "giurisdizione parallela" al sindacato giurisdizionale del giudice naturale o al più che il giudizio costituzionale possa trasformarsi, in alcune ipotesi, in una sorta di seconda istruttoria legislativa, dopo quella compiuta in seno ai due rami del Parlamento. Le risposte emergeranno dalla prassi applicativa e non può escludersi che la Corte voglia preservare una certa speditezza del giudizio che potrebbe, invece, essere rallentata proprio da un'eccessiva partecipazione alla camera di consiglio in cui saranno ascoltati gli esperti. Il dato certo è quello dell'apertura della giustizia costituzionale alla società civile, ma occorrerà, parimenti, un intervento esegetico da parte della Corte per preservare il processo costituzionale da una proliferazione smodata di soggetti, con il rischio verosimile di una vera e propria alterazione della natura e della stessa funzione della Corte...».

²⁴ E' dato sapere che nel corso dell'udienza pubblica è emersa l'esigenza, da parte della Corte, di chiarimenti su alcuni profili oggetto di trattazione: «...C'è solo un punto che mi pare che abbisogna di essere chiarito e la presenza qui dell'avvocato dello Stato può essere utile...la parte relativa agli interventi di bonifica...l'articolo 26 punto j, perché non si è capito bene qual è la censura, l'oggetto della censura...comunque la Regione Puglia non si è costituita, come si vede qui dal banco vuoto...perché si riteneva che, ritiene la Giunta, abbiamo saputo, che c'è un iter di modifica in corso della legge impugnata, iter di modifica che dura da ormai quasi un anno e che non si è ancora concretizzato. Ci sono due opinioni scritte a titolo di amici curiae, una delle quali è ammessa e che riguarda, molto circostanziata, l'associazione Italia Nostra e che evidentemente è a sostegno della fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale in esame...». Si tratta della trascrizione di un breve passaggio (relazione del Giudice redattore della sentenza) dell'udienza pubblica del 10 novembre 2021 (Ruolo n.5 - ric. 98/2020, Presidente del Consiglio dei ministri c/ Regione Puglia) riproduzione audio-video, in www.cortecostituzionale.it.

²⁵ Sul punto, cfr. M. D'AMICO, *Il giudizio davanti alla Corte e gli effetti delle decisioni, Sull'uso delle regole processuali da parte della Corte nel giudizio in via principale*, in "I ricorsi in via principale", Milano, 2011, p. 265 ss., che complessivamente considera come sul giudizio della Corte si scarichino "le vicende politiche e la conflittualità fra Stato e Regioni", come mostra il "numero molto alto di rinunce e di pronunce di cessazione della materia del contendere, in relazione alle quali la Corte dovrebbe predisporre strumenti procedurali adeguati a prevenire, per quanto possibile, inutili fasi del processo, laboriose e destinate a risolversi nel nulla". Si v., altresì, la puntuale e dettagliata disamina di B. LIBERALI, *Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, op. cit. p.37 ss.

²⁶ La sentenza 19-20 ottobre 2021, recante il n.257/2021 (in G.U.-I^a Serie Speciale-Corte Costituzionale n. 52 del 29-12-2021), scaturisce dal ricorso notificato il 26-31 agosto 2020, depositato in cancelleria il 1° settembre 2020 e iscritto al n.75 del registro ricorsi per l'anno 2020 (pubblicato in G.U. della Repubblica n. 42, prima serie speciale, dell'anno 2020). Cfr., *ex multis*, anche la recente pronuncia Corte cost., 22 ottobre 2020, n.240, con la quale la Corte costituzionale ha risolto in favore dello Stato un conflitto di attribuzioni con la Regione Lazio in materia di pianificazione paesaggistica, rafforzando la politica di accentramento dei poteri relativi alla cura del paesaggio che ha preso da tempo piede a discapito delle autonomie regionali e locali. Si tratta di un "moto centripeto" basato, oltre che sul riparto costituzionale delle competenze, anche sul principio di leale collaborazione. Puntuale annotazione di A. CARMINATI, *La Corte applica il principio di leale collaborazione in materia di pianificazione paesaggistica a favore dello Stato, ma la via consensuale produce impasse e squilibri*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (Rassegna), n.2/2021, p. 366 ss.

L'adeguamento unilaterale del piano paesaggistico al mutato contesto normativo è apparso anche in questo caso dissonante rispetto al percorso prefigurato dal legislatore statale, determinando una palese violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., in quanto si tradurrebbe in un intervento estraneo al percorso della «pianificazione condivisa», prescritta per i beni vincolati dagli artt. 135, 143, 145 e 156 del d.lgs. n. 42 del 2004, e sconfinerebbe nella competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia della tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali. Vi sarebbe, infine, la violazione dell'art. 9 Cost., in quanto la disposizione in esame determinerebbe «un generale abbassamento del livello di tutela»²⁷.

Il quadro prospettico che si va delineando da tempo, stringe le maglie dell'iniziativa regionale e non può escludersi la propagazione degli effetti dei recenti approdi della Consulta anche nelle materie strettamente correlate a quelle in esame.

Per rimanere alla stretta attualità, con la recente sentenza n.261, depositata il 28 dicembre 2021, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12-bis, commi 2, 3 e 4 della legge regionale n. 19/2009 (c.d. "Piano Casa" Regione Campania, volto a favorire la ripresa dell'attività edilizia nel territorio della Regione), nella parte in cui era consentita la realizzazione di interventi edilizi, disciplinati dalla medesima legge regionale, in deroga alle prescrizioni della legge della Regione Campania 27 giugno 1987, n. 35 (Piano urbanistico territoriale dell'Area Sorrentino-Amalfitana) che non prevedono limiti di inedificabilità assoluta²⁸. Con la richiamata sentenza sono state trattate e decise congiuntamente analoghe censure rimesse alla Corte dal Consiglio di Stato con tre distinte ordinanze del 12 gennaio 2021 (reg. ord. n. 66, n. 67 e n. 68 del 2021) in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione. Il giudice a quo ha evidenziato che la disposizione censurata, fin dalla sua entrata in vigore, è stata interpretata dalla giurisprudenza amministrativa come correlata alla sola materia urbanistica, e non anche a quella paesaggistica; il legislatore regionale è successivamente intervenuto sull'art. 12 -bis, che al comma 2, afferma la prevalenza di tale legge «su ogni altra normativa regionale, anche speciale, vigente in materia», al comma 3 ha previsto il divieto di interventi in deroga ai vincoli di inedificabilità assoluti previsti nella precitata legge regionale n. 35/1987 e al comma 4, ha disposto che la legge trovi applicazione anche nei territori «di pertinenza del PUT di cui alla legge regionale n. 35/1987». Proprio il combinato disposto dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 12 -bis della legge censurata «denota inequivocabilmente la volontà del legislatore regionale di consentire gli interventi di cui alla medesima l.r. n. 19 del 2009 [...] anche in deroga al PUT dell'area sorrentino-amalfitana, eccezion fatta per le aree su cui insistono vincoli di inedificabilità assoluta».

In tal senso, la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. (materie affidate alla competenza esclusiva dello Stato quella della conservazione ambientale e paesaggistica) e dell'art. 145, comma 3, del D.Lgs. n. 42/2004 (precitato Codice dei Beni Culturali e del paesaggio); ne deriva che la tutela paesaggistica apprestata dallo Stato costituisce un limite inderogabile alla disciplina che le Regioni e le Province autonome possono dettare nelle materie di loro competenza (sentenza n. 86 del 2019).

²⁷ Sulla tutela paesaggistica e ambientale, cfr. A. POGGI, *La difficile attuazione del Titolo V. Il caso dei beni culturali*, in *Federalismi.it*, 8, 2003, p. 1 ss.; G. FALCON, *I principi costituzionali del paesaggio (e il riparto delle competenze tra Stato e Regioni)*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1-2, 2009, p. 78 ss.; M. CECCHETTI, *Ambiente, paesaggio e beni culturali*, in G. Corso, E. Lopilato (a cura di), "Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali", Parte speciale I, Milano, 2006, p. 317 ss.; 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, 11.11.2018, spec. p. 9 ss.; V. ONIDA, *Tutela del paesaggio e pianificazione territoriale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1989, p. 757; volendo, F. PERCHINUNNO, *Costituzione e ambiente: profili attuativi e prospettive di riforma*, in "Le nuove frontiere dell'eco-diritto", A. Bonomo, L. Tafaro, A.F. Uricchio, 2021, p.3 ss.

²⁸ Si tratta della sentenza, Corte cost., 24 novembre 2021 n. 261, (in G.U. - 1^a Serie Speciale-Corte Costituzionale n. 52 del 29-12-2021). Ricordiamo che il citato art. 12-bis, comma 2, afferma la prevalenza di tale legge «su ogni altra normativa regionale, anche speciale, vigente in materia»; il comma 3 stabilisce che «[n]on sono ammessi interventi in deroga rispetto ai vincoli di inedificabilità assoluti previsti nella legge regionale 27 giugno 1987, n. 35 (Piano Urbanistico Territoriale dell'area Sorrentino-Amalfitana); e il comma 4 dispone che gli interventi edilizi consentiti dalla legge possono essere realizzati anche «nei territori [...] di pertinenza del PUT di cui alla legge regionale 35/1987».

Quanto, poi, all'evocato art. 145 del d.lgs. n. 42 del 2004, (come già evidenziato, rubricato "Coordinamento della pianificazione paesaggistica con altri strumenti di pianificazione"), nel precisare, al comma 3, che le disposizioni dei piani paesaggistici sono comunque prevalenti su quelle contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore, esprime il cosiddetto principio di prevalenza delle prime sulle seconde, che «deve essere declinato nel senso che al legislatore regionale è impedito adottare normative che derogano o contrastino con norme di tutela paesaggistica che pongono obblighi o divieti, ossia con previsioni di tutela in senso stretto» (sentenza n. 141 del 2021; nello stesso senso, sentenza n. 74 del 2021). Sicché, le disposizioni censurate, nel consentire di derogare al PUT nella parte in cui esso non prevede limiti di inedificabilità assoluta, violano il principio di prevalenza gerarchica del piano paesaggistico su tutti gli altri strumenti di pianificazione territoriale e urbanistica, ponendosi, così, in contrasto con il parametro interposto evocato dal rimettente; ne deriva il rischio di degradare «la tutela paesaggistica da valore unitario prevalente a mera "esigenza urbanistica"», oltretutto di compromettere quell'impronta unitaria della pianificazione paesaggistica che la normativa statale ha invece assunto a valore imprescindibile. Come recentemente affermato dalla stessa Corte, «...il piano paesaggistico, infatti, è strumento di ricognizione del territorio oggetto di pianificazione non solo ai fini della salvaguardia e valorizzazione dei beni paesaggistici, ma anche nell'ottica dello sviluppo sostenibile e dell'uso consapevole del suolo, in modo da poter consentire l'individuazione delle misure necessarie per il corretto inserimento, nel contesto paesaggistico, degli interventi di trasformazione del territorio...». (sentenza n. 172 del 2018). La declaratoria di illegittimità costituzionale, pertanto, attinge le disposizioni censurate nella parte in cui consentono che gli interventi edilizi disciplinati dalla legge reg. Campania n. 19/2009, possano essere realizzati in deroga alle prescrizioni della legge reg. Campania n. 35/1987, di approvazione del «Piano urbanistico territoriale dell'Area Sorrentino-Amalfitana», quando esse non prevedono limiti di inedificabilità assoluta.

La sentenza n. 261 del 2021 ("Piano casa") va a comprovare il fenomeno del progressivo intasamento dell'intreccio di competenze tra la disciplina legislativa dello Stato in materia di ambiente e le "sovrapposte" competenze regionali in materia di governo del territorio, strettamente connesse al processo di valorizzazione dell'ambiente²⁹.

5. Brevi considerazioni finali.

Brevi considerazioni finali inducono ad evidenziare come la sentenza n.251 del 2021, in esame, si collochi in un solco di sostanziale continuità con un orientamento giurisprudenziale che appare per molti versi consolidato in ordine alla concreta definizione del riparto delle competenze legislative, lasciando immutata la problematica questione della linea di demarcazione della autonomia regionale e l'effettiva individuazione dei "punti di equilibrio" tra legislazione statale e legislazione regionale nella disciplina in esame e nelle materie ad essa strettamente correlate.

In questa cornice irrisolta, è ormai opinione diffusa che la revisione costituzionale, operata con legge costituzionale n. 3 del 2001, toccando nel profondo l'assetto distributivo delle competenze, legislativa e amministrativa, fra Stato, Regioni ed enti locali, abbia contribuito a rendere più complessa la ricerca di una soluzione; essa ha evidenziato la debolezza del riparto

²⁹ Per una disamina approfondita e puntuale del complesso rapporto territorio/ambiente e della disciplina di riferimento, M. A. CABIDDU, *Territorio (governo del)*, in *Amministrare*, fasc.3, dicembre 2008. Se si considera il territorio come «...espressione complessiva della fondamentale esigenza di equilibrio nel rapporto uomo-ambiente - inteso (ormai dovrebbe essere chiaro) nella più ampia accezione, ovvero fra la conservazione dei diversi beni che caratterizzano un determinato contesto territoriale e la loro valorizzazione ma anche fra differenti interessi meritevoli di tutela - ben si comprende come la sua disciplina richieda il superamento delle particolarità, secondo un intento di sviluppo economico e sociale sostenibile. Non più dunque l'atto pianificatorio autoritario, che scende dall'alto e prescinde dal contributo fattivo dei cittadini, ma neanche l'accordo a due fra poteri pubblici e poteri privati, quale troppo spesso abbiamo visto in azione, che, in nome della libertà di iniziativa economica privata e della crisi finanziaria delle amministrazioni, si limita a monetizzare lo sfruttamento del patrimonio comune. Piuttosto, un percorso procedimentale capace di esprimere quel modo di essere del territorio come bene comune, che coinvolga in ogni fase, a partire dalla progettazione, tutti i cittadini, singoli e associati, interessati - non solo e non tanto nelle proprietà, quanto dalla loro relazione con il territorio - e che restituisca all'ente pubblico il ruolo ordinamentale che gli è proprio, in vista della soddisfazione delle esigenze di conservazione e di sviluppo della comunità...»

di attribuzioni tra Stato e Regioni e del criterio di distribuzione delle competenze secondo il sistema delle “materie”, trascurando di disciplinare meccanismi di raccordo tra i due enti.

La Consulta giudice «naturale» delle riforme costituzionali, è stata chiamata subito dopo il varo della riforma del Titolo V a salvaguardare i principi fondanti della nostra democrazia pluralistica, con un approccio molto spesso “rigoroso e restrittivo” rispetto agli interventi normativi di livello regionale sottoposti a censura. La lettura complessiva delle pronunce della Corte costituzionale è emerso che nelle interferenze normative che scaturiscono dall’esercizio della potestà legislativa trasversale, allo Stato spetta in via diretta la cura degli interessi sottesi alle etichette di cui all’art. 117 comma 2, della Costituzione, alle Regioni l’esercizio della potestà legislativa in materie che incidono indirettamente sugli interessi affidati alla cura statale.³⁰ La linea di confine tra le due attribuzioni, è individuata dalla stessa legislazione statale, cui spetta - nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità - la determinazione del punto di equilibrio tra interessi³¹. L’accennata giurisprudenza costituzionale, ha ormai consolidato l’applicazione del “criterio della prevalenza” rafforzando le competenze dello Stato, con la conseguenza che il principio di leale collaborazione opera ormai di rado, soltanto laddove non possa ravvisarsi la sicura prevalenza di un complesso normativo rispetto ad altri, che renda dominante la relativa competenza legislativa. Il criterio della prevalenza si è di fatto sovrapposto a quello dell’interesse nazionale che era servito a suo tempo per “ritagliare” le materie di competenza regionale, individuando le funzioni che lo Stato poteva trattenere a sé; oggi il criterio di prevalenza serve invece a definire e consolidare le materie di competenza statale, munirle di confini inattaccabili dalle pretese regionali.

Forse appare maturo il tempo di un intervento che renda più “fluidi” e dinamici i rapporti tra la legislazione “di principio” e quella “di dettaglio”, ridisegnando gli spazi normativi tra legislatore statale e regionale anche individuando nuovi criteri ispiratori. Nell’attesa, lo scenario che sistematicamente si ripresenta dovrebbe indurre ad una più proficua collaborazione, nel rispetto di ruoli e competenze, auspicando che la necessità di ricorrere alla Corte costituzionale costituisca l’*extrema ratio* e non la regola, così da raggiungere e preservare, nel rapporto Stato-Regioni, un livello più adeguato di armonia costituzionale.

³⁰ Particolare interesse ha suscitato, nello studio del complesso processo di attuazione del nuovo Titolo V della Costituzione, la ben nota sentenza, Corte cost. 25 settembre 2003, n.303, che «...sembra avere inciso in maniera significativa sia il sistema delle fonti del diritto, sia i rapporti dialettici tra i livelli di governo statale e regionale...», così, A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 ottobre 2003.

³¹ Sempre vivo resta il dibattito dottrinale sulla “teoria dei punti di equilibrio”, sulla ricerca di un criterio che possa contemperare il “criterio della prevalenza”, con il pregresso criterio dell’“interesse nazionale”. Sull’interesse nazionale, in dottrina, A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973; Id., *Chi è il custode dell’interesse nazionale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2001, p. 345; F. BENELLI, R. BIN, *Prevalenza e “rimaterializzazione delle materie”: scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 6/2009, p. 1185 ss.; Gli studi sono stati ripresi e approfonditi, recentemente, da A. MITROTTI, *L’interesse nazionale nell’ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un’araba fenice*, Napoli, 2020, con accurata recensione di M. CARRER, *L’interesse nazionale, araba fenice dell’ordinamento costituzionale. Metafore e paralleli giuridici da una recente monografia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n.2/ 2021, p. 327 ss.

RIDUZIONE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI, REFERENDUM LEGISLATIVO ED ABOLIZIONE DEL DIVIETO DI MANDATO IMPERATIVO: IL PARLAMENTARISMO ITALIANO SOTTO PRESSIONE¹.

Daniele Porena

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

Abstract [It]: Il presente saggio illustra una breve disamina su alcune delle principali proposte di revisione costituzionale introdotte nel corso della XVIII legislatura. In particolare, il saggio si propone di analizzare le ipotesi di revisione costituzionale destinate a produrre il più alto impatto sul sistema parlamentare italiano indagandone le possibili e principali conseguenze.

Abstract [En]: *This essay illustrates a brief examination of some of the main proposals for constitutional revision introduced during the 18th legislature. In particular, the essay aims to analyze the constitutional revision hypotheses destined to produce the highest impact on the Italian parliamentary system by investigating their possible and main consequences.*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** La revisione costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari. **3.** Le proposte di revisione costituzionale in materia di *referendum* propositivo. **4.** L'ipotesi di revisione costituzionale in materia di abolizione del mandato imperativo. **5.** Conclusioni.

1. Introduzione.

Il tema oggetto del breve approfondimento che segue è quello relativo all'impatto che, sul sistema della democrazia rappresentativa parlamentare, appare possibile attendersi per effetto delle riforme costituzionali affrontate nel corso della legislatura corrente.

Come a tutti noto, una prima riforma ha già completato il proprio *iter* in Parlamento: si tratta di quella relativa alla riduzione del numero dei parlamentari² la cui entrata in vigore, nel momento in cui si scrive, è ancora condizionata dall'esito del *referendum* costituzionale già richiesto da settantuno senatori.

Oltre alla predetta riforma, il Senato è attualmente impegnato nel procedimento di seconda deliberazione del disegno di legge in materia di iniziativa legislativa popolare e *referendum* propositivo³.

In ultimo, sebbene non ancora formalizzato in apposita proposta di legge, è intendimento annunciato di almeno una delle forze politiche della maggioranza parlamentare quello di riformare la Carta sopprimendo il divieto di mandato imperativo che, previsto dall'art. 67 Cost., caratterizza la funzione parlamentare.

¹ Il presente contributo è destinato alla pubblicazione negli Atti del Convegno internazionale di studi sul tema "Democrazia e Diritti fondamentali", Università degli Studi di Salerno, 5-7 dicembre 2019.

Le tre riforme di cui si discute sembrano aver raccolto, negli anni, diffuso consenso popolare: complice di questo anche un radicato senso di sfiducia nei confronti della istituzione parlamentare diffuso in ampi strati della popolazione.

Scopo delle presenti note, come detto, è quello di tratteggiare i possibili rischi che, dalla combinazione dei tre interventi di riforma richiamati, possono abbattersi sulle strutture fondamentali che la nostra Democrazia ha scelto di darsi.

Dall'esame congiunto delle ipotesi di riforma di cui si discute, sembrano emergere, invero, severi elementi di indebolimento del sistema rappresentativo: ciò, in favore di nuove forme sistemiche orientate, per così dire, ad una sorta di "costituzionalizzazione" di tendenze populiste.

Converrà fare cenno, partitamente, alle tre ipotesi sopra accennate.

2. La revisione costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari.

La riforma sulla riduzione del numero dei parlamentari è stata accompagnata, come noto, da argomentazioni fondate, di volta in volta, su asseritamente importanti risparmi di spesa e sulla presunta migliore funzionalità che i lavori parlamentari ne avrebbero tratto.

Le prime argomentazioni appaiono, invero, del tutto risibili: si ipotizzano, infatti, risparmi di spesa pubblica che, in concreto, finirebbero per aggirarsi nell'ordine di poco più di un euro all'anno per ciascun cittadino⁴. Il secondo ordine di argomentazioni, a ben vedere, è tutto da dimostrare⁵: e, comunque, appare quanto mai certa la constatazione secondo cui una legge approvata rapidamente non necessariamente, nel merito, è destinata a rivelarsi una buona legge.

² La legge di revisione costituzionale prevede, come noto, la riduzione a quattrocento del numero dei deputati ed a duecento di quello dei senatori. La legge è stata definitivamente approvata, in seconda deliberazione, lo scorso 8 ottobre 2019. Tuttavia, non essendo stata raggiunta in Senato la maggioranza dei due terzi, è rimasta aperta la possibilità del *referendum* costituzionale. In effetti, il 10 gennaio scorso è stata depositata in Cassazione la richiesta di *referendum* da parte di settantuno senatori sicché, per il completamento dell'*iter* procedimentale, occorrerà attendere gli esiti del predetto *referendum* costituzionale. Il progetto di riduzione del numero dei parlamentari ha invero occupato, già in passato, il dibattito pubblico e parlamentare. In particolare, già nel corso della XIV legislatura, il Parlamento approvò in duplice deliberazione il disegno di legge costituzionale A.S. n. 2544-D che prevedeva, per la Camera dei Deputati, il numero di 518 membri mentre, per il Senato della Repubblica, il numero di 252 senatori. Come noto, la predetta revisione si scontrò con il voto referendario del 25 e 26 giugno 2006, con il quale si giunse alla mancata approvazione della legge costituzionale contenente, tra le altre, le predette revisioni. Nel corso invece della XV legislatura fu approvato il testo unificato di cui alla cd. "bozza Violante" (A. C. n. 553 e abbinati-A): in questo caso, il testo prevedeva un numero di deputati pari a 512 ed un Senato composto in secondo grado con membri eletti dai Consigli regionali e da consigli delle autonomie locali. Anche questo progetto non ebbe seguito: in questo caso per la cessazione anticipata della legislatura. Stessa sorte toccò poi ad ulteriori progetti di revisione presentati nel corso della XVI legislatura anch'essa conclusa anticipatamente. In ultimo, nel corso della XVII legislatura, si giunse alla approvazione della riforma costituzionale pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 15 aprile 2016 rispetto alla quale, tuttavia, l'esito del *referendum* non fu favorevole. In quest'ultimo caso, la revisione prevedeva una composizione inalterata per la Camera dei Deputati ed una composizione limitata a 95 membri, elettivi di secondo grado, per il Senato della Repubblica.

³ Si tratta del disegno di legge A.S. 1089, già approvato in prima deliberazione dalla Camera dei deputati ed ora all'esame del Senato della Repubblica.

⁴ Argomento, peraltro, già definito «*debole e facilone*» all'epoca dell'Assemblea Costituente: in questo senso muovevano i rilievi espressi dall'On. Terracini in occasione della seduta del 27.1.1947 della Commissione per la Costituzione, cfr. *Atti dell'Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione*, 27 gennaio 1947, p. 194, reperibile in <http://legislature.camera.it>. In conseguenza della legge di revisione approvata dal Parlamento, i risparmi di spesa attesi sarebbero ipotizzabili nell'ordine di 80-100 milioni di euro all'anno: il risparmio si aggirerebbe, dunque, nell'ordine dello 0,01% della spesa pubblica. Sul punto, esprime perplessità anche C. SBAILLO, *Tagliare il numero dei parlamentari? Si può a condizione di preservare la libertà di mandato. L'intima contraddittorietà della proposta di riforma gialloverde*, in *Astrid-online.it*, 30.3.2019, p. 4, secondo il quale «*i costi della politica, va ricordato che il trattamento economico di un parlamentare è equiparato a quello di un magistrato con funzioni di presidente di Sezione della Corte di cassazione. Il buon senso ci dice, dunque, che la soppressione di circa 345 seggi parlamentari non può avere effetti apprezzabili sul bilancio dello Stato*».

Profondamente allarmanti, viceversa, sono altre conseguenze di ordine sistemico alle quali il Parlamento non sembra aver rivolto i migliori approfondimenti.

Giova, sul punto, una preliminare constatazione.

In assenza di un qualche “algoritmo” capace di codificare il corretto numero dei componenti di un’assemblea rappresentativa, l’unico elemento che soccorre è quello comparatistico: da esaminare, per ovvie ragioni di proporzionalità, in relazione al rapporto tra numero degli eletti e numero degli elettori.

Ebbene, sotto questo profilo, ciò che emerge è che - a fronte di un rapporto attuale, che colloca le dimensioni del nostro Parlamento in posizione medio-bassa rispetto a quella occupata dai Parlamenti degli Stati dell’Unione europea⁶ - ad esito della riforma il nostro Parlamento sarà destinato ad occupare, tra le omologhe assemblee degli Stati dell’Unione, l’ultimo posto per rapporto tra eletti ed elettori.

La constatazione non sembra rilevare a soli fini statistici. Ed infatti, la circostanza sembra idonea a riverberarsi, assai significativamente, sul rapporto politico tra ciascun rappresentante ed elettori - inevitabilmente destinato ad essere ancor più rarefatto⁷ -, sull’approvvigionamento da parte dei candidati di sempre più ingenti risorse economiche - necessarie a sostenere campagne elettorali estese a collegi dalle dimensioni demografiche assai più rilevanti⁸ - e, non in ultimo, sul processo di progressiva “verticalizzazione” di un sistema politico-istituzionale sempre più orientato a valorizzare le *leaderships* nazionali a discapito delle articolazioni e delle rappresentanze periferiche dei rispettivi partiti⁹.

⁵ Come condivisibilmente osservato in dottrina, «non è dato capire - o comunque non è spiegato - come la riduzione del numero dei parlamentari possa contribuire alla ‘rivitalizzazione’ del sistema rappresentativo. Che questo sia parte del cd. Contratto di Governo, come si afferma, non rileva. E infatti non è dato ritrovare né nella letteratura costituzionalistica, né nella letteratura politologica, una correlazione dimostrata tra il numero dei componenti di un’assemblea rappresentativa e qualità della funzione rappresentativa. Anzi, se una relazione si può instaurare fra questi termini, per quanto banale, è nel senso opposto: nel senso cioè che un collegio rappresentativo particolarmente ampio può assicurare una migliore diversificazione degli interessi convogliati nel processo decisionale, e maggiore rispetto dei principi di pluralismo politico e sociale presenti in Costituzione. Può assicurare, cioè, al meglio la rappresentatività delle istituzioni parlamentari», così A. MANGIA, *Note sul programma di riforme costituzionali della XVIII legislatura*, in *Forumcostituzionale.it*, 2.12.2018, p. 4.

⁶ Analoga constatazione è svolta da M. LUCIANI, *Audizione Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati*, 27 marzo 2019, p. 1, il quale osserva che «per quanto riguarda l’allineamento agli standard europei, in realtà, il Dossier ottimamente elaborato dai Servizi Studi della Camera e del Senato dimostra che la stragrande maggioranza dei Paesi dell’Unione ha una percentuale parlamentari/abitanti ben superiore a quella italiana attuale». Constatazione oggettiva alla quale giunge, dopo un riepilogo circa la composizione dei Parlamenti degli Stati membri dell’UE, anche A. ALGOSTINO, *In tema di riforme costituzionali. Brevi note sulla proposta di riduzione del numero dei parlamentari*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, p. 5, la quale osserva che l’Italia «si situa, fra i Paesi più omogenei per forma di governo e per popolazione, in un range comune, con un rapporto che oscilla tra 0.8 e 2.4 parlamentari ogni 100.000 abitanti, con una media che si attesta intorno agli 1.4». Nel corso del dibattito, al fine di evidenziare un’asserita sovrabbondanza numerica nella composizione delle Camere italiane, si è sovente rivolta l’attenzione all’esperienza statunitense. Invero, il paragone appare del tutto incongruo. Anche a voler prescindere dalla diversa organizzazione dei rapporti istituzionali tra Governo e Parlamento statunitensi, occorre infatti evidenziare che la pur consistente differenza nel numero complessivo dei parlamentari si colloca nel quadro di un’ossatura costituzionale di impronta autenticamente federalista. Il Congresso degli Stati Uniti è formato dal Senato, nel quale sono eletti cento senatori e dalla Camera dei Rappresentanti, dove sono eletti quattrecentotrentacinque deputati. Tuttavia, la predetta fisionomia parlamentare si colloca in una struttura costituzionale nel quale la ripartizione delle competenze tra Stato federale e Stati membri è assai più favorevole a questi ultimi rispetto a quanto previsto dal nostro ordinamento in favore delle Regioni. Ancora, giova ricordare che le Assemblee legislative degli Stati membri, sovente bicamerali, sono composte da un numero più che ragguardevole di parlamentari. Per il solo Stato della California, è istituita un’Assemblea legislativa di ottanta membri ed un Senato di quaranta. Nello Stato di New York, oltre all’Assemblea Generale, composta da centocinquanta membri, è istituito il Senato, composto da sessantadue membri. Nello Stato del Massachusetts la Camera dei rappresentanti è formata da centosessanta parlamentari mentre il Senato da ulteriori quaranta. Nel piccolo Stato del Wyoming è invece istituita una Camera dei Rappresentati formata da sessanta parlamentari ed un Senato composto da altri trenta. Sicché, avuto riguardo alla complessiva rappresentanza propriamente parlamentare assicurata ai cittadini statunitensi, essa si articola - tra Stato federale e Stati membri - in diverse migliaia di parlamentari distribuiti tra Congresso e Parlamenti dei cinquanta Stati membri.

In luogo di una rappresentanza parlamentare capillarmente distribuita sul territorio¹⁰, capace di avvertire tempestivamente umori, orientamenti ed interessi meritevoli di tutela si è dunque optato per un Parlamento inevitabilmente più distante dai territori e che, verosimilmente, finirà in certa parte per essere formato da rappresentanti che, già in fase elettorale, difficilmente potranno essere identificati con esattezza da quegli elettori che, pure, concorreranno ad eleggerli.

3. Le proposte di revisione costituzionale in materia di *referendum* propositivo.

A fianco alla riforma sulla riduzione del numero dei parlamentari ha mosso i primi passi quella relativa alla iniziativa legislativa popolare ed al *referendum* propositivo.

Invero, per le forme che il predetto *referendum* sarebbe destinato ad assumere - caratterizzate dalla portata immediatamente normativa della deliberazione popolare - appare più persuasivo, a fini definitivi, l'impiego dell'espressione '*referendum* legislativo'¹¹.

⁷ Non tragga in inganno il richiamo, pure emerso nel corso dei lavori parlamentari, al principio del divieto di mandato imperativo. Trattasi, evidentemente, di un richiamo non pertinente: il divieto di mandato imperativo concepito nell'art. 67 Cost. è infatti rivolto ad escludere la possibilità di introdurre vincoli di tipo giuridico alle funzioni del parlamentare: quest'ultimo, in altri termini, è sottratto da ogni limitazione che deriverebbe dal fatto di dover soggiacere, sulla base doveri giuridicamente vincolanti, alle istruzioni che gli venissero rivolte. In questi termini si veda, peraltro, quanto osservò V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare in Italia*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, vol. I, Milano, 1960, pp. 606 e ss., secondo cui «dall'art. 67 potrà dunque farsi derivare soltanto la inammissibilità che ai rapporti interni di partito (nel loro ambito perfettamente liberi e leciti, purché non contrastino con altri principi inderogabili) e ai principi del mandato politico, possa farsi appello per invocare la decadenza dalla carica del parlamentare dimissionario dal partito ovvero da questo espulso (...) o anche, per fare un'ipotesi più realistica, la validità di dimissioni con data in bianco, rilasciate dal parlamentare all'atto della candidatura». Ancora, «la portata dell'art. 67 sarebbe soltanto negativa e residuale, nel senso di escludere che l'ordinamento giuridico statale possa conferire comunque efficacia, sanzionandoli, ai vincoli derivanti dalla disciplina di partito e di gruppo» così, V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. II, Firenze, 1969, p. 128. Rispetto alla *ratio* incarnata dall'art. 67 Cost., tutt'altra cosa, dunque, è il *rapporto politico* che, instaurato e coltivato tra ciascun parlamentare ed il corpo elettorale, di certo non appare destinato a rimanere "sospeso" all'indomani delle elezioni e sino al rinnovo delle Camere.

⁸ Sul punto, cfr. C. FUSARO, *Nota scritta - Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica Audizioni informali in Ufficio di Presidenza, in relazione all'esame in sede referente dei ddl cost. n. 214 e conn. (riduzione del numero dei parlamentari)*, reperibile in www.senato.it, secondo il quale «accanto alla crescita indiretta di responsabilità e di prestigio, vanno però anche valutate le conseguenze sulla capacità effettiva di presenza sul territorio (cioè di esercizio reale della funzione rappresentativa), nonché gli effetti sulle campagne elettorali (a partire dai costi)».

⁹ Cfr. P. CARROZZA, *Audizioni del 21-22 novembre 2018 relative all'esame in Prima Commissione dei DDL costituzionale di modifica degli articoli 56 e 57 della Costituzione in tema di numero dei deputati e dei senatori*, p. 13 e ss., reperibile in www.senato.it, secondo cui pressoché certo sarebbe «l'effetto di rafforzamento delle segreterie centrali (o come si chiamino gli organismi dirigenti) di ciascun partito, a scapito delle rispettive rappresentanze territoriali: aumentare il rapporto tra il numero di eletti e di elettori significa, infatti, anche aumentare la loro reciproca "distanza", allontanare sempre più dal territorio, dalla "base", gli eletti dal momento della loro scelta quali candidati sino al condizionamento e all'indirizzo del loro operare in sede assembleare». Il tema era particolarmente avvertito anche in Assemblea Costituente. Di questo tenore erano, ad esempio, le considerazioni svolte in occasione della seduta del 23.9.1947 dell'Assemblea da Palmiro Togliatti, secondo cui un'eccessiva riduzione del numero di parlamentari avrebbe avuto, quali conseguenze, in primo luogo quella di distaccare troppo l'eletto dall'elettore e, in secondo luogo, quella di favorire una conformazione del ruolo del parlamentare quale figura soltanto rappresentante di un partito e non più di una massa vivente, che egli in qualche modo deve conoscere e con la quale deve avere rapporti diretti (cfr. *Atti dell'Assemblea Costituente*, 23 settembre 1947, p. 437, reperibili in <http://legislature.camera.it>).

¹⁰ D'altronde, come osservato da S. CURRERI, *Audizioni informali in relazione all'esame in sede referente della proposta di legge costituzionale Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari (C. 1585) - Testo dell'audizione del prof. Salvatore Curreri*, p. 1, reperibile in www.camera.it, secondo cui «la rappresentanza politica ha sempre una base territoriale, altrimenti il collegio elettorale sarebbe nazionale, perché compito del parlamentare è anche esprimere le istanze del territorio conformandole alla visione nazionale dell'interesse generale».

Ed infatti - largamente influenzati dai meccanismi di democrazia diretta che caratterizzano isolate esperienze ordinamentali, quali quella svizzera¹² e quella californiana¹³ - i proponenti della predetta riforma ipotizzano l'introduzione nel nostro ordinamento, su base nazionale, di un *referendum* ad efficacia normativa la cui celebrazione deriverebbe, in modo automatico, dalla mancata approvazione da parte del Parlamento, nelle forme articolare dal comitato promotore, della legge ad iniziativa popolare¹⁴.

Di fondo ed in estrema sintesi, sembra che l'inserimento del predetto istituto nell'ambito della Carta possa provocare la contrazione del meccanismo normogenetico di derivazione rappresentativa; per quanto sembra possibile ipotizzare, quest'ultimo finirebbe per essere sostituito da un sistema di tipo sostanzialmente *binario*, nel quale la produzione legislativa sarebbe affidata, nel contempo, sia al Parlamento che al corpo elettorale¹⁵.

Non difficile è scorgere con quali conseguenze.

¹¹ Sicché, invero, la fase della proposta si esaurirebbe in quella della iniziativa legislativa: lo strumento referendario, al contrario, non avrebbe portata meramente propositiva. Ciò, in quanto non residuerebbe in capo al Parlamento alcuna potestà di intervento sul testo deliberato in sede referendaria. Peraltro, non convince nemmeno l'ipotesi di definire il predetto *referendum* come 'deliberativo': ed infatti, ad una deliberazione popolare si assiste sempre e comunque, qualunque sia l'effetto della consultazione referendaria. Sicché, atteso il fatto che, indipendentemente dalla natura abrogativa, propositiva, confermativa o legislativa di un *referendum*, questo comunque avrebbe luogo per effetto di una deliberazione popolare, si fatica a comprendere la portata distintiva che, sul piano definitorio, avrebbe la descrizione dello strumento di cui si discute come '*referendum deliberativo*'.

¹² Dove, tuttavia, il *referendum* legislativo, a livello federale, è previsto solo in relazione a norme di revisione costituzionale. Inoltre, Il Parlamento svizzero conserva la potestà di dichiarare nulla in tutto o in parte l'iniziativa legislativa popolare laddove la stessa non rispetti i principi di unità della forma e della materia o le disposizioni cogenti del diritto internazionale. Lo strumento trova, invece, più ampi margini di applicazione a livello cantonale. Tuttavia, in considerazione della popolazione residente in ciascuno dei ventisei cantoni svizzeri, che va dai 15mila cittadini del Cantone Appenzello Interno fino al milione e 400mila cittadini del Cantone di Zurigo, sembra di poter concludere che la democrazia diretta che caratterizza la tradizione elvetica finisca per essere praticata in ambiti spaziali e demografici tali da presentare maggiori affinità sostanziali con gli esempi di *referendum* comunale variamente disciplinati dagli statuti dei comuni italiani.

¹³ Nello Stato federato della California - oltre ai più comuni strumenti di democrazia partecipativa - è previsto, come noto, l'istituto della *proposition* mediante il quale il corpo elettorale può presentare una proposta di legge, sia ordinaria che costituzionale, che - ad esito di un articolato *iter* procedimentale - è sottoposta alla diretta approvazione degli elettori. Giova constatare che, sia nell'esperienza svizzera che in quella statunitense, modelli simili a quello ipotizzato nel disegno di legge in commento hanno dunque trovato attuazione, essenzialmente, a livello sub-statale: sembra, dunque, che l'attribuzione al corpo elettorale di specifiche potestà di tipo legislativo abbia assecondato la necessità di dotare lo stesso di strumenti di protezione rispetto alle differenti e variabili forme di trattamento giuridico che, da un territorio all'altro, finiscono per prodursi nelle forme di Stato a c.d. *double sovereignty*.

¹⁴ In base a quanto previsto dall'art. 1 del disegno di legge 1089, attualmente all'esame del Senato, dopo il secondo comma dell'art. 71 Cost. verrebbe aggiunta la previsione secondo cui «quando una proposta di legge è presentata da almeno cinquecentomila elettori e le Camere non la approvano entro diciotto mesi dalla sua presentazione, è indetto un referendum per deliberarne l'approvazione. Se le Camere la approvano con modifiche non meramente formali, il referendum è indetto sulla proposta presentata, ove i promotori non vi rinunzino. La proposta approvata dalle Camere è sottoposta a promulgazione se quella soggetta a referendum non è approvata».

¹⁵ Il *referendum* legislativo di cui si ipotizza l'introduzione appare dunque estraneo alla logica che governa le diverse forme di *referendum* note al nostro ordinamento. Come osserva G. M. SALERNO, *Il Referendum*, Padova, 1992, p. 274, i differenti meccanismi referendari attualmente normati dalla Costituzione si collocano, comunque, nell'ambito di una struttura nella quale ben saldo rimane il fondamento rappresentativo dell'ordinamento: ed infatti, gli strumenti della c.d. democrazia diretta «operano in funzione complementare - e non pienamente sostitutiva o alternativa - rispetto al sistema decisionale proprio degli organi rappresentativi». Nel caso in esame, come posto in luce da A. MORRONE, *L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?* in *Federalismi.it*, n. 23/2018, p. 2, l'istituto di cui si discute finirebbe invece per «introdurre una specie di potere legislativo popolare concorrente e alternativo a quello spettante alle camere in base all'art. 70 cost. Il principio della rappresentanza politica, fondamento della nostra costituzione, figlio di una tradizione comune a tutti i paesi del mondo occidentale, rischia di essere seriamente compromesso da quella proposta. Il risultato, almeno nelle intenzioni dei proponenti, è quello di "riportare al centro i cittadini" nella produzione normativa, contrapponendo la legislazione popolare alla legislazione parlamentare».

Il Parlamento - già sofferente per le pressioni che la propria agenda riceve in conseguenza della sempre più incalzante politica legislativa del Governo¹⁶ - finirebbe per ritrovarsi ancor più schiacciato nell'esercizio delle proprie funzioni: dall'alto, per la continuativa corsa già oggi condotta per un tempestivo esame dei decreti d'urgenza e delle proposte di legge di iniziativa governativa e, a quel punto, anche dal basso, per le pressioni introdotte dalla iniziativa legislativa popolare la cui mancata approvazione provocherebbe, appunto, l'indizione di un *referendum* popolare ad efficacia normativa.

Sicché, oltre ad un'assai significativa e problematica alterazione del sistema e del novero delle fonti, si avrebbe a che fare con un Parlamento che, ampiamente ridotto nei propri ranghi¹⁷, finirebbe per essere popolato da parlamentari alla perenne, quotidiana ed ossessiva rincorsa delle iniziative legislative sia del Governo che del corpo elettorale. Non sembra proprio che il quadro delineato aiuti ad immaginare un'Assemblea rappresentativa che possa essere sede di un'ampia riflessione e di un meditato dibattito sulle innovazioni che, di volta in volta, si propone di apportare al nostro ordinamento.

Né, peraltro, si scorge la coerenza sistematica e concettuale che l'istituto di cui si propone l'introduzione assumerebbe con le tradizionali forme del *referendum* popolare.

Lungi dal rappresentare un'eccezione al principio della democrazia rappresentativa¹⁸, il *referendum* popolare trova infatti spiegazione soltanto all'interno del meccanismo della rappresentanza parlamentare: all'interno cioè di un meccanismo nel quale è la deliberazione dell'organo rappresentativo ad essere sottoposta a conferma oppure ad abrogazione da parte del corpo elettorale¹⁹.

¹⁶ Nel prendere atto della posizione sempre più dominante che, nell'economia complessiva dei rapporti tra istituzioni costituzionali, il Governo ha assunto nei confronti del Parlamento, è ormai diffusa in dottrina la descrizione dell'Esecutivo quale "comitato direttivo" dell'Assemblea parlamentare. Cfr., tra gli altri, C. COLAPIETRO - G. SERGES, *Governo, Amministrazione, Giurisdizione: Principi costituzionali*, Torino, 2016, p. 32; S. CECCANTI, *Regolamenti parlamentari: un altro tassello di una "riforma strisciante"*, in *Quad. cost.*, 1998, p. 172; L. ELIA, *Il Governo come comitato direttivo del Parlamento*, in *Civitas*, 1951, 4, p. 59 e ss. Sul Governo come comitato direttivo della maggioranza parlamentare, cfr. G. GUZZETTA - F. S. MARINI, *Lineamenti di diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2014, pp. 235 e ss.

¹⁷ Sulle criticità introdotte dalla revisione del numero dei parlamentari ed alle quali poc'anzi si è fatto breve cenno, sia consentito un rinvio a D. PORENA, *La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari (A.C. 1585): un delicato "snodo" critico per il sistema rappresentativo della democrazia parlamentare*, in *Federalismi.it*, 17.7.2019, n. 14/2019.

¹⁸ Descrizione questa che, comunque, gode di un certo consenso in dottrina. cfr., ad esempio, I. A. NICOTRA, *Referendum propositivo e democrazia rappresentativa: alla ricerca di una sintesi*, in *Federalismi.it*, 22.5.2019, p. 6. In generale, trova ampia diffusione in dottrina la tesi secondo cui *referendum* abrogativo, iniziativa legislativa popolare e petizione andrebbero connotati quali istituti di "democrazia diretta" rappresentando, con ciò, un'eccezione rispetto agli ordinari canali della democrazia rappresentativa. Cfr., tra gli altri, U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, 1/2011, p. 4. Di diverso avviso, tra gli altri, M. LUCIANI, *Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale*, intervento alla Tavola rotonda AIC, Roma, 1.3.2019, p. 202, secondo il quale l'iscrizione del *referendum* tra gli istituti di democrazia diretta sarebbe "abusiva"; l'Autore, in proposito osserva che «parlare di istituti di democrazia diretta significa evocare una realtà che non è quella del referendum (e men che meno lo è del referendum che s'innesta nel procedimento attivato dall'iniziativa popolare). Diretta è la democrazia che non contempla mediazioni, nella quale la decisione popolare è propriamente im-mediata; è la democrazia nella quale regna l'isegoria e - dunque - tutti i cittadini hanno pari diritto di parola e di emendamento (...)». Cfr., ancora, A. MORELLI, *La trasformazione del principio democratico*, in *Consulta on line*, 1/2015, p. 211, secondo il quale alla diversa nozione di istituti di "partecipazione istituzionale" andrebbero ricondotti «il referendum, nelle sue varie applicazioni, l'iniziativa legislativa e la petizione popolare. Tali congegni, infatti, non possono essere qualificati, a rigore, come meccanismi di democrazia diretta, la quale, come si è visto, corrisponde a specifiche esperienze storiche oggi difficilmente riproducibili».

¹⁹ Cfr. M. LUCIANI, *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 37/2008, p. 163, il quale osserva che «lungi dall'essere un istituto di democrazia diretta, il referendum è un istituto che possiede un senso proprio nel contesto della rappresentanza e che si può qualificare (non già come istituto di democrazia diretta, ma) come istituto di partecipazione popolare, di tipo istituzionale».

In ciò, peraltro, risiederebbe la stessa radice etimologica dell'espressione e che, come noto, risale al concetto dell'andare *ad referendum*: l'andare, cioè, a riferire ciò che è stato oggetto di deliberazione²⁰. Insomma, nel corredo genetico dell'istituto risiede necessariamente un rapporto relazionale tra rappresentato che "riferisce" e rappresentante che è destinatario di quanto ad egli viene riferito.

La meccanica alla base del disegno di legge tradisce, al contrario, l'impostazione descritta.

Il *referendum* popolare, deliberativo e ad efficacia normativa, sarebbe infatti conseguenza automatica della mancata approvazione della legge di iniziativa popolare: sicché la relazione di cui si è detto finirebbe, in sintesi, per essere capovolta e per assegnare al Parlamento il solo ruolo di "controllore" delle leggi di iniziativa popolare. Al corpo elettorale, in altre parole, competerebbe sia l'iniziativa che l'approvazione della legge. Al Parlamento altro non rimarrebbe che pronunciare una sorta di "visto", peraltro non vincolante per il caso in cui non si traduca nella approvazione parlamentare della legge²¹.

4. L'ipotesi di revisione costituzionale in materia di abolizione del mandato imperativo.

Nel quadro descritto, persino non del tutto intellegibile è allora la *ratio* che muove alla base dell'intendimento di abolire il divieto di mandato imperativo²².

²⁰ Oltre un secolo fa, Tomaso Perassi ricordava come le origini dell'istituto andassero rintracciate nella pratica - affiorata in epoca tardo medievale presso alcuni cantini svizzeri - di sottoporre alla ratifica popolare le decisioni assunte dalle rispettive assemblee rappresentative. «Nel Cantone di Berna - ricorda il Perassi - il Consiglio cantonale per taluni affari di maggiore importanza, e segnatamente in materia militare, usava sottoporre le proprie deliberazioni ai cittadini del Cantone». Ancora, nella ricostruzione storica del Perassi, «nel Vallese due volte l'anno, in dicembre ed in maggio, i deputati delle sette, o secondo altri dodici, decurie (Zehnten) di cui il Cantone si componeva, si riunivano in Consiglio (Landrath) al castello episcopale di Maioca a Sion. I deputati avevano usanza di prendere nel Consiglio e decisioni ad referendum, salvo cioè rendere conto alle loro comunità ed assumere il loro parere. Le deliberazioni del Consiglio non entravano in vigore se non accettate dalla maggioranza delle dizaines», così T. PERASSI, *Il referendum. La dottrina giuridica*, Roma, 1911, pp. 55 e ss. Sicché, deve concludersi, come osservato da M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 160, che «l'istituto referendario nasce e si sviluppa quando si affermano assemblee rappresentative i cui membri, tutt'al più, debbono indirizzarsi ai rappresentati per riferire delle determinazioni assembleari (e tornano da loro ad referendum, appunto)».

²¹ Il Parlamento finirebbe, in sostanza per essere privato di ogni potestà di scelta discrezionale finendo per assumere le vesti di mero "esecutore" della proposta di legge di iniziativa popolare. Sul punto, cfr. C. PINELLI, *Tracce tematiche per le audizioni*, nota, reperibile in www.camera.it, il quale osserva che la struttura della proposta «prevede che l'oggetto consista solo nello stesso testo proposto dagli elettori, sul presupposto che il Parlamento si trovi di fronte a un "prendere o lasciare"» e, ancora, A. PIRAINO, *Verso una nuova forma di democrazia?*, in corso di pubblicazione in *Lo Stato*, n. 13/2019, il quale sottolinea che «secondo questa procedura, le camere non hanno altra alternativa che approvare la proposta di legge nell'identico testo presentato dal Comitato promotore (senza la possibilità di emendarlo sostanzialmente) o esporsi alla possibilità di dover subire che il medesimo testo venga approvato dal voto popolare».

²² Il tema ha fatto ingresso, al momento, solamente nell'accordo di Governo sottoscritto dalla precedente maggioranza parlamentare. Invero, non è chiaro se anche nell'attuale rinnovato scenario della legislatura corrente vi sarà spazio per una sua trattazione in sede parlamentare. Tra i contributi più recenti sul tema, cfr. A. M. CITRIGNO - G. MOSCHELLA, *Quale futuro per il divieto di mandato imperativo?*, in *Forumcostituzionale.it*, 22.9.2018. Interessante notare, tuttavia, come l'ipotesi di introdurre un vincolo di mandato in capo a ciascun parlamentare abbia già trovato concreta realizzazione, per il momento, a livello di previsione inclusa nello statuto del gruppo parlamentare del M5S della Camera dei deputati. La norma, nella fattispecie, impone una severa prestazione pecuniaria a carico del deputato che dovesse abbandonare il gruppo parlamentare. In effetti, la disposizione - in linea con il concetto di 'mandato' - muove all'interno della logica 'risarcitoria' (piuttosto che 'sanzionatoria') tipica del rapporto privatistico. Circa le perplessità che la predetta norma ha sollevato in dottrina, in punto di sua compatibilità con l'art. 67 Cost., si rinvia agli interventi alla Tavola rotonda "Gli statuti dei gruppi parlamentari alla prova dell'art. 67 della Costituzione", Roma, 16 maggio 2018, pubblicati in *Federalismi.it*, n. 13/2018 (interventi di Riccardo Magi, Roberta Calvano, Michele Carducci, Augusto Cerri, Adriana Ciancio, Gian Luca Conti, Salvatore Curreri, Gianmario Demuro, Roberto Di Maria, Giorgio Grasso, Paola Marsocci, Claudio Martinelli, Cesare Pinelli, Salvatore Prisco, Ciro Sbailò, Filippo Scuto).

E di fatti, se l'Assemblea parlamentare dovesse ridursi ad un collegio composto da meri "mandatari", non si coglierebbe il senso e la necessità di munire i "mandanti", ovverosia il corpo elettorale, di funzioni legislative dirette: di funzioni, cioè, da esercitare al posto di chi sarebbe comunque tenuto, a quel punto, a svolgere le stesse con piena osservanza del vincolo giuridico derivante dal mandato conferito.

Ciò, a tacere di ogni ordine di considerazioni ulteriori circa il significato profondo che il superamento del mandato imperativo ha storicamente rappresentato nelle forme di stato moderne e contemporanee²³.

Il tema della introduzione del vincolo di mandato risulta, allo stato, larvamente prospettato solo in sede extraparlamentare: sicché non sembra richiedere, nell'occasione delle presenti brevi note, osservazioni aggiuntive.

Rimane infatti ben chiara, al fondo, la differenza che corre - specie nell'ambito costituzionalistico - tra la figura del rappresentante, per così dire incaricato anche di 'interpretare' i bisogni e le necessità di un corpo elettorale *complessivamente inteso* e l'ipotesi - ispirata, per lo più, all'esperienza gius-privatistica - di un 'mandatario' al quale si assegnerebbe, essenzialmente, la funzione di mero esecutore di istruzioni impartite da un aggregato, più o meno ampio, di *tipo particolare*.

5. Conclusioni.

Se l'*iter* ed il dibattito sulla revisione costituzionale sino ad ora seguiti ed intrattenuti corrispondono ad una complessiva strategia riformatrice occorre osservare, in conclusione, che la predetta strategia riformatrice - oltretutto assai opinabile nel merito²⁴ - risulta difettosa sul piano della sua coerenza sistematica.

Se invece non esiste un esatto filo conduttore idoneo a legare le ipotesi di cui si discute²⁵, appare ancor più urgente dotare il dibattito di ogni opportuno avvertimento circa le conseguenze distorsive che la congiunta realizzazione delle riforme cui si è fatto cenno sembra abilitata a produrre.

²³ Ed in particolare a tacere, per economia di esposizione, delle prudenti e meditate finalità alle quali - in un sistema orientato alla rottura di ogni vincolo corporativo ed alla realizzazione della piena uguaglianza anche nella rappresentanza - è storicamente indirizzato l'approdo alla abolizione di qualunque vincolo di mandato in capo al rappresentante parlamentare.

²⁴ Invero, la riduzione del numero dei parlamentari, l'abolizione del divieto di mandato imperativo ed il *referendum* legislativo appaiano misure idonee a convergere su un comune obiettivo: quello di "disarmare", per molti aspetti, il portato rappresentativo del sistema costituzionale per convertire quest'ultimo - secondo una linea di pensiero filosofico-politologico di matrice rousseviana - in un'architettura che, se non del tutto dominata dal principio della democrazia diretta, ben potrebbe definirsi "semi-rappresentativa".

²⁵ La tentazione, specie per la riforma relativa al numero dei parlamentari, è infatti quella di derubricare la stessa a mero "elementi di corredo" che - anziché incluso, come tale, all'interno di un più ampio disegno di riordino del sistema costituzionale - appare per lo più finalizzato a somministrare un'occasione di sfogo dei livori antiparlamentari diffusamente accumulati presso ampi strati dell'opinione pubblica.

IL “DIETROFRONT” DELLA CONSULTA. VERSO LA RICONQUISTA DELLA DEMOCRAZIA?

Nota a Corte Cost. 7 dicembre 2021, n. 240.

Luana Leo *

Abstract [Ita]: Il presente lavoro analizza la recente sentenza costituzionale n. 240 del 2021, soffermando l'attenzione sull'anomala coincidenza tra Sindaco della Città metropolitana e Sindaco del Comune Capoluogo. Con la decisione in oggetto, la Consulta riconosce la grave lesione di un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale, come quello democratico, sollecitando così un tempestivo intervento da parte del legislatore.

Abstract [Eng]: This paper analyzes the recent constitutional sentence no. 240 of 2021, focusing attention on the anomalous coincidence between the Mayor of the Metropolitan City and the Mayor of the Capital Municipality. With the decision in question, the Council recognizes the serious infringement of a fundamental principle of the constitutional order, such as the democratic one, thus urging timely intervention by the legislator.

Parole chiave: autonomie locali - democrazia - territorio - voto

SOMMARIO: **1.** Introduzione: i principali punti di “attrito”. - **2.** La puntuale risposta della Consulta: tra conferme e interventi urgenti. - **3.** Ripensare la normativa: il “crollo” della Legge Delrio. - **4.** Ai confini della discriminazione: la necessità di “riesumere” il concetto di territorio. - **5.** Conclusioni.

1. Introduzione: i principali punti di “attrito”.

Con ordinanza del 27 maggio 2020, la Corte d'appello di Catania solleva questioni di legittimità costituzionale degli artt. 13, comma 1, e 14 della legge della Regione Siciliana 4 agosto 2015, n. 15 (“*Disposizioni in materia di liberi Consorzi comunali e Città metropolitane*”) ¹, così come sostituiti rispettivamente dall'art. 4, commi 1 e 2, della legge della Regione Siciliana 29 novembre 2018, n. 23 (“*Norme in materia di enti di vasta area*”), e dell'art. 1, comma 19, della legge 7 aprile 2014, n. 56 (“*Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*”), relativamente agli artt. 1, 2, 3 e 48, 5, 97 e 114 Cost.

¹ * Dottoranda di ricerca in “Teoria generale del processo” - Università Lum Jean Monnet.

Art. 13, comma 1: “Il Sindaco metropolitano è di diritto il sindaco del comune capoluogo”.

Art. 14: “Qualora il Sindaco metropolitano cessi dalla carica per cessazione dalla carica di sindaco del comune capoluogo della Città metropolitana, il vicesindaco rimane in carica fino all'insediamento del nuovo sindaco metropolitano”.

La vicenda prende le mosse dal ricorso avanzato da un cittadino elettore del Comune di Acì Castello, ricompreso nel territorio della Città metropolitana di Catania, che conveniva in giudizio quest'ultima e il Sindaco metropolitano di Catania per l'accertamento del suo diritto *"a che l'amministrazione dell'ente locale di secondo livello (in Sicilia cd città metropolitana) sia conformata anche a mezzo della sua scelta elettorale e sia responsabile nei confronti di tutti gli elettori"*. In tale senso, appare opportuno sottolineare che, a seguito dell'approvazione della legge n. 56/2014, poi seguita dalla legge reg. Siciliana n. 15/2015, la Città metropolitana è subentrata alle Province, succedendo così in tutti i rapporti attivi e passivi, espletandone le relative funzioni. Il ricorrente lamenta che le norme censurate, stabilendo espressamente che il Sindaco metropolitano sia di diritto il Sindaco del Comune capoluogo, non gli consentano di prendere parte, neppure in via indiretta, all'elezione del Sindaco metropolitano.

È interessante rilevare come la Corte di appello ritenga che l'estromissione del ricorrente dall'elettorato attivo per l'elezione del Sindaco metropolitano non dipenda da *"leggi elettorali"*, ma da una preclusione all'esercizio del suo diritto di voto derivante direttamente dalla legge², alla cui rimozione sarebbe preordinata l'azione di accertamento, che il cittadino potrebbe senz'altro fare valere *"in qualsiasi momento ed a prescindere dagli strumenti impugnatori tipici e, quindi, dall'esistenza di un determinato procedimento elettorale"*.

Relativamente all'illegittimità costituzionale degli artt. 13, comma 1, e 14 della legge reg. Siciliana n. 15, la limitazione ad una parte degli amministratori del potere di manifestare, per mezzo del proprio voto, *"l'organo rappresentativo ed a competenza innumerata"* dell'ente intermedio Città metropolitana, sembra contraddire il principio democratico e di uguaglianza, con specifico riguardo all'eguaglianza del voto di cui all'art. 48, comma 2, Cost., dal momento che *"mentre i cittadini iscritti nelle liste elettorali del capoluogo della Città metropolitana, con il loro voto, eleggono sia l'organo rappresentativo del Comune che quello dell'ente intermedio"*, il voto amministrativo degli altri cittadini, analogamente soggetti all'amministrazione dello stesso ente intermedio, *"è del tutto irrilevante ai fini dell'elezione del sindaco metropolitano"*.

I dubbi di legittimità costituzionale interessano anche l'art. 1, comma 19, della legge n. 56 del 2014, a cui *"va ricondotta la scelta dell'assetto da impartire al modello di governo della Città metropolitana sotto il profilo, che viene qui in rilievo, della attribuzione al sindaco del capoluogo della carica di sindaco metropolitano"*.

Secondo il ragionamento dell'Avvocatura dello Stato, le questioni risultano inammissibili e comunque manifestamente infondate. Innanzitutto, si tratta di inammissibilità per difetto di rilevanza: in assenza di una forma di autodichia, come quella che monitora il procedimento per le elezioni politiche nazionali³, riservando così ogni forma di tutela alla giurisdizione del giudice ordinario *"nell'ambito di giudizi che ben possono essere promossi a tutela del diritto di voto, passivo o*

² Si ricordi che, a partire dalla sentenza n. 1/2014, la Corte ha dichiarato ammissibili questioni aventi ad oggetto leggi di natura elettorale promananti da giudizi volti all'accertamento del diritto fondamentale di voto dei cittadini. Su tale pronuncia, la dottrina è ricca. Tra i numerosi, si veda R. DICKMANN, *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza*, in *Federalismi*, n. 2, 2014; B. CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, in *Federalismi*, n. 2, 2014; G. GUZZETTA, *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014; I. NICOTRA, *Proposte per una nuova legge elettorale alla luce delle motivazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Consulta Online*, 2014; L. SPADACINI, *I limiti alla discrezionalità del legislatore in materia elettorale desumibili dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014; A. PERTICI, *La Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014; F. FERRARI, *Liste bloccate o situazione normativa? Un'alternativa all'oggetto del giudizio di costituzionalità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014; F. SGRÒ, *La censura di parziale incostituzionalità della legge elettorale e il ripristino del sistema proporzionale, tra rappresentanza politica e governabilità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014.

³ In tale senso, Corte cost. 15 giugno 2015, n. 110. Per un commento, si veda S. LIETO, P. PASQUINO, *Porte che si aprono e che si chiudono. La sentenza n. 110 del 2015*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015; G. D'AMICO, *Il sindacato di costituzionalità della normativa elettorale dopo la sent. n. 1 del 2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015.

attivo", non vi è affatto motivo di "forzare l'interpretazione del requisito processuale della rilevanza" iscrivendo, nel giudizio di legittimità costituzionale "un'atipica azione di accertamento costitutivo di singoli cittadini elettori".

Nel merito, le questioni sono infondate, poichè la coincidenza tra le cariche scaturirebbe dall'effetto di un automatismo "ontologicamente incompatibile con la nozione di elezione". È necessario precisare - ad avviso della Consulta - come quella di Sindaco metropolitano non costituisca una carica elettiva "per precisa e consapevole scelta del legislatore". Da ciò ne discende la preclusione di esercitare il diritto di voto anche per i cittadini del Comune capoluogo⁴.

A difesa della parte privata, si sottolinea come, a fronte del succedersi della normativa sugli enti di vasta area e del commissariamento dei relativi organi, da tempo (2012) in Sicilia non avvengano le elezioni per il rinnovo degli stessi. La predetta situazione giustifica l'attivazione dell'incidente di costituzionalità, strumento esperibile come *extrema ratio*, ove "sia impossibile adire diversamente il giudice delle leggi, considerando altresì l'esigenza di assicurare effettività alla tutela giurisdizionale"⁵.

In aggiunta, si osserva che, essendo il Sindaco metropolitano l'organo più rappresentativo sul versante politico e provvisto delle maggiori competenze amministrative, il legislatore non potrebbe distinguere, al fine dell'esercizio del diritto di elettorato attivo, i cittadini residenti nel Comune capoluogo da quelli residenti negli altri Comuni, salvo comportare una "forte e ingiustificata disparità di trattamento".

Tale disparità potrebbe incidere anche sul principio di uguaglianza del voto (art. 48 Cost.)⁶, nonché implicare una lesione dell'assetto democratico, in conseguenza del venire meno della responsabilità del Sindaco metropolitano (art. 1 Cost.). Infine, è prospettata l'illegittimità costituzionale della legge n. 56 del 2014, per contrasto con l'art. 72 Cost., in ragione delle modalità seguite per la sua approvazione: essa prende forma, a seguito della presentazione, da parte del Governo, di un maxiemendamento, consistente in un articolo composto da 151 commi, con contestuale posizione della questione di fiducia, tale da violare il diritto del parlamentare a esprimere la sua volontà su norme dal contenuto omogeneo⁷.

Il rimedio racchiuso nella legge n. 56/2014, e poi recepito dalle legge regionali n. 15/2015 e 23/2013, violerebbe il principio dell'autonomia locale (artt. 5 e 114 Cost.)⁸, oltre alla normativa sulle variazioni territoriali degli enti locali (art. 133 Cost.), nonché l'art. 15 del regio decreto

⁴ Come deducibile da Corte cost., 20 luglio 2018, n. 168 (sulla pronuncia, si veda F. GIUFFRÈ, *Regione siciliana: speciale, ma non troppo. Con la sentenza 168/2018 la Corte chiude all'elezione diretta nelle città metropolitane e nei liberi consorzi (la posizione della regione siciliana nel giudizio costituzionale)*, in *Diritti regionali*, n. 3, 2018; R. DI MARIA, *Il proverbiale "rigore a porta vuota": la Consulta si pronuncia sulla l.r. Sicilia n. 17/2017 in materia di ordinamento degli enti di area vasta (breve nota a Corte cost., sent. 168/2018)*, in *Diritti regionali*, n. 3, 2018; S. ARAGOSTA, *Se in tema di elezione diretta degli organi di area vasta la Regione Siciliana gioca con la coda del leone (a margine di Corte cost. sent. n. 168/2018)*, in *Le Regioni*, n. 5-6, 2018) e Corte cost. 26 marzo 2015, n. 50 (per un'analisi, tra i molteplici, si veda G. M. SALERNO, *La sentenza n. 50 del 2015: argomentazioni efficientistiche o neo-centralismo repubblicano di impronta statalistica?*, in *Federalismi*, n. 7, 2015; A. STERPA, *Un "giudizio in movimento": la Corte costituzionale tra attuazione dell'oggetto e variazione del parametro del giudizio. Note a margine della sent. n. 50 del 2015*, in *Federalismi*, n. 8, 2015; G. MOBILIO, *Le Città metropolitane non si toccano: la Corte costituzionale si pronuncia sulla legge "Delrio"*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2015).

⁵ In linea con ciò, Corte cost. 9 febbraio 2017, n. 35. Su tale decisione, tra i tanti, si veda R. DICKMANN, *La Corte costituzionale trasforma l'Italicum in sistema elettorale maggioritario 'eventuale' ma lascia al legislatore l'onere di definire una legislazione elettorale omogenea per le due Camere*, in *Federalismi*, n. 4, 2017; V. TONDI DELLA MURA, *Ma la discrezionalità legislativa non è uno spazio vuoto. Primi spunti di riflessione sulle sentenze della Consulta n. 1/2014 e n. 35/2017*, in *Diritti fondamentali*, n. 1, 2017; F. FERRARI, *Sotto la punta dell'iceberg: fictio litis e ammissibilità della q.l.c. nella sent. n. 35/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017; L. TRUCCO, *"Sentenza Italicum": la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere*, in *Consulta Online*, n. 1, 2017.

⁶ Occorre segnalare che la compressione del diritto di voto comporterebbe anche un contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 25 della legge 25 ottobre 1977, n. 881, all'art. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché alla direttiva 94/80/CE del Consiglio, del 19 dicembre 1994.

legislativo n. 455/1946⁹, convertito in legge costituzionale n. 2/1948, in quanto da tali norme si ricaverebbe un principio per il quale le forme di aggregazione degli enti locali dovrebbero essere promosse e avviate da essi, e non imposte dall'autorità nazionale.

2. La puntuale risposta della Consulta: tra conferme e interventi urgenti.

Il Giudice delle Leggi esordisce accordando al giudice rimettente il compito di stabilire la presenza dei presupposti del giudizio *a quo* e di accertare il nesso di rilevanza tra il giudizio di legittimità costituzionale e il giudizio principale, a meno che “*non risultino manifestamente e incontrovertibilmente carenti, ovvero la motivazione della loro esistenza sia manifestamente implausibile*”. A tale riguardo, la Corte tiene a precisare che il controllo costituzionale deve essere circoscritto “*all'adeguatezza delle motivazioni in ordine ai presupposti in base ai quali il giudizio a quo possa dirsi concretamente ed effettivamente instaurato, con un proprio oggetto, vale a dire un petitum, separato e distinto dalla questione di legittimità costituzionale, sul quale il giudice remittente sia chiamato a decidere*”¹⁰. Al contempo, la Consulta evidenzia come un'analogia ripartizione dei compiti tra autorità rimettente e la stessa risulti necessaria in relazione all'interesse ad agire, rispetto al quale una motivazione sufficiente e non implausibile concessa dal giudice *a quo* esclude che la sua valutazione sia oggetto di riesame da parte della Corte.

In seguito, la Consulta ricorda come l'ammissibilità delle questioni sollevate nell'ambito di giudizi nei quali siano presentate azioni di accertamento aventi ad oggetto la conformità dei principi costituzionali “*delle condizioni di esercizio del diritto fondamentale di voto nelle elezioni politiche*” dipenda dall'esistenza di quattro presupposti. Il primo è rappresentato dalla presenza, nell'ordinanza di remissione, di una motivazione sufficiente e non implausibile in relazione alla sussistenza ad agire dei ricorrenti nel giudizio *a quo*¹¹.

Il secondo concerne la peculiarità costituzionale del diritto oggetto di accertamento, ossia il diritto di voto, avente “*come connotato essenziale il suo collegamento ad un interesse del corpo sociale nel suo insieme*”¹².

⁷ Come rilevabile in Corte cost., 13 febbraio 2012, n. 22 (per un commento, tra i numerosi, R. DICKMANN, *La Corte sanziona la “evidente estraneità” di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza*, in *Federalismi*, n. 5, 2012; F. MODUGNO, *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 1, 2014; M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza e rispetto del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale. Cronaca della sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 2012*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2012; C. BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto legge*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2012); Corte cost. 12 febbraio 2014 (sulla pronuncia, tra i tanti, G. M. FLICK, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, n. 1, 2014; G. FILIPPETTA, *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale, ovvero dell'irresistibile necessità e dell'inevitabile difficoltà di riscrivere l'art. 77 Cost.*, in *Federalismi*, n. 1, 2014); Corte cost., 8 febbraio 2019, n. 17 (per una analisi, tra i plurimi, si veda N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *Federalismi*, n. 4, 2019; A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale “potere dello Stato” solo... virtuale o in astratto*, in *Consulta Online*, n. 1, 2019; I. A. NICOTRA, *La Corte, il fattore tempo e il battesimo dei nuovi “mille” poteri dello Stato*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 5, 2019).

⁸ Su tale principio, si veda B. PEZZINI, *Il principio costituzionale dell'autonomia locale e le sue regole* (Convegno annuale “Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia”, 6-7 giugno 2014, Bergamo), in *Il Gruppo di Pisa*, 2014.

⁹ R.D.Lgs 15 MAGGIO 1946, n. 151 (“*Approvazione dello statuto della Regione siciliana*”).

¹⁰ Così, Corte cost. 24 giugno 1994, n. 263.

¹¹ In particolare, la motivazione dovrebbe fornire indicazioni su determinati elementi, quali la “situazione soggettiva e/o oggettiva che risulterebbe, nel caso concreto” lesiva del diritto invocato. In tale senso, si veda Corte cost. 27 marzo 2018, n. 63, con commenti di A. DI CHIARA, *La Corte conferma che l'azione di accertamento del diritto di voto vale solo per le “zone franche”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018; M. ARMANNI, *Il voto degli italiani all'estero e la riduzione degli spazi di accesso al giudizio di costituzionalità in materia elettorale*, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018.

¹² Così, Corte cost. n. 1/2014.

Il terzo attiene al bisogno di prevenire che siano sottratte al sindacato della Corte le leggi, come quelle riguardanti le elezioni della Camera e del Senato¹³, finalizzate a definire le regole della composizione di organi essenziali per l'operatività del sistema democratico rappresentativo. Il quarto e ultimo presupposto è dato dall'indispensabile sussistenza di indici rivelatori di un concreto rapporto di pregiudizialità tra il giudizio principale e quello di legittimità costituzionale, specificatamente alla non sovrapponibilità tra gli oggetti dei due giudizi¹⁴.

Il Giudice delle Leggi, nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionali sollevate, si avvale delle seguenti ragioni. Per quanto concerne la supposta menomazione del diritto di voto, il rimettente prende le mosse da un presupposto interpretativo non condivisibile, ossia che i cittadini residenti nel Comune Capoluogo, al momento in cui eleggono il loro sindaco, nominano anche il Sindaco della Città metropolitana¹⁵, circostanza preclusa a coloro che risiedono in un diverso Comune. In linea con l'Avvocatura dello Stato, la Corte costituzionale marca come tale erroneo presupposto incida sull'ammissibilità delle questioni, considerato che il rimettente chiede alla stessa di estendere ai cittadini residenti in Comuni non capoluogo una disciplina volta a consentire l'elezione diretta del Sindaco metropolitano, in considerazione del modello adottato dal legislatore nel 2014. Tale soluzione non è perseguibile, in quanto implica un intervento manipolativo¹⁶ precluso alla Corte; l'ambito e i contorni dell'intervento fuoriescono dalle attribuzioni della stessa, essendo riservati al legislatore *“nella sua discrezionale valutazione con specifico riferimento agli aspetti anche di natura politica che connotano la materia elettorale”*¹⁷.

Secondariamente, il ricorrente, nel richiedere un intervento che induca ad applicare al Sindaco metropolitano il solo procedimento di elezione indiretta prescritto per il Presidente della Provincia, ignorando la normativa in armonia con tale procedimento, invita la Corte a pervenire nuovamente ad un risultato alla stessa precluso, poichè conseguibile solo mediante una riforma di sistema riservata alla competenza del legislatore¹⁸.

¹³ A tal riguardo, si veda Corte cost. 26 marzo 2021, con note di L. TRUCCO, *Diritti politici fondamentali: la Corte spinge per ampliare ulteriormente la tutela (a margine della sent. n. 48 del 2021)*, in *Consulta Online*, n. 1, 2021; G. TARLI BARBIERI, *La necessaria ed auspicabile riforma della disciplina del contenzioso elettorale preparatorio riferito alle elezioni politiche a seguito della sent. 48/2021 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, n. 2, 2021; M. ARMANNO, *La garanzia dell'elettorato passivo: Corte costituzionale e Parlamento (ancora) alla ricerca di strumenti adeguati di tutela giurisdizionale*, in *Diritti fondamentali*, n. 3, 2021; M. MANCINI, *Tre manifesti a Palazzo della Consulta, Roma: la Corte traccia la via, del legislatore e dei giudici l'onere di percorrerla (a margine della sentenza n. 48 del 2021)*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2021; G. MAESTRI, *Candidature e raccolta firme: più spazi per tutelare i diritti, ma ora nulla cambia Osservazioni su Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 2021*, in *Osservatorio AIC*, n. 6, 2021.

¹⁴ Al giudice, dunque, deve essere riservato uno spazio per l'adozione di un'autonoma decisione, dovendosi quest'ultimo esprimere su un oggetto distinto dalla risoluzione del dubbio di costituzionalità.

¹⁵ In realtà, anche i cittadini residenti nel Comune Capoluogo non esprimono altra volontà che quella diretta all'elezione degli organi del Comune.

¹⁶ In concreto, si perverrebbe ad una “novità di sistema”. In tale senso, si veda Corte cost. 8 luglio 2021, n. 146; Corte cost. 20 maggio 2021, n. 103; Corte cost. 27 dicembre 2018, n. 250; Corte cost. 9 novembre 2012, n. 250.

¹⁷ Così, Corte cost. 15 luglio 2010, n. 257.

¹⁸ Al legislatore, infatti, spetta il compito di tracciare “il nesso di complementarità e integrazione» tra forma di governo dell'ente locale e meccanismo elettorale”. Parimenti, con riferimento alla legislazione regionale (si veda, Corte cost. 24 settembre 2015, n. 193, con commenti di A. OTTAVIA-COZZI, *La Corte non si esprime sui premi di maggioranza regionali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015; S. CATALANO, *La risposta, implicita, della sentenza n. 193 del 2015 alla questione di costituzionalità sul premio di maggioranza regionale*, in *Le Regioni*, n. 1, 2016; G. D'AMICO, *Il sindacato di costituzionalità della normativa elettorale dopo la sent. n. 1 del 2014*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2015; D. MONEGO, *La rilevanza di una questione di legittimità sul premio di maggioranza regionale fra “riscontro” del vizio, applicabilità della norma ed influenza della decisione di costituzionalità*, in *Le Regioni*, n. 1, 2016; M. TROISI, *“Rilevanza ad assetto variabile”:* nota a Corte cost. sent. n. 193/2015, in *Federalismi*, n. 15, 2016).

Infine, la Consulta prende atto - ed è questo l'aspetto cruciale - di come il sistema attualmente previsto per la designazione del Sindaco metropolitano non sia conforme alle coordinate individuabili dal dettato costituzionale, con riguardo tanto al contenuto essenziale dell'eguaglianza del voto¹⁹, quanto alla mancanza di strumenti idonei a garantire "meccanismi di responsabilità politica e il relativo potere di controllo degli elettori locali"²⁰. Da un lato, la Corte non ritiene più evocabile, a supporto della non contrarietà a Costituzione del sistema di designazione del diritto del Sindaco metropolitano, il fatto che gli Statuti delle Città metropolitane possono optare per la soluzione dell'elezione diretta di quest'ultimo; dall'altro, i giudici costituzionali evidenziano come l'attuazione della disciplina racchiusa nella legge n. 56/2014 abbia sofferto della mancata approvazione del disegno costituzionale cui essa si ricollegava. Come noto, le Città metropolitane avrebbero dovuto figurare come unici enti di vasta area, provvisti di compiti di coordinamento delle funzioni dei Comuni del territorio e di pianificazione strategica. Tuttavia, la costante operatività delle Province e il conferimento ad esse di funzioni fondamentali non di mero coordinamento, demandati anche alle Città metropolitane, implica un riassetto degli organi di quest'ultime, essendo immotivato il diverso trattamento spettante agli elettori residenti nel territorio della Città metropolitana rispetto a quello tracciato per gli elettori residenti nelle Province.

In concreto, la Corte invita il legislatore italiano ad intervenire prontamente, al fine di scongiurare che il funzionamento dell'ente metropolitano avvenga in una condizione di non conformità ai citati canoni costituzionali di esercizio dell'attività politico-amministrativa²¹.

3. Ripensare la normativa: il "crollo" della Legge Delrio.

La pronuncia in esame assume particolare spessore²², se non altro perché "sgretola" l'architettura di quella che da anni costituisce la più grande riforma del sistema degli enti territoriali locali, dopo le leggi Rattazzi del 1959, nonché la legge n. 56/2014 (c.d. Legge Delrio)²³.

¹⁹ In precedenza, la Corte costituzionale (sent. n. 429/1995) ha osservato che il voto "riflette l'eguale dignità di tutti i cittadini e [...] concorre inoltre a connotare come compiutamente corrispondente alla sovranità popolare l'investitura di chi è direttamente chiamato dal corpo elettorale a rivestire cariche pubbliche rappresentative".

²⁰ Così, Corte cost. 23 luglio 2021, n. 168. Su tale pronuncia, si veda A. PATANÈ, D. SERVETTI, *Il potere sostitutivo dello Stato di fronte alla "crisi dell'autonomia". Nota alla sentenza della Corte costituzionale n. 168/2021 sul piano di rientro sanitario della Regione Calabria*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 2, 2021; A. CAROSI, *Risanamento finanziario, Garanzia dei livelli essenziali e poteri sostitutivi: Riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 168 del 2021*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 2, 2021.

²¹ Per A. POGGI, *La sentenza 240: un nuovo strappo all'incidentalità del giudizio e un revirement sulla legge Delrio*, in *Federalismi*, 2021, "aver rimesso la palla al legislatore è stata una decisione saggia. Poiché è solo nella sede istituzionale della politica che sarà possibile valutare i diversi interessi in gioco e procedere alle correzioni che si riterranno necessarie".

²² Secondo M. CECCHETTI, *Prime osservazioni sulla sentenza n. 240 del 2021: gli enti di area vasta nell'ordinamento costituzionale tra passato, presente e futuro*, in *Federalismi*, 2021, quella in esame è una "sentenza ricchissima, copiosamente e consapevolmente "sovra-argomentata" - quasi a svelare l'intento precipuo del Giudice delle leggi di "aggiornare" la propria giurisprudenza sul tema - ancorché in una cornice e con toni di grandissimo equilibrio e -verrebbe da dire - di apprezzabilissimo "garbo" istituzionale.

²³ In particolare, F. PIZZETTI, *Una grande riforma istituzionale: la legge n. 56/2014 (legge Delrio)*, in *Astrid Rassegna*, n. 9, 2014, parla di "superamento dell'uniformità". In senso contrario, si veda G.C. DE MARTIN, *Appunto per audizione del Prof. Gian Candido De Martin sul ddl 1212*, in *senato.it*, 14 gennaio 2014, per il quale tale legge rappresenta il prevalere della "cultura del centralismo e di relazioni gerarchiche tra centro e periferia". M. DE DONNO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 2021 e la legge Delrio: quale futuro per gli enti di area vasta?*, in *Federalismi*, ritiene che "la legge 56 si basa su una logica riformatrice incrementale e di lungo periodo. Anche per questo motivo, perciò, gli interventi di riforma già annunciati in questi ultimi mesi non dovrebbero metterne in discussione l'intero impianto, ma, al contrario, mantenendo fede al modello di governance territoriale integrata introdotto da quella legge, dovrebbero limitarsi ad introdurre correttivi mirati e puntuali che, nel rispetto della Costituzione, non tradiscano quel disegno riformatore".

A quest'ultima spetta il merito di avere introdotto non poche novità: per la prima volta, due enti di area vasta, le Città metropolitane e le nuove Province, sono governati da organi eletti in secondo grado da Sindaci e consiglieri comunali e non da tutti i cittadini.

Al contempo, in entrambi tali enti, gli amministratori restano sindaci o consiglieri comunali; pertanto, la perdita della carica comunale determina il venire meno di quella metropolitana e provinciale. Il fine perseguito dalla legge Delrio consiste nel garantire un governo efficace dei territori, incentrato anche su enti di secondo livello, nominati e guidati da amministratori che offrono risposte adeguate alle esigenze delle comunità. Occorre però sottolineare come la legge in commento abbia inciso non solo sul sistema del governo locale²⁴, ma anche sulle modalità e le forme della rappresentanza, oltre che sul modello di democrazia.

Sebbene sia stata oggetto di dibattito²⁵ in ragione della profonda mutazione del sistema amministrativo e costituzionale italiano, la legge Delrio ha assunto le sembianze di una legge "matrioska"²⁶, tesa a produrre effetti man mano che le Regioni provvedevano ad adottare leggi congrue alla rigida sfida posta dalla legge n. 56/2014 alle stesse. In concreto, essa non è una legge "gattopardesca", mirante a trasformare "apparentemente" il sistema degli enti territoriali locali, introducendo novità di scarso rilievo.

Tuttavia, la credibilità di tale legge - a giudizio di chi scrive - sembra essere seriamente lesa dal testo finale della stessa, la quale reca una disciplina sulle Città metropolitane *"in attesa della riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione e delle relative norme di attuazione"*. Si avverte, dunque, il bisogno di specificare i seguenti aspetti: la struttura definitiva è condizionata ad una legge di revisione costituzionale; la sua azione presenta carattere transitorio. Tale transitorietà trova conferma nel momento in cui l'A.C. 1543 confluisce nel rinomato d.d.l. cost. "Renzi-Boschi"²⁷, diretto a riformare gran parte del Titolo V della Costituzione.

Risultano discutibili - a parere di chi scrive - le scelte di *drafting* (un articolo composto da 151 commi) e nominalistiche se associate agli effetti che si è inteso produrre e alla qualificazione dei principi della legge come "principi di grande riforma economica e sociale" estesi a tre Regioni a Statuto Speciale (Sardegna, Regione Siciliana e Friuli Venezia Giulia). Desta forte perplessità la decisione del legislatore nazionale di sovrapporre le Città metropolitane alle Province omonime, in quanto ciò implica il mutamento delle circoscrizioni delle stesse.

A tale riguardo, appare opportuno ricordare che, nella sentenza n. 220/2013²⁸, il Giudice delle Leggi ha ripreso il significato della disposizione costituzionale investita (art. 113, comma 1), osservando che la modificazione delle singole circoscrizioni provinciali implica l'iniziativa dei Comuni interessati - che deve precedere l'iniziativa legislativa in senso stretto - ed il parere non vincolante delle Regioni.

²⁴ In particolare, A. SAPORITO, *L'organizzazione delle funzioni amministrative delle Province e delle Città metropolitane dopo la cosiddetta "Riforma Delrio"*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 1, 2018, 29, sostiene che tale riforma "crea enormi conflitti tra gli stessi enti territoriali".

²⁵ Tale legge, infatti, è stata caratterizzata da diversi ripensamenti. In tale senso, si veda L. VANDELLI (a cura di), *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56, commentata comma per comma*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 23.

²⁶ Così, F. PIZZETTI, *La legge Delrio: una grande riforma in un cantiere aperto. Il diverso ruolo e l'opposto destino delle città metropolitane e delle Province*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 3.

²⁷ Come noto, il predetto d.d.l. non è entrato in vigore, a seguito della bocciatura con il referendum popolare del 4 novembre 2016. Su tale progetto di riforma, tra i tanti, si veda A. PERTICI, *La Costituzione spezzata. Su cosa voteremo con il referendum costituzionale*, Torino, 2016; A. PACE, *Referendum 2016 sulla riforma costituzionale. Le ragioni del NO*, Milano, 2016; C. FUSARO, *Aggiornare la Costituzione. Storia e ragioni di una riforma*, Roma, 2016; E. ROSSI, *Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa, 2016.

²⁸ Corte cost. 19 luglio 2012, n. 220, con note di R. DICKMANN, *La Corte costituzionale si pronuncia sul modo d'uso del decreto-legge*, in *Consulta Online*, 2013; A. SAIITA, *Basta legalità! Interpretiamo lo spirito del tempo e liberiamo lo sviluppo!*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013; A. SEVERINI, *La riforma delle Province, con decreto legge, "non s'ha da fare"*, in *Rivista AIC*, 2013; M. MASSA, *Come non si devono riformare le province*, in *Le Regioni*, 2013; G. DI COSIMO, *Come non si deve usare il decreto legge*, in *Le Regioni*, 2013.

In tale pronuncia, la Corte costituzionale ha evidenziato come in Assemblea Costituente²⁹ fosse scaturita l'esigenza di rendere l'iniziativa di modificare le circoscrizioni provinciali il prodotto di iniziative insorgenti dalle popolazioni interessate, tramite i loro più immediati esponenti, i Comuni, non il portato di decisioni politiche provenienti dal vertice.

Prima di passare alla disciplina della forma di governo, occorre considerare il contesto di crisi economico-finanziario entro cui è stata concepita la legge n. 56/2014. La suddetta riforma si propone di ridurre la *"classe politica e i costi della politica"*³⁰, ignorando la prevalenza³¹ dell'esigenza di contenimento delle spese sul buon funzionamento delle pubbliche amministrazioni. Si sarebbe potuto - a parere di chi scrive - operare un riassetto delle funzioni pubbliche, così come preannunciato nell'art. 118 Cost. Al contempo, la crisi economico-finanziaria ha spinto il legislatore a puntare sui profitti derivanti da una nuova istituzione di governo dell'area vasta. È opportuno marcare la notevole abilità delle Città metropolitane di attirare cospicui finanziamenti messi a disposizione da parte dell'Unione Europea³². In realtà, lo scenario delineato è offuscato dalle criticità finanziarie con cui si trovano ad operare le corrispondenti Province, riversanti sui bilanci delle Città metropolitane³³.

La disciplina della forma di governo - oggetto di interesse di tale operato - è ampiamente criticata: il modello di Città metropolitana concepito dalla legge in esame supera il tradizionale assetto degli enti locali. Se è consentito parlare di *democraticità indiretta* in relazione alla Conferenza metropolitana (composta da tutti i Sindaci della C.M., con poteri modesti) e al Consiglio metropolitano (composto dai consiglieri comunali eletti dai Sindaci e dai consiglieri comunali dei Comuni della C.M., con poteri di indirizzo e controllo), lo stesso non può dirsi per l'elezione del Sindaco se ad essa non partecipano i cittadini di tutti i Comuni della Città metropolitana.

Nella sentenza n. 50/2015, il Giudice delle Leggi si pronuncia proprio sulla previsione di *"una nuova ed anomala figura di autorità politica"* rappresentata dal Sindaco metropolitano identificata di diritto con quella del Comune Capoluogo. Dalle motivazioni adottate dalla Consulta emerge la volontà di eludere la questione.

Nell'ottica dei giudici costituzionali, la natura costituzionalmente necessaria degli enti qualificati dall'art. 114 Cost., come *"costitutivi della Repubblica"*, ed il carattere autonomistico a quest'ultimi impresso dall'art. 5 Cost. non determinano *"l'automatica indispensabilità che gli organi di governo di tutti questi enti siano direttamente eletti"*³⁴.

Peraltro, la Corte costituzionale sottolinea come quella del Sindaco *"di diritto"* rappresenti una previsione di prima attuazione della riforma.

²⁹ Con riguardo al principio autonomistico nei lavori dell'Assemblea Costituente, si veda A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, 2020, 19-38.

³⁰ Camera dei Deputati, XVII Legislatura, n. 1542.

³¹ Così, C. TUBERTINI, *Area vasta e non solo: il sistema locale alla prova delle riforme*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2, 2014.

³² In tale senso, si veda A. SPADARO, *Le Città metropolitane, tra utopia e realtà*, in *Federalismi*, n. 1, 2015, 34. Con riguardo alla spiccata capacità di investimento a livello locale, si veda L. CIAPETTI, *Il territorio tra efficienza e sviluppo: la riforma delle Province e le politiche di area vasta*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, n. 2, 2014, 252.

³³ Sulle possibili soluzioni, si veda A. CARDONE, *Brevissime note su alcuni nodi applicativi delle da sciogliere in tema di Città metropolitane*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2014.

³⁴ Per rafforzare le proprie motivazioni, la Corte richiama dapprima la sentenza n. 274/2013 e la successiva ordinanza n. 144/2009, volte a escludere la totale equiparazione tra i diversi livelli di governo territoriale, sottolineando come i principi di adeguatezza e differenziazione comportino la possibilità di diversificare i modelli di rappresentanza politica ai vari livelli. Infine, essa fa leva sulla risalente sentenza n. 96/1968, con cui la Corte ammette la compatibilità di un meccanismo elettivo di secondo grado con il principio democratico e con quello autonomistico, escludendo che il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo del territorio venga meno in caso di elezioni di secondo grado, "che, del resto, sono previste dalla Costituzione proprio per la più alta carica dello Stato" (critica è la posizione di L. ELIA, *Una formula equivoca: l'elezione indiretta del Presidente della Repubblica*, in *Giur. Cost.*, 1968, 1530 ss.).

Al contrario, essa costituisce una possibilità stabilmente introdotta nell'ordinamento per le Città metropolitane con meno di tre milioni di abitanti, solo attuando una complicata procedura di scorporo del Comune Capoluogo³⁵. A tale nuova figura³⁶ sono attribuiti poteri monocratici solidi, fundamentalmente analoghi a quelli conferiti al Sindaco di qualsiasi Comune³⁷. La mancanza di un meccanismo di responsabilità politica nei confronti di tale figura - a giudizio di chi scrive - non risulta credibile sotto il profilo della ragionevolezza, salvo che il legislatore italiano avesse conferito alla Città metropolitana funzioni di mero coordinamento. Dall'apparato della legge n. 56/2014 emerge chiaramente³⁸ la sua natura politica: a tale ente, infatti, sono conferite tutte le funzioni fondamentali delle province riordinate ed altre, come la pianificazione generale. Contrariamente, la Città metropolitana svolge notevoli funzioni di governo politico, che richiederebbero di essere demandate ad organi politicamente responsabili nei confronti dell'intero corpo elettorale di riferimento. In sostanza, le argomentazioni addotte dalla Consulta risultano - ad avviso di chi scrive - poco chiare e confusionarie. I giudici costituzionali, nel considerare legittima l'elezione di secondo grado, sembrano sottovalutare l'esistenza di una Carta europea dell'autonomia locale³⁹.

A prescindere da ciò, in quasi tutti i Paesi europei⁴⁰, ogni cittadino dell'ente locale vota, direttamente o indirettamente, per gli organi rappresentativi dello stesso. In concreto, nella discussa sentenza n. 50/2015 la Corte sembra essersi avvalsa della legittimità dell'elezione di secondo grado⁴¹ per aggirare la questione cruciale: l'elezione da parte di tutti i cittadini residenti sul territorio della Città metropolitana del principale organo di indirizzo di tale ente, il Sindaco. La suddetta circostanza provoca un *vulnus* di democraticità insostenibile, anche a fronte dell'indubbia posizione strategica assunta dagli enti in esame nell'ordinamento nazionale ed europeo. È insensato - a parere di chi scrive - denunciare il *deficit* democratico dell'Unione Europea, per poi sconfessare il *deficit* democratico degli enti locali italiani. La corrispondenza tra Sindaco metropolitano e Sindaco del Comune Capoluogo aumenta il "peso" del voto espresso dai cittadini del Capoluogo, consentendo agli stessi di stabilire con un unico voto sia il *leader* del proprio Comune che quello della Città metropolitana; al contempo, comprime il voto espresso

³⁵ Su tale ipotesi, fortemente critica è la Corte dei Conti. Si veda, *Audizione sul d.d.l. città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni*, A.S. 1212, Commissione affari costituzionali, Senato della repubblica, 16 gennaio 2014, 6. Su tale aspetto, si veda anche

³⁶ Art. 8, legge n. 56/2014: "Il sindaco metropolitano rappresenta l'ente, convoca e presiede il consiglio metropolitano e la conferenza metropolitana, sovrintende al funzionamento dei servizi e degli uffici e all'esecuzione degli atti; esercita le altre funzioni attribuite dallo statuto".

³⁷ Art. 50, legge n. 267/2000: "Il sindaco e il presidente della provincia sono gli organi responsabili dell'amministrazione del comune e della provincia. Il sindaco e il presidente della provincia rappresentano l'ente, convocano e presiedono la giunta, nonché il consiglio quando non è previsto il presidente del consiglio, e sovrintendono al funzionamento dei servizi e degli uffici e all'esecuzione degli atti. Salvo quanto previsto dall'articolo 107 essi esercitano le funzioni loro attribuite dalle leggi, dallo statuto e dai regolamenti e sovrintendono altresì all'espletamento delle funzioni statali e regionali attribuite o delegate al comune e alla provincia".

³⁸ Sulla natura amministrativa o politica dell'ente, si veda F. PATRONI GRIFFI, *La città metropolitana nel disegno generale di riordino del territorio*, in *Federalismi*, n. 3, 2014, 7.

³⁹ F. MERLONI, *La tutela internazionale dell'autonomia degli enti territoriali. La Carta Europea dell'Autonomia Locale del Consiglio d'Europa*, in *Scritti in Onore di Giuseppe Palma*, Torino, 2012, 9, evidenzia "l'approccio esclusivamente attento alla posizione degli enti locali, trascurando quasi del tutto i diritti dei cittadini nei confronti delle amministrazioni locali. Secondo la Carta del 1985, la democrazia locale si difende (e quasi coincide) con la difesa degli enti locali, degli enti esponenziali delle comunità territoriali". T. F. GIUPPONI, *Verso un diritto europeo degli enti locali? Il ruolo della Carta Europea delle Autonomie locali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005, 8, afferma che nella Carta "il concetto stesso di autonomia locale è strettamente connesso ai principi di democrazia e di partecipazione, nell'ottica di una salvaguardia non tanto dei "diritti" degli enti locali e regionali, ma di una garanzia dei diritti del cittadino nell'ambito delle autonomie locali".

⁴⁰ Sul punto, si veda G. BOGGERO, *La Carta europea dell'autonomia locale nella giurisprudenza degli Stati europei*, in *Le Regioni*, n. 5-6, 1077-1112.

⁴¹ A favore dell'elezione di secondo grado, F. PINTO, *Le Città metropolitane in Francia e in Italia o delle convergenze parallele. Perché mi piace il sistema italiano*, in *Federalismi*, n. 3, 2014, 6, secondo il quale "l'elezione diretta sa dunque di un sapore di antico e di vecchio, in cui gli anni che passano non migliorano il prodotto ma lo rendono indigeribile".

dai cittadini degli ulteriori Comuni, i quali possono prendere parte -indirettamente - alla sola elezione del Consiglio Metropolitano⁴².

Nella recente sentenza n. 240/2021, il Giudice delle Leggi sembra prendere atto dell'irragionevole discriminazione tra cittadini del Comune Capoluogo e cittadini dei Comuni minori, rilevando che la possibilità (comunque astratta) di un'elezione diretta del Sindaco non pone riparo alla gravissima lesione del principio democratico, trattandosi di un'eventualità e non di un obbligo.

Tuttavia, la Corte costituzionale - a parere di chi scrive - è intervenuta sulla questione con notevole ritardo. Nel 2015, la Corte avrebbe potuto adottare una semplice sentenza additiva o sostitutiva, dichiarando la legge illegittima *"nella parte in cui non prevede come obbligatoria, ma solo eventuale, l'elezione diretta del sindaco da parte di tutti i cittadini della Città metropolitana"*⁴³. L'inversione di rotta comunque non sorprende più di tanto, considerato che la scelta del legislatore è stata riconosciuta non *"irreversibile"*. Desta stupore, invece, che gli Statuti degli enti non abbiano pensato di porre rimedio a tale *"pecca"* semplicemente introducendo la previsione dell'elezione diretta del Sindaco. Allo stato attuale, la maggior parte degli Statuti non contempla tale previsione; tale circostanza conferma come la macchinosità del procedimento prescritto per poter accedere all'elezione diretta nelle Città metropolitane con meno di tre milioni di abitanti abbia frenato l'adozione della procedura stessa.

Nella sentenza n. 240/2021, emerge il timore della Corte costituzionale circa un'eventuale frammentazione della normativa vigente; da qui, la decisione di lasciare l'intero campo d'azione al legislatore. È opportuno marcare però come il mancato riconoscimento del diritto di voto da parte di *"tutti"* i cittadini non possa essere ritenuto una libera scelta rimessa alla discrezionalità legislativa.

4. Ai confini della discriminazione: la necessità di *"riesumere"* il concetto di territorio

Come già espresso, la Corte costituzionale, non riconoscendo l'illegittimità della legge n. 56/2014 sotto il profilo denunciato, ha generato una gravissima violazione del principio di uguaglianza tra cittadini del Comune capoluogo e cittadini di altri Comuni. È possibile - per chi scrive - aprire un confronto in ordine al carattere diretto o indiretto del voto, ma non dubitare dell'esistenza in sé di un diritto di voto per tutti i cittadini dell'ente in esame.

Lo scenario delineato consente di *"risolvere"* il concetto di *"territorio"*, incluso tra gli elementi costitutivi dello Stato⁴⁴. Innanzitutto, vi è chi qualifica il territorio come *"qualità"* dello Stato. Nell'ottica di quest'ultima corrente⁴⁵, tale elemento esprime il *"limite geografico dello Stato"* ovvero lo spazio entro cui esso esercita il suo diritto generale di affermarsi e di farsi valere come Stato. L'elemento sopracitato non può costituire un *"oggetto"* su cui lo Stato esercita un diritto, ma lo *"spazio"* in cui esercita un potere.

⁴² Analoga è la posizione di A. G. LANZAFAME, *L'autonomia metropolitana. Ragioni di differenziazione e questioni di uguaglianza*, in Gruppo di Pisa. Fascicolo speciale monografico *"Autonomie territoriali e forme di differenziazione. Ordinamenti a confronto"*. Atti del Seminario telematico di Milano, 12 giugno 2020, 244.

⁴³ Del resto, C. ESPOSITO, *Autonomie e decentramento nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 81, affermava che *"la solenne proclamazione che la Repubblica riconosce e promuove le autonomie locali non solo riassume, ma anche garantisce questo diritto dei cittadini a partecipare attivamente alla vita degli enti territoriali"*.

⁴⁴ Sostengono la tesi del territorio come elemento costitutivo dello Stato, tra i tanti, A. CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale e il rapporto tra Stato e territorio*, in Arch. giur., 1904, 87; G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Berlin, 1905; S. ROMANO, *Il Comune*, in Trattato di Orlando, vol. II, Milano, 1908; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Padova, 1958, 73; P. HEILBORN, *Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen*, Berlin, 1986.

⁴⁵ Così, K. V. VON FRICKER, *Gebiet und Gebietshoheit: mit einem Anhang vom Staatsgebiet*, Tübingen, 1901, cit., 11.

Una riflessione accurata sul rapporto tra Stato e territorio è svolta dal giurista Santi Romano, per il quale il secondo è molto di più di un elemento costitutivo, assumendo “il carattere di uno degli elementi materiali ed essenziali da cui la vita dell’ente risulta”⁴⁶. Il giurista, pur condividendo l’assunto da cui prende le mosse la teoria di Fricker (ossia il territorio come elemento costitutivo dello Stato)⁴⁷ se ne discosta nelle battute finali: Fricker lamenta e respinge l’idea del territorio come oggetto di proprietà dello Stato; Santi Romano, invece, ricostituisce i termini del rapporto secondo la struttura propria di un diritto che lo Stato vanterebbe sul proprio territorio. In sostanza, il territorio, è per lo Stato l’oggetto di un diritto personale e su di esso esercita un potere immediato e diretto, connaturato nel suo stesso potere di *imperium*⁴⁸. In realtà, il pensiero romaniano combina sia l’idea del territorio quale elemento costitutivo dello Stato, che l’idea dello stesso quale oggetto di un diritto personale.

La Carta costituzionale contempla una nozione poliedrica di “territorio”, ricorrendo costantemente alla locuzione “territorio nazionale” (art. 16, comma 1; art. 17, comma 2, lett. m; art. 120, comma 1) o a quella sinonima di “territorio della Repubblica” (art. 10, comma 3; art. 16, comma 2) per designare lo spazio di esercizio di libertà costituzionali che lo Stato deve assicurare in maniera indifferenziata a tutti i cittadini anche interferendo sugli spazi di autonomia degli enti territoriali substatali. Tuttavia, il concetto sopramenzionato sembra trasparire già nell’art. 5 Cost., ove si delinea il principio fondamentale di unità e indivisibilità della Repubblica⁴⁹. Come enunciato in dottrina⁵⁰, l’indivisibilità implica l’assoluto e insuperabile divieto di frammentare il territorio nazionale in differenti territori autonomi, nonché di costituire, nel quadro dell’unitario e indivisibile Stato italiano, Stati indipendenti e sovrani, distaccati dal primo per secessione.

Appare necessario sottolineare come la concezione culturale e non meramente fisico-geografica del territorio scaturisca *in toto* nella formulazione dell’art. 9 Cost., che affida alla Repubblica il compito di tutelare il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione⁵¹. Il richiamo al paesaggio, come “forma del territorio”, plasmato dalla comunità umana insediatasi, accosta la nozione di territorio a quella di ambiente, e impegna la Repubblica a garantire “la tutela del patrimonio culturale nazionale e la tutela dell’ambiente, ad assecondare la formazione culturale dei cittadini e ad arricchire quella esistente, a realizzare il progresso spirituale e ad acuire la sensibilità dei cittadini come persone”⁵².

Integrano le disposizioni costituzionali dedicate al territorio gli artt. 132 e 133 che, ai fini della modifica territoriale di enti locali, richiedono come necessario requisito procedimentale lo svolgimento di un *referendum* approvativo (es. creazione di Regioni, fusione di Regioni, distacco

⁴⁶ Così, S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1902, cit., 117-118.

⁴⁷ Tuttavia, U. FORTI, *Il diritto dello Stato sul territorio*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1902, 364, ritiene che Fricker neghi l’esistenza di un qualsiasi rapporto giuridico tra Stato e territorio.

⁴⁸ S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, 58. In senso contrario, G. DIENA, *Sulla natura del diritto dello Stato sul suo territorio*, in *Riv. dir. internaz.*, 1907, 310-311, per il quale lo Stato sarebbe titolare di un diritto di natura reale sul proprio territorio.

⁴⁹ In particolare, T. MARTINES, *La democrazia pluralista*, in *Opere*, I, Milano, 2000, 243, osserva che il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali “tende a decentrare la sovranità ed a renderne meno episodico l’esercizio da parte della collettività popolare”.

⁵⁰ L. PALADIN, *Valori nazionali e principio di unità della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Mazziotti di Celso*, Milano, 1995, 369 ss.; L. PALADIN, *Saggi di storia costituzionale* (a cura di S. BARTOLE), Bologna, 2008, 176. Complessa è la posizione di C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell’art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana - Saggi*, Padova, 1954, 72 ss.

⁵¹ Secondo G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. Dir. cost.*, 1996, 61 il richiamo alla Nazione è da intendersi come funzionale “all’affermazione della prevalenza della generalità sulla particolarità, e non alla riproposizione solenne, per di più fornita di tutela costituzionale, di un modello culturale prevalente o di un’esclusiva tradizione storica”.

⁵² Corte cost. 30 luglio 1992, n. 388.

di Comuni e Province da una Regione per accorparli ad altre Regioni) o la consultazione delle popolazioni interessate (es. istituzione di nuovi Comuni)⁵³. È doveroso segnalare che, accanto alla nozione di territorio come prodotto di cultura⁵⁴ e quindi valore costituzionale, la Carta costituzionale, negli artt. 2, 10 e 11, accoglie una visione della spazialità politica diversa e opposta rispetto a quella sopraindicata, aperta all'internazionalismo.

Come sottolineato in dottrina⁵⁵, nelle disposizioni costituzionali che declinano il principio internazionalista è possibile riscontrare una nozione destoricizzata di territorio, che bilancia quella "situata" ed identitaria di territorio-paesaggio-ambiente, evitandone ipotetiche letture "isolazionistiche".

Una volta giunti a tale punto, si deve prestare attenzione ai riflessi giuridici che affiorano guardando al territorio metropolitano e alla sua perimetrazione. Il "territorio" è identificato e delimitato sulla base di una duplice accezione⁵⁶ ("territorio-efficienza" e "territorio-democrazia"): da un lato, esso è concepito come "misura" del bisogno e degli interessi nella loro concretezza ed attualità, mediante cui è possibile definire la portata ottimale per la loro soddisfazione; dall'altro, tale elemento è inteso come "base di vita" delle comunità su cui si appuntano gli interessi, per mezzo della quale è possibile non solo riconoscere gli interessi in capo alle medesime comunità, ma anche porre in luce l'esigenza di partecipazione di queste alla gestione degli interessi. È opportuno compiere - a parere di chi scrive - talune precisazioni in relazione alla prima accezione, in quanto non è possibile ridurre il territorio ad una concezione strettamente "efficientistica". Per identificare i confini delle autorità locali, occorre prendere le mosse non tanto dal quadro delle funzioni e degli interessi connessi, quanto invece dalle collettività cui questi devono rapportarsi: i confini, non possono essere tracciati trascurando i rilievi storico-sociali e i motivi economici inerenti alla comunità insediata⁵⁷. Con la seconda accezione, si guarda più all'elemento territoriale nella relazione che si instaura con gli individui, in chiave culturale e identitaria. In tale senso, appare utile chiarire come l'identità territoriale non venga definita esclusivamente dal senso di appartenenza e di radicamento, ma anche da una serie di diritti e bisogni comuni alla popolazione. A tale riguardo, vi è chi sostiene⁵⁸ che le autonomie locali moltiplicano le "school of democracy", poiché contribuiscono a rafforzare la partecipazione democratica.

5. Conclusioni.

Con la sentenza in esame, il Giudice delle Leggi conferma i timori sollevati da tempo in ordine al reale intento perseguito dalla legge Delrio: essa si colloca all'interno di un disegno di

⁵³ Sul punto, si veda T. F. GIUPPONI, *Le "popolazioni interessate" e i referendum per le variazioni territoriali, ex artt. 132 e 133 Cost.: territorio che vai, interesse che trovi*, in *Le Regioni*, n. 3, 2005, 417-430; A. CANDIDO, *Sulla creazione di nuove Regioni: recenti istanze di autonomia e incostituzionalità della legge n. 352 del 1970*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2011.

⁵⁴ In tale senso, si veda A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Milano, 2010.

⁵⁵ Così, G. SCACCIA, *Il territorio come sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, 12.

⁵⁶ È interessante constatare come A. CROSSETTI, *I livelli istituzionali nei progetti di riforma*, in *Quaderni I.S.A.P.*, n. 27, 1990, 152, ritenga che la tensione tra efficienza e democrazia è la stessa che determina la distinzione tra "governo del territorio" e "territorio del governo".

⁵⁷ Come espresso da B. BERTI, *Gli enti locali oggi: problemi e prospettive istituzionali e di organizzazione*, in *L'amministrazione locale. Strutture, compiti e servizi*, Napoli, 1978, 16 ss.

⁵⁸ L. J. SHARPE, *The size of municipalities, efficiency and citizen participation*, in *Local and Regional Authorities in Europe*, Council of Europe, 1995, 63 ss., riscontra un legame tra democrazia ed efficienza in tutte le democrazie occidentali.

riforma del governo locale orientato esplicitamente alla prevalenza delle esigenze di efficienza amministrativa, a detrimento delle istanze di democraticità del territorio metropolitano⁵⁹.

Il legislatore del 2014 - a parere di chi scrive - sembra non essersi reso conto di come la riduzione della democraticità di un ordinamento possa nuocere tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo. Da ciò ne discende un distacco dei cittadini dalle istituzioni.

La legge Delrio si ispira dichiaratamente alle esperienze straniere. Tuttavia, il legislatore dimostra di non avere tratto beneficio dal fallimento francese del 2010, parzialmente riconducibile alla mancata previsione dell'elezione diretta. Nella prima versione legislativa⁶⁰, le Città metropolitane non costituivano vere e proprie *collectivité territoriales*, ma soltanto forme evolute di associazionismo.

Trascorsi appena tre anni⁶¹, il legislatore francese ha posto rimedio al problema sopraindicato prevedendo l'elezione diretta a suffragio universale degli organi delle strutture intercomunali, comprese le *Métropoles*.

In definitiva, nella sentenza n. 240/2021 affiora la volontà di esaltare la lenta lesione del sentimento democratico, confermata dalla graduale riduzione della partecipazione elettorale. È allarmante - a parere di chi scrive - la *nonchalance* con la quale si accoglie ancora un "*micidiale patchwork istituzionale*"⁶² intento a sacrificare "*il livello di democrazia locale espressione della comunità metropolitana*", nel contesto generale di un ordinamento già di per sé carente di democrazia. Si auspica che la sentenza n. 240/2021 possa restituire ai veri soggetti deboli di tale vicenda, i cittadini dei Comuni minori della Città metropolitana, il diritto ad essi ingiustamente negato.

Sebbene la Consulta non imponga l'elezione diretta del Sindaco della Città Metropolitana, essa lascia trasparire un netto *favor* verso la predetta modalità: soltanto quest'ultima, infatti, assicura la realizzazione del "*contenuto essenziale dell'eguaglianza del voto*", e soprattutto "*concorre a connotare come compiutamente corrispondente alla sovranità popolare l'investitura di chi è direttamente chiamato dal corpo elettorale a rivestire cariche pubbliche rappresentative*"⁶³.

⁵⁹ Tale intento emerge chiaramente in un passaggio della relazione introduttiva della proposta di legge di revisione costituzionale del Titolo V (D.d.l. cost. AC 1543): "se guardiamo complessivamente il testo della proposta di revisione costituzionale, emerge chiaramente il disegno di una Repubblica delle autonomie fondata su due soli livelli territoriali di diretta rappresentanza delle rispettive comunità: le regioni e i comuni. A questi si accompagna un livello di governo di area vasta, chiaramente collocato in una visione funzionale più ad una razionale e coerente organizzazione dell'attività dei comuni insistenti sul territorio che non ad un livello di democrazia locale espressione della comunità metropolitana".

⁶⁰ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.

⁶¹ Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral.

⁶² Tale locuzione è impiegata da P. CIARLO, *Audizione informale di esperti nell'ambito dell'esame del disegno di legge A.C. 1542 recante "Disposizioni sulle città metropolitane sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni"*. Commissione Affari Costituzionali - Camera dei deputati, 23 Ottobre 2013.

⁶³ Su tale linea, si veda G. SCACCIA, *La sentenza 240 del 2021: prime note*, in *Federalismi*, 2021, 7-9.

LA VALUTAZIONE AMBIENTALE STRATEGICA: TRA (NUOVE?) INDICAZIONI PRETORIE E (VECCHIE?) QUESTIONI PROCEDIMENTALI E SOSTANZIALI.

Gianluigi Delle Cave *

ABSTRACT. Come noto, la VAS consiste nella verifica degli impatti derivanti sull'ambiente naturale da strumenti urbanistici generali: in particolare, l'aggettivo "strategica" evidenzia proprio l'aspetto caratterizzante dell'istituto, costituito dalla significativa anticipazione della valutazione delle possibili conseguenze ambientali negative dell'azione amministrativa conseguenti alla progettazione e adozione di piani e dei programmi. Tale valutazione ha la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e contribuire all'integrazione di considerazioni ambientali all'atto dell'elaborazione, dell'adozione e approvazione di piani e programmi assicurando che siano coerenti e contribuiscano alle condizioni per uno sviluppo sostenibile. La complessa regolazione di riferimento, tuttavia, non sempre fornisce coordinate normative di agevole lettura e applicazione per il giurista, motivo per cui assume un ruolo fondamentale l'ausilio interpretativo della giustizia amministrativa. Recentemente, peraltro, proprio i giudici amministrativi hanno avuto modo di pronunciarsi su alcuni aspetti particolarmente significativi del procedimento *de quo*, vale a dire sui rapporti tra amministrazioni all'interno del "modulo VAS" nonché sulla relazione di quest'ultima con la pianificazione urbanistica di dettaglio. A tal proposito, dunque, scopo del presente contributo è quello di ricostruire, con approccio critico, le più recenti indicazioni pretorie sulla VAS, ciò al fine di fornire un aggiornato quadro interpretativo della stessa nonché meglio delinearne i rapporti con gli strumenti di programmazione e di pianificazione urbanistica nel complesso.

ABSTRACT [EN]. *The Strategic Environmental Assessment ("SEA") is aimed at verifying the impacts on the natural environment of general urban planning instruments: in particular, the word "strategic" highlights the main characteristic of the procedure at hand, i.e. the early assessment of the possible negative environmental consequences of administrative action resulting from the drawing up and adoption of plans and programmes. The SEA purpose is to guarantee a high level of environmental protection and to ensure the integration of environmental issues/criteria in the drafting, adoption and approval of plans and programs, ensuring that the latter are compliant with the conditions for sustainable development. Nevertheless, the complex SEA regulation does not always provide regulatory coordinates easy to understand and apply for the jurist, hence the interpretative role of the administrative case-law has a fundamental role. As a matter of fact, recently, the administrative judges had the occasion to rule on some particularly significant aspects of the SEA procedure, namely on the relationship between public administrations within the "SEA module" as well as on the connection of the latter with the detailed urban planning instruments. In this regard, therefore, the purpose of this paper is to retrace, with a critical approach, the most recent case-law indications on SEA, to provide an updated SEA interpretative framework as well as to better outline the relationship with the planning tools and urban planning.*

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. - 2. La VAS nel Codice dell'Ambiente e approdi normativi recenti. - 3. I rapporti tra amministrazioni nel procedimento di VAS. - 3.1 (segue) sull'autorità "competente" e autorità "procedente" nella VAS. - 4. La VAS e la pianificazione urbanistica. - 5. La c.d. "opzione zero" nella VAS. - 6. Conclusioni.

1. Premessa introduttiva.

La VAS trova il suo fondamento nella Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 giugno 2001, con il dichiarato obiettivo di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente innestandone la tutela anche nel procedimento di adozione e di approvazione di piani e programmi astrattamente idonei ad impattare significativamente sullo stesso¹. Essa costituisce, in buona sostanza, una natura declinazione del principio di integrazione² - di matrice comunitaria - il quale impone un elevato livello di tutela dell'ambiente e miglioramento della sua qualità, che devono "essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie [...], in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile". Non a caso, il fine ultimo del principio *de quo* è proprio quello di assicurare che gli aspetti ambientali vengano tenuti in adeguata considerazione non solo nel momento in cui le (diverse) politiche di pianificazione sono prima concepite e in seguito realizzate³, ma anche con riferimento alle azioni, che devono contemplare - anche in ossequio al principio di prevenzione - misure idonee alla salvaguardia dell'ambiente. La finalità di salvaguardia e miglioramento della qualità dell'ambiente, nonché di protezione della salute umana e di utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, impone, quindi, una lettura della VAS ispirata al rispetto del principio di precauzione, in una prospettiva di sviluppo durevole e sostenibile dell'uso del suolo. La Valutazione Strategica in esame, dunque, - così come le altre procedure di valutazione in materia ambientale - è finalizzata alla piena realizzazione del principio dello sviluppo sostenibile delle attività economiche e costituisce espressione della politica ambientale dell'Unione Europea, cioè di quell'insieme di provvedimenti e di misure miranti alla tutela dell'ambiente e delle risorse naturali, necessarie a salvaguardare la crescente scarsità delle risorse e la qualità della vita⁴. A tal proposito, la VAS si accosta, senza identificarsi con gli stessi, ad altri strumenti di valutazione, come la Valutazione di Impatto Ambientale (per brevità, "VIA") su singoli progetti e quella di incidenza ("VI"), riferita ai siti di Natura 2000, in modo da costituire un unico sistema che vuole l'intero ciclo della decisione teleologicamente orientato a ridette esigenze di tutela⁵.

La stretta compenetrazione tra i richiamati istituti trova riscontro anche nelle considerazioni della dottrina più accorta, che ha da tempo segnalato l'esigenza di sviluppare una reale sinergia tra VIA e VAS⁶, rafforzando qualitativamente, mediante obiettivi di sostenibilità sorretti da specifici *target*, la seconda⁷, così da accelerare la prima con riferimento ad opere incardinate in piani e programmi già attentamente valutati nella loro portata generale.

¹ Dottorando di ricerca, Università degli Studi di Brescia (UNIBS) Si veda S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi a tutela dell'ambiente*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 1522 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente, come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, p. 279 ss.; R. ROTA, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012, p. 216 ss.; E. BOSCOLO, *La VAS nel piano e la VAS del piano: modelli alternativi di fronte al giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2010, p. 1108 ss.

² Il Trattato di Amsterdam colloca il sopracitato disposto non più all'interno dell'articolo 174 AUE ma all'articolo 6, nella Prima Parte dedicata ai Principi dell'Unione, attribuendogli così una valenza ed una dignità nettamente superiore rispetto a quella attribuitagli *ab origine*.

³ Richiamando il suddetto principio, la CGUE (sentenza C-379/98 del 2001) ha evidenziato come le azioni concernenti la tutela ambientale hanno necessariamente carattere "trasversale", nel senso che anche le "altre" politiche (es. quelle relative al governo del territorio, all'energia o ai trasporti) producono spesso i propri effetti - a volte nemmeno benefici - sull'ambiente.

⁴ Si veda Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4200, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 8, 2020 ss.; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 18 dicembre 2013, n. 2858, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵ Cfr. R. DIPACE, A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi. La nuova disciplina della Valutazione di impatto ambientale*, Napoli, 2018, *passim*; A. BARONE, *Dopo la V.I.A.: la sicurezza "sostenibile" del d.lgs. n. 104/2017*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 5, p. 291 ss.; V. PARISIO, *Associazioni ambientali e procedimento di valutazione dell'impatto ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 1991, 1, p. 100 ss.

Per contro, il legislatore, nella continua ricerca di un giusto punto di equilibrio tra adeguato livello di tutela ambientale e accelerazione delle procedure delle opere di rilevante interesse pubblico, da ultimo riferite a quelle previste nel Piano nazionale integrato energia e clima⁸ (“PNIEC”) ovvero nel Piano nazionale di ripresa e resilienza⁹ (“PNRR”), ha inteso incidere pressoché essenzialmente sulla VIA, ricalibrandone le fasi, seppure comprimendo i tempi di perfezionamento di entrambe i procedimenti *de qua*¹⁰.

Orbene, come meglio si dirà nel seguito, l’oggetto della disciplina della VAS, ai sensi dell’art. 6 del d.lgs. n. 152/2006 (Codice dell’Ambiente), riguarda i piani e i programmi che possono avere impatti significativi sull’ambiente e sul patrimonio culturale. Giova evidenziare che “piani” e “programmi” nel settore ambientale, al pari degli altri ambiti, hanno in comune l’essenza della funzione programmatica dell’azione della P.A., diretta ad organizzare una serie di condotte e decisioni future degli stessi organi pubblici, in senso teleologicamente coordinato e convergente¹¹. La VAS, dunque, si può sinteticamente definire, come un processo formale, sistematico e comprensivo di valutazione degli impatti ambientali di una politica, di un piano o programma, e delle sue alternative, i cui risultati devono essere resi pubblici e integrati nel processo decisionale. Come altresì rilevato in dottrina¹², in tale quadro concettuale, la VAS si pone non solo, e non tanto, come una semplicistica e settoriale analisi descrittiva di impatti sulle risorse ambientali del sistema di azioni, e di trasformazioni, che costituiscono l’attuazione di un piano, quanto, piuttosto, come un processo che accompagna, fin quasi all’identificazione, il processo decisionale ed attuativo del piano, quindi la sua dimensione strategica.

⁶ In tema di VAS, *ex plurimis*, si veda F. FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. CROSETTI, R. FERARRA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell’ambiente*, Bari, 2018, p. 403 ss.; G. PAGLIARI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 3, p. 202 ss.; P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Milano, 2014; E. BOSCOLO, *Il piano regolatore comunale*, in S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI, C. VITALE (a cura di), *Codice commentato di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013, p. 189 ss.; A. MILONE, *La valutazione ambientale strategica a seguito del d.lgs. n. 128/2010*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 2, p. 104 ss.; E. BOSCOLO, *La valutazione ambientale strategica di piani e programmi*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 3, p. 222 ss.; L. CASINI, *L’equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005.

⁷ Si vedano le modifiche apportate al d.lgs. n. 152 del 2006, già ampiamente novellato con d.lgs. n. 104 del 2017, di recepimento della Direttiva 2014/52/UE, dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella l. n. 120 del 2020, ispirate anche dall’esigenza di superare la procedura di infrazione n. 2019/2308, nonché, ancor più di recente, dal d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla l. n. 108 del 2021.

⁸ Con il Piano Nazionale Integrato per l’Energia e il Clima, in sintesi, vengono stabiliti gli obiettivi nazionali al 2030 sull’efficienza energetica, sulle fonti rinnovabili e sulla riduzione delle emissioni di CO₂, nonché gli obiettivi in tema di sicurezza energetica, interconnessioni, mercato unico dell’energia e competitività, sviluppo e mobilità sostenibile, delineando per ciascuno di essi le misure che saranno attuate per assicurarne il raggiungimento.

⁹ Trattasi del d.l. n. 77/2021, convertito in legge n. 108/2021.

¹⁰ Con specifico riferimento alla VAS, si segnala il d.l. 6 novembre 2021, n. 152 recante “*Disposizioni urgenti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*”, con il quale legislatore ha stabilito tempi maggiormente ridotti per l’esperimento della procedura in oggetto, e in particolare (si veda l’art. 18 “*Proposta di riduzione dei tempi del procedimento di valutazione ambientale strategica*”): (i) la consultazione dei soggetti competenti in materia ambientale, che, salvo quanto diversamente comunicato dall’autorità competente, si conclude entro non più 90, bensì 45 giorni dall’invio del rapporto preliminare sugli impatti ambientali; (ii) pubblicato l’avviso con il quale tutta la documentazione predisposta per la VAS viene messa a disposizione per l’informazione e la partecipazione dei cittadini, chiunque può prendere visione della proposta di piano o programma e del relativo rapporto ambientale e presentare osservazioni entro non più 60, ma entro 45 giorni; (iii) acquisite e valutate la documentazione presentata dall’autorità procedente e le osservazioni inoltrate, l’autorità competente ha non più 90, bensì 45 giorni di tempo per esprimere il proprio parere motivato.

¹¹ In tale ambito, l’attività programmatica della P.A., esplicandosi nel *quomodo*, ovvero nell’indicare le modalità di come procedervi per le finalità di cui sopra e non nel realizzarle direttamente, si presenta eventuale nell’*an*, non cogente, non obbligatoria, facoltativa (cfr. A. GRATANI, *La VAS travolge il PRG e le sue modifiche*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 6, p. 737 ss.; C. VIVIANI, *Piani e programmi ricompresi nell’ambito di applicazione della direttiva 2001/42/ce in materia di VAS. L’interpretazione della corte di giustizia*, in *Amb. e svil.*, 2020, 10, p. 807 ss.; A. RALLO, *Contributo allo studio della comunicazione dell’atto amministrativo: profili strutturali e valori procedurali*, Napoli, 2008).

¹² C. ZOPPI, F. ISOLA, C. PIRA, *Valutazione ambientale strategica e programmazione dello sviluppo urbano come attuazione della pianificazione strategica dei comuni della Sardegna*, in *Rass. it. di val.*, 2013, 2, p. 234 ss.

2. La VAS nel Codice dell'Ambiente e approdi normativi recenti.

Da un punto di vista squisitamente normativo, la Direttiva 2001/42/CE è stata recepita nell'ordinamento nazionale inserendo la disciplina della VAS nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 c.d. "Codice dell'Ambiente" (di seguito anche "Codice"). L'art. 4 del Codice chiarisce, da subito, le finalità della Valutazione in esame: nello specifico, si stabilisce che la valutazione ambientale di piani, programmi e progetti ha la finalità di assicurare che l'attività antropica sia compatibile con le condizioni per uno sviluppo sostenibile, e quindi nel rispetto della capacità rigenerativa degli ecosistemi e delle risorse, della salvaguardia della biodiversità e di un'equa distribuzione dei vantaggi connessi all'attività economica¹³. Successivamente, all'art. 6, il Codice si premura di specificare l'oggetto della disciplina: la VAS riguarda i piani e i programmi che possono avere impatti significativi sull'ambiente e sul patrimonio culturale¹⁴. Ebbene, la VAS viene effettuata per tutti i piani e i programmi¹⁵: a) che sono elaborati per la valutazione e gestione della qualità dell'aria ambiente, per i settori agricolo, forestale, della pesca, energetico, industriale, dei trasporti, della gestione dei rifiuti e delle acque, delle telecomunicazioni, turistico, della pianificazione territoriale¹⁶ o della destinazione dei suoli, e che definiscono il quadro di riferimento per l'approvazione, l'autorizzazione, l'area di localizzazione o comunque la realizzazione dei progetti elencati negli allegati II, II-bis, III e IV del Codice¹⁷; b) per i quali, in considerazione dei possibili impatti sulle finalità di conservazione dei siti designati come zone di protezione speciale per la conservazione degli uccelli selvatici e quelli classificati come siti di importanza comunitaria per la protezione degli habitat naturali e della flora e della fauna selvatica, si ritiene necessaria una valutazione d'incidenza ex art. 5 del d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357.

¹³ In tale ambito, prosegue l'art. 4 del Codice, la valutazione ambientale di piani e programmi che possono avere un impatto significativo sull'ambiente *"ha la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e contribuire all'integrazione di considerazioni ambientali all'atto dell'elaborazione, dell'adozione e approvazione di detti piani e programmi assicurando che siano coerenti e contribuiscano alle condizioni per uno sviluppo sostenibile"*.

¹⁴ A titolo esemplificativo, la giurisprudenza ha rilevato come il Piano di zonizzazione acustica costituisce un piano avente efficacia precettiva e prevalente sulla strumentazione urbanistica comunale, in tutto e per tutto suscettibile in quegli atti e provvedimenti di pianificazione e di programmazione comunque denominati elaborati e/o adottati da un'autorità a livello nazionale, regionale o locale oppure predisposti da un'autorità per essere approvati, mediante una procedura legislativa, amministrativa o negoziale e previsti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, per i quali il Codice prevede il previo svolgimento della VAS (Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1278, in *Foro amm.*, 2015, 3, p. 726 ss.).

¹⁵ Secondo la CGUE, in considerazione della finalità della direttiva in esame, 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 (CGUE, Sez. II, 7 giugno 2018, causa C-671/15, in *Foro amm.*, 2018, 6, p. 937 ss., che richiama anche la sentenza 27 ottobre 2016, C-290/15, punto 40 e giurisprudenza ivi citata). L'obiettivo principale perseguito consiste nel sottoporre a valutazione ambientale i "piani e programmi" che possono avere effetti significativi sull'ambiente durante la loro elaborazione e prima della loro adozione (in tal senso, sentenza del 28 febbraio 2012, C-41/11, in *Foro amm.*, 2012, 3, p. 344 ss., punto 35 e giurisprudenza ivi citata). Ai sensi della giurisprudenza comunitaria sopra richiamata, ai fini dell'obbligo di sottoposizione alla VAS, la nozione di "piani e programmi" si riferisce a qualsiasi atto che, definendo norme e procedure di controllo applicabili al settore interessato, fissa un insieme significativo di criteri e di modalità per l'autorizzazione e l'attuazione di uno o più progetti idonei ad avere un impatto notevole sull'ambiente e, pertanto, pure vi rientra un regolamento urbanistico regionale, che contiene determinate prescrizioni per l'esecuzione di progetti urbanistici, quali prescrizioni relative al riassetto di aree adiacenti agli immobili e altri spazi liberi, zone di passaggio, cortili e giardini, alle recinzioni, all'allacciamento degli edifici alle reti e alla fognatura, alla raccolta delle acque piovane e alle diverse caratteristiche delle costruzioni.

¹⁶ In materia di commercio, la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. IV, 06 maggio 2013, n. 2446, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 5, p. 1278 ss.) ha evidenziato come la previsione dell'obbligo di VAS per la costruzione di centri commerciali di cui al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 deve comprendere anche i casi di adibizione a centro commerciale di una struttura esistente, in relazione alle problematiche di natura ambientale e/o di carico urbanistico che detta tipologia di immobili comportano; ciò anche con riferimento alle ipotesi di "centro commerciale naturale" (aggregazione spontanea di esercizi commerciali). Sotto diversa prospettiva, non si può comunque sostenere che qualsiasi incremento di carico urbanistico determini la necessità di sottoporre il piano a VAS, ma solo se esso determina un significativo impatto sull'ambiente (v. T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 07 dicembre 2020, n. 737, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Per i suddetti piani e programmi che determinano l'uso di piccole aree a livello locale¹⁸ e per le modifiche minori dei medesimi piani e programmi, la valutazione ambientale è necessaria qualora l'autorità competente valuti che producano impatti significativi sull'ambiente, secondo le disposizioni di cui all'articolo 12¹⁹ del Codice e tenuto conto del diverso livello di sensibilità ambientale dell'area oggetto di intervento (si parla, in tal caso, di "VAS eventuale")²⁰.

Muovendo verso il piano degli attori del procedimento *de qua*, l'art. 7 del Codice ha innanzi tutto distinto la procedura di VAS a livello statale da quelle riferibili ad ambiti regionali o locali, preoccupandosi poi esclusivamente della prima, anche in relazione all'indicazione dei soggetti competenti per le varie fasi della stessa. Per i casi di rilievo locale, invece, ha fatto rinvio alle disposizioni di legge regionale o delle Province autonome, evidenziando il limite di introdurre un'arbitraria discriminazione e ingiustificati aggravii procedurali²¹.

Ciò ha concretamente determinato, di fatto, lo sviluppo di un quadro ampio e articolato di legislazione regionale, primaria e secondaria, caratterizzato da una pluralità di approcci, soprattutto per quanto riguarda le modalità procedurali, che è difficile ricondurre a sintesi. Su quest'ultimo punto, poi, come evidenziato nel Rapporto del 2017 redatto dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare sullo stato di attuazione dei procedimenti di VAS, le Regioni si sono per lo più orientate nel senso di delegare le funzioni di "autorità competente" a Province, Città metropolitane e Comuni, in quanto preposti alle scelte urbanistiche nell'ambito del proprio territorio di riferimento.

Proprio le scelte di governo del territorio²², infatti, sono tipicamente atti soggetti a VAS²³.

¹⁷ Per quanto riguarda il significato dell'espressione "quadro di riferimento per l'approvazione, l'autorizzazione, l'area di localizzazione o comunque la realizzazione dei progetti elencati negli allegati II, III e IV del presente decreto", secondo l'interpretazione invalsa in sede europea, non è richiesto che *"determinati progetti costituiscano esplicitamente o implicitamente oggetto del piano o del programma"*, essendo all'uopo sufficiente che vengano assunte *"decisioni che possono influire sulla successiva autorizzazione di progetti, specialmente con riguardo all'ubicazione, alla natura, alle dimensioni e alle condizioni operative o attraverso la ripartizione delle risorse"* (così ad esempio il punto 67 delle Conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 4 marzo 2010, nelle cause riunite C-105/09 e C-110/09). In tal senso è peraltro esplicito l'art. 6 del Codice, per il quale è sufficiente che il piano contenga una disciplina idonea a regolare anche solo la futura "area di localizzazione" di uno di tali interventi. Questo è ad esempio il caso del piano regolatore generale che, secondo la legge urbanistica fondamentale nazionale, *"deve considerare la totalità del territorio comunale"* (art. 7, comma 1, l. n. 1150 del 1942).

¹⁸ Con riferimento alla nozione di "piccole aree a livello locale", la CGUE, chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 3 della direttiva 2001/42, con la sentenza, Sez. III, n. 444/2016, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 1, 234 ss., ha affermato che detta nozione *"deve riferirsi alla superficie interessata, a condizione che il piano o il programma sia elaborato o adottato da un'autorità locale, e non da un'autorità regionale o nazionale, e che tale area costituisca, all'interno dell'ambito territoriale di competenza dell'autorità locale, e proporzionalmente a detto ambito territoriale, un'estensione minima"* (si veda, sul punto, anche Cons. Stato, Sez. II, 16 dicembre 2019, n. 1234, in www.giustizia-amministrativa.it).

¹⁹ Si tratta delle disposizioni relative alla c.d. "verifica di assoggettabilità" a VAS.

²⁰ L'art. 6 cit. specifica, al comma 4, che sono comunque esclusi dal campo di applicazione del Codice (e della VAS): a) i piani e i programmi destinati esclusivamente a scopi di difesa nazionale caratterizzati da somma urgenza o ricadenti nella disciplina di cui all'articolo 17 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni; b) i piani e i programmi finanziari o di bilancio; c) i piani di protezione civile in caso di pericolo per l'incolumità pubblica; c-bis) i piani di gestione forestale o strumenti equivalenti, riferiti ad un ambito aziendale o sovra-aziendale di livello locale, redatti secondo i criteri della gestione forestale sostenibile e approvati dalle regioni o dagli organismi dalle stesse individuati; c-ter) i piani, i programmi e i provvedimenti di difesa fitosanitaria adottati dal Servizio fitosanitario nazionale che danno applicazione a misure fitosanitarie di emergenza.

²¹ Ciò in ossequio all'art. 3 *quinquies* del Codice, non a caso rubricato "principio di sussidiarietà e di leale collaborazione".

²² Secondo CGUE, 22 marzo 2012, C-567/10, in *federalismi.it*, la VAS trova applicazione anche in caso di modifica o abrogazione, totale o parziale, dello strumento di pianificazione. Ciò in quanto anche il venir meno dell'efficacia, integrale o parziale, della strumentazione di pianificazione in essere o una sua modifica, può comportare la genesi o l'aumento degli effetti significativi sull'ambiente. Di conseguenza, una nuova VAS deve essere immediatamente apprestata prima di procedere a deliberare le varianti della pianificazione in essere.

Ancora con riferimento agli attori della VAS, ai sensi dell'art. 15, comma 2, del Codice, l'autorità procedente, in collaborazione con l'autorità competente, provvede, prima della presentazione del piano o del programma, per l'approvazione e tenendo conto delle risultanze del parere motivato e dei risultati delle consultazioni transfrontaliere, alle opportune revisioni del piano o programma²⁴. Con ciò avvalorando l'interpretazione della VAS quale procedimento non ontologicamente legato ad un *assessment* dell'esito del processo decisionale in relazione al suo impatto sull'ambiente, quanto, piuttosto, *“al processo di definizione della decisione, in cui gli obiettivi di sostenibilità devono integrarsi, fin dalle prime fasi del processo stesso, con quelli di sviluppo economico e sociale”*²⁵.

Tanto sembrerebbe confermato pure dai recenti interventi del legislatore in materia ambientale. Ed infatti, con il PNRR del 2021 - come detto, recante anche interventi di semplificazione in materia di permessi e autorizzazioni ambientali allo scopo di favorire gli investimenti²⁶ - e con la novella di cui al d.l. 152/2021, il legislatore sembrerebbe essersi soffermato (*rectius* dedicato) proprio sull'aspetto della *“definizione della decisione”*²⁷, in chiave acceleratoria²⁸ e di coordinamento tra le autorità amministrative protagoniste della VAS.

In primo luogo, come premesso, si è assistito ad una decisa contrazione dei tempi di perfezionamento del procedimento ambientale *de qua*²⁹, profilo che, peraltro, evoca il tema del *“significato”* delle riforme stesse sollecitate dal PNRR. Ed infatti, quantomeno in materia ambientale, sembrerebbe che il legislatore - nell'ottica del buon andamento e dell'efficienza

²³ Come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa (v., da ultimo, Cons. Stato, Sez. II, 01 settembre 2021, n. 6152, in www.giustizia-amministrativa.it), la delega *de qua* non può non risolversi, al pari del resto di quanto avviene con riferimento alla tutela del vincolo paesaggistico, ove egualmente demandata a tali Amministrazioni, nella concentrazione delle attività istruttorie e di quelle valutative nel medesimo contesto organizzativo, sicché le relative scelte *“devono farsi carico di garantire una reale separazione e autonomia di giudizio tra le articolazioni interne indicate come competenti in concreto”*. Non a caso, nel medesimo Rapporto ministeriale, si evidenzia anche come la frammentazione dei procedimenti conseguita a tali deleghe si sia risolta in un onere aggiuntivo per le Regioni, chiamate a monitorare i procedimenti attivati sul territorio, garantendo la necessaria unitarietà della *governance*. Essa ha altresì fatto emergere intuibili problematiche di compatibilità della possibilità di sostenere in modo efficace la valutazione e il monitoraggio ambientale di strumenti di pianificazione territoriale caratterizzati da quadri ambientali complessi o destinatari di particolari misure di tutela e salvaguardia, con la capacità tecnica ed economica dei comuni demograficamente più piccoli. Per contro, l'analisi della giurisprudenza amministrativa, costituzionale e comunitaria, nonché dei contenuti delle procedure di infrazione semplicemente avviate, ha portato ad escludere qualsivoglia incompatibilità con la richiamata cornice ordinamentale della normativa nazionale in ordine ai soggetti a vario titolo coinvolti nel procedimento (si veda, in dettaglio, i contenuti del paragrafo 2.2 del Rapporto in esame, rubricato *“Rispetto della normativa comunitaria e nazionale”*).

²⁴ Per brevità, si segnalano in questa sede anche (i) l'art. 11 del Codice, che si occupa delle modalità di svolgimento della VAS, specificando che la fase di valutazione è effettuata anteriormente all'approvazione del piano o del programma, ovvero all'avvio della relativa procedura legislativa, e comunque durante la fase di predisposizione dello stesso e (ii) l'art. 12 del Codice che disciplina la c.d. *“verifica di assoggettabilità”* a VAS ovvero la VAS relativa a modifiche a piani e programmi già sottoposti positivamente alla verifica di assoggettabilità (limitata ai soli effetti significativi sull'ambiente che non siano stati precedentemente considerati dagli strumenti normativamente sovraordinati).

²⁵ C. ZOPPI, F. ISOLA, C. PIRA, *op. cit.* Gli autori, in particolare, rilevano come la VAS sia *“intrinsecamente legata al paradigma della sostenibilità, in quanto si pone come piano della sostenibilità, rappresentato dagli obiettivi della tutela dell'ambiente, che diventa momento e parte del processo di piano”*. Essa, quindi, si configura come una sorta di *“coscienza critica fondata sulla sostenibilità delle azioni di piano, che si esplicita in una parte del sistema degli obiettivi del piano”*.

²⁶ Si parla, sul punto, di *“riforme abilitanti”*, ossia interventi funzionali alla rimozione degli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese (v. V. CAVANNA, *Semplificare per tutelare? le valutazioni di impatto dopo il PNRR*, in *Amb. e svil.*, 2021, 7, p. 526 ss.).

²⁷ L'art. 28 del PNRR - oltre a recare misure volte al monitoraggio dei piani e programmi - prevede pure che l'autorità competente non possa più definire le *“necessarie prescrizioni”* nell'ambito del provvedimento di verifica a VAS (art. 12, comma 4, del Codice). Pertanto, l'autorità competente, sentita l'autorità procedente, tenuto conto dei contributi pervenuti, dovrà emettere il provvedimento di verifica assoggettando o escludendo *tout court* il piano o il programma dalla relativa valutazione.

²⁸ Nel dettaglio, sulle misure di accelerazione procedimentale previste dall'art. 18 del d.l. n. 152/2021, si rinvia a quanto già esposto, in nota, in premessa.

²⁹ Per le tempistiche rilevanti, si rinvia, *amplius*, alla precedente nota n. 10.

dell'attività amministrativa - abbia optato per l'accelerazione procedimentale non solo per la mera definizione celere della procedura in esame ma anche quale vero e proprio “strumento di protezione” del privato³⁰; e ciò al (palese?) fine di rinsaldare quella relazione biunivoca tra semplificazione e riduzione³¹ (e certezza) dei tempi procedimentali³² che, a maggior ragione, si impone allorché ci si trovi di fronte a procedimenti complessi o collegati ove le competenze a emanare singoli atti si trasformano in interessi da ponderare per ricostruire l'unità del potere esecutivo attraverso l'emanazione di un unico provvedimento³³. E tuttavia, sull'altare dell'accelerazione procedimentale, non può non evidenziarsi come sembrerebbe, però, sacrificata (*rectius* colpita) anche la finestra temporale della partecipazione del pubblico³⁴ - momento fondamentale nei procedimenti ambientali, non passibile di alleggerimenti o velocizzazioni - la quale, *de contrario*, dovrebbe essere non solo rafforzata ma anche tutelata³⁵ dagli spasmi di semplificazione (soprattutto in chiave acceleratoria) tipici di alcuni momenti di legislazione del Paese³⁶. In secondo luogo, proprio per valorizzare quelle indispensabili sinergie che devono necessariamente innestarsi tra autorità competente e procedente, l'art. 28 del PNRR ha previsto - in materia di consultazione e redazione del rapporto ambientale - l'inserimento di uno specifico periodo all'art. 13, comma 1, del Codice³⁷: l'autorità competente, “in collaborazione con l'autorità procedente”, individua i soggetti competenti in materia ambientale da consultare e trasmette loro il rapporto preliminare per acquisire i contributi; contributi che devono poi essere

³⁰ Sul punto, si veda S. DE NITTO, *L'incerta durata dei procedimenti. Un'analisi empirica dei ritardi amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2021, 3, p. 783 ss.; M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *federalismi.it*, 2020.

³¹ Sul punto, si veda quanto previsto dal d.l. n. 77/2021 in attuazione del PNRR, nel quale si affida all'ufficio per la semplificazione del Dipartimento della funzione pubblica posto alle dirette dipendenze del Ministro per la pubblica amministrazione e operante in raccordo con l'unità per la semplificazione e la qualità della regolazione il compito, tra gli altri, di effettuare la “misurazione e riduzione dei tempi e degli oneri a carico di cittadini e imprese”.

³² La *ratio* delle misure acceleratorie così intese, tuttavia, non sfugge ad alcune considerazioni critiche. Ed infatti, non può non evidenziarsi come il tentativo di ridurre i tempi procedimentali abbia spesso condotto, nella realtà dei fatti, a stalli decisionali, silenzi, inerzie e di conseguenza a inevitabili incertezze, ben lungi, quindi, dal costituire qualsivoglia “certezza” nei confronti del cittadino. Come evidenziato da recenti contributi sul tema, parrebbe forse più opportuno interrogarsi sulla “rinuncia” all'accelerazione dei tempi amministrativi per i privati a favore della certezza e qualità della decisione pubblica (cfr. S. DE NITTO, *op. cit.*).

³³ Si veda sul punto F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, p. 1665 ss. L'Autore, in maniera suggestiva, afferma inoltre che esiste “un altro tempo in un'altra dimensione, il tempo ‘alieno’ registrato in maniera diversa dal trascorrere naturalistico del tempo; il tempo non della legge, ma del principio di buona fede e della tutela dell'affidamento. Il tempo di un'altra dimensione della certezza giuridica”.

³⁴ Non a caso, come detto, l'art. 18 del d.l. n. 152/2021 prevede che, pubblicato l'avviso con il quale tutta la documentazione predisposta per la VAS viene messa a disposizione per l'informazione e la partecipazione dei cittadini, chiunque può prendere visione della proposta di piano o programma e del relativo rapporto ambientale e presentare osservazioni entro non più 60 ma entro un termine più breve (45 giorni).

³⁵ Come evidenziato in dottrina, infatti, “la fase di consultazione non può essere considerata un mero aggravio procedimentale, un ostacolo burocratico alla realizzazione degli investimenti, trattandosi invece di un momento chiave dei procedimenti ambientali che dovrebbe essere invece valorizzato e di cui dovrebbe essere migliorata la qualità, ancor più se lo scopo è quello di raggiungere gli obiettivi posti dallo European Green Deal” (cfr. V. CAVANNA, *op. cit.*).

³⁶ Sul punto, F. BIANCHI, M. CIRILLO, M.G. PETRONIO, *Perché irrobustire e non alleggerire le valutazioni preventive di impatto ambientale e sanitario*, in *Scienziainrete.it*, 2021, ove si chiarisce che “la spinta all'accelerazione e semplificazione si trova a fare i conti col rischio di un ulteriore indebolimento della procedura, con conseguenza concreta di autorizzare impianti e interventi con impatti ambientali anche molto significativi [...]. In relazione ai molti progetti delineati nel PNRR, che faranno largo uso di tecnologie provate e innovative in tanti settori di sviluppo diversi, tra cui energetica, mobilità e agrozoootecnica, mentre è condivisibile l'obiettivo di rendere più efficienti le valutazioni, è difficile non preoccuparsi degli effetti di un loro alleggerimento o eccessiva velocizzazione, avendo l'obiettivo di massimizzare benefici e co-benefici ma anche di evitare malefici e co-malefici”.

³⁷ L'art. 13, comma 1, del Codice, prima della modifica del PNRR, così recitava: “Sulla base di un rapporto preliminare sui possibili impatti ambientali significativi dell'attuazione del piano o programma, il proponente e/o l'autorità procedente entrano in consultazione, sin dai momenti preliminari dell'attività di elaborazione di piani e programmi, con l'autorità competente e gli altri soggetti competenti in materia ambientale, al fine di definire la portata ed il livello di dettaglio delle informazioni da includere nel rapporto ambientale”.

inviati “all’autorità competente ed all’autorità procedente” entro trenta giorni dall’avvio della consultazione³⁸. Formulazione, quest’ultima, poi recentemente modificata dall’art. 18 del d.l. n. 152/2021³⁹ ove si prevede che l’autorità competente, sempre in collaborazione con l’autorità procedente, individua “e seleziona” - così ampliando, *de facto*, il potere discrezionale dell’autorità sulla viabilità delle opere - i suddetti soggetti competenti in materia ambientale da consultare⁴⁰.

3. I rapporti tra amministrazioni nel procedimento di VAS.

Date le coordinate normative sopra brevemente ripercorse, e al fine di meglio perimetrare, il procedimento di VAS e le interrelazioni tra i suoi attori, è necessario interrogarsi, innanzitutto, sul rapporto tra le pubbliche amministrazioni che vi partecipano. La giurisprudenza amministrativa⁴¹, recentemente, ha avuto modo di indugiare proprio sul rapporto tra P.A. nel procedimento ambientale in esame, soprattutto con riferimento al ruolo del Comune. In particolare, i giudici amministrativi hanno avuto modo di rilevare come, nel procedimento in esame, il Comune non possa avere un mero ruolo di supina e meccanicistica acquiescenza (rispetto ad altri enti pubblici, come la Provincia), “*ciò a maggior ragione nel momento in cui fra un atto (quello provinciale) e l’altro (quello comunale) si sia inserita proprio la disciplina della VAS, sì da imporre una specifica e aggiuntiva valutazione di impatto*”. Ed infatti, la pianificazione sovracomunale, affermata sia sul livello regionale sia provinciale, si connota per una natura “mista” relativamente a contenuti - prescrittivi, di indirizzo e di direttiva - e ad efficacia, nonché per la flessibilità nei rapporti con gli strumenti sotto ordinati. La pianificazione comunale a sua volta non si esaurisce nel solo tradizionale piano regolatore generale, ma presenta un’articolazione in atti o parti tendenzialmente distinti tra il profilo strutturale e quello operativo, e si connota per l’intersecarsi di disposizioni volte ad una programmazione generale che abbia come obiettivo lo sviluppo socioeconomico dell’intero contesto. In buona sostanza, l’atto rimesso alla competenza dell’Ente sovraordinato (tipicamente, la Provincia), in quanto rivolto ad un ambito territoriale più ampio, non può che essere destinato “*ad indirizzare per linee generali le scelte degli enti territoriali, nel pieno rispetto dell’allocazione delle stesse, secondo il richiamato principio di sussidiarietà, al livello di governo più vicino al contesto cui si riferisce, rispondendo all’obiettivo di valorizzare le peculiarità storiche, economiche e culturali locali e insieme assicurare il principio di adeguatezza ed efficacia dell’azione amministrativa*”.

Pertanto, nell’impostazione articolata e flessibile del sistema della pianificazione territoriale tipicamente strutturata su vari livelli, esso si colloca “a monte”, quale inquadramento degli elementi strutturali, delle reti e delle strategie, dalle quali è evidente che il Comune non può prescindere⁴².

³⁸ Ed ancora, si segnala la sostituzione integrale del comma 5 dell’art. 13 cit. (che prevedeva, *ex aliis* e per quanto qui di interesse, che “*la proposta di piano o di programma è comunicata, anche secondo modalità concordate, all’autorità competente*”) con una formulazione più aderente alla celebrazione dei rapporti autorità procedente-competente.

³⁹ Per completezza, si segnala che l’art. 18 cit. ha pure previsto che la consultazione tra proponente/autorità procedente e autorità competente deve svolgersi sulla base di un rapporto preliminare sui possibili impatti ambientali significativi “*anche transfrontalieri*” dell’attuazione del piano o programma.

⁴⁰ Modifica che non sfugge ad alcune considerazioni critiche, dal momento che la norma - dato il tenore letterale - sembrerebbe lasciare fin troppo margine di discrezionalità e manovra all’autorità competente nella definizione dei livelli di dettaglio da inserire nel procedimento di VAS, potenzialmente in contrasto con gli obiettivi di semplificazione e accelerazione predicati dal d.l. *de qua* oltre che dal PNRR.

⁴¹ Si veda, in particolare, Cons. Stato, Sez. II, 01 settembre 2021, n. 6152, in www.giustizia-amministrativa.it. Per una disamina analitica della sentenza richiamata, sia consentito il rinvio a G. DELLE CAVE, *La Valutazione Ambientale Strategica: ratio, caratteristiche e peculiarità (nota a Consiglio di Stato, Sez. II, 01 settembre 2021, n. 6152)*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

E ciò trova rispondenza: (i) sia nella configurazione multilivello dei procedimenti di definizione delle scelte urbanistiche, che vuole il coinvolgimento dei vari Enti territoriali astrattamente interessati, oltre all'acquisizione del contributo collaborativo dei cittadini formalizzato nelle relative osservazioni; (ii) sia nell'incidenza delle regole, dal generale al particolare, sul medesimo ambito territoriale, all'interno del quale l'area di riferimento di quelle di maggior dettaglio si pone come un cerchio concentrico.

3.1 (segue) sull'autorità "competente" e autorità "procedente" nella VAS.

Sotto altro profilo, più complessa è invece la convergenza nel medesimo Ente della funzione di controllante e controllore, terminologia peraltro di per sé foriera di equivoci concettuali circa il corretto inquadramento dell'apporto di ciascuno alla definizione del procedimento di VAS. Ebbene, secondo la giurisprudenza amministrativa⁴², dalle definizioni oggi contenute nell'art. 5 del Codice dell'Ambiente di "autorità competente" e "autorità procedente" risulta chiaro solo che entrambe sono "amministrazioni", non che le stesse debbano essere diverse o separate (e che, pertanto, sia precluso individuare l'autorità competente in un diverso organo o articolazione della stessa amministrazione procedente). Più in generale, non è condivisibile l'approccio ermeneutico che desume la necessaria "separatezza" tra le due autorità (i.e. competente e procedente) dalla implicita convinzione che la VAS costituisca una sorta di momento di controllo sull'attività di pianificazione svolta dall'autorità proponente⁴⁴. Detto approccio, infatti, sembrerebbe smentito dall'intero impianto normativo nella materia *de qua*, il quale invece evidenzia che le due autorità, seppur poste in rapporto dialettico, in quanto chiamate a tutelare interessi diversi, operano "in collaborazione"⁴⁵ tra di loro in vista del risultato finale della formazione di un piano o programma attento ai valori della sostenibilità e compatibilità ambientale⁴⁶.

⁴² Sul punto, si veda Cons. Stato, Sez. II, 15 ottobre 2020, n. 6263 in *Riv. giur. ed.*, 2020, 6, p. 1604 ss., ove si chiarisce che la funzione urbanistica appartiene al Comune, per cui è da escludersi alcun effetto automatico delle modifiche dei piani. In particolare, nella fattispecie ivi descritta, i Comuni, dunque, "sono sì tenuti a adeguarsi alle disposizioni contenute nel piano regolatore del consorzio a.s.i., ma, qualora ciò non avvenga, va escluso ogni effetto automatico di conformazione dell'uso del territorio, potendo i consorzi a.s.i. reagire unicamente con gli ordinari strumenti giurisdizionali avverso il loro inadempimento. Pertanto, in assenza di recepimento delle prescrizioni dei piani regolatori dei consorzi a.s.i. nell'ambito dei piani regolatori comunali successivamente adottati, dette prescrizioni non sono rilevanti come parametro di legittimità di atti amministrativi" (si veda anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 01 dicembre 2010, n. 26452, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 12, p. 3953 ss.).

⁴³ Si veda Cons. Stato, Sez. II, 01 settembre 2021, n. 6152, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁴ Come evidenziato da Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 133, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 4, p. 940 ss., l'autorità competente alla VAS non deve essere necessariamente individuata in una pubblica amministrazione diversa da quella avente qualità di "autorità procedente". Tale conclusione "appare confortata dalle modifiche apportate al Codice dal d.lgs. 29 giugno 2010, n. 128, laddove già a livello definitorio si distingue tra il 'parere motivato' che conclude la fase di VAS e il 'provvedimento' di VIA: a conferma che solo nel secondo caso, e non nel primo, si è in presenza di una sequenza procedimentale logicamente e ontologicamente autonoma".

⁴⁵ La conformità di tale lettura alla *ratio* ispiratrice della retrostante disciplina comunitaria è già stata affermata in giurisprudenza: *ex plurimis*, si veda Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 133 in *Riv. giur. amb.*, 2011, 3, p. 530 ss., ove si chiarisce che poiché la VAS non è configurata come un procedimento o un subprocedimento autonomo rispetto alla procedura di pianificazione è legittima e anzi quasi fisiologica l'evenienza che l'autorità competente alla VAS sia identificata in un organo o ufficio interno alla stessa autorità procedente.

⁴⁶ Come evidenziato in dottrina, (E. BOSCOLO, *op. cit.*) la norma statale prevede una sorta di sessione preliminare dedicata all'affinamento metodologico (si potrebbe parlare di "metavalutazione") da svolgersi in contraddittorio tra l'amministrazione proponente e l'autorità preposta alla VAS, nella quale si assumeranno le misure necessarie a garantire un percorso integrato del procedimento di piano e della procedura di VAS e si fisseranno (in termini stipulativi) le coordinate operative (criteri, indicatori, calendario della partecipazione, etc.). Nella prassi, l'avvio effettivo della VAS viene tuttavia ordinariamente a coincidere con tale prima "conferenza di verifica" tra amministrazione procedente e autorità competente circa le impostazioni meramente metodologiche del redigendo rapporto ambientale.

Ciò si ricaverebbe, testualmente, pure dall'art. 11 del d.lgs. n. 152 del 2006, che costruisce la VAS non già come un procedimento o subprocedimento autonomo rispetto alla procedura di pianificazione, ma come un passaggio endoprocedimentale di esso⁴⁷, concretantesi nell'espressione di un "parere" che riflette la verifica di sostenibilità ambientale della pianificazione medesima⁴⁸.

4. La VAS e la pianificazione urbanistica.

In linea generale, per effetto del d.lgs. n. 152/2006, devono essere sottoposti a VAS, come detto, tutti gli atti di pianificazione territoriale e di destinazione dei suoli, ovviamente in una fase preliminare alla loro approvazione. Peraltro, dal momento che la procedura ambientale *de qua* è volta a garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente⁴⁹, è del tutto ragionevole che essa venga esperita prima dell'approvazione del piano, piuttosto che alla data della adozione, per far sì che la verifica dell'incidenza delle scelte urbanistiche sugli aspetti di vivibilità ambientale del territorio avvenga nel momento in cui tali scelte stanno per divenire definitive⁵⁰. La necessaria contestualità tra la formazione dei piani e la VAS ha indotto la dottrina⁵¹ a sostenere una lettura "integrazionista" della VAS nelle pianificazioni, rispetto ad una lettura "separazionista", "a canne d'organo". La procedura ambientale *de qua*, infatti, è co-fondativa dei piani ed è un istituto applicativo dei principi di precauzione e di sostenibilità. La particolarità, e difficoltà, è che nella VAS i principi di precauzione e di sostenibilità si applicano ad "oggetti" - come i piani territoriali - molto complessi, che ineriscono, in vario modo, ad ambiti spaziali molto vasti. Ciò spiega perché il risultato di evitare i rischi di incidenze negative sull'ambiente sia perseguibile meglio *"con un intreccio ab initio tra l'elaborazione tecnica del piano, sulla base di indirizzi politico-amministrativi, e la VAS, a partire dalla deliberazione dei possibili impatti sull'ambiente delle macro scelte, in corso di definizione, del piano stesso"*⁵².

⁴⁷ La VAS - come processo endogeno e partecipato/inclusivo - si caratterizza proprio per un continuo *feedback* sulle politiche di piano, in cui tutti i soggetti coinvolti migliorano la propria conoscenza dei fenomeni territoriali, che il piano si propone di interpretare ed orientare, e la propria attitudine cooperativa nel rapportarsi reciprocamente (cfr. S. LAI, C. ZOPPI, *Un'ontologia dei processi di valutazione ambientale strategica per i piani urbanistici*, in *Italian Journal of Regional Science*, 2012, 1, p. 131 ss.).

⁴⁸ Ricostruzione, quest'ultima, *prima facie* confermata anche dalle più recenti modifiche normative in materia del diverso procedimento di VIA. Dette modifiche, infatti, declinano sì l'esigenza di segnalare ogni situazione di conflitto, anche potenziale, alle competenti autorità ma senza incidere sulla previgente previsione in forza della quale qualora nei procedimenti di VIA o di verifica di assoggettabilità a VIA (cui la novella si riferisce specificamente) l'autorità competente coincida con l'autorità proponente di un progetto, esse provvedano a separare in maniera appropriata, nell'ambito della propria organizzazione delle competenze amministrative, le funzioni confliggenti in relazione all'assolvimento dei compiti derivanti dal Codice dell'Ambiente. Ciò militando, dunque, verso l'astratta possibilità di ridetta concentrazione di funzioni (addirittura da preferire).

⁴⁹ V. VIDETTA, *Interessi pubblici e governo del territorio: l'ambiente come motore della trasformazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 2, p. 393 ss.; F. CANGELLI, *Piani strategici e piani urbanistici. Modelli di governo del territorio a confronto*, Torino, 2012.

⁵⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 26 settembre 2019, n. 6438, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la procedura di VAS, quale passaggio endoprocedimentale, non deve avvenire al momento dell'adozione del piano o programma, ma dovrà essere esperita prima del varo finale dello stesso, consistente, per l'appunto, nell'approvazione, affinché la verifica dell'incidenza delle scelte urbanistiche sugli aspetti di vivibilità ambientale del territorio avvenga nel momento in cui tali scelte stiano per divenire definitive. In termini, Cons. Stato, Sez. IV, 26 settembre 2017, n. 4471, in *Foro amm.*, 2017, 9, p. 1822 ss. In dottrina, si veda F. FRACCHIA, F. MATTASOGLIO, *Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina di VIA e VAS alla luce del D.Lgs. n. 152/2006*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 3, p. 121 ss.; G. MANFREDI, *VIA e VAS nel codice dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 3, p. 63 ss.

⁵¹ R. BOSCOLO, *VAS e VIA: limiti e potenzialità degli strumenti applicativi del principio di precauzione*, in *Urb. e app.*, 2008, 5, p. 541 ss.; S. AMOROSINO, *La valutazione ambientale strategica dei piani territoriali ed urbanistici e il silenzio assenso di cui al nuovo art. 17 bis l. n. 241/1990*, in *Urb. e app.*, 2015, 12, p. 1245 ss.

⁵² S. AMOROSINO, *op. cit.*

Coerentemente, quindi, con lo scopo ad essa assegnato, di valutare l'attività oggetto del piano anche sotto il profilo ambientale e non solo sotto quello, spesso in conflitto col primo, della immediata opportunità e convenienza, la VAS va compiuta "contestualmente" all'elaborazione del piano o programma⁵³. A tal proposito, di particolare interesse è il caso dei piani attuativi (o comunque degli strumenti attuativi in genere) dello piano regolatore generale (o PGT): con riferimento ad essi e alla loro ricomprensione nell'ambito applicativo della valutazione ambientale *de qua*, non pochi elementi di giudizio depongono nel senso sfavorevole alla tesi ermeneutica della loro ricomprensione qualora si sia in presenza di particolari presupposti soggettivi e oggettivi in ragione dei quali è possibile l'assoggettabilità di detti piani alla verifica di sostenibilità ambientale⁵⁴. Come evidenziato in giurisprudenza⁵⁵, infatti, la VAS, può ritenersi non necessaria solo qualora il piano attuativo sia sostanzialmente riproduttivo delle previsioni della pianificazione sovraordinata⁵⁶. Sul punto, l'art. 16, ultimo comma, della l. n. 1150/1942 (aggiunto dall'art. 5, comma 8, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 12 luglio 2011, n.106) prevede espressamente che lo strumento attuativo di piani urbanistici già sottoposti a VAS non è sottoposto a valutazione ambientale strategica né a verifica di assoggettabilità qualora non comporti variante e lo strumento sovraordinato in sede di valutazione ambientale strategica definisca l'assetto localizzativo delle nuove previsioni e delle dotazioni territoriali, gli indici di edificabilità, gli usi ammessi e i contenuti planivolumetrici, tipologici e costruttivi degli interventi, dettando i limiti e le condizioni di sostenibilità ambientale delle trasformazioni previste. Nei casi in cui lo strumento attuativo di piani urbanistici comporti variante allo strumento sovraordinato, la valutazione ambientale strategica e la verifica di assoggettabilità sono comunque limitate agli aspetti che non sono stati oggetto di valutazione sui piani sovraordinati⁵⁷.

In sintesi, se è pur vero che le norme surrichiamate parlano genericamente e in generale di piani e programmi, senza includere i piani di tipo attuativo, non è possibile da ciò inferire che i piani di attuazione non rientrano nella categoria dei piani per i quali la VAS è obbligatoria e neppure tra i piani per i quali la procedura di che trattasi è esclusa *ex lege*. Nondimeno in base all'ordito normativo come congegnato dal legislatore, non si può escludere che i piani attuativi possono essere sottoposti a VAS in presenza di particolari presupposti sia di tipo soggettivo sia di carattere oggettivo in ragione dei quali, appunto, è possibile l'assoggettabilità di detti piani alla verifica di sostenibilità ambientale. Pertanto, con riferimento ai piani attuativi, occorre effettuare una verifica in concreto dell'assoggettabilità o meno a VAS, con riferimento a due imprescindibili elementi: *a)* l'espressa volizione dell'Amministrazione a voler sottoporre alla procedura *de qua* tale tipo di piano⁵⁸; *b)* l'attitudine dal punto di vista oggettivo del piano ad incidere concretamente sui profili ambientali delle aree interessate⁵⁹.

5. La c.d. "opzione zero" nella VAS.

⁵³ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 26 giugno 2016, n. 2921, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 31 novembre 2012, n. 5715, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 6, p. 1472 ss., ove si evidenzia che, ai sensi dell'art. 4 e ss. d.lgs. n. 152/2006, devono essere sottoposti a VAS i piani e programmi che possano avere un impatto significativo sull'ambiente e sul patrimonio culturale; non è allora escluso che anche i piani attuativi possano essere sottoposti a VAS in presenza di particolari presupposti da verificarsi in concreto, quali l'espressa volontà della P.A. a sottoporre a detta procedura tale tipo di piano e all'attitudine del piano stesso a incidere sui profili ambientali delle aree interessate.

⁵⁵ Cons. Stato, Sez. II, 01 settembre 2021, n. 6152, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁶ *Ex multis*, si veda Cons. Stato, Sez. IV, 07 agosto 2020, n. 4974, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁷ La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che, mentre il piano attuativo in variante è sicuramente sottoposto a VAS, non sussiste un obbligo analogo per il piano attuativo conforme al piano generale, ove quest'ultimo sia stato sottoposto a VAS. Se ne inferisce che, nei casi in cui il piano attuativo è conforme al piano sovraordinato ma quest'ultimo non è stato sottoposto a VAS, la valutazione in ordine all'assoggettamento o meno a valutazione ambientale strategica dovrà essere effettuata in concreto, tenendo conto del contenuto del piano e del suo ambito di incidenza (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 9 maggio 2013, n. 1203, in www.giustizia-amministrativa.it).

In merito alla possibilità che nel procedimento di VAS si consideri anche la c.d. “opzione zero”, pare doveroso premettere che la Direttiva 2001/42/CE prevede che, una volta individuati gli opportuni indicatori ambientali, debbano essere valutate e previste sia la situazione attuale (scenario di riferimento), sia la situazione ambientale derivante dall’applicazione del Piano in fase di predisposizione, sia le ragionevoli alternative alla luce degli obiettivi e dell’ambito territoriale del piano o del programma (art. 5, comma 1). Come evidenziato dai giudici amministrativi⁶⁰, il testo non dice cosa debba intendersi per “ragionevole alternativa” a un piano o a un programma. È evidente, dunque, che la prima considerazione necessaria per decidere in merito alle possibili alternative ragionevoli deve tenere conto degli obiettivi e dell’ambito territoriale del piano o del programma. Non essendo chiarito se si intendano piani o programmi alternativi, o alternative diverse all’interno di un piano o di un programma, è plausibile accedere ad entrambe le ipotesi ermeneutiche⁶¹. A tal proposito, l’Allegato I alla Direttiva, alla lettera b), richiede espressamente che tra le indicazioni a corredo della VAS figurino la “*evoluzione probabile* [del contesto ambientale] *senza l’attuazione del piano o del programma*”. La relativa dicitura è stata mutuata alla lettera dal legislatore nazionale che l’ha trasposta nell’allegato VI alla Parte II del Codice, laddove vengono declinati i contenuti del rapporto ambientale di cui all’art. 13 del d.lgs. n. 152/2006. Con riferimento alla VIA, l’art. 22, comma 3, lett. d), del Codice menziona espressamente, quale contenuto essenziale dello studio di impatto ambientale, la c.d. “alternativa zero”, con indicazioni delle ragioni principali alla base dell’opzione scelta, prendendo in considerazione gli impatti ambientali⁶². Al contrario, per la VAS, la necessità di valutare anche l’opzione zero viene desunta dai riferimenti testuali richiamati, che in realtà richiedono di configurarsi preventivamente lo scenario conseguente alla mancanza non del piano *ex se*, ma della sua concreta attuazione. In buona sostanza, essa è intrinseca nella stessa scelta di programmazione, seppure in termini generali e astratti.

Alla luce di quanto sopra, va da sé che il concetto di opzione zero nella VAS non può identificarsi con la sostanziale pretesa di annullare la scelta urbanistica comunale, vanificando tutti gli atti pregressi, ciò in quanto il necessario sviluppo senza soluzione di continuità delle scelte di governo del territorio impone infatti a ciascuna di quelle sopravvenute di acquisire le risultanze (e gli impegni) rivenienti da quelle precedenti, attuandole, rivedendole, adattandole o innovandole, ma senza poterle certo completamente ignorare⁶³.

Va peraltro ricordato come l’attuazione in concreto delle idee racchiuse negli atti di programmazione urbanistica generale sia talvolta rimessa a provvedimenti dotati di maggiore specificità, ad iniziativa pubblica o privata.

⁵⁸ Sul punto non può non evidenziarsi che se, da un lato, la possibilità della P.A. di porsi limiti nell’esercizio del potere (amministrativo) ulteriori rispetto a quelli già previsti *ex lege* è vista con favore, nel caso delle valutazioni ambientali l’esigenza di incrementare i profili di tutela ambientali (tramite vincoli ulteriori rispetto a quelli già previsti dalla legge) deve confrontarsi con esigenze altrettanto importanti, ad esempio connesse con la semplificazione procedimentale (cfr. M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 3, p. 37 ss.).

⁵⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 13 novembre 2012, n. 5715 cit.

⁶⁰ Si veda Cons. Stato, Sez. II, 01 settembre 2021, n. 6152, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶¹ In tal senso, del resto, si è espressa anche la Direzione generale dell’Ambiente della Commissione europea in un documento esplicativo destinato ad aiutare gli Stati membri, gli Stati candidati e i Paesi in via di adesione a capire pienamente gli obblighi contenuti nella direttiva e ad assisterli nel recepimento nel diritto nazionale e, altrettanto importante, a creare o a migliorare le procedure che daranno effetto agli obblighi giuridici. Con specifico riferimento ai piani per la destinazione dei suoli o di quelli per la pianificazione territoriale si è altresì chiarito che “*le alternative ovvie sono usi diversi di aree designate ad attività o scopi specifici, nonché aree alternative per tali attività*”.

⁶² Ciò ha comportato che ne è stata ritenuta essenziale la presenza ai fini della correttezza e completezza dell’istruttoria, dovendo la complessiva e approfondita analisi comparativa di tutti gli elementi incidenti sull’ambiente del progetto unitariamente considerato essere effettuata proprio “*alla luce delle alternative possibili e dei riflessi della stessa c.d. opzione-zero*”, onde ponderare il sacrificio imposto all’ambiente rispetto all’utilità socioeconomica perseguita (sul punto, Cons. Stato, Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 1225 in www.giustizia-amministrativa.it).

In tali ipotesi, le singole progettualità di cui essi si compongono si concretizzano solo se e quando si addivenga a detta pianificazione attuativa, che diviene la necessaria cinghia di trasmissione fra la generalità delle scelte e la loro concreta realizzazione⁶⁴. La doverosa e auspicabile compenetrazione tra gli uni e gli altri, nell'ottica di una visione complessiva dello sviluppo del territorio, rende non solo legittima, ma addirittura opportuna la posticipazione della valutazione dell'impatto ambientale a tale seconda ed eventuale fase. Da un lato, cioè, anche per evitare ai privati investimenti inutili, si afferma una astratta compatibilità con le scelte di programmazione; dall'altro, si rinvia alla loro concezione concreta l'effettività della disamina, diversamente connotata da eccesso di genericità⁶⁵.

6. Conclusioni.

Alla luce di quanto sopra esposto, si evince come la VAS si ponga quale processo partecipativo, cooperativo ed incrementale, avente come obiettivo il continuo miglioramento della qualità e dell'efficacia del piano. Si tratta di un processo partecipativo in cui tutti i settori della P.A. aventi competenze e responsabilità dirette o indirette si confrontano e definiscono obiettivi, procedure e politiche⁶⁶.

⁶³ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 17 giugno 2021, n. 1489, in www.giustizia-amministrativa.it, ove, in relazione ad un'opera viaria già prevista non in via meramente indicativa, si legge che *“la presenza della progettata arteria stradale avrebbe dovuto essere presa in considerazione in ogni caso nell'ambito della VAS. Si tratta, infatti, indubbiamente di un elemento che, anche laddove già previsto da un precedente atto pianificatorio, presenta di per sé un rilevante impatto sull'assetto urbanistico comunale ed è quindi necessariamente chiamato a comporre - se non altro - il quadro dei dati conoscitivi rilevanti ai fini dello svolgimento della VAS”*. In buona sostanza, la VAS non è infatti volta a ponderare, atomisticamente, le singole trasformazioni introdotte dal nuovo piano, prevedendo eventuali mitigazioni ad esse soltanto relative. Al contrario, essa è *“specificamente finalizzata a fornire al pianificatore tutti gli elementi necessari per valutare le complessive ricadute ambientali dell'insieme delle scelte operate nel contesto territoriale esistente”*. Ne deriva che *“la circostanza stessa che la VAS non faccia menzione di un'importante infrastruttura viaria, destinata a lambire l'abitato e ad attraversare un ambito attualmente agricolo, costituisce di per sé indice di carenza della relativa istruttoria”*. E infatti, anche laddove la scelta di realizzare la strada sia riconducibile a un precedente strumento urbanistico, l'omessa considerazione delle sue previste ricadute ambientali non potrebbe consentire al soggetto pianificatore di tenere conto dell'impatto dell'arteria stradale *de qua* al fine di effettuare le ulteriori scelte specificamente riferibili al nuovo piano.

⁶⁴ Sul punto, si evidenzia che non è necessaria la VAS laddove il singolo progetto, assentito in sede di VIA, importi varianti relative alla sola ubicazione dell'impianto potenzialmente pregiudizievole per l'ambiente nell'ambito territoriale considerato dallo strumento pianificatorio di settore. Non è per contro 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. Come detto, infatti, 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 sostanziali connesse ad attività non considerate (sul punto, si veda Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 263, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁶⁵ Sul punto, non può tacersi peraltro del fatto che - alla stregua dei principi comunitari e nazionali, oltre che delle sue stesse peculiari finalità - la VIA non si sostanzia in una mera verifica di natura tecnica circa l'astratta compatibilità ambientale dell'opera, ma implica una complessa e approfondita analisi comparativa tesa a valutare il sacrificio ambientale imposto rispetto all'utilità socioeconomica, tenuto conto anche delle alternative possibili e dei riflessi sulla stessa *“opzione zero”*. Orbene, se tali principi operano in materia di VIA (procedura che si riferisce a singoli intervenuti) essi sono a fortiori predicabili con riguardo alla VAS, che per sua stessa natura si colloca nel momento, anteriore, in cui l'Amministrazione è chiamata a compiere le scelte strategiche in tema di assetto del territorio, valutando comparativamente i costi e i benefici delle diverse alternative pianificatorie.

⁶⁶ Come evidenziato in dottrina, il processo, endogeno, di VAS configura un processo cooperativo ed inclusivo *“ad intra”* cioè rivolto all'interno della pubblica amministrazione, cui deve far riscontro ed accompagnarsi un analogo processo *“ad extra”*. Condizione per l'efficacia della VAS, nello spirito della Direttiva UE, è, dunque, *“la sua attitudine cooperativa, a livello istituzionale, tra autorità competenti per il processo pianificatorio e autorità preposte al processo valutativo, e, anche, la sua attitudine inclusiva, cioè il suo orientamento a favorire, e, anzi, a catalizzare la partecipazione delle comunità locali, del ‘pubblico’, al processo pianificatorio-valutativo”* (S. LAI, C. ZOPPI, *op. cit.*).

La VAS, entro il procedimento di pianificazione urbanistica, funge quindi da asse attorno a cui si riallineano queste letture a scale diverse e costituisce la figura mediante la quale si afferma in concreto il primato della tutela del bene ambiente sulle esigenze fruttive e di trasformazione⁶⁷.

Detta valutazione ambientale, dunque, costituisce quindi il principale strumento operativo di cui i Comuni dispongono per fissare, in corrispondenza ad una gerarchizzazione tra le plurime valenze del territorio, rigidi valori soglia rispetto alle potenzialità espansive dei piani e, soprattutto, rispetto al profilo cruciale del consumo di suolo, che costituisce il principale tema di fondo nella stagione di passaggio verso piani meno inflattivi *“proprio in quanto capaci di riflettere una piena consapevolezza delle valenze ambientali e paesaggistiche del territorio”*⁶⁸.

Proprio l'insistenza delle norme sul significato collaborativo del rapporto che deve unire autorità preposta all'elaborazione del piano e autorità competente alla VAS sembrerebbe confermare l'esclusione della VAS quale mera verifica formale di rispetto di scelte ambientali altrove compiute, con conseguente responsabilizzazione di tutti i pianificatori, e quindi anche di quelli che si occupano di assetto urbanistico⁶⁹. A tal proposito, le esigenze di coordinamento tra autorità e semplificazione procedimentale in materia di VAS - nonché di procedure maggiormente *“co-decisorie”*, all'interno delle quali confluiscono non già interessi antagonisti ma interessi che nell'ambiente trovino composizione - sono state recentemente, e nuovamente, affrontate proprio nell'ambito del PNRR (che, per l'appunto, ha apportato diverse modifiche in materia di rapporto preliminare, consultazione del pubblico e monitoraggio ambientale) e del successivo d.l. n. 152/2021 (si vedano gli aspetti relativi alla predisposizione del rapporto preliminare).

L'auspicio, quindi, è quello dell'abbandono, da parte del legislatore, di un approccio fin troppo atomistico alla materia *de qua* (fatto di plurimi inserimenti/eliminazioni di singole - e a volte isolate - disposizioni, che lasciano il giurista in balia di plurime interpretazioni e *revirement* anche significativi) in favore un'azione decisa e capace di soddisfare quelle esigenze di coordinamento e semplificazione - come anche auspiccate in via pretoria - bramosi di riforme organiche.

⁶⁷ La funzione del piano urbanistico quale strumento di tutela dell'ambiente trova conferma anche nella progressiva centralità assunta, nel dibattito sui contenuti dei piani, dal tema del consumo del suolo e, segnatamente, dalla configurazione di questo come *“bene comune ambientale”*. Si è rilevato, infatti, come tutto ciò prefigurerebbe un *“rovesciamento del tradizionale rapporto tra l'urbanistica (ed il diritto urbanistico) e le c.d. tutela parallele”*: sarebbe, infatti, proprio l'urbanistica *“a riconoscere lo statuto di bene ambientale del suolo e a profilare i primi proto-dispositivi di tutela di una fondamentale risorsa”* (E. BOSCOLO, *Oltre il territorio: il suolo quale matrice ambientale e bene comune*, in *Urb. e app.*, 2014, 2, p. 131 ss.).

⁶⁸ E. BOSCOLO, *La VAS nel piano e la VAS del piano: modelli alternativi di fronte al giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2010, 9, p. 1104 ss.

⁶⁹ V. VIDETTA, *Interessi pubblici e governo del territorio: l'“ambiente” come motore della trasformazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 4, p. 393 ss. ove si rileva che la VAS introduce l'ambiente come *“interesse a bilanciamento necessario”*, realizzando conseguentemente - proprio a fronte dell'implementazione di tale tipo di valutazione ambientale - una sorta di contropinta in senso centripeto, restituendo almeno in parte gli interessi ambientali al bilanciamento discrezionale (anche) della pianificazione locale.

L'ECONOMIA CIRCOLARE CON PARTICOLARE ATTENZIONE AI RIFIUTI URBANI, EX D.L. N. 121 DEL 3 SETTEMBRE 2020.

Giovanna Marchianò *

*"Dopo un tempo di fiducia irrazionale nel progresso e nelle capacità umane, una parte della società sta entrando in una fase di maggiore consapevolezza. Si avverte una crescente sensibilità riguardo all'ambiente e alla cura della natura, e matura una sincera e dolorosa preoccupazione per ciò che sta accadendo al nostro pianeta".
Enciclica Laudato Si' del Santo Padre Francesco*

Abstract: Dopo aver preso in esame i principi generali connessi all'economia circolare, quale economia autorigenerativa, ci si è focalizzati sui rifiuti urbani e le discariche, alla luce della disciplina del D.L. n. 121/2020 che introduce una normativa dettagliata in materia. Il decreto infatti, adottato ai sensi della delega legislativa contenuta nell'art. 5 della legge n. 117 del 4 ottobre 2009, contiene non solo i criteri e i principi di recepimento della c.d. Direttiva Rifiuti ma si pone un obiettivo più ambizioso prevedendo sostanzialmente un complessivo riordine dei criteri di ammissibilità in discarica di particolari tipologie di rifiuti, l'adeguamento delle stesse al processo tecnologico, i criteri generali dell'allocazione degli impianti nel rapporto Stato/Regione. Pur nella consapevolezza che il tema dell'economia circolare non si esaurisce nelle discariche, è altrettanto vero che per ottenere l'effettività di accogliere l'economia circolare, la chiave della transizione sta nel riciclaggio dei rifiuti, fino al raggiungimento dell'*End of Waste*.

After examining the general principles related to the circular economy, as a self-regenerative economy, we focused on municipal waste and landfills in the light of the discipline of D.L. n. 121/2020 which introduces a detailed legislation on the subject. The decree adopted pursuant to the legislative delegation contained in art. 5 of Law No. 117 of October 2009, contains not only the criterion and principles for the transposition of the c.d. Waste Directive, but it sets a more ambitious objective by substantially providing for an overall improvement in the eligibility criterion for landfill of particular types of waste, the adaptation of the same to the technological process, the general criterion of the allocation of the systems in the relationship State/Region. While we are aware that the theme of the circular economy is not confined to landfills, it is also true that in order to achieve the effectiveness of receiving the circular economy, the key to transition lies in waste recycling, until the End of Waste is reached.

SOMMARIO: - Ambito d'indagine in materia di rifiuti urbani alla luce del D.L. 121/2020; **1.** Brevi cenni sull'economia circolare quale scenario in cui collocare il tema dei rifiuti urbani; **2.** La realizzazione dei siti di riciclaggio e smaltimento nonché la creazione di un mercato di materie "prime seconde"; **3.** La *circular capacity*: il principio di prossimità e di autosufficienza; **4.** La creazione di un mercato dei rifiuti ovvero la simbiosi industriale; **5.** I soggetti pubblici e i regolatori nella programmazione della gestione dei rifiuti; **6.** Provvedimenti autorizzatori ambientali alla luce del Decreto semplificazioni.

Ambito d'indagine in materia di rifiuti urbani alla luce del D.L. 121/2020.

E' ormai entrato nel linguaggio comune il concetto di "economia circolare", oggetto d'indagini sia tra i giuristi che tra gli economisti in quanto, la *circular economy*, a prescindere dalle molteplici definizioni che sono state elaborate dagli studiosi, risulta essere il "prodotto" di un approccio necessariamente interdisciplinare, tratto peraltro comune a tutte le politiche ambientali. Tuttavia la caratteristica precipua dell'interdisciplinarità nell'"economia circolare" è data dal fatto che la stessa si avvale dell'apporto anche dell'etica, della filosofia, del diritto (la centralità della dimensione intergenerazionale), dell'ingegneria, dell'agricoltura e della biologia (la progettazione e la produzione di beni durevoli e rigenerabili)¹.

Il dato da cui bisogna partire è rappresentato dal fatto, ormai noto, che la *circular economy*² rappresenta un'economia concettualmente rigenerativa che trae origine dall'osservazione della natura nel migliorare ed ottimizzare i sistemi mediante i quali opera³.

¹ * Professore associato di Diritto pubblico, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna - E' noto come il primo economista ad analizzare lo sviluppo del modello circolare intorno alla fine degli anni sessanta, fu Kenneth E. Boulding che, nel suo celebre saggio *The Economics of the Coming Spaceship Earth* scriveva: "The closed earth of the future requires economic principles which are somewhat different from those of the open earth of the past. [...] I am tempted to call the open economy the "cowboy economy," the cowboy being symbolic of the illimitable plains and also associated with reckless, exploitative, romantic, and violent behavior, which is characteristic of open societies. The closed economy of the future might similarly be called the "spaceman" economy, in which the earth has become a single spaceship, without unlimited reservoirs of anything, either for extraction or for pollution, and in which, therefore, man must find his place in a cyclical ecological system which is capable of continuous reproduction of material form even though it cannot escape having inputs of energy. The difference between the two types of economy becomes most apparent in the attitude towards consumption. In the cowboy economy, consumption is regarded as a good thing and production likewise. [...] By contrast, in the spaceman economy, throughput is by no means a desideratum, and is indeed to be regarded as something to be minimized rather than maximized. The essential measure of the success of the economy is not production and consumption at all, but the nature, extent, quality, and complexity of the total capital stock, including in this the state of the human bodies and minds included in the system. [...] This idea that both production and consumption are bad things rather than good things is very strange to economists, who have been obsessed with the income-flow concepts to the exclusion, almost, of capital-stock concepts." Questo estratto definisce in modo esaustivo la contrapposizione tra il modello di produzione lineare - definito dall'Autore "economia del cowboy" nella misura in cui determina uno sfruttamento insostenibile di risorse nel lungo periodo al fine di massimizzare il profitto - rispetto all'alternativo modello di produzione circolare - denominato "economia dell'astronauta" - in relazione alla necessità di minimizzare l'utilizzo delle materie prime e tentare di rigenerare un sistema che sia funzionale al mantenimento e alla salvaguardia delle risorse.

² Il Pacchetto *circular economy* è formato dalla Direttiva 2018/251/UE "Direttiva rifiuti", dalla Direttiva 2018/852/UE "Direttiva imballaggi", nonché dalla Direttiva 2018/250/UE "Direttiva discariche" e dalla Direttiva 2018/849/UE "Direttiva veicoli, pile e RAEE".

³ Si vedano il rapporto elaborato dal *Massachusetts Institute of Technology* e il rapporto del *Club di Roma* del 1972, volti anch'essi a ribadire l'insostenibilità di un modello economico fondato su una crescita illimitata che implichi un consumo progressivo delle risorse.

Così, l'economia circolare o *bleu economy*, si caratterizza come metodo di una progettazione consapevole e responsabile la quale esclude, fin dall'inizio, che i prodotti destinati al consumo siano per così dire a obsolescenza programmata, ipotizzando il recupero e il riuso totale o parziale delle materie prime già utilizzate in vista del raggiungimento dell'obiettivo finale che è rappresentato dalla formula *zero Waste*⁴. L'obiettivo in parola, diventa frutto di un modello di ricerca basato sul *backcasting* ovvero dall'individuazione dell'obiettivo strategico da raggiungere in futuro, a ritroso vengono individuate le misure da adottare per guidare la trasformazione verso il risultato che s'intende perseguire. L'obiettivo *zero Waste*, introdotto dalla "Strategia tematica sulla prevenzione e riciclaggio dei rifiuti", è stata proposta dalla Commissione europea fin dal 2005 nella quale, in base al principio di prevenzione, si aveva l'obiettivo di precisare le condizioni per la cessazione della qualifica di rifiuto nell'ambito della revisione della Direttiva 2008/98/CE⁵. Vi è quindi in *primis* la prevenzione dei rifiuti nonché la preparazione per il riutilizzo, il riutilizzo, il riciclaggio e il recupero; *solo come ultima ratio lo smaltimento*⁶.

Si è posto ormai l'accento sull'insostenibilità di un modello economico fondato su una crescita costruita sul consumo progressivo delle risorse non tanto o non solo per il timore dell'esaurimento delle risorse delle materie prime, almeno a breve termine, piuttosto per l'aumento dei loro costi e la loro disponibilità effettiva connessa ad una determinata posizione geografica, con il rischio che la richiesta di utilizzo di tali materie possa costituire un'arma di pressione politica⁷. Come rileva il Ministero della transizione ecologica, "... per un sistema Paese come quello italiano povero di materie prime, utilizzare (e riutilizzare) materiale riciclato generato internamente permette di essere meno dipendenti dall'approvvigionamento estero, con annessa minore vulnerabilità alla volatilità dei prezzi, specie in un momento di grande instabilità nei Paesi che hanno le maggiori dotazioni di tali risorse"⁸.

Partendo da tale quadro, nel presente lavoro s'intende prendere in esame l'organizzazione e la regolamentazione del ciclo dei rifiuti urbani alla luce del DL n. 116 del 3 settembre 2020 in quanto, proprio questo profilo, rappresenta in modo evidente "l'elemento fattuale" per attuare l'economia circolare pur non comprendendola *in toto*.

⁴ L'*End of Waste* ovvero la cessazione della qualifica di rifiuto, si riferisce ad un procedimento per il quale un rifiuto, sottoposto ad un processo di recupero, perde tale qualifica per acquisire quella di prodotto. Le autorizzazioni al recupero dei rifiuti sono comunicate alle Autorità con il Sistema Recer (Registro nazionale delle autorizzazioni al recupero). R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, op. loc. cit. "... Il fatto che i rifiuti debbano costituire "il punto logico di partenza e non di arrivo comunque" di ogni discorso sull'economia circolare sensato e concreto che voglia fondersi su dati di realtà (e cioè su fattori di diritto positivo e, di valore economico sociale) è sicuramente dimostrato dal semplice fatto che è proprio in questo campo che l'Unione europea è intervenuta con una certa sollecitudine e con risultati anche di pregio".

⁵ Direttiva 2008/98/CE, art. 6, c. 1, ove si stabilisce che un rifiuto cessa di essere tale qualora sia sottoposto ad un'operazione di recupero e risulti conforme a specifici criteri da elaborare nel rispetto delle seguenti condizioni: il materiale dev'essere comunemente utilizzato per scopi specifici; deve esistere un mercato e una domanda per tale materiale; il materiale deve soddisfare i requisiti tecnici e rispettare la normativa e gli *standard* esistenti applicabili ai prodotti; l'utilizzo delle materie non deve portare ad impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute.

⁶ F. De Leonardis, *Il principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in Riv. Quadrim. Diritto dell'Ambiente, 2/2011, p. 289.

⁷ A. Clò, *Il rebus energetico*, Bologna, 2008. Dello stesso A., *Energia e clima. L'altra faccia della medaglia*, Bologna, 2017. M. Cocconi, *Un diritto per l'economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2019, ove a p. 116: "In realtà gli studi di settore sono oggi univoci nell'affermare che il rischio di insostenibilità del sistema non consiste tanto nell'esaurimento delle risorse naturali non rinnovabili, almeno nel breve-medio periodo. Il fattore di criticità consiste piuttosto nel fatto che la pressione discendente dalla crescente domanda di materie prime non è bilanciata dalla presenza di riserve facilmente accessibili che non pongono problemi sul versante della sicurezza geopolitica"; F. De Leonardis, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in Riv. Quadrim. di Diritto dell'ambiente, Decennale della Rivista (2010-2020), 1/2020, p. 65, il quale parla di "economia dei colori". G. Rossi, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in Riv. Quadrim. di Diritto dell'ambiente, Decennale della Rivista (2010-2020), 1/2020.

⁸ Ministero della Transizione ecologica, *Strategia nazionale per l'economia circolare, Linee Programmatiche per l'aggiornamento*, Documento per la consultazione, 30 Settembre 2021.

Il DL 116/2020, presenta spunti di particolare interesse per ciò che attiene il riciclaggio dei rifiuti urbani prospettando nuove problematiche sia relative ai rifiuti che finiscono in discarica sia per quelli che invece, dopo la raccolta e il passaggio agli impianti di smaltimento e recupero dei materiali, possono essere riutilizzati per un ulteriore ciclo produttivo. Le discariche, insieme agli impianti di smaltimento di rifiuti e recupero dei materiali, diventano i protagonisti dell'economia circolare così come protagonisti sono i soggetti pubblici Stato/Regione che intervengono nel settore in questione.

1. Brevi cenni sull'economia circolare quale scenario in cui collocare il tema dei rifiuti urbani.

Ai fini degli obiettivi che si intende raggiungere nel presente lavoro non ci si può esimere dal richiamare i principi dell'economia circolare in quanto fungono da chiave di volta delle riforme introdotte. A tal fine occorre tener presente che la nozione di economia circolare non può che scaturire dai principi, dalle regole e dagli strumenti che caratterizzano le politiche *dell'ambiente e sull'ambiente*, le quali hanno un'intrinseca capacità di partire da un'analisi su un macro settore - nel caso ambiente - coinvolgendo, tuttavia, principi di ordine generale del sistema giuridico⁹.

L'assioma della tutela ambientale è sostanzialmente rappresentato dalla consapevolezza che le risorse offerte dal pianeta non sono infinite e diventano sempre più costose; il "picco" di utilizzo delle risorse e i meccanismi di retroazione ambientali sono l'eco di un processo che dura da più di cinquant'anni. Fin dal secondo dopoguerra è emersa la potenziale contrapposizione tra crescita economica e tutela dell'ambiente e numerosi sono stati i documenti che hanno segnalato le preoccupazioni connesse al tipo di sviluppo "lineare"¹⁰.

Successivamente, la nozione di sostenibilità¹¹ viene integrata specificando che lo sviluppo, per essere sostenibile, deve conciliare aspetti economici, sociali ed ambientali: questi tre aspetti, definiti *triple bottom line*, vengono messi in connessione uno con l'altro, non escludendosi a vicenda ma rafforzandosi reciprocamente in quanto appartenenti alla stessa sovrastruttura; lo sviluppo sostenibile risulta quindi basarsi su un "equilibrio dinamico" tra qualità dell'ambiente e sviluppo economico nonché equità sociale che evolvono insieme nella direzione del cambiamento¹².

⁹ Nella nostra Carta Repubblicana mancava un esplicito riferimento al tema ambientale disponendo invece in merito alla tutela del paesaggio, *ex art. 9* e alla tutela della salute *ex art. 32*. Solo con la modifica del Titolo V della Costituzione si è introdotta la tutela dell'ambiente nell'art. 117, c. 2, lett. s), come materia sulla quale lo Stato ha potestà legislativa esclusiva, mentre le Regioni, *ex art. 117, c. 3*, hanno potestà legislativa concorrente sulla valorizzazione dei beni culturali e ambientali. A ciò si deve aggiungere l'art. 41, c. 3 della Costituzione, ove si prevede che "... la legge determina programmi e controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere coordinata e indirizzata ai fini sociali": tale disposizione, in combinato disposto all'art. 43, legittima l'intervento dello Stato sui fattori di produzione in generale e, di conseguenza, anche in materia ambientale. Gli articoli in questione sui quali, soprattutto negli anni precedenti, era sorta una vasta letteratura, oggi possono essere considerati determinanti per giustificare l'intervento dello Stato (PNGR) e delle Regioni (PRGR) in funzione di tutela ambientale e, quindi, sul processo economico, lì dove si voglia adottare il "sistema" dell'economia circolare. Nei trattati europei invece la tutela ambientale viene annoverata in modo esplicito tra le materie sulle quali l'Unione ha potestà legislativa, dato questo rinvenibile in modo più incisivo nel TFUE dove, in numerosi articoli (artt. 4, 11, 36, 114, 177, 191, 193) si parla esplicitamente di tutela ambientale. D'altro canto, è ormai consolidata la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul tema, valga per tutte la sentenza del 13 settembre 2005, la quale ha sottolineato il *carattere fondamentale e trasversale* del tema ambientale che, *in quanto tale, deve permeare le politiche e l'azione dell'Unione europea*. (Corte di Giustizia, causa C-176/03, Racc. pp. 178-179, par. 41 e 42). Si veda altresì Corte di Giustizia, causa C-302/86, Commissione/Danimarca, ove al punto 8 testualmente si legge: "*La tutela dell'ambiente è già stata considerata dalla Corte, nella sentenza 7 febbraio 1985 (causa 240/83, Association de défense des brûleurs d'huiles usagées, Racc. pag. 531), come «uno degli scopi essenziali della Comunità», che, in quanto tale, può giustificare talune limitazioni del principio della libera circolazione delle merci. Questa valutazione è d'altronde confermata dall'Atto unico europeo*".

A seguito delle direttive comunitarie l'Italia ha modificato il Codice dell'ambiente in materia di rifiuti, introducendo l'art. 184 *ter*, rubricato "*Cessazione della qualifica dei rifiuti*". Il legislatore nazionale, pur riprendendo l'elencazione compresa nella direttiva, introduce tuttavia il principio in base al quale, in mancanza di criteri comunitari, si potrà decidere caso per caso per specifiche tipologie di rifiuti mediante uno o più decreti del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare¹³; tale previsione ha trovato terreno fertile nella giurisprudenza italiana, si veda per tutte il Consiglio di Stato, sentenza n. 1229/2018¹⁴. Il tema dei rifiuti e della loro cessazione di essere tali, soprattutto alla luce della giurisprudenza italiana, deve trovare il suo fondamento o nella disciplina comunitaria o in quella dello Stato centrale a cui compete la decisione sull'*End of Waste*.

¹⁰ Tra i vari studi sui limiti dello sviluppo economico o se si vuole sui limiti della crescita, resta pur sempre una pietra miliare lo studio *The limits to Growth* che partiva da due assunti fondamentali: il primo era il concetto di problematica globale, determinato dall'interconnessione di tutti i sistemi umani e non, il secondo segnalava la necessità di risolvere tali problemi con nuovi strumenti di carattere sistemico. Preso atto dell'esistenza di taluni limiti e vincoli biofisici, istituzionali, politici e amministrativi, risultava inevitabile la transizione da una condizione di crescita (economia lineare) a uno stato stabile di *equilibri dinamici*, sia all'interno del sistema umano, sia nel rapporto tra il sistema umano e gli ecosistemi mondiali (sostenibilità). D. H. Meadows, D. L. Meadows; J. Randers; W. W. Behrens III, *The Limits to Growth*, 1972, uno dei primi testi di allerta globale, commissionato da un gruppo di intellettuali facenti parte del Club di Roma così chiamato dal luogo in cui si tenne il primo incontro è un consesso di intellettuali: un'associazione non governativa, *non-profit*, di scienziati, economisti, uomini e donne d'affari, attivisti dei diritti civili, alti dirigenti pubblici internazionali e capi di Stato di tutti e cinque i continenti. La sua missione è di agire come catalizzatore dei cambiamenti globali, individuando i principali problemi che l'umanità si troverà ad affrontare, analizzandoli in un contesto mondiale e ricercando soluzioni alternative nei diversi scenari possibili, è una sorta di cenacolo di pensatori dediti ad analizzare i cambiamenti della società contemporanea. Nasce nel 1968 guidato dall'italiano A. Peccei e U. Colombo con l'obiettivo di indagare e attuare soluzioni alternative con cui gestire i cambiamenti mondiali. E. Bompani, I.N. Brambilla, *Che cosa è l'economia circolare*, Edizioni Ambiente, 2021.

¹¹ La definizione convenzionale della sostenibilità, come emerge dal *Rapporto Brundtland*, fa riferimento a quella tipologia di sviluppo economico che, pur volendo garantire i bisogni delle generazioni attuali, si propone di non compromettere la possibilità che le generazioni future riescano anch'esse a soddisfare i propri bisogni. Il *Rapporto Brundtland* del 1987, constataba che i punti critici e i problemi globali dell'ambiente sono dovuti essenzialmente alla grande povertà del sud e ai modelli di produzione e di consumo non sostenibili del nord. Il rapporto evidenziava quindi la necessità di attuare una strategia in grado d'integrare le esigenze dello sviluppo e dell'ambiente. Questa strategia è stata definita in inglese con il termine *sustainable development*, attualmente di largo uso e tradotto successivamente con *sviluppo sostenibile*.

¹² Dalla stretta interrelazione delle tre dimensioni dello sviluppo nasce una visione olistica dello sviluppo stesso: i soggetti coinvolti sono diversi e molteplici, soprattutto possono essere in conflitto tra loro, diventa quindi necessario attivare la cooperazione tra i diversi attori attraverso un processo di partecipazione. Il concetto di sostenibilità viene utilizzato inizialmente con riferimento specifico agli ecosistemi, *sostenibilità ambientale*, il suo utilizzo era in connessione con la capacità degli ecosistemi di supportare la popolazione animale. A tale concetto dev'essere richiamato quello della c.d. *sostenibilità sociale*, ovvero la capacità di garantire le condizioni di benessere umano, quali sicurezza, salute ed istruzione senza discriminazione di classe sociale, genere e ambiente degli individui. Alcuni Autori includono in questa dimensione i bisogni umani, nell'accezione data dalla *Gerarchia dei Bisogni di Maslow* (1954), definendo come sostenibile (nei Paesi sviluppati) un sistema che porta al mantenimento del livello di benessere raggiunto dagli individui che devono essere in grado di soddisfare le proprie necessità basilari per aspirare ai livelli superiori della gerarchia. La sostenibilità sociale riguarda anche il mantenimento di tradizioni e culture, promuovendo al contempo l'integrazione tra civiltà differenti.

¹³ Il c. 2, art. 184 *ter*, prevede che "...L'operazione di recupero può consistere semplicemente nel controllare i rifiuti per verificare se soddisfano i criteri elaborati conformemente alle predette condizioni. I criteri di cui al comma 1 sono adottati in conformità a quanto stabilito dalla disciplina comunitaria ovvero, in mancanza di criteri comunitari, caso per caso per specifiche tipologie di rifiuto attraverso uno o più decreti del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400. ...".

¹⁴ Sentenza n. 1229/2018 del Consiglio di Stato ove al punto 2.2 così si legge "... può, dunque, affermarsi che se, in linea generale, la disciplina della cessazione della qualifica di «rifiuto» è riservata alla normativa comunitaria, nondimeno questa ha consentito che, in assenza di proprie previsioni, gli Stati membri possano valutare caso per caso tale possibile cessazione... dandone informazione alla Commissione. Il destinatario del potere di determinare la cessazione della qualifica di rifiuto è, per la Direttiva, lo "Stato", che assume anche obbligo di interlocuzione con la Commissione".

L'attuale normativa supera il limite della disciplina antecedente, rappresentata dal DPR 10 settembre 1982, n. 915, la quale considerava il rifiuto come semplice materiale di scarto ovvero come una passività ineliminabile; già nel D.lgs 5 febbraio 1997 n. 22, il rifiuto non è più soltanto uno scarto da smaltire, ma anche una "materia" da utilizzare per la produzione di materiali da reinserire nel ciclo economico-produttivo o di energia. Se dunque i rifiuti vengono ad avere i connotati di una risorsa economica si apre tutto lo scenario di quali rifiuti e a quale regime giuridico devono essere sottoposti.

A tal proposito occorre tener presente che, la nozione di rifiuto in via di massima esemplificazione, si fonda sul difficile connubio tra contrapposte esigenze legate una alla garanzia dell'ambiente e della salute e l'altra alla produzione e all'uso più efficiente delle risorse naturali: nella prima accezione la nozione di rifiuto tende ad ampliarsi, nella seconda, al contrario, l'ambito dell'individuazione dei rifiuti viene ad essere ridotto¹⁵.

Il vero è che la determinazione positiva di ciò che è rifiuto, si delinea in forma negativa attraverso l'individuazione di sostanze e oggetti che rifiuti non sono. D'altro canto proprio l'accumulazione di materiali e rifiuti, può rappresentare una minaccia a valori quali la tutela ambientale e la salute pubblica; così, prima il legislatore comunitario poi quello nazionale, si è posto l'obiettivo di far fronte in maniera adeguata a tale problema non essendo sufficiente disciplinare e controllare le operazioni di smaltimento ma risultando necessario "prevenirne" la produzione e, contestualmente, mutare la prospettiva nella quale inquadrare il rifiuto¹⁶.

Così i rifiuti vengono a essere punto logico di partenza e non di arrivo della produzione: nel momento stesso in cui si progetta, si dovrà tener conto della fase terminale del ciclo produttivo e del riutilizzo del rifiuto; il concetto stesso di rifiuto insieme a quello di "sottoprodotti delle materie prime" nonché delle c.d. "materie prime secondarie", ha richiesto interventi legislativi sia a livello comunitario sia a livello degli Stati membri, interventi spesso disomogenei che hanno reso necessarie diverse revisioni sia delle direttive in materia che delle normative di recepimento.

¹⁵ Sulla nozione di rifiuto: V. Cerulli Irelli, G. Clemente di San Luca (a cura di), *La disciplina giuridica dei rifiuti in Italia*, Napoli, 2/2012, pp. 707 ss.; A. Fari, *Nozione di rifiuto e sottoprodotto*, in F. Giampietro (a cura di), *La nuova disciplina dei rifiuti. Commento al D. Lgs 205/2010*, Milano, 2011, pp. 29, ss.; F. De Leonardis, *La disciplina dei rifiuti nell'ordinamento italiano*, in www.iuspublicum.com; F. De Leonardis, *I rifiuti dallo smaltimento alla prevenzione*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, pp. 303, ss.; V. Pone, *La tutela dell'ambiente e l'inquinamento da rifiuti*, Milano, 2008; P. Cerbo, *Corte costituzionale e nozione di rifiuto: vecchie e nuove questioni tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Ambiente e sicurezza*, 2006, n.6, pp. 70, ss.; P. Cerbo, *Il rifiuto, la materia prima secondaria e la volontà del detentore tra d.m. 26 gennaio 1990 e Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Foro it.*, 1990, IV, p. 501; S. Maglia, *Nozione di rifiuto, materie prime secondarie e sottoprodotti: ancora norme poco chiare e poco «europee»*, in *Ambiente e sviluppo*, 8/2006; N. De Sadeleer, *Rifiuti, prodotti e sottoprodotti*, Milano, 2006; A. Borzi, *La «complessa» nozione di «rifiuto» del D. Lgs 3 aprile 2006, n. 152*, in *Ambiente e sviluppo*, 7/2006, pp. 607, ss.; A. Borzi, *La nozione di rifiuto tra applicazione comunitaria e (dis)applicazione interna*, in *Riv. Ital. Diritto pubbl. comunitario*, 2004; L. Ramacci, *La nuova disciplina dei rifiuti*, Piacenza, 2006; D. D. Röttgen, *Primi commenti alla nozione di rifiuto secondo la Corte Ce*, in *Ambiente*, 2005, p. 5; D. D. Röttgen, *Nozione di rifiuto e ambito di applicazione degli artt. 14 e 17 decreto Ronchi*, in *Ambiente*, 2004, p. 837; L. Butti, *Diritto europeo e normativa italiana di fronte al problema della «definizione di rifiuto»*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2003, p. 996; G. Amendola, *La gestione dei rifiuti: obblighi, divieti e sanzioni*, Rimini, 2005, pp. 35, ss.; G. Amendola, *La nozione di «rifiuto» U.E. e Italia ai ferri corti*, in www.europeanrights.eu; G. Amendola, *Gestione dei rifiuti e normativa penale*, Milano, 2003, pp. 59, ss.; M. Medugno, *Sulla nozione di rifiuto, nota a Corte di Cassazione. Sez. III penale, 15 gennaio 2003*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2004, p. 47; M. Pernice, *Definizione giuridica di rifiuto e sua applicazione pratica, tra esigenze economiche e ambientali*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2003, p. 139; G. Bellomo, *Disfarsi ... o non disfarsi ... questo è il problema: la Corte aggiunge un'altra «pietra» sulla vita della nozione di rifiuto e dei relativi criteri di individuazione*, in *Dir. pubbl. Comp. Eur.*, 2002, pp. 1131, ss.; G. Pagliari, *La nozione giuridica di rifiuto*, in *Riv. giur. Urbanistica*, 2002, p. 95; F. Bassi, *Sul concetto giuridico di rifiuto*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1988, p. 47.

¹⁶ L'art. 9, Direttiva 2008/98/CE nel disciplinare la definizione di rifiuti, si riferisce alla "definizione di una politica di progettazione ecologica dei prodotti che riduca al contempo la produzione di rifiuti". Tale principio era già accennato nella precedente Direttiva rifiuti 2006/12/CE, lì dove nel Considerando n. 5 si legge "È auspicabile favorire il recupero dei rifiuti e l'utilizzazione dei materiali di recupero come materie prime per preservare le risorse naturali. Potrebbe risultare necessario adottare apposite norme per i rifiuti riutilizzabili".

Nella prima Direttiva 75/442/CEE, modificata dalla Direttive 91/156/CEE e successivamente sostituita nella direttiva 2006/12/CE, il rifiuto veniva delineato in base a due elementi: l'iscrizione del prodotto nelle categorie contenute nell'allegato I, *carattere oggettivo*¹⁷, che elencava le sostanze e gli oggetti qualificabili come rifiuti, accanto al quale occorreva tener conto del *carattere soggettivo* rappresentato dal fatto che trattasi di un bene “di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsi”. La definizione in questione è stata oggetto di numerosi interventi interpretativi sia a livello comunitario sia a livello nazionale¹⁸, tra cui la Circolare del 1999 adottata dal Ministero dell'ambiente -e ancora in vigore per espressa previsione dell'art. 181 bis, c. 4 del Codice dell'Ambiente¹⁹- la quale prevede che, qualora un soggetto “si disfi” di qualcosa e nell'ipotesi in cui sia stata effettuata un'attività di smaltimento e di recupero, la qualifica del materiale di una sostanza o di un oggetto come rifiuto, si desume dal fatto stesso dell'operazione di smaltimento di recupero in atto o passata. Secondo la giurisprudenza maggioritaria il legislatore a livello europeo ha adottato una definizione di rifiuto legata da un lato, all'obiettivo impossibilità di ricondurre determinate sostanze entro categorie predeterminate e, dall'altro, alla condotta del detentore o a un obbligo a cui lo stesso è tenuto²⁰. Ciò trova conferma nel fatto che, la giurisprudenza europea, ha escluso dopo un primo momento d'interpretazione restrittiva²¹, che possano annoverarsi tra i rifiuti quei beni e quelle

¹⁷ Il riferimento all'allegato era stato introdotto nella Direttiva 75/442/CEE con la revisione attuata dalla Direttiva 91/156/CEE e ripreso dall'art. 1 lett. A) della Direttiva 2006/12/CE che definiva “...rifiuti qualsiasi sostanza od oggetto che rientri nelle categorie riportate nell'all. I di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsi”.

¹⁸ Circolare del 28.6.1999, n. 3402/V/MN.

¹⁹ Codice dell'ambiente, art. 181 bis, c. 4 nel quale si legge “Nelle more dell'adozione del decreto di cui all'art. 181-bis del Dlgs n. 152 del 2006, comma 2, continua ad applicarsi la Circolare del Ministero dell'ambiente 28 giugno 1999, prot. n. 3402/V/MN”. L'elemento soggettivo si concretizza nell'obbligo di disfarsi nell'ipotesi in cui la destinazione allo smaltimento o al recupero di un materiale o di una sostanza o di un oggetto sia imposta direttamente dalla legge o da un provvedimento delle autorità o sia conseguenza della stessa natura del materiale, il quale non è più idoneo alla funzione originaria e può, eventualmente essere impiegato in altro ciclo produttivo.

²⁰ Cass. Penale, sez. III, 19 febbraio 2008, n. 7466. “... L'articolo 6 lettera a) del decreto Ronchi definiva rifiuto qualsiasi sostanza od oggetto rientrante nelle categorie riportate nell'allegato A), di cui il detentore si disfi, abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsene. La definizione è stata sostanzialmente riprodotta nell'articolo 183 lettera a) del decreto legislativo n. 152 del 2006 e consiste in definitiva nella traduzione di quella contenuta nella direttiva comunitaria già utilizzata nel D.P.R. n. 915 del 1982. Dalla definizione ... emerge che il legislatore ha optato per la nozione cosiddetta “oggettiva” del rifiuto, legata, da un lato, all'obiettivo possibilità di ricondurre determinate sostanze entro le categorie predeterminate a livello comunitario e, dall'altro, all'obiettivo condotta del detentore o ad un obbligo cui lo stesso è tenuto. Disfarsi di un rifiuto significa avviarlo alla sua normale destinazione costituita dal recupero o dallo smaltimento. Pertanto, se la destinazione data dal detentore ad una determinata sostanza è costituita dal recupero o dallo smaltimento, non v'è dubbio sulla natura di rifiuto della sostanza stessa. In altri termini la natura di rifiuto di una determinata sostanza sussiste, non solo quando il detentore abbia deciso di disfarsene, ma anche quando ha l'obbligo di disfarsene avviando la sostanza stessa al recupero o allo smaltimento. La teoria cosiddetta soggettiva della nozione del rifiuto, che privilegiava l'intenzione del detentore, ... si deve ormai ritenere superata perché respinta, sia da questa corte (cfr. per tutte: cass. N. 31011 del 18 giugno del 2002, Zatti), che dalla stessa giurisprudenza comunitaria. Invero, dalla giurisprudenza comunitaria si traggono i seguenti principi relativi alla nozione di rifiuto: - obbligo d'interpretare in maniera estensiva la nozione di rifiuto, per limitare gli inconvenienti o i danni inerenti alla loro natura (Corte Giustizia 11 novembre 2004, Niselli); - il verbo «disfarsi» deve essere interpretato considerando le finalità della normativa comunitaria e, segnatamente, la tutela della salute umana e dell'ambiente contro gli effetti nocivi della raccolta, del trasporto, del trattamento, dell'ammasso e del deposito dei rifiuti (Corte Giustizia 18 aprile 2002, Palin Granit; - la riutilizzazione economica di una sostanza o di un oggetto non esclude necessariamente la sua natura di rifiuto (Corte di Giustizia 28 marzo 1990, Vessoso ed altro); - l'applicazione delle direttive in tema di rifiuti non può dipendere dall'intenzione del detentore di escludere o meno una riutilizzazione economica da parte di altre persone delle sostanze o degli oggetti di cui si disfa (Corte di Giustizia 28 marzo 1990 Vessoso, ...); - la nozione di rifiuto non esclude, in via di principio, alcun tipo di residuo, di prodotto di scarto e di altri materiali derivanti da processi industriali (Corte di Giustizia 18 dicembre 1997, Wallonie); - il mero fatto che una sostanza sia inserita, direttamente o indirettamente, in un processo di produzione industriale non la esclude dalla nozione di rifiuto (Corte Giustizia 18 dicembre 1997...)”.

²¹ Corte di Giustizia, 15 giugno 2000, procedimenti riuniti C-418/97 e C-419/97, dove si legge “Dal semplice fatto che su una sostanza venga eseguita un'operazione menzionata nell'allegato I I B della direttiva del Consiglio 15 giugno 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti ... non discende che ... l'operazione consiste nel disfarsene e che pertanto la detta sostanza va considerata un rifiuto ai sensi della direttiva”.

sostanze di cui si può effettuare un riutilizzo²², come oggi prevede espressamente l'art. 180 *bis* del Codice dell'ambiente. La dottrina²³ rammenta come questo principio di politica ambientale fosse già presente nell'ordinamento comunitario ancor prima della Direttiva rifiuti 2008/98/CE, infatti, a partire dalla sentenza *Palin Granit* del 2002²⁴, la Corte di Giustizia ha iniziato ad operare una distinzione tra i "residui di produzione" ossia quelle sostanze che, pur non costituendo lo scopo primario della stessa, tuttavia l'impresa intende sfruttare o commercializzare in un processo successivo senza operare trasformazioni preliminari²⁵. Il D.lgs 5 febbraio 1997 n. 22, c.d. *Decreto Rochi*, sembrava aver stabilizzato la disciplina interna, recependo la nozione di rifiuto contenuta nella Direttiva 91/156/CEE e introducendo una disciplina più aderente alle normative comunitarie rispetto al DPR antecedente, restando pur sempre ambigua e di difficile applicazione. Tant'è che, il Ministero dell'ambiente, con Circolare del 28.6.1998, ha chiarito che il criterio tabellare costituisce un importante riferimento "oggettivo" ma non è elemento dirimente ai fini della qualificazione di una sostanza, di un materiale o altro bene come rifiuto poiché, prevalente, risulta essere l'elemento "soggettivo" ovvero il comportamento che il soggetto tiene o è obbligato a tenere o intende tenere rispetto alla *res*²⁶. Nel 2006, a seguito del D.lgs n. 152/2006, che aveva conferito al Governo un'ampia delega nella redazione della legislazione ambientale, viene adottato il Codice dell'ambiente, il quale successivamente è stato, proprio in tema di rifiuti, modificato in varie parti attraverso successivi interventi sia dovuti alla normativa europea nonché alla legislazione nazionale introdotta²⁷. Con l'adozione di nuove direttive e degli atti di recepimento non vi è dubbio che l'Europa abbia assunto un ruolo di particolare rilievo in materia di economia circolare facendo leva proprio sulla disciplina dei rifiuti. Accanto alle misure previste per la sostenibilità ambientale, il "Pacchetto economia circolare" rappresenta

²² Corte di Giustizia, 15 gennaio 2004, C-235/02, in tale ordinanza, in risposta ad un'interpretazione pregiudiziale, la Corte sosteneva che nonostante il rifiuto sia derivato da un processo di produzione, successivamente poteva essere introdotto in un differente ciclo produttivo.

²³ R. Leonardi, *La qualifica dei residui di produzione ai sensi del decreto ministeriale n. 264/2016: rifiuto o sottoprodotto?*, in *Riv. Giuridica dell'edilizia*, Anno LX, 3/2017, pp.91, ss.

²⁴ Sentenza Corte di Giustizia del 18.4.2002-C. C-9/00 *Palin Granit Oy e Vehmassalon kansanterveystyön kuntayhtymän hallitus*, in particolare si veda il punto 34 ove si legge testualmente "A tale interpretazione potrebbe essere opposto l'argomento che un bene, un materiale o una materia prima che deriva da un processo di fabbricazione o di estrazione che non è principalmente destinato a produrlo può costituire non tanto un residuo, quanto un sottoprodotto, del quale l'impresa non ha intenzione di «disfarsi» ai sensi dell'art. 1, lett. a), primo comma, della direttiva 75/442, ma che essa intende sfruttare o commercializzare a condizioni per lei favorevoli, in un processo successivo, senza operare trasformazioni preliminari" nonché il punto 35 "Un'analisi del genere non contrasterebbe con le finalità della direttiva 75/442. In effetti non vi è alcuna giustificazione per assoggettare alle disposizioni di quest'ultima, che sono destinate a prevedere lo smaltimento o il recupero dei rifiuti, beni, materiali o materie prime che dal punto di vista economico hanno valore di prodotti, indipendentemente da qualsiasi trasformazione, e che, in quanto tali, sono soggetti alla normativa applicabile a tali prodotti".

²⁵ Il D.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, all'art. 2 definiva rifiuto "qualsiasi sostanza od oggetto derivante da attività umana o da cicli naturali, abbandonato o destinato all'abbandono". D. Iacovelli, *Dal rifiuto all'End of Waste*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2019, p. 201, l'A. sottolinea come "Il termine abbandono era la traduzione, ritenuta erronea, del verbo «to discard», che compariva per la prima volta nella direttiva 91/156/CEE e sostitutiva il verbo «to dispose of» utilizzato nella precedente direttiva 75/442/CEE. Sul punto, V. Paone, *La tutela dell'ambiente e l'inquinamento da rifiuti*, in *Collana Il nuovo diritto amministrativo*, diretta da F. Caringella e G. De Marzo, Giuffrè, 2008, pp. 43, ss.

²⁶ P. Giampietro, *Voce Rifiuti (smaltimento dei)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Milano, 1989, pp. 796 ss.; P. Giampietro, *Il rifiuto, la materia prima secondaria e la volontà del detentore tra d.m. 26 gennaio 1990 e Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Foro it.*, 1990, IV, p. 501; R. Morelli, P. Giampietro, *Testo Unico della normativa sui rifiuti*, Milano, 1990; F. Giampietro, P. Giampietro, *Lo smaltimento di rifiuti. Commento al D.P.R. n. 915/1982*, Rimini, 1985, pp. 411, ss.; R. Caccin, *Ambiente e sua protezione nella normativa sui rifiuti solidi*, Padova, 1984, pp. 301, ss. "L'uso del termine «abbandonato» sembrava esprimere una concezione soggettiva del rifiuto, qualificato dalla volontà del detentore di abbandonarlo o meno, mentre la «destinazione all'abbandono» assumeva una qualificazione oggettiva, in quanto derivante da un obbligo di legge". P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, 2004, pp. 486, ss.

²⁷ In questo senso valga per tutti il DL n. 4 del 16 gennaio 2008, dal titolo, *Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale*. A questo fa seguito il DL n. 116 del 3 settembre 2020, dal titolo *Attuazione della direttiva (UE) 2018/851 che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti e attuazione della direttiva (UE) 2018/852 che modifica la direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio*.

un punto di svolta rilevante sia giuridico sia economico relativamente ai processi di produzione. Sono stati ampiamente discussi e analizzati gli obiettivi vincolanti del nuovo Pacchetto di misure: entro il 2035 l'uso delle discariche non dovrà superare il 10% del totale dei rifiuti mentre entro il 2025 si dovrà riciclare almeno il 55% di tutti i rifiuti urbani domestici e commerciali, per arrivare al 60% nel 2030 e al 65% nel 2035. Per i rifiuti da imballaggio gli obiettivi di riciclo sono fissati al 65% entro il 2025 per arrivare al 70% nel 2030.

2. La realizzazione dei siti di riciclaggio e smaltimento nonché la creazione di un mercato di materie "prime seconde".

Occorre tener presente che il Codice dell'ambiente, in materia di rifiuti e quelli a essi assimilabili²⁸, all'art. 184 distingue i rifiuti secondo le origini e la pericolosità: secondo l'origine vengono distinti i rifiuti urbani dai rifiuti speciali, secondo le caratteristiche di pericolosità si avranno rifiuti pericolosi e rifiuti non pericolosi. Per la definizione dei rifiuti urbani l'art. 184 rinvia all'art. 183, c. 1, lett. b *ter*²⁹, nel quale vengono annoverati i rifiuti domestici provenienti sia da raccolta indifferenziata che da raccolta differenziata³⁰ secondo la classificazione adottata dal Sistema Nazionale per la protezione dell'ambiente (SNPA) nella quale sono state inglobate le agenzie regionali (ARPA)³¹. Ne consegue che, ove sia eseguita una raccolta indifferenziata, anche i rifiuti urbani potrebbero rientrare tra quelli pericolosi, lì dove ad esempio le pile, i farmaci scaduti, i barattoli di colore ecc., sono raccolti insieme ai rifiuti domestici; in questi casi, si richiede per lo smaltimento degli stessi, siti idonei.

Proprio la fase dello smaltimento fa emergere che il nostro Paese presenta delle *performances* territoriali estremamente diversificate, alternando aree che già da oggi supererebbero i nuovi obiettivi comunitari ad aree territoriali fortemente carenti, proprio sotto il profilo impiantistico strutturale³².

L'elemento fattuale per l'adozione effettiva del modello di economia circolare è rappresentato, a ben vedere, anche dagli impianti di smaltimento e recupero che nel nostro Paese risultano allocati in modo fortemente differenziato da Regione a Regione nonché tra le Regioni del Nord e le Regioni del Sud.

Nella Direttiva 2008/98/CE, al Considerando n. 6, si legge che l'obiettivo principale di qualsiasi politica in materia di rifiuti dovrebbe essere di ridurre al minimo le conseguenze negative alla produzione e alla gestione dei rifiuti per la salute urbana e l'ambiente: al Considerando n. 7, si sottolinea che la Risoluzione del 24 febbraio 1997, sulla strategia comunitaria per la gestione dei rifiuti, il Consiglio ha confermato che la priorità principale della gestione dei rifiuti dovrebbe essere quella della prevenzione e che il riutilizzo e riciclaggio dei materiali dovrebbero preferirsi alla valorizzazione energetica dei rifiuti, nella misura in cui essi rappresentino le alternative migliori da un punto di vista ecologico. Al Considerando n. 28 si legge che "...la direttiva dovrebbe aiutare l'Unione europea ad avvicinarsi a una "società del riciclaggio", cercando di evitare la produzione di rifiuti e di utilizzare i rifiuti come risorse. In particolare, il Sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente sollecita misure volte a garantire la separazione alla fonte, la raccolta e il riciclaggio dei flussi di rifiuti prioritari. In linea con tale obiettivo e quale mezzo per agevolarne o migliorarne il potenziale di recupero, i rifiuti dovrebbero essere raccolti separatamente nella misura in cui ciò sia praticabile da un punto di vista tecnico, ambientale ed economico, prima di essere sottoposti a operazioni di recupero che diano il miglior risultato ambientale complessivo. Gli Stati membri dovrebbero incoraggiare la separazione dei composti pericolosi dai flussi di rifiuti se necessario per conseguire una gestione compatibile con l'ambiente".

²⁸ Vengono definiti rifiuti assimilati, almeno secondo la giurisprudenza del TAR Puglia (LE), Sez. I, n. 351 del 1 marzo 2018, ove si legge che il rifiuto assimilato rappresenta quella tipologia di rifiuto che, nonostante sia stato prodotto da un'attività economica e nonostante non rientri nell'elenco di cui all' art. 184, c. 2, D.Lgs n. 152 del 2006, è stato assimilato al rifiuto urbano con apposita deliberazione comunale. Pertanto, l'ente, con la delibera di assimilazione apporta una trasformazione nel rifiuto, il quale, da rifiuto speciale, diviene rifiuto urbano, conferibile al servizio comunale e rientrante nella privativa dell'ente e, pertanto, soggetto a tassazione.

Non a caso nel PNRR si prevede di attuare investimenti al fine di migliorare il sistema sia per ciò che attiene l'ammodernamento degli attuali impianti sia per la costituzione di nuovi impianti di trattamento volti al recupero dei rifiuti urbani, da localizzare prevalentemente al Centro-Sud, posto che oggi il 70% degli impianti sono concentrati nel Nord Italia: solo in questo modo sarà possibile adempiere pienamente agli obiettivi comunitari sul riciclaggio entro il 2030³³. Il vero è che la gestione complessiva dei rifiuti dovrà, o dovrebbe essere, sostenuta da una serie di riforme che vanno dall'aggiornamento della Strategia nazionale per l'economia circolare al Programma nazionale di gestione rifiuti, al fine di rafforzare la pianificazione regionale che, fino ad oggi, non sempre ha dato frutti positivi³⁴. Le proposte di progetto italiane sull'economia circolare inserite nel PNRR, se correttamente attuate, dovrebbero colmare quelle lacune

²⁹ L'art. 183, *b-ter*), così testualmente prevede «*«rifiuti urbani»: 1. i rifiuti domestici indifferenziati e da raccolta differenziata, ivi compresi: carta e cartone, vetro, metalli, plastica, rifiuti organici, legno, tessili, imballaggi, rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche, rifiuti di pile e accumulatori e rifiuti ingombranti, ivi compresi materassi e mobili; 2. i rifiuti indifferenziati e da raccolta differenziata provenienti da altre fonti che sono simili per natura e composizione ai rifiuti domestici indicati nell'allegato L-quater prodotti dalle attività riportate nell'allegato L-quinquies; 3. i rifiuti provenienti dallo spazzamento delle strade e dallo svuotamento dei cestini portarifiuti; 4. i rifiuti di qualunque natura o provenienza, giacenti sulle strade ed aree pubbliche o sulle strade ed aree private comunque soggette ad uso pubblico o sulle spiagge marittime e lacuali e sulle rive dei corsi d'acqua; 5. i rifiuti della manutenzione del verde pubblico, come foglie, sfalci d'erba e potature di alberi, nonché i rifiuti risultanti dalla pulizia dei mercati; 6. i rifiuti provenienti da aree cimiteriali, esumazioni ed estumulazioni, nonché gli altri rifiuti provenienti da attività cimiteriale diversi da quelli di cui ai punti 3, 4 e 5»*. Sono esclusi dalla categoria di rifiuti urbani, quelli della produzione, dell'agricoltura, della silvicoltura, della pesca, delle fosse settiche, delle reti fognarie e degli impianti di trattamento delle acque reflue, ivi compresi i fanghi di depurazione, i veicoli fuori uso o i rifiuti da costruzione e demolizione. L'elenco europeo dei rifiuti è riportato nell'allegato alla decisione 2000/532/CE così come sostituito dall'allegato alla decisione 2014/955/UE. Le descrizioni in lingua italiana di diversi codici, riportate nell'allegato alla decisione 2014/955/UE, sono state a loro volta oggetto di una specifica rettifica, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 6 aprile 2018. A seguito delle modifiche succedutesi, le descrizioni definitive dei codici risultano in parte coincidenti con le descrizioni contenute nell'originaria decisione 2000/532/CE e in parte con quelle presenti nella decisione 2014/955/UE. Va, comunque, rilevato che le modifiche delle definizioni sono in molti casi di tipo puramente formale; in altri casi il testo appare più chiaro rispetto a quello originario. Il MITE, con decreto del 9 agosto 2021, ha approvato «... le Linee guida sulla classificazione dei rifiuti di cui alla delibera del Consiglio del sistema nazionale per la protezione dell'ambiente 18 maggio 2021 n. 105, così integrate nel sotto paragrafo 3.5.9 - rifiuti prodotti da trattamento meccanico biologico dei rifiuti indifferenziati, da introdurre al capo III delle stesse, che allegate al presente provvedimento ne costituiscono parte integrante...». Si rinvia a F. De Leonardis, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, op. cit., pp. 296, ss.; A. Benedetti, *Organizzazione e regolazione dei servizi locali di interesse economico: il caso del ciclo dei rifiuti urbani*, in www.federalismi.it 24 febbraio 2021, p. 3.

³⁰ Ad esempio i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche, i rifiuti provenienti dallo spazzamento delle strade e dallo svuotamento dei cestini portarifiuti, i rifiuti giacenti sulle strade ed aree pubbliche o sulle strade ed aree private comunque soggette ad uso pubblico, i rifiuti derivanti dalla manutenzione del verde pubblico, ecc. (classificazione oggi ripresa dalla SNPA con delibera n. 105/2021). Si rammenti che, in base al Codice, ex art. 192, è fatto divieto di abbandono dei rifiuti sul suolo e nel sottosuolo, e nelle acque superficiali e sotterranee e, la violazione di tale divieto comporta, in capo a chi opera tale abbandono, una sanzione amministrativa o penale imponendo al responsabile dell'abbandono di rimuovere detti rifiuti si da ripristinare lo stato dei luoghi e, qualora sia necessario, anche la bonifica dell'area.

³¹ La SNPA, Sistema Nazionale per la protezione dell'ambiente, è stata istituita dalla legge n. 132/2016, nella quale sono state inglobate le agenzie regionali ARPA per l'attività di monitoraggio in materia di tutela ambientale.

³² In ogni caso si deve tener conto che l'Italia, come si evince dal rapporto dell'ISPRA del 2017, nel 2016 ha prodotto una quantità di rifiuti urbani con valori che si attestano sui 30 milioni di tonnellate ovvero un incremento pari al 2% rispetto all'anno precedente; si osservi altresì che ciò ha comportato che il costo medio dei rifiuti sia di circa 33 euro per ogni chilogrammo di rifiuto gestito. E' ben noto che l'ISPRA oggi svolge funzioni tecniche e scientifiche sia a supporto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare sia in via diretta, tramite attività di monitoraggio, valutazione, controllo, ispezione e gestione dell'informazione ambientale. L'ISPRA coopera inoltre con l'Agenzia europea ambientale, con le istituzioni e organizzazioni nazionali e internazionali operanti in materia di tutela ambientale.

³³ Il Piano prevede inoltre il potenziamento della raccolta differenziata e del riciclaggio dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE), il potenziamento del riciclaggio della plastica mediante riciclo meccanico e chimico in appositi *Plastic Hubs*, e il recupero nel settore tessile, per il quale è stato fissato un obiettivo nazionale di raccolta al 2022, tramite *Textile Hubs*.

³⁴ Come rileva il Ministero della transizione ecologica, l'insieme di questi progetti andranno estesi e consolidati oltre l'orizzonte del 2026, con tappe sempre più stringenti che prevedono, idealmente, il dimezzamento dei rifiuti di plastica in mare, dei rifiuti urbani e la riduzione del 30% delle microplastiche rilasciate nell'ambiente, entro il 2030.

strutturali che ostacolano lo sviluppo del settore³⁵; è significativo che la Commissione europea, nelle procedure d'infrazione per i rifiuti riguardanti molte Regioni italiane, abbia evidenziato sia la mancanza di una rete integrata di raccolta e trattamento dei rifiuti, spesso accompagnata da un'insufficiente capacità di pianificazione da parte delle Regioni, sia un'intrinseca debolezza della *governance* da parte delle stesse.

3-. La *circular capacity*: il principio di prossimità e di autosufficienza.

Ciò che rileva ai fini del presente lavoro è che, con l'entrata in vigore del DL. 121/2020, s'introduce una disciplina molto dettagliata sulle discariche; tale decreto, adottato ai sensi della delega legislativa contenuta nell'art. 15, L. n. 117 del 4 ottobre 2019, contiene non solo i criteri e i principi di recepimento della c.d. Direttiva rifiuti, ma si pone un obiettivo più ambizioso prevedendo sostanzialmente un complessivo riordino dei criteri di ammissibilità in discarica di particolari tipologie di rifiuti, l'adeguamento delle discariche al progresso tecnologico, la definizione delle modalità d'utilizzo e di realizzazione, i criteri generali dell'allocatione degli impianti. Il decreto in parola, composto di tre articoli e ben otto allegati, opera una profonda riforma della disciplina in materia di conferimento di rifiuti in discarica, apportando sostanziali modifiche in riferimento alle competenze Stato/Regioni.

Il vero è che l'economia circolare può realizzarsi, da un punto di vista fattuale, solo attraverso una gestione dei rifiuti più efficiente in grado cioè di ridurre i rifiuti e aumentare in modo sostanziale il riciclo. Pur tuttavia, come statuisce la sentenza del TAR Sicilia, n. 49 dell'11.01.2007, la localizzazione di una discarica di rifiuti (di qualsivoglia natura) costituisce inevitabilmente un'alterazione dell'*habitat* naturale, sicché il mero paradigma "astratto" del rispetto dell'ambiente non può rappresentare (salvo casi macroscopicamente assurdi) parametro adeguato ed assoluto di valutazione di legittimità delle scelte operate dall'Amministrazione "... la localizzazione delle pubbliche discariche è essenzialmente basata su un bilanciamento di interessi contrapposti (la tutela dell'ambiente, da un lato, ed il necessario smaltimento dei rifiuti, dall'altro) ed il sottostante sillogismo logico-giuridico non può che definirsi in termini di «relatività», ossia di verifica della compatibilità tra gli interessi suddetti (o se si vuole in termini di massimo risultato di efficienza nello smaltimento e il minimo sacrificio dei valori ambientali e naturalistici coinvolti nel caso concreto)»³⁶. In tale prospettiva la localizzazione di una discarica si pone come determinazione amministrativa basata su valutazioni prevalentemente di merito anche se si dovrà tener conto di elementi tecnici, riservata in ogni caso all'esclusiva ponderazione dell'Amministrazione agente e dei suoi organismi tecnici.

Occorre così realizzare progetti *flagship* (basati sul principio di prevenzione) altamente innovativi per filiere strategiche prevedendo un aumento degli impianti di smaltimento di rifiuti e recupero dei materiali ove il trattamento deve avere ad oggetto il recupero di tutti i materiali riutilizzabili sia per il riciclaggio sia per altri reimpieghi (quale ad es. materie prime, secondarie per nuovi processi produttivi, così come materiali combustibili per la produzione di energia).

³⁵ Tra le principali sfide individuate vi sono: - la carenza degli impianti - il divario regionale tra Centro-Nord e Sud che ha prodotto molte procedure d'infrazione per violazione ambientale della normativa comunitaria sui rifiuti - la necessità di ammodernare gli impianti di trattamento esistenti - l'inadeguatezza dei sistemi di raccolta differenziata in relazione alle nuove sfide per raggiungere gli obiettivi di riciclo anche attraverso la digitalizzazione e l'innovazione tecnologica - la necessità di evitare un'eccessiva frammentazione del servizio pubblico locale sui rifiuti e sostenere le amministrazioni locali (Regioni, Comuni) con una *governance* a livello centrale che consenta di rafforzare le politiche locali nell'attuazione delle infrastrutture per la creazione di filiere circolari. Così, nel Documento per la consultazione del 30 Settembre 2021, elaborato dal Ministero della transizione ecologica, dal titolo *Strategia nazionale per l'economia circolare Linee Programmatiche per l'aggiornamento*.

³⁶ TAR Sicilia, n. 49, 11 gennaio 2007; dello stesso tenore, Consiglio di Stato, sez. V, n. 1347, 30 settembre 1998; TAR Puglia, Lecce, n. 220, 22 marzo 2002.

I materiali, così recuperati sono avviati allo smaltimento o al recupero dando avvio a una nuova fase di selezione e valorizzazione in cui, i componenti di natura inerte, vengono separati da quelli di vetro, plastica, legno per essere pressati ed avviati al riciclaggio; i rifiuti non recuperabili, dopo aver subito il primo processo di trattamento, sono invece inviati in discarica³⁷. Già la normativa previgente aveva fissato un ordine di priorità per la migliore opzione ambientale tra prevenzione, preparazione per il riutilizzo, riciclaggio, recupero e, solo da ultimo, smaltimento in discarica³⁸. La nuova normativa si concentra sull'utilizzo delle discariche, sia pure quale ultima *change*³⁹; con l'introduzione del D.L. 121/2020, emergono alcune disposizioni specifiche così, nell'All. 1, si precisano i siti sui quali non è possibile la realizzazione di una discarica, ad es. al punto 1.2, si stabilisce la necessità di protezione del terreno e delle acque "... l'ubicazione e le caratteristiche di costruzione di una discarica per rifiuti inerti devono soddisfare le condizioni necessarie per impedire l'inquinamento del terreno e delle acque sotterranee e delle acque superficiali"; al punto 1.3 sul controllo delle acque si statuisce che "...in relazione alle condizioni meteorologiche devono essere prese misure adeguate per - limitare la quantità di acqua di origine meteorica che penetra nel corpo della discarica; - impedire che le acque superficiali e sotterranee entrino nel corpo della discarica..."; in merito alla stabilità geologica del sito si sottolinea che "... nella fase di caratterizzazione geologica del sito è necessario accertare ... che i terreni di fondazione della discarica ...

³⁷ La questione tuttavia non è così pacifica come potrebbe sembrare in quanto, secondo la Corte di Giustizia i rifiuti urbani indifferenziati, a prescindere dal codice loro assegnato, restano tali anche se hanno subito un trattamento meccanico che tuttavia non ha alterato la loro proprietà originaria e quindi non possono essere oggetto di trasferimento in altre regioni prevalendo il principio di prossimità. Corte di Giustizia UE, sez. III, 11 novembre 2021, causa C-3520, ove si legge che l'art. 3, par. 5, e l'art. 11 del Regolamento CE n. 1013/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativo alle spedizioni dei rifiuti, sono interpretate nel senso che, tenuto conto dei principi di auto sufficienza e di prossimità, l'Autorità competente di spedizione può, basandosi in particolare sul motivo previsto dall'art. 11, par. 1, lett. i) del medesimo Regolamento, opporsi a una spedizione di rifiuti urbani non differenziati che, a seguito del trattamento meccanico ai fini del loro recupero energetico, il quale non ha tuttavia sostanzialmente alterato le loro proprietà originarie, sono stati classificati sotto la voce 19.12.12 dall'Elenco dei rifiuti contenuti in allegato alla Decisione 2000/532/CE della Commissione del 3 maggio 2000, che sostituisce la Decisione 94/3/CE che istituisce un elenco di rifiuti conformemente pericolosi ai sensi dell'art. 1, par. 4, della Direttiva 91/689/CEE del Consiglio relativo ai rifiuti pericolosi, come modificato dalla Decisione 2014/955/UE della Commissione del 18 dicembre 2014. Nella sentenza rileva la Corte "*che a prescindere dal codice assegnato, ai fini della spedizione all'estero, i rifiuti urbani indifferenziati restano tali anche se, essendo destinati al recupero energetico, hanno subito un trattamento meccanico, il quale non ha, tuttavia, sostanzialmente alterato le proprietà originarie. E pertanto, in base alla normativa comunitaria, la loro gestione deve rispettare i principi di auto sufficienza e di prossimità i quali impongono di trattarli nell'impianto più vicino possibile al luogo in cui vengono prodotti ...*".

³⁸ La gerarchia europea dei rifiuti, fa riferimento alle cinque fasi incluse nell'art. 4 della Direttiva quadro dei rifiuti (Direttiva 2008/98/CE) modificata dalla Direttiva 2018/851/UE, che stabilisce un quadro giuridico comune a livello europeo per la gestione e il trattamento dei rifiuti. Essa mira a proteggere l'ambiente e la salute umana attraverso la prevenzione degli effetti nocivi della produzione e della gestione dei rifiuti. Al fine di garantire una maggiore protezione dell'ambiente, la direttiva prevede che gli Stati membri adottino misure per il trattamento dei rifiuti conformemente al principio di gerarchia dei rifiuti, che si applica per ordine di priorità: - *prevenzione*: prevenire e ridurre la produzione di rifiuto - *preparazione per il riutilizzo*: dando al prodotto una seconda vita prima che diventi rifiuto - *riciclaggio*: qualsiasi operazione di recupero del rifiuto mediante il quale i materiali di scarto vengano elaborati in prodotti o sostanze sia per l'uso originale che per altri scopi. Esso comprende il compostaggio e non comprende gli inceneritori; - *recupero*: qualsiasi operazione che permetta ai rifiuti di svolgere un ruolo utile, sostituendo altri materiali che sarebbero stati utilizzati per assolvere una particolare funzione del ciclo produttivo; - *smaltimento*: processi per lo smaltimento dei rifiuti che, a seguito dell'entrata in vigore della nuova direttiva e del decreto di recepimento, rappresentano l'ultima soluzione e, quella, contraria ai principi dell'economia circolare se non in casi eccezionali. La gerarchia dei rifiuti è lo strumento utilizzato nella valutazione dei processi che proteggono l'ambiente e, in parallelo, il consumo di risorse e di energia partendo dalle soluzioni positive a quelle negative che hanno carattere residuale.

³⁹ Il DL 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Testo Unico ambientale) è stato emanato in attuazione di un'ampia delega in materia ambientale, operando un generale riordino della normativa. L'impianto del TUA è stato però quasi subito modificato attraverso normative, alcune di grande respiro si pensi al D.lgs 8 novembre 2006, n. 284 (primo correttivo) dal D.lgs 16 gennaio 2008 n. 4 (secondo correttivo), dal D.lgs 29 giugno 2010, n. 180 (terzo correttivo), dal D.L. 3 dicembre 2010, n. 205 (quarto correttivo) e, infine, dal D.lgs 10 dicembre 2010, n. 219 (quinto correttivo). Il Decreto n. 121/2020 prevede all'art. 1, l'obiettivo "... di una progressiva riduzione del collocamento in discarica dei rifiuti in particolare di quelli idonei al riciclaggio o al recupero di altro tipo al fine di sostenere la transizione verso un'economia circolare ..." e adempiere i requisiti degli articoli 179 e 182 del D.L., 3 aprile 2006, n. 152.

non vadano soggetti a cedimenti tali da danneggiare i sistemi di protezione della discarica...". Inoltre, al punto 2, in tema d'impianti sia per rifiuti non pericolosi e per rifiuti pericolosi, si dispone che, la distanza dai centri abitativi deve essere oggetto di specifico studio al fine di evitare qualsiasi possibile trasporto aereo dei residui. Sempre nell'All. 1, si sottolinea la valutazione geologica del sito che, sostanzialmente non solo dev'essere operata prima della realizzazione dell'impianto (*ex ante*) ma l'accertamento della sicurezza operativa dello stesso deve comprendere un'analisi sistematica del suo esercizio sulla base di dati specifici (*ex post*). Merita di essere segnalato quanto disposto nell'All. 6⁴⁰, ove si prevede il campionamento periodico e l'analisi dei rifiuti "... con oneri a carico del detentore dei rifiuti o del gestore delle discariche da persone ed istituzioni indipendenti e qualificate"⁴¹. E' evidente che gli Allegati sono estremamente dettagliati sicché assicurano ad un rilievo giuridico-fattuale che impone a tutte le Amministrazioni interessate disposizioni ben precise.

Quanto alle tempistiche entro le quali si dovranno operare le disposizioni in parola, nell'art. 1, al punto d), coerentemente con le finalità dichiarate, si legge all'art. 5 così come novellato che, dopo il c. 4, sono aggiunti il c. 4 bis e il c. 4 ter: "... a partire dal 2030 è vietato lo smaltimento in discarica di tutti i rifiuti idonei al riciclaggio o al recupero di altro tipo, in particolare i rifiuti urbani, ad eccezione dei rifiuti per i quali il collocamento in discarica produca il miglior risultato ambientale conformemente all'art. 179 del D.L. 3 aprile 2006, n. 152". L'individuazione dei rifiuti per i quali il collocamento in discarica rappresenta il risultato ambientale migliore dev'essere accertato dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare fondandosi su una determinazione squisitamente tecnica di non facile soluzione: da qui, le Regioni saranno tenute a conformare la propria pianificazione al fine del raggiungimento dell'obiettivo di cui sopra. Le stesse sono altresì tenute a modificare gli atti autorizzatori entro il 31 dicembre 2029, per quei rifiuti non più ammessi, secondo le disposizioni emanate dal Ministero, allo smaltimento in discarica. Il secondo, c. 4 ter, così recita: "... Entro il 2035 la quantità dei rifiuti urbani collocati in discarica deve essere ridotta al 10%, o in una percentuale inferiore, del totale del peso dei rifiuti urbani prodotti". In verità, le due disposizioni (c. 4 bis e c. 4 ter) creano una qualche perplessità rispetto al successivo art. 6 (sempre così come novellato dal D.L. n. 26/2003), in quanto, quest'ultimo, vieta lo smaltimento dei rifiuti destinati al riciclaggio e recupero di altro tipo, senza però far riferimento ad una scadenza temporale, come invece è previsto nelle disposizioni precitate. Pertanto è difficile capire se l'art. 6 sia la norma cogente che impone tale divieto fin da subito ma è evidente che si dovrà, quanto meno, attendere l'emanazione delle disposizioni da parte del Ministero competente.

A una normativa sui rifiuti urbani estremamente frastagliata fanno da contrappeso le diverse situazioni nel quadro nazionale relativamente agli impianti già esistenti che solo il Piano nazionale gestione rifiuti (PNGR) insieme ai Piani regionali gestione rifiuti (PRGR), dovranno operare prima, una valutazione del fabbisogno impiantistico per trattamento, smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e, successivamente, una valutazione sull'adeguatezza impiantistica in relazione al raggiungimento degli obiettivi indicati nel "Pacchetto economia circolare"⁴².

⁴⁰ All. 6 dal titolo *Campionamento e analisi dei rifiuti*.

⁴¹ Al punto 1 dell'All. 6 si parla di metodo di campionamento ed analisi del rifiuto urbano biodegradabile. "*Il campionamento della massa dei rifiuti da sottoporre alla successiva analisi dev'essere effettuato tenendo conto della composizione merceologica, secondo il metodo di campionamento ed analisi Irsa, Cnr, Norma CII-Uni 9246*".

⁴² Oggi, quasi un quarto dei rifiuti urbani raccolti continua a trovare collocazione in discarica: si tratta di 6,9 milioni di tonnellate a cui si aggiungano circa 400 mila tonnellate di rifiuti esportati nei Paesi del Nord Europa, di queste una quota prevalente ha origine nel Mezzogiorno, ma anche da Regioni del Nord come ad es. la Liguria, il che dimostra ove ce ne fosse bisogno, che la pianificazione regionale impostata sin ora rappresenta uno strumento di matrice più politica che tecnica non in grado di sostenere l'autosufficienza del percorso di trattamento dei rifiuti. Per soddisfare il fabbisogno di trattamento dei rifiuti, occorrerebbe avviare almeno 53 nuovi impianti di cui 36 da realizzare nel Mezzogiorno e nelle Isole.

Il punto ribadito nella Direttiva rifiuti attiene al fatto che, lo smaltimento dei rifiuti urbani deve essere attuato sulla base dei due principi fondamentali: il principio di autosufficienza e il principio di prossimità.

Questi due principi rappresentano i punti cardini della normativa in materia di rifiuti in generale e dei rifiuti urbani in particolare; pur tuttavia non mancano talune fattispecie che portano ad un ridimensionamento di detti principi. Secondo il D.L. 152/2006, per ciò che concerne il principio di autosufficienza e prossimità della gestione dei rifiuti, occorre fare riferimento a quanto dispone l'art. 182 *bis*, c. 1, lett a) del Codice dell'ambiente⁴³, il quale prevede che lo smaltimento dei rifiuti ed il recupero dei rifiuti urbani non differenziati siano attuati nel quadro di una rete integrata ed adeguata d'impianti, tenendo conto delle migliori tecniche disponibili e del rapporto tra costi e benefici complessivi, al fine di: -realizzare l'autosufficienza dello smaltimento dei rifiuti urbani non pericolosi e del loro trattamento in ambiti territoriali ottimali;-permettere lo smaltimento dei rifiuti ed il recupero dei rifiuti urbani indifferenziati in uno degli impianti idonei più vicino ai luoghi di produzione o raccolta al fine di ridurre i movimenti dei rifiuti stessi, tenendo conto del contesto geografico o della necessità di impianti specializzati per determinati rifiuti (articolo aggiunto al comma 1 dell'art. 9, D.L. 3 dicembre 2010, n. 205);-utilizzare i metodi e le tecnologie più idonei a garantire un alto grado di protezione dell'ambiente e della salute pubblica. Pertanto, come emerge dalla normativa sopra richiamata, i principi di autosufficienza e prossimità, devono coniugarsi con l'idoneità dell'impianto per rifiuti specifici, altrimenti ragionando si dovrebbe creare un numero rilevante d'impianti idonei di smaltimento dei vari rifiuti in ambito regionale, il che, francamente lascia qualche perplessità in merito alla gestione globale del servizio. La Corte costituzionale, con sentenza n. 10 del 23 gennaio 2009 ha stabilito che, alla luce del principio di autosufficienza *"il divieto di smaltimento dei rifiuti di produzione extra regionale, è applicabile ai rifiuti urbani non pericolosi mentre non può valere per quelli speciali pericolosi né per quelli speciali non pericolosi"*, il che già ridimensiona i due sopra citati principi. Dalla sentenza si può desumere che, per i rifiuti urbani non pericolosi, si possono utilizzare impianti al di fuori del perimetro regionale. Rileva la Corte che, per tali tipologie di rifiuti, non è possibile preventivare in modo attendibile la dimensione quantitativa e qualitativa del materiale da smaltire, cosa che, conseguentemente rende impossibile *"individuare un ambito territoriale ottimale che valga a garantire l'obiettivo della autosufficienza nello smaltimento"*.

Tale principio è stato confermato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 993 del 19 febbraio 2013, secondo la quale, ex art. 182 *bis* del D.L. 152/06 *"...va esclusa la possibilità di estensione ai rifiuti diversi da quelli urbani non pericolosi del principio specifico dell'autosufficienza locale nello smaltimento e va invece applicato anche ai rifiuti speciali non pericolosi il diverso criterio, pure previsto dal legislatore, della specializzazione dell'impianto di smaltimento integrato dal criterio della prossimità, considerato il contesto geografico, al luogo di produzione, in modo da ridurre il più possibile la movimentazione dei rifiuti"*⁴⁴. Occorre verificare se il principio specifico dell'autosufficienza nello smaltimento valga anche nel caso del recupero, segnatamente per quanto concerne i rifiuti urbani differenziati, ciò alla luce di quanto dispone l'art. 181, c. 5, ove si legge: *"Per le frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero è sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale tramite enti o imprese iscritti nelle"*

⁴³ L'articolo sopra richiamato prevede al c. 2: *"Sulla base di una motivata richiesta delle regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano, con decreto del Ministro dell'ambiente e delle tutela del territorio e del mare può essere limitato l'ingresso nel territorio nazionale di rifiuti destinati ad inceneritori classificati come impianti di recupero, qualora sia accertato che l'ingresso di tali rifiuti avrebbe come conseguenza la necessità di smaltire i rifiuti nazionali o di trattare i rifiuti in modo non coerente con i piani di gestione dei rifiuti. Può essere altresì limitato, con le modalità di cui al periodo precedente, l'invio di rifiuti negli altri Stati membri per motivi ambientali, come stabilito nel regolamento (ce)n. 1013/2006."* Al c. 3 si prevede che *"I provvedimenti di cui al comma 2 sono notificati alla Commissione europea"*.

⁴⁴ Questo principio è stato recentemente confermato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 993, 19 febbraio 2013, secondo il quale ex art. 182 *bis* del D.lgs 152/2006 *"...va esclusa la possibilità di estensione ai rifiuti diversi da quelli urbani non pericolosi del principio specifico dell'autosufficienza locale nello smaltimento e va invece applicato anche ai rifiuti speciali non pericolosi il diverso criterio, pure previsto dal legislatore, della specializzazione dell'impianto di smaltimento integrato dal criterio della prossimità, considerato il contesto geografico, al luogo di produzione, in modo da ridurre il più possibile la movimentazione dei rifiuti"*.

apposite categorie dell'Albo nazionale gestori ambientali ai sensi dell'articolo 212, comma 5, al fine di *favorire il più possibile il loro recupero* privilegiando il principio di prossimità agli impianti di recupero". Da questa sentenza discende che, anche per i rifiuti urbani differenziati destinati al recupero, essendo esclusi dallo smaltimento in discarica, può essere superato il principio di autosufficienza e di prossimità, potendo gli stessi circolare su tutto il territorio nazionale mentre, per i rifiuti indifferenziati, fermo restando il principio di prossimità, si dovrà coniugare tale principio con l'idoneità dell'impianto.

In parte diversa è la sentenza del TAR Toscana, Sez. II, n. 83 del 16 gennaio 2012 (fattispecie relativa proprio al rifiuto urbano non differenziato - codice CER 20.03.01) ove il Giudice amministrativo rileva che *"... non può essere condiviso l'assunto ... secondo cui il divieto di smaltimento dei rifiuti urbani non pericolosi di provenienza extraregionale andrebbe applicato solamente allo smaltimento in senso stretto di tali rifiuti e, perciò, non sarebbe applicabile all'impianto ... dove non è svolta alcuna attività di smaltimento in senso stretto, ma di trattamento dei rifiuti ai fini del recupero....il collegio ritiene che sussistano ragioni sia logico-giuridiche, sia letterali, a supporto dell'opzione ermeneutica che estende il divieto di smaltimento dei rifiuti di provenienza extraregionale ... sul piano logico-sistematico, limitare il divieto de quo al solo "smaltimento" in senso stretto dei rifiuti urbani non pericolosi avrebbe l'effetto di depotenziare oltremisura la portata del principio di autosufficienza territoriale...perché consentirebbe di far circolare i rifiuti indifferenziati sul territorio nazionale, al fine del conferimento in un impianto di recupero ubicato in regioni diverse da quelle di produzione dei rifiuti stessi, mettendo a rischio l'autosufficienza della regione dove sono conferiti (ciò, pur quando tale regione si sia adoperata per rispettare il principio di autosufficienza mediante una corretta pianificazione della gestione dei propri rifiuti attraverso la creazione od autorizzazione di impianti di smaltimento e recupero)".* La sentenza lascia una qualche perplessità, almeno a breve termine, perché adotta quale presupposto apodittico il dato che i rifiuti urbani non differenziati debbano essere smaltiti nel territorio della regione che li ha prodotti, il che vuol dire però che nulla rileva la tipologia dell'impianto o quanto meno che ciascuna regione dovrà dotarsi d'impianti di smaltimento e recupero specifici per le varie tipologie di rifiuti. A ben vedere nell'ipotesi in cui l'impianto idoneo sia ubicato in una regione diversa da quella di produzione del rifiuto, i concetti di autosufficienza e di prossimità corrono il rischio di diventare meri principi apodittici contrari alla ratio del sistema. Purtroppo, in considerazione della normativa oggi vigente e della giurisprudenza in materia, se ne possono dedurre le seguenti conseguenze: - autosufficienza locale nello smaltimento dei rifiuti urbani, differenziati e indifferenziati; - autosufficienza locale nel recupero dei rifiuti urbani indifferenziati; - libera circolazione sul territorio per i rifiuti urbani differenziati destinati al recupero.

In conclusione, quindi, si ritiene che la normativa nazionale ponga dei principi che, per come interpretati dalla giurisprudenza più recente, limitino la possibilità di ritirare rifiuti urbani indifferenziati di provenienza *extra-regionale* (CER 20.03.01), seppur destinati a recupero e non a smaltimento.

Il PNRR sui rifiuti e relativi impianti di smaltimento, è intervenuto prevedendo tre linee d'intervento: a. miglioramento e meccanizzazione della rete di raccolta differenziata dei rifiuti urbani; b. ammodernamento (anche con ampliamento degli impianti esistenti) e realizzazione di nuovi impianti di trattamento/riciclo dei rifiuti urbani provenienti da raccolta differenziata; c. ammodernamento (anche con ampliamento degli impianti esistenti) e realizzazione di nuovi impianti innovativi di trattamento/riciclaggio per lo smaltimento di materiali assorbenti ad uso personale (PAD), i fanghi delle acque reflue, i rifiuti di pelletteria e i rifiuti tessili⁴⁵.

⁴⁵ L'ammontare complessivo da assegnare agli interventi in materia di rifiuti urbani è pari a 1.500.000.000,00 e il contributo massimo erogabile per ciascuna proposta non potrà superare la somma complessiva di: - euro 1.000.000,00 (un milione di euro per la linea d'intervento A; - euro 40.000.000,00 (quaranta milioni di euro) per la linea d'intervento B; euro 10.000.000,00 (dieci milioni di euro) per la linea d'intervento C.

Tutto ciò presuppone la verifica della *circular capacity* ovvero della stima del fabbisogno impiantistico del Piano nazionale della gestione dei rifiuti urbani, connessa prevalentemente al tema della dotazione impiantistica a livello regionale. Sul tema particolare interesse ricopre il *paper* elaborato dalla CESISP nel 2020⁴⁶, ove si rileva che l'adozione del concetto di *circular economy* in senso stretto, ovvero l'adozione quale parametro per la realizzazione di nuovi impianti dell'area territoriale regionale, rischia di generare forti diseconomie di scala nello sviluppo di nuovi impianti di smaltimento facendo sì che le Regioni più virtuose si troverebbero oggi ad accollarsi costi irrecuperabili in quanto, gli stessi, non verrebbero utilizzati in modo coerente alle proprie potenzialità, venendo meno lo smaltimento dei rifiuti derivanti anche da altre Regioni. In verità, la verifica degli "impianti" può essere operata sulla base del territorio regionale ma, ove si renda necessario, almeno in una fase di prima applicazione, è possibile applicarla anche su basi *extra* regionali al fine di ottimizzare le economie di scala, venendosi così a proporre una nozione di *circular capacity* in senso ampio e funzionale dell'intero servizio. Se l'obiettivo è quello di ridurre l'allocazione dei rifiuti in discarica, sarà necessario tener ben presente il costo che le linee d'intervento indicate dal PNRR implicano, in particolare le linee d'intervento relative all'ammodernamento anche con ampliamento degli impianti già esistenti. In questa prospettiva si devono bilanciare i principi generali per una corretta gestione dei rifiuti urbani in prossimità e quelli di efficienza economica rispetto alla dimensione impiantistica. Inoltre si osservi che, in particolare riferimento ad alcune tipologie d'impianti (ad es. i termovalorizzatori) il perimetro di prossimità previsto dall'articolo 182 *bis* potrebbe essere individuato nel perimetro di riferimento a livello di macro area regionale, ciò al fine di garantire maggiori benefici di economie di scala connesse alla dimensione degli impianti. Si ritiene più coerente interpretare la *circular capacity* in senso "flessibile" in modo tale che i principi di autosufficienza e di prossimità non siano esclusivamente legati all'ambito regionale ma, alla luce degli impianti già esistenti anche a livello sovra regionale ove fosse necessario, fermo restando l'adozione di tutte le misure più opportune in merito al trasporto degli stessi rifiuti.

Resta fermo che, ove non esistano impianti che possano essere annoverati quali *flagship* altamente innovativi, lì è evidente che la Regione dovrà realizzare detto o detti impianti. D'altro canto, il PNRR prevede l'adozione di criteri generali per l'individuazione di macro aree, definite tramite accordi tra Regioni ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, che consentano la realizzazione degli impianti da un punto di vista localizzativo, ambientale ed economico, sulla base del principio di prossimità anche relativamente agli impianti di recupero in coordinamento a quanto previsto all'art. 195, c. 1, lett. f) del programma nazionale, così come riportato nel novellato Codice dell'ambiente.

Le previsioni contenute nel Programma supporteranno le istituzioni nazionali, regionali e locali nell'individuazione delle esigenze a livello nazionale e macro aree e nella valutazione delle azioni più efficienti a seconda del livello di governo del settore d'intervento e delle specificità del contesto (tematiche ambientali, utilizzo del suolo, sviluppo industriale, condizioni climatiche, ecc.), favorendo l'integrazione dei criteri di adattamento nei processi e negli strumenti di pianificazione e riequilibrando la gestione dei rifiuti nel rispetto della gerarchia degli stessi, prevista dall'art. 179.

⁴⁶ La proposta di stima di *circular capacity* in senso esteso o ampio che dir si voglia, elaborata dal gruppo CESISP ottenuta su base comparativa, consentirebbe di raggiungere gli obiettivi comunitari nel 2035 (65% differenziata, 10% discarica) nonché promuovere la convergenza di tutte le Regioni italiane a quelle più virtuose, attraverso una programmazione che stimi un incremento potenziale della capacità di trattamento FORSU. Si stima un eccesso di capacità installata in impianti di TMB (trattamento meccanico biologico dei rifiuti indifferenziati) per quasi 5 milioni di tonnellate qualora si riducesse di 4,5 milioni di tonnellate il conferimento dei rifiuti urbani in discarica.

Considerando le finalità comunitarie che, in attuazione dei principi contenuti nella Direttiva rifiuti tendono all'obiettivo di "discarica zero", l'attività di trattamento e smaltimento è fortemente connessa allo sviluppo tecnologico e impiantistico; ecco perché non sempre l'applicazione del perimetro regionale è condizione ottimale anzi, potrebbe produrre delle inefficienze economiche. Si tratterebbe quindi di superare il concetto di autosufficienza in senso stretto in relazione allo sviluppo degli impianti di trattamento, considerando come perimetro di riferimento anche aree *extra* regionali lì dove siano ubicati impianti altamente specializzati per quella tipologia di rifiuti, pur limitando tale possibilità ai rifiuti urbani non pericolosi.

4. La creazione di un mercato dei rifiuti ovvero la simbiosi industriale.

Ciò che rileva, al di là dell'implementazione dei siti di riciclaggio e smaltimento, è la necessità di creare le condizioni per un mercato delle materie "prime seconde" perché siano competitive in termine di disponibilità, prestazioni e costi, agendo sulla catena di acquisto dei materiali (Criteri Ambientali Minimi per gli acquisti verdi nella Pubblica Amministrazione) e, di conseguenza, la cessazione della qualifica di rifiuto (*End of Waste*). Essenziale per la creazione di tale commercio è la tracciabilità dei materiali e dei rifiuti nonché il favorire il mercato del riuso e la dazione dei prodotti agli operatori economici. Si parla così di "*simbiosi industriale*" ovvero di un sistema integrato per condividere le risorse tra gli operatori economici interessati, adottando un approccio di tipo cooperativo in cui l'*output* di un'azienda può essere ottimizzato come *input* da un'azienda terza nell'ambito del suo processo di produzione, coinvolgendo le imprese con l'obiettivo di creare vantaggi competitivi per le stesse attraverso il trasferimento di risorse rappresentate da materie quali, rifiuti, energie, spazi, logistica e competenze. La "*simbiosi industriale*" deve diventare una strategia di tipo sistemico per attori tradizionalmente separati che vengono accorpati in un processo d'interazione e collaborazione finalizzato all'ottenimento dei vantaggi derivanti dalla condivisione di risorse che potrebbero e, in questo caso sono, scarti di produzione o sottoprodotti, tra due o più industrie dissimili. Di fatto la simbiosi industriale è uno strumento per la chiusura dei cicli produttivi in modo che si possa generare un circuito di economia circolare, il che sarà "più semplice" in un territorio circoscritto ma, con gli opportuni adattamenti, potrà inserirsi anche su macro aree.

Il punto fondamentale è che in tal modo le interazioni e le sinergie attivate tramite i meccanismi da essa derivanti, generano benefici economici, ambientali e sociali ed in ogni caso, un minore consumo delle risorse primarie e una valorizzazione delle stesse, in quanto gli attori possono trarre vantaggio dalle reciproche interazioni⁴⁷.

Le aziende diventano più competitive in quanto traggono vantaggio dall'accesso a risorse più economiche (rifiuti o sottoprodotti) evitando i costi di smaltimento e/o ottenendo ulteriori ricavi dalla vendita degli stessi che entrano a far parte di un nuovo ciclo produttivo⁴⁸.

⁴⁷ La strategia della simbiosi industriale trova spazio nelle *policies* europee e nazionali tra cui Parlamento e Consiglio, valga per tutti la Direttiva 2018/851/UE del 30 maggio 2018 dove la simbiosi industriale viene individuata come strumento per la promozione, il riuso e il trasferimento di risorse tra aziende; gli Stati membri dovrebbero adottare le misure opportune per aiutare a riconoscere come sottoprodotti, una sostanza o un oggetto derivante dal processo di produzione. A livello nazionale rilevanti sono i documenti emanati dal MATTM e MISE dove la simbiosi è inserita tra gli strumenti metodologici e conoscitivi per un'economia circolare e l'uso efficiente delle risorse. Lo stesso PNRR fa riferimento alla simbiosi industriale per la riconversione eco industriale delle aree produttive del Paese, integrato con una serie d'incentivi fiscali che possono favorire tali percorsi. Si veda *Strategia nazionale per l'economia circolare, Linee Programmatiche per l'aggiornamento. Documento per la consultazione*, 30 settembre 2021.

L'E.N.E.A.⁴⁹ ha già messo a punto una piattaforma volta a promuovere progetti di simbiosi industriali favorendo le sinergie tra imprese attraverso tavoli di confronto e condivisione delle risorse, utilizzando un modello cooperativo volto a stimolare le aziende secondo un approccio di *Parco Ecoindustriale*. Tre sono le principali direttrici che E.N.E.A. ha sviluppato: prima la raccolta delle informazioni relative all'azienda, alle risorse *input* di cui le aziende hanno necessità per i propri processi produttivi e alle risorse *output* che le aziende possono mettere in condivisione (residui di produzioni, sottoprodotti e rifiuti). L'altro tipo d'intervento si basa sulla comunicazione con le aziende, coi principali *stakeholder* a livello locale al fine di creare un *network* d'interlocutori⁵⁰. E' di tutta evidenza la rilevanza di tali azioni al fine di creare un mercato dei prodotti derivanti dal riciclo.

5. I soggetti pubblici e i regolatori nella programmazione della gestione dei rifiuti.

L'art. 198 *bis* del Codice dell'ambiente, introdotto dal D.Lgs n. 116/2020, ha innovato la disciplina sulla pianificazione dello Stato nella gestione dei rifiuti con la messa a disposizione di un nuovo strumento di programmazione a livello nazionale che "... *fissa i macro-obiettivi, definisce i criteri e le linee guida strategiche cui le Regioni e le Province autonome si attengono nella elaborazione dei piani regionali di gestione dei rifiuti di cui all'articolo 199 del presente decreto*".

⁴⁸ Anche sotto questo profilo saranno i pubblici poteri a incentivare la "simbiosi industriale" attraverso meccanismi di conoscibilità e pubblicità tra le imprese interessate. La simbiosi industriale, attraverso il trasferimento di risorse di scarto in esubero o sottoutilizzate da un'industria ad un'altra, consente di conseguire benefici economici ed ambientali derivanti dal mancato smaltimento dei rifiuti e dal consumo evitato di risorse primarie. Complessivamente consente, quindi, di ottenere soluzioni di tipo *win-win*, in cui tutti gli attori coinvolti possono trarre vantaggio dalle reciproche interazioni. La simbiosi industriale si presta anche come uno strumento utile di pianificazione territoriale per la valorizzazione locale delle risorse, indubbio fattore di eco-innovazione e di arricchimento per il territorio. In un'ottica olistica di gestione delle aree industriali diventa, inoltre uno strumento imprescindibile per garantire un uso più efficiente delle risorse e per innescare le condizioni di competitività territoriale ed economica. E.N.E.A. si pone come obiettivo la conoscenza e l'esperienza attraverso gli sviluppi di percorsi che descrivono le potenziali destinazioni produttive delle risorse o viceversa, lo sviluppo di manuali operativi che descrivono il percorso logico, tecnico, economico e amministrativo per la realizzazione delle sinergie, l'interazione attiva coi ricercatori interni ed esterni, per verificare tutte le possibili opzioni di valorizzazione.

⁴⁹ E.N.E.A. - Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile, si pone come obiettivo la conoscenza e l'esperienza attraverso gli sviluppi di percorsi che descrivono le potenziali destinazioni produttive delle risorse o viceversa, lo sviluppo di manuali operativi che descrivono il percorso logico, tecnico, economico e amministrativo per la realizzazione delle sinergie, l'interazione attiva coi ricercatori interni ed esterni, per verificare tutte le possibili opzioni di valorizzazione.

⁵⁰ Occorre rammentare, quale cornice, che la gestione del servizio è attratta nell'orbita della gestione integrata del ciclo dei rifiuti; si prevede che, in sede di Conferenza Unificata e con DPCM, siano individuati impianti di recupero e smaltimento per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese, secondo una quantificazione di risorse pubbliche da inserire nei documenti di programmazione finanziaria nazionale, ex art. 195, c. 1, lett. f) del Codice dell'ambiente, che così dispone: *l'individuazione, nel rispetto delle attribuzioni costituzionali delle regioni, degli impianti di recupero e di smaltimento di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese; l'individuazione è operata, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, a mezzo di un programma, adottato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, e inserito nel Documento di programmazione economicofinanziaria, con indicazione degli stanziamenti necessari per la loro realizzazione. Nell'individuare le infrastrutture e gli insediamenti strategici di cui al presente comma il Governo procede secondo finalità di riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale. Il Governo indica nel disegno di legge finanziaria ai sensi dell'articolo 11, comma 3, lettera i-ter), della legge 5 agosto 1978, n. 468, le risorse necessarie, anche ai fini dell'erogazione dei contributi compensativi a favore degli enti locali, che integrano i finanziamenti pubblici, comunitari e privati allo scopo disponibili.*

Il PNGR s'integra col livello di programmazione regionale, i quali per taluni contenuti dovranno tener conto di quanto stabilito nel Programma nazionale, per altre parti potranno autodeterminarsi, fermo restando che il ruolo principale della Regione sarà la programmazione dell'allocazione degli impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti da inserirsi ottimali di gestione del servizio. In verità l'art. 198 *bis* introdotto nel Codice dell'ambiente, fa emergere, sotto questo profilo una forte opzione centralistica: il punto focale è rappresentato dalla programmazione statale la quale, oltre alla ricognizione impiantistica e per tipologie d'impianti, condiziona la stesura dei PRGR soprattutto nell'individuazione dei distretti interregionali e la localizzazione degli impianti, sulla base del principio di prossimità.

Così ad esempio rientra nel Programmazione nazionale l'individuazione dei flussi omogenei di produzione dei rifiuti che presentano maggiori difficoltà di smaltimento o particolari possibilità di recupero sia per le sostanze impiegate nei prodotti base, sia per la quantità complessiva dei rifiuti medesimi, tenendo conto della pianificazione regionale e con finalità di progressivo riequilibrio socio-economico tra le aree del territorio. Sempre nel programma nazionale sarà contenuto il Piano nazionale di comunicazione e conoscenza ambientale in *tema di rifiuti e di economia circolare*. E' in questa prospettiva che emerge il rilievo dell'art. 41 della Costituzione lì dove si prevede che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata, in questo caso l'attività connessa al tema ambientale in generale e ai rifiuti in modo specifico, sia coordinata ai fini sociali tra i quali si può annoverare la tutela ambientale.

Quanto allo snodo delle competenze tra Stato e Regione in merito soprattutto all'allocazione degli impianti di smaltimento, questo risulta quantomeno difficile da districare, tant'è che la Corte Costituzionale si è più volte pronunciata sul riparto di competenze, prima con la sentenza n. 367/2007 in tema di paesaggio⁵¹, poi con la successiva sentenza n. 378/2007 ove la Corte chiarisce ulteriormente che l'ambiente deve essere considerato non un bene immateriale ma un "bene di vita": da qui ne consegue che la potestà di disciplinare l'ambiente nella sua interezza è affidata allo Stato, *ex art.* 117 della Costituzione, mentre ad enti spetta la tutela di ulteriori aspetti giuridici tra i quali le Regioni. E' in questo contesto di continuo conflitto Stato/Regioni che si sviluppa in concreto il sistema di pianificazione dei rifiuti, disciplinato dalla parte IV del Codice dell'ambiente che anche sotto questo profilo, accentua fortemente i compiti attribuiti allo Stato e, in particolare, al Ministero dell'ambiente.

Spettano allo Stato funzioni d'indirizzo e coordinamento, la definizione dei criteri generali delle metodologie per la gestione integrata dei rifiuti, la definizione delle linee guida, sentita la Conferenza Unificata, per l'attività di recupero energetico dei rifiuti⁵².

Spetta allo Stato altresì l'esercizio dei poteri sostitutivi nei confronti degli enti inadempienti, tra i quali quello relativo alla mancata o ritardata adozione o adeguamento del Piano regionale di gestione dei rifiuti, *ex art.* 199, c. 9⁵³, così come emerge a seguito delle modifiche introdotte in base all'art. 2, D.L. 3 settembre 2020, n. 116 nonché del D.L. 3 settembre 2020 n. 12.

⁵¹ La Corte Costituzionale con la sentenza 367/2007, individua come oggetto di tutela non il bene immateriale ambiente, bensì l'insieme dei beni materiali e delle loro composizioni che conferiscono al paesaggio un certo aspetto, tanto che "... è evidente che sul territorio gravano più interessi pubblici: quelli concernenti la conservazione ambientale e paesaggistica, la cui cura spetta in via esclusiva allo Stato, e quelli concernenti la fruizione del territorio, che sono affidati alle competenze regionali, concernenti il governo del territorio e la valorizzazione dei beni culturali e ambientali". La Consulta indica nello Stato il compito di assicurare in via unitaria la tutela ambientale e paesaggistica, con disposizioni che costituiscono un limite preciso all'esercizio delle competenze regionali in materia di governo del territorio e valorizzazione dei beni culturali, riconoscendo il "concorso" di più competenze sullo stesso oggetto (inteso come insieme di beni materiali) "ambiente".

⁵² Spetta altresì allo Stato l'individuazione delle iniziative e delle misure volte a prevenire e a limitare, anche mediante il ricorso a forme di deposito cauzionale sui beni immessi al consumo, la produzione dei rifiuti per ridurre la pericolosità, l'individuazione dei flussi omogenei di produzione dei rifiuti con più elevato impatto ambientale che presentino maggiori difficoltà di smaltimento e/o di recupero, l'adozione dei criteri generali per la redazione di piani di settore per la riduzione, il riciclaggio, il recupero e l'ottimizzazione dei flussi di rifiuti.

Tuttavia le Regioni hanno un rilievo specifico in quanto, non solo spetta loro definire gli “Ambiti territoriali ottimali”, ma anche la formulazione dei Piani regionali, sentite le Province, i Comuni e le Autorità d’ambito ; l’approvazione di tali piani regionali avviene tramite atto amministrativo e si applica la procedura di cui alla Parte II del Codice dell’ambiente in materia di autorizzazioni ambientali⁵⁴. Il perimetro dell’ATO spetta alle Regioni a cui sono altresì attribuite competenze fondamentali in materia di rilascio di autorizzazioni per la realizzazione d’impianti di smaltimento e recupero di rifiuti sia urbani che speciali, competenze che spesso vengono delegate con legge regionale alle Province o alle Città Metropolitane. Presso gli uffici competenti regionali sono inoltre rese disponibili informazioni relative alla partecipazione del pubblico al procedimento e all’accesso da parte dei privati alle motivazioni sulle quali si fonda la decisione dell’allocazione degli impianti, anche in relazione alle osservazioni scritte presentate da soggetti pubblici o privati. E’ inoltre compito regionale la realizzazione della c.d. “società del riciclaggio” sulla base di un’analisi territoriale che opera un rapporto tra l’esistente ; contestualmente la Regione individua le politiche da sviluppare attraverso la localizzazione dei nuovi impianti di trattamento e di smaltimento nonché la regolamentazione delle attività di gestione dei rifiuti (anche pericolosi), ivi compresa la raccolta differenziata degli stessi⁵⁵. I piani regionali (PRGR) devono contenere i criteri di riferimento per l’individuazione dei siti in ottemperanza ai principi di trasparenza, efficacia, efficienza, economicità e autosufficienza della gestione dei rifiuti urbani non pericolosi all’interno di ciascun ambito territoriale ottimale⁵⁶; fermo restando l’individuazione degli ATO, occorre tuttavia che il piano regionale non porti ad

⁵³ Codice dell’ambiente, c. 9, art. 199: “In caso di inutile decorso del termine di cui al comma 8 e di accertata inattività nell’approvare o adeguare il piano, il Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell’ambiente e tutela del territorio e del mare, ai sensi dell’ articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, diffida gli organi regionali competenti a provvedere entro un congruo termine e, in caso di ulteriore inerzia, adotta, in via sostitutiva, i provvedimenti necessari alla elaborazione e approvazione o adeguamento del piano regionale”.

⁵⁴ Occorre rammentare come, il concetto di Ambito territoriale originariamente elaborato dagli economisti e dai cultori di geografia economica, delinea il perimetro territoriale più idoneo all’esercizio di un determinato servizio, in questo caso la “gestione dei rifiuti”. L’ambito territoriale ottimale (ATO), è un territorio su cui sono organizzati servizi pubblici integrati, ad esempio quello idrico o quello dei rifiuti (vedi Codice dell’Ambiente, D.Lgs 152/2006 e successive modifiche, che ha abrogato la L. 36/94). Tali ambiti sono individuati dalle Regioni con apposita legge regionale (nel caso del Servizio idrico integrato con riferimento ai bacini idrografici) e su di essi agiscono le Autorità d’ambito, strutture dotate di personalità giuridica che organizzano, affidano e controllano la gestione del servizio integrato.

⁵⁵ Con l’approvazione del *Pacchetto economia circolare* emergono modifiche in materia di pianificazione relativamente all’impiantistica per la gestione dei rifiuti per quanto riguarda il rapporto Stato/Regione, ex art. 195 Codice dell’ambiente così come novellato a seguito dell’entrata in vigore del D.L. 116/2020. L’art. 195 in verità tratta la competenza statale prevedendone l’assegnazione delle funzioni “per le quali sussista l’esigenza di un esercizio unitario a livello nazionale in ragione dell’inadeguatezza dei livelli di governo più circoscritti a raggiungere efficacemente gli obiettivi”. Si veda altresì l’art. 196 “Sono di competenza delle regioni, nel rispetto dei principi previsti dalla normativa vigente e dalla parte quarta del presente decreto, ivi compresi quelli di cui all’articolo 195: a) la predisposizione, l’adozione e l’aggiornamento, sentite le province, i comuni e le Autorità d’ambito, dei piani regionali di gestione dei rifiuti, di cui all’articolo 199; b) la regolamentazione delle attività di gestione dei rifiuti, ivi compresa la raccolta differenziata dei rifiuti urbani, anche pericolosi, secondo un criterio generale di separazione dei rifiuti di provenienza alimentare e degli scarti di prodotti vegetali e animali o comunque ad alto tasso di umidità dai restanti rifiuti; d) l’approvazione dei progetti di nuovi impianti per la gestione di rifiuti, anche pericolosi, e l’autorizzazione alle modifiche degli impianti esistenti, fatte salve le competenze statali di cui all’articolo 195, comma 1, lettera f), e di cui all’articolo 7, comma 4-bis; e) l’autorizzazione all’esercizio delle operazioni di smaltimento e recupero di rifiuti, anche pericolosi, fatte salve le competenze statali di cui all’articolo 7, comma 4-bis; e) l’autorizzazione all’esercizio delle operazioni di smaltimento e di recupero dei rifiuti, anche pericolosi; f) le attività in materia di spedizioni transfrontaliere dei rifiuti che il regolamento (CEE) n. 259/93 del 1° febbraio 1993 attribuisce alle autorità competenti di spedizione e di destinazione; g) la delimitazione, nel rispetto delle linee guida generali di cui all’articolo 195, comma 1, lettera m), degli ambiti territoriali ottimali per la gestione dei rifiuti urbani e assimilati; h) la redazione di linee guida ed i criteri per la predisposizione e l’approvazione dei progetti di bonifica...”. L’ art. 199, c. 2 “I piani di gestione dei rifiuti di cui al comma 1 comprendono l’analisi della gestione dei rifiuti esistente nell’ambito geografico interessato, le misure da adottare per migliorare l’efficacia ambientale delle diverse operazioni di gestione dei rifiuti, nonché una valutazione del modo in cui i piani contribuiscono all’attuazione degli obiettivi e delle disposizioni della parte quarta del presente decreto”.

⁵⁶ Si veda sul punto, l’art.199 c. 3, lett. g) Codice dell’ambiente.

una frammentazione del servizio pur dovendo tener conto di parametri fisici, demografici, tecnici ecc., nonché di un'adeguata valutazione del sistema stradale, ferroviario e di viabilità⁵⁷.

Con il D.L. n. 138/2011 fa la sua comparsa l'Autorità di regolamentazione che da autorità relativa alla regolazione della tariffa per il ciclo integrato è venuta poi a svolgere una globale regolazione del ciclo dei rifiuti e *"a migliorare il sistema ... dei rifiuti anche differenziati, urbani e assimilati"*⁵⁸. L'Autorità nasce dall'esigenza di sottrarre alle valutazioni delle imprese pubbliche, sovente assoggettate agli indirizzi governativi, in modo da favorire lo sviluppo del mercato e, soprattutto di tutelare gli interessi degli utenti. In verità, le norme europee non chiariscono i compiti dei regolatori nazionali, essendo la materia rimessa alla discrezionalità degli Stati membri, pur tuttavia l'esperienza ha dimostrato che la regolamentazione svolge un ruolo centrale nel promuovere e nel correggere "dall'interno" il mercato onde evitare fallimenti dello stesso connessi al raggiungimento d'interessi generali che rimangono, in quanto tali, ineliminabili. Emerge inevitabilmente una correlazione delle funzioni di ARERA⁵⁹ con gli altri attori che intervengono nella filiera dei rifiuti; se si escludono ad es. le competenze del Ministro dell'ambiente o dell'Autorità, si appalesa "un terreno" d'interrelazioni in cui il decisore politico e il regolatore devono coordinarsi altrimenti la presenza di una pluralità di soggetti, sia pure di natura diversa e con funzioni parzialmente differenti, potrebbe dar luogo a situazioni di scarsa linearità decisoria. ARERA, autorità amministrativa indipendente⁶⁰, interviene sul *"... ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati"*...sui quali esercita vigilanza; spetta alla stessa il potere di formulare atti di carattere generale, controlli finalizzati all'approvazione di atti formulati dai diversi attori del sistema.

Alle Province competono le funzioni amministrative concernenti la programmazione e organizzazione del recupero e dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale, in attuazione a quanto previsto dall'art. 19, D.L. n. 267 del 18 agosto 2000⁶¹. Competono altresì alle Province i controlli periodici di enti e imprese che producono rifiuti pericolosi nonché delle imprese che raccolgono e trasportano rifiuti a titolo professionale e, infine, sugli stabilimenti e le imprese che smaltiscono o recuperano i rifiuti.

Alla luce della complessità del quadro fin qui delineato, si aggiunge un ulteriore problema ovvero che ci si trova di fronte ad un'attività rientrante tra i servizi pubblici d'interesse economico. Fin dalla legge del 1941 n. 366, la raccolta, il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti, venivano annoverate tra le attività di pubblico interesse gestiti in regime di privativa come peraltro ribadisce il Codice dell'ambiente nell'art. 117, c. 2, *"... la gestione dei rifiuti costituisce attività di pubblico interesse"*.

Il Codice dell'ambiente annovera espressamente tale settore tra i servizi pubblici (economici) ascrivibile all'esercizio del pubblico potere, con la conseguenza di dover espletare la gara ad evidenza pubblica in casi di esternalizzazione di settori della procedura.

⁵⁷ Si veda sul punto, l'art. 200, c. 1, lett. a) Codice dell'ambiente.

⁵⁸ Si veda art. 1, L. 205/2017.

⁵⁹ Nel dicembre del 2017 con riferimento ai soli rifiuti urbani e assimilati, sono state attribuite funzioni di regolazione e controllo all'ARERA (Autorità di regolazione per energia reti e ambiente). L'Autorità non interviene sulla dimensione ottimale della gestione dei rifiuti ma, dalle scarse norme in merito alle competenze dell'autorità amministrativa indipendente, se ne deduce che la stessa può formulare atti di carattere generale, controlli finalizzati all'approvazione di atti formulati dai diversi attori del sistema, gode altresì di poteri di vigilanza sulle modalità di erogazione dei servizi e tutela degli utenti. L'Autorità è stata istituita inizialmente con il nome di *Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas* (AEEG) con L. 481/1995, in seguito alla decisioni del 1996 e del 1998 dell'Unione europea di liberalizzare il settore dell'energia elettrica e quello del gas naturale, rispettivamente, sostituendo di fatto i monopoli presenti nella maggior parte dei Paesi aderenti alla Unione. L'Autorità ha il compito di tutelare gli interessi dei consumatori e promuovere la concorrenza, l'efficienza e la diffusione di servizi con adeguati livelli di qualità, attraverso l'attività di regolazione e di controllo. Da gennaio 2018 l'Autorità cambia nome diventando ARERA, *Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente*, allargando le sue competenze anche nel settore dei rifiuti, oltre a quello dell'energia, del gas e dei servizi idrici.

In questo periodo si assiste a una sempre maggiore esternalizzazione del servizio, all'individuazione di ambiti sovra comunali e all'introduzione di una "gestione integrata" dei rifiuti ove gli Ambiti territoriali ottimali si agganciano alla delimitazione regionale. La peculiarità delle scelte in parola dipende dal fatto che, il servizio pubblico afferente ai rifiuti diversamente dagli altri servizi pubblici, risponde non solo a logiche di razionalizzazione del servizio ma, in via prioritaria, proprio alla tutela ambientale: ciò trova conferma sia nella normativa europea che in quella nazionale. Il servizio dei rifiuti rispetto agli altri servizi pubblici ha però un'ulteriore caratteristica, quella di essere articolato in una pluralità di attività rispetto alle quali "... *gli utenti sono a monte e non a valle dell'attività organizzata*"⁶²: gli utenti, a ben vedere, sono sia i produttori dei rifiuti sia i fruitori dell'attività di raccolta e smaltimento. Lo stesso D.L. n. 116/2020, che ha concorso alla modifica del Codice dell'ambiente, in raccordo anche alla responsabilità estesa al produttore, introduce l'ipotesi che, i fruitori del servizio possano scegliere modalità di raccolta e trasporto alternative in virtù del principio di concorrenza. Proprio sul modello di altri servizi pubblici quali ad es. il servizio idrico, gas e trasporti, a partire dagli anni '90 si è operata l'esternalizzazione delle singole fasi del servizio dei rifiuti, essendo le stesse solo funzionalmente connesse tra loro, rendendo possibile la gestione tramite affidamento riferito ad una o più fasi, come rileva la prevalente giurisprudenza "*La vigente normativa non postula un legame necessario ed imprescindibile tra attività di raccolta, trasporto,*

⁶⁰ Legge n. 205/2017, art. 1, c. 527 "Al fine di migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati, per garantire accessibilità, fruibilità e diffusione omogenee sull'intero territorio nazionale nonché adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione, armonizzando gli obiettivi economico-finanziari con quelli generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse, nonché di garantire l'adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea, superando così le procedure di infrazione già avviate con conseguenti benefici economici a favore degli enti locali interessati da dette procedure, sono attribuite all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, come ride nominata ai sensi del comma 528, con i medesimi poteri e nel quadro dei principi, delle finalità e delle attribuzioni, anche di natura sanzionatoria, stabiliti dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, le seguenti funzioni di regolazione e controllo, in particolare in materia di: a) emanazione di direttive per la separazione contabile e amministrativa della gestione, la valutazione dei costi delle singole prestazioni, anche ai fini della corretta disaggregazione per funzioni, per area geografica e per categorie di utenze, e definizione di indici di valutazione dell'efficienza e dell'economicità delle gestioni a fronte dei servizi resi; b) definizione dei livelli di qualità dei servizi, sentite le regioni, i gestori e le associazioni dei consumatori, nonché vigilanza sulle modalità di erogazione dei servizi; c) diffusione della conoscenza e della trasparenza delle condizioni di svolgimento dei servizi a beneficio dell'utenza; d) tutela dei diritti degli utenti, anche tramite la valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentati dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati; e) definizione di schemi tipo dei contratti di servizio di cui all'articolo 203 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152; f) predisposizione ed aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione, a copertura dei costi di esercizio e di investimento, compresa la remunerazione dei capitali, sulla base della valutazione dei costi efficienti e del principio « chi inquina paga »; g) fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento; h) approvazione delle tariffe definite, ai sensi della legislazione vigente, dall'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale per il servizio integrato e dai gestori degli impianti di trattamento; i) verifica della corretta redazione dei piani di ambito esprimendo osservazioni e rilievi; l) formulazione di proposte relativamente alle attività comprese nel sistema integrato di gestione dei rifiuti da assoggettare a regime di concessione o autorizzazione in relazione alle condizioni di concorrenza dei mercati; m) formulazione di proposte di revisione della disciplina vigente, segnalandone altresì i casi di gravi inadempienze e di non corretta applicazione; n) predisposizione di una relazione annuale alle Camere sull'attività svolta.

⁶¹ Codice dell'ambiente, art. 197 così come novellato: *Competenze delle province 1. In attuazione dell'art. 19 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, alle province competono in linea generale le funzioni amministrative concernenti la programmazione ed organizzazione del recupero e dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale, da esercitarsi con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, destinazione dei rifiuti. 5-bis.*

⁶² A. Benedetti, *Organizzazione e regolazione dei servizi locali di interesse economico: il caso del ciclo dei rifiuti urbani*, loc. cit., "*Rispetto ad altri servizi locali, la particolarità del servizio rifiuti sta nell'essere articolato in una pluralità di attività coordinate (raccolta, trasporto, smaltimento) rispetto alle quali gli utenti sono «a monte» e non «a valle» dell'attività organizzativa. Gli utenti sono, infatti, al contempo produttori dei rifiuti (nella loro qualità di consumatori che eliminano gli scarti o che semplicemente si disfano di beni che non intendono ulteriormente utilizzare e soggetti interessati alle attività di raccolta e smaltimento)*".

conferimento e loro smaltimento finale, ben potendo le diverse fasi del complessivo servizio essere svolte da imprese diverse (specie lo smaltimento rispetto al resto)⁶³.

Oggi nel novellato art. 198 i Comuni, singoli o associati concorrono, nel quadro delle attività svolte a livello degli ambiti territoriali ottimali, alla gestione dei rifiuti urbani in senso stretto, in particolare la raccolta, il trasporto dei rifiuti urbani, le modalità di conferimento della raccolta differenziata al fine di promuovere il recupero dei rifiuti stessi, fissando *standard* minimi da rispettare⁶⁴. Così il ruolo del Comune, titolare tradizionalmente del servizio, è andato via via ad inserirsi in un reticolo programmatico lì dove operano Regioni, Province ed altri soggetti pubblici (*ex art. 177, c. 5*) al fine d'individuare il perimetro territoriale ottimale, sì da realizzare l'auto sufficienza nello smaltimento e nel trattamento dei rifiuti urbani non pericolosi, nel rispetto del principio di prossimità.

6. Provvedimenti autorizzatori ambientali alla luce del Decreto semplificazioni.

Infine il D.L. 152/2006, ha in parte modificato i provvedimenti autorizzatori per la realizzazione degli impianti di riciclaggio e smaltimento, sulla quale peraltro è intervenuta anche la normativa di semplificazione *Bis* così come pubblicata in G.U il 30 luglio 2021⁶⁵. La legislazione ambientale prevede autorizzazioni uniche aventi natura esclusivamente ambientale come la V.I.A., per la quale è stato dimezzato il termine di emanazione e che sovente assorbe le altre autorizzazioni nonché la V.A.S.⁶⁶ e soprattutto, a seguito della semplificazione di tali procedimenti, l'A.U.A.⁶⁷. La V.I.A. è una procedura tecnico-amministrativa che ha lo scopo d'individuare e descrivere, in via preventiva alla realizzazione delle opere, gli effetti sull'ambiente biofisico di determinati progetti pubblici o privati nonché d'identificare misure volte a prevenire o a rendere minimi gli impatti negativi sull'ambiente prima che questi si verifichino.

⁶³ Così, *ex multis*, TAR Puglia, Bari, sez. I, 24 marzo 2011, 474.

⁶⁴ Codice dell'ambiente, art. 198 così come novellato: *Competenze dei comuni (1) I comuni concorrono, nell'ambito delle attività svolte a livello degli ambiti territoriali ottimali di cui all'articolo 200 e con le modalità ivi previste, alla gestione dei rifiuti urbani. ...I comuni concorrono a disciplinare la gestione dei rifiuti urbani con appositi regolamenti che, nel rispetto dei principi di trasparenza, efficienza, efficacia ed economicità e in coerenza con i piani d'ambito adottati ai sensi dell'articolo 201, ...le modalità del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani...le modalità del conferimento, della raccolta differenziata e del trasporto dei rifiuti urbani al fine di garantire una distinta gestione delle diverse frazioni di rifiuti e promuovere il recupero degli stessi...le misure necessarie ad ottimizzare le forme di conferimento, raccolta e trasporto dei rifiuti primari di imballaggio in sinergia con altre frazioni merceologiche, fissando standard minimi da rispettare;...le modalità di esecuzione della pesata dei rifiuti urbani prima di inviarli al recupero e allo smaltimento l'assimilazione, per qualità e quantità, dei rifiuti speciali non pericolosi ai rifiuti urbani...*

⁶⁵ IL DECRETO SEMPLIFICAZIONI BIS (DECRETO-LEGGE 31 MAGGIO 2021, N. 77, CONVERTITO CON MODIFICAZIONI DALLA LEGGE 108 DEL 29 LUGLIO 2021, PUBBLICATA SULLA GAZZETTA UFFICIALE N.181 DEL 30 LUGLIO 2021).

⁶⁶ V.A.S.: oggetto della procedura in questo caso sono i piani e i programmi che producono impatti significativi sull'ambiente tenuto conto dei livelli di sensibilità ambientale dell'area oggetto d'intervento. Sono obbligatori nei settori agricoli, energetici, industriali quelli che possono incidere sulle finalità di conservazione delle zone. A differenza della VIA la VAS è stata ideata dal legislatore comunitario come un procedimento che accompagna la costruzione dell'atto di pianificazione/programmazione; non è quindi un controllo esterno sulla compatibilità ambientale dell'atto quanto piuttosto uno strumento di supporto all'elaborazione del piano. A differenza della VIA la VAS incide sull'attività svolta, è avviata dall'Autorità procedente contestualmente al processo di formazione del piano/programma. La V.A.S. è il processo che comprende lo svolgimento di assoggettabilità di un'attività e trova applicazione: 1. per i piani e i programmi del settore agricolo forestale ecc.; 2. per i piani e i programmi dei progetti previsti negli all. 2, 3, 4, del D. LGS 152/2006; 3. per i piani e i programmi concernenti siti designati come zone di protezione speciale. Le modalità di svolgimento della V.A.S. sono dettagliatamente indicate nell'art. 12, D.Lgs 152/2006.

Ne risulta quindi un procedimento caratterizzato da due matrici differenti: ovvero un elevato tasso tecnico-scientifico e un altrettanto rilevante peso del potere discrezionale dell'amministrazione che non si limita ad acquisire il dato tecnico ma se ne servirà per ponderarlo insieme ad altre istanze coinvolte per addivenire ad una scelta sull'assetto degli interessi da realizzare. E' prevista anche la facoltà di svolgere consultazioni pubbliche mediante un'inchiesta pubblica o un sintetico contraddittorio con i soggetti che hanno presentato osservazioni. Il provvedimento conclusivo della V.I.A. dovrà tener conto delle osservazioni presentate. I principi ispiratori dell'autorizzazione sono desumibili dall'originaria disciplina comunitaria così sintetizzabili: 1. prevenzione: attraverso l'analisi di tutti i possibili impatti dell'opera al fine di migliorare la qualità della vita; 2. integrazione: attraverso l'analisi di tutte le componenti ambientali e delle interazioni fra i diversi effetti possibili; 3. confronto: attraverso il dialogo e il riscontro tra chi progetta e chi autorizza nella fase di raccolta e d'impiego dei dati tecnici; 4. partecipazione: in un'ottica di maggiore trasparenza. Gran parte dei principi ispiratori della V.I.A. era già individuabile nel D.Lgs n. 152/2006. A tal fine per la V.I.A. nazionale è prevista la nomina di una Commissione e il contestuale svolgimento di un'attività istruttoria gestita dal Ministero della transizione ecologica. L'affidamento del potere decisionale spetta al direttore della direzione generale competente del MiTE che lo esercita di concerto con il direttore generale competente del Ministero della Cultura che assorbe anche l'autorizzazione paesaggistica, qualora necessario, con notevole risparmio di tempo. Per ciò che attiene la V.I.A. regionale, questa viene introdotta attraverso una fase preliminare al provvedimento autorizzatorio unico regionale (PUAR) in una Conferenza dei servizi preliminare i cui tempi possono essere ridotti fino alla metà e consente al proponente di conoscere dal campo di applicazione della V.I.A. i progetti di opere ed interventi destinati esclusivamente alla difesa nazionale per i quali l'Autorità statale ritenga che la sottoposizione a tale procedura potrebbe preventivamente le condizioni per l'approvazione del progetto; tutto ciò fa sì che la qualità dei progetti e i tempi ridotti, rendano più snello il procedimento autorizzatorio. Sono esclusi i progetti che possono pregiudicare la difesa nazionale così come sono esclusi i singoli interventi disposti in via d'urgenza a salvaguardia dell'incolumità delle persone. Tuttavia, come ha rilevato la prevalente giurisprudenza, le valutazioni di ordine ambientale sottese al rilascio del provvedimento autorizzatorio, dovrà tener conto di una pluralità d'interessi, in particolare quelli di ordine urbanistico-edilizio stante la loro innegabile interconnessione⁶⁸. In ogni caso si osservi che il dato formale della classificazione urbanistica dell'area in contrasto con l'intervento proposto non costituisce di per sé ostacolo al rilascio dell'autorizzazione ambientale, in quanto è la stessa autorizzazione ad avere l'effetto di variare automaticamente lo strumento urbanistico⁶⁹. Inoltre, nella realizzazione dei siti di riciclaggio e smaltimento si dovrà tener conto della *gerarchia dei rifiuti* incentivandone la prevenzione fin dalla produzione, promuovendone il riutilizzo e il riciclaggio tramite imprese appositamente qualificate dall'Albo Nazionale dei gestori ambientali⁷⁰. Il quadro delle competenze in materia di rifiuti è certamente complesso ed articolato (forse eccessivamente) in quanto complessa ed articolata è la gestione in concreto della filiera del rifiuto il che implica che i vari attori di tale filiera devono o meglio dovrebbero

⁶⁷ A.U.A.: autorizzazione unica ambientale è il provvedimento che sostituisce gli atti di comunicazione, notifica e autorizzazione in materia ambientale ed è disciplinata dal D.P.R. 13 marzo 2013 n. 59. È rilasciata dallo sportello unico per le attività produttive (SUAP), unico punto di accesso per le vicende amministrative riguardanti l'attività produttiva del richiedente; l'autorità competente ai fini del rilascio, rinnovo e aggiornamento dell'AUA è la Provincia o la diversa autorità indicata dalla normativa regionale. La semplificazione viene in questo caso perseguita valorizzando tre profili: 1. si tratta di un procedimento volto all'assunzione di un unico provvedimento che sostituisce le diverse autorizzazioni che altrimenti l'impresa avrebbe dovuto tenere separatamente all'esito di singoli procedimenti; 2. la semplificazione maggiore data dalla previsione della durata molto lunga, 15 anni, dell'autorizzazione così ottenuta; il procedimento stesso del rilascio dell'A.U.A. prevede tempi brevi per l'istruttoria e l'adozione finale; 3. il procedimento è incentrato sulla figura dello Sportello Unico delle attività produttive, presente nei Comuni che svolge la funzione di ricezione della domanda e conseguente trasmissione alle autorità competenti.

⁶⁸ Si veda, TAR Campania, sez. II, n. 1254, 6 settembre 2018.

coordinarsi in modo organico altrimenti, l'effetto che ne consegue, potrebbe risultare diametralmente opposto a quello che ci si propone⁷¹.

⁶⁹ TAR Piemonte, sez. I, n. 318, 18 febbraio 2015 ove si legge altresì che la disposizione di cui all'art. 208, c. 6 del D.L. n. 152/2006, va inteso nel senso che la localizzazione degli impianti può essere autorizzata anche su un'area incompatibile secondo le previsioni dello strumento urbanistico, il quale, in tal caso resta automaticamente variato in senso conforme alla destinazione dell'impianto autorizzato senza necessità di attivare previamente la complessa procedura di variazione dello strumento urbanistico prevista dalla normativa di settore. Sotto tale profilo è rilevante anche la decisione assunta dal TAR Liguria, sez. I, n. 1237 del 14 dicembre 2016, ove il Giudice adito afferma che la destinazione agricola, pur avendo lo scopo d'impedire insediamenti abitativi e residenziali, non preclude in via assoluta e radicale qualsiasi intervento urbanisticamente rilevante quale la realizzazione di un impianto destinato a discarica.

⁷⁰ Sotto questo profilo il Ministero dell'ambiente svolge un ruolo fondamentale attraverso una fitta rete di norme secondarie o di programmi diretti a favorire il rispetto della *gerarchia dei rifiuti*, incentivando la prevenzione della produzione, ex art. 180 e promuovendo il riutilizzo e riciclaggio tramite imprese appositamente qualificate dall'Albo dei gestori ambientali, ex art. 181.

⁷¹ Negli anni '90, grazie al contributo del chimico tedesco Michael Braungart e dell'architetto americano William McDonough, inizia a diffondersi il pensiero di *Cradle-to-Cradle* in contrasto con la classica visione dalla culla alla tomba del modello di produzione lineare, ciò in quanto il C2C prospetta un approccio biomimetico alla progettazione di prodotti e sistemi che modella l'industria umana sui processi della natura in cui i materiali sono visti come nutrienti che circolano in metabolismi sani e sicuri. Tutto ciò implica che il modello C2C risulta sostenibile della vita e delle generazioni future, dalla nascita o culla di una generazione alla generazione successiva. L'idea che sta dietro alla filosofia del *cradle to cradle* è che tutti i materiali, dopo essere stati utilizzati in un ciclo produttivo, possono essere riutilizzati per un altro prodotto. La prima differenza con il riutilizzo convenzionale è che non vi è alcuna perdita di qualità del prodotto residuo e nessun prodotto residuo può essere scartato. W. McDonough, M. Braungart, *Cradle to Cradle: remake the way we make things*, North Point Press, 1a ed., 22 aprile 2002. L'idea centrale che sta dietro al processo *cradle to cradle* è che tutti i materiali utilizzati dopo la loro vita in un prodotto possono essere utilizzati in un altro prodotto; la prima differenza con il riutilizzo convenzionale è che non vi è alcuna perdita di qualità e nessun prodotto residuo viene a rappresentare un rifiuto.

LA DUBBIA EFFICACIA DELLO “SCUDO ERARIALE” COME STRUMENTO DI TUTELA DEL BUON ANDAMENTO DELLA P.A.

Salvatore Cimini - Federico Valentini *

Abstract: Il sistema amministrativo risulta sempre più caratterizzato da condotte patologicamente cautelative dei decisori pubblici e tale fenomeno, noto come “burocrazia difensiva”, compromette il buon andamento della pubblica amministrazione con conseguente pregiudizio allo sviluppo economico del Paese. La rimodulazione della responsabilità erariale nei termini indicati nell’art. 21 del d.l. 76/2020 (convertito con modificazioni in legge 120/2020) costituisce un mezzo di dubbia efficacia per conseguire il nobile obiettivo di migliorare l’agire pubblico e favorire la ripresa degli investimenti. Restituire la serenità ai decisori pubblici è possibile e necessario al fine di rendere la burocrazia più veloce ed efficiente, ma ciò può raggiungersi solo attuando riforme strutturali e permanenti. Nel presente lavoro si suggerisce una tipizzazione della colpa grave - auspicabile per il riordino della disciplina della responsabilità erariale in ottica di una effettiva semplificazione - e una valorizzazione della c.d. amministrazione di risultato da attuare mediante un potenziamento del sistema dei controlli sull’attività dei funzionari e dei dirigenti.

Abstract: *The administrative system is increasingly characterized by the pathologically precautionary conduct of public decision-makers and this phenomenon, known by the term "defensive bureaucracy", compromises the good performance of the public administration with consequent prejudice to the economic development of the country. The reshaping of administrative responsibility in the terms indicated in art. 21 of the d.l. 76/2020 (converted with amendments into law 120/2020) is a dubious means of achieving the noble objective of improving public action and encouraging the resumption of investments. Restoring peace of mind to public decision-makers is possible and necessary in order to make bureaucracy faster and more efficient, but this can only be achieved by implementing permanent and structural reforms. In this paper we point out the typing of the hypothesis of gross negligence - necessary for the reorganization of the tax liability discipline with a view to effective simplification - and even an enhancement of the administration of results, implemented by strengthening the system of controls on the activity of officials and managers.*

SOMMARIO: **1.** “La patologia”: paralisi amministrativa da burocrazia difensiva; **2.** “La cura”: la modifica del dolo; **3.** (Segue): l’eliminazione (parziale) della colpa grave nella responsabilità erariale; **4.** (Pre)visione critica degli effetti della riforma sulla pubblica amministrazione; **5.** Spunti *de jure condendo*: la tipizzazione della colpa grave; **6.** Ulteriori riflessioni *de jure condendo*: semplificazione normativa e amministrazione di risultato per il buon andamento della P.A.

1. “La patologia”: paralisi amministrativa da burocrazia difensiva.

Proprio quando erano tangibili segni di ripresa dal lungo periodo di buio economico che ha oppresso l'Unione Europea a cominciare dal 2001¹, l'emergenza sanitaria da Covid-19 ha fatto ripiombare l'intero territorio unionale (ma in realtà l'estensione è globale) in una profonda crisi istituzionale, sociale ed economica i cui effetti verosimilmente sono ancora lontani dal manifestarsi in tutta la loro intensità e graveranno sulla popolazione per diversi decenni².

In Italia, in questo particolare momento storico, si avverte - più forte di prima - la necessità di migliorare un sistema che certamente già negli anni passati - e in situazione di ordinarietà - aveva manifestato falle non indifferenti nella pubblica amministrazione, tali da compromettere i tanto invocati e positivizzati, quanto imprescindibili, principi di efficacia ed efficienza.

Nello specifico, infatti, è noto come molte iniziative (anche di matrice europea) finalizzate allo sviluppo economico e sociale abbiano trovato spesso difficoltà di attuazione nell'incapacità delle pubbliche amministrazioni locali, con conseguente fallimento dei nobili obiettivi di sviluppo e crescita: si pensi - tornando un po' indietro negli anni - alla c.d. Strategia di Lisbona del 2000³, quale programma di riforme economiche e sociali finalizzato all'obiettivo strategico dell'aumento nel medio termine (decennio successivo) del tasso di occupazione (3% di crescita economica, 70% di occupazione e 60% di forza lavorativa femminile) che però non fu raggiunto, complice anche la crisi economica degli anni successivi⁴. Altro esempio, più recente, di impegno comunitario per lo sviluppo economico che non ha sortito gli effetti sperati, è stato il Trattato di Lisbona del 2010⁵ che al primo comma dell'art. 174 (ex art. 178 del TCE), recita: «*Per promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'unione, questa sviluppa e prosegue la propria azione intesa a realizzare il rafforzamento della sua coesione economica, sociale e territoriale*». Un'azione, quella descritta, che mirava a ridurre il divario tra diverse regioni del territorio europeo sostenendo maggiormente le zone più in difficoltà come quelle rurali, di montagna o transfrontaliere⁶.

Ad oggi, tale divario non si può dire certo colmato⁷. Rivolgendo lo sguardo al futuro, è di particolare importanza ed attualità la c.d. Strategia Europa 2020 (elaborata dopo la Strategia di Lisbona) che si pone l'obiettivo di conseguire «*una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva come mezzo per superare le carenze strutturali dell'economia europea, migliorarne la competitività e la produttività e favorire l'affermarsi di un'economia di mercato sociale e sostenibile*»⁸.

Senza scendere nel dettaglio di tale ambizioso progetto, troppo recente per valutarne gli effetti, giova rilevare il ruolo fondamentale attribuito alle singole realtà nazionali in quanto gli obiettivi prefissati costituiscono parametri di azione per ogni singolo Stato membro che,

¹ * Il presente lavoro è frutto di una riflessione condivisa degli Autori. Tuttavia, al prof. Salvatore Cimini si deve la stesura dei paragrafi 2, 3 e 5, al dott. Federico Valentini quella dei paragrafi 1, 4 e 6. Per un approfondimento del tema della crisi economica e finanziaria, si veda G. DE GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria: dinamiche del potere finanziario e crisi sistematiche*, Cedam, Padova, 2011.

² Sulle conseguenze economiche causate dalla pandemia a livello mondiale, si vedano O. JORDA, S.R. SING, A.M. TAYLOR, *Longer-Run Economic Consequences of pandemics*, working papers 2020-09, Federal Reserve Bank of San Francisco, in www.frbsf.org.

³ Per l'approfondimento di tale manovra e per l'evoluzione delle strategie comunitarie, si rinvia a G. ALLULLI, *Dalla strategia di Lisbona a Europa 2020*, Roma, Centro Nazionale Opere Salesiane, 2015.

⁴ Sul punto, si veda F. MANGANARO, *Aspetti istituzionali delle politiche di coesione*, in S. CIMINI, M. D'ORSOGNA (a cura di), *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 1 ss.

⁵ Per un valido commento al riguardo, si rinvia, per tutti, a F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2010.

⁶ Su tale aspetto il Trattato ha portato ad una posizione di parità il Parlamento ed il Consiglio, infatti il successivo art. 177 (ex art. 161 TCE) stabilisce una procedura legislativa ordinaria di co-decisione tra le due Istituzioni che si va a sostituire alla procedura del parere conforme precedentemente applicabile.

⁷ Sul punto, cfr. F. CHIAPPINI, *Regions4EU: Lo sviluppo tra regioni e periferie d'Europa*, 27 giugno 2020, in www.lospiegone.com.

⁸ Commissione europea, *EUROPA 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, Bruxelles, 3 marzo 2010, in www.eur-lex.europa.eu.

tuttavia, non viene vincolato nel *modus operandi*, così consentendo di contestualizzare gli obiettivi alla situazione (sociale, economica) specifica del territorio.

La libertà di agire accordata a ciascuno Stato membro fa comprendere l'importanza del sistema amministrativo interno che, se non adeguatamente organizzato e in grado di garantire una buona amministrazione, può vanificare qualsiasi sforzo profuso dalla legislazione nazionale e sovranazionale con ripercussioni pregiudizievoli per i singoli cittadini.

Di qui la necessità che a livello statale si recuperi la buona organizzazione e il buon andamento, per un corretto ed efficiente agire pubblico, evitando così "inefficienze paralizzanti". Sotto tale aspetto, ad esempio, nel nostro Paese si registra una situazione allarmante nel settore degli appalti pubblici, occupando l'Italia una posizione poco dignitosa nella classifica dei Paesi dove è più facile avviare un'impresa, stilata dalla Banca mondiale.

In tale settore, e così in tutti gli ambiti della pubblica amministrazione, si registra (a ragione) sempre molta attenzione al tema della responsabilità, in tutte le sue declinazioni (amministrativa, civile, penale, disciplinare), al fine di ridurre al minimo le ipotesi patologiche di condotte corruttive dei funzionari finalizzate al perseguimento dell'interesse privato in luogo di quello pubblico. Tuttavia, l'aspetto (ugualmente importante) su cui il legislatore non ha evidentemente posto la dovuta attenzione è quello relativo al rischio che il funzionario amministrativo ponga in essere comportamenti attivi od omissivi, prettamente cautelativi ancorché non corruttivi, mossi dal fine egoistico di evitare conseguenze pregiudizievoli di natura patrimoniale e reputazionale, sempre a scapito dell'interesse pubblico⁹.

Tale fenomeno, che prende il nome di "amministrazione difensiva" è mutuato da una vecchia piaga di un settore fondamentale della pubblica amministrazione, la sanità. Infatti, di "medicina difensiva" si parla sin dal 1994 allorquando l'*Office of Technology Assesment* affermava che «*la medicina difensiva si verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite, oppure evitano i pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice. Quando i medici prescrivono extra test o procedure, essi praticano una medicina difensiva positiva; quando evitano certi pazienti o trattamenti praticano una medicina difensiva negativa*». La medicina difensiva, volta ad evitare pretese risarcitorie in ottica di maggior tutela della classe medica¹⁰, si è prepotentemente affiancata alla medicina tradizionale, il cui unico fine è quello della tutela della salute, e quindi del paziente, dando luogo ad un sistema parallelo di vastissime proporzioni ed estremamente dannoso per la collettività¹¹. Senza dilungarsi su tale aspetto, è sufficiente rilevare in questa sede come il settore della sanità - avvilito dalle pratiche difensive non solo degli operatori ma anche delle strutture¹² - avrebbe dovuto costituire un campanello d'allarme per lo Stato apparato al fine di tutelare dallo stesso tipo di "patologia" l'intera pubblica amministrazione che oggi, al contrario, in molti

⁹ Cfr. S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim., Dir. Pubbl.*, 2019, 293 ss.

¹⁰ Con questo intento, unitamente a quello di contenere l'eccessiva mole di contenzioso, sono state attuate le importanti riforme che hanno rivoluzionato la sanità italiana e il relativo sistema di responsabilità, ovvero la legge 8 novembre 2012, n. 189, (c.d. legge Balduzzi) e la legge 8 marzo 2017, n. 24 (meglio nota come legge Gelli-Bianco).

¹¹ La letteratura sulla genesi, sulle cause e sulle conseguenze della medicina difensiva è sterminata: a titolo esemplificativo, si segnalano R. BARRESI, A. BATTIGLIANO, A. CALABRESE, R. LOMASTRO, G. MAFFIONE, V. NATOLI, E. PARENTE, A. QUAZZICO, *Impatto sociale, economico e giuridico della pratica della medicina difensiva in Italia e negli Stati Uniti*, in Programma Scienziati in Azienda, XII edizione, Stresa 26 settembre 2011 - 16 luglio 2012, I° *Project Work* della Fondazione Studi Stresa; G. GUERRA, *La medicina difensiva: fenomeno moderno dalle radici antiche*, in *Salute e diritto Politiche sanitarie*, Vol. 14, n. 4, ottobre - dicembre 2013, in www.politichesanitarie.it; F. STELLA, *Incomprensione reciproca tra scienza giuridica e scienza medico-legale: un pericolo da scongiurare*, in *Riv. it. Med. Leg.* 1979, 7 ss; A. CAPOZZI, *Lotta alla medicina difensiva*, edizioni Ecolab, aprile 2016, 43, in www.diritto.it; G. COSMACINI, R. SATOLLI, *Lettera ad un medico sulla cura degli uomini*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 162.

¹² Queste tendono progressivamente ad abbandonare quelle specifiche aree di intervento nelle quali è più probabile che si generi un contenzioso.

settori deve fare i conti con frequenti condotte distorsive da parte dei funzionari i quali, pregiudicando l'efficacia e l'efficienza nell'agire, rendono più arduo e oneroso il raggiungimento del fine pubblico.

Ed infatti, è dimostrato come l'amministrazione difensiva esista realmente e sia in continua crescita¹³ perché i decisori pubblici (dirigenti, funzionari) operano costantemente non solo nella paura di incorrere in una condanna da cui deriverebbe un pregiudizio economico spesso molto gravoso¹⁴, ma anche in quella di essere soggetti al sempre più spietato *clamor fori* che inizia non già dalla condanna ma dalla semplice apertura del procedimento, a prescindere dall'esito dello stesso.

La c.d. "paura della firma" è molto frequente, stante la marcata esposizione dei dipendenti pubblici all'occhio vigile del giudice ordinario, della Corte dei Conti e, spesso, dell'ANAC, inseriti peraltro in un ordinamento che ha previsto, in ossequio al diritto sovranazionale, un potere/dovere di controllo e segnalazione di condotte apparentemente distorsive esercitabile anche dal basso¹⁵. Non è un caso, infatti, che da un'analisi della giurisprudenza contabile risulti come negli anni sia impietosamente aumentato il numero delle citazioni e, conseguentemente, il numero delle sentenze di condanna, ivi comprese quelle definitive¹⁶.

Non può negarsi come esista un nesso eziologico tra la percezione del rischio di responsabilità da parte dei funzionari pubblici e il rallentamento delle procedure amministrative che compromette il buon andamento. Per tale circostanza il governo ha ritenuto opportuno intervenire sulla responsabilità erariale, rimodulandola in senso favorevole ai funzionari e ai dirigenti pubblici mediante un restringimento del campo di applicazione nei modi e nei tempi che verranno analizzati nel paragrafo che segue.

2. "La cura": la modifica del dolo.

Tra le misure urgenti per la semplificazione amministrativa inserite nel *corpus* del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni in legge 11 settembre 2020, n. 120¹⁷, l'intervento sull'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo contabile è uno di quelli che ha maggiormente suscitato perplessità in dottrina, sia per la sua opportunità che per la sua conformità alla Carta costituzionale¹⁸. Il primo comma dell'art. 21, rubricato "responsabilità erariale", modifica l'art. 1, co. I, legge 14 gennaio 1994, n. 20, stabilendo che «la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso».

¹³ Come risulta da *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?*, maggio 2017, Forum PA, Collana ricerche.

¹⁴ Solo per fare un esempio, si rinvia a Corte Conti, Sez. giur. Lazio, 15 giugno 2018, n. 346, a cui ha fatto seguito Corte Conti, Sez. giur. centr. app., 7 marzo 2019, n. 50. La vicenda, conclusasi con una pronuncia di difetto di giurisdizione, riguardava un'ipotesi di responsabilità amministrativa in cui veniva chiesto un risarcimento danni di 3,9 miliardi di euro. Di recente è intervenuta sul caso Cass., Sez. Un., 1 febbraio 2021, n. 2157, che ha invece riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità per danno erariale con la quale si faceva valere, quale *petitum* sostanziale, la *mala gestio* alla quale i dirigenti del Ministero del Tesoro (oggi MEF) avrebbero dato corso, in concreto, nell'adozione di determinate modalità operative e nella pattuizione di specifiche condizioni negoziali relative a specifici contratti nell'ambito di strumenti finanziari derivati. Rimane ferma l'insindacabilità giurisdizionale delle scelte di gestione del debito pubblico, da parte degli organi governativi a ciò preposti, mediante ricorso a contratti in strumenti finanziari derivati.

¹⁵ Si pensi al *whistle-blowing* (dipendente pubblico che segnala illeciti di interesse generale e non di interesse individuale, di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro) previsto nel nostro ordinamento dall'art. 54-*bis* del d.lgs. n. 165/2001 così come modificato dalla legge 30 novembre 2017, n. 179.

¹⁶ Al riguardo, si vedano S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit., 293 ss.; E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei Conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, Fasc. 1, 2019, 39 ss.; G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; A. ZULIANI, G. AURISICCHIO, M. DE BENEDETTO, A. CANZONETTI, G. GUAGNANO, A. LIVERANI, P. MENICHINO, L. RISPOLI, S. SALVI, *La responsabilità per danno erariale alla prova del contenzioso*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, Fasc. 2, 2013, 489 ss.

¹⁷ Recante *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, questo impianto normativo si inserisce nella logica delle esigenze di rilancio dell'economia a seguito dell'emergenza pandemica.

Per effetto di tale disposizione tramonta definitivamente l'indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, in verità minoritario, secondo cui il dolo contrattuale o *in adimplendo* (volontarietà della condotta antidoverosa) è sufficiente per la sussistenza dell'elemento soggettivo¹⁹ e viene consacrato quello restrittivo maggioritario che intende il dolo in senso penalistico, cioè come volontarietà dell'azione ma anche degli effetti che la stessa produce²⁰.

Come rilevato in dottrina²¹, la novità in esame (non anche quella relativa al secondo comma dell'art. 21, d.l. n. 76/2020) non rappresenta - a ben vedere - una deroga orientata ad una maggiore mitezza rispetto all'assetto tradizionale della responsabilità amministrativa delineato nella legge n. 20/1994, riguardando, piuttosto, il differente e generale aspetto dell'onere probatorio.

Il pericolo, più che altro, è quello di un'esegesi della disposizione che, intendendo la prova della volontà dell'evento dannoso come dimostrazione del dolo intenzionale o diretto, escluderebbe il dolo eventuale con conseguente snaturamento del sistema di responsabilità amministrativo-contabile. Siffatta interpretazione, in pratica, produrrebbe l'effetto intollerabile di rendere giuridicamente irrilevante un ampio ventaglio di condotte come quelle in cui la *deminutio patrimonii* non sia specificamente voluta o quelle nelle quali il pregiudizio consista nella lesione di interessi funzionali correlati all'azione amministrativa. Il danno all'immagine, il danno da disservizio, il danno alla concorrenza, non costituirebbero più pregiudizi rilevanti atteso che, al verificarsi di uno di questi, graverebbe sulle Procure contabili la *probatio diabólica* della volontà del soggetto di ledere il buon andamento della p.a.²² Di qui, una sostanziale immunità che neutralizzerebbe i principi generali della responsabilità amministrativo-contabile a cominciare dal disposto dell'art. 28 Cost.²³

¹⁸ Si vedano, a titolo meramente esemplificativo, oltre agli Autori che saranno citati *infra*, F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in www.federalismi.it; A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. 76/2020*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 1, gennaio-febbraio 2021, 14 ss.; M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2/2021, 280 ss.; E. AMANTE, *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del D.L. n. 76 del 2020*, in *Urb. e app.*, 2021, 1, 63 ss.; G. LA ROSA, *La "paura della firma" e la pillola avvelenata nel d.l. Semplificazioni 2020: prime considerazioni sui nuovi confini della responsabilità amministrativa*, in www.dirittifondamentali.it, n. 3/2021.

¹⁹ In tal senso, A. VETRO, *Il dolo contrattuale o civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della corte dei conti*, 10 dicembre 2011, in www.contabilitapubblica.it.

²⁰ In questo senso, invece, si vedano V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in ID. (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, Milano, 2018, 367 ss.; A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Cedam, Padova, 1997, 115; P. DELLA VENTURA, *La colpa grave e il dolo*, in E.F. SCHLITZER - C. MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 188 ss.

²¹ Il riferimento è ad A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. 76/2020*, cit., 18 ss.

²² Cfr. M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, cit., 280 ss., secondo il quale il dolo erariale, nella sua innovativa qualificazione, sarà impossibile da dimostrare da parte delle Procure contabili mediante i poteri giudiziari loro propri, come risulta da un'analisi della giurisprudenza contabile. L'autore si esprime in termini di errore del legislatore di gravità inaudita che disarmare completamente la giurisdizione contabile. Per un approfondimento sulle tecniche di indagine che il pubblico ministero contabile dovrà adottare, si rinvia a M. ATELLI, F. CAPALBO, P. GRASSO, U. MONTELLA, D. PERROTTA, R. SCHÜLMERS VON PERNWERT, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, in *Riv. Corte Conti*, 2020, 6, 28 ss. Per una analisi della prima giurisprudenza contabile, si segnala L. D'ANGELO, *Il "nuovo" dolo erariale nelle prime decisioni del giudice contabile (nota a Corte dei Conti, Sez. I app., 2 settembre 2020, n. 234)*, in www.lexitalia.it, n. 9/2020.

Viceversa, aderendo alla concezione penalistica di dolo²⁴, dovrà rilevare ai fini della responsabilità amministrativa il dolo in tutti i suoi livelli di intensità: da quello più alto del dolo intenzionale, a quello intermedio del dolo diretto, fino al livello di intensità più mite costituito dal dolo eventuale che tradizionalmente si pone sulla linea di confine con la colpa cosciente e si configura quando l'agente pubblico, pur avendo agito per fini diversi da quello di arrecare danno all'amministrazione, abbia accettato il rischio che il danno si verificasse quale conseguenza della sua azione²⁵.

Del resto, se il dolo va riferito all'evento dannoso in chiave penalistica, la responsabilità contabile sarebbe cancellata ove non si tenesse conto di alcuni istituti tipici e imprescindibili del diritto penale come i reati di pura condotta e il dolo eventuale²⁶.

Con la modifica della nozione di dolo erariale in esame si è poi senza dubbio posto fine ad un contrasto sorto in seno alla Corte dei Conti che rischiava di frustrare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost²⁷.

Un aspetto che ha acceso un vivo dibattito, soprattutto in dottrina, è quello relativo all'ambito temporale di applicazione della norma.

Da un lato, c'è chi afferma la natura di interpretazione autentica di questa disposizione, il che comporta la sua efficacia retroattiva con la conseguente applicabilità anche ai giudizi in corso; dall'altro, c'è chi sostiene la natura sostanziale, con la conseguente applicabilità solo per le condotte successive alla sua entrata in vigore²⁸. Va ricordato, infatti, che il carattere sostanziale di una disposizione, ai sensi dell'art. 11, comma 1, disp. prel. c.c., non ne consente, a differenza delle norme processuali, l'applicazione nei giudizi in corso. La giurisprudenza ha sposato la tesi della natura sostanziale della disposizione in esame, affermando di conseguenza che la medesima non si applica ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore²⁹.

²³ Per un valido approfondimento sulla genesi e interpretazione dell'art. 28 Cost., da cui potrebbe evincersi un possibile contrasto tra lo stesso e la disciplina del d.l. n. 76/2020, si vedano M. BENVENUTI, *Commento all'art. 28 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 594 ss; F. MERUSI, M. CLARICH, *Commento all'art. 28 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna 1991, 368 ss; M. PERIN, *Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no*, 8 settembre 2020, in www.lexitalia.it.

²⁴ Così è detto espressamente nella relazione illustrativa al d.d.l. A.S. n. 1883 nella quale si legge: «In materia di responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, la norma chiarisce che il dolo va riferito all'evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica, come invece risulta da alcuni degli orientamenti della giurisprudenza contabile che hanno ritenuto raggiunta la prova del dolo inteso come dolo del singolo atto compiuto».

²⁵ Prima della riforma, in merito al dolo nella sua accezione penalistica e, nello specifico al dolo eventuale, si veda A. VACCA, *Il fondamento gnoseologico del dolo eventuale e la responsabilità contabile: una possibile estensione applicativa*, 2 maggio 2012, in www.lexitalia.it.

²⁶ Così, A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. 76/2020*, in *Rivista della Corte dei Conti*, cit., 18 ss.

²⁷ Ad indentificare il dolo erariale con la nozione penalistica di cui all'art. 43 c.p. è stata originariamente Corte Conti, Sez. Riun., 10 giugno 1997, n. 56 e, più recentemente, Corte Conti, Sez. II centr. app., 26 ottobre 2011, n. 549, Corte Conti, 18 marzo 2015, n. 127 e Corte Conti, 10 giugno 2015, n. 314. In senso contrario, che abbracciava cioè una nozione di dolo contrattuale, vi era comunque la parte prevalente della giurisprudenza, tra cui originariamente Corte Conti, sez. riun., 18 settembre 1996, n. 58/A e, più recentemente, Corte Conti Sicilia, sez. app., 27 novembre 2014, n. 461, Corte Conti, sez. giur., 30 marzo 2017, n. 60, Corte Conti, sez. centr. app., 9 febbraio 2017, n. 74, Corte Conti, sez. giur., 16 aprile 2018, n. 34, Corte Conti, sez. giur., 18 novembre 2019, n. 195 e Corte Conti, 27 dicembre 2019, n. 232.

²⁸ In questo senso, ad esempio, G. CREPALDI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il decreto semplificazioni*, cit., la quale rileva come il legislatore non si sia "limitato ad interpretare, quanto piuttosto a completare la fattispecie normativa, configurando in modo più preciso l'elemento soggettivo quale elemento costitutivo della fattispecie"; si veda però E. LA ROSA, *Il "nuovo" abuso d'ufficio: messa da requiem o eterna araba fenice?*, cit., secondo cui "escludere la irretroattività della previsione espone la norma ad un concreto dubbio di costituzionalità, non essendo ragionevole e giustificabile la disparità di trattamento che si verrebbe a determinare". In giurisprudenza, si segnala Corte Conti, sez. I, 2 settembre 2020, n. 234, la quale, affermando la natura sostanziale della disposizione in esame, statuisce che la medesima non si applica ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

²⁹ Si veda, indicativamente, la già citata Corte Conti, sez. I, 2 settembre 2020, n. 234.

Ed in effetti, dal tenore letterale della disposizione sembrerebbe emergere la sua natura sostanziale, di completamento della fattispecie normativa, con la conseguenza che non sembra potersi affermare la sua efficacia retroattiva.

3. (Segue): l'eliminazione (parziale) della colpa grave nella responsabilità erariale.

Al comma secondo, l'art. 21 del d.l. n. 76/2020 introduce una controversa novità, abolendo la responsabilità erariale per le condotte connotate da colpa grave, ma limitatamente a quelle commissive e per un periodo di tempo limitato (il termine è stato da ultimo prorogato al 30 giugno 2023 dall'art. 51, co. I, lett. h), legge n. 108 del 2021).

Facilmente individuabile è la *ratio* di questa novità normativa, da ravvisare nella sopra richiamata "paura della firma" che rallenta le procedure amministrative e, giocoforza, compromette il buon andamento della pubblica amministrazione. Dunque, il governo, nell'esercizio della funzione legislativa che la Costituzione gli riserva (art. 77 Cost.), ha voluto dare una scossa alla pubblica amministrazione, privilegiando l'agire, il fare, il decidere, rispetto all'inerzia o ai comportamenti meramente dilatori³⁰. Ciò è testimoniato dalla relazione illustrativa che accompagna la riforma nella quale si legge espressamente che la disposizione fa in modo che «i pubblici dipendenti abbiano maggiori rischi di incorrere in responsabilità in caso di non fare (omissioni o inerzie), rispetto al fare dove la responsabilità viene limitata al dolo».

Se l'obiettivo da perseguire è nobile (eliminare la paura della firma), il mezzo codificato per raggiungerlo (eliminazione della colpa grave) resta di dubbia efficacia: in via preliminare, occorre rilevare come adesso diventi importante stabilire se una condotta sia connotata da dolo o da colpa grave ai fini dell'*an* della responsabilità e non solo, come accadeva prima, ai fini del *quantum* di sanzione irrogabile³¹. Ebbene, per la Corte dei Conti stabilire se una condotta commissiva sia connotata da dolo o da colpa grave (distinzione che prima rilevava solo in casi limitati) sarà certamente arduo atteso che il processo contabile è essenzialmente documentale e il Pubblico Ministero non è dotato di poteri istruttori penetranti e idonei ad un così difficile accertamento (come accade nel processo penale).

Entrando poi nel merito della scelta normativa, occorre rilevare come l'allarmante fenomeno della burocrazia difensiva non sembra risiedere nella previsione della "colpa grave", ma piuttosto nella vaghezza del suo concetto che lascia ampi margini di discrezionalità al giudice.

La colpa grave infatti - pur menzionata nell'art. 1, co. I, della legge n. 20/1994, come

³⁰ Tali ragioni sono alla base della novella e, al riguardo, si rinvia a L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (cd. "decreto semplificazioni")*, 4 novembre 2020, in www.federalismi.it.

³¹ Sugli sforzi profusi nel tempo dal legislatore per ovviare al confine incerto dell'elemento soggettivo della responsabilità erariale e alla difficoltà di definizione del concetto di colpa grave, si veda C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, 7 aprile 2021, 197 ss., in www.federalismi.it, la quale rileva come prima del "decreto semplificazioni" la limitazione di responsabilità fosse per singole fattispecie (di cui ne dà ampia contezza), mentre con la riforma ex art. 21, co. II, d.l. n. 76/2020, si è dato luogo ad una scelta di ampio impatto perché destinata a far operare la limitazione di responsabilità ad una platea indeterminata di soggetti e ad una gamma indeterminata di fattispecie. In effetti, non è la prima volta che il legislatore interviene sulla colpa grave. Già, ad esempio, con l'art. 29, co. 7, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito nella legge 30 luglio 2010, n. 122), la responsabilità amministrativa dei funzionari dell'Agenzia delle Entrate, con riguardo alle valutazioni di diritto e di fatto effettuate ai fini della definizione delle transazioni con i contribuenti, è stata circoscritta alle sole ipotesi di dolo. La scelta del legislatore in questo caso riguardava una ipotesi specifica ed era chiaramente guidata dalla necessità di arginare la responsabilità conseguente a condotte intrinsecamente rischiose anche in termini economici agevolando le auspiccate conclusioni transattive, proprio tramite la limitazione dell'elemento soggettivo rilevante.

elemento costitutivo (in alternativa al dolo e congiuntamente agli altri elementi) della responsabilità erariale, e in numerose altre norme - è sempre stata definita in via pretoria³².

Sul punto va segnalato che la giurisprudenza contabile è granitica nell'identificare la colpa grave nella sprezzante trascuratezza dei doveri d'ufficio da parte del pubblico dipendente³³. Esaustiva, al riguardo, è una pronuncia del 2007 in cui i giudici affermano che «*la colpa grave si caratterizza per un atteggiamento di estremo disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni, di negligenza massima, di deviazione dal modello di condotta connesso ai propri compiti, senza il rispetto delle comuni regole di comportamento e senza l'osservanza di un grado minimo di diligenza*»³⁴.

Dunque, non ogni condotta antigiuridica è connotata da colpa grave, non essendo sufficiente il mancato rispetto delle leggi e delle regole di esperienza. Per dirla con le parole del giurista romano Ulpiano, la colpa grave è propria di chi *non intelligit quod omnes intelligunt* e si riferisce, pertanto, a casi estremi e abnormi in cui la colpa è talmente macroscopica da tendere e confondersi con il dolo (*lata culpa dolo aequiparatur*).

In definitiva, la colpa grave coincide con la marcata ed evidente trasgressione degli obblighi di servizio o di regole di condotta che si concretizza nell'inosservanza del minimo di diligenza richiesto nel caso concreto, o con una marchiana imperizia, superficialità e non curanza quando non sussistono oggettive e speciali difficoltà nello svolgimento dello specifico compito d'ufficio.

Partendo da tale presupposto, se dunque si tratta di ipotesi di estrema gravità, ci si chiede perché vi sia questo timore di incorrere in responsabilità, tanto da praticare la "burocrazia difensiva", da parte di funzionari e dirigenti che dovrebbero essere preparati e qualificati in ragione del superamento di un concorso pubblico.

La risposta più immediata, salvo poi individuare altre problematiche³⁵, sembra risiedere nella mancata tipizzazione della colpa grave da cui discende - come anticipato - una vaghezza del concetto che crea, inevitabilmente, incertezza sulla sua effettiva sussistenza nell'analisi dei casi concreti e finisce con l'enfatizzare eccessivamente il potere discrezionale del giudice. Del resto, ogni qual volta il legislatore abbia menzionato la colpa grave - facendola assurgere ora a criterio discrezionale della responsabilità, ora a criterio di dosimetria della sanzione irrogabile - non si è mai preoccupato di darne una definizione³⁶: si pensi, a titolo esemplificativo, alla legge n. 189/2012 o alla successiva legge n. 24/2017 in materia di responsabilità sanitaria. Dunque, anche la legge n. 120/2020 rappresenta in tal senso un'occasione perduta di rendere più chiaro e certo un concetto di fondamentale importanza in tema di responsabilità.

Ciò posto, la riforma introdotta nell'art. 21 dalla legge n. 120/2020, relativamente alla parte in cui introduce lo «*scudo erariale*»³⁷ con innalzamento della responsabilità contabile alle sole ipotesi

³² In argomento si veda E. BONELLI, *La nozione di colpa grave quale elemento soggettivo della responsabilità per danno erariale a quasi vent'anni dalla legge 20 dicembre 1996 n. 639*, in D. CROCCO (a cura di), *La Corte dei Conti tra tradizione e novità*, Jovene, 2014, 276 ss., in cui si riportano le «*figure sintomatiche*» della colpa grave elaborate dalla giurisprudenza contabile proprio con l'intento di semplificare l'attività di giudizio che il giudicante deve compiere: «*inosservanza del minimo di diligenza richiesta; carenza di difficoltà, oggettive ed eccezionali ostative all'ottemperanza ai doveri d'ufficio; prevedibilità e prevenibilità dell'evento dannoso; atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni da parte dell'agente che non osserva le opportune cautele; violazioni di elementari regole che anche i soggetti meno esigenti e cauti sono soliti osservare; deviazione al modello di condotta connesso ai propri compiti senza il rispetto delle comuni regole di comportamento; comportamento gravemente negligente sia nell'esame del fatto (omissione completa o limitazione ad aspetti marginali), sia nell'applicazione del diritto (nelle possibili forme dell'imperizia, dell'inosservanza e dell'erronea interpretazione di norme)*».

³³ Cfr., *ex plurimis*, Corte Conti, Sez. I, 16 luglio 2012, n. 381 e Corte Conti, Sez. II, 27 luglio 2011, n. 384.

³⁴ Così Corte Conti, Sez. giurisd. Abruzzo, 27 marzo 2007, n. 372.

³⁵ Le cause della burocrazia difensiva sono anche altre, più radicate, per le quali si rinvia all'ultimo paragrafo del presente lavoro.

³⁶ Vi sono, in realtà, norme che definiscono la colpa grave. Tuttavia, non come concetto di portata generale ma in riferimento ad alcune materie specifiche menzionate nel paragrafo 5 del presente lavoro.

³⁷ Così G.L. LA GATTA, *Da 'Spazza corrotti' a 'Basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, 17 luglio 2020, in www.sistemapenale.it, 3.

di dolo, non può essere pienamente condivisa nel merito perché non risolve l'incertezza in cui si trovano i funzionari pubblici nell'espletamento delle loro funzioni³⁸.

Peraltro, la riforma *in parte qua* non convince sotto molteplici ulteriori profili, il primo dei quali è da ravvisare nel contrasto tra la nuova norma e il quadro della giurisprudenza della Corte Costituzionale *in subjecta materia*. Ed invero, se si analizza la giurisprudenza del giudice delle leggi, ci si rende conto come lo stesso, in tema di responsabilità amministrativa, abbia dapprima ritenuto ammissibile il passaggio dalla colpa semplice alla colpa grave, configurandolo come una deroga non irragionevole al principio della non rilevanza del grado della colpa sull'*an* della responsabilità³⁹, dopodiché si è spinto fino ad evidenziare la necessità di una previsione della colpa grave per la sua funzione di strumento volto a garantire l'efficienza dell'azione amministrativa⁴⁰. Lo stesso giudice ha poi confermato tale impostazione allorquando ha ritenuto che i principi contenuti nell'art. 97 Cost. possono essere garantiti non tanto con la deresponsabilizzazione dei funzionari pubblici, ma più propriamente con un'equa ripartizione del rischio tra P.A. ed i suoi funzionari, evidenziando che la limitazione della responsabilità alla colpa grave risponde proprio «alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo»⁴¹. Ciò ha portato la Consulta ad affermare che può ritenersi ormai acquisito il principio dell'ordinamento secondo cui l'imputazione della responsabilità amministrativa ha come limite minimo la colpa grave⁴². Al contrario, la nuova riforma impedisce - limitatamente alle condotte attive poste in essere fino al 30 giugno 2023 - che sia configurabile un elemento soggettivo diverso dal dolo e ciò rappresenta una deroga in senso tecnico che rischia seriamente di minare l'intero impianto della responsabilità amministrativa⁴³.

Altro aspetto che solleva seri dubbi di conformità alla Costituzione per contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 è la positivizzata differenziazione tra condotta omissiva e commissiva, per cui se una inefficienza amministrativa è generata dalla prima si incorrerà in responsabilità, viceversa se è causata dalla seconda nessun rimprovero giuridicamente rilevante potrà essere mosso al soggetto agente⁴⁴.

Non manca chi solleva perplessità sulla conformità al disposto dell'art. 3 Cost. anche con riferimento alla portata generale della riforma riferita indistintamente a tutti i lavoratori pubblici a prescindere dalla qualifica rivestita e dalle mansioni svolte, ciò trattandosi di un irragionevole appiattimento privo di valutazioni specifiche che sarebbero state doverose a tutela di alcune categorie di lavoratori aventi compiti più complessi e rischiosi⁴⁵.

³⁸ Cfr. V. GIOMI, *Processo contabile e decisione amministrativa: le dinamiche di una relazione complessa*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2021, 416, la quale rileva come la colpa grave - che sparisce nel processo di responsabilità contabile nei termini di cui all'art. 21 della legge 120/2020 - non sparisce altrettanto nella pubblica amministrazione e continua a generare effetti negativi per le pubbliche risorse. Di talché, non prevedere la colpa grave sul piano processuale significa vanificare gli sforzi profusi negli anni per potenziare un sistema volto ad evitare sprechi di risorse pubbliche.

³⁹ C. Cost., 5 marzo 1975, n. 54 e C. Cost. 22 ottobre 1982, n. 164.

⁴⁰ C. Cost. 15 novembre 1988, n. 1032.

⁴¹ C. Cost. 11 novembre 1998, n. 371.

⁴² C. Cost. 24 ottobre 2001, n. 340.

⁴³ In questo senso, A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. 76/2020*, cit., 19.

⁴⁴ Si veda M. PERIN, *Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no*, cit., che critica aspramente tale novità ravvisandone una incostituzionalità anche per contrasto con l'art. 28 Cost. e, in generale, l'inutilità nel perseguimento degli obiettivi di efficienza e semplificazione della P.A.

⁴⁵ Così C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, cit., 210.

Oltre alla dubbia costituzionalità per contrasto con l'art. 3⁴⁶, la distinzione tra danni cagionati da attività omissiva e commissiva appare anche irragionevole e di difficile applicazione pratica, atteso che spesso un unico danno erariale è conseguenza di un insieme di condotte attive, omissive e inerti⁴⁷. E le Procure contabili mantengono ferma, come è noto, la possibilità di avviare azioni con riferimento ai segmenti omissivi delle condotte miste, agli illeciti commissivi mediante omissione e all'inerzia di dirigenti e organi di controllo. Da ciò deriva l'impatto assai modesto che la nuova responsabilità erariale avrà sul sistema amministrativo (buon andamento della P.A.) e sul sistema economico (ripresa degli investimenti). Se a ciò si aggiunge la vaghezza che il concetto di inerzia assume in sede di accertamento della responsabilità, è facile comprendere come la suddetta distinzione porterà notevoli problemi applicativi⁴⁸.

Oltre alla conformità o meno al dettato costituzionale, la perplessità si pone anche con riferimento al quadro normativo europeo.

In argomento va anzitutto ricordato l'innegabile impegno profuso dall'U.E. per contrastare l'emergenza economica (logica ed inevitabile conseguenza di quella sanitaria), che si è concretizzato nell'attuazione del *Next Generation EU*, misura straordinaria che mette a disposizione degli Stati membri un'ingente somma per il finanziamento di progetti⁴⁹. Conseguentemente, è stato adottato il Regolamento (UE) 2021/241, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza e che, all'art. 3, individua sei pilastri del vasto piano di intervento⁵⁰.

A fronte di questo impegno dell'Unione, il controllo sulla corretta gestione delle risorse ad opera dei funzionari non può che avvenire sulla base della normativa europea e, sul punto, viene in considerazione l'art. 340, par. IV, T.F.U.E., secondo cui «*La responsabilità personale degli agenti nei confronti dell'Unione è regolata dalle disposizioni che stabiliscono il loro statuto*» in combinato disposto con l'art. 22 dello Statuto dei Funzionari dell'Unione Europea che, con riferimento al risarcimento danno subito dall'Unione in conseguenza di condotte distorsive dei dipendenti, richiede «*la colpa personale grave del funzionario nell'esercizio o in occasione dell'esercizio delle sue funzioni*»⁵¹.

Ne deriva che l'art. 21, co. II, l. n. 120/2020, quale norma interna che elimina in parte la colpa grave, si pone evidentemente al di fuori del solco tracciato dalla normativa europea.

⁴⁶ Sul punto, si veda A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 5/2020, p. 4, secondo cui il vizio di incostituzionalità dell'art. 21, co. II, legge 120/2020 non sussiste in ragione del carattere eccezionale e transitorio della norma, tenendo presente altresì che una eventuale pronuncia di incostituzionalità del giudice delle leggi verrebbe resa a norma non più vigente (dopo il 31 dicembre 2021). Invero, il termine è stato prorogato fino al 30 giugno 2023 dall'art. 51, comma 1, lett. h), legge n. 108 del 2021, per cui i tempi per una pronuncia della Corte costituzionale attualmente ci sono.

⁴⁷ Al riguardo, si veda A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., p. 5 e 6, che si esprime in termini di riforma più apparente che reale.

⁴⁸ Sulla differenza tra azione ed omissione che ha voluto fare il legislatore si sofferma anche V. GIOMI, *Processo contabile e decisione amministrativa: le dinamiche di una relazione complessa*, cit., 416, la quale rileva che la scelta normativa finisce col prediligere i dipendenti e funzionari pubblici che agiscono, anche se con negligenza e imperizia, a coloro che restano inerti, risolvendo il timore dell'azione ma ingenerando il timore dell'omissione.

⁴⁹ Per approfondire nel dettaglio questo importante strumento di ripresa, cfr. www.ec.europa.eu. La somma complessivamente stanziata è pari a 723,8 miliardi di euro e l'Italia ne avrà a disposizione 209.

⁵⁰ Questi sono la transazione verde, la trasformazione digitale, la crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, la coesione sociale e territoriale, la salute e la resilienza economica, sociale e istituzionale, le politiche per la prossima generazione.

⁵¹ La norma, nella sua interezza, recita: «*Il funzionario può essere tenuto a risarcire, in tutto o in parte, il danno subito dall'Unione per colpa personale grave da lui commessa nell'esercizio o in occasione dell'esercizio delle sue funzioni. La decisione motivata è presa dall'autorità che ha il potere di nomina, secondo la procedura prescritta in materia disciplinare. La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha competenza anche di merito per decidere delle controversie cui possa dar luogo la presente disposizione*».

E la questione presenta una notevole portata applicativa laddove nel procedimento di spesa del *cd. Recovery Fund* intervengono organi delle istituzioni europee e organi dello Stato italiano di talché, in caso di fondi indebitamente impiegati come conseguenza di una condotta connotata da colpa grave, si assisterà ad una responsabilità erariale per il funzionario dell'U.E. e ad una immunità del funzionario dello Stato italiano⁵². Un risvolto che collide con le norme e i principi dell'ordinamento sovranazionale⁵³.

Una ulteriore perplessità di questa riforma è il suo limite temporale, dapprima individuato nel 31 luglio 2021, poi prolungato al successivo 31 dicembre in sede di conversione del decreto ed infine esteso fino al 30 giugno 2023 dall'art. 51, comma 1, lett. *h*), legge n. 108 del 2021. Il lasso temporale di validità della norma limitato rende meno realizzabile l'obiettivo della riforma che è quello di restituire la tanto sciorinata serenità ai dipendenti pubblici.

Sotto altro aspetto, la natura temporanea della novella sembra necessitata dal fatto di ridimensionare il rischio di una sua incostituzionalità⁵⁴, anche se resta concreto il pericolo che il provvisorio diventi definitivo come spesso accade nel nostro ordinamento giuridico⁵⁵.

Ultima, ma non meno importante, considerazione su questa norma, riguarda l'aspetto relativo alla sua applicazione retroattiva per i fatti commessi antecedentemente alla sua entrata in vigore: non estendere la limitazione al dolo anche alle condotte precedenti, vuol dire che ci si trova di fronte ad una norma che sarà fonte di disparità di trattamento censurabile dalla Corte Costituzionale.

4. (Pre)visione critica degli effetti della riforma sulla pubblica amministrazione.

Si è detto come nell'intenzione del legislatore l'abolizione della colpa grave, seppur limitata nel tempo e circoscritta alle condotte commissive, possa contribuire ad eliminare la "paura della firma", vale a dire il timore di finire *sub judice* con tutte le conseguenze patrimoniali, relazionali e reputazionali che ne derivano.

In effetti, è indubbio che vi sia un collegamento eziologico tra rischio percepito dal funzionario di incorrere in responsabilità e il buon andamento della pubblica amministrazione: è proprio questo collegamento, del resto, che diede origine alla responsabilità contabile, come privilegio per il pubblico dipendente che, trovandosi nella scomoda posizione di maneggiare risorse pubbliche - e dunque avendo perciò solo una grande responsabilità - venne assoggettato, come deroga alla regola generale, ad un regime speciale e limitato di responsabilità.

⁵² Cfr. M. GERARDO, *Analisi e rilievi sui capisaldi, individuati dal governo, per l'utilizzo efficiente, del Recovery Fund, con speciale riguardo alla limitazione delle responsabilità gestorie ex art. 21 D.L. n. 76/2020*, in www.judicium.it. Si veda, altresì, A. CANALE, *Il d.l. semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativa: i chiaroscuri della riforma*, 30 marzo 2021, in www.dirittoeconomi.it.

⁵³ Su tali aspetti, si veda L. CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica all'attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*, in www.AmbienteDiritto.it, n. 2/2021, secondo cui il nuovo assetto della responsabilità erariale è di dubbia ragionevolezza perché risulta composito e a geometria variabile, per cui non influirà sulla riduzione delle frodi nell'utilizzo delle somme stanziare dall'UE nell'ambito del programma *Next Generation EU*.

⁵⁴ Come notato da A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., 4, secondo cui «nonostante alcuni precedenti possano fare propendere per la sua incostituzionalità, la natura chiaramente eccezionale e transitoria della norma consente di ritenere assente, nella specie, tale vizio».

⁵⁵ Così A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. 76/2020*, cit., 20. Nello stesso senso, V. GIOMI, *Processo contabile e decisione amministrativa: le dinamiche di una relazione complessa*, cit., 415 e ss. che rileva anche le questioni problematiche di diritto intertemporale che la transitorietà della novella comporterà.

Sin dall'inizio, dunque, si avvertiva la necessità di porre rimedio alla evidente sproporzione tra la retribuzione percepita dal pubblico dipendente e i rischi connessi alla propria attività. Così che, al fine di evitare che tale sproporzione comportasse un blocco o un rallentamento dell'attività amministrativa dovuto ad un immobilismo dei pubblici dipendenti (come avviene oggi in ambito sanitario con la sopra menzionata medicina difensiva) trovava applicazione una legge volta a contenere la responsabilità del dipendente, con riconoscimento anche del potere riduttivo dell'addebito, oggi esercitato dalla Corte dei Conti⁵⁶.

Quindi, a ben vedere, la responsabilità contabile nasce in senso positivo per il funzionario e rappresenta, sin dalla sua origine, una tutela per il medesimo (questo aspetto non deve essere dimenticato)⁵⁷.

Inoltre, tale forma di responsabilità ha subito con il tempo notevoli restrizioni come il carattere personale, una forte limitazione della intrasmissibilità agli eredi, il noto potere riduttivo dell'addebito, nonché la configurabilità solo in caso di dolo e colpa grave⁵⁸. Su quest'ultimo punto, l'intenzione del legislatore del 1996 (legge n. 639) non era certo quella di consentire un comportamento lassista, ma quella di tenere conto della complessità dei doveri d'ufficio dei pubblici dipendenti facenti parte di strutture organizzative in cui, con il passare del tempo, aumentavano le inefficienze⁵⁹. Ciò detto, alla luce di tale impostazione della responsabilità erariale, nonché tenendo a mente la sentenza della Corte Costituzionale n. 371/1998 secondo cui la responsabilità amministrativa alla sola colpa grave costituisce il punto di equilibrio per il dipendente pubblico tra percezione del rischio di sanzione e serenità nell'operare, è legittimo chiedersi se fosse opportuna un'ulteriore riduzione di responsabilità o, al contrario, la stessa possa portare ad un risultato controproducente per il buon andamento dell'amministrazione.

⁵⁶ Il potere di porre a carico dei responsabili solo parte del danno arrecato o del valore perduto è stato attribuito alla Corte dei conti già dall'art. 20 della legge di contabilità generale dello Stato del 23 marzo 1853, n. 1483. È nota la famosa frase di Cavour che, nella seduta del Parlamento subalpino del 19 novembre 1852, in sede di discussione della citata legge piemontese di contabilità generale dello Stato, nella sua qualità di Presidente del Consiglio dei Ministri e di Ministro delle finanze, affermò: «Il Ministero e la Commissione del pari hanno voluto stabilire che, ove risultasse perdita allo Stato per colpa di un verificatore o d'un agente delle finanze, questo venisse ad essere punito pecuniariamente. L'On. deputato De Viry andrebbe più oltre e vorrebbe che questi fossero tenuti in solido col contabile a carico del quale sarebbe constatata la deficienza, e che essi fossero stretti a pagare l'intero ammontare del deficit che risulterebbe (...). Io credo che, per volere troppo, noi otterremo nulla, e che se noi stabiliamo che l'impiegato delle finanze, il quale per sua colpa avrà lasciato che si facesse un deficit abbia un castigo in danaro da determinarsi dalla Camera dei conti, la legge sarà applicata; ma se invece voi lo volete rendere garante e solidario di tutti i contabili da esso dipendenti, voi non troverete mai un Tribunale che dichiari che vi fu colpa reale, salvo che voi retribuite così largamente i vostri impiegati da far sì che vi sia un corrispettivo fra l'onorario che loro è dato e la pena che è comminata per una colpa in cui non vi sia dolo o complicità». Questo passo del discorso di Cavour è stato citato, tra gli altri, da P. MADDALENA, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in www.amcorteconti.it, § 1.

⁵⁷ Sulla genesi e sulla funzione della responsabilità erariale, si rinvia, per tutti, a A. POLICE, *La natura della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA, (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Cedam, Padova, 1997, 145 ss.; F. GARRI, G. DAMMICCO, A. LUPI, P. DELLA VENTURA, L. VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti. Responsabilità, conti, pensioni*, Giuffrè, Milano, 2007; V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in ID. (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, Milano, 2018.

⁵⁸ Su tali elementi si veda, per tutti, S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Giuffrè, Milano, 2003; ID., *La responsabilità amministrativa e contabile*, in *Manuale di Contabilità pubblica*, a cura di G.F. Ferrari e E. Madeo, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 223 e ss., ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁵⁹ Sull'origine della responsabilità amministrativo-contabile, la *ratio*, e la sua trasformazione con l'avvento della Costituzione, si veda A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 213 ss.

La risposta - che permette anche di azzardare una previsione in termini critici degli effetti che produrrà siffatta novella - si ricava dalla natura giuridica di tale forma di responsabilità: come è noto, si è abbandonata l'idea della natura civilistica, speciale ma pur sempre contrattuale, avente finalità riparatoria e risarcitoria del danno patrimoniale cagionato dal dipendente alla pubblica amministrazione⁶⁰; così come ci si è discostati dalla natura sanzionatoria con funzione prettamente retributiva rispetto ai comportamenti illeciti che faceva leva sul potere riduttivo della Corte dei Conti⁶¹.

A partire dall'ultimo ventennio del secolo scorso si comincia a valorizzare la funzione - oggi pacificamente riconosciuta - di incentivo alla efficienza della p.a., quale funzione speciale che risiede nella capacità di tale forma di responsabilità a spronare ad un comportamento virtuoso i dipendenti e i dirigenti pubblici così da raggiungere un alto grado di efficienza delle pubbliche amministrazioni di appartenenza, attraverso un potere giurisdizionale che può condannare al pagamento di una somma di denaro⁶². In tal senso si è mossa anche la più autorevole dottrina⁶³ che è giunta ad enfatizzare l'aspetto cangiante di tale forma di responsabilità, ritenendo che si tratti di un *tertium genus* (oltre quello civile e penale) in cui il vero elemento caratterizzante è dato dalla funzione preventiva, quale unica funzione in grado di assicurare il principio di buon andamento *ex art. 97 Cost.*

Dunque, se è vero che la funzione della responsabilità contabile deve essere, per dirla con le parole di Franco Gaetano Scoca, «di stimolo a far bene e non può costituire un disincentivo, un ostacolo ad operare»⁶⁴, è altresì vero, al contrario, che una deresponsabilizzazione (seppur limitata nel tempo e riferita alle sole condotte commissive) possa costituire uno stimolo a far male, cioè un incentivo a comportamenti lassisti e non ossequiosi delle norme e dei principi che regolano il settore di appartenenza, in ragione della consapevolezza della impunità. Con buona pace del buon andamento che - inteso come corretto, celere ed efficace esercizio delle funzioni amministrative - si ottiene solo con una «deterrenza incentivante» e non con una «deterrenza disincentivante»⁶⁵.

Inoltre, vi è chi rileva che la quasi abolizione della colpa grave, che nell'intenzione del legislatore dovrebbe tutelare i dipendenti pubblici, finirà con l'indebolire fortemente le loro garanzie, in ragione della indipendenza reciproca tra l'azione di responsabilità da danno erariale e quella civilistica proponibile dall'amministrazione interessata, la prima volta alla tutela dell'interesse pubblico generale al buon andamento, la seconda finalizzata, invece, all'interesse particolare della singola amministrazione attrice al ristoro del danno subito.

⁶⁰ Così, ad esempio, C. conti, Sez. I, decisione 4 luglio 1949, n. 32.

⁶¹ Era questo l'orientamento della Corte Costituzionale all'inizio degli anni 2000. In tal senso, ad esempio, C. Cost. 12 giugno 2007, n. 183. In dottrina, per una ricostruzione esaustiva delle teorie giurisprudenziali in tema di natura della responsabilità contabile, si veda V. REALI, *Il modello della responsabilità amministrativa come "clausola generale" e le fattispecie sanzionatorie*, 29 aprile 2014, in www.lexitalia.it.

⁶² Cfr. Cass., Sez. Un., 21 marzo 2001, n. 123, che afferma il carattere *sui generis* della responsabilità amministrativa, negando che essa abbia una funzione unica, sia risarcitoria che sanzionatoria. Il rapporto tra responsabilità amministrativa e principio di efficienza è evidenziato da L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, Torino, 2002; si veda anche M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, Giappichelli, Torino, 2018, 117 ss.

⁶³ Il riferimento è a F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI° Convegno di Studi di Scienze dell'Amministrazione, Varenna villa Monastero, 15-17 settembre 2005, Milano 2006, 68.

⁶⁴ Così F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa*, cit., 68.

⁶⁵ Per mutuare le efficaci espressioni di A. POLICE, *La giurisdizione della Corte dei Conti: evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo*, in F. G. SCOCA, A. F. DI SCIASCIO (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 40.

E infatti, tale indipendenza comporta che l'azione di responsabilità possa essere esperita dinanzi ad entrambe le giurisdizioni, seppur con regole diverse, atteso che nel giudizio civile non esistono né le garanzie né la limitazione di responsabilità alla colpa grave tipiche del processo contabile. Ne deriva che il dipendente pubblico potrà ritrovarsi a rispondere dinanzi al giudice ordinario dell'intero danno erariale, con il termine di prescrizione decennale e con la trasmissibilità del danno agli eredi⁶⁶.

Tale circostanza, in effetti, è condivisibile e non va sottovalutata anche alla luce del più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui, in ragione dell'autonomia dei due giudizi, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario ai fini del ristoro delle somme illecitamente percepite dal dipendente in mancanza della preventiva autorizzazione della propria amministrazione a svolgere attività esterna⁶⁷.

In definitiva, il timore è quello che la responsabilità erariale, così come rimodulata dall'art. 21, co. II, legge 120/2020, seppur idonea a velocizzare le procedure amministrative, possa non portare benefici in termini di risultato⁶⁸. E la ripresa dell'economia, che tanto si invoca in questo periodo di emergenza sanitaria, non può prescindere dalla efficacia e dalla efficienza dell'agire pubblico.

5. Spunti *de jure condendo*: la tipizzazione della colpa grave.

Passando alla *pars costruens* dell'indagine, va preliminarmente rilevato che per recuperare il buon andamento della pubblica amministrazione, e dare così concreta attuazione all'art. 97 Cost., è necessario un cambiamento strutturale e permanente dell'istituto della responsabilità erariale, non già a tempo come quello attuato dalla novella in esame⁶⁹.

In tal senso, una riforma che operi "a pieno regime" quale valida soluzione per debellare - o quantomeno contenere - l'amministrazione difensiva potrebbe essere la tipizzazione della colpa grave⁷⁰.

⁶⁶ Così, M. PERIN, *Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no*, cit., 2.

⁶⁷ Cass, Sez. Un., Ordinanza 14 agosto 2020, n. 16722.

⁶⁸ Si rinvia ancora a M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, cit., 292 ss., che rileva come l'abolizione della colpa grave sia stata l'unica strada trovata dal legislatore per cercare di recuperare la speditezza nelle decisioni, ma la novella introduce il concetto "pericoloso" del «*purchè si agisca, si agisca anche male, tanto non c'è responsabilità!*» ed elogia l'esercizio di un'azione, qualunque essa sia, senza l'obbligo di una adeguata avvedutezza dell'operare. Si veda, altresì, C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, cit., 213, secondo la quale l'intervento normativo in esame rappresenta il culmine di scelte normative che hanno sempre scomposto e frammentato l'illecito erariale e non risponde realmente ad una *ratio* di semplificazione amministrativa. La riforma - continua l'Autrice - con il suo carico di indeterminatezza ed imprevedibilità, non dà affatto certezze ai dipendenti pubblici su come operare in un momento di estrema difficoltà per le pubbliche amministrazioni. A porsi in netto contrasto con la scelta del legislatore del 2020 è stata anche la stessa Corte dei Conti che, a sezioni riunite in sede di controllo, nell'Audizione sul d.d.l. 1883, con parere del 28 luglio 2020, hanno rilevato come l'incapacità provvedimentale della P.A. dipenda non solo da una paura di incorrere in responsabilità ma anche da altri importanti fattori come la confusione legislativa, l'inadeguata preparazione professionale e l'insufficienza degli organici. Inoltre, la non punibilità per colpa grave non si concilia con la realtà processuale secondo cui la maggior parte delle citazioni in giudizio sono collegate proprio a condotte gravemente colpose. Nelle conclusioni, la Corte non ha mancato di rilevare come l'eliminazione della colpa grave non produce alcun effetto accelerativo sull'azione amministrativa.

⁶⁹ Secondo V. GIOMI, *Processo contabile e decisione amministrativa: le dinamiche di una relazione complessa*, cit., 413 ss., la disincentivazione ad agire dei funzionari per paura di incorrere in responsabilità non può essere scongiurata attraverso una strada grossolanamente individuata sul piano processuale, peraltro in palese controtendenza rispetto all'attuale contesto giuridico, ma sarebbero necessarie analisi approfondite e valutazioni comparate da condursi sul piano sostanziale ed *ex ante*.

⁷⁰ Anche M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, cit., 301, ritiene che per i funzionari pubblici la colpa grave va tipizzata.

Del resto, già adesso sono in vigore norme che scolpiscono ipotesi di colpa grave: si pensi all'art. 5, co. III, del d.lgs. n. 472/1995 che, in materia di sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie, stabilisce espressamente che *«la colpa è grave quando l'imperizia o la negligenza del comportamento sono indiscutibili e non è possibile dubitare ragionevolmente del significato e della portata della norma violata e, di conseguenza, risulta evidente la macroscopica inosservanza di elementari obblighi tributari. Non si considera determinato da colpa grave l'inadempimento occasionale ad obblighi di versamento del tributo»*.

Si pensi, ancora, alla materia della responsabilità civile dei magistrati relativamente alla quale l'art. 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117 (così come modificato dalla legge 27 febbraio 2015, n. 18) dispone che *«costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento...»*, aggiungendo che *«ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza...»*⁷¹.

Come si vede, si tratta di norme che circoscrivono e precisano la nozione di colpa grave.

In una prospettiva *de iure condendo*, si potrebbe quindi precisare legislativamente che anche per la responsabilità erariale la colpa è grave quando l'imperizia o la negligenza del comportamento sono indiscutibili e inescusabili perché non è possibile dubitare ragionevolmente del significato della norma violata o perché si è affermato o negato un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente esclusa o provata sulla base della documentazione a disposizione.

Sarebbe anche utile affermare che alla responsabilità erariale si applica l'errore scusabile - anche se una parte della giurisprudenza contabile fa già riferimento a questo istituto⁷² - precisando legislativamente che la colpa grave è esclusa nei casi di mancanza di chiarezza e precisione delle norme violate, in presenza di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, incertezza del quadro normativo di riferimento, complessità manifesta della situazione di fatto.

Una tale riforma sarebbe certamente possibile atteso che, come chiarito dalla Corte Costituzionale, il legislatore può stabilire quali siano i comportamenti idonei a fondare la responsabilità amministrativa, con il solo limite della non manifesta irragionevolezza e arbitrarietà della scelta⁷³. E nello specifico, una tipizzazione della colpa grave risulterebbe certamente ragionevole e non arbitraria, in quanto fondata sull'esigenza di evitare rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa.

Il cambiamento auspicato, inoltre, potendo trovare ingresso nel nostro ordinamento senza vincoli temporali, costituirebbe un passo in avanti verso il recupero del buon andamento della pubblica amministrazione non solo nel periodo emergenziale, ma anche quando lo stesso sarà superato.

6. Ulteriori riflessioni *de jure condendo*: semplificazione normativa e amministrazione di risultato per il buon andamento della P.A..

⁷¹ Per un approfondimento della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati e relativa azione di rivalsa, si veda ancora M.R. SPASIANO *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, cit., 295 ss.

⁷² Si veda, a titolo meramente esemplificativo, Corte Conti, 14 marzo 2007 n. 151 e, più recentemente, Corte Conti, 13 gennaio 2021, n. 5.

⁷³ C. Cost., 1 dicembre 2010, n. 355.

Anche la semplificazione amministrativa, quale *ratio* sottesa al d.l. n. 76/2020, non può raggiungersi semplicemente con una manovra di deresponsabilizzazione temporanea, essendo necessari cambiamenti più radicati e strutturali, da sempre tradizionalmente invocati, ma che non possono certo essere attuati con una rapida “riforma estiva”.

Al riguardo, oltre a quanto già affermato in tema di tipizzazione delle ipotesi di colpa grave e di errore scusabile, con un intervento più penetrante, sistemico e innovativo si potrebbe cominciare un processo di riassetto della codificazione, ben sapendo che la semplificazione normativa costituisce solo il primo passo verso la semplificazione amministrativa: è noto, infatti, come la “legge oscura”⁷⁴ rompa la linea di demarcazione tra legittimità e illegittimità nelle decisioni, crei incertezza e sia causa di condotte egoistiche adottate nella consapevolezza di pregiudicare la realizzazione del pubblico interesse.

In tal senso, è auspicabile - con riferimento alla materia dei contratti pubblici - che si positivizzi una normativa facente riferimento soltanto alle norme del diritto europeo, al netto ovviamente di quelle interne strettamente necessarie come le norme antimafia. Inoltre, nelle ipotesi in cui l’Unione Europea lasci liberi gli Stati membri di legiferare, la soluzione migliore potrebbe essere quella meno afflittiva per le stazioni appaltanti, anche in tal caso fermi restando alcuni correttivi parametrati alla realtà nazionale, come quelli in materia di anticorruzione.

Tale proposta sembra più che percorribile, essendo già attuata in altri Paesi unionali come la Germania e la Polonia e nella non più europea Gran Bretagna. Peraltro, la stessa legge n. 120/2020, presenta delle aperture in tal senso, prevedendo - all’art. 2, comma IV - che in numerosi settori speciali le stazioni appaltanti operino in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto di quelle antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli europei, tra cui quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE⁷⁵, dei principi di cui agli artt. 30, 34 e 42 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50⁷⁶ (cd. Codice dei contratti pubblici) e delle disposizioni in materia di subappalto.

Un’altra causa della “burocrazia difensiva”, tanto rilevante quanto ignorata, è l’inconsistenza nel nostro sistema amministrativo dei controlli sull’efficienza dei funzionari e, soprattutto, dei dirigenti. Se è vero, infatti, che si percepisce molta preoccupazione sulle conseguenze di un comportamento anti-giuridico, è altresì vero che non si percepisce la giusta preoccupazione delle conseguenze di un mancato raggiungimento del risultato⁷⁷. Anche sotto tale e diverso aspetto, un equilibrio tra percezione del rischio e serenità nell’operare sarebbe opportuno per consacrare il passaggio dal diritto amministrativo della legalità al diritto amministrativo dell’efficienza⁷⁸.

Quest’ultimo, come è noto, si compone di istituti importanti, su tutti la responsabilità dirigenziale che ha (o dovrebbe avere), in linea con la responsabilità contabile, la *ratio* di ottimizzare l’organizzazione amministrativa e, conseguentemente, migliorare l’efficienza della relativa azione. E infatti, tale responsabilità - nella sua formulazione originaria - non andava a sanzionare un comportamento del dirigente ritenuto illegittimo e connotato dall’elemento soggettivo del dolo o della colpa, ma colpiva una condotta semplicemente non idonea a raggiungere gli obiettivi prefissati dal potere politico. Di qui, l’impronta correttiva (non punitiva) dell’organizzazione pubblica al fine di garantire un’amministrazione di qualità, nel pieno rispetto dei principi di efficacia ed efficienza.

⁷⁴ Per usare un’espressione di M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Bari, II ed., 2007.

⁷⁵ La prima sugli appalti nei cc.dd. “settori ordinari”, la seconda sugli appalti con riferimento ai cc.dd. “settori speciali”, entrambe in www.eur-lex.europa.eu.

⁷⁶ Riguardanti le modalità di affidamento e i principi comuni dei contratti pubblici.

⁷⁷ Al riguardo, si veda S. CASSESE, *Che vuol dire amministrazione di risultati*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2004, 941 ss.

⁷⁸ Cfr. S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L’amministrazione si difende*, cit., 293 ss.

Il problema è che, negli anni, ci sono stati incisivi interventi legislativi volti ad introdurre specifiche ipotesi di responsabilità dirigenziale connesse a violazioni di regole di condotta invece che ad obblighi di risultato, alle quali - peraltro - consegue una sanzione di natura patrimoniale, non già una sanzione che influisca sull'assetto della pubblica amministrazione di appartenenza (come, ad esempio, il mancato rinnovo dall'incarico).

Si pensi, alla modifica apportata al d.lgs. 165/2001 ad opera del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150: l'art. 21, co. 1-bis, fa incorrere in responsabilità il dirigente che colpevolmente abbia violato il dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione. A fronte di tale violazione è prevista una decurtazione della retribuzione di risultato fino all'80%, dunque è stato positivizzato un meccanismo sanzionatorio diverso da quello del comma precedente che si basa sul mancato rinnovo dell'incarico.

Analogo discorso vale per l'altra, successiva ipotesi di responsabilità dirigenziale prevista nel nostro ordinamento: l'art. 7 della legge 18 giugno 2009, n. 69 ha modificato la legge sul procedimento amministrativo la quale, all'art. 2 comma IX, stabilisce che la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della *performance* individuale, ma anche a tale violazione corrisponde una sanzione che va ad inficiare sul *quantum* di retribuzione e non sulla carriera o sul rapporto con l'organo politico.

Di qui, il radicale cambiamento della responsabilità dirigenziale a cui è oggi attribuita una doppia natura: quella originaria correttiva-migliorativa⁷⁹, e quella successiva sanzionatoria-punitiva⁸⁰. Ed è evidente che questa trasfigurazione della responsabilità dirigenziale - che la rende un ulteriore strumento dell'amministrazione della legalità insieme alla responsabilità erariale e a quella disciplinare⁸¹ - non abbia apportato nessun beneficio in termini di buon andamento della pubblica amministrazione, ma anzi abbia finito con l'alimentare condotte dilatorie e pratiche ostruzionistiche, in altre parole la "burocrazia difensiva".

In conclusione, si ritiene opportuno porre maggiore attenzione alla valutazione dei risultati nella gestione amministrativa per ottenere un miglioramento sul piano dell'efficacia e dell'efficienza dell'agire pubblico. In tal senso, assume molta importanza non solo la menzionata responsabilità dirigenziale, ma anche l'aspetto relativo al sistema dei controlli e in particolare alla connessione tra i controlli interni, oggi affidati agli organismi indipendenti di valutazione (OIV) e i controlli successivi sulla gestione affidati al Corte dei Conti⁸².

⁷⁹ Trattasi della funzione originaria, ravvisabile nell'art. 21, co. I, d.lgs. 165/2001, che ha rappresentato il fulcro della responsabilità dirigenziale, prima degli interventi normativi menzionati.

⁸⁰ Su questi temi la bibliografia è alluvionale, si vedano, per tutti, i lavori monografici di L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Cedam, Padova, 2000; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018; cui *adde* M. IMMORDINO, C. CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia. Atti del Convegno internazionale, Palermo, 6 e 7 giugno 2019*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020. Sulla doppia natura della responsabilità dirigenziale, si veda, altresì, D. DAVID, *Le nuove fattispecie di responsabilità dirigenziale, ovvero come il Legislatore abbia rivoluzionato (o forse trasformato) l'istituto ex art. 21, d.lgs. 165/2001*, in *Amministrazione in Cammino*, 2013.

⁸¹ Occorre precisare che la funzione sanzionatoria-punitiva fa scemare grandemente la differenza tra responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare. Infatti, si è sempre sostenuto che la prima (responsabilità dirigenziale) non derivi da violazione di canoni di comportamento, ma dalla verifica dei risultati prodotti dal settore organizzativo cui il dirigente è preposto, da ciò derivando che tale responsabilità si realizzi anche in mancanza dell'elemento soggettivo in capo al dirigente; viceversa, la seconda (responsabilità disciplinare), analogamente alle altre forme di responsabilità previste nel nostro ordinamento, scaturisce dal comportamento illecito del dipendente e, dunque, necessita dell'elemento soggettivo almeno della colpa che rappresenta un elemento costitutivo dello stesso illecito. Dopo il 2009 la responsabilità dirigenziale non è più caratterizzata da una natura di obbligazione di risultato in capo al dirigente pubblico, di qui la non più nitida differenza con la responsabilità disciplinare.

⁸² Sul generale tema dei controlli, si veda, per tutti, G. D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di Diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, II, Giuffrè, Milano, 2000, 1250 ss.

Con particolare riferimento a tali tematiche, deve essere ben accolto l'art. 22 del decreto "semplificazioni" che valorizza la responsabilità dirigenziale (laddove, nella seconda parte del primo comma, stabilisce che l'eventuale accertamento di gravi irregolarità gestionali o di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi va immediatamente trasmesso all'amministrazione competente) e rilancia i controlli concomitanti della Corte dei Conti al fine di accelerare gli interventi di sostegno all'economia nazionale. Tale forma di controllo, infatti, è pacificamente applicabile anche ai controlli sull'attuazione degli investimenti previsti dal sopra richiamato *Recovery Plan*, tenendo presente che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che ne è scaturito richiede il costante monitoraggio sulla realizzazione dei programmi e sul corretto impiego delle risorse⁸³.

Ad ogni buon conto, come di recente rilevato dalla dottrina⁸⁴, più che i controlli preventivi e concomitanti, sarebbe opportuno - ai fini di una quanto più possibile celere ripresa economia - che la Corte dei Conti venga valorizzata nelle sue funzioni di controllo sul corretto ed efficiente impiego delle risorse da esercitare in via successiva (oltre, naturalmente, che nel suo ruolo di giudice della responsabilità contabile). I controlli successivi, infatti, si pongono in sintonia con la sopra richiamata amministrazione di risultato e con il diritto dell'Unione Europea che è sempre sensibile al conseguimento degli obiettivi di sistema.

⁸³ Così G. RIVOSCECHI, *La Corte dei Conti ai tempi del "Recovery Plan": quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*, 11 agosto 2021, in www.federalismi.it, 16 ss, il quale, tuttavia, esprime perplessità sulla seconda parte del primo comma dell'art. 22 in esame, laddove collega l'eventuale accertamento di irregolarità gestionali o di ritardi nell'erogazioni di contributi alla responsabilità dirigenziale ai sensi dell'art. 21, co. I, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Per l'Autore, è opportuno e necessario un coinvolgimento della Corte dei Conti nelle ipotesi in cui i controlli concomitanti riguardino la realizzazione dei programmi e l'impiego delle risorse e siano esercitati tenendo presente il parametro delle norme sull'equilibrio di bilancio e sull'efficiente impiego delle risorse del *Recovery plan*; viceversa non convince il coinvolgimento della Corte dei Conti nei procedimenti volti ad accertare la responsabilità dirigenziale.

⁸⁴ In questo senso, ancora G. RIVOSCECHI, *La Corte dei Conti ai tempi del "Recovery Plan": quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*, cit., 18, a cui si rinvia per un'esaustiva analisi sul cambiamento del ruolo della Corte dei Conti in questo periodo di crisi pandemica.

REGIMI ABILITATIVI DEGLI IMPIANTI DA FONTI RINNOVABILI: IL "PUNTO" SULLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE PIU' RECENTE.*

Gaetano Bucci **

Abstract: L'articolo si propone di riportare una breve rassegna della giurisprudenza costituzionale in materia di regimi abilitativi degli impianti da fonti rinnovabili, assegnata dall'art. 117, comma 3, Cost., alla potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni. Dopo una ricognizione delle fonti statali contenenti i principi fondamentali in tema di regimi autorizzativi, l'articolo analizza, in particolare, le pronunce attinenti ai rapporti fra le "Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili" e la legislazione regionale. L'articolo analizza, poi, la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di poteri pianificatori e localizzativi delle Regioni e delle Province autonome, nonché i "vincoli" alla normativa regionale in tale settore; e, ancora, le decisioni della Consulta che consacrano come principi generali le disposizioni in tema di modulo procedimentale (CDS, AUA, termine di conclusione.).

Abstract: The article aims to provide a brief review of the constitutional jurisprudence on the licensing regimes of installation based on renewable sources, assigned by art. 117, paragraph 3, of the Constitution, to the concurrent legislative power of the State and of the Regions. After a survey of State sources containing the fundamental principles on the subject of authorization systems, the article analyzes the judgements about the relationship between the "Guidelines for the authorization of installations based on renewable sources" and regional laws. The article then analyzes the Court's jurisprudence in the field of the planning and location powers of the Regions and Autonomous Provinces, as well as the "restrictions" to regional legislation in this context; and, again, the decisions of the Court which consecrates the measures on the procedural form (CDS, AUA, deadline for conclusion) as general principles.

SOMMARIO: **1.** Il quadro normativo e i rapporti fra disposizioni statali e regionali, con particolare riferimento al ruolo delle linee guida nella giurisprudenza costituzionale; **2.** I rapporti fra poteri statali e pianificazione regionale in materia di individuazione delle aree di localizzazione degli impianti nella giurisprudenza costituzionale; **3.** Il procedimento autorizzatorio: Conferenza dei servizi, autorizzazione unica e funzione del termine conclusivo della procedura nella giurisprudenza costituzionale.

1. Il quadro normativo e i rapporti fra disposizioni statali e regionali, con particolare riferimento al ruolo delle linee guida nella giurisprudenza costituzionale.

Secondo giurisprudenza costante della Corte costituzionale la disciplina dei regimi abilitativi degli impianti da fonti rinnovabili è riconducibile alla materia «produzione, trasporto e

distribuzione nazionale dell'energia»¹, che l'art. 117, comma 3, Cost. (nel testo novellato dalla riforma del Titolo V), assegna - come noto - alla potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni². Ciò comporta che le disposizioni regionali in materia di installazione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili devono conformarsi, in ordine ai regimi autorizzativi, ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato.

In materia di regimi autorizzativi, tali principi fondamentali sono contenuti nel d.lgs. n. 387 del 2003 (di attuazione della direttiva 2001/77/CE, relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità), e nel d.lgs. n. 28 del 2011 (di attuazione della direttiva 2009/28/CE, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili). Il quadro della disciplina dettata dalle norme statali di principio è completato dal decreto del Ministro dello sviluppo economico 10 settembre 2010, con cui, in attuazione dell'art. 12, comma 10, del citato d.lgs. n. 387/2003³, sono state adottate le «Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili» (d'ora in avanti, "Linee guida").

Le Linee guida statali «indicano [...] i criteri e i principi che le Regioni devono rispettare al fine di individuare le zone nelle quali non è possibile realizzare gli impianti alimentati da fonti di energia alternativa, limitando, pertanto, l'intervento del legislatore regionale all'individuazione di puntuali aree non idonee alla installazione di specifiche tipologie di impianti secondo le modalità di cui all'allegato 3 (paragrafo 17) del d.m. del 2010»⁴.

La giurisprudenza della Corte ritiene applicabili le "Linee guida" statali anche alle Regioni a statuto speciale⁵ - sia pure, per la Regione autonoma Sardegna, nei limiti della competenza paesaggistica primaria⁶ - e non consente al legislatore regionale di adottare misure volte a precludere in maniera generalizzata la realizzazione degli impianti eolici in assenza delle richiamate Linee guida statali⁷.

È bene precisare l'incidenza che, nel processo valutativo demandato alla Corte costituzionale, assumono atti di normazione secondaria che, come le "Linee guida", costituiscono, in un ambito esclusivamente tecnico, il completamento del principio contenuto nella disposizione legislativa. Se è ovvio che essi, qualora autonomamente presi, non possono assurgere al rango

¹Testo dell'Intervento svolto nell'ambito dei seminari su «Lo stato delle privatizzazioni: il settore dell'energia elettrica», corso di Diritto pubblico, Lecce, 30 ottobre 2021

² Ricercatore a tempo indeterminato di Istituzioni di Diritto pubblico - Università del Salento

La Corte costituzionale ha affermato che l'espressione utilizzata nel terzo comma dell'art. 117 Cost. deve ritenersi corrispondere alla nozione di «settore energetico» di cui alla legge n. 239 del 2004, così come alla corrispondente nozione di «politica energetica nazionale» utilizzata dal legislatore statale nell'art. 29 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (sentenza n. 383 del 2005). Nel contempo, al fine di preservare «gli assetti nazionali del settore energetico e gli equilibri su cui esso si regge nel suo concreto funzionamento» (sentenza n. 248 del 2006), non può negarsi che il Governo della Repubblica possa assumere, nel rispetto della sfera di competenza legislativa ed amministrativa delle Regioni, un ruolo di impulso ai fini dello sviluppo energetico nazionale, in quanto parte della politica generale che ad esso compete tracciare.

² È appena il caso di ricordare che la versione originaria dell'art. 117 Cost., la quale non includeva l'energia nell'elenco delle materie oggetto di competenza legislativa concorrente da parte delle Regioni; il che, in base al "vecchio" criterio di riparto delle competenze legislative, comportava, a rigore, la spettanza in via esclusiva allo Stato della disciplina normativa della materia energetica, nonché, specularmente, in forza del principio del c.d. "parallelismo delle funzioni" (art. 118, primo comma, Cost., testo originario), l'esclusione della titolarità da parte delle Regioni (e, di riflesso, degli enti locali) di poteri amministrativi nella materia stessa.

³ Con la sentenza n. 166 del 2009, la Corte ha affermato che l'art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003 non consente alle Regioni «di provvedere autonomamente alla individuazione di criteri per il corretto inserimento nel paesaggio degli impianti alimentati da fonti di energia alternativa» (analogamente, v. sentenza n. 282 del 2009). La mancanza di Linee guida nazionali, assunte secondo modalità informate al principio di leale collaborazione, preclude alle Regioni di procedere ad una autonoma individuazione dei criteri generali o delle aree e siti non idonei alla localizzazione degli impianti in oggetto (cfr. sentenze n. 124 e n. 119 del 2010, n. 282 del 2009).

⁴ Corte cost., sent. n. 199 del 2014.

⁵ Corte cost., sent. n. 168 del 2010.

⁶ Corte cost., sent. n. 224 del 2012.

⁷ Tra le tante, sentenze n. 44 del 2011, n. 119 e n. 344 del 2010, n. 166 del 2009, n. 364 del 2006.

di normativa interposta, altra è la conclusione cui deve giungersi ove essi vengano strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia. In detti campi applicativi essi vengono ad essere un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e che ad essi affida il compito di individuare le specifiche caratteristiche della fattispecie tecnica che, proprio perché frutto di conoscenze periferiche o addirittura estranee a quelle di carattere giuridico che necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale, mal si conciliano con il diretto contenuto di un atto legislativo. Non a caso, per la loro definizione è prevista una procedura partecipativa estremamente ampia ed articolata (al comma 10, l'art. 12 d.lgs. n. 387/2003 prevede che «*in Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive [...], si approvano le linee guida per lo svolgimento del procedimento di cui al comma 3*»⁸). Poiché, come si è detto, fanno corpo con la disposizione legislativa che ad essi rinvia, il loro mancato rispetto comporta la violazione della norma interposta e determina, nel caso si verta nelle materie di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost. e qualora la norma interposta esprima principi fondamentali, l'illegittimità costituzionale della norma censurata.

In particolare, le Linee guida, in quanto approvate in sede di Conferenza unificata, sono espressione della leale collaborazione tra Stato e Regioni e sono, pertanto, vincolanti, in quanto «*costituiscono, in settori squisitamente tecnici, il completamento della normativa primaria*» (sentenza n. 86 del 2019). Nell'indicare puntuali modalità attuative della legge statale, le Linee guida hanno «*natura inderogabile e devono essere applicate in modo uniforme in tutto il territorio nazionale*» (sentenze n. 286 e n. 86 del 2019, n. 69 del 2018)⁹.

Si tratta, invero, di principi chiaramente espressi dal giudice costituzionale, quando ha affermato¹⁰ che: «*il d.m. 10 settembre 2010 contiene norme finalizzate a disciplinare, in via generale ed astratta, il procedimento di autorizzazione alla installazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, alle quali sono vincolati tutti i soggetti, pubblici e privati, coinvolti nell'attività in questione*». O quando, con molteplici pronunce¹¹ si è affermato che in assenza delle suddette Linee guida era preclusa alle Regioni la possibilità di determinare l'individuazione dei parchi eolici «*poiché l'indicazione da parte delle Regioni dei luoghi preclusi alla costruzione dei suddetti impianti può avvenire solo a seguito dell'approvazione delle linee guida nazionali per il corretto inserimento degli impianti eolici nel paesaggio da parte della Conferenza unificata ex art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003*».

La Corte ha altresì precisato che il citato art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003 enuncia i principi fondamentali della materia «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*» (art. 117, terzo comma, Cost.) ed ha statuito che «*il bilanciamento tra le esigenze connesse alla produzione di energia e gli interessi ambientali impone una preventiva ponderazione concertata in ossequio al principio di leale cooperazione*»¹². In questa prospettiva, si giustifica l'attribuzione alla Conferenza unificata della competenza ad approvare le linee guida in materia di fonti energetiche rinnovabili. Pur non potendosi trascurare la rilevanza che, in relazione agli impianti che utilizzano fonti rinnovabili, riveste la tutela dell'ambiente e del paesaggio, il bilanciamento tra le esigenze connesse alla produzione di energia e gli interessi ambientali impone una preventiva ponderazione concertata in ossequio al principio di leale cooperazione, che il citato

⁸ Lo stesso comma 10 stabilisce, inoltre, che le Linee guida «*sono volte, in particolare, ad assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio*»; che, «*in attuazione di tali linee guida, le regioni possono procedere alla indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti*»; che, infine, «*le regioni adeguano le rispettive discipline entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore delle linee guida*». La Corte ha anche precisato che l'art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003 è espressione della competenza statale in materia di tutela dell'ambiente. Collocato all'interno della disciplina dei procedimenti finalizzati all'installazione di impianti generatori di energia da fonti rinnovabili, ha la finalità precipua di proteggere il paesaggio (sentenza n. 166 del 2009).

⁹ Più di recente, Corte cost., sent. n. 106 del 2020.

¹⁰ Corte cost., sent. n. 275 del 2011.

¹¹ *Ex multis*: sentenze nn. 344 e 168 del 2010.

¹² Corte cost., sent. n. 192 del 2011.

art. 12 rimette all'emanazione delle Linee guida, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, d'intesa con la Conferenza unificata.

Ne consegue che il legislatore regionale non può procedere autonomamente all'individuazione dei siti nei quali non è consentita la costruzione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, potendo ciò avvenire solo sulla base delle linee guida nazionali di cui sopra¹³. Né è consentito «alle Regioni di provvedere autonomamente alla individuazione di criteri per il corretto inserimento nel paesaggio degli impianti alimentati da fonti di energia alternativa» e ciò in quanto l'adozione delle linee guida nazionali, previste dall'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, è informata al principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni¹⁴.

2. I rapporti fra poteri statali e pianificazione regionale in materia di individuazione delle aree di localizzazione degli impianti nella giurisprudenza costituzionale.

Nel quadro delle fonti statali sopra richiamato, le questioni di legittimità costituzionale poste con riferimento a previsioni regionali che impediscono, in aree agricole, la realizzazione di impianti fotovoltaici superiori a una determinata soglia di potenza, devono confrontarsi, innanzitutto, con l'art. 12, comma 7, del d.lgs. n. 387 del 2003, il quale dispone che «[g]li impianti di produzione di energia elettrica, di cui all'art. 2, comma 1, lettere b) e c), possono essere ubicati anche in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici. Nell'ubicazione si dovrà tenere conto delle disposizioni in materia di sostegno nel settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità, così come del patrimonio culturale e del paesaggio rurale di cui alla legge 5 marzo 2001, n. 57, articoli 7 e 8, nonché del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228, articolo 14».

In attuazione di tale disciplina, le Linee guida stabiliscono che «le Regioni e le Province autonome possono procedere alla indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti» (paragrafo 17.1), avvalendosi del seguente iter procedimentale. La Regione deve compiere «un'apposita istruttoria, avente ad oggetto la ricognizione delle disposizioni volte alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico e artistico, delle tradizioni agroalimentari locali, della biodiversità e del paesaggio rurale» (paragrafo 17.1). All'esito di tale istruttoria, la Regione procede ad indicare, nell'atto di pianificazione, la non idoneità di ciascuna area «in relazione a specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti», motivando le incompatibilità con riferimento agli obiettivi di protezione perseguiti dalle disposizioni, che sono state individuate tramite la ricognizione effettuata sulla scorta dell'art. 12, comma 7, del d.lgs. n. 387 del 2003.

Le aree non idonee confluiscono, pertanto, nell'atto di pianificazione con cui le Regioni e le Province autonome «conciliano le politiche di tutela dell'ambiente e del paesaggio con quelle di sviluppo e valorizzazione delle energie rinnovabili, tenendo conto di quanto eventualmente già previsto dal piano paesaggistico e del necessario rispetto della quota minima di produzione di energia da fonti rinnovabili loro assegnata (burden sharing)» (paragrafo 17.2).

Dall'iter procedimentale sopra delineato possono desumersi alcune rilevanti implicazioni sostanziali.

Innanzitutto, l'indicazione che possono fornire le Regioni in merito alla non idoneità di determinate aree ad accogliere la costruzione di impianti per la produzione di energie rinnovabili è espressamente riferita alla segnalazione di aree non idonee «in relazione a specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti». Spetta, pertanto, all'atto di pianificazione individuare le

¹³ Corte cost., sentt. nn. 124 e 119 del 2010.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 168 del 2010.

incompatibilità di determinate aree, in relazione al tipo e alle dimensioni (e, dunque, anche alla potenza) degli impianti¹⁵.

Inoltre, l'atto di pianificazione della Regione, nell'individuare le aree non idonee, non comporta un divieto assoluto, bensì - come si evince sempre dalle Linee guida - serve a segnalare «una elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni, in sede di autorizzazione» e, dunque, ha la funzione di «accelerare» la procedura (paragrafo 17.1).

Osserva, in proposito, la giurisprudenza amministrativa che «trattasi non di impedimento assoluto, ma di valutazione di "primo livello"», che impone poi di verificare «in concreto, caso per caso, se l'impianto così come effettivamente progettato, considerati i vincoli insistenti sull'area, possa essere realizzabile, non determinando una reale compromissione dei valori tutelati dalle norme di protezione (dirette) del sito, nonché di quelle contermini (buffer)»¹⁶.

Alla luce dell'assetto disegnato dall'art. 12, comma 7, del d.lgs. n. 387 del 2003, come integrato dalle Linee guida, in un recente caso¹⁷, la Corte ha ritenuto evidente il contrasto di una disposizione regionale¹⁸ che introduceva, con riguardo alle aree rurali, un limite di potenza ai fini della realizzazione di impianti fotovoltaici a terra (con il conseguente divieto d'installazione per tutti gli impianti di potenza superiore a quella definita normativamente della disposizione stessa) con l'art. 117, terzo comma, Cost. e con i relativi principi fondamentali della materia «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia».

La disposizione regionale in questione contemplava, infatti, un divieto generale, non previsto dalla legislazione statale. In particolare, imponeva un limite associato alla potenza (8.000 chilowatt elettrici) dell'impianto fotovoltaico, quando, invece, in base alle Linee guida, spetta all'atto di pianificazione escludere l'installazione in determinate aree di impianti, in relazione alla loro specifica tipologia o alle loro dimensioni. Inoltre, l'atto di pianificazione contiene criteri che presiedono alla determinazione, attuata con il singolo atto autorizzativo, volta a comporre in concreto i tanti interessi coinvolti. Per converso, il carattere generale e vincolante della disposizione regionale *de qua* cristallizzava il precetto della «non idoneità» in tutto il territorio regionale, sfuggendo, pertanto, alla possibilità del bilanciamento in concreto degli interessi, che il legislatore statale affida al procedimento amministrativo.

D'altra parte, secondo un orientamento costante della giurisprudenza costituzionale, nella disciplina relativa all'autorizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili, le Regioni non possono imporre in via legislativa vincoli generali non previsti dalla disciplina statale. Una normativa regionale, che non rispetti la riserva di procedimento amministrativo e, dunque, non consenta di operare un bilanciamento in concreto degli interessi, strettamente aderente alla specificità dei luoghi, impedisce la migliore valorizzazione di tutti gli interessi pubblici implicati e, di riflesso, viola il principio, conforme alla normativa dell'Unione europea, della massima diffusione degli impianti da fonti di energia rinnovabili¹⁹.

3. Il procedimento autorizzatorio: Conferenza dei servizi, autorizzazione unica e funzione del termine conclusivo della procedura nella giurisprudenza costituzionale.

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, Sezione IV, sentenza 8 aprile 2021, n. 2848, nonché TAR Abruzzo, Sez. I, sentenza 19 ottobre 2020, n. 363; TAR Molise, Sez. I, 23 giugno 2016, n. 281.

¹⁶ TAR Sardegna, Sez. II, sentenza 8 luglio 2020, n. 573; in senso analogo, la già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 2848 del 2021; nonché le già citate sentenze TAR Abruzzo n. 363 del 2020 e TAR Molise n. 281 del 2016.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 177/2021.

¹⁸ L'art. 2, comma 1, della legge reg. Toscana n. 82 del 2020.

¹⁹ Corte cost., sent. n. 286 del 2019, in senso analogo, *ex multis*, sentenze n. 106 del 2020, n. 69 del 2018, n. 13 del 2014 e n. 44 del 2011.

Alle Regioni è altresì preclusa l'introduzione di sistemi autorizzatori diversi rispetto a quello disegnato dalla disciplina statale. Al riguardo, giova rammentare che il procedimento per la costruzione e per l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, nonché per gli interventi di modifica e di realizzazione delle opere e delle infrastrutture connesse, è secondo il modello dell'autorizzazione unica, dalle seguenti fonti: l'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, gli artt. 5 e 6 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, che al medesimo art. 12 si richiamano, nonché le citate Linee guida. Fulcro di tale modello viene ritenuta la Conferenza dei servizi nella quale devono concentrarsi, a beneficio di istanze di razionalizzazione e di semplificazione, tutti gli apporti amministrativi necessari al fine di approvare la costruzione e l'esercizio degli impianti. In particolare, l'art. 12, comma 4, del d.lgs. n. 387 del 2003 stabilisce che l'autorizzazione di cui al comma 3 sia rilasciata a seguito di un procedimento unico, che deve svolgersi *«tramite conferenza di servizi, nell'ambito della quale - precisa il paragrafo 14.1 delle Linee guida - confluiscano tutti gli apporti amministrativi per la costruzione e l'esercizio dell'impianto, delle opere connesse e delle infrastrutture indispensabili»*.

La concentrazione di tutti gli apporti amministrativi nella sede della conferenza dei servizi è funzionale all'attuazione del principio di massima diffusione delle energie rinnovabili, che si inverte nell'ordinamento anche mediante la semplificazione e la razionalizzazione insite nel richiamato procedimento di autorizzazione unica.

Il giudice costituzionale in più occasioni, e anche di recente, ha affermato che il procedimento di cui all'art. 12, comma 4, del d.lgs. n. 387 del 2003 *«è ispirato "alle regole della semplificazione amministrativa e della celerità" ed è volto a garantire, "in modo uniforme sull'intero territorio nazionale, la conclusione entro un termine definito del procedimento autorizzativo"»²⁰, in linea con il particolare favor riconosciuto alle fonti energetiche rinnovabili dalla disciplina interna e sovranazionale»²¹. Tale procedimento consente di contemperare vari interessi, costituzionalmente rilevanti, «attraverso l'incrocio di diverse tipologie di verifica, il cui coordinamento» - in sede di conferenza dei servizi - «e la cui acquisizione sincronica [...] non tollerano ulteriori differenziazioni su base regionale»²².*

In particolare, la finalità di composizione degli interessi coinvolti è perseguita dalla previsione dell'autorizzazione unica²³, che, pur attribuita alla competenza regionale, è il risultato di una conferenza di servizi, che assume, nell'intento della semplificazione e accelerazione dell'azione amministrativa, la funzione di coordinamento e mediazione degli interessi in gioco al fine di individuare, mediante il contestuale confronto degli interessi dei soggetti che li rappresentano, l'interesse pubblico primario e prevalente.

Di conseguenza, i principi fondamentali della materia *«produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia»* non consentono al legislatore regionale di introdurre un aggravio procedimentale, quale si rivelerebbe, ad esempio, la richiesta, ai fini del rilascio dell'autorizzazione unica alla costruzione ed esercizio, di una *«previa intesa»* con il Comune o i Comuni interessati dall'impianto. Infatti, una disposizione regionale che, sia pure limitatamente all'installazione di particolari tipologie di impianti, indicasse la necessità di una intesa *«previa»*, romperebbe inequivocabilmente la sincronicità dell'acquisizione degli apporti amministrativi, tipica della conferenza dei servizi, ponendosi in evidente contrasto con il richiamato modello del procedimento unico.

Del resto, occorre ricordare che, avendo riguardo alla competenza concorrente, anche in specifico riferimento alla materia *«produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia»*, la Corte ha costantemente qualificato come principi fondamentali della materia le norme statali ispirate alle regole della semplificazione amministrativa e della celerità, volte a garantire, in

²⁰ Corte cost., sentt. nn. 177 del 2018 e 156 del 2016.

²¹ Corte cost., sent. n. 106 del 2020.

²² Corte cost., sent. n. 267 del 2016.

²³ Corte cost., sent. n. 249 del 2009.

modo uniforme sull'intero territorio nazionale, la conclusione, entro un termine definito, del procedimento autorizzativo²⁴.

Spetta pertanto soltanto al legislatore statale dettare norme di principio volte a contemperare l'indispensabile coinvolgimento dei diversi livelli territoriali di governo con le ragionevoli esigenze di semplificazione amministrativa e di certezza circa la conclusione dei procedimenti che, rispondendo ad esigenze unitarie al fine della localizzazione degli impianti di interesse nazionale, devono essere garantite in modo uniforme sull'intero territorio dello Stato²⁵.

In questa prospettiva, anche l'indicazione del termine massimo per la conclusione del procedimento unico, contenuta nell'art. 12, comma 4, del d.lgs. n. 387 del 2003, deve qualificarsi quale principio fondamentale in materia di «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*», in quanto tale disposizione risulta ispirata alle regole della semplificazione amministrativa e della celerità garantendo, in modo uniforme sull'intero territorio nazionale, la conclusione entro un termine definito del procedimento autorizzativo²⁶.

La citata disposizione statale, dunque, nel fissare il termine di centottanta giorni per la conclusione del procedimento in parola, sancisce un principio fondamentale vincolante il legislatore regionale; conseguentemente, le Regioni non possono disporre sospensioni delle procedure autorizzative per la realizzazione di impianti da fonti rinnovabili, laddove ciò comporti il superamento del termine massimo di conclusione procedimentale fissato dal legislatore statale.

Bibliografia essenziale

Aa.Vv., *Italiadecide, Rapporto 2011-2012. Il governo dell'energia per lo sviluppo del Paese*, Bologna, 2012

Ammannati L., *L'incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, n. 3/2011, p. 2 ss.

Amorosino S., «*Nobiltà*» (dei proclami politici) e «*miseria*» (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2020, fasc. 6, p. 497-503, pt. 2

Bassi N., Bruti Liberati E., Donati F., *La "Governance dell'energia"*, Rapporto per l'Osservatorio sulla politica energetica della Fondazione Einaudi, Roma, 20 novembre 2012

Chieffi L., Pinto F. (a cura di), *Il governo dell'energia dopo Fukushima: indirizzi europei ed evoluzione delle politiche nazionali*, Napoli, 2013

Cocco G. (a cura di), *Profili giuridici ed economici delle fonti energetiche rinnovabili: problemi aperti e prospettive per uno sviluppo sostenibile*, Napoli, 2013

Cocconi M., *Promozione europea delle energie rinnovabili e semplificazione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 1-2/2012, p. 25 ss.;

Colavecchio A., *Il "punto" sulla giurisprudenza costituzionale in tema di impianti da fonti rinnovabili*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, n. 1/2011, p. 106 ss.

Durante N., *Il procedimento autorizzativo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: complessità e spunti di riflessione, alla luce delle recenti linee guida nazionali*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, n. 2-3, p. 73 ss.

Fanetti S., *L'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio di impianti alimentati da fonti rinnovabili*, in Pozzo B. (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Milano, 2009, p. 157 ss.

Farì A., *Il procedimento di autorizzazione per gli impianti da fonti energetiche rinnovabili. Complessità e spunti di riflessione*, in *Astrid-online.it*, 2009, n. 85

Ingenito C., *Il principio di leale collaborazione e le linee guida nelle recenti sentenze della corte costituzionale in materia ambientale*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, fasc. 4, p. 624 ss.

Mainardis C., *Competenza concorrente e fonti secondarie nel "governo" delle energie rinnovabili*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, fasc. 3, p. 1329 ss.

Morelli R., *Fonti energetiche rinnovabili e poteri delle Regioni. Considerazioni alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle linee guida statali (ottobre 2011)*, in *www.issirfa.cnr.it*, sub Studi e interventi

Napolitano G., Zoppini A. (a cura di), *Annuario di Diritto dell'energia 2013. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013

²⁴ *Ex plurimis*, Corte cost., sentt. nn. 282 del 2009, 364 del 2006, 336 del 2005.

²⁵ Tra le tante, Corte cost., sentt. nn. 364 del 2006, 383 e 336 del 2005.

²⁶ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 383 e 336 del 2005.

Nicoletti F., *Lo sviluppo e la promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili alla luce del d. lgs. 29 dicembre 2003, n. 387*, in *Dir. ed economia*, 2004, p. 367 ss.

Picone S., *Tutela dell'ambiente e realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili*, in www.giustiziaamministrativa.it, 27 aprile 2010.

LA TUTELA DELLA BIODIVERSITÀ IN FRANCIA TRA CAMBIAMENTO CLIMATICO E POLITICHE DI TRANSIZIONE.

Luigi Maria Pepe ¹

Abstract ita: La Francia costituisce un modello giuridico unico e ambizioso per la tutela della biodiversità. Con la costituzionalizzazione del valore ambiente all'interno della *Charte de l'Environnement* del 2005, il suo intervento nel settore ambientale è risultato sempre più incisivo e ambizioso. Con la *loi biodiversité* e con le successive riforme adottate dalle politiche della transizione ecologica, la Francia si attesta a trainare e a guidare non solo gli Stati Europei ma il panorama giuridico globale sulla protezione e tutela della biodiversità creando dei precedenti utili a cui potersi e doversi ispirare.

Abstract eng: France represents a unique and ambitious legal model for the protection of biodiversity. With the constitutionalization of the value of the environment in the *Charte de l'Environnement* of 2005, its intervention in the environmental sector has become increasingly incisive and ambitious. With the *loi biodiversité* and the subsequent reforms adopted by the policies of ecological transition, France is expected to lead not only the European countries but also the global legal landscape on the protection and preservation of biodiversity, creating useful precedents that can and should inspire.

Sommario: **1.** La tutela della biodiversità in Francia tra governance ambientale multilivello e politiche di transizione ecologica; **2.** La *loi biodiversité* e i suoi obiettivi strategici; **3.** La Strategia Nazionale per la Biodiversità e gli obiettivi del Plan biodiversité 2018; **4.** La nascita dell'*Office français de la biodiversité* (OFB); **5.** Biodiversità e cambiamento climatico nella Loi n° 2021-1104 sul clima e resilienza in Francia; **6.** Considerazioni conclusive: l'impegno della Francia verso il nuovo quadro mondiale sulla biodiversità.

La tutela della biodiversità in Francia tra governance ambientale multilivello e politiche di transizione ecologica.

La tutela della biodiversità, intesa come conservazione e protezione degli equilibri ecologici e difesa della diversità biologica, costituisce una delle più importanti sfide globali che caratterizza l'era dell'Antropocene².

In questa cornice, la conservazione della natura e la difesa della biodiversità in Francia costituiscono inevitabilmente una priorità del diritto ambientale francese che si preoccupa di garantire la protezione delle specie animali e vegetali, unitamente alla biodiversità culturale.

¹ Dottorando di ricerca in Comparative Law and Processes of Integration, Università della Campania "Luigi Vanvitelli".

² P. CRUTZEN, *Benvenuti nell'Antropocene. L'uomo ha cambiato il clima, la Terra entra in una nuova era*, Mondadori 2005; si veda sul punto anche N. CASTREE, *The Anthropocene and Geography I: The back story*, in *Geography Compass*, 2014, 8, 7, p. 436.

Sostanzialmente questa finalità è oggi demandata alla c.d. *loi biodiversité* del 2016 che costituisce, senza ombra di dubbio, un pilastro fondamentale dell'edificio normativo a tutela dell'ambiente e della diversità biologica francese.

Come è noto, il disegno di legge sulla biodiversità è stato presentato dal Governo Hollande all'Assemblea Nazionale francese il 26 marzo 2014. Il 26 giugno dello stesso anno il testo venne approvato con 10 emendamenti in Assemblea Nazionale. Dopo un iter abbastanza articolato³ la nuova legge è stata approvata definitivamente il 20 luglio 2016 e successivamente pubblicata in gazzetta ufficiale il 9 agosto 2016 - Loi n. 2016-1087, dell'8 agosto 2016, *Legge per la riconquista della biodiversità, della natura e del paesaggio*⁴. La *loi* del 2016 va inserita in un più ampio quadro di testi normativi internazionali ed europei che rappresentano la cornice multilivello dentro cui opera la legislazione interna nazionale.

Come è noto, a livello delle Nazioni Unite, la Francia è parte della *Convenzione sulla Diversità Biologica* (CBD) ratificata il 1 luglio 1994, integrata dal *Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza*, dal piano strategico con i 20 obiettivi di Aichi e dal *Protocollo di Nagoya* (adottato in 2010) sull'accesso alle risorse genetiche e la giusta ed equa condivisione dei benefici derivanti dal loro utilizzo. Sul piano europeo, al di fuori dell'UE, esiste una serie di testi vigilati dal Consiglio d'Europa, di cui la Francia è parte: *Convenzione di Berna* per la protezione della fauna selvatica (1979), *Convenzione europea del paesaggio* (Firenze, 2000) o *Convenzione sulla responsabilità civile per danni derivanti da attività pericolose per l'ambiente* (1993). Questo corpus è simile, ma con organi di governo e autonomi, alla *Convenzione delle Alpi del 1991* che riunisce i 7 Paesi dell'Arco Alpino e che comprende protocolli sulla protezione della natura e suoli.

Nel quadro dell'Unione Europea, questi obiettivi sono stati trascritti nel 2011 in una Strategia europea sulla biodiversità per il 2020, ed è in corso il nuovo piano di rinnovamento per il periodo 2020-2030. Le principali direttive comunitarie che hanno segnato punto di svolta e assicurato una visione sistematica e armonica della tutela della biodiversità negli Stati membri sono la Direttiva 2009/147/CE sulla conservazione degli uccelli selvatici ed in particolare la Direttiva 92/43/CEE sulla conservazione degli habitat naturali, fauna e flora selvatiche, modificate dalla Direttiva 97/62/CE, che ha creato la rete europea "Natura 2000" (Amirante)⁵. Queste direttive sono poi integrate da vari regolamenti e programmi relativi, ad esempio, alle specie esotiche invasive (IAS14), al commercio internazionale di specie di fauna e flora selvatiche o al benessere degli animali da zoo e degli animali utilizzati a fini scientifici, il quadro di finanziamento LIFE: European programma per l'ambiente e l'azione per il clima, ecc.⁶

A livello nazionale, la Strategia nazionale per la biodiversità (BNS16), declinata a sua volta a livello regionale (SRB), trascrive gli obiettivi di Aichi, il protocollo di Nagoya e la strategia europea. In origine, costituiva la componente della biodiversità della strategia nazionale di sviluppo sostenibile.

³ Tra l'approvazione in Assemblea Nazionale e quella in prima lettura al Senato, avvenuta il 26 gennaio 2016, sono intercorsi la Conferenza sull'ambiente (27-28 novembre 2014) e la presentazione al Consiglio di un piano d'azione a favore delle api e per gli impollinatori. Il 18 marzo 2016 il testo fu approvato dall'Assemblea Nazionale in seconda lettura e il 22 maggio l'approvazione in seconda lettura venne ottenuta anche dal Senato. Il 23 giugno e l'11 luglio 2016, dopo una nuova lettura, arrivò l'approvazione rispettivamente all'Assemblea Nazionale e al Senato.

⁴ Sul punto si veda il sito <https://www.gouvernement.fr/action/la-preservation-de-la-biodiversite>.

⁵ D. AMIRANTE (a cura di), *La conservazione della natura in Europa. La Direttiva Habitat ed il processo di costruzione della rete «Natura 2000»*, Franco Angeli, 2004. Secondo questo autore la direttiva Habitat del 1992 rappresenta un "punto di svolta" nelle politiche di conservazione della natura in Europa, grazie alla costituzione di una "sistema" di siti protetti, denominato "Rete Natura 2000". La novità principale consiste soprattutto nell'approccio "diffuso" della direttiva che non considera più le aree protette come "isole", ma come parti integranti di un più complessivo progetto di governo del territorio nel quale la tutela degli elementi ecologici rappresenta un elemento fondamentale. Si veda C. A. GRAZIANI (a cura di), *Le aree protette e la sfida della biodiversità. Atti del convegno annuale del Club dei giuristi dell'ambiente*, 14 settembre 2011, Aracne 2018.

⁶ Per una panoramica europea della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema confronta P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2021, 400; cfr. ulteriormente B. CARAVITA (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, 382.

Sul piano costituzionale, come è noto, nell'ordinamento d'oltralpe la tutela ambientale ha trovato pieno riconoscimento con la «costituzionalizzazione» dell'ambiente nella *Charte de l'Environnement* del 2005. Ciò posto, la biodiversità è un termine che troviamo nel *bloc de constitutionnalité*, in quanto, come ricorda Prieur, inserito nel 2004 nel Preambolo della *Charte de l'environnement*, e, insieme agli «equilibri naturali», rientrano in quel concetto di «equilibrio» (*environnement équilibré*) richiamato nell'art. 1 della *Charte*⁷. La legge sulla diversità biologica del 2016 sancisce il valore e l'importanza nazionale della biodiversità, in quanto ai sensi dell'art. L. 110-1 del *Code de l'environnement* concorre alla costituzione del patrimonio comune della nazione⁸. Si adotta una rilevante definizione giuridica, contenuta oggi nell'art. L. 110-1 del *Code de l'environnement*: « On entend par biodiversité, ou diversité biologique, la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants. ». Detta legge recepisce inoltre nel diritto francese il Protocollo di Nagoya, che integra la Convenzione sulla diversità biologica del 1992.⁹

Ad oggi il termine biodiversità non trova esplicitamente spazio in Costituzione, tuttavia nel corso degli ultimi anni in Francia si è assistito ad un interessante dibattito parlamentare, grazie anche alla *Convention citoyenne pour le climat*, che ha portato alla formulazione di alcune proposte di riforma costituzionale riguardanti proprio il diritto ambientale. Queste proposte di riforma sembrano essere giustificate dal fatto che la *Charte de l'Environnement* del 2005 non sia più sufficiente per dare risposte alle attuali istanze del costituzionalismo di impronta ecologica in un'epoca di cambiamento planetario essendo necessario, invece, un approccio nuovo per assicurare la tutela ambientale globale. In questa prospettiva deve essere accolta con grande interesse, per il diritto ambientale nel suo complesso, la proposta di riforma costituzionale presentata da ultimo in Francia e che ha inteso inserire la tutela ambientale, la biodiversità e la protezione del clima nell'art. 1 della Costituzione francese¹⁰.

In questo quadro deve inserirsi la normativa nazionale francese in materia di biodiversità che, come si vedrà nei paragrafi seguenti, rappresenta un modello originale di tutela della diversità e della variabilità degli organismi viventi di qualsiasi origine, compresi gli ecosistemi terrestri, marini e acquatici, e i complessi ecologici di cui fanno parte.

La loi biodiversité e i suoi obiettivi strategici.

Il disegno di legge sulla biodiversità è stato presentato dal Governo Hollande all'Assemblea Nazionale francese il 26 marzo 2014 ed approvato con 10 emendamenti. Dopo un iter abbastanza articolato¹¹ la nuova legge è stata approvata definitivamente il 20 luglio 2016 e

⁷ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, VIII éd., 2019, cit. p. 425.

⁸ L. 110-1, *Code de l'environnement*: I. - Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sons et odeurs qui les caractérisent, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, la qualité de l'eau, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage. Les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine.

⁹ Cfr. il dossier legislativo disponibile su <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000028780525/>

¹⁰ Si veda sul punto Si veda sul punto L. COLELLA, *La "transizione ecologica" nella Loi Climat et Résilience in Francia. Brevi note introduttive*, in *Rivista Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 27/09/2021, Anno XLII, p. 11.

¹¹ Tra l'approvazione in Assemblea Nazionale e quella in prima lettura al Senato, avvenuta il 26 gennaio 2016, intercorsero la Conferenza sull'ambiente (27-28 novembre 2014) e la presentazione al Consiglio di un piano d'azione a favore delle api e per gli impollinatori. Il 18 marzo 2016 il testo fu approvato dall'Assemblea Nazionale in seconda lettura e il 22 maggio l'approvazione in seconda lettura venne ottenuta anche dal Senato. Il 23 giugno e l'11 luglio 2016, dopo una nuova lettura, arrivò l'approvazione rispettivamente all'Assemblea Nazionale e al Senato.

successivamente pubblicata in gazzetta ufficiale il 9 agosto 2016, e conosciuta come la *Loi n. 2016-1087*, dell'8 agosto 2016 "*per la riconquista della biodiversità, della natura e del paesaggio*"¹².

La legge è composta da 174 articoli, suddivisi in sette titoli¹³ ed introduce nel diritto francese una visione dinamica e rinnovata della biodiversità; essa ha l'obiettivo di proteggere e valorizzare il patrimonio naturale. Uno degli obiettivi della legge del 2016 è sicuramente il consolidamento dei principi giuridici. A questo scopo viene inserito un sistema di compensazione dei danni ecologici (con particolare rilevanza alla compensazione in via prioritaria alla natura) per rafforzare e consolidare le conquiste della giurisprudenza (come il principio "chi inquina paga", garantendo anche agli attori economici un quadro stabile e chiaro). Tale principio viene recepito attraverso l'introduzione del Codice civile del risarcimento del danno ecologico (artt. 1246-1252 c.c., modificati dall'art. 4 della legge sulla biodiversità); viene incorporato nella legge del principio di non regressione, secondo il quale la protezione dell'ambiente nei testi non può che essere oggetto di un miglioramento costante; viene riconosciuto il principio di solidarietà ecologica, che riconosce l'importanza dei legami tra la conservazione della biodiversità e le attività umane, fondamentale per le azioni di conservazione e ripristino del quadro verde e blu attraverso i serbatoi di biodiversità e le continuità ecologiche.

Altro obiettivo è quello di rispondere concretamente ai problemi di biodiversità. A tal fine è necessario: rendere più inclusivi i dati degli studi di impatto e, dunque, migliorare la conoscenza (viene creato il Sistema Informativo natura e paesaggio - SINP). I dati citati saranno inclusi nell'inventario del patrimonio naturale (verranno, ad esempio, creati gli atlanti del paesaggio e fissati degli obiettivi di qualità del paesaggio); tutelare la biodiversità nelle scelte sia pubbliche che private e viene a tal fine inserita la Strategia Nazionale per la biodiversità nel codice dell'ambiente e viene rafforzata, per i progetti di sviluppo, la procedura applicabile per prevenire i danni, che sarà divisa in fasi (principio di azione preventiva - Titolo VI, Capo II, sez. I): evitare i danni, eventualmente ridurli, infine compensare (evitare i danni alla biodiversità, in caso contrario ridurli e, in ultima istanza, compensare gli impatti residui)¹⁴. Sono stabiliti siti di compensazione naturale per consentire una compensazione efficace; viene data ai privati la possibilità di contrattualizzare veri e propri obblighi ambientali; le autorità locali devono integrare la biodiversità urbana nei piani territoriali clima-energia. Infine, viene prevista l'integrazione della dimensione ambientale nell'urbanizzazione commerciale (nuove disposizioni applicabili ai centri commerciali come i tetti verdi, l'installazione di produzione di energia rinnovabile, la lotta contro il consumo del suolo).

La legge si propone di riaffermare la biodiversità come un problema comune.

¹² Sul punto si veda <https://www.gouvernement.fr/action/la-preservation-de-la-biodiversite>.

¹³ La legge è composta da 174 articoli, suddivisi in sette titoli:

- Titolo I - Principi fondamentali (artt. 1-12);
- Titolo II - Governance della biodiversità (artt. 13-19);
- Titolo III - Agenzia francese per la biodiversità (artt. 20-33);
- Titolo IV - Governance della politica dell'acqua/idrica (artt. 34-36);
- Titolo V - Accesso alle risorse genetiche e ripartizione giusta e equa dei benefici (artt. 37-46);
- Titolo VI - Aree naturali e protezione delle specie (artt. 47-167);
- Titolo VII - Paesaggio (artt. 168-174).

¹⁴ Come è noto il principio di azione preventiva è una correzione, anzitutto alla fonte, degli attacchi contro l'ambiente. Questo principio implica il "prevenire danni alla biodiversità e ai servizi che essa fornisce; in mancanza, ridurne la portata; infine, compensare il danno che non potrebbe essere evitato o ridotto, tenendo conto delle specie, degli habitat naturali e delle funzioni ecologiche interessate". Pertanto, il risarcimento del danno dovrebbe essere richiesto solo come ultima risorsa, quando il danno non può essere né evitato né ridotto. Tale principio deve mirare "ad un'assenza di perdita netta di biodiversità, o addirittura tendere ad un guadagno di biodiversità".

A questo scopo, devono essere creati organismi sociali ed esperti per coinvolgere le parti interessate nei dibattiti sulla biodiversità, a livello nazionale e regionale (es. il Comitato nazionale per la biodiversità; Comitato nazionale per la protezione della natura e Comitati regionali per la biodiversità). Viene introdotto il divieto di brevettare prodotti risultanti da processi essenzialmente biologici per eliminare il freno all'innovazione causato dalla moltiplicazione delle domande di brevetto su organismi viventi.

Proteggere le specie in via d'estinzione, le aree sensibili e la qualità del nostro ambiente costituisce altro pilastro fondamentale. Tale obiettivo sarà raggiunto con il rafforzamento degli strumenti di protezione delle specie in pericolo (piani d'azione nazionali per preservare e proteggere le specie endemiche in pericolo; sanzioni penali per combattere il traffico di specie in pericolo etc.); rafforzamento della protezione della biodiversità marina (creazione della quinta riserva marina più grande del mondo nelle acque delle Terre Australi e Antartiche francesi, al di là delle acque territoriali - tra 12 e 200 miglia nautiche - e la creazione di zone di conservazione della pesca; impone l'installazione di dispositivi anticollisione sulle navi battenti bandiera francese che navigano nei santuari AGOA e PELAGOS, per proteggere i cetacei; organizza un piano d'azione per la protezione delle mangrovie e delle barriere coralline nei territori francesi d'oltremare.

Vengono introdotte nuove misure a favore del paesaggio (protezione dei filari di alberi lungo le strade; riconoscimento della professione di paesaggista); il divieto di utilizzo di pesticidi contenenti neonicotinoidi, dal 1° settembre 2018, per combattere i pesticidi dannosi per gli insetti impollinatori e la salute umana (tuttavia, su tale punto, si tenga presente che recentemente il Governo francese ha approvato una legge che proroga fino al 2023 la possibilità di utilizzo di tali pesticidi per le colture anche di barbabietole da zucchero fino al 2023 - legge n. 2020-1578 del 14/12/2020). Viene limitato l'uso della plastica per ridurre l'inquinamento in mare (la legge vieta le microsfere di plastica nei cosmetici dal 2018 e i *cotton fioc* con un gambo di plastica dal 2020).

La legge intende fare della biodiversità una leva per lo sviluppo economico. Autorizzazione a ratificare il protocollo di Nagoya, che regola l'accesso alle risorse genetiche naturali e la condivisione del loro uso (ABS). La Francia si dà così i mezzi per combattere la biopirateria e l'appropriazione delle risorse genetiche a scapito delle popolazioni locali, rispettando un impegno internazionale preso 25 anni fa al Vertice della Terra di Rio. Sostegno allo sviluppo delle professioni dell'economia verde e blu e dei settori del futuro, attraverso la creazione dell'Agenzia francese per la biodiversità, gli strumenti di compensazione, la riaffermazione della strategia nazionale per la biodiversità, il contributo agli open data per gli studi di impatto.

In questo quadro i 174 articoli della Loi 2016-1087 vanno a modificare principalmente il Codice dell'ambiente e il Codice civile. In particolare, l'art. 1 della legge va ad incidere sul Codice dell'ambiente, introducendo la definizione di biodiversità. Secondo la nuova legge sulla biodiversità, o diversità biologica, significa la variabilità degli organismi viventi di qualsiasi origine, compresi gli ecosistemi terrestri, marini e acquatici, e i complessi ecologici di cui fanno parte. Include la diversità all'interno delle specie e tra le specie, la diversità degli ecosistemi e le interazioni tra gli organismi viventi. In ciò, fa suoi quelli che erano già stati gli obiettivi della Direttiva habitat, la quale aveva già posto l'obiettivo di salvaguardare la biodiversità mediante la conservazione degli habitat naturali, nonché della flora e della fauna selvatiche nel territorio europeo degli Stati membri al quale si applica il trattato (art. 2, Direttiva 1992/43/Cee). Sempre l'art. 1, modificando l'art. L.101 ha precisato che il principio dell'azione preventiva viene attuato proprio evitando danni alla biodiversità. La legge sulla biodiversità non ha modificato soltanto innumerevoli disposizioni del Codice dell'ambiente, ma anche del Codice civile. Infatti, l'art. 4 ha modificato anche l'art. 1386-19 stabilendo il principio in base al quale se si crea un danno ecologico si ha l'obbligo di risarcirlo.

La legge prevedeva anche la creazione dell'Agenzia francese per la biodiversità, ma con la *loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019 «portant création de l'Office français de la biodiversité, modifiant les missions des fédérations des chasseurs et renforçant la police de l'environnement»* è avvenuta la fusione dell'*Agence française de la biodiversité (AFB)* con l'*Office national de la chasse et de la faune sauvage (ONCFS)*, creando l'*Office français de la biodiversité*.

In attuazione della legge sulla biodiversità è stato, inoltre, inaugurato nel 2018 il *Piano Biodiversità*, il quale mira a realizzare gli obiettivi della legge, ma anche ad accelerare l'attuazione della **Strategia Nazionale per la Biodiversità** valido sino al 2020¹⁵.

La Strategia Nazionale per la Biodiversità e gli obiettivi del Plan biodiversité 2018.

La Francia è un paese ricco della sua biodiversità: dalla Guyana alle Alpi, dal Pacifico alla Corsica, dalle Indie Occidentali alle grandi foreste della Francia centrale, il territorio è ricco di una diversità di specie e ambienti naturali, di terra e di mare. Al fine di proteggere e conservare queste ricchezze, la legge per la riconquista della biodiversità del 2016, ha sancito l'obiettivo di ridurre a zero la perdita netta di biodiversità. Siffatta normativa ha inteso sostenere la Strategia nazionale per la biodiversità (BNS) e attuare la realizzazione dell'impegno francese nell'ambito della Convenzione sulla diversità biologica.

Dopo una prima fase 2004-2010 basata su piani d'azione settoriali, la Strategia nazionale per la biodiversità BNS 2011-2020 ha inteso realizzare un maggiore impegno degli attori in tutti i settori di attività, a tutte le scale territoriali, nella Francia metropolitana e all'estero. L'obiettivo è stato quello di raggiungere i 20 obiettivi fissati per preservare, ripristinare, rafforzare e migliorare la biodiversità e garantirne un uso sostenibile ed equo. Al fine di realizzare ed accelerare l'attuazione della *Strategia Nazionale per la Biodiversità* (2011-20) la Francia ha adottato il *Piano Biodiversità* del 2018 che, in sostanza, mira a rafforzare l'azione della Francia per la sua conservazione e a mobilitare per la prima volta le leve per ripristinarla quando sarà degradato.

Il successo della sua attuazione implica l'integrazione della questione della biodiversità in tutte le politiche settoriali, per una rinnovata coerenza dell'azione pubblica, dotata di mezzi all'altezza delle sue ambizioni. Strutturato in 6 assi strategici, 24 obiettivi e 90 azioni, il Piano Biodiversità affronta la lotta per la conservazione e il ripristino della biodiversità nel suo insieme.

L'Asse 1 - *Recupero della biodiversità nei territori* - mira a rallentare lo sfruttamento e l'uso insediativo degli spazi naturali e agricoli e a recuperare gli spazi di biodiversità ove possibile, nelle città come nelle aree rurali: nelle aree dismesse, nelle città dense, nelle periferie delle metropoli.

L'Asse 2 - *Costruire un'economia senza inquinamento e a basso impatto sulla biodiversità* - intende conciliare sviluppo economico e conservazione della biodiversità limitando le pressioni e rafforzando le sinergie. In continuità con il lavoro avviato a livello nazionale dal Piano per la riduzione dei prodotti fitosanitari e dalla *Roadmap* per un'economia circolare e per rispondere alla direttiva europea sui rifiuti, il Piano propone una serie di misure per ridurre tutti i tipi di inquinamento (plastico, chimico, luminoso, ecc.). Per affrontare le sfide, le aziende devono anche impegnarsi a tenere maggiormente conto della biodiversità nelle loro attività, sia nelle fasi di produzione, fornitura o investimento.

L'Asse 3 - *Proteggere e ripristinare la natura in tutte le sue componenti* - mira a rafforzare l'azione sugli ecosistemi più minacciati.

¹⁵ Si veda il sito www.ecologie.gouv.fr/plan-biodiversite.

Tutti gli status messi insieme, le aree protette francesi, che coprono quasi il 20% del territorio, a terra e in mare, proteggono la biodiversità, mentre consentono ai francesi di incontrare esseri viventi e splendidi paesaggi. Proteggere la biodiversità significa anche rafforzare il regime delle aree protette (dai parchi nazionali alle riserve naturali, comprese le aree marine) e in particolare la gestione di queste aree esistenti.

Con l'Asse 4 - *Sviluppare un'ambiziosa tabella di marcia europea e internazionale per la biodiversità* - la Francia desidera, come si è fatto sul clima, assumere la leadership globale sui temi della biodiversità e includerli in cima alle agende europee e internazionali, sia negli accordi commerciali che nei quadri d'azione sugli oceani o sul traffico di denaro. Per questo è necessario mobilitare un massimo di attori statali e della società civile.

L'Asse 5 - *Conoscere, educare, formare* - intende mobilitare tutti i portatori di interessi e tutti i cittadini è necessaria una spiegazione più chiara delle problematiche e un migliore accesso alle informazioni sullo stato degli ambienti e delle specie e soprattutto sulle leve che consentono a ciascuno di agire al proprio livello. Ciò richiede azioni per migliorare la ricerca, la diffusione della conoscenza, la formazione e l'educazione ambientale, ma anche attraverso azioni innovative basate su nuove forme di *networking* e apprendimento (reti sociali, comunità di apprendimento, ecc.).

Con l'Asse 6 - *Migliorare l'efficacia delle politiche sulla biodiversità* - si vuole mobilitare e coordinare meglio tutti gli attori per un'attuazione più efficiente delle politiche sulla biodiversità, in particolare per quanto riguarda l'applicazione del diritto ambientale. L'efficienza della polizia ambientale deve essere migliorata, al fine di garantire una migliore applicazione della legge.

La nascita dell'*Office français de la biodiversité* (OFB)

Un altro importante obiettivo della Loi 2016-1087 è stata la creazione dell'*Agenzia francese per la biodiversità* intesa come un soggetto istituzionale di riferimento nel settore e al servizio di un nuovo modello di sviluppo che mira a combattere la perdita di biodiversità e affrontare le sfide dell'adattamento agli effetti del cambiamento climatico.

Secondo la legge francese sulla biodiversità del 2016 l'Agenzia è diventata operativa dal 1° gennaio 2017 e ha riunito quattro organizzazioni coinvolte nelle politiche della biodiversità, ovvero: l'Ufficio nazionale delle acque e degli ambienti acquatici, l'Agenzia delle aree marine protette, i Parchi nazionali francesi e il Laboratorio tecnico degli spazi naturali. In questa cornice l'agenzia è stata considerata un riferimento istituzionale in termini di competenza, gestione, assistenza e controllo, nonché un luogo di partenariato con enti locali, reti associative, circoli socio-professionali e imprese¹⁶.

Dal primo gennaio 2020, l'Agenzia francese per la biodiversità e l'Ufficio nazionale per la caccia e la fauna selvatica si sono riuniti nel nuovo *Ufficio francese per la biodiversità*.

La nuova istituzione è stata creata il 1 gennaio 2020 dalla legge n. 2019-773 del 24 luglio 2019, ed è sotto la supervisione diretta del Ministero della transizione ecologica e del Ministero dell'agricoltura e dell'alimentazione.

Tale istituzione contribuisce, per quanto riguarda gli ambienti terrestri, acquatici e marini, al monitoraggio, alla conservazione, alla gestione e al ripristino della biodiversità, nonché alla gestione equilibrata e sostenibile dell'acqua in coordinamento con la politica nazionale per la lotta al riscaldamento globale.

¹⁶ L'agenzia è stata responsabile della conservazione, della gestione e del ripristino della biodiversità, dello sviluppo delle conoscenze, della gestione equilibrata e sostenibile delle acque, della lotta contro la biopirateria. Le autorità locali possono creare delle agenzie regionali per la biodiversità il cui obiettivo è di accelerare la diffusione delle azioni a favore della biodiversità nei territori.

L'Ufficio francese per la biodiversità (O.F.B.), posto sotto la supervisione dei due ministri integra le missioni dei due dipartimenti, mettendo a sistema verso un'unica strategia, i vari progetti di monitoraggio, conservazione e gestione della fauna e dell'ambiente e i campi di intervento dei 2.800 agenti dell'Agenzia francese per la biodiversità (AFB).

L'Ufficio francese per la biodiversità è un'istituzione pubblica dedicata alla salvaguardia della biodiversità, responsabile della protezione e del ripristino della biodiversità in Francia e nei territori d'oltremare francesi.

Sul piano istituzionale una novità importante è costituito dal nuovo Ufficio francese per la biodiversità che è al centro dell'azione per preservare la vita negli ambienti acquatici, terrestri e marini. Svolge un ruolo essenziale nella lotta all'erosione della biodiversità di fronte a pressioni quali la distruzione e la frammentazione degli ambienti naturali, varie forme di inquinamento, l'eccessivo sfruttamento delle risorse naturali, l'introduzione di specie esotiche invasive o le conseguenze di perturbazioni climatiche¹⁷.

Secondo l'O.F.B. la biodiversità deve essere intesa come il *tessuto vivente del pianeta*, la somma di interazioni che avvengono tra specie e ambienti; essa è indispensabile per le società umane, in quanto fornisce ossigeno all'aria, cibo, acqua, energia, fertilità del suolo, molti materiali e farmaci. L'estinzione delle specie accelera sotto la pressione delle attività umane: distruzione e frammentazione degli ambienti naturali, inquinamento, sfruttamento eccessivo delle risorse naturali, introduzione specie aliene invasive, alle quali si aggiungono perturbazioni climatiche.

L'Ufficio per la biodiversità è responsabile di 5 missioni aggiuntive: 1. polizia ambientale e polizia sanitaria della fauna selvatica, 2. conoscenza, ricerca e competenza su specie, ambienti e loro usi, 3. supporto per l'attuazione delle politiche pubbliche, 4. gestione e supporto ai gestori di aree naturali, 5. sostegno agli attori e la mobilitazione della società. Il suo ruolo è anche quello di cooperare nell'ambito del quadro delle convenzioni transfrontaliere e delle organizzazioni internazionali¹⁸.

L'attività dell'Ufficio per la biodiversità si estende anche ai territori d'oltremare, la cui ricchezza della biodiversità è, come afferma lo stesso Ufficio, incomparabile. Del numero di specie scoperte in Francia, nove su dieci si trovano nei territori d'oltremare. Anche grazie ai suoi territori ultramarini, la Francia è presente in quattro dei cinque oceani del nostro pianeta, diventando così il secondo dominio marittimo più grande del mondo. Da 500.000 a 1 milione di specie sono minacciate di estinzione, questa è l'allarmante osservazione del Rapporto scientifico della Piattaforma intergovernativa sulla biodiversità e i servizi ecosistemici (IPBES), pubblicato a del maggio 2019¹⁹.

In questo quadro, il recente piano *France Relance* è attuato proprio dall'Ufficio francese per la biodiversità che è direttamente responsabile dell'attuazione di tre interventi per un importo totale di 85 milioni di euro che consentiranno di rafforzare e accelerare l'azione dell'istituzione finanziando centinaia di operazioni molto concrete nei territori, nella Francia metropolitana e oltreoceano²⁰.

¹⁷ Si veda *Un nouvel établissement public, une nouvelle force pour la biodiversité* reperibile sul sito https://ofb.gouv.fr/sites/default/files/Fichiers/Plaquettes%20et%20rapports%20institut/PLAQUETTE_OFB_INSTIT_BD_PAGE.pdf.

¹⁸ Si veda *L'action internationale de l'Office français de la biodiversité*, reperibile sul sito https://ofb.gouv.fr/sites/default/files/Fichiers/Plaquettes%20et%20rapports%20institut/34173Plaquette-OFB_fr_etrangers.p

¹⁹ Questa minaccia globale pesa tanto di più sui territori d'oltremare, che sono spesso caratterizzati dalla loro insularità. Sessanta delle cento specie più invasive al mondo erano presenti nei territori d'oltremare nel 2016, tra cui la liana farfalla a Réunion e l'iguana verde in Martinica.

²⁰ Si veda *France Relance: l'OFB soutient plus de 100 nouveaux projets en faveur de la biodiversité dans les territoires* in <https://ofb.gouv.fr/actualites/france-reliance-lofb-soutient-plus-de-100-nouveaux-projets-en-faveur-de-la-biodiversite>.

Al fine di sensibilizzare i temi della conservazione e protezione delle specie, l'Ufficio francese della biodiversità (OFB) ha organizzato, di recente, la prima edizione dell'Università popolare della biodiversità, tenutasi a *Tours* il 27 e 28 novembre 2021, che ha riunito più di 200 partecipanti in loco e più di 8.000 utenti sui *social network*. Questo incontro ha consentito ai partecipanti di arricchire la loro conoscenza sugli impatti delle attività umane sugli esseri viventi, trovando nel contempo risposte per agire, ciascuno per la propria qualità e competenza.

Biodiversità e cambiamento climatico nella Loi n° 2021-1104 sul clima e resilienza in Francia.

La *Loi n° 2021-1104* sul "Clima e resilienza", del 22 agosto 2021, frutto della *Convention citoyenne pour le climat*, rappresenta attualmente la normativa francese di riferimento in vista di perseguire gli obiettivi della transizione ecologica e raggiungere una riduzione di almeno il 40% delle emissioni di gas serra entro il 2030 (rispetto al 1990), in uno spirito di giustizia sociale e nell'ottica della sostenibilità ambientale²¹.

La *Loi n° 2021-1104*²² (al Capitolo III, intitolato "*Protéger les écosystèmes et la diversité biologique*") dedica diversi articoli, dal 45 all' 81, al tema del rapporto tra cambiamento climatico e tutela della biodiversità.

In questa legge si precisa che il rispetto degli equilibri naturali implica la conservazione e, ove opportuno, il ripristino delle funzioni naturali degli ecosistemi acquatici, superficiali o sotterranei, di cui fanno parte le zone umide, e degli ecosistemi marini, nonché delle loro interazioni. Queste funzionalità sono essenziali per recuperare la biodiversità, adattarsi ai cambiamenti climatici e mitigarne gli effetti, e contribuiscono alla lotta all'inquinamento. In quanto tali, gli ecosistemi acquatici e gli ecosistemi marini costituiscono elementi essenziali del patrimonio della nazione. "

I primi articoli integrano e modificano il *Code de l'Environnement* specie nei settori della prevenzione e riduzione degli inquinamenti (art. 47 e 48). Al fine di tutelare la biodiversità e allo scopo di ridurre la dispersione nell'ambiente delle microfibre plastiche, per esempio, sono previste misure ed azioni a sostegno dell'economia circolare puntando alla riduzione degli inquinamenti a partire dagli ambienti domestici²³.

²¹ Si veda sul punto L. COLELLA, *La "transizione ecologica" nella Loi Climat et Résilience in Francia. Brevi note introduttive*, in *Rivista Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 27/09/2021, Anno XLII, p. 11.

²² Si veda la *loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience*, testo reperibile sul sito <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043956924>.

²³ L'Art. 79 stabilisce che al fine di ridurre la dispersione nell'ambiente delle microfibre plastiche derivante dal lavaggio della biancheria, a partire dal 1° gennaio 2025, le nuove lavatrici domestiche o professionali sono dotate di un filtro in microfibra di plastica.

Altre disposizioni interessano il *Code forestiere* che integrano la tutela della biodiversità e la difesa del clima; si vuole in particolare a rafforzare la resilienza del patrimonio forestale e garantire in tutte le foreste una gestione sostenibile e multifunzionale delle risorse forestali. Per assicurare la conservazione della biodiversità, la tutela delle foreste e dei territori montani si incoraggiano, per esempio, la diffusione di metodi e progetti che possano dar luogo all'attribuzione di crediti di carbonio a favore di pratiche forestali sostenibili su tutto il territorio (Art. 50). Altre disposizioni interessano la modifica di alcuni articoli del *Code général des collectivités territoriales* che riguardano la materia della distribuzione dell'acqua potabile, la sua produzione, il trasporto e lo stoccaggio²⁴. Un interessante contributo per la conservazione della biodiversità si rinviene nella Loi n° 2021-1104 proprio nella parte in cui sono richiamate le peculiarità dei territori d'oltremare.

Altre disposizioni hanno direttamente modificato il Codice dell'ambiente in materia di gestione del suolo e di risorse minerarie, nonché rafforzato la prevenzione e la bonifica con misure utili per mitigare gli effetti dei processi di degrado del suolo.

Questa legge dedicata principalmente al clima e alla resilienza ha modificato il titolo I del libro I del Codice dell'ambiente francese (integrando l'articolo L. 110-5) e precisando che "La Repubblica francese riafferma l'importanza primaria del contributo dei territori d'oltremare alle sue specificità, alla sua ricchezza ambientale, alla sua biodiversità e alla sua base geostrategica.

L'azione dello Stato contribuisce al riconoscimento, alla conservazione e alla valorizzazione del patrimonio biologico, ambientale e patrimoniale dei territori d'oltremare". Le misure contenute nella *loi climat et résilience* del 2021 hanno sicuramente rafforzato il legame tra clima e biodiversità sottolineando lo stretto rapporto di causa ed effetto tra surriscaldamento del pianeta e perdita di biodiversità.

²⁴ In base all'art. 59 "Il piano di approvvigionamento dell'acqua potabile è redatto entro il 31 dicembre 2024 ovvero entro due anni dalla giurisdizione obbligatoria della comunità dei comuni, se tale acquisizione di giurisdizione avviene dopo 1° gennaio 2023"

In questa cornice in ordine al rapporto tra biodiversità e lotta al cambiamento climatico assume rilevanza il dovere di bilanciamento tra la tutela della biodiversità in senso stretto e lo sviluppo delle energie rinnovabili ormai considerate una strada necessaria per ridurre le emissioni di CO₂²⁵. Le energie rinnovabili rappresentano, come è noto, un settore strategico nella lotta al surriscaldamento del clima; sul piano giurisprudenziale, infatti, diverse decisioni del Consiglio di Stato francese hanno inteso assicurare, salvo alcune limitate eccezioni²⁶, la difesa della biodiversità e la protezione delle specie. Si tratta di un tema questo molto attuale che coinvolge, non solo in Francia, le politiche di transizione ecologica, la lotta al cambiamento climatico e il superamento della emergenza sanitaria da Covid 19²⁷.

Considerazioni conclusive: l'impegno della Francia verso il nuovo quadro mondiale sulla biodiversità.

La *loi biodiversité* e la normativa francese in materia di protezione della diversità biologica presenta una straordinaria attualità di fronte ai nuovi impegni internazionali per la tutela della biodiversità.

Durante il c.d. "One Planet Summit" dedicato alla biodiversità, tenutosi l'11 gennaio 2021 proprio a Parigi, diversi capi di Stato, di governo e altri funzionari internazionali, hanno espresso la loro determinazione ad accelerare l'azione internazionale a favore della natura.

Nello stesso tempo il Congresso mondiale dell'Unione internazionale per la conservazione della natura (IUCN), tenutosi a settembre 2021 a Marsiglia²⁸, ha invitato i governi a implementare una ripresa post-pandemia basata sulla natura.

²⁵ Per una panoramica sul settore energetico nello scenario giuridico e politico globale e sul rapporto tra energie rinnovabili e transizione verso un'economia a ridotto utilizzo di carbonio vedasi R.J. HEFFRON (edizione italiana a cura di L.M. PEPE), *L'Energia attraverso il diritto*, Napoli, 2021, 224.

²⁶ Tre decisioni del Consiglio di Stato dell'aprile 2021 hanno chiarito le eccezioni al regime di protezione delle specie; si ricorda che l'articolo L. 411-1 del Codice dell'ambiente vieta il danneggiamento dei siti di interesse geologico, delle specie animali o vegetali protette e del loro habitat. Possono tuttavia essere concesse deroghe alle condizioni cumulative rigorosamente definite nell'articolo L. 411-2 4° dello stesso codice. È quindi necessario che:

- non ci sia altra soluzione soddisfacente;
- la deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione favorevole, delle popolazioni delle specie interessate nel loro areale naturale;
- la deroga sia intesa a tutelare un interesse, la concessione di una deroga è prevista in particolare nell'interesse della salute e della sicurezza pubbliche o per altri motivi imperativi di interesse pubblico prevalente.

Il contenzioso per l'annullamento di queste esenzioni dal regime di protezione delle specie è abbondante ed è oggetto di ripetuti interventi del Consiglio di Stato. Le tre decisioni dell'aprile 2021 riguardano la valutazione di motivi imperativi di prevalente interesse pubblico. In data 15 aprile 2021, il Consiglio di Stato ha emesso due decisioni relative alla legittimità dei decreti prefettizi che accordano ai gestori di impianti di produzione di energia rinnovabile l'esenzione dal regime di protezione delle specie in base all'articolo L. 411-2, 4° del Codice dell'Ambiente. Tali decisioni forniscono interessanti dettagli sulla valutazione dell'esistenza di motivi imperativi di prevalente interesse pubblico che giustificano un'eccezione al regime di protezione delle specie nel caso di progetti di produzione di energia rinnovabile. Una prima decisione riguardava la concessione di tale esenzione per la costruzione di una centrale idroelettrica (n° 432158), la seconda riguardava l'esercizio di un parco eolico (n° 430500).

²⁷ Sul rapporto tra cambiamento climatico ed emergenza sanitaria da Covid 19 in Francia sia consentito un rinvio a L. COLELLA, *La pandémie de Covid-19, la crise écologique et la "transition verte": les expériences de la France et de la Belgique*, in *Opinio juris in comparatione*, Special Issue, 2020, p. 206-227. L. COLELLA, *L'emergenza Covid-19 e "L'état d'urgence sanitaire" in Francia. Prime note sulla loi d'urgence n. 290/20*, in *Quaderni amministrativi*, vol. 2/2020, p. 105-117.

²⁸ Dal 3 all'11 settembre 2021, la Francia ha ospitato per la prima volta a Marsiglia il Congresso mondiale sulla conservazione dell'Unione internazionale per la conservazione della natura (IUCN). Organizzato ogni 4 anni, questo evento è uno dei più grandi eventi internazionali per la biodiversità, che mobilita esperti di protezione della natura, ma anche imprese e cittadini.

Il nuovo Manifesto dell'IUCN, adottato all'esito del Congresso Mondiale della Conservazione dell'IUCN²⁹ e approvato il 10 settembre 2021, definisce *l'emergenza climatica* e quella della *biodiversità* come due aspetti di un'unica crisi: entrambe sono alimentate dall'attività umana, la quale è ora avvertita come una minaccia per la vita sulla terra. Siffatto Manifesto ha gettato luce sui legami inscindibili che esistono tra biodiversità, salute e clima, con in particolare un invito alla neutralità del carbonio entro il 2050. Successivamente la prima sessione della COP 15 sulla biodiversità di *Kunming* in Cina³⁰, l'annuale conferenza dell'Onu sulla tutela di flora e fauna, e la COP 26 sul clima di Glasgow, hanno sottolineato l'ambizione internazionale di collegare e tenere uniti questi temi.

L'ambiente e la biodiversità, dunque, sono i principali fattori che incidono sulla salute umana: la pandemia da Covid-19 dimostra gli stretti legami che esistono tra la salute umana, la salute degli animali e la salute dell'ambiente³¹. L'attenzione della Comunità internazionale viene incentrata sul fatto che per gli esseri umani non è possibile una vita separata dalla natura. A tal fine è essenziale comprendere che le misure per la lotta al cambiamento climatico non possono comportare, per la loro attuazione, un'ulteriore perdita di biodiversità. Queste tappe fondamentali aprono le porte ad un nuovo quadro mondiale per la tutela della biodiversità che vede tutti gli Stati affrontare i temi della transizione ecologica con un approccio integrale.

Per quanto concerne la Francia, secondo il Comitato francese per l'IUCN, il governo francese ha una grande responsabilità nella lotta all'erosione della biodiversità perché è tra i dieci Paesi che ospitano il maggior numero di specie animali e vegetali in via di estinzione al mondo. Al riguardo, il piano *France Relance*, varato già a settembre 2020, mira a fare dell'ecologia la principale leva per la ripresa post-Covid-19, e prevede finanziamenti dedicati alla biodiversità. Durante il vertice *One Planet* del gennaio 2021, la Francia si è già impegnata affinché il 30% dei suoi finanziamenti per il clima sia direttamente destinato alla biodiversità entro il 2030.

²⁹ Il Congresso Mondiale della Conservazione dell'Unione Internazionale per la Conservazione della Natura (IUCN), organizzato ogni 4 anni, si è tenuto dal 3 all'11 settembre a Marsiglia. È una delle più grandi mobilitazioni internazionali per la biodiversità. Riunisce esperti in protezione della natura, ma anche aziende e cittadini che lavorano per includere la biodiversità in una strategia nazionale e globale.

³⁰ Il 15 ottobre si è chiusa la prima parte della Convenzione sulla diversità biologica (Cbd), meglio conosciuta come Cop15. Per via dell'emergenza sanitaria, questa tornata negoziale si è svolta online e al termine i delegati degli Stati si sono dati appuntamento alla seconda parte che si terrà in presenza nell'aprile del 2022 a Kunming, in Cina. Con la Dichiarazione di Kunming tutti i Paesi (tra i quali vanno inseriti anche gli Stati Uniti che, pur non avendo ancora ratificato la Convenzione, partecipano attivamente ai tavoli negoziali) provano a lanciare un messaggio di unità e a garantire la formulazione e l'attuazione di un efficace quadro globale sulla biodiversità post-2020, per attuare serie politiche di ripristino entro il 2030, così da mettere il mondo sulla buona strada per l'obiettivo al 2050: vivere in armonia con la natura. La Dichiarazione di Kunming elenca 17 impegni che i Paesi devono portare avanti grazie anche a un nuovo approccio multilaterale tra cui:

- creare un "piano di attuazione per lo sviluppo delle capacità del Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza" (accordo internazionale che mira a proteggere la biodiversità dai rischi posti dalle biotecnologie, come gli organismi geneticamente modificati);
- ridurre gli effetti negativi dell'attività umana sulla biodiversità marina e costiera;
- adottare un approccio ecosistemico per aumentare la resilienza della natura e degli esseri umani;
- integrare l'attività di conservazione della biodiversità nei processi decisionali dei governi;
- riformare ed eliminare gli incentivi finanziari dannosi per la biodiversità;
- fornire strumenti finanziari ai Paesi in via di sviluppo per aiutarli a rispettare gli impegni della Convenzione;
- consentire la partecipazione delle comunità indigene e locali, nonché di tutte le parti interessate, allo sviluppo e all'attuazione di un quadro per la biodiversità.
- sviluppare strumenti educativi per migliorare la comunicazione e la consapevolezza pubblica.

³¹ Negli ultimi decenni si è osservato un marcato aumento del numero di epidemie animali, in parte dovuto ad un aumento del contatto tra uomo e fauna selvatica. Così, dall'inizio del 21° secolo, se ne sono già verificati sei: SARS, influenza A H1N1, MERS-CoV, Zika, Ebola e Covid-19. La scienza indica sempre più l'implicazione dei cambiamenti ambientali globali, causati dalle attività umane, nell'accelerazione di questo fenomeno. Il 75% delle malattie infettive umane emergenti ha origine da serbatoi animali e favorito dalle pressioni esercitate sulla biodiversità. La distruzione degli ecosistemi aumenta i contatti tra specie domestiche e selvatiche e con l'uomo, aumentando così il rischio di trasmissione e l'insorgenza di nuove malattie. Sono coinvolte le pressioni esercitate sulla biodiversità come la deforestazione, lo sviluppo urbano, l'agricoltura intensiva e persino il traffico di specie selvatiche.

Sulla base di queste premesse la Francia ha evidenziato i legami tra pandemie e degrado degli ecosistemi, mettendo in risalto l'importanza dell'approccio integrato "One Health"³² che tiene conto di questi collegamenti.

In Francia, il *Comitato economico sociale e ambientale* ha studiato le prospettive strategiche, gli assi di strutturazione, gli strumenti di *governance* e di mobilitazione, nonché le soluzioni necessarie per la conservazione della biodiversità³³ per i prossimi anni.

Nel suo parere sull'attuazione della *loi biodiversité n. 2016/1087*, il *Comitato economico sociale e ambientale* è apparso tuttavia ancora critico rispetto agli obiettivi francesi che, sebbene ambiziosi, non sono stati ancora raggiunti del tutto; per questo si auspica che la prossima BNS per il periodo 2021-2030 possa fissare prospettive strategiche che permettano di assicurare sul serio "la riconquista della biodiversità a beneficio di tutti". In questa cornice, il governo francese sta lanciando lo sviluppo della 3a *Strategia nazionale sulla biodiversità* che realizza l'impegno francese nell'ambito della Convenzione sulla diversità biologica³⁴. Questa nuova strategia nazionale per la biodiversità si propone di preservare gli ecosistemi e le specie, la salute e la qualità della vita per i prossimi 10 anni³⁵.

³² Cfr. *L'approche intégrée «One Health» : protéger le vivant pour prévenir les pandémies*, si veda il sito <https://biodiversite.gouv.fr/actualite/lapproche-integree-one-health-protoger-le-vivant-pour-prevenir-les-pandemies>. il quarto piano sanitario nazionale per l'ambiente (PNSE 4), "Un environnement, une santé", mira a comprendere meglio i rischi a cui ognuno è esposto. per proteggere meglio sé stesso e il suo ambiente. Per soddisfare le crescenti aspettative dei cittadini in materia di salute ambientale e le forti sfide legate alla crisi sanitaria da Covid-19, il PNSE 4 si basa già sull'approccio integrato alla salute umana, animale e ambientale "One health". Sul rapporto tra ambiente, cambiamento climatico e pandemia ed in particolare sul modello "One health" si veda L. COLELLA, *La pandémie de Covid-19, la crise écologique et la "transition verte": les expériences de la France et de la Belgique*, in *Opinio juris in comparatione*, Special Issue, 2020, p. 206-227.

³³ Si veda *Contribution du CESE à l'élaboration de la Stratégie nationale pour la biodiversité* (SNB3) (Décision du bureau du 5 octobre 2021 - NS214050)

³⁴ Cfr. *Vers la 3e Stratégie Nationale pour la Biodiversité* - Mardi 7 septembre Congrès mondial de la nature de l'UICN, Marseille, su https://biodiversite.gouv.fr/sites/default/files/2021-09/20210907_SNB_SEB_UICN.pdf

³⁵ A seguito della COP 15 sulla biodiversità, conclusasi con la dichiarazione di Kunming, e dopo la COP 26 di Glasgow, la Francia sta attualmente predisponendo la terza BNS (periodo dal 2021 al 2030).

DIRITTO ALL'ISTRUZIONE E SOCIAL DIVERSITY IN ITALIA NEL PERIODO PANDEMICO.

Marco Calabrò - Silvia Tuccillo

*

Abstract: Il saggio indaga gli effetti dell'emergenza pandemica sull'esercizio del diritto all'istruzione con segnato riferimento all'istruzione scolastica. Oggetto specifico del lavoro è la valutazione degli effetti prodotti nel breve e lungo periodo dalla implementazione della Didattica a distanza (DAD) sul tessuto sociale, con riferimento ai seguenti profili: a) *diversity* di tipo sociale (condizionata dal contesto familiare); b) *diversity* di tipo economico (concernente il maggiore o minor grado di digitalizzazione dello studente); c) *diversity* infrastrutturale (relativa al divario, anche territoriale, esistente tra le diverse istituzioni scolastiche, al cui riguardo appare centrale la questione relativa alle competenze concorrenti Stato-Regione). Preliminare è il tema relativo alla corretta declinazione del diritto all'istruzione, ovvero se la sua concreta attuazione possa ritenersi soddisfatta dalla mera previsione di misure astrattamente idonee a garantire l'erogazione del servizio in costanza di misure restrittive alla libera circolazione, senza una contestuale predisposizione degli strumenti necessari ad ovviare alle difficoltà incontrate da una parte della popolazione nella fruizione in concreto del servizio. Ulteriore analisi preliminare investe il tema del difficile bilanciamento tra diritto allo studio e diritto alla salute: in tale prospettiva viene analizzata la giurisprudenza relativa alle ordinanze regionali di chiusura delle scuole. La riflessione si sposta conseguentemente sul ruolo della scuola quale "ammortizzatore sociale" e sulle esternalità negative della DAD sulla fascia debole della popolazione scolastica. Non meno rilevanti i profili di *diversity* generati dalle differenze territoriali che contraddistinguono l'ordinamento italiano: in alcune regioni, in particolare del Meridione, le carenze di infrastrutture, da un lato, rendono necessario attingere alle risorse digitali per la tutela della salute (classi pollaio), dall'altro, paradossalmente, si caratterizzano spesso per una grave incidenza del *digital divide*. Alla luce del quadro delineato, il lavoro indaga il ruolo della p.a. e degli strumenti di policy adottati nell'emergenza e da adottare a regime, in una prospettiva volta ad inquadrare il diritto allo studio non solo come diritto inviolabile (art. 2 Cost.), ma anche come oggetto di specifici doveri inderogabili della Repubblica italiana (art. 3 Cost.), chiamata - anche attraverso un approccio flessibile e differenziato - a rimuovere i gap (economici, sociali, territoriali) ancora esistenti e che rendono spesso solo astrattamente fruibile il servizio di istruzione scolastica.

The research aims to investigate the pandemic emergency effects on the right to education, with specific reference to schooling. The implementation of Distance Learning has produced short- and long-term effects on social fabric: a) social diversity (deriving from the family background); b) economic diversity (regarding the greater or lesser extent of students' digital competence); c) infrastructural diversity (concerning the gap, even territorial, existing between schools, about which the concurrent jurisdiction State/Regions plays a key role). It is preliminarily necessary to explore the actual meaning of right to education: that is, if its fulfilment can consist in the adoption of actions abstractly able to guarantee the educational service provision, or, on the contrary, should be implemented tools aimed at overcoming obstacles faced by part of the population in using the service.

The research will also analyse the right to education and right to health uneasy balance, also examining the relevant case-law concerning the school closures Regional orders. In this perspective, will be consider the school system as a social safety net, underling the negative externalities produced by Distance Learning on the weakest strata of the pupils population. Territorial diversity, typical of Italian scene, will be considered too: in some southern regions, infrastructural deficiencies make it necessary to use digital learning tools to guarantee right to health (e.g. because of crowded classrooms); but, at once, the same regions are often (ironically) characterized by a serious phenomenon of digital divide. That being stated, the aim of this research is to investigate how public administration has handled the emergency period and what should be the role of public policy in the near future. The ultimate research goal is the definition of the proper right to education constitutional framework, meant not only as inviolable right (art. 2 Italian Constitution), but also as subject of State specific tasks (art. 3 Italian Constitution): public institutions - even through a differentiated approach - are called to remove those (economic, social, territorial) obstacles which often make the school service only theoretically available.

SOMMARIO: 1. Premessa. La pandemia da Covid-19 quale “cassa di risonanza” di disuguaglianze endemiche del sistema di istruzione italiano. - **2.** La dimensione sociale del diritto all’istruzione. - **2.1.** Autonomia scolastica e valenza sociale della scuola. - **3.** Il rapporto tra diritto all’istruzione e diritto alla salute in periodo pandemico: da “mutuo soccorso” a contrapposizione. - **4.** Diritto all’istruzione e *digital diversity*. - **5.** Le promesse non mantenute della scuola “in presenza”: le disuguaglianze sistemiche che resistono al superamento della didattica a distanza. - **6.** Conclusioni. Spunti per la valorizzazione della scuola come comunità sociale.

1. Premessa. La pandemia da Covid-19 quale “cassa di risonanza” di disuguaglianze endemiche del sistema di istruzione italiano.

La Costituzione italiana ha riconosciuto alla scuola un ruolo centrale nel processo di formazione e sviluppo della persona, in quanto strumento volto a garantire a chiunque il pieno esercizio del diritto all’istruzione attraverso il perseguimento dell’uguaglianza sostanziale. Il superamento del sistema scolastico a modelli paralleli che caratterizzava la normazione pre-costituzionale¹, secondo la quale la scuola non era strumento di mobilità sociale, ma era orientata ad assicurare una formazione completa ad una *elite*, garantendo alle classi meno abbienti una formazione esclusivamente di tipo tecnico-professionale, è stato fortemente voluto nella nuova dimensione personalistica impressa alla nostra carta costituzionale, ove si lega il soddisfacimento del diritto all’istruzione alla piena realizzazione dell’individuo². Eppure, l’esperienza pratica ha dimostrato che, per una pluralità di concause, l’aspirazione ad una scuola non solo aperta a tutti, ma garantita a tutti, sia rimasta nei fatti tradita.

¹* Il presente contributo è destinato agli Scritti in onore di Maria Immordino. Il lavoro è frutto di una riflessione comune tra gli autori. Tuttavia, Marco Calabrò è autore dei parr. 1, 2.1 e 3, mentre Silvia Tuccillo è autrice dei parr. 2, 4 e 5; il par. 6 è da attribuire ad entrambi gli autori. F. MIDIRI, P. PROVENZANO, *La Costituzione «dimenticata». Il diritto allo studio e il merito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1-2021, pp. 167 ss. Sul necessario superamento del modello scolastico pre-costituzionale, inidoneo a garantire il ricambio sociale della classe dirigente v. P. CALAMANDREI, *Contro il privilegio dell’istruzione*, in *Id.*, *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, Firenze, 1996, pp. 269 ss.

² M. BENVENUTI, *L’istruzione come diritto sociale*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell’istruzione*, Napoli, 2014, pp. 147 ss.

Anche a prescindere da quelle che vedremo essere le principali conseguenze derivanti dal recente periodo pandemico, l'Italia registra da tempo un elevato tasso di diseguaglianza sociale con specifico riferimento al settore educativo³. Tale situazione si manifesta sotto diversi profili: tra i minori figli di immigrati⁴ o appartenenti a famiglie a basso reddito si registra la più alta percentuale di dispersione scolastica e una buona parte degli stessi non raggiunge il livello di competenze minime nei principali ambiti di misurazione (matematica, scienze, lettura). A questo deve aggiungersi un ulteriore dato, che lega la divaricazione sociale a quella territoriale: le percentuali relative alla dispersione scolastica ed ai livelli di competenza degli studenti fotografano ancora oggi una forte diseguaglianza tra gli studenti delle regioni del sud Italia, rispetto agli studenti delle regioni del centro e del nord Italia⁵.

Tale contesto ci dice, evidentemente, come in generale in Italia la scuola non riesca ancora a ricoprire appieno quel ruolo fondamentale di "livellatore" delle diseguaglianze sociali, con le inevitabili conseguenze in termini di "cristallizzazione" di un sistema che tende ad offrire maggiori possibilità a chi appartiene ad una famiglia con un livello di benessere superiore o a chi risiede in un'area del Paese connotata da un tessuto di servizi e di produzione di ricchezza superiori⁶. Emerge, pertanto, una situazione complessa che prescinde dalla pandemia. Proprio alla luce delle criticità endemiche che connotano il sistema educativo italiano, appare rilevante, quindi, esaminare quanto le restrizioni dovute al Covid-19 possano aver inciso e come il sistema dell'istruzione pubblica italiana abbia cercato di rispondere alle problematiche emerse. Il tutto nell'ottica di una lettura orientata del diritto all'istruzione, inteso non in senso formale (diritto ad accedere ad un servizio pubblico di istruzione, prescindendo dalle modalità attraverso cui esso venga erogato) bensì sostanziale (ovvero come diritto di ciascuno studente di ricevere il medesimo servizio di istruzione, a prescindere dal luogo in cui vive e dal reddito della propria famiglia di appartenenza).

In particolare, il presente contributo si soffermerà sull'analisi delle conseguenze derivanti dalle interruzioni dell'attività didattica in presenza e dal consequenziale avvio della Didattica a distanza (DAD), la cui implementazione ha, da un lato, reso maggiormente evidenti diseguaglianze sociali pregresse e, dall'altro lato, fatto emergere ulteriori criticità, principalmente legate ai profili della disponibilità delle risorse tecnologiche necessarie e del possesso delle competenze per utilizzarle adeguatamente. Del resto, l'obsolescenza di molte strutture scolastiche, l'eccessiva numerosità degli studenti nelle classi (c.d. classi pollaio), la scarsità del numero del personale docente disponibile ha, di fatto, in molti casi reso sostanzialmente impossibile prospettare, a fronte delle restrizioni pandemiche, soluzioni alternative alla DAD che garantissero una (anche parziale) prosecuzione della didattica in presenza.

³ E. BOSCOLO, *Istruzione ed inclusione: un percorso giurisprudenziale attorno all'effettività dei diritti prestazionali*, in Munus, 2/2014, pp. 165 ss.; M. RENNA, *Le disuguaglianze sostenibili nel sistema scolastico*, in Serv. pubbl. app., 1/2006, pp. 1 ss.

⁴ Per una analisi delle criticità connesse ai percorsi scolastici dei minori immigrati v. A. SANTERO, *La scuola come attore del welfare*, in *Minorigiustizia*, 3/2018, pp. 71 ss.; G. BASCHERINI, A. CIERVO, *L'integrazione difficile: il diritto alla salute e all'istruzione degli stranieri nella crisi del welfare state*, in R. NANIA (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Torino 2012, pp. 365 ss. Includono il diritto all'istruzione dei minori immigrati tra quei "diritti connessi a bisogni primari della persona [...] la cui soddisfazione dipende da una prestazione pubblica e che per questo risentono più degli altri dei condizionamenti economici maggiormente evidenti in situazioni di crisi" M. IMMORDINO, L. GIANI, *I diritti fondamentali degli immigrati tra emergenza, rifugiati e crisi economico/finanziaria: quale ruolo per le amministrazioni?*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Torino, 2019, p. 76.

⁵ Per una analisi dettagliata dei dati relativi alla acquisizione delle competenze ed alla dispersione scolastica, tali da evidenziare le forti diseguaglianze territoriali e sociali che connotano il sistema di istruzione italiano v. R. GHIGI, M. PIRAS, *Se la pandemia fa scuola. Diseguaglianze, partecipazione e inclusione dal banco allo schermo*, in *Il Mulino*, 1/2021, pp. 79-81.

⁶ L. FIORENTINO, *La scuola come luogo rigeneratore di spazi e comunità. Politiche pubbliche per il diritto all'istruzione*, in *Riv. giur. del Mezzogiorno*, 2-2020, pp. 577 ss.

E' chiaro che non si intende affatto negare come proprio grazie alla tecnologia, e nello specifico alla DAD, sia stato possibile garantire una forma di continuità al servizio di istruzione e non recidere del tutto il legame con la comunità scolastica: in assenza di tali modelli di didattica alternativa l'isolamento dei minori sarebbe stato davvero totale ed il diritto all'istruzione sarebbe stato completamente sacrificato⁷. Tuttavia, è altrettanto innegabile che, da un lato, l'efficacia della DAD ha registrato misurazioni piuttosto differenziate, sia tra territori, che tra plessi scolastici operanti nei medesimi territori, e, dall'altro, l'assenza della didattica in presenza ha comportato l'inasprimento di criticità preesistenti e l'emersione di problematiche del tutto nuove.

Un altro dato emerso dalla gestione dell'emergenza è stato, poi, quello della sostanziale incapacità degli organi di governo di far ricorso a soluzioni flessibili e differenziate per risolvere il problema della frequenza di alcune categorie di alunni per i quali il confinamento a casa è stato foriero di criticità ulteriori. Il riferimento non è soltanto agli studenti con disabilità, ma anche ai bambini appartenenti a fasce di età ancora non in grado di autogestirsi nell'utilizzo dei dispositivi digitali e che dunque hanno condizionato anche la capacità lavorativa dei genitori.

Nel prosieguo, ci si soffermerà nello specifico sui tre principali profili di diseguaglianza legati alla DAD. Il primo concerne una diseguaglianza di tipo sociale tra studenti: quando il minore varca la soglia della scuola cancella temporaneamente gli eventuali gap esistenti in termini di condizioni di vita, atteso che il "luogo" nel quale ciascuno studente soddisfa il proprio diritto all'istruzione è uguale per tutti; con la DAD tale appianamento delle diseguaglianze viene meno e le diverse condizioni abitative esistenti tra studenti (sovraffollamento, ambiente rumoroso, assenza di adulti che stimolino il minore a seguire la lezione) incidono inevitabilmente sull'effettività del servizio scolastico. La seconda forma di diseguaglianza che sarà esaminata è, invece, di tipo più squisitamente economico, e riguarda il maggiore o minore (se non, addirittura, inesistente) accesso alle tecnologie necessarie per poter fruire della DAD. Anche in questo caso, mentre in un contesto di didattica in presenza la possibilità o meno di una famiglia di dotare il proprio figlio di un pc personale e di consentire allo stesso di utilizzare un collegamento internet veloce non influisce (se non parzialmente, si pensi alle attività di ricerca e approfondimento da fare a casa) sul diritto all'istruzione di ciascuno studente, l'attivazione della DAD ha fatto emergere quanto il livello di adeguamento tecnologico delle famiglie italiane sia ancora oggi profondamente eterogeneo, con tutte le inevitabili conseguenze sul servizio educativo erogato su piattaforma telematica. In ultimo, si analizzerà un fattore di diseguaglianza che non riguarda direttamente i singoli studenti, bensì i loro istituti scolastici: la scelta di affidare per un lungo periodo di tempo l'erogazione di un servizio così essenziale come quello all'istruzione ad un modello che implica l'utilizzo di piattaforme digitali e altre *facilities* tecnologiche si scontra con un contesto di grande diversità infrastrutturale tra istituti scolastici, in parte legato al modello della c.d. autonomia scolastica ed alle perduranti differenze esistenti sul territorio italiano tra nord e sud e tra centro e periferia⁸.

2. La dimensione sociale del diritto all'istruzione.

⁷ 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*, 3-2020, pp. 411 ss.

⁸ Si sofferma sulle criticità dei territori periferici alla luce delle conseguenze derivanti dalla pandemia E. OLIVITO, *Le diseguaglianze fra centro e periferie: lo sguardo miope sulle città*, in *www.costituzionalismo.it*, 2/2020, pp. 69 ss. Per una analisi del rapporto tra diritto all'istruzione e contesto territoriale in periodo pre-pandemico v. V. BERLINGÒ, *Per un nuovo rapporto tra Scuola e Territorio: Il Piano Nazionale per la prevenzione della dispersione scolastica nelle periferie*, in *Nuove autonomie*, 1/2016, pp. 65 ss. Più in generale, sul dibattito in corso relativamente al tema degli interventi necessari per una valorizzazione delle aree periferiche v. M. IMMORDINO, G. DE GIORGI CEZZI, N. GULLO, M. BROCCA, *Periferie e diritti fondamentali*, Napoli, 2020.

L'art. 34 della Costituzione, nell'introdurre i principi che devono informare il diritto all'istruzione, enuncia innanzitutto - piuttosto enfaticamente - che "la scuola è aperta a tutti"⁹, quasi a voler indicare un assoluto divieto in capo al legislatore, di introdurre alcun tipo di limite all'espletamento di tale diritto da parte di ciascun cittadino. In passato, la Corte costituzionale ha fatto propria tale concezione del diritto all'istruzione: particolarmente significativa ai nostri fini la sentenza n. 215/1987, laddove qualifica le comunità scolastiche in termini di formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo (art. 2 Cost.), per poi raccordare tale ricostruzione con la necessità che il legislatore elimini tutti quei fattori, economici o sociali, in grado di ostacolare il pieno sviluppo della persona nel suo legittimo diritto a ricevere una istruzione (art. 3 Cost.)¹⁰. Da tale premessa, secondo la Corte, non può che discendere la sussistenza di un diritto soggettivo¹¹ allo studio pieno ed incondizionato di cui sarebbero indistintamente titolari tutti i cittadini, ai quali sarebbe quindi riconosciuta la possibilità di pretendere che l'amministrazione garantisca a chiunque il soddisfacimento di tale posizione giuridica di vantaggio - manifestandosi essa quale diritto inviolabile teso a permettere lo sviluppo della persona - senza che in alcun modo possano rilevare eventuali carenze di tipo organizzatorio o finanziario. In realtà, in Italia, il diritto all'istruzione non configura affatto una situazione giuridica assoluta ed incondizionata. La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria (anche costituzionale) sono, infatti, da tempo concordi nel sostenere che esso debba essere qualificato quale diritto di prestazione, il cui soddisfacimento è, cioè, subordinato alla sussistenza di condizioni di fatto che il legislatore è chiamato a predisporre¹². Il cittadino, dunque, - pur essendo titolare di una situazione giuridica di vantaggio di rango costituzionale - non può esigere incondizionatamente e "direttamente" la prestazione dell'istruzione, essendo a tal fine necessario l'intervento legislativo per l'attuazione di quanto sancito dalla Costituzione stessa¹³. Si tratta, pertanto, di un diritto costituzionale "condizionato"¹⁴, anche definito diritto "in attesa di espansione"¹⁵, quasi a voler sottolineare che, una volta garantite da parte dell'ordinamento

⁹ Dello stesso tenore anche il contenuto dell'art. 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ove dispone che "ogni individuo ha diritto all'istruzione e all'accesso alla formazione professionale e continua".

¹⁰ Letto alla luce di questi principi fondamentali (artt. 2 e 3 Cost.), secondo il Giudice delle leggi, l'art. 34 avrebbe imposto alla p.a. il dovere di "garantire il diritto all'istruzione malgrado ogni possibile ostacolo che di fatto impedisca il pieno sviluppo della persona umana", Corte cost., 8 giugno 1987, n. 215, in *Giur. cost.*, 1987, p. 1615.

¹¹ U. POTTSCHING, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, pp. 96 ss.

¹² Parla di "diritto sociale", inteso "come pretesa a prestazioni attive garantite dai poteri pubblici" F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008, p. 35. In senso sostanzialmente analogo definiscono l'istruzione come "diritto civico", tale da fondare una pretesa del cittadino nei confronti dello Stato, pur in assenza di strumenti idonei a fronteggiare eventuali casi di inadempimento, A. MURA, S. CASSESE, *sub Art. 33-34*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti etico-sociali. Art. 29-34*, Bologna-Roma, 1976, p. 256.

¹³ In tal senso, la fattispecie in questione si inserisce nella più ampia tematica della c.d. amministrazione di servizi, intesa quale soggetto chiamato ad erogare prestazioni nei confronti dei cittadini, la cui funzione ne connota inevitabilmente l'azione in modo peculiare. Al riguardo, e proprio in relazione al diritto all'istruzione, Sandulli affermava che ci si trova di fronte a prestazioni che la p.a. sarebbe tenuta a fornire non in conseguenza di un obbligo verso i cittadini, "ma in conseguenza di un dovere impostole dall'ordinamento. L'ammissione al godimento del bene e del servizio non rappresenta l'oggetto di un diritto del privato ma di un beneficio offerto dall'ordinamento", A.M. SANDULLI, *Note sulla natura giuridica dei diritti civici*, in *Foro it.*, 1952, p. 1344.

¹⁴ Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2021, n. 5060, in www.guistizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5839, in www.guistizia-amministrativa.it. La stessa Corte Costituzionale si è ormai allontanata dalle proprie precedenti posizioni in tema di diritto allo studio, contemplando la possibilità che il soddisfacimento di tale posizione giuridica di vantaggio risulti condizionato dalla comparazione con altri interessi pubblici e, di conseguenza, possa incorrere in limiti di ordine attuativo. Cfr., per tutte, Corte cost. 27 novembre 1998, n. 383, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 221. In dottrina, qualifica il diritto all'istruzione in termini di diritto sociale finanziariamente condizionato A. SANDULLI, *Per la tutela della dimensione costituzionale dell'istruzione*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2014, p. 645.

¹⁵ A ben vedere, invero, la locuzione "diritto in attesa di espansione" la si trova utilizzata dalla giurisprudenza amministrativa al fine di giustificare la giurisdizione del g.a. in relazione ad ipotesi di lesione del diritto all'istruzione derivante dall'emanazione di provvedimenti amministrativi. Sul punto cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 febbraio 1997, n. 286 (ord.), in *Foro it.*, 1997, III, p. 193.

tutte le condizioni di fatto necessarie per poter usufruire della prestazione (una volta, cioè, espansosi il diritto) la posizione giuridica di cui risulta titolare il cittadino non si presenta diversa (inferiore) rispetto a qualsiasi altro diritto soggettivo pieno ed immediatamente esigibile.

Portando alle estreme conseguenze tale impostazione, in passato parte della dottrina si è spinta sino a negare la qualificazione giuridica di “diritto” in riferimento all’istruzione, sostenendo che i limiti concreti cui soggiace colui che intende usufruire di tale posizione giuridica di vantaggio sono tali, e tanto intensi, da rendere del tutto improprio il riferimento ad una situazione di diritto soggettivo¹⁶. Non sembra, però, potersi aderire a tale ricostruzione interpretativa, laddove, come è stato correttamente osservato, si rischia in tal modo di “sovrapporre la qualificazione giuridica di una determinata pretesa e l’effettività degli strumenti apprestati per soddisfarla”¹⁷.

Alla luce di quanto osservato - indipendentemente dalla natura giuridica che si voglia attribuire al diritto allo studio - ne discende che il minore non è titolare di un diritto soggettivo pieno ed autonomo a ricevere un’istruzione, essendo ammessi limiti connessi alle risorse finanziarie ed alle scelte di tipo organizzativo¹⁸.

Ciò posto, tuttavia, dottrina e giurisprudenza circoscrivono fortemente la possibilità di apporre limiti connessi alle risorse finanziarie e a scelte pubbliche di tipo organizzativo, alla luce della considerazione che il diritto costituzionale all’istruzione - seppur condizionato - non si riduce nella mera possibilità di essere ammessi ad accedere ad una scuola, bensì consiste nel diritto di ciascun individuo - secondo le proprie capacità - di ottenere un’istruzione adeguata, che gli permetta di formare la propria personalità e di adempiere, di conseguenza, ai compiti di solidarietà politica, economica e sociale di cui all’art. 2 Cost¹⁹.

In tale ottica, il diritto all’istruzione non si configura quale mero diritto a ricevere un servizio educativo idoneo a trasmettere nozioni, bensì quale diritto a rientrare in un processo educativo/formativo che si fondi su attività di tipo non esclusivamente didattico²⁰.

La prospettiva finalistica, pertanto, è quella di contribuire allo sviluppo della personalità dell’individuo (dimensione personale), in uno con la contestuale esigenza di offrire al minore un contesto ove costruire e rafforzare legami di solidarietà sociale (dimensione collettiva)²¹.

¹⁶ P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzione di diritto pubblico*, Padova, 1998, p. 669.

¹⁷ R. BIN, F. BENELLI, *Il diritto allo studio universitario: prima e dopo la riforma costituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 5/2002, p. 818. Non manca, infine, chi, piuttosto che nell’ambito del diritto soggettivo condizionato, ha qualificato in termini di interesse legittimo la posizione del cittadino che aspiri a usufruire del bene della vita “istruzione”: in concreto, nelle ipotesi in cui - come accade nella fattispecie in questione - la possibilità che il cittadino possa ricevere una determinata prestazione è imprescindibilmente condizionata a scelte di tipo organizzativo, da effettuarsi non solo da parte del legislatore, ma anche della stessa p.a., ci si troverebbe di fronte alla classica endiadi potere discrezionale-interesse legittimo. In tal senso - pur se in relazione alla diversa materia del diritto alla salute - si veda Cass. civ., Sez. Un., 10 aprile 1992, n. 4411, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2047. In dottrina si è parlato, al riguardo, anche di “discrezionalità organizzativa”, volendo in tal modo indicare l’esercizio dell’attività discrezionale da parte della p.a. che si manifesti attraverso l’adozione di atti di tipo organizzativo in grado di incidere direttamente sulla posizione giuridica dei soggetti privati coinvolti; cfr. D. SORACE, *Gli “interessi di servizio pubblico” tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 205.

¹⁸ La migliore dottrina parla, al riguardo, di diritti finanziariamente condizionati, ponendo in evidenza una sostanziale “asimmetria tra servizi e diritti” che si viene a creare in determinati settori a causa della inadeguatezza - sia da un punto di vista organizzativo che finanziario - degli apparati pubblici chiamati a soddisfare i diritti dei cittadini; cfr. G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello stato sociale*, in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, I, Milano, 1993, p. 1083. *Contra*, F. GASPARI, *Istruzione, formazione e scuola digitale. Profili (critici) di diritto amministrativo*, Napoli, 2021, il quale - valorizzando la giurisprudenza costituzionale formatasi negli ultimi anni in merito al diritto all’istruzione del disabile, laddove viene affermata la prevalenza del diritto sociale sugli equilibri di bilancio - qualifica il diritto di istruzione in termini di “diritto sociale fondamentale non finanziariamente condizionato”, pp. 136-143.

¹⁹ Per un’analisi degli aspetti di ordine costituzionale del diritto all’istruzione si rinvia a U. POTOTSCHING, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, p. 111; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Studio (diritto allo)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, p. 6.

²⁰ M. TIGANO, *Il diritto all’istruzione ovvero sia il prisma delle situazioni giuridiche soggettive nell’ordinamento scolastico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3/2019, p. 812.

Emerge pienamente, in altri termini, la valenza sociale della scuola, che trascende le finalità culturali e formative della stessa, e pone il diritto all'istruzione in una posizione centrale per l'individuo, tale da non consentire alcuna limitazione non strettamente necessaria e, per quanto maggiormente rileva in questa sede, alcuna forma di discriminazione.

La valenza sociale della scuola è, dunque, ben nota e viene declinata in diverse prospettive, *in primis* quella della promozione dell'uguaglianza sostanziale, muovendo dall'indissolubile connubio tra missione della scuola e valorizzazione del capitale umano che si percepisce anche negli anni antecedenti a quelli della cd. scuola dell'obbligo²². Durante l'infanzia, la scuola mostra una funzione non meno significativa, ovvero quella di contribuire allo sviluppo dell'intelligenza emotiva, all'emersione delle attitudini e delle motivazioni individuali, nonché all'apprendimento della relazione come confronto con sé e con l'altro fatto di frustrazioni e gratificazioni²³. Nel complesso di riforme che hanno interessato il settore dell'istruzione in Italia negli ultimi anni²⁴, una funzione nevralgica hanno avuto le misure volte a perseguire l'equità tra gli alunni, piuttosto che il merito (d. lgs. n. 63/2017), registrandosi in ciò un netto distacco dal passato²⁵. A tal fine essenziali sono state le iniziative incentrate a garantire la frequenza, non solo attraverso l'esonero dal pagamento delle tasse e la messa a disposizione di dispositivi digitali e libri scolastici per i ceti meno abbienti, ma anche mediante il potenziamento del trasporto pubblico e dei servizi mensa.

Oltre che al sistema educativo nel suo complesso, si è assunta una nuova prospettiva per inquadrare il diritto all'istruzione, ovvero quella della salvaguardia e implementazione della scuola dal punto di vista infrastrutturale (profilo preso in considerazione, da ultimo, anche dal PNRR)²⁶. Le ricerche condotte hanno, infatti, confermato che un significativo fattore di disuguaglianza è generato dalla differente qualità dell'edilizia scolastica tra regioni del Nord Italia e regioni del Mezzogiorno²⁷. Particolarmente significativo, al riguardo, il cd. "Piano periferie" (2017), attraverso il quale si è potuto sperimentare che dalla riqualificazione delle scuole in contesti periferici disagiati può scaturire l'eliminazione di alcuni fattori di degrado, una maggiore aggregazione sociale e una maggiore partecipazione dei giovani alla vita del quartiere²⁸.

In tale contesto, la tecnologia fa ingresso nel comparto scuola, ove trova spazio dapprima soltanto come professione d'intenti e, dunque, come obiettivo astratto da raggiungere per perseguire una "modernizzazione" del percorso educativo, poi - anche a causa della pandemia - come assoluta necessità, in quanto spesso unica modalità cui attingere per garantire la continuità del servizio.

Ciò ha determinato non poche criticità, stimolando una riflessione di ampio respiro sul valore sociale della scuola, dall'infanzia alla scuola superiore di secondo grado, e sul pregiudizio potenzialmente o concretamente arrecato ad esso dalla didattica a distanza.

²¹ C. ACOCCELLA, *La Scuola nella Costituzione italiana: diritti, funzioni e servizi. Riflessioni a partire da un recente volume di Roberta Calvano*, in www.osservatorioaic.it, 2/2020, p. 454.

²² G. LANEVE, *o.cit.*, 415; F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, cit., pp. 28-29.

²³ D. GOLEMAN, *Intelligenza emotiva*, Milano, 1996.

²⁴ M. COCCONI, *Il compimento del cantiere della c.d. Buona scuola*, in *Giorn.dir.amm.*, 4-2017, pp. 461 ss.

²⁵ Il riferimento costituzionale ai capaci e meritevoli di cui all'articolo 34, comma 3, va infatti letto con riferimento al raggiungimento del più alto grado degli studi e dunque guarda ad una fase successiva a quella dell'istruzione dell'obbligo. Cfr., sul punto, F. MIDIRI, P. PROVENZANO, *o.cit.*

²⁶ Ribadisce l'assoluta necessità che lo Stato intervenga al fine di garantire che il servizio di istruzione scolastica venga offerto all'interno di edifici sicuri da un punto di vista strutturale e sismico Corte cost., 5 aprile 2018, n. 71, in www.cortecostituzionale.it.

²⁷ I riferimenti sul punto in L. FIORENTINO, *o.cit.*, spec. pp. 580 ss.

²⁸ Il progetto è stato sviluppato nelle Città metropolitane di Firenze, Genova e Napoli. In generale, sul Piano Periferie vedi L. FIORENTINO, *o.cit.*, pp. 594 ss.

Ciò che non va dimenticato è, infatti, che la scuola nel suo essere luogo fisico è anche profondamente legata al territorio di cui diviene un punto di riferimento anche per “rammendare” il tessuto urbano²⁹. Pertanto, viene posto in rinnovata evidenza il tema dell’inclusione scolastica, tradizionalmente legato alla categoria degli studenti disabili³⁰ o con bisogni educativi speciali, ma che la pandemia ha, invece, connesso anche alla situazione delle famiglie che vivono in condizioni economiche o abitative disagiate³¹.

La prima e più grave emergenza legata alla chiusura prolungata delle scuole è senza dubbio quella della dispersione scolastica³². Sebbene i dati sulla percentuale di abbandono legato alla DAD non siano ancora disponibili, è evidente che i costi connessi all’adeguamento al nuovo modello di istruzione (ad es. legati all’acquisto di pc ed alla implementazione di una connessione ad una rete veloce) hanno pesantemente inciso sulla dispersione scolastica, soprattutto in aree del Paese già infrastrutturalmente e socialmente disagiate³³. Così come è certo che il prolungato ed esclusivo ricorso alla DAD è destinato ad arrecare nel tempo notevoli ripercussioni, sia sul rendimento scolastico che sull’incremento della disuguaglianza sociale tra studenti. L’assenza di un contesto familiare adeguato - in termini di spazio riservato per fruire del servizio di istruzione a distanza, di sprone e collaborazione genitoriale ad adeguarsi alle nuove modalità didattiche - ha sicuramente inciso negativamente sull’effettivo esercizio del diritto all’istruzione per gli studenti appartenenti a famiglie meno abbienti³⁴. Agli svantaggi più immediatamente percepibili, concernenti l’apprendimento, si aggiungono quelli indiretti, forse ancora più gravi, consistenti nella privazione di quel confronto tra pari e con il corpo docente³⁵, nonché di tutte le attività extracurricolari, che spesso rappresentano l’unica alternativa ad un contesto familiare disagiato e culturalmente “povero”.

2.1. Autonomia scolastica e valenza sociale della scuola.

Nell’ambito di un’analisi che intende riconoscere una valenza nodale alla portata sociale della scuola, assume senza dubbio rilevanza il tema dell’autonomia scolastica, quale risposta alla necessità che gli interessi collettivi riconducibili alla funzione della scuola siano amministrati “dal basso”, attraverso l’immediato coinvolgimento della collettività direttamente interessata³⁶.

²⁹ Si richiama l’immagine di recente in più occasioni utilizzata dall’architetto Renzo Piano, in relazione al tema della rigenerazione delle aree periferiche, anche con specifico riferimento alla progettazione di scuole innovative, intese quale “rammendo che, ancora prima che edilizio, è sociale” (R. PIANO, *Ecco la scuola che farei*, in *Il Sole 24ore Cultura*, 11 ottobre 2015).

³⁰ L. POLI, *Sistemi scolastici inclusivi tra empowerment delle persone con disabilità ed ‘educazione alla diversità’*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2021, pp. 500 ss. È in ogni caso innegabile che il pregiudizio arrecato dalla didattica a distanza agli studenti disabili è sicuramente stato di maggior rilievo e intensità. A tale scopo la Fondazione Agnelli, Cedi, Google e le Università di Bolzano, Trento e Lumsa hanno dato vita al progetto “Oltre le Distanze” per promuovere la formazione del personale docente e per riflettere sugli ostacoli posti dalla pandemia all’efficacia delle azioni inclusive in favore degli studenti con disabilità e bisogni educativi speciali (<https://lab.gedidigital.it/gedi-visual/2020/oltre-le-distanze/>).

³¹ M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d’Istruzione di fronte alle restrizioni per la pandemia da COVID-19. Molte ombre e qualche luce (da cui ripartire)*, in *Le Regioni*, 4/2020, p. 792. In generale, sulle attuali criticità del sistema scolastico in termini di inclusione sociale v. G. CHIARA, *Scuola e nuove problematiche di inclusione sociale*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, I, Napoli, 2020, pp. 765 ss.

³² Per una analisi delle relazioni esistenti tra il fenomeno della dispersione scolastica ed alcuni fattori sociali, quali povertà, illegalità e disoccupazione v. A.M. POGGI, *Per un “diverso” Stato sociale. La parabola del diritto all’istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019.

³³ F. ROCCHI, *Lasciare la scuola anzitempo: le possibili conseguenze del Covid sulla dispersione scolastica*, in *Il Mulino*, 4/2020, pp. 657 ss.

³⁴ E. CARLONI, *Il diritto all’istruzione al tempo del coronavirus*, in *Astrid Rassegna*, n. 6 del 2020, 9.

³⁵ Sul tema v. A. BARONCELLI, G. TAMBASCO, E. CIUCCI, *Supporto sociale dato e ricevuto nelle relazioni tra pari a scuola: proposta di un breve questionario self-report*, in *Giornale italiano di psicologia*, 1-2/2016, pp. 317 ss.

Di contro, tuttavia, è stato condivisibilmente osservato come l'esperienza regionalista e autonomista, avviata negli anni '70, abbia lentamente segnato una valorizzazione degli aspetti di tipo prestazionale legati al diritto all'istruzione (trasporti, mense, sussidi) a discapito di una più completa attenzione all'effettivo riconoscimento del diritto stesso. Si misurano le prestazioni, ci si assicura di erogarle, almeno in astratto, ma si finisce per abbandonare quella visione sistemica che spingeva l'amministrazione statale a considerare tutte le variabili (territoriali e familiari) che incidono sul concreto conseguimento del fine prestazionale: da diritto all'istruzione (strumento di formazione della persona) a diritto allo studio (strumento di acquisizione di competenze)³⁷. In tal senso, l'autonomia scolastica, la cui *ratio* era liberare le realtà locali dai rigidi e necessariamente uniformi modelli di intervento statale, è stata spesso mal interpretata, finendo per essere vista come uno stimolo alla "competizione" tra istituti scolastici, competizione inevitabilmente destinata ad incrementare le già esistenti diseguaglianze territoriali³⁸. Al contrario, una corretta applicazione del processo autonomistico avrebbe dovuto fondarsi sul perseguimento di un nuovo e più coerente equilibrio tra uniformità e differenziazione, tale da valorizzare le specificità locali e, nel contempo, garantire a tutti gli studenti una offerta formativa omogenea³⁹.

In realtà, il complesso processo evolutivo legato alla valorizzazione dell'autonomia scolastica ha stentato a decollare⁴⁰: l'apparato ministeriale ha continuato a rappresentare una presenza forte nella quotidianità delle istituzioni scolastiche (con l'emanazione di circolari, linee guida, etc), finendo di fatto per ricentralizzare molte competenze, il che trova da ultimo conferma anche in diverse disposizioni della L.13 luglio 2015 n.107 (c.d. "buona scuola")⁴¹. Ebbene, in questo panorama, la reazione all'emergenza pandemica di molte istituzioni scolastiche ha forse per la prima volta riempito di senso l'evoluzione in chiave autonomistica del settore: la vaghezza, se non assenza, di risposte da parte del governo centrale, in una prima fase, è stata infatti sopperita da iniziative autonome intraprese dalle Regioni e, più spesso, da singoli istituti scolastici, che hanno assicurato la continuità della fruizione del servizio scolastico con mezzi e idee proprie, parametrize alle specifiche esigenze del territorio di riferimento. A questo è seguita, solo in un secondo momento, una operazione di sistematizzazione da parte degli apparati ministeriali, correttamente orientata a garantire uniformità di interventi ed assicurare ovunque il conseguimento dei livelli essenziali della prestazione del servizio sociale di istruzione⁴².

³⁶ La letteratura in tema di autonomia scolastica è vastissima. *Ex multis* v. F. SAITTA, *L'autonomia statutaria delle istituzioni scolastiche: prospettiva concreta o «utopia imperfetta»?*, in *Federalismi.it*, 2019; M. COCCONI, *La sfida dell'autonomia scolastica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 5, pp. 661 ss.; F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola*, Napoli, 2014; R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia scolastica tra sussidiarietà, differenziazione e pluralismi*, Torino, 2011; M. BOMBARDELLI, M. COSULICH (a cura di), *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, Padova, 2005.

³⁷ A.M. POGGI, *Per un "diverso" Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019. Da ultimo, indaga la distinzione esistente tra "istruzione", intesa come servizio teso a far crescere la personalità di ciascuno, a "costruire" un individuo, e "formazione", intesa invece come servizio teso a creare competenze professionali, F. GASPARI, *Istruzione, formazione e scuola digitale. Profili (critici) di diritto amministrativo*, cit., pp. 14-20.

³⁸ F. SAITTA, *L'autonomia statutaria delle istituzioni scolastiche: prospettiva concreta o «utopia imperfetta»?*, cit., osserva condivisibilmente che "così come non auspichiamo un federalismo scolastico competitivo, bensì cooperativo, una suddivisione dei poteri e delle funzioni che si svolga non in modo autonomo ed in concorrenza con le altre istituzioni, ma in modo armonico, non potremmo mai pensare ad un'autonomia statutaria del tutto libera da qualsiasi vincolo", p. 14.

³⁹ R. CALVANO, *Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato*, Roma, 2019, p. 56. Prospetta una valorizzazione del ruolo delle autonomie locali, quali soggetti più idonei ad identificare le reali esigenze delle comunità di riferimento A. ROMEO, *Autonomia scolastica e diritti fondamentali*, in *Nuove autonomie*, 1/2016, pp. 62-63.

⁴⁰ Per un'analisi sulla sostanziale "incompiutezza" della riforma relativa all'autonomia scolastica, v. M. RENNA, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2-2005, pp. 353 ss.

⁴¹ "Pare, dunque, che la nuova disciplina, anziché valorizzare le competenze delle Regioni, rafforzi la tendenza a riservare allo Stato rilevanti funzioni in ordine alla definizione del servizio scolastico sul territorio". A. ROMEO, *Autonomia scolastica e diritti fondamentali*, cit., p. 62.

Un dato che può sicuramente mettersi in rilievo e che pare trovare conferma anche nell'attuale contesto emergenziale, è che in relazione alle diverse forme di esclusione/diseguaglianza le aree periferiche - seppur come visto disagiate dal punto di vista infrastrutturale e sociale - sembrano mostrarsi più resilienti di altri contesti. La strategia nazionale per le aree interne (SNAI) è stata di grande aiuto nel preparare la risposta alla pandemia dei centri già territorialmente isolati⁴³. In alcune aree interne, ad esempio, un parziale ricorso alla DAD è stato, già ante Covid-19, il frutto di una scelta volta a superare le distanze e la difficoltà di spostarsi da un centro urbano all'altro. Le carenze infrastrutturali hanno spesso spinto le aree periferiche del territorio italiano a ricorrere ad approcci innovativi, fondati sulla reciproca solidarietà e cooperazione, individuando soluzioni che potrebbero essere oggi esportate su larga scala (si pensi, ad es., alle esperienze di scuola all'aperto o nel bosco). L'analisi delle *best practices* fa altresì emergere come appaia fondamentale anche il diretto coinvolgimento del privato sociale, chiamato a collaborare con l'amministrazione sin dalla fase della programmazione (partecipata) delle politiche scolastiche.

Sempre in relazione alle modalità con cui il "sistema scuola" italiano ha reagito all'emergenza pandemia, devono senza dubbio essere viste con favore le lodevoli iniziative dei singoli dirigenti scolastici volte ad affrontare (pur in assenza di linee guida ministeriali o regionali) le problematiche legate all'emergenza attraverso il ricorso a modelli innovativi di didattica; tuttavia non si può non registrare come - soprattutto in una prima fase - un "eccesso di autonomia" (dettato dall'assenza di direttive sovraordinate) abbia dato vita ad una organizzazione molto eterogenea della DAD (in termini quantitativi e qualitativi), con ciò creando evidenti diseguaglianze tra studenti. Eppure, il diritto all'istruzione, almeno nel suo nucleo essenziale illustrato *supra*, non dovrebbe consentire limitazioni derivanti dall'assenza di modelli organizzativi e gestionali uniformi in grado di garantire una erogazione del servizio che - seppur differenziata sulla base dei diversi contesti - sia connotata da profili di omogeneità in termini di efficacia e adeguatezza⁴⁴.

⁴² M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d'Istruzione di fronte alle restrizioni per la pandemia da COVID-19. Molte ombre e qualche luce (da cui ripartire)*, cit., p. 793. Esamina analiticamente l'evoluzione degli interventi normativi statali aventi ad oggetto la regolamentazione della didattica a distanza F. GASPARI, *Istruzione, formazione e scuola digitale. Profili (critici) di diritto amministrativo*, cit., pp. 22-26.

⁴³ D. LUISI, *Imparare dai territori. La pratica dell'educazione tra scuola pubblica e progetti locali*, in *Il Mulino*, 5-2020, pp. 902 ss. La Strategia Nazionale per le Aree Interne è una delle linee strategiche di intervento dei Fondi strutturali europei 2014-2020. Essa ha lo scopo di "contrastare, nel medio periodo, il declino demografico che caratterizza talune aree del Paese, definite come quelle aree più lontane dai poli di servizio essenziale primario e avanzato, che corrispondono al 60% della superficie territoriale, al 52% dei Comuni e al 22% della popolazione italiana. La Strategia, che ha lo scopo di creare nuove possibilità di reddito e di assicurare agli abitanti maggiore accessibilità ai servizi essenziali, con riferimento prioritariamente ai servizi di trasporto pubblico locale, di istruzione e socio-sanitari, è sostenuta sia dai fondi europei (FESR, FSE e FEASR), per il cofinanziamento di progetti di sviluppo locale, sia da risorse nazionali" (ulteriori riferimenti sono rinvenibili al link temi.camera.it/leg18/post/OCD25-315). La SNAI è presente anche nella bozza di Accordo Partenariato 2021 - 2027, ove fa parte dell'Obiettivo di Policy 5 "Un'Europa più vicina ai cittadini", seppur semplificata nelle procedure in modo da ridurre le tempistiche per la realizzazione degli interventi e sostenere la crescita economica dell'associazionismo comunale permanente delle aree coinvolte, che saranno però meno estese rispetto a quelle coinvolte nell'Accordo 2014-2020. L'Accordo di Partenariato 2014-2020 è consultabile sul sito www.miur.gov.it. Sulla nozione di "aree interne" e sulle modalità di intervento della Strategia Nazionale cfr. S. LUCATELLI, *La strategia nazionale, il riconoscimento delle aree interne*, in *Territorio*, 2015, pp. 80 ss.

⁴⁴ "L'organizzazione della Dad è stata troppo differente da istituto a istituto, soprattutto nel numero di ore in videolezione o nell'uso degli strumenti [...]; un timido tentativo del ministero di mandare a tutti i dirigenti e docenti alcune indicazioni per uniformare le attività didattiche a distanza ha suscitato molte opposizioni, in nome anche di una male intesa libertà di insegnamento e autonomia didattica dei docenti. Tuttavia, questi diritti vanno sempre messi in relazione con il diritto all'apprendimento, che non può essere messo a rischio da un'anarchia organizzativa e metodologica totale". M. PIRAS, *La scuola italiana nell'emergenza: le incertezze della didattica a distanza*, in *Il Mulino*, 2/2020, pp. 251.

3. Il rapporto tra diritto all'istruzione e diritto alla salute in periodo pandemico: da "mutuo soccorso" a contrapposizione.

L'emergenza determinata dalla pandemia ha posto in primo piano il problema del bilanciamento del diritto alla salute con altri diritti costituzionali⁴⁵. Nella affermazione, unanimemente condivisa, che il diritto alla salute debba in alcuni casi necessariamente prevalere rispetto ad altri diritti, quali quello all'istruzione, non va dimenticato che tale assunto non può essere apoditticamente posto come dato, ma debba essere strettamente verificato attraverso il supporto di elementi fattuali⁴⁶. Considerati i valori sacrificati dall'interruzione della frequenza scolastica, dunque, è prioritario che la cedevolezza del diritto a ricevere il servizio "istruzione" nel luogo fisico "scuola" sia determinata all'esito di una attenta istruttoria circa la sussistenza di un reale pericolo per l'incolumità personale⁴⁷.

Al riguardo, occorre considerare che in molti casi, per le famiglie a basso reddito la scuola costituisce un "ammortizzatore sociale" anche in termini di salute. Ci riferisce in primo luogo al tema della nutrizione, rispetto al quale la mensa scolastica rappresenta una, almeno parziale, soluzione ad un duplice problema: la scarsa nutrizione che alcuni studenti ricevono a casa, da un lato, ed il sempre più grave tema dell'obesità infantile, causato da un regime alimentare disordinato.

Recentemente, la Suprema Corte ha affermato che il servizio mensa, ove offerto e prescelto dai genitori, non rappresenta una realtà "a sé", bensì un "tempo scuola", in quanto anch'esso connotato da specifiche finalità educative, quali l'educazione ad una alimentazione sana e la socializzazione propria del momento della consumazione del pasto nell'ambito della comunità scolastica⁴⁸. Trova conferma, pertanto, l'idea che la mensa scolastica renda eguali tutti gli studenti e contribuisca, in tal senso, alla salute non solo fisica, ma anche psichica dello studente. Ciò senza considerare le situazioni propriamente emergenziali, laddove le condizioni disagiate

⁴⁵ Sul diritto alla salute nella Costituzione italiana, si possono vedere, *ex multis*, C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, ora in *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano 1972, pp. 433 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in *Comm. Cost. Branca*, Roma-Bologna, 1976; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 4/1980, pp. 769 ss.; Id. *Salute, I, Diritto alla salute - Diritto costituzionale, ad vocem*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, pp. 31 ss.; 1; R. ROMBOLI, *Art. 5*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1988; C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, in P. RIDOLA, R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Torino, 2001, pp. 1101 ss. Più di recente, A. PIOGGIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di diritto alla salute?* in *Istituzioni del federalismo*, 2/2017, pp. 293 ss.

⁴⁶ Nel solco di quanto affermato da Corte cost., n. 85/2013, secondo la quale "Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona". In termini, più recentemente, v. Corte cost., 23 marzo 2018, n.58, in *Giur. cost.*, 2/2018, p. 592.

⁴⁷ M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *BioDiritto*, 22 marzo 2020, spec. 5.

⁴⁸ Cass. civ., 30 luglio 2019, n. 20504. Si tratta della pronuncia con la quale la Cassazione ha affermato che il diritto dell'alunno all'autorefezione in orario di mensa e negli edifici scolastici non assurge a diritto soggettivo perfetto, anche in ragione della considerazione che "L'istituzione scolastica "non è un luogo dove si esercitano liberamente i diritti individuali degli alunni, né il rapporto con l'utenza è connotato in termini meramente negoziali", ma piuttosto "è un luogo dove lo sviluppo della personalità dei singoli alunni e la valorizzazione delle diversità individuali devono realizzarsi nei limiti di compatibilità con gli interessi degli altri alunni e della comunità, come interpretati dell'istituzione scolastica mediante regole di comportamento cogenti, tenendo conto dell'adempimento dei doveri cui gli alunni sono tenuti, di reciproco rispetto, di condivisione e tolleranza".

del nucleo familiare di origine rendono il pasto scolastico il solo apporto nutrizionale sano della giornata per alcuni minori⁴⁹.

La relazione tra il diritto a “vivere” l’esperienza scolastica nella sua completezza e la tutela della salute del minore coinvolge profili anche relativi alla salute psichica, non solo fisica. La frequenza delle aule scolastiche, il confronto quotidiano con gli altri studenti e con un corpo insegnante di riferimento assumono un ruolo preminente anche per il corretto sviluppo della personalità dei ragazzi, alcuni dei quali ricevono stimoli positivi solo in ambito scolastico, provenendo magari da famiglie in cui gli adulti sono assenti se non addirittura inadeguati a ricoprire il ruolo genitoriale (perché violenti o legati a contesti criminali).

Accanto a ciò non può sottacersi il grave rilievo che sta assumendo negli ultimi anni il fenomeno del c.d. cyberbullismo: sono ormai diverse le misure adottate dal Governo, ed in particolare dal Ministero dell’Istruzione, al fine di prevenire e contrastare comportamenti a rischio per i minori derivanti da un utilizzo improprio della rete⁵⁰. La letteratura sociologica avverte da tempo come dinamiche di bullismo tra studenti che vengano a realizzarsi “dietro lo schermo di un pc” rischiano di rivelarsi particolarmente gravi e subdole, perché più difficili da far emergere⁵¹, ed è evidente come l’opzione della erogazione del servizio istruzione in via esclusiva mediante DAD possa facilmente aggravare il pericolo della diffusione di fenomeni di cyberbullismo, laddove lascia lo studente/vittima del tutto privo della possibilità di un confronto quotidiano con coetanei o insegnanti di riferimento.

Ciò premesso, nel corso del recente periodo pandemico, il rapporto tra diritto all’istruzione e diritto alla salute è stato oggetto di un articolato contenzioso in Italia, alimentato dall’ampio uso da parte dei Governatori regionali del proprio potere di derogare *in peius* le disposizioni statali in relazione alle modalità di erogazione della didattica⁵². In particolare, la normativa statale consentiva alle Regioni di imporre agli istituti scolastici di escludere del tutto la didattica in presenza a fronte di “situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso”⁵³ o, in ogni caso, “per garantire lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività sociali”⁵⁴. Ebbene, per diversi mesi si è registrato un diverso approccio tra lo Stato ed alcune Regioni: il primo ha tentato di contemperare la prosecuzione delle attività didattiche con le esigenze di tutela della salute; mentre le seconde hanno inteso sacrificare del tutto (specialmente per le fasce d’età più giovani) la didattica in presenza al fine di ridurre al massimo il rischio contagio⁵⁵.

⁴⁹ M. TIGANO, *Il diritto all’istruzione ovvero il prisma delle situazioni giuridiche soggettive nell’ordinamento scolastico*, cit., p. 811.

⁵⁰ V. BERLINGÒ, *Cyberbullismo, servizi educativo-scolastici delle periferie e nativi digitali*, in M. IMMORDINO, G. DE GIORGI CEZZI, N. GULLO, M. BROCCA, *Periferie e diritti fondamentali*, Napoli, 2020, pp. 41 ss.

⁵¹ M.L. GENTA, A. BRIGHI, A. GUARINI, *Cyberbullismo. Ricerche e strategie di intervento*, Milano, 2013.

⁵² In generale, sui criteri di riparto della potestà legislativa in materia di istruzione, cfr. Corte cost., 2 luglio 2009, n. 200 e Corte cost., 14 luglio 2009, n. 213, commentate da F. CORTESE, *L’istruzione tra norme generali e principi fondamentali: ossia, la Corte tra contraddizioni formali e conferme sostanziali*, e M. TROISI, *La Corte tra “norme generali sull’istruzione” e “principi fondamentali”*. Ancora alla ricerca di un difficile equilibrio tra (indispensabili) esigenze di uniformità e (legittime) aspirazioni regionali, entrambe in *Le Regioni*, 3/2010, rispettivamente pp. 511 ss. e pp. 531 ss.

⁵³ Cfr. art. 1 d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*).

⁵⁴ Cfr. art. d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (*Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*).

⁵⁵ C. NAPOLITANO, *Scuola, regioni e COVID-19. Sviluppi giurisprudenziali*, in www.giustiziansieme.it, 2021, pp. 2-3. In generale, sulle criticità che la gestione dell’emergenza sanitaria ha fatto emergere in relazione al sistema normativo Stato-Regioni si rinvia a V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell’emergenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, pp. 987 ss.; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell’emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti tra Stato e Regioni*, in *Amministrazione in cammino*, 2020; M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consultaonline*, 1/2021, pp. 329 ss.

Dall'analisi delle pronunce che hanno avuto ad oggetto la legittimità o meno delle diverse ordinanze regionali che hanno imposto la DAD anche a cicli scolastici rispetto ai quali le disposizioni statali prevedevano forme di erogazione di didattica in presenza, emerge come i giudici abbiano fondato le proprie decisioni sulla base di due principi: quello di precauzione e quello di proporzionalità.

Nel richiamare precedenti ormai consolidati, il giudice amministrativo ha in primo luogo riconosciuto come il diritto alla salute - pur ricoprendo un ruolo primario, quale presupposto essenziale per l'esercizio di ulteriori diritti fondamentali - non assuma la veste di "diritto tiranno". Ciò posto, pur in assenza di dati certi, l'applicazione del principio di precauzione consente l'adozione di misure restrittive; tuttavia, ogni qual volta, come nel caso di specie, la tutela del diritto alla salute comporti la limitazione di altri diritti essenziali, l'amministrazione ha il dovere di operare un bilanciamento tra i diversi interessi e di individuare le misure da prendere nel rispetto del principio di proporzionalità⁵⁶.

In tal senso, sono state considerate legittime ordinanze restrittive adeguatamente motivate sulla base di effettivi aggravamenti dei contagi in specifiche aree territoriali ed accompagnate dall'adozione di misure incentivanti volte a sostenere le famiglie nell'acquisto di *device* idonei a ridurre il *digital divide*⁵⁷. Al contrario, il giudice ha annullato decisioni con le quali Governatori regionali hanno previsto la chiusura delle scuole per l'intero territorio regionale (e non unicamente per quelle parti di territorio particolarmente colpite dal contagio), senza indicare specificamente i dati che avrebbero indotto alla deroga *in peius* delle disposizioni statali e senza contemplare misure alternative alla DAD compatibili con la tutela del diritto alla salute (ad es., lezioni in aree aperte o per piccoli gruppi di alunni)⁵⁸.

Non sono mancate, in realtà, pronunce "distopiche" rispetto al quadro appena delineato. In alcuni casi il giudice ha addirittura affermato la prevalenza, per i cicli dell'infanzia, del diritto all'istruzione su quello alla salute (a fronte di dati incerti)⁵⁹; altre sentenze, al contrario, hanno ritenuto legittime, semplicemente sulla base della loro "non illogicità", ordinanze regionali che imponevano la DAD su tutto il territorio regionale, applicando di fatto unicamente il principio di precauzione (e non anche quello di proporzionalità), nonchè non prendendo minimamente in considerazione i danni (anche alla salute del minore) derivanti dall'assenza prolungata dell'erogazione della didattica in presenza⁶⁰.

Il grave stato di incertezza che è derivato, da un lato, dal differente comportamento dei governatori regionali e, dall'altro, dall'eterogeneità delle pronunce del giudice amministrativo, ha evidentemente avuto l'effetto di incrementare le disuguaglianze in relazione all'effettiva soddisfazione del diritto all'istruzione, in un periodo già particolarmente delicato per i minori e le famiglie, periodo nel quale la scuola avrebbe dovuto rappresentare una "certezza", seppure modulata e riorganizzata (in maniera uniforme sull'intero territorio nazionale) alla luce dell'emergenza pandemica.

⁵⁶ Come noto, il rischio di una "assolutizzazione" del diritto alla salute è stato spesso affrontato dalla Consulta in relazione al rapporto tra art. 32 (diritto alla salute) e art. 41 (libertà dell'iniziativa economica privata). Particolarmente significativa, al riguardo, Corte cost. 23 marzo 2018, n. 58, ove è chiarito che "il bilanciamento deve essere condotto senza consentire «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (sent. n. 85 del 2013). Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati (sentenze n. 63 del 2016 e n. 264 del 2012)".

⁵⁷ T.A.R. Piemonte, sez. I, 12 dicembre 2020, n. 834, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁸ T.A.R. Basilicata, sez. I, 24 novembre 2020, n. 272, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁹ T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 novembre 2020, n. 609, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁰ Cons. Stato, Sez. III, 10 novembre 2020, n. 6453, per il cui commento v. C. NAPOLITANO, *Regioni, scuola e COVID-19: il Giudice Amministrativo tra diritto allo studio e tutela della salute*, in www.giustizia-insieme.it, 2020.

Non sono mancati casi nei quali si è registrata una vera e propria “rinuncia alla funzione” da parte dell’amministrazione, laddove, ad esempio, - con una inaccettabile opzione per la “non scelta” - la Regione Puglia ha lasciato ai genitori la scelta tra DAD e didattica in presenza, imponendo alle scuole di garantire la didattica a distanza nelle scuole elementari e medie “per le famiglie che ne facciano richiesta”⁶¹.

Nel paragrafo precedente si è illustrato il ruolo centrale che la scuola riveste in termini sociali e come il diritto all’istruzione accolga in sé valenze che vanno ben oltre la possibilità di acquisire competenze utili per affrontare il mondo del lavoro. Sotto questo punto di vista appare evidente come la DAD non rappresenti un valido surrogato, eppure si è osservato come nel bilanciamento degli interessi la giurisprudenza spesso non solo non abbia adeguatamente valorizzato la portata sociale della scuola, ma nemmeno abbia considerato i danni alla salute fisica e mentale che i minori rischiano di subire in caso di servizio di istruzione erogato non in presenza. La “salute”, in altri termini, nel contesto in esame avrebbe dovuto essere presa in considerazione (e adeguatamente “bilanciata”) sia a favore della DAD (obiettivo di evitare il contagio) che a favore della erogazione della didattica tradizionale in presenza. Il contenzioso che è sorto, inoltre, ha fatto emergere una ulteriore criticità, che potrebbe riproporsi in futuro, ovviamente declinata in altro modo. Atteso che la DAD non è “scuola” in senso proprio, la scelta tra DAD e didattica in presenza (con gli accorgimenti del caso) non avrebbe dovuto essere rimessa ai singoli governatori regionali - se non a fronte di dimostrate differenze di diffusione della pandemia tra territori e di insuperabili carenze infrastrutturali - pena una grave violazione dell’art. 34 Cost., che non “tollerare” un bilanciamento con l’art. 32 Cost. che sia declinato in maniera differente tra le diverse regioni.

4. Diritto all’istruzione e *digital diversity*.

Anche volendo prescindere dalle considerazioni relative alle sostanziali carenze della DAD in termini di effettivo soddisfacimento del diritto all’istruzione inteso non semplicemente in senso formale, ma anche sociale, deve osservarsi come in ogni caso non tutti gli studenti italiani abbiano avuto la possibilità di accedere a tale modello alternativo di erogazione del servizio scolastico. In linea teorica, il ricorso alla DAD rappresenta un intervento volto a rendere concreto il portato dell’art. 3, co. 2, Cost., ovvero a rimuovere ostacoli all’esercizio del diritto all’istruzione da parte di tutti i minori: la riunione (seppur in via telematica) dell’intera classe in contemporanea, non solo è strumentale all’erogazione della didattica, ma dovrebbe garantire anche una prosecuzione dell’esperienza comunitaria della vita scolastica collettiva del minore. Se si passa, tuttavia, dal piano teorico a quello fattuale, emergono diverse criticità di sistema che non hanno consentito alla DAD di esprimere appieno le sue potenzialità.

Secondo l’ultima rilevazione Istat disponibile (2019)⁶² una elevata percentuale di studenti non ha la disponibilità di un pc in casa (12%). Coloro che posseggono un pc o un tablet sono nella quasi totalità dei casi comunque costretti a condividerlo con altri membri della famiglia, atteso che solo il 6% degli studenti italiani vive in famiglie dove è disponibile un *device* per ogni componente.

⁶¹ Cfr. ordinanza del Presidente della Regione Puglia n. 413 del 6 novembre 2020, emanata a seguito del contrasto giurisprudenziale che era insorto tra le due sedi del T.A.R. Puglia circa la legittimità o meno di una precedente ordinanza (n. 407/2020) con la quale la Regione aveva sospeso l’attività didattica in presenza in tutte le scuole di ogni ordine e grado sull’intero territorio regionale (v. T.A.R. Puglia, Bari, ord. Sez. III, 6 novembre 2020, n. 680 e T.A.R. Puglia, Lecce, ord. 6 novembre 2020, n. 695). Per un’analisi della singolare vicenda pugliese, in un’ottica di valorizzazione del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni quale presupposto per il superamento di situazioni di intollerabile incertezza giuridica v. R. MARZO, *A scuola no, sì, forse: “chi” decide e “cosa”*, in *ambientediritto.it*, 4/2020, pp. 1 ss.; F. PIEMONTESE, *La scuola alla prova del Covid-19 (e del TAR). Il caso Puglia*, in *www.giustamm.it*, 1/2021.

⁶² Cfr. <https://www.istat.it/it/files//2020/04/Spazi-casa-disponibilita-computer-ragazzi.pdf>.

Questi sono i dati, già non positivi, su scala nazionale; ben peggiori sono le percentuali se si vanno ad analizzare i dati degli studenti che risiedono nelle regioni del sud Italia, laddove, ad esempio, ben il 20% delle famiglie non ha la disponibilità di alcun pc o tablet in casa. Ciò, evidentemente, implica che circa 1/5 degli studenti del Meridione si è trovato ad affrontare la DAD senza averne la dotazione minima⁶³.

Il secondo “elemento” indispensabile per poter ricevere adeguatamente un servizio di istruzione a distanza è, poi, rappresentato da un efficace collegamento alla rete. Ebbene, a quanto emerge dal Terzo rapporto Auditel-Censis sullo stato della connessione alla rete in Italia (2020)⁶⁴ il 12% delle famiglie ancora non ha accesso alla rete, percentuale che tuttavia arriva a ben il 40% se ci si concentra sulle famiglie a basso reddito. Di quelle che sono collegate alla rete, poi, solo circa il 55% può usufruire di una connessione efficiente del tipo “banda larga”, come noto indispensabile per intervenire e partecipare attivamente ad attività che coinvolgono un certo numero di membri e lo scambio di documenti informatici (ad esempio una classe scolastica). A ciò deve aggiungersi ancora che, in molti casi, quand’anche ci si trovi di fronte ad una situazione favorevole dal punto di vista delle dotazioni strutturali (possesso di pc o tablet e accesso alla rete veloce), le difficoltà nella fruizione del servizio di istruzione derivano anche da una forte disuguaglianza di partenza nel livello di alfabetizzazione informatica⁶⁵.

Da una rilevazione effettuata in pieno periodo pandemico (Almadiploma, giugno 2020)⁶⁶ emerge che, in effetti, circa il 45% degli studenti italiani non ha potuto usufruire di un pc o di un tablet ad uso personale per seguire la DAD. I più fortunati hanno dovuto condividere il dispositivo elettronico con altri componenti della famiglia, mentre molti si sono visti del tutto impossibilitati dall’accedere al servizio istruzione. Tale quadro è coerente con una ulteriore rilevazione (Censis, 2020)⁶⁷, secondo la quale per il 75% dei dirigenti scolastici italiani l’utilizzo della DAD ha incrementato il divario degli apprendimenti tra gli studenti, in ragione del contesto familiare e delle maggiori o minori competenze digitali pregresse dei minori. Una ulteriore indagine (Società italiana ricerca e didattica, 2020)⁶⁸ presenta un panorama ancora più drammatico, laddove individua in circa l’8% la percentuale degli studenti che sono stati completamente esclusi dalla DAD e in circa il 18% coloro che sono stati raggiunti solo in parte dalla stessa⁶⁹.

Occorre, poi, tenere in considerazione anche il profilo del sostanziale “vuoto normativo” nel quale è stata avviata la DAD all’indomani delle restrizioni pandemiche.

La modalità di erogazione della didattica a distanza, infatti, non era quasi per nulla contemplata dal nostro ordinamento, né come modello al quale potevano aderire le comunità scolastiche, né all’interno dei contratti di lavoro dei docenti.

⁶³ R. GHIGI, M. PIRAS, *Se la pandemia fa scuola. Disuguaglianze, partecipazione e inclusione dal banco allo schermo*, cit., p. 83.

⁶⁴ Auditel Censis, *L’Italia post-lockdown: la nuova normalità digitale delle famiglie italiane*, Milano, 2020.

⁶⁵ “La tecnologia non pone solo problemi di disuguaglianze «di quantità», dovute al differente accesso alla rete tra zone e zone del Paese, da abitazioni ad abitazioni e, quindi, in ultima analisi, tra studente e studente; c’è anche un problema di disuguaglianza dovuto alla differente «qualità» nell’utilizzo della stessa tecnologia da parte degli attori della comunità scolastica. Infatti, garantire l’accesso fisico alla rete, non è di per sé sufficiente ad evitare il rischio del *digital divide*. Ciò che conta è l’accesso materiale a internet”, (M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d’Istruzione di fronte alle restrizioni per la pandemia da COVID-19. Molte ombre e qualche luce (da cui ripartire)*, cit., p. 790).

⁶⁶ https://www.almalaurea.it/sites/almalaurea.it/files/docs/news/ad_indaginesulladidatticaadistanza.pdf.

⁶⁷ <https://www.censis.it/formazione/il-capitolo-%C2%ABprocessi-formativi%C2%BB-del-54%C2%B0-rapporto-censis-sulla-situazione-sociale-del>.

⁶⁸ <https://www.sird.it/ricerca-nazionale-sird-2020/>.

⁶⁹ A conferma delle esternalità negative prodotte dalla DAD, si rinvia - per un approfondimento del contesto nordamericano - Z. PAROLIN, E.K. LEE, *Large socio-economic, geographic and demographic disparities exist in exposure to school closures*, in *Nat Hum Behav* 5/2021, 522 ss; S. GOUDEAU, C. SANREY, A. STANCZAK, *Why lockdown and distance learning during the COVID-19 pandemic are likely to increase the social class achievement gap*, in *Nat Hum Behav* 5/2021, 1273 ss.

Ciò, da un lato, spiega la notevole differenza del grado di preparazione tra i docenti nell'affrontare la DAD (attesa l'assenza di previ corsi di formazione *ad hoc*, tutto è dipeso dalla formazione personale di ciascuno) e, dall'altro, non ha consentito (se non dopo diversi mesi) ai dirigenti scolastici di fare riferimento a norme o linee guida uniformi, con conseguenziale eterogeneità delle iniziative intraprese (e della relativa efficacia)⁷⁰.

Il Governo italiano, invero, era di recente intervenuto introducendo alcune misure volte ad implementare i livelli di digitalizzazione del settore scolastico. In particolare, ci si riferisce al Piano Nazionale per la Scuola Digitale (2015)⁷¹ che, tuttavia, ovviamente non contemplava l'emergenza Coronavirus e, pertanto, non era finalizzato a ridurre le diseguglianze digitali delle famiglie, quanto piuttosto a dotare tutti gli istituti scolastici di adeguate infrastrutture digitali, comunque presupponendo l'erogazione della didattica in presenza. Ad oggi, infatti, il risultato più rilevante del suddetto Piano è stato quello di aver fornito le scuole di un numero notevole di lavagne interattive multimediali (Lim); e anche in questo caso si è registrata una sostanziale disomogeneità tra scuole di aree diverse del Paese, sia in termini di dotazioni tecnologiche che di possesso delle competenze necessarie da parte del corpo docente⁷².

Più di recente, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (2021) ha dedicato alla scuola attenzione specifica, ponendosi in primo luogo quale obiettivo quello del risanamento strutturale degli edifici scolastici esistenti che dovranno essere non solo messi in sicurezza, ma rinnovati sul piano dell'efficientamento energetico e del cablaggio interno, portando così a compimento il processo di digitalizzazione ad oggi solo avviato⁷³. Nel porsi l'obiettivo di favorire l'inclusione sociale nel settore scolastico, inoltre, il PNRR prevede nel prossimo futuro l'adozione di misure specificamente volte a garantire la Didattica digitale integrata a soggetti con disabilità sensoriali e/o intellettive, nonchè in territori svantaggiati⁷⁴. E' auspicabile, in tale ottica, che gli interventi che saranno realizzati nei prossimi anni, nel "fare tesoro" dell'esperienza acquisita nel periodo pandemico, siano volti, da un lato, ad eliminare il divario tecnologico esistente "tra scuole" e, dall'altro, superare il gap delle competenze sia relativamente al corpo insegnante che le famiglie. A tal fine, è stato osservato, occorre che lo Stato si riappropri del fondamentale ruolo della programmazione di lungo periodo, "che richiede poi una effettiva implementazione, che si sostanzia nel potenziamento delle infrastrutture (sia materiali sia immateriali) e nella creazione di nuove, nella formazione del corpo docente e degli studenti e, più in generale, nel determinare le condizioni affinché la tecnologia (e la scuola digitale) non sia esclusiva ma inclusiva"⁷⁵.

⁷⁰ M. PIRAS, *La scuola italiana nell'emergenza: le incertezze della didattica a distanza*, cit., pp. 250-251. Solo nel mese di agosto 2020 il Ministero dell'Istruzione ha pubblicato le "Linee guida per la didattica digitale integrata" (D.M. 7 agosto 2020, n. 89), contenenti indicazioni specifiche per i dirigenti scolastici.

⁷¹ https://www.istruzione.it/scuola_digitale/index.shtml. Per una analisi degli obiettivi del Piano e delle relative misure di intervento v. E. GREMIGNI, *Competenze digitali e Media Education: potenzialità e limiti del Piano Nazionale Scuola Digitale*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 1/2019, pp. 1 ss.

⁷² R. GHIGI, M. PIRAS, *Se la pandemia fa scuola. Diseguglianze, partecipazione e inclusione dal banco allo schermo*, cit., pp. 85.

⁷³ Fondi dedicati sono stati stanziati per aumentare il "tempo scuola" nella consapevolezza che attraverso questo approccio si potrà soddisfare la sempre crescente richiesta delle famiglie di supporto, specie per quel che concerne la fascia di età che interessa la scuola dell'infanzia. Un punto specifico del piano è, poi, dedicato alla riduzione dei divari territoriali nelle competenze e al contrasto dell'abbandono scolastico. Gli interventi verranno strutturati in maniera flessibile e differenziata, tenendo conto dei contesti che hanno mostrato livelli di rendimento più bassi. I dirigenti scolastici potranno essere supportati da tutor esterni e richiedere un potenziamento di organico. Anche per i docenti sono previste attività di formazione. Il contrasto della dispersione scolastica, infine, verrà perseguito attraverso attività mirate (tutoraggio, consulenza e orientamento attivo e vocazionale) indirizzate specificamente a prevenire e ridurre il fenomeno dell'abbandono scolastico.

⁷⁴ L'intervento è finanziato con 1,5 miliardi di euro, sono inoltre previsti 750 milioni per interventi all'interno dei progetti PON e 240 milioni di stanziamenti della Legge di Bilancio. Cfr. M. COCCONI, *La scuola e l'università*, in *Gior. dir. amm.*, 2/2021.

⁷⁵ F. GASPARI, *Istruzione, formazione e scuola digitale. Profili (critici) di diritto amministrativo*, cit., pp. 162-163.

5. Le promesse non mantenute della scuola “in presenza”: le diseguaglianze sistemiche che resistono al superamento della didattica a distanza.

Dopo aver illustrato le molteplici criticità che si accompagnano alla didattica a distanza e che hanno contraddistinto il tortuoso percorso degli studenti italiani nella, ancor perdurante, emergenza pandemica, corre l’obbligo di svolgere qualche riflessione circa lo iato ancora esistente tra la scuola in presenza promessa durante la DAD e quella realmente “ritrovata” al momento del sospirato rientro in classe. Con diversi decreti, susseguitisi a ritmi vorticosi dal marzo 2020 al gennaio 2022⁷⁶, il Governo ha cercato di disciplinare le modalità di erogazione del servizio scolastico tenendo conto dei dati relativi ai contagi e dunque, come si è visto, cercando di contemperare diritto alla salute e diritto all’istruzione. Il Piano scuola 2021-2022 (dopo il parziale fallimento del Piano scuola 2020-2021) è stato presentato come l’ambiziosa (e utopistica) promessa di un anno scolastico di cambiamento, costellato dalle necessarie precauzioni di tipo sanitario, ma anche dal recupero di momenti di socialità e condivisione, realizzati attraverso un sistema integrato di interventi incidenti sia a livello strutturale che logistico e dei trasporti.

Purtroppo, nei fatti non tutte le regioni sono riuscite ad attuare il Piano con la conseguenza che le diseguaglianze territoriali si sono inasprite significativamente perché, a fronte dell’immutata situazione strutturale e dei servizi (*in primis* quello di trasporto pubblico locale), si sono dovute rispettare misure di tipo sanitario che hanno reso problematica la gestione del rientro in presenza. In particolare, con il recente decreto n. 1 del 7 gennaio 2022, si è innovata la disciplina relativa alla gestione dei casi covid in ambito scolastico⁷⁷, differenziando le disposizioni a seconda del ciclo di istruzione frequentato (materna, primaria e secondaria di I e II grado) e a seconda che gli alunni abbiano o meno completato il ciclo vaccinale, ovvero siano guariti da più di 120 giorni dalla malattia. Secondo la predetta normativa, in sostanza, al presentarsi di un solo caso di positività nell’ambiente scolastico (studente/docente), l’attività in presenza continuerebbe ad essere consentita, prevedendosi, per la scuola primaria, l’effettuazione di tamponi di controllo ad intervalli ravvicinati, per la secondaria, invece, le prescrizioni si risolvono nell’attivazione di un periodo di autosorveglianza con obbligo di indossare mascherine di tipo FFP2. Laddove dovessero accertarsi due casi di positività, il protocollo si articola nell’attivazione della didattica a distanza, per la scuola primaria, e per la scuola secondaria di distingue tra alunni vaccinati o guariti da meno di 120 giorni, per i quali è garantita l’attività in presenza, e alunni non vaccinati o guariti da più di 120 giorni, per i quali è prevista la prosecuzione dell’attività didattica da remoto. La didattica a distanza è invece estesa a tutto il gruppo classe nel caso in cui si riscontrino 3 o più casi positivi.

Malgrado l’intento sotteso al decreto sia quello di garantire nella massima misura il ritorno in classe, purtroppo la sua attuazione pratica si sta rivelando più complessa del previsto. Quello che viene, infatti, ad essere irrimediabilmente compromesso è il valore della continuità che, specie per i minori più piccoli, sarebbe assolutamente da preservare. Anche sul piano del supporto alle famiglie, la scuola così impostata perde la sua efficacia in quanto rinvia ad ipotesi imprevedibili e soprattutto di complessa gestione l’organizzazione dello svolgimento delle lezioni.

⁷⁶ Il primo dei numerosi decreti in argomento è il d.l. 25 marzo 2020, n. 19. Sul tema, F. Di LASCIO, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all’emergenza sanitaria*, in *Federalismi.it*, 4/2021, pp. 90 ss.

⁷⁷ Disciplina integrata dalla circolare dell’8 gennaio 2022.

Si percepisce allora nuovamente il disagio per gli operatori del settore e per i destinatari del servizio scolastico di doversi confrontare con norme pensate senza considerare la realtà fattuale, senza valutare i contesti e soprattutto lontane dalla flessibilità e dalla ragionevolezza che dovrebbero contraddistinguere il trattamento di un settore costellato da diseguaglianze territoriali e strutturali.

Forse la valorizzazione dell'autonomia scolastica avrebbe potuto sortire risultati migliori se, anziché imbrigliare le scelte dei dirigenti con un reticolo contorto di disposizioni apodittiche, si fosse lasciata loro la possibilità di dosare discrezionalità e buon senso nell'applicare la logica del caso per caso. Si vuole dire che soltanto chi conosce le reali dinamiche di contesto può determinarsi a valutare concretamente quale sia la soluzione più appropriata per garantire che il diritto alla scuola, prima ancora che quello all'istruzione, siano fruibili senza generare diseguaglianze.

Due esempi possono consentire di comprendere il senso delle esposte considerazioni: la preclusione della erogazione della didattica a distanza per gli studenti affetti da Sars Cov 2 e la discriminazione tra alunni vaccinati e non vaccinati nella scuola secondaria di primo grado introdotta con il d.l. 7 gennaio 2022. Tralasciando di esaminare la prima questione, che è frutto di una interpretazione della normativa vigente che si appalesa con tutta evidenza come irragionevole e illogica (si auspica l'adozione di circolari interpretative da parte del Ministero dell'Istruzione), ci si può soffermare sulla seconda, che presenta diversi profili critici. Anzitutto, va osservato che l'estensione della campagna vaccinale alla fascia di età 5-11 anni è acquisizione recente (16 dicembre 2021)⁷⁸ e dunque deve presumersi che la percentuale dei bambini che hanno completato il ciclo primario di vaccinazione alla data di entrata in vigore del d.l. citato sia ancora poco significativa per incidere sulle modalità di godimento di un diritto fondamentale. Ma quand'anche volesse intravedersi nella disciplina attuale l'intento di imprimere un'accelerazione alla campagna vaccinale, non si sono valutate le conseguenze, anche psicologiche che possono prodursi su uno studente dal vedersi escluso ovvero ammesso nel contesto scolastico. Il senso di comunità, infatti, si riduce ma non si perde con la didattica a distanza se la stessa è estesa a tutti; al contrario, esso cade del tutto nella frammentazione del gruppo classe che è inevitabilmente prodotta dalla didattica mista, forse il peggior esito delle riforme dell'ultimo turno di tempo⁷⁹.

La scuola in presenza deve essere assicurata attraverso un adeguamento strutturale che consenta di garantire all'interno degli istituti il rispetto delle misure a tutela della salute, ma anche la frequenza delle classi nella loro interezza, dovendosi limitare nella massima misura possibile il ricorso a soluzioni ibride quali la didattica mista, che producono effetti ben peggiori di quelli della didattica a distanza integrale, sia per i docenti (che sono costretti a gestire contemporaneamente studenti in classe e da remoto) sia per gli alunni che perdono il senso di comunità, sono meno seguiti e soffrono una sorta di discriminazione che non può essere ragionevolmente collegata né a ragioni sanitarie né a scelte politiche di *nudging* rispetto alla campagna vaccinale⁸⁰.

⁷⁸ Esaustiva sul punto è la circolare del Ministero della Salute del 7 dicembre 2021.

⁷⁹ Senza voler, poi, considerare le difficoltà collegate al trattamento dei dati personali relativi allo stato vaccinale che, secondo la circolare dell'8 gennaio 2022, devono essere acquisiti dai dirigenti scolastici direttamente dalle famiglie.

⁸⁰ Sui presupposti applicativi delle politiche di *nudging* al contesto dell'agire della p.a. si rinvia a A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021.

Se si concorda sulla circostanza che la scuola in presenza sia un valore assoluto, esso, allora, è da preservare e perseguire non come mera petizione di principio, bensì attraverso misure concrete che si adattino realmente ai contesti e che non determinino l'adozione di soluzioni che aggravano diseguaglianze, producono discontinuità e generano frustrazione negli studenti e nelle famiglie, sottoposti all'incerta applicazione di norme non sempre chiare e raramente ispirate al principio di eguaglianza sostanziale.

6. Conclusioni. Spunti per la valorizzazione della scuola come comunità sociale.

L'inquadramento costituzionale del diritto all'istruzione impone alla Repubblica (in tutte le sue declinazioni territoriali) il dovere di rimuovere gli ostacoli al suo soddisfacimento, in attuazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale (art. 3 Cost.), il che rende evidentemente centrale il tema della corretta individuazione dei suddetti ostacoli: essi non sono rappresentati unicamente da quegli impedimenti connessi all'accesso al servizio istruzione in senso formale (borse di studio, bonus libri, etc.), ma anche da quei fattori che rendono difficile, se non impossibile, la concreta possibilità di "vivere" effettivamente la scuola come esperienza sociale essenziale per la crescita dell'individuo.

La nozione di diritto all'istruzione appare, a ben vedere, complessa e articolata, rivelandosi il frutto del combinato disposto di diverse disposizioni della Costituzione: accanto a quelle di più immediata evidenza (artt. 33 e 34) devono, infatti, essere prese in considerazione l'art. 2 (La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità), l'art. 3 (È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana) e l'art. 31 (La Repubblica [...] protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo).

Ciò posto, emerge con forza quanto una analisi miope o riduttiva delle oggettive diseguaglianze che connotano il settore dell'istruzione scolastica in Italia rischi di condurre, nel prossimo futuro, ad una torsione sostanziale della concezione stessa del diritto all'istruzione. In diversi Paesi europei (ad es. Gran Bretagna, Spagna, Svezia) - a differenza di quanto è accaduto in Italia - il mantenimento delle scuole aperte è stata avvertita come una priorità assoluta (sostanzialmente al pari della tutela della salute) così come prioritario è stato l'obiettivo di consentire ad alcune categorie di lavoratori impegnati nei servizi pubblici essenziali (es. i medici) di proseguire la loro attività potendo contare sul supporto della scuola⁸¹.

Da questo punto di vista, la pandemia ha consentito di mettere un punto fermo sulla necessità di risolvere anzitutto il problema dell'edilizia scolastica che, specie nelle regioni del Mezzogiorno, ha ritardato la ripresa delle attività in presenza proprio per l'impossibilità di rispettare le misure preventive, *in primis* il distanziamento fisico degli alunni, ritenute idonee dalle autorità preposte alla tutela della salute.

Le carenze di spazi, anche all'aperto, il sovraffollamento delle aule, il collasso del trasporto pubblico sono state tra le principali motivazioni poste a supporto delle decisioni dei Governatori regionali di ritardare la ripresa della scuola in presenza, determinando l'esigenza di ricorrere in via spesso esclusiva alla didattica digitale.

⁸¹ Z. PAROLIN, E.K. LEE, *Large socio-economic, geographic and demographic disparities exist in exposure to school closures*, in *Nat Hum Behav* 5/2021, pp. 522 ss.; S. GOUDEAU, C. SANREY, A. STANCZAK, *Why lockdown and distance learning during the COVID-19 pandemic are likely to increase the social class achievement gap*, in *Nat Hum Behav* 5/2021, pp. 1273 ss.

Su tale aspetto, si è già sottolineato come il recente Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza contempli quale obiettivo primario non solo l'incremento del numero degli istituti scolastici, ma anche quello del risanamento strutturale degli edifici scolastici esistenti, in termini di sicurezza, efficientamento energetico e cablaggio.

Con specifico riferimento alla DAD, si è cercato di illustrare *supra* le criticità connesse ad un suo uso massiccio ed esclusivo. Sia ben inteso, il ricorso alla DAD non rappresenta affatto una opzione negativa di per sé, anzi. L'uso di piattaforme digitali ha senza dubbio il pregio di arricchire le forme dell'apprendimento, di veicolare messaggi altrimenti difficilmente trasmissibili nella loro complessità, di consentire forme di interazione nuove e stimolanti tra gli studenti e tra questi e il corpo insegnante. L'esperienza della DAD, in effetti, ha dato l'opportunità di testare nuovi processi di apprendimento direttamente sul campo, accelerando gli esiti di quella fase di sperimentazione teorica già in essere da qualche anno e favorendo l'avvicinamento, soprattutto degli adolescenti, alle potenzialità della nuova cittadinanza digitale⁸². Ciò premesso, si è cercato di illustrare le ragioni per le quali la DAD, efficace come integrazione della attività didattica in presenza nelle scuole, non possa in alcun modo essere concepita come modello alternativo *tout court*, se non privando il diritto all'istruzione di buona parte del suo contenuto⁸³.

La scuola, oltre ad essere una istituzione, è anche un luogo "fisico" - non surrogabile dalla piattaforma virtuale - dove il minore trascorre buona parte della sua giornata, forma la propria identità e la propria capacità di relazionarsi e di vivere nella società⁸⁴. Insomma, il diritto all'istruzione, quale diritto fondamentale (seppur passibile di limiti di tipo organizzativo/finanziario), deve essere tutelato dalla Repubblica nella "formazione sociale ove si svolge la personalità" dell'individuo, ovvero nella comunità scolastica, che non può che ambientare le sue dinamiche relazionali in un luogo determinato e "riconosciuto" come tale dai membri della comunità stessa, la scuola per l'appunto. Il periodo pandemico ha avuto il pregio di far emergere una dimensione di disuguaglianza sociale che era precedentemente poco percepita, ovvero la mancanza di spazi e contesti abitativi adeguati che connota la realtà familiare di molti minori, pur chiamati a svolgere parte della loro attività di "studenti" al di fuori delle mura scolastiche (si pensi allo studio a casa)⁸⁵. Al riguardo, già il PON "Per la Scuola - competenze e ambienti per l'apprendimento" 2014-2020 si collocava in questa prospettiva, laddove - nel definire la scuola "centro civico" e "polo di aggregazione" - prospettava interventi volti ad ampliare gli orari di apertura, diversificare le tipologie di attività offerte dalle scuole e rendere la scuola più accogliente⁸⁶. Più di recente il PNRR prevede l'individuazione di fondi dedicati alla realizzazione di misure idonee ad incrementare il "tempo scuola" per il minore, nella consapevolezza che attraverso questo approccio si potrà soddisfare la sempre crescente esigenza di supporto espressa dalle famiglie⁸⁷.

⁸² M. CAPOREALE, *Dalle smart cities alla cittadinanza digitale*, in *Federalismi.it*, 2/2020, 30 ss.; S. D'ANCONA, P. PROVENZANO, *Gli strumenti della carta della cittadinanza digitale*, in R. CAVALLO PERIN, D. U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020, pp. 223 ss.

⁸³ E. CARLONI, nel suo *Il diritto all'istruzione al tempo del coronavirus*, in *Astrid Rassegna*, n. 6 del 2020, si interroga significativamente se la didattica a distanza possa o meno essere considerata "in termini minimamente accettabili «scuola»", p. 7.

⁸⁴ Sulla scuola come luogo di formazione sociale v. F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, cit., p. 79.

⁸⁵ In tale ottica, con specifico riferimento agli studenti delle classi superiori, occorrerà, ad esempio, individuare strumenti idonei a mettere a disposizione dei ragazzi luoghi ove poter studiare e socializzare nelle ore pomeridiane. "Gli studenti, per fare i compiti e studiare, si ritaglierebbero in questi spazi quelle isole di pace che purtroppo altrove, a casa, non potrebbero avere" (F. ROCCHI, *Lasciare la scuola anzitempo: le possibili conseguenze del Covid sulla dispersione scolastica*, cit., p. 659).

⁸⁶ https://www.miur.gov.it/documents/20182/881790/ponkit_brochure_2017.pdf

Emerge, in definitiva, l'esigenza di un complessivo ripensamento del sistema di istruzione italiano, in una prospettiva che, valorizzandone la portata sociale, privilegi la fruizione universale ed effettiva del servizio partendo dalla rimozione degli ostacoli di tipo infrastrutturale, sociale ed economico.

Una lettura restrittiva del diritto costituzionale all'istruzione - legata essenzialmente alle pur condivisibili esigenze della valorizzazione del merito e dell'incremento dell'efficienza del servizio nel suo complesso - nel prescindere dall'analisi delle capacità o meno del minore di godere in senso concreto di quel servizio, finirebbe per sacrificare l'accezione sociale del diritto all'istruzione, a favore della assolutizzazione della dimensione puramente formativa, quale strumento volto a creare le competenze richieste dal mercato⁸⁸.

La dottrina parla, al riguardo, di "mercificazione" del diritto all'istruzione, facendo riferimento a quella tendenza ad inquadrare lo studente in termini di consumatore e non di titolare di un diritto, il che finisce inevitabilmente per determinare la creazione di diseguaglianze tra i destinatari del servizio⁸⁹. Purtroppo, al riguardo, le fonti normative di settore di rango internazionale o europeo⁹⁰ non sono in grado, da sole, di arginare questa potenziale deriva, laddove, come noto, le clausole di salvaguardia della competenza degli ordinamenti nazionali in materia di politiche sociali non consentono alle istituzioni extra-nazionali di incidere se non nei limiti della protezione di un nucleo minimo essenziale (non predeterminato nel suo contenuto) proprio di ciascun diritto⁹¹.

⁸⁷ All'interno del PNRR, l'obiettivo è oggetto della "Missione 4: Istruzione e ricerca" ed è esplicitato nella linea d'azione M4C1.1 *Miglioramento qualitativo e ampliamento quantitativo dei servizi di istruzione e formazione*. In particolare, nell'Investimento 1.2: Piano di estensione del tempo pieno e mense, si precisa che "La misura mira a finanziare l'estensione del tempo pieno scolastico per ampliare l'offerta formativa delle scuole e rendere le stesse sempre più aperte al territorio anche oltre l'orario scolastico e accogliere le necessità di conciliazione vita personale e lavorativa delle famiglie (con particolare attenzione alle madri). Con questo progetto si persegue l'attuazione graduale del tempo pieno, anche attraverso la costruzione o la ristrutturazione degli spazi delle mense per un totale di circa 1.000 edifici entro il 2026. Il piano è gestito dal Ministero dell'Istruzione ed è attuato, quanto alla costruzione e riqualificazione delle mense e palestre, dagli Enti locali proprietari dei relativi edifici. La durata stimata del progetto è di 5 anni (fino al 2026)".

⁸⁸ La dottrina ha da tempo avuto modo di evidenziare i rischi sottesi alla configurazione della scuola come "impresa" (A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003, pp. 250 ss.), senza per questo escludere a priori che l'implementazione di meccanismi di tipo competitivo possa fornire un contributo al miglioramento del sistema istruzione (E. CHITI, G. GARDINI, A. SANDULLI, *L'ordinamento giuridico e la costruzione dell'identità culturale italiana*, in Id. (a cura di), *Unità e pluralismo culturale*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. VI, Firenze, 2016, pp. 9 ss., spec. 42). Da ultimo, fortemente critico nei confronti del tendenziale asservimento del sistema istruzione alle esigenze del mercato, F. GASPARI, *Istruzione, formazione e scuola digitale. Profili (critici) di diritto amministrativo*, cit., il quale osserva come "Un chiaro segno in tale senso è costituito dalla "educazione all'autoimprenditorialità" degli studenti, come obiettivo formativo primario della "buona scuola" di cui alla legge n. 107/201571 e della normativa (specie di soft law, atteso che l'istruzione è di competenza degli Stati membri) dell'Unione europea. Ecco dunque che, in luogo di studi classici e umanistici - che hanno come obiettivo quello di formare persone coscienti della propria storia, del proprio passato e della propria progettualità, consapevoli di sé e della loro provenienza, delle loro radici e della loro storicità -, nella "scuola del pensiero unico ultracapitalistico", che assume la forma dell'azienda-impresa, vengono inserite discipline funzionali alla tecnica e al mercato, con le conseguenze in termini, soprattutto, di imbarbarimento che ne conseguono", p. 73.

⁸⁹ M. PACE, "Mercificazione" dell'istruzione e salvaguardia del diritto all'educazione nei recenti Rapporti del Relatore speciale sul diritto all'istruzione, in *Dir. um. e dir. intern.*, 2015, pp. 453 ss.; A. SANDULLI, *Contro il mercato dell'istruzione scolastica*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2009, pp. 1 ss.

⁹⁰ Si sofferma ampiamente sulle criticità connesse ai processi di digitalizzazione del sistema di istruzione la Commissione Europea, nel recente *Piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027. Ripensare l'istruzione e la formazione per l'era digitale*, COM(2020) 624 final, 30 settembre 2020.

⁹¹ Sul tema, *ex multis*, v. C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Consultaonline*, 2/2015, pp. 488 ss.; F. COSTAMAGNA, *Riduzione delle risorse disponibili e abbassamento dei livelli di tutela dei diritti sociali: il rispetto del nucleo minimo quale limite all'adozione di misure regressive*, in *Dir. um. e dir. intern.*, 2/2014, pp. 371 ss.; M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 3/2000, pp. 367 ss.

Anche l'autonomia scolastica, la cui *ratio* era liberare le realtà locali dai rigidi e necessariamente uniformi modelli di intervento statale, è stata spesso mal interpretata, finendo per essere vista quasi esclusivamente come uno stimolo alla "competizione" tra istituti scolastici, competizione inevitabilmente destinata ad incrementare le già esistenti disuguaglianze territoriali. Al riguardo occorrerebbe, piuttosto, perseguire un nuovo e più coerente equilibrio tra uniformità e differenziazione, tale da valorizzare le specificità locali e, nel contempo, garantire a tutti gli studenti una offerta formativa omogenea, in una visione dell'autonomia scolastica intesa come responsabilità (*in primis* dell'apparato amministrativo più prossimo, ovvero gli enti locali⁹²) nell'assumere la funzione di istruzione, responsabilità che presuppone anche la libertà di ricorrere a soluzioni flessibili e di valorizzare la sussidiarietà orizzontale⁹³.

Il modello autonomistico, dunque, - se correttamente interpretato e, quindi, "corretto" al fine di evitare forme di disuguaglianza derivanti dalla mancata presa in considerazione di differenze territoriali e di contesto sociale di riferimento - è destinato ad assumere un ruolo centrale quale necessario modello di "adattabilità" del servizio di istruzione (soprattutto della sua dimensione sociale e non meramente didattica). Tale prospettiva si pone sulla scia di altre riforme che hanno interessato negli ultimi anni il settore dell'istruzione, prima fra tutte la l. n. 107/2015 "Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti", in tema di autonomia scolastica, laddove viene prospettata la valorizzazione della scuola come comunità attiva, aperta al territorio e interagente con le famiglie e la comunità locale⁹⁴.

In tale ottica, anche in vista di future restrizioni di tipo "fisico", appaiono di grande interesse i Patti educativi di comunità⁹⁵, di recente introdotti, consistenti in accordi da sottoscrivere tra istituto scolastico, enti locali o realtà private operanti sul territorio, al fine di favorire la messa a disposizione di spazi e strutture alternative a quelle proprie del plesso scolastico, quali musei, parchi, biblioteche, etc., ove svolgere attività complementari a quelle della didattica in senso proprio, attività, come visto non solo opportune, ma necessarie nell'ottica della soddisfazione piena del diritto all'istruzione così come concepito dalla nostra Carta Costituzionale. Nel contempo, occorre che il livello di intervento statale - da tempo relegato ad occuparsi unicamente di profili organizzativi (cicli scolastici, selezione insegnanti, ecc.) - si riappropri di competenze che gli consentano di definire e garantire i Livelli essenziali delle prestazioni specifici per il diritto all'istruzione⁹⁶.

Appare utile, in conclusione, ricordare che dal dibattito sorto in seno all'Assemblea costituente è emerso chiaramente come il diritto all'istruzione riconosciuto dall'art. 34 Cost. non configuri semplicemente il diritto di accedere alla scuola pubblica per ricevere una istruzione "purchè sia", bensì il diritto di ricevere una "adequata istruzione ed educazione per la formazione della sua personalità e l'assolvimento dei compiti sociali", rimuovendo eventuali ostacoli derivanti dall'appartenenza "ad un determinato ambiente sociale o ad una particolare condizione economica"⁹⁷.

⁹² Auspicava, già nel 1981, che l'assistenza scolastica diventasse "momento qualificante della politica sociale delle autonomie locali" M. IMMORDINO, *L'ente intermedio e i servizi sociali: prospettive nella regione siciliana*, in *Quaderni ARS*, n. 13/1981, p. 217.

⁹³ M. COCCONI, *Il compimento*, cit.

⁹⁴ V. BERLINGÒ, *Per un nuovo rapporto tra Scuola e Territorio: Il Piano Nazionale per la prevenzione della dispersione scolastica nelle periferie*, cit., pp. 66-67. Si sofferma sul ruolo centrale della scuola intesa come "comunità" anche E. CARLONI, *Il diritto all'istruzione al tempo del coronavirus*, cit., p. 2.

⁹⁵ Cfr. Decreto Ministeriale 26 giugno 2020, n. 39 (*Adozione del Documento per la pianificazione delle attività scolastiche, educative e formative in tutte le Istituzioni del Sistema nazionale di Istruzione per l'anno scolastico 2020/2021*). Da ultimo, il Ministero dell'Istruzione, con Decreto Dipartimentale n. 192 del 17 febbraio 2021 ha stanziato per l'anno 2021 una somma pari a circa euro 670.000. al fine di incentivare la realizzazione dei patti educativi di comunità.

⁹⁶ A.M. POGGI, *Per un "diverso" Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, cit., pp. 210 ss.

Ebbene, proprio alla luce delle condizioni di diseguaglianza endemica già connotanti il settore dell'istruzione pubblica in Italia, emerge l'esigenza che - anche a fronte del perdurare dell'emergenza pandemica o di altre situazioni di "crisi" - si rifugga dal ricorrere alla DAD come unica soluzione possibile per garantire la prosecuzione del servizio scolastico, ricercando piuttosto negli interventi di risanamento infrastrutturale e nella individuazione di modelli alternativi della gestione del "tempo scuola" la strada per rispondere all'esigenza di tutela del diritto alla salute adeguatamente bilanciato con il "diritto alla scuola", intendendosi per quest'ultimo la somma di più diritti costituzionali (istruzione, formazione e salute) inscindibili e tutti irrinunciabili.

⁹⁷ G. LIMITI, *La scuola nella costituzione*, in *Studi per il ventesimo Anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. III, Firenze, 1969, pp. 81 ss.

LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI DEI BALCANI OCCIDENTALI NELLA TRANSIZIONE VERSO LO SPAZIO AMMINISTRATIVO EUROPEO.

Francesco Emanuele Grisostolo*

Abstract (IT): Il contributo propone una sintesi dell'evoluzione della pubblica amministrazione e del diritto amministrativo nell'area dei Balcani occidentali. Dopo una breve analisi del periodo pre-socialista e socialista, si illustrano le disposizioni rilevanti delle Costituzioni vigenti e si offre una ricostruzione del concetto di «Spazio amministrativo europeo», spiegandone l'importanza per la transizione amministrativa dei Balcani occidentali. Successivamente, il contributo porta alcuni esempi dell'impatto concreto di tali principi sui processi nazionali di riforma e della loro applicazione da parte della Commissione europea nel valutare i progressi dei Paesi candidati e potenziali candidati nel contesto della politica di allargamento. Infine, si prende in considerazione la correlazione fra le politiche di coesione dell'Unione e il progredire delle riforme amministrative a livello nazionale.

Abstract (EN): The paper provides an overview of the development of the public administration and administrative law in the Western Balkans. After a brief analysis of pre-socialist and socialist periods, it outlines the relevant provisions of the existing Constitutions and it offers a reconstruction of the concept of the «European Administrative Space», explaining its importance for the administrative transition of the Western Balkans. Subsequently, the paper gives some examples of the concrete impact of these principles on national reform processes and of the application of the principles by the European Commission when assessing the progress of candidate and potential candidate countries within the context of EU enlargement policy. Finally, the paper reflects on the correlation between the Union's cohesion policy and the progress of administrative reforms at the national level.

SOMMARIO: **1.** Il diritto amministrativo «in transizione». - **2.** Il diritto amministrativo nelle Costituzioni del periodo post-socialista. - **3.** Lo «spazio amministrativo europeo» come paradigma della transizione amministrativa. - **4.** Percorsi di riforma amministrativa degli ordinamenti nazionali. - **5.** Dai «*principles in the books*» ai «*principles in action*». Il diritto amministrativo nei *Country Reports* della Commissione europea. - **6.** Cenni agli aspetti finanziari della politica di allargamento. - **7.** Conclusioni.

1. Il diritto amministrativo «in transizione».

Il diritto amministrativo è profondamente connesso con i principi costituzionali che, nelle diverse fasi storiche, regolano i rapporti fra governanti e governati: in tal senso, si è enucleato il

concetto di «*forma di amministrazione*», individuabile nei principi fondamentali sui rapporti fra amministrazione e amministrati all'interno di un determinato ordinamento¹.

Pur condividendo la tesi secondo cui la disciplina del rapporto amministrazione-amministrato dovrebbe essere una 'concretizzazione' dei principi costituzionali², va altresì sottolineato che - in una prospettiva comparatistica, attenta all'*effettiva* regola che si impone in un dato ordinamento³, considerando anche i formanti non verbalizzati⁴ - sono proprio le garanzie istituzionali, procedimentali e processuali *effettivamente* assicurate all'amministrato a divenire una cartina di tornasole della forma di Stato inverata dall'ordinamento oggetto di studio: al proposito, non appare superata la lucida osservazione di Max Weber, secondo la quale nella realtà quotidiana l'esercizio del potere è, soprattutto, «amministrazione»⁵.

In questa prospettiva teorico-generale, l'obiettivo del presente contributo è quello di analizzare la più recente esperienza pubblicistica dei Balcani occidentali attraverso l'evoluzione del diritto amministrativo: alla luce delle premesse, infatti, si coglie immediatamente come tale ramo del diritto pubblico non potesse rimanere estraneo alla profonda transizione costituzionale che hanno vissuto i Paesi dell'area a partire dal crollo del sistema socialista, nella declinazione ad essi peculiare⁶. Anzi, proprio in ragione del suo legame con l'esercizio «quotidiano» del potere, l'ordinamento amministrativo si è dimostrato in alcuni casi molto resistente alle spinte riformiste, in particolare a quelle provenienti dall'esterno dei sistemi nazionali⁷. In altre parole, il cambio di paradigma in termini di organizzazione, azione e giustizia amministrativa non è stato ostacolato tanto da resistenze ideologiche verso il nucleo assiologico di un diritto amministrativo liberal-democratico, quanto dalle difficoltà politiche concrete a giungere all'approvazione di provvedimenti normativi che andassero ad incidere sugli interessi socio-

¹ * Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Udine. Il presente contributo è frutto della ricerca effettuata all'interno del Modulo Jean Monnet «*EU Enlargement and Constitutional Transitions in the Western Balkans*» del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Udine. La scelta dei casi di studio oggetto della presente analisi - all'interno dell'area dei Balcani occidentali - corrisponde agli obiettivi di tale Modulo e coincide, quindi, con i Paesi nati dalla dissoluzione della Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia. 1. E. D'ORLANDO 2013, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione. Contributo allo studio dei fenomeni di convergenza tra ordinamenti nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2013, 7 ss.; P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Tomo II, Roma-Bari, 2014, 987 ss.

² La qualificazione del diritto amministrativo come «diritto costituzionale concretizzato» è stata operata per la prima volta da F. WERNER, *Verwaltungsrechts als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in *Deutsches Verfassungsblatt*, 1959, 527 ss. Anche il presente contributo, come si può intuire, si muove nella prospettiva della compenetrazione fra diritto amministrativo e diritto costituzionale, con la precisazione che i principi costituzionali si intendono in senso ampio e comprensivo dei principi del diritto costituzionale europeo: per alcuni spunti in questo senso, oltre agli scritti citati alla nota precedente, si v. S. CASSESE, *Mezzo secolo di trasformazioni del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. I, *Studi introduttivi*, Bologna, 2018, 3 ss.; S. CASSESE, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 501 ss.; C. PINELLI, «Diritto pubblico»: costituzionalisti e amministrativisti a confronto, in *Rivista AIC*, 2, 2013.

³ Com'è noto, G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato (il metodo)*, Torino, 1994, sotto questa prospettiva, avvicina il compito del comparatista a quello dello storico - piuttosto che a quello del giurista positivo - poiché esso non consiste tanto nel cogliere il 'dover essere', l'interpretazione astrattamente 'corretta' della disposizione, sulla base dell'ordinamento (formalmente) vigente, quanto nel ricostruire la regola che si impone effettivamente nella prassi.

⁴ R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, 2021, 116 ss.

⁵ «*Denn Herrschaft ist im Alltag primär: Verwaltung*»: M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1956.

⁶ Sulla complessa transizione costituzionale dei Paesi dell'area la letteratura è vastissima. Si vedano, fra i molti, L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (cur.), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Trento, 2010; M. CALAMO SPECCHIA, M. CARLI, G. DI PLINIO, R. TONIATTI (cur.), *I Balcani occidentali: le costituzioni della transizione*, Torino, 2008; J. WOELK, *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina. Dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile*, Padova, 2008.

⁷ Il peso determinante delle Istituzioni sovranazionali nella determinazione delle direttrici di riorganizzazione delle amministrazioni e di riforma degli ordinamenti amministrativi nazionali verrà illustrato in particolare *infra*, par. 3. Non ci si sofferma, invece, specificamente sul ruolo della giurisprudenza CEDU, nella consapevolezza che essa contribuisce a determinare i 'principi' del diritto amministrativo dell'Unione ai sensi dell'art. 6, par. 4, TUE e dell'art. 52, par. 3, della Carta di Nizza: D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, 118.

economici di forti gruppi di pressione⁸ o a reprimere realmente le patologie del comportamento amministrativo, prima fra tutte la corruzione⁹.

Poiché ogni transizione è connotata, per definizione, da un punto di partenza e un punto di arrivo, ovvero dal passaggio da un regime politico ad un altro¹⁰, la nostra esposizione dovrà necessariamente prendere le mosse dal modello di *Socialist Law*, e in particolare dalla recezione nell'area balcanica della paradigmatica dottrina dell'U.R.S.S.¹¹. Va, tuttavia, almeno accennato che l'instaurazione della Repubblica socialista, alla fine della Seconda guerra mondiale, non incontra in questi sistemi una *tabula rasa* sul piano del diritto amministrativo. Tutt'altro: nel 1930, il Regno di Jugoslavia si era già dotato di una legge generale sul procedimento amministrativo, seguendo il prototipo della legge austriaca del 1925¹². Anche la tutela giurisdizionale avverso l'illegittimità dell'agire amministrativo era ben nota: nei territori appartenenti all'Impero austro-ungarico sino alla fine della Prima guerra mondiale (Slovenia e Croazia), già alla fine del XIX secolo vennero istituiti tribunali amministrativi specializzati¹³, mentre la Serbia, nel 1922, aveva adottato una Legge sul Consiglio di Stato e sulle controversie amministrative, che individuava il Consiglio di Stato come organo supremo di giustizia amministrativa e istituiva corti amministrative di primo grado¹⁴. Da un punto di vista comparatistico si può, dunque, notare come i Paesi dell'area si sono collocati fra i primi a disporre di una disciplina generale sull'esercizio del potere amministrativo¹⁵.

Riprendendo le mosse dalla fase socialista, è noto che - a seguito della Rivoluzione russa del 1917 - è venuta ad affermarsi una nuova forma di Stato, connotata da caratteristiche peculiari che la distinguono nettamente e, anzi, la oppongono alla forma di Stato liberale¹⁶, interessando Paesi europei ed extraeuropei, e segnatamente, fra i primi, quelli dell'area di nostro interesse.

La peculiare visione del diritto e dello Stato propria dei sistemi socialisti impatta in maniera determinante sulla strutturazione degli ordinamenti amministrativi nazionali. Nella teorica marxista-leninista, lo Stato è concepito come organizzazione a disposizione della classe dominante che ottiene il monopolio della forza fisica (legittima), la legge come espressione della volontà della classe al potere e gli apparati pubblici come «macchina» per il mantenimento del dominio¹⁷: l'essenza dell'attività amministrativa è ricondotta all'esercizio del potere pubblico piuttosto che alla prestazione di un servizio nell'interesse della collettività¹⁸. Come in altri

⁸ In termini di analisi economica del diritto, ci troviamo di fronte a un'ipotesi di 'fallimento dello Stato': G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 81.

⁹ G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, cit., 21. Per un approfondimento sulle criticità che tuttora affliggono le amministrazioni dei Paesi candidati e potenziali candidati, si veda in particolare *infra*, par. 5.

¹⁰ In questi termini, L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2003, 4 ss.

¹¹ R. SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo comparato*, Torino, 2020, 137 ss.

¹² R. SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo nei Balcani occidentali e metodologia comparatistica*, in L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (cur.), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, cit., 253 ss., 274; D. DJERDJA, *Administrative Law in Croatia*, in R. SCARCIGLIA (ed.), *Administrative Law in the Balkans. Case Studies of Comparative Administrative Law in Albania, Bulgaria, Croatia, Serbia and Slovenia*, Padova, 2012, 75 ss.

¹³ D. DJERDJA, *Administrative Law in Croatia*, cit., 75; B. BREZOVNIK, J. TOPLAK, *Administrative Law in Slovenia*, in R. SCARCIGLIA (Ed.), *Administrative Law in the Balkans*, cit., 155 ss., part. pp. 158-159.

¹⁴ J. JOVIČIĆ, *Administrative law in Serbia*, in R. SCARCIGLIA (Ed.), *Administrative Law in the Balkans*, cit., 115 ss.

¹⁵ Il modello della legge generale sul procedimento amministrativo si è diffuso nel resto dei Paesi occidentali più tardi (*Administrative Procedure Act* del 1946 negli Stati Uniti) o molto più tardi (come in Italia e Spagna negli anni Novanta), fino a casi di vera e propria 'resistenza' alla recezione del modello, superati assai di recente (nel 2016, in Francia) o mai superati (nel Regno Unito): V. DE FALCO, *Azione amministrativa e procedimenti nel diritto comparato*, Milano, 2018; S. BETTINI, G. MATTARELLA, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in G. NAPOLITANO (cur.), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 107 ss.; J. BARNES, *Administrative Procedure*, in P. CANE, H.CH. HOFMANN, E.C. IP, P.L. LINDSETH, *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, 2021, 831 ss.

¹⁶ Sulla forma di Stato socialista, si vedano almeno, quali riferimenti fondamentali: G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, II vol., Padova, 2005; P. CARROZZA, *Il diritto socialista*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Tomo I, Roma-Bari, 2014, 629 ss.; M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2016, 48 ss.; D. GRIMM, *Types of Constitutions*, in M. ROSENFELD M., A. SAIÓ, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 98 ss., part. pp. 128 ss.

¹⁷ V.I. LENIN, *Sullo Stato*, Lezione tenuta il giorno 11 luglio 1919 all'università di Sverdlov.

¹⁸ S. LILIĆ, *The influence of the Soviet Doctrine of State and Law on Theory of Administrative Law in Serbia*, in <http://www.slilic.com/>, 2006, 1-2.

ordinamenti autoritari, pure ispirati a diverse ed opposte ideologie, la potestà di imperio dell'amministrazione viene, quindi, collegata alla finalità di realizzare l'*interesse pubblico*, inteso, però, non come sintesi degli interessi individuali e collettivi operata tramite disposizioni costituzionali e legislative, bensì come astratto interesse dello Stato, coincidente nei fatti con la volontà dei detentori del potere politico¹⁹.

Rispetto alla forma di Stato liberale, muta completamente lo statuto costituzionale dell'amministrazione: ci si allontana dal principio di separazione dei poteri, che collocava l'amministrazione all'interno del potere esecutivo, per veder affermato l'opposto principio dell'unità del potere²⁰; sul piano delle fonti, poi, il 'classico' principio di legalità assumeva la connotazione di principio di legalità *socialista*. Ciò comportava che - pur riaffermandosi la subordinazione dell'amministrazione alla legge - il disposto normativo doveva ritenersi, per così dire, 'cedevole' di fronte alle esigenze del regime, non rappresentando la legalità «un valore assoluto ma solo strumentale rispetto al fine rivoluzionario»²¹. Tali mutamenti conducevano all'affermazione del Partito unico, espressione della nuova classe dominante, come titolare di un potere 'indiviso' e delle sue decisioni come crittotipo nel sistema giuridico-amministrativo²².

Alla fine del Secondo conflitto mondiale, con la presa del potere da parte delle forze di resistenza comuniste guidate da Tito e l'instaurazione della Repubblica Socialista²³, l'affermazione del nuovo paradigma costituzionale comportò tangibili effetti sull'ordinamento amministrativo nazionale. Sul piano normativo, si registrano l'abrogazione della legge sul procedimento del 1930 e l'abolizione di tutti i tribunali amministrativi²⁴: invero, l'impatto potenzialmente 'totalitario' di tali provvedimenti fu mitigato dalla forza conservativa della prassi amministrativa, che continuò, di fatto, a seguire in taluni ambiti gli schemi consolidati della legge procedimentale²⁵. Ponendo l'attenzione sul formante dottrinale, si è sottolineato come - nell'immediato dopoguerra - le opere sovietiche di teoria dello Stato e di diritto amministrativo siano stati tradotte e utilizzate nelle aule universitarie jugoslave come testi di riferimento²⁶ ed abbiano avuto un'influenza importante e duratura sulle teorizzazioni elaborate in seguito da studiosi dell'area, quali Radomir D. Lukić²⁷, portando a vedere l'amministrazione esclusivamente come «una funzione del potere statale»²⁸.

Dopo tale prima fase radicale (e per certi versi 'iconoclasta'), il decennio successivo è segnato dall'introduzione di una legislazione assai significativa ed organica in materia amministrativa. Nel 1952, la Repubblica di Jugoslavia diviene il primo Paese socialista a (re)introdurre il controllo giurisdizionale sull'amministrazione, disciplinato da un'apposita legge sui giudizi amministrativi, che verrà poi sostituita da una nuova legge processuale nel 1977²⁹. Pochi anni dopo, nel 1956, viene approvata un'importante legge sul procedimento amministrativo, di oltre trecento articoli, composta da cinque parti: 1. previsioni generali (principi, competenze, comunicazioni, termini, etc.); procedimento (iniziativa, istruttoria, provvedimento); rimedi

¹⁹ Si veda ad esempio la interessante ricostruzione di Alexandro Nieto a proposito della Costituzione spagnola: A. NIETO, *La Administración sirve con objetividad los intereses generales*, in S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER., *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 3, La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de la Administraciones Públicas, Madrid, 1991, 2185 ss. Il contributo mira a sottolineare come - dopo la lunga fase autoritaria vissuta dalla Spagna nel corso del Novecento - un carattere essenziale della transizione democratica fosse affermare che l'Amministrazione non era più apparato servente del *Governo*, ma di tutto l'ordinamento giuridico, formato dalle norme introdotte in base a procedimenti democraticamente legittimati.

²⁰ P. CARROZZA, *Il diritto socialista*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Tomo I, Roma-Bari, 2014, 629 ss., part. 641 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, II vol., Padova, 2005, XX.

²¹ P. CARROZZA, *Il diritto socialista*, cit., 648.

²² G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, II vol., cit., XX.

²³ G. SABBATUCCI, V. VIDOTTO, *Storia contemporanea. Il Novecento*, Roma-Bari, 2003, 214-217.

²⁴ B. BREZOVNIK, J. TOPLAK, *Administrative Law in Slovenia*, in R. SCARCIGLIA (ed.), *Administrative Law in the Balkans*, cit., 155 ss., part. p. 159; J. JOVIČIĆ, *Administrative law in Serbia*, cit., 117; D. DJERDJA, *Administrative Law in Croatia*, cit., 120.

²⁵ R. SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 173-174.

²⁶ S. LILIĆ, *The influence of the Soviet Doctrine of State and Law on Theory of Administrative Law in Serbia*, cit., 7.

²⁷ R.D. LUKIĆ, *Teorija države i prava, I - teorija države*, Univerzitet u Beogradu, Naučna knjiga - izdavačko preduzeće Narodne Republike Srbije, Beograd, 1953-54.

²⁸ S. LILIĆ, *The influence of the Soviet Doctrine of State and Law on Theory of Administrative Law in Serbia*, cit., 16 ss.

²⁹ J. JOVIČIĆ, *Administrative law in Serbia*, cit., 120.

interni (ricorso interno, rinnovo del procedimento, attività di secondo grado); esecuzione; attuazione della legge e disposizioni transitorie e finali³⁰. Dopo essere stata più volte modificata nello stesso periodo socialista³¹, tale legge rimarrà in alcuni casi in vigore ben oltre la dissoluzione della Repubblica Federale e la transizione costituzionale³².

Le innovazioni legislative degli anni '50 costituiscono una rilevante originalità a fronte della più rigorosa dottrina sovietica, che vedeva nello stesso concetto di 'giustizia amministrativa' un'ideologia borghese, sino a rivendicare apertamente che: «nell'URSS la giustizia amministrativa non esiste»³³. Esse vanno dunque lette in connessione con la rottura politica compiuta da Tito e con il tentativo di perseguire una 'via jugoslava' al socialismo, caratterizzata dall'idea di 'autogestione', ridando spazio anche alla tutela dei diritti dei cittadini³⁴. Sulla base dei dati a disposizione, tale nuovo sistema di garanzia giurisdizionale sembra essere stato 'attivato' da subito in maniera significativa, con la presentazione di 116.650 ricorsi nel periodo 1952-1955³⁵, anche perché l'assenza (sino al 1956) di una chiara regolazione del procedimento aveva condotto ad un certo livello di arbitrarietà nell'attività amministrativa, tanto che la legge del 1956 mirava anche ad aiutare i funzionari nei procedimenti in corso, rendendoli edotti in anticipo sulle caratteristiche formali e sostanziali dei provvedimenti amministrativi³⁶.

Un altro rilevante impatto della politica di 'autogestione' si aveva in materia di servizi pubblici, con l'istituzione del sistema denominato «*Samoupravne interesne zajednice*», basato sull'idea di affidare il governo dell'organismo pubblico che erogava il servizio all'incontro fra la volontà dei lavoratori e quello dei consumatori, i quali, in questa visione, 'scambiavano' liberamente il proprio lavoro. In concreto, tale principio si traduceva in un sistema di governo del servizio pubblico basato su organi misti, composti da rappresentanti sia dei lavoratori che dei consumatori, i quali concordavano periodicamente i prezzi e le caratteristiche delle prestazioni³⁷.

A fronte di queste indubbie peculiarità, non si può perdere di vista il persistente condizionamento derivante dal regime, in cui la classe politica teneva le fila tanto degli apparati amministrativi quanto del sistema giudiziario. Si pongono, in questa fase, le basi di una duratura 'iper-politicizzazione' della pubblica amministrazione³⁸, che comportava non soltanto una più limitata effettività delle garanzie riconosciute, sulla carta, dalla normativa amministrativa, ma anche una materiale impossibilità di riformare l'amministrazione pubblica, vista quale fondamentale serbatoio di consenso politico e strumento di controllo sociale. Un'amministrazione che è stata dunque descritta come affetta da molti 'mali' - formazione inadeguata, insufficiente controllo della *performance*, elevato peso della politica, mancanza di cultura organizzativa, paternalismo e mancanza di orientamento ai bisogni del cittadino³⁹ - dei quali, puntualmente, le Istituzioni europee avrebbero poi chiesto alle élite politiche nazionali di farsi carico, per poter raggiungere gli *standard* necessari all'ingresso nell'Unione.

³⁰ B. BREZOVNIK, J. TOPLAK, *Administrative Law in Slovenia*, cit., 160; A. BUONFINO, *Le garanzie del cittadino nel procedimento amministrativo: il caso della Repubblica di Croazia*, in *Amministrare*, 3, 2018, 459 ss., part. pp. 463 ss.

³¹ La legge è stata modificata per adattarla alle Costituzioni adottate negli anni 1963 e 1974 e per regolare alcuni profili specifici; l'ultima modifica risaliva al 1986.

³² Ad esempio, in Croazia, sino al 2009, o in Serbia, se non si considera la normativa del 1997, in sostanziale continuità con la legge del 1956, sino al 2016: v. *infra*, par. 4.

³³ D.D. BARRY, *Administrative Justice: the Role of Soviet Courts in Controlling Administrative Acts*, in G. GINSBURGS, G. AJANI, G.P. VAN DER BERG, W.B. SIMONS (eds.), *Soviet Administrative Law: Theory and Policy*, Dordrecht/Boston/London, 1989, 63 ss.

³⁴ J.K. KUSS, *Judicial Review of Administrative Acts in East European Countries*, in G. GINSBURGS, G. AJANI, G.P. VAN DER BERG, W.B. SIMONS (eds.), *Soviet Administrative Law: Theory and Policy*, cit., 467 ss. XX

³⁵ J.K. KUSS, *Judicial Review of Administrative Acts in East European Countries*, cit., 488.

³⁶ B. BREZOVNIK, J. TOPLAK, *Administrative Law in Slovenia*, cit., 160.

³⁷ G. BENACCHIO, *Self-Management and Social Services in the Yugoslav Sysyem*, in G. GINSBURGS, G. AJANI, G.P. VAN DER BERG, W.B. SIMONS (eds.), *Soviet Administrative Law: Theory and Policy*, cit., 457 ss.

³⁸ Sulla persistenza di un'amministrazione «centralized, hyper politicized and hierarchical» anche nel periodo successivo, v. A.L. IVAN, C.A. IOV, *Croatia: Administrative Reform and Regional Development in the Context of EU Accession*, in *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, 31, 2010, 93 ss.

³⁹ N. SMOKROVIĆ, I. ILIJAŠIĆ-VERŠIĆ, *Administrative Europeanization and Institutional Change: the Case of Croatia*, in L. MATEI, D. VAŠIČEK, M. KAŠTELAN MRAK (eds.), *European Administrative Space - Balkan realities*, Editura Econo mica, 2011, 304 ss., part. p. 308.

2. Il diritto amministrativo nelle Costituzioni del periodo post-socialista.

Dopo la fine dell'esperienza socialista, alla progressiva dissoluzione della Repubblica Federale si accompagna l'adozione da parte delle neonate Repubbliche indipendenti di altrettante Carte costituzionali, ispirate al modello dello Stato democratico-sociale⁴⁰.

Come in molte esperienze coeve di Paesi ex-socialisti, i costituenti hanno inteso includere nei testi costituzionali contenuti in qualche modo standardizzati, in quanto ritenuti propri di ogni ordinamento liberale e democratico, compiendo così un «recepimento quasi astorico»⁴¹, soprattutto al fine di ottenere l'accettazione della comunità internazionale e di essere «accolti tra gli ordinamenti democratici e, più specificamente, in quello che può essere definito il “club europeo”»⁴². D'altro canto, si sono sottolineate le peculiarità della transizione costituzionale nell'area dei Balcani occidentali rispetto a quella dell'Europa centro-orientale, fra le quali il suo «carattere eterodiretto»: l'adozione di un autovincolo di livello costituzionale al rispetto dei principi della democrazia pluralista, della *rule of law* e dei diritti dell'uomo diveniva un tassello di una più ampia strategia di stabilizzazione dell'area («sicurezza democratica»), che si aggiungeva agli strumenti di tipo economico e militare⁴³. Per analoghe ragioni di contesto, la transizione costituzionale è sembrata da subito fragile, se non persino «finta»⁴⁴, in quanto non ancorata né alla sussistenza di una precedente opposizione politica strutturata - ovvero di una potenziale classe dirigente 'alternativa' rispetto a quella al potere nella fase precedente - né ad una reale mobilitazione della società civile, la quale si è dimostrata spesso più sensibile al discorso nazionalista che a quello democratico⁴⁵.

Un simile contesto accende subito una 'spia' di pericolo nella sensibilità del comparatista, che obbliga ad anteporre un *caveat* all'analisi del dato positivo: «l'introduzione di regole legali (*in the books*) ha un impatto limitato da un punto di vista operativo sui comportamenti delle istituzioni»⁴⁶. Occorre, insomma, acquisire la consapevolezza che l'analisi delle Carte costituzionali costituirà soltanto il primo passaggio dell'analisi: se ne renderà poi necessario un secondo, ovvero la verifica dell'attuazione legislativa, ed anche un terzo, cioè la lettura di documenti diversi dai testi normativi (e, preferibilmente, provenienti da soggetti indipendenti), che disvelino eventuali 'criticità' nell'applicazione della *law in the books*. Ciò premesso, ci si concentrerà in prima battuta sui testi delle Costituzioni vigenti⁴⁷, guardando soprattutto a due aspetti: le tutele garantite ai cittadini di fronte alla pubblica amministrazione e le disposizioni costituzionali che impattano sul rapporto fra governo e amministrazione all'interno del potere esecutivo e sull'organizzazione amministrativa⁴⁸. Introduttivamente, si può anticipare che quasi

⁴⁰ Ad es., art. 2 Cost. Slovenia; art. 1 Cost. Croazia; art. 1 Cost. Macedonia.

⁴¹ In questo senso, E. D'ORLANDO, *Costituzionalismo dei diritti e comparazione giuridica nell'area balcanica: riflessioni sul metodo*, in *European Diversity and Autonomy Papers*, 07, 2013, 9-10.

⁴² L. MONTANARI, *Il principio di rule of law e la tutela dei diritti nei Balcani occidentali*, in L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (cur.), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, cit., 203 ss., part. p. 208.

⁴³ J. WOELK, *I Balcani: una scommessa per la capacità integrative del modello pluralistico europeo. Introduzione*, in L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (cur.), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, cit., 1 ss., part. p. 7.

⁴⁴ Utilizza questo termine A. DI GREGORIO, *Forme di governo e transizione democratica nell'Europa post-socialista*, in L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (cur.), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, cit., 14.

⁴⁵ F. VANONI, *Il lungo '89 dei Balcani occidentali*, in L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (cur.), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, cit., part. 138 ss.

⁴⁶ R. SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo nei Balcani occidentali e metodologia comparatistica*, in L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (cur.), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, cit., 256.

⁴⁷ Le disposizioni vigenti non coincidono completamente con quelle adottate all'inizio degli anni Novanta, talora poiché sono state adottate nuove Costituzioni (ad es. Serbia), talora perché all'inizio del nuovo Millennio sono state apportate significative modifiche ai testi originari. Più nello specifico, si possono individuare due 'cicli costituzionali': un primo ciclo costituzionale del periodo 1990-1992, caratterizzato dall'adozione di Costituzioni conformi al modello liberal-democratico, un secondo ciclo a partire dall'anno 2000, volto all'inclusione nei testi costituzionali di più stringenti garanzie ispirate dal diritto costituzionale europeo, nella prospettiva dell'ingresso dei Paesi dell'area nell'Unione europea (L. MONTANARI, *Il principio di rule of law e la tutela dei diritti nei Balcani occidentali*, cit.). Nella prospettiva di questo contributo, si ritiene sufficiente fornire un quadro delle disposizioni vigenti - senza approfondire ulteriormente la dimensione diacronica - per concentrarsi piuttosto sui profili di effettività delle garanzie costituzionalmente previste.

tutte le Costituzioni dell'area disciplinano la materia, dedicando talora anche un'apposita sezione del testo all'amministrazione pubblica⁴⁹.

La prima Costituzione che si può prendere in considerazione è quella croata, promulgata il 22 dicembre 1990, e da allora più volte emendata⁵⁰. Essa stabilisce numerose garanzie dei diritti degli amministrati: il diritto di ricorrere (*right to appeal*) avverso le decisioni delle autorità amministrative e giurisdizionali e il controllo giurisdizionale sugli atti dell'amministrazione statale⁵¹, il diritto di accedere ai servizi pubblici in condizioni di parità e il diritto di presentare petizioni ed esposti e di ricevere risposta⁵². Di particolare interesse, nella stessa prospettiva, è la previsione della responsabilità *personale* di chiunque violi le norme costituzionali in materia di diritti fondamentali, con l'espresso divieto di invocare la scusante dell'ordine del superiore.⁵³

La disciplina dell'organizzazione, dei compiti e dei poteri dell'amministrazione statale e dell'organizzazione e dei compiti dell'autonomia regionale e locale è riservata alla legge organica, adottata dal Parlamento a maggioranza assoluta: da ciò consegue, fra l'altro, il divieto di delegare poteri normativi al Governo in materia⁵⁴. Sono invece soggetti a riserva di legge (ordinaria), i restanti aspetti fondamentali del diritto amministrativo (ad es., procedimento, *status* del personale, etc.)⁵⁵, compresa la disciplina di alcuni organismi di garanzia di rilievo costituzionale: la Banca centrale, l'Ufficio di controllo sui conti pubblici, e l'*Ombudsman*, che agisce quale commissario del Parlamento⁵⁶. Anche nella Costituzione slovena del 1991 il rispetto della legalità formale e dei diritti e libertà dei cittadini è imposto alle amministrazioni pubbliche da numerose disposizioni costituzionali. In primo luogo, viene enunciata la facoltà per i cittadini di esercitare *direttamente in base alla Costituzione* i diritti umani e le libertà fondamentali⁵⁷; correlativamente, si garantisce la protezione degli stessi in ogni procedimento - sia di natura giurisdizionale che amministrativa, sia a livello statale che locale - e la possibilità di ottenere tutela contro le decisioni amministrative illegittime di fronte a un giudice imparziale⁵⁸. Viene

⁴⁸ Si rende necessario perimetrare in questo modo l'analisi in ragione dell'oggetto dello studio, senza però dimenticare che lo statuto costituzionale dell'amministrazione non è 'isolato' dal resto del tessuto costituzionale, essendo specialmente interconnesso con le garanzie del potere giudiziario, chiamato a rendere effettive le garanzie dei cittadini nei confronti dell'amministrazione, e pure con la giustizia costituzionale, tanto più laddove al giudice costituzionale sia affidato anche il compito di conoscere della violazione dei diritti fondamentali da parte di atti amministrativi (così, ad es., art. 125, Cost. Croazia; Art. 170, Cost. Serbia): su tali profili, v. gli approfondimenti di J. WOELK (potere giudiziario) e C. PISTAN (giustizia costituzionale), entrambi in L. MONTANARI (cur.), *EU Enlargement and Constitutional Transitions in the Western Balkans*, in corso di pubblicazione.

⁴⁹ Fa eccezione la Costituzione della Bosnia ed Erzegovina, contenuta nei Trattati di Dayton del 1995, probabilmente in ragione della spiccata connotazione internazionalmente guidata del relativo procedimento di adozione e della necessità di una rapida soluzione alla guerra civile in essere: tale Costituzione, in materia di diritti, si richiama essenzialmente alle carte internazionali, mentre, relativamente all'assetto dei poteri, si concentra principalmente sulle competenze di Federazione ed Entità e sulla forma di Governo della Federazione, senza dare indicazioni precise sull'amministrazione. Tale carenza è parzialmente compensata, a livello di legislazione, dall'adozione di una legge generale sull'amministrazione (2002), che regola in dettaglio l'organizzazione amministrativa, enunciando numerosi principi di carattere materialmente costituzionale (imparzialità, efficienza, legalità, etc.).

⁵⁰ Fra i contenuti della più recente riforma costituzionale del 2010 (se si esclude quella del 2014 in materia matrimoniale, art. 61), si possono segnalare i seguenti, per quanto qui di interesse: si prevede il diritto di accesso alle informazioni possedute da qualunque autorità pubblica, permettendo al legislatore di operare le sole restrizioni proporzionate alle necessità e accettabili in una società libera e democratica (art. 38), si rafforzano gli organismi amministrativi di garanzia (v. *infra* nel testo), si introduce un Titolo VIIA «Unione europea», in vista dell'ingresso del Paese nell'Unione.

⁵¹ Artt. 18 e 19, Cost. Croazia. Come si avrà modo di approfondire (*infra*, § 4), negli ordinamenti amministrativi dell'area il diritto di ricorso si esercita in prima battuta attraverso i rimedi giustiziali amministrativi.

⁵² Artt. 44 e 46, Cost. Croazia.

⁵³ Art. 20, Cost. Croazia.

⁵⁴ Per la disciplina relativa ai diritti delle minoranze è richiesta invece la maggioranza dei due terzi (artt. 83 e 88, Cost. Croazia).

⁵⁵ Artt. 111 e 114, Cost. Croazia.

⁵⁶ Artt. 53, 53a e 93, Cost. Croazia. La Costituzione croata garantisce anche l'autonomia degli enti regionali e locali, salvi i controlli di costituzionalità e legalità previsti dalla legge (art. 130), prescrivendo l'introduzione, con fonti legislative e regolamentari (locali), di forme di *democrazia partecipativa* (attraverso incontri, *referendum* ed altre forme di decisione diretta, art. 128).

⁵⁷ Art. 15, Cost. Slovenia.

⁵⁸ Artt. 22, 25, 120, par. 3, e 157, Cost. Slovenia. L'art. 26 riconosce anche espressamente il diritto al risarcimento del danno causato da comportamenti illegittimi tenuti nell'esercizio di una funzione pubblica (art. 26).

prevista in Costituzione anche la tutela non giurisdizionale dei diritti, che deve essere assicurata da un *Ombudsman* istituito per legge⁵⁹.

I capi (č) e (d) della Costituzione sono espressamente dedicati a Governo e Pubblica amministrazione, con una disciplina che presenta forti tratti di similitudine, talora quasi letterale, con quella italiana. Così, la responsabilità di mantenere l'unità dell'indirizzo politico-amministrativo è affidata dal Presidente del Governo, mentre i ministri sono responsabili collettivamente per l'attività del Governo e singolarmente per quella dei loro dicasteri⁶⁰. Vengono assoggettati a riserva di legge il numero e i compiti dei ministeri, l'organizzazione dell'amministrazione statale, i suoi compiti e le forme di nomina dei funzionari e vengono affermati il principio di indipendenza delle autorità amministrative nell'esercizio delle loro funzioni, nei limiti delle leggi e della Costituzione, e il principio del pubblico concorso nella selezione degli impiegati pubblici, salve le eccezioni previste dalla legge⁶¹.

La Costituzione della Macedonia del Nord ricomprende la *rule of law* fra i valori fondamentali dell'ordine costituzionale⁶². In materia amministrativa, essa si declina tramite il diritto di ricorso contro le decisioni illegittime⁶³ e il diritto dei cittadini ad essere informati sui diritti umani e le libertà fondamentali e di contribuire, da soli o assieme ad altri, alla loro promozione e protezione⁶⁴.

Il Parlamento ha il potere di nomina e di controllo sull'attività del Governo e di talune cariche pubbliche⁶⁵, nonché di regolare l'organizzazione amministrativa con legge adottata a maggioranza dei due terzi dei parlamentari. Il potere di stabilire i principi sull'organizzazione interna e sui compiti dei ministeri e degli altri soggetti pubblici è invece demandato collettivamente al Governo⁶⁶. L'imparzialità dell'amministrazione è preservata anche dal divieto di organizzazioni o attività politiche all'interno dell'amministrazione e dalla previsione secondo cui a capo delle amministrazioni militari e di polizia devono essere preposti funzionari civili, che non abbiano svolto funzioni militari o di polizia negli ultimi tre anni⁶⁷.

Fra i maggiori Paesi dell'area, la Serbia è quello dotato della Carta costituzionale più recente, poiché la Costituzione del 1990 è stata sostituita dalla nuova Costituzione del 2006, la quale enuncia, in apertura, l'impegno della Serbia al rispetto dei principi e dei valori europei: si tratta di un testo corposo, che contiene un articolato statuto costituzionale della pubblica amministrazione. La Costituzione fa proprio il bagaglio di garanzie individuali che abbiamo già incontrato nei precedenti documenti costituzionali⁶⁸. Quali peculiarità, riferibili anche alla più recente epoca di adozione della Costituzione, si possono segnalare: la proibizione espressa dei conflitti di interessi nell'esercizio delle pubbliche funzioni, che devono essere oggetto di apposita regolazione legislativa⁶⁹; la protezione dei dati personali⁷⁰; il diritto ad essere informati «accuratamente, pienamente e tempestivamente» riguardo agli affari pubblici, diritto che obbliga anche i *media*⁷¹; una disciplina organica dei diritti delle minoranze⁷².

Anche sul piano della posizione costituzionale dell'amministrazione la Serbia è avvicinabile agli esempi sinora considerati, dal momento che gli apparati sono diretti dal (e rispondono del loro operato al) Governo, a sua volta responsabile verso il Parlamento, ma sono al tempo stesso

⁵⁹ Art. 159, Cost. Slovenia, secondo cui *all'Ombudsman* previsto dalla Costituzione possono essere affiancate figure analoghe in settori specifici.

⁶⁰ Art. 114, Cost. Slovenia.

⁶¹ Artt. 120-122, Cost. Slovenia.

⁶² Art. 8, Cost. Macedonia.

⁶³ Artt. 15 e 50, Cost. Macedonia: quest'ultimo articolo prevede anche che la procedura giudiziale per la tutela dei diritti fondamentali deve essere basata sui principi di priorità e urgenza.

⁶⁴ Art. 50, Cost. Macedonia.

⁶⁵ Art. 68, Cost. Macedonia. Fra le forme di questo controllo, si prevedono la presentazione di interrogazioni da parte dei parlamentari (art. 72) e la nomina di commissioni da parte del Parlamento (art. 76).

⁶⁶ Art. 91, Cost. Macedonia.

⁶⁷ Artt. 95 e 97, Cost. Macedonia.

⁶⁸ Ad esempio, artt. 18, 22, 53, 56 e 198, Cost. Serbia.

⁶⁹ Art. 6, Cost. Serbia.

⁷⁰ L'art. 42, Cost. Serbia, utilizza al proposito categorie riconducibili al diritto europeo (raccolta dei dati, trattamento, conservazione, etc.).

⁷¹ Art. 51, Cost. Serbia.

indipendenti, in quanto sottoposti alla Costituzione e alla legge⁷³. Fanno eccezione le istituzioni di garanzia - Difensore civico, Banca centrale, Istituzione di controllo dei conti pubblici (*Audit*) - i cui titolari sono nominati dal Parlamento e che sono dotate anche del potere di iniziativa legislativa⁷⁴.

Le ultime Costituzioni da prendere in considerazioni sono, infine, quelle del Montenegro (2006) e del Kosovo (2008), Paesi entrambi nati a seguito della separazione dalla Serbia, nel primo caso in maniera pacifica, tramite un *referendum* tenutosi il 21 marzo 2006, nel secondo all'esito di un conflitto armato, che ha lasciato pesanti strascichi che si protraggono tuttora, incidendo negativamente sulla 'prospettiva europea' dell'area. Si può affermare che entrambi i documenti costituzionali si pongono in linea con le caratteristiche che abbiamo già posto in luce in quelli precedentemente analizzati. La Costituzione del Kosovo si segnala per la presenza di un apposito Capitolo XII che disciplina in modo molto specifico le «Istituzioni indipendenti»: l'*Ombudsman*, l'Istituzione di controllo dei conti pubblici, la Commissione centrale sulle elezioni, la Banca centrale del Kosovo, la Commissione indipendente sui Media, con l'inserimento, in chiusura, di una previsione generale sulle Agenzie indipendenti, la cui istituzione e disciplina specifica è demandata alla legge.

L'analisi comparata delle Costituzioni nazionali conferma le 'aspettative' di omogeneità espresse in premessa: gli assi portanti dello statuto costituzionale dell'amministrazione pubblica sono, sul piano sostanziale, il rispetto della *rule of law*, mentre su quello istituzionale-organizzativo, la strumentalità dell'amministrazione all'attuazione delle politiche governative, ma anche la sua indipendenza dal Governo all'insegna della legalità e dell'imparzialità, con una diffusa attenzione per gli organismi amministrativi di garanzia esterni al circuito politico. Ciò non toglie che i singoli costituenti abbiano espresso anche sensibilità diverse, evidenziando all'interno del panorama comune alcune garanzie ritenute meritevoli di costituzionalizzazione (a seconda dei casi, garanzie politiche, giurisdizionali o non giurisdizionali).

Occorre però specificare che le Costituzioni non hanno costituito l'unico orizzonte di riferimento dei legislatori nazionali, i quali - per far avanzare i Paesi candidati sulla strada dell'integrazione europea - sono stati costretti a tenere presente anche l'elaborazione in materia amministrativa compiuta in sede sovranazionale, che è assai più dettagliata ed esigente delle stesse disposizioni costituzionali. In altri termini, anche dopo la fase costituente, il 'motore' della transizione amministrativa ha continuato ad essere l'interlocuzione con le Istituzioni sovranazionali e la conseguente innovazione finalizzata al raggiungimento degli elevati *standard* di condizionalità fissati dal processo di adesione. Entra così in scena il concetto di '*spazio amministrativo europeo*', che sintetizza, in qualche modo, la mèta che i Paesi candidati devono raggiungere in relazione all'amministrazione pubblica per poter essere ammessi nell'Unione: si andrà ora ad approfondire il contenuto di tale nozione, che si rivela fondamentale per l'evoluzione del diritto amministrativo nell'area dei Balcani occidentali.

⁷² Ai diritti, individuali e collettivi, delle minoranze è dedicata un'apposita sezione della Costituzione serba (artt. 75 ss.), che stabilisce anche il diritto delle minoranze ad autogovernarsi in certi ambiti (cultura, educazione, lingua, etc.), a partecipare all'amministrazione degli affari pubblici e ad assumere cariche pubbliche. Il diritto all'autonomia provinciale e all'autogoverno locale - enunciato come diritto *dei cittadini*, quindi anche come diritto individuale, esercitabile direttamente o per mezzo dei rappresentanti eletti (artt. 12 e 176, Cost.) - si concretizza nella possibilità di attribuire competenze normative alle Province autonome negli ambiti predeterminati dalla Costituzione e dai rispettivi Statuti (ad esempio, urbanistica, agricoltura, foreste, turismo, protezione dell'ambiente, educazione, cultura, etc.). Essendo due le Province previste in Costituzione (*Vojvodina* e *Kosovo and Metohija*), ed avendo la seconda notoriamente proclamato la sua indipendenza dalla Serbia nel 2008, di fatto le previsioni costituzionali si applicano alla *Vojvodina*, il cui Statuto è stato adottato dall'assemblea provinciale nel 2008 e poi approvato dall'assemblea nazionale nel 2009, a norma dell'art. 185. Quali garanzie dell'autonomia provinciale e locale meritano di essere segnalate la garanzia quantitativa delle risorse finanziarie assegnate alla Provincia (almeno il 7% del bilancio statale, art. 184) e l'istituzione sia a livello provinciale che locale di organi di garanzia abilitati a impugnare di fronte alla Corte costituzionale gli atti (amministrativi o normativi) dello Stato, delle province o dei minori enti locali, qualora ledano gli ambiti di autonomia del rispettivo livello di governo (artt. 187 e 193). Di particolare rilievo per le minoranze, seppur formalmente riconosciuto alla generalità dei cittadini, è il diritto di utilizzare la propria lingua nei rapporti con le amministrazioni pubbliche (art. 199).

⁷³ Artt. 123, 125 e 136, Cost. Serbia.

⁷⁴ Artt. 95, 96, 107 e 138, Cost. Serbia.

3. Lo spazio amministrativo europeo come paradigma della transizione amministrativa.

Il punto di partenza dell'elaborazione delle Istituzioni sovranazionali in materia di diritto amministrativo è costituito dai tre 'criteri' di condizionalità elaborati durante Consiglio europeo di Copenaghen del 1993 per l'ingresso di nuovi Paesi nelle (allora) Comunità Europee: la presenza di istituzioni stabili a garanzia della democrazia, dello Stato di diritto, dei diritti umani, del rispetto e della tutela delle minoranze (cd. *criterio politico*); un'economia di mercato affidabile e la capacità di far fronte alle forze del mercato e alla pressione concorrenziale all'interno dell'Unione (cd. *criterio economico*); la capacità di accettare gli obblighi derivanti dall'adesione, tra cui la capacità di attuare efficacemente le regole, le norme e le politiche che costituiscono il corpo del diritto dell'Unione, nonché l'adesione agli obiettivi dell'unione politica, economica e monetaria (cd. *criterio dell'acquis communautaire*)⁷⁵.

Non potrà sfuggire come le pubbliche amministrazioni nazionali rivestano un ruolo centrale rispetto al raggiungimento di tutti e tre i criteri sopra richiamati: dal punto di vista politico, esse sono parte delle istituzioni democratiche che devono assicurare il rispetto della legalità e dei diritti nell'esercizio del potere pubblico; dal punto di vista economico, la funzionalità di un sistema dipende anche dalla qualità dell'intervento pubblico in economia e dalla solidità delle finanze pubbliche; per quanto riguarda, infine l'*acquis communautaire*, esso va ad incidere in misura significativa, se non preponderante, proprio nel campo del diritto amministrativo⁷⁶. Non può stupire, di conseguenza, che il successivo Consiglio europeo di Madrid del dicembre 1995 abbia esplicitato la necessità di un «adeguamento delle strutture amministrative» dei Paesi candidati⁷⁷ e che, da allora, la riforma dell'amministrazione pubblica e del diritto amministrativo abbiano ricevuto forte attenzione a livello nazionale e sovranazionale con riferimento ai Paesi candidati e potenziali candidati all'ingresso dell'Unione.

Per supportare i Paesi dell'Europa centrale e orientale in questo percorso di riforma, nel 1992 la Commissione europea e l'OCSE hanno istituito l'iniziativa SIGMA (*Support for Improvement in Governance and Management*)⁷⁸, nel cui contesto si è svolta un'importante opera di sistematizzazione e rielaborazione dell'*acquis communautaire* in materia amministrativa, al fine di 'presentarlo' in maniera chiara e completa agli operatori nazionali. Si ricordano, al proposito, due fondamentali SIGMA Papers, ovvero il n. 23 del 1998, intitolato «*Preparing Public Administrations for the European Administrative Space*», e il n. 27 del 1999, «*European Principles for Public Administration*»⁷⁹. Nell'ambito di SIGMA viene così alla ribalta la fondamentale locuzione di «spazio amministrativo europeo», destinata ad avere ampio utilizzo per designare, in maniera sintetica, il paradigma di riferimento e il punto d'approdo di tale necessaria opera di riforma, e sulla quale è ora opportuno soffermarsi.

Si tratta di una nozione priva di definizione normativa, elaborata dalla prassi istituzionale e dalla dottrina giuridica, e quindi, com'è normale, della stessa si rinviene una pluralità di

⁷⁵ T. CERRUTI, *I political criteria e l'allargamento dell'Unione europea tra esperienze passate e prospettive future*, in M. CALAMO SPECCHIA, M. CARLI, G. DI PLINIO, R. TONIATTI (cur.), *I Balcani occidentali: le costituzioni della transizione*, cit., 93 ss. XX

⁷⁶ Sull'importanza della riforma della pubblica amministrazione per tutti i criteri di condizionalità, v. *infra*, § 5, con particolarmente riferimento all'elaborazione del principio '*fundamentals first*'.

⁷⁷ A. DIMITROVA, *Enlargement, Institution-Building and the EU's Administrative Capacity Requirement*, in *West European Politics*, 4, 2002, 171 ss.

⁷⁸ Il progetto SIGMA conta circa venti esperti, che offrono supporto non solo alle amministrazioni pubbliche dei Paesi candidati e potenziali candidati, ma anche a quelle di Paesi vicini, ma non candidati (*EU Neighbourhood Countries*): <http://www.sigmaweb.org>.

⁷⁹ Il SIGMA Paper No. 23, *Preparing Public Administration for the European Administrative Space*, in <http://www.sigmaweb.org/publications/public-governance-papers.htm>, May 1998, dopo un iniziale inquadramento degli organi e dei procedimenti predisposti per seguire gli 'affari europei' nei singoli Paesi candidati, approfondisce il peso delle riforme amministrative nelle periodiche valutazioni della Commissione sul grado di preparazione di tali Paesi all'ingresso nell'Unione, ricostruendo i criteri-guida in alcuni settori rilevanti, quali ad esempio il pubblico impiego e il controllo sulla finanza pubblica. Il SIGMA Paper No. 27, *European Principles for Public Administration*, in <http://www.sigmaweb.org/publications/public-governance-papers.htm>, 1999, mira invece a enunciare in maniera più sintetica e sistematica i 'principi del diritto amministrativo' con riferimento allo spazio amministrativo europeo (v. anche *infra*, nel testo).

ricostruzioni⁸⁰: a parere di chi scrive, il punto di partenza per la sua comprensione non può che essere il contesto istituzionale in cui essa si inserisce, e cioè i caratteri di fondo del sistema giuridico-amministrativo dell'Unione e il ruolo che le amministrazioni nazionali sono chiamate a svolgere al suo interno.

Occorre quindi ripartire dal concetto di «spazio», utilizzato dai Trattati⁸¹, che si differenzia dal termine «territorio», elemento costitutivo dello Stato moderno, radicato invece nella tradizione culturale dello *ius publicum europæum*: mentre il termine «territorio» ha una valenza escludente, il termine «spazio» ha un carattere marcatamente funzionale e indica l'obiettivo di raggiungere un'omogeneità giuridica interna, grazie alla quale i cittadini europei possano rapportarsi al potere pubblico in tutti gli Stati membri confidando nel rispetto di *standard* comuni⁸². È questo versante della nozione di «spazio amministrativo europeo» che mettono in luce quelle definizioni che lo rappresentano come un insieme di regole e principi comuni che devono essere recepiti dagli ordinamenti e dalle prassi amministrative dei Paesi candidati.

Ma la nozione in esame contiene anche un'altra sfumatura. Lo «spazio europeo» è il risultato dell'interazione fra le amministrazioni nazionali e l'amministrazione europea, basata più su moduli orizzontali-collaborativi che verticali-gerarchici⁸³. In altri termini, per mettere le amministrazioni dei Paesi candidati in grado di farsi veramente carico degli obblighi che derivano dalla *membership* europea non è sufficiente renderle docili esecutrici del dettato normativo sovranazionale: si rende necessario che esse acquisiscano la capacità di condurre specifici procedimenti in collaborazione con l'amministrazione europea e con le altre amministrazioni nazionali e di contribuire al *policy making* dell'Unione⁸⁴.

⁸⁰ A titolo esemplificativo, si legge che esso sarebbe una sintesi armonizzata di valori realizzata dalle Istituzioni europee e dalle amministrazioni degli Stati membri attraverso la creazione e l'applicazione del diritto europeo (così, A. TORMA, *The European Administrative Space (EAS)*, in *European Integration Studies*, Vol. 9, n. 1, 2011, 149). Ancora, secondo altri, esso costituirebbe un percorso di unificazione delle amministrazioni degli Stati membri e dei Paesi candidati, basato sul consenso che esiste attorno alle fondamentali componenti della *good governance*, ovvero ad un gruppo di comuni *standard*, regole e principi per l'azione amministrativa (B. DAVITKOVSKI, A. PAVLOVSKA-DANEVA, *The European Administrative Space as a Challenge for Public Administration Reform in the Republic of Macedonia*, in *Hrvatska i Komparativna Javna Uprava*, 1, 2010, 128 e 130). Sempre mediante una metafora, esso è anche definito come l'ambiente - prodotto dalle *policies* e dalle regole europee che implicano un ruolo attivo delle amministrazioni nazionali - nel quale queste ultime sono chiamate ad assicurare livelli tendenzialmente omogenei di efficienza e qualità del servizio, in nome dell'uniformità dei diritti dei cittadini e delle imprese all'interno dell'Unione (C. D'ORTA, *What future for the European Administrative Space?*, in *EIPA Working Paper*, n. 2003/W/5, 10). E la rassegna delle opinioni potrebbe continuare a lungo.

⁸¹ Nella versione inglese, si considera equivalente al termine «space» quello di «area»: art. 3, par. 2, T.U.E., art. 26, T.F.U.E.

⁸² Per una ricostruzione sistematica del rapporto sovranità-territorio, v. di recente: M. MICETTI, *Organizzazione del potere e territorio. Legittimità dello Stato e livelli di governo*, Torino, 2021; sulla valenza concettuale del termine 'spazio' con riferimento all'esperienza europea, esposta sinteticamente nel testo, v. invece più ampiamente: M.B. FORNACIARI, *Sistema delle fonti e definizione dello spazio giuridico europeo*, in *federalismi.it*, n. 9, 2021, 118 ss., part. pp. 122 ss.; E. CHEVALIER, *L'espace administratif européen*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (cur.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, 2014, 451 ss.; G. DELLA CANANEA, *Dal territorio statale allo spazio giuridico europeo*, in M. Cammelli (cur.), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, 65 ss.; M.P. CHITI, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003. Per un'applicazione del concetto alle transizioni amministrative nei Paesi candidati all'ingresso dell'Unione: L. MATEI, D. VAŠIČEK, M. KAŠTELAN MRAK (eds.), *European Administrative Space - Balkan realities*, cit.; I. KOPRIĆ, A. MUSA, G. LALIĆ NOVAK, *Good Administration as a Ticket to the European Administrative Space*, in *Zbornik PFZ*, 5, 2011, 1515 ss.; I. KOPRIĆ, P. KOVAČ, *European Administrative Space: Spreading Standards, Building Capacities*, Bratislava, NISPAcee, 2017.

⁸³ H.C. HOFMANN, *The European Administrative Space - Some Considerations for the Consequences for Public Law in Europe*, in I. KOPRIĆ, P. KOVAČ, *European Administrative Space: Spreading Standards, Building Capacities*, cit., 19 ss., part. pp. 24 ss.

⁸⁴ Senza pretesa di esaustività, basti ricordare che ormai in molti settori le amministrazioni nazionali co-amministrano assieme all'amministrazione dell'Unione, conducendo procedimenti composti, in parte europei e in parte nazionali (B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in M.P. CHITI (cur.), *Diritto amministrativo europeo*, cit., 343); fanno parte di reti di amministrazioni che curano una data materia a livello europeo (L. DE LUCIA, *Strumenti di cooperazione per l'esecuzione del diritto europeo*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (cur.), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna 2015, 171 ss.); giungono talora a formare un sistema integrato sotto la guida di un'autorità sovranazionale, di cui l'esempio più avanzato è l'Unione bancaria (R. IBRIDO, *L'unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino 2017, 188 ss.); soprattutto, partecipano in maniera determinante al *policy making* dell'Unione, sia a livello legislativo, sia di normativa di esecuzione (cd. 'comitologia', M. SAVINO, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione europea*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (cur.), *L'amministrazione europea e le sue regole*, cit., part. pp. 53 ss.).

Questo secondo versante della nozione di «*spazio amministrativo europeo*» è altrettanto impegnativo della precedente, in quanto richiede alle amministrazioni nazionali di acquisire la capacità amministrativa di partecipare attivamente alla costruzione del diritto europeo, apportando la prospettiva dell'ordinamento nazionale.

Nell'ambito del progetto SIGMA, sulla base delle prime elaborazioni compiute alla fine degli anni Novanta, sono stati più di recente redatti più organici e dettagliati «*Principles of Public Administration*», utilizzabili sia come strumenti di monitoraggio sull'avanzamento delle riforme amministrative da parte di SIGMA sia come punto di riferimento per l'individuazione delle priorità e delle metodologie di intervento da parte dei regolatori nazionali⁸⁵. Si tratta, ormai, di numerosissimi principi (circa cinquanta), che toccano tutti gli ambiti rilevanti dell'organizzazione e dell'azione amministrativa: programmazione e attuazione delle politiche pubbliche⁸⁶; gestione delle risorse umane⁸⁷; l'*accountability* dell'amministrazione⁸⁸; qualità dei servizi pubblici⁸⁹; appalti pubblici; gestione finanziaria; controlli interni ed esterni⁹⁰. Nella sostanza, i *Principles* costituiscono lo sviluppo analitico dei criteri di Copenaghen e, più in generale, di un modello di amministrazione 'di servizio', alla luce delle *best practices* tratte dall'esperienza concreta degli Stati membri.

Da un punto di vista comparatistico, si rende interessante riflettere brevemente sulla tecnica di elaborazione di tali principi, partendo dal già citato *Paper 'seminale'* del 1999, che dedica una significativa sezione alla giustificazione del *corpus* di principi enunciati⁹¹. La necessità di chiarire il criterio di selezione dei principi deriva precipuamente dal fatto che - come ammette lo stesso SIGMA - «*the main constitutional legal texts of the European Union ... do not provide a model of public administration*» e che la disciplina recata dal diritto derivato «*has the characteristic of being mainly sectoral*», dovendosi quindi ricorrere ai principi riscontrabili «*in administrative law across alla European countries*».

⁸⁵ Ad una prima versione (del 2014) ha fatto seguito una versione aggiornata (2017): SIGMA, *The Principles of Public Administration*, disponibile al seguente link: <http://www.sigmaweb.org/publications/principles-public-administration-eu-candidate-countries-and-potential-candidates.htm>, 2014; SIGMA, *The Principles of Public Administration. 2017 Edition*, disponibile al seguente link: <http://www.sigmaweb.org/publications/principles-public-administration-eu-candidate-countries-and-potential-candidates.htm>, 2017. Fra la prima e la seconda versione, i principi sono stati resi progressivamente più organici e dettagliati, in dipendenza della parallela evoluzione dell'ordinamento europeo e delle indicazioni fornite dalla Commissione (SIGMA, *The Principles of Public Administration. 2017 Edition*, cit., 7). Nel 2019, il quadro si è arricchito con la pubblicazione di un quadro metodologico per valutare in modo uniforme lo stato della pubblica amministrazione con riferimento a ciascun principio: SIGMA, *Methodological Framework of the Principles of Public Administration*, disponibile al seguente link: <http://www.sigmaweb.org/publications/Methodological-Framework-for-the-Principles-of-Public-Administration-May-2019.pdf>, May 2019. I *Monitoring Reports* per ciascun Paese (2017, 2019, 2021) sono disponibili al seguente link: <http://www.sigmaweb.org/publications/monitoring-reports.htm>.

⁸⁶ Si insiste sulla formulazione delle politiche pubbliche secondo criteri oggettivi (*evidence-based*), sulla necessità di perseguire una visione d'insieme di medio-termine, realistica (anche) sul piano finanziario, sull'importanza dell'apporto professionale dell'amministrazione e dello scrutinio politico dei Parlamenti: SIGMA, *The Principles of Public Administration. 2017 Edition*, cit., 19 ss.

⁸⁷ In relazione al pubblico impiego, si richiede un chiaro inquadramento del ruolo istituzionale e dei compiti dell'amministrazione (separazione politica-amministrazione), il riordino della normativa in materia, l'affermazione del principio meritocratico sia nella fase di selezione del personale sia nelle successive progressioni retributive e di carriera, la messa in campo di una chiara strategia contro la corruzione: SIGMA, *The Principles of Public Administration. 2017 Edition*, cit., 39 ss.

⁸⁸ Com'è noto, quella di '*accountability*' è una nozione articolata, a cui possono vengono ricondotti il principio di trasparenza (diritto di accesso agli atti), la presenza di meccanismi efficaci di ricorso interno e di rimedi giurisdizionali, la responsabilità dell'amministrazione anche sul piano civilistico-patrimoniale: SIGMA, *The Principles of Public Administration. 2017 Edition*, cit., 54 ss.

⁸⁹ SIGMA, *The Principles of Public Administration. 2017 Edition*, 2017, cit., 63 ss.

⁹⁰ Alla gestione delle risorse pubbliche è dedicata una parte relativamente cospicua dei *Principles* (circa un quarto). Si insiste tanto sul versante macroeconomico (ad es., strategia finanziaria di medio termine e controllo del debito pubblico), quanto su quello microeconomico, che comprende efficienti controlli interni sulla programmazione e la gestione delle singole *policies*, la capacità di approvvigionarsi mediante gare pubbliche che rispettino gli *standard* di apertura al mercato, trasparenza e qualità previsti dall'*acquis* europeo: SIGMA, *The Principles of Public Administration. 2017 Edition*, 2017, cit., 71 ss.

⁹¹ SIGMA Paper No. 27, *European Principles for Public Administration*, cit., 14 ss., da cui sono tratte anche le successive citazioni in testo.

Il ragionamento del *Paper* si concentra quindi attorno al concetto di «*non formalized acquis communautaire*», il quale - in assenza di una regolazione sovranazionale positivizzata - rappresenta un «*common European general administrative law*», che i documenti di SIGMA mirano a esplicitare. Nel quadro di una convergenza fra diritti amministrativi degli Stati membri dell'Unione europea, SIGMA individua due punti di riferimento per l'individuazione dei principi non positivizzati: da un lato, i principi enunciati in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia, che a sua volta si ispira anche ai principi propri degli ordinamenti nazionali⁹², dall'altro gli *standard* elaborati nell'interazione fra funzionari degli Stati membri e della Commissione all'interno dello spazio giuridico europeo, partendo dal presupposto che: «*players in this field are supposed to take for granted a set of principles, which rarely appear formalised in written laws, nor systematised in a code, but which are ethically and legally binding, and which cross horizontally all public administration settings*»⁹³.

Possiamo, quindi, concludere che quella di 'spazio giuridico europeo' è una nozione complessa, comprensiva di precetti giuridici vincolanti e di norme di *soft law*, elaborata con il fondamentale apporto di una *comparazione giuridica sia orizzontale che verticale*, che ha assunto a proprio oggetto gli ordinamenti degli Stati membri e quello dell'Unione europea. L'operazione di sintesi così realizzata risponde a una duplice finalità pratica⁹⁴: da un lato, il metodo comparato viene utilizzato per 'interpretare' i criteri di Copenaghen con riferimento alla materia amministrativa, andando a tradurre tali generalissimi enunciati in puntuali parametri per monitorare il livello di preparazione dei Paesi candidati e potenziali candidati; dall'altro lato, in maniera quasi speculare, il fine perseguito è quello di favorire il ravvicinamento delle legislazioni nazionali dei Paesi candidati, mettendo a disposizione dei *policy makers* una griglia di priorità e soluzioni.

4. Percorsi di riforma amministrativa degli ordinamenti nazionali.

Com'è intuibile, per muoversi nella direzione sinora tracciata, i legislatori dei Paesi candidati e potenziali candidati si sono dovuti incamminare in un percorso di complessa riforma degli ordinamenti nazionali, in costante interlocuzione con le istituzioni sovranazionali e internazionali, al pari di quanto avvenuto per l'adozione delle Costituzioni. Ciò ha innescato un fenomeno di circolazione di principi, istituti e teorie giuridiche propri dei diritti amministrativi degli Stati membri, ritenuti modelli di prestigio, 'presi in prestito' (*borrowing*) dai legislatori e dalla stessa dottrina giuridica per inserirli all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale (*legal transplant*): si tratta di un processo complesso e delicato, che pone numerosi problemi nella scelta degli istituti da introdurre nell'ordinamento di arrivo, fra quelli a disposizione sullo scenario comparato, e nella valutazione della concreta risposta data dai 'trapianti' una volta inseriti in un sistema normativo, e soprattutto in una cultura giuridica, diversi da quelli di provenienza⁹⁵.

Gli stimoli provenienti dall'esterno si sono rivelati determinanti per condurre importanti riforme amministrative. Molti gli ambiti materiali coinvolti, fra i quali si possono ricordare: l'organizzazione delle amministrazioni centrali, il pubblico impiego, gli appalti pubblici, la

⁹² Le dinamiche di convergenza fra diritti amministrativi nazionali innescate dalla comune appartenenza all'Unione europea e, in questo quadro, il ruolo della Corte di giustizia nell'enunciazione dei principi fondamentali del diritto amministrativo europeo, traendo spunto dalla legislazione e dalla giurisprudenza degli Stati membri e favorendo così la circolazione degli stessi, sono fenomeni ormai ampiamente studiati a livello dottrinale. Sul punto, ci si limita ad alcuni richiami essenziali: M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, 2019, 28 ss.; S. TORRICELLI, *L'europeizzazione del diritto amministrativo italiano*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (cur.), *L'amministrazione europea e le sue regole*, cit., 248 ss.; E. D'ORLANDO, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione*, cit., 247 ss.; G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, cit., 84 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., 57 ss.; J. SCHWARZE, *Les sources et principes du droit administratif européen*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (cur.), *Traité de droit administratif européen*, cit., 469 ss.

⁹³ SIGMA Paper No. 27, *European Principles for Public Administration*, cit., 17 e 19.

⁹⁴ Sulla distinzione tra finalità 'teoriche' e 'pratiche' della comparazione e sulla relativa classificazione, costituisce sempre un punto di riferimento G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Milano, 2019, 45 ss.

⁹⁵ E.V. ZONCA, *Circulation of Models and Legal Transplant in the Balkans*, in R. SCARCIGLIA (Ed.), *Administrative Law in the Balkans*, cit., 1 ss.

distribuzione territoriale del potere⁹⁶, etc. Non essendo, ovviamente, possibile trattare tutte queste innovazioni in maniera sistematica, a titolo esemplificativo si trarranno alcuni esempi dai contesti croato e serbo, rispettivamente l'ultimo Paese a entrare nell'Unione (2013) e il maggiore fra i Paesi tuttora candidati.

In entrambi i casi, sino all'inizio del nuovo millennio, non si davano le condizioni per realizzare un'effettiva politica riformatrice sul piano amministrativo, vuoi per il coinvolgimento nei conflitti bellici che hanno funestato l'area, vuoi per la presenza di regimi autoritari⁹⁷. Successivamente, però, venivano adottate complessive 'Strategie' di riforma dell'amministrazione pubblica⁹⁸: è possibile saggiare il loro impatto sia sul piano del procedimento amministrativo, sia su quello delle forme di tutela, amministrativo-giustiziali e giurisdizionali. Per quanto riguarda il procedimento amministrativo, i problemi erano comuni e si legavano al perdurare dei limiti della normazione di epoca socialista: elefantiasi della normativa, natura iper-casuistica, confusa e parcellizzata delle regole, sussistenza di una pluralità di regimi speciali derogatori rispetto alla legge generale sul procedimento, conseguente disomogeneità applicativa e accumulo dell'arretrato, in assenza di efficaci rimedi contro il silenzio-inadempimento dell'amministrazione⁹⁹.

Partendo dal caso croato, i prodromi di una riforma della legge generale sul procedimento¹⁰⁰ si hanno nei primi anni Duemila, con l'adozione di normative settoriali, ad esempio in materia di accesso alle informazioni amministrative (2003). Il cambio di passo, tuttavia, è segnato dall'approvazione della «Strategia sullo sviluppo dell'amministrazione per il periodo 2008-2011»¹⁰¹, che ha portato all'introduzione, nel 2009, di una nuova legge generale sul procedimento amministrativo, entrata in vigore a far data dal 1° gennaio 2010, la quale vincola tutte le pubbliche amministrazioni e i privati ai quali sono affidate funzioni pubbliche, salve specifiche eccezioni.

La legge enuncia i principi di legalità, di proporzionalità, di aiuto alle parti, di verità sostanziale, di indipendenza e libera valutazione delle prove, di efficienza ed economicità, il diritto a un rimedio legale, la tutela dei diritti acquisiti dalle parti, il diritto di accesso agli atti e la tutela dei dati personali¹⁰². Fra questi, si evidenzia come particolarmente interessante il principio di aiuto alle parti (art. 7), il quale impone che - qualora l'amministrazione si avveda che il cittadino potrebbe avvalersi di alcuni diritti nel corso del procedimento - lo deve rendere edotto di ciò, così come delle conseguenze delle sue eventuali omissioni, in modo tale da evitare che l'ignoranza sia causa del mancato esercizio di un diritto. Anche i privati, a loro volta, sono obbligati a collaborare, rispondendo alle richieste del responsabile del procedimento, dotato comunque di ampi poteri istruttori.

La legge delimita, inoltre, la possibilità di ricorrere al procedimento a decisione diretta, che potrebbe comportare un sacrificio dei diritti di partecipazione dei cittadini. Esso è ristretto ai casi in cui, alternativamente, non vi siano controinteressati, ci si basi unicamente su fatti

⁹⁶ Su questi profili, in Serbia e Croazia, v. ad esempio: J. DŽINIĆ, *Public Administration Reform in Serbia*, in *Hrvatska i Komparativna Javna Uprava*, 4, 2011, 1075 ss.; N. SMOKROVIĆ, I. ILIJAŠIĆ-VERŠIĆ, *Administrative Europeanization and Institutional Change: the Case of Croatia*, cit.; M. LAZAREVIC, C. STRATULAT, *Balkan enlargement and the politics of civil pressure: the case of the public administration reform sector*, European policy Centre Policy Brief, October 2017; T. VERHEIJEN, S. SVIRCEV, R. MUHULA, *Serbia's Difficult Administrative Transition to Join the European Administrative Space: Legacy, Traditions and Constraints*, in I. KOPRIĆ, P. KOVAČ, *European Administrative Space: Spreading Standards, Building Capacities*, cit., 95 ss.; B. LJUBANOVIĆ, *European Administrative Standards and Public Administration in the Republic of Croatia*, in *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, Issue 2, 2018, 123 ss.; V. MIHAJLOVIC, *The Senior Civil Service System in Serbia. 12 Years of Simulated Depoliticisation*, European policy Centre Policy Brief, June 2019; I. KOPRIĆ, *Public Administration Reform in Croatia: Slow Modernization during European of Resilient Bureaucracy*, in *Public Administration Issues*, 2019, Special Issue I, 7 ss.

⁹⁷ C. PISTAN, M. MILENKOVIC, *La semplificazione amministrativa nei Balcani occidentali: i casi della Croazia e della Serbia*, cit., 2066.

⁹⁸ V. DULABIĆ, *New Wine in Old Wineskins: General Administrative Procedure and Public Administration Reform in Croatia*, in *International Public Administration Review*, 2-3, 2014, 183 ss.

⁹⁹ A. BUONFINO, *Le garanzie del cittadino nel procedimento amministrativo: il caso della Repubblica di Croazia*, cit., 465.

¹⁰⁰ Vigeva ancora la legge procedimentale del 1956, come successivamente modificata sia durante il periodo socialista, sia durante la fase successiva.

¹⁰¹ C. PISTAN, M. MILENKOVIC, *La semplificazione amministrativa nei Balcani occidentali: i casi della Croazia e della Serbia*, cit., 2066.

¹⁰² R. SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 176 ss.

ricavabili da fonti ufficiali, oppure l'utilizzo di tale metodo sia imposto dall'urgenza di tutelare la vita o la salute delle persone¹⁰³. Viceversa, ordinariamente si dovrà ricorrere a un procedimento basato su una procedura istruttoria trasparente e aperta alla partecipazione degli interessati, che - in caso di interessi confliggenti - dovrà culminare in una vera e propria 'udienza orale', in contraddittorio fra le parti e aperta al pubblico, a meno che la questione non debba essere trattata in modo riservato in ragione della protezione della *privacy*, della morale o sicurezza pubblica, o quando c'è un pericolo immediato di disturbo dell'udienza¹⁰⁴. Si tratta di una procedura quasi-giudiziale, che si rispecchia nelle forme rigorose in cui devono essere acquisite le prove, come le testimonianze di terzi, i pareri degli esperti o le ispezioni sui luoghi¹⁰⁵.

Per quanto riguarda la Serbia, si può rilevare che essa aveva adottato una nuova legge procedimentale già nel 1997, ma tale normativa si muoveva in sostanziale continuità con quella del 1956 ed era ritenuta insufficiente per raggiungere gli *standard* dello spazio amministrativo europeo. Anche in questo caso, è con il nuovo millennio che si avverte l'esigenza di passare da un processo decisionale di tipo puramente autoritativo all'amministrazione come servizio ai cittadini¹⁰⁶. È però con la «Strategia di riforma della Pubblica Amministrazione» del 2014, incentrata sull'obiettivo dell'ingresso nell'Unione, che si sono creati i presupposti per l'adozione, nel 2016, di una nuova legge generale sul procedimento amministrativo. Tale normativa introduce principi non noti alle precedenti leggi procedurali, quale, ad esempio, il principio di 'prevedibilità', che impone espressamente all'amministrazione di prendere in considerazione i propri precedenti ai fini della decisione. Vengono inoltre stabiliti l'obbligo di notificare all'interessato l'inizio dei procedimenti avviati d'ufficio e garantite più incisive forme di tutela contro il 'silenzio' dell'amministrazione, nonostante non sia stata generalizzata la regola del silenzio-assenso, come pure autorevolmente suggerito¹⁰⁷.

Come si può immaginare, le due leggi procedurali, redatte con il contributo di SIGMA, presentano rilevanti punti di contatto. I principi generali, sopra richiamati, si ispirano evidentemente all'elaborazione compiuta dai *SIGMA Papers* già alla fine degli anni Novanta, ma la convergenza si può apprezzare anche con riferimento a istituti più specifici. Si pensi, ad esempio, all'introduzione dello 'sportello amministrativo unico' (*one stop-shop*), che permette ai cittadini di rivolgersi a un unico ufficio per ottenere le autorizzazioni necessarie per il compimento di una determinata attività, anche laddove più amministrazioni debbano poi essere coinvolte nel procedimento, all'impulso alla digitalizzazione nei rapporti cittadino-amministrazione¹⁰⁸ e all'introduzione di una disciplina unitaria del contratto amministrativo¹⁰⁹.

Sia la legge croata che quella serba prevedono, poi, un importante ruolo 'giustiziale' dell'amministrazione pubblica, cercando di riordinare il complesso intreccio di ricorsi interni previsti dalle previgenti normative. In particolare, in entrambe le normative i rimedi giustiziali devono essere obbligatoriamente esperiti prima di poter accedere ai rimedi giurisdizionali (di fronte a un giudice indipendente), a volte superando anche un 'doppio grado' di rimedi interni, laddove sia previsto che il cittadino debba 'ritornare' in prima battuta di fronte all'organo che ha emesso il provvedimento¹¹⁰.

Serbia e Croazia hanno pure riformato l'ordinamento degli organi di giustizia amministrativa e il relativo processo¹¹¹. La legge croata prevede un sistema con doppio grado di giudizio: il primo innanzi a uno dei quattro Tribunali amministrativi distribuiti sul territorio nazionale¹¹², il secondo di fronte all'Alta corte amministrativa di Zagabria¹¹³. Si nota una spiccata attenzione per i principi di rapidità, economia processuale e ragionevole durata del processo, che si

¹⁰³ D. DJERDJA, *Administrative Law in Croatia*, cit., 93-94.

¹⁰⁴ Art. 54, Legge generale sul procedimento.

¹⁰⁵ Artt. 58 ss., Legge generale sul procedimento.

¹⁰⁶ Ad esempio, nel 2003 viene predisposta la «Strategia sulla riduzione della povertà»: C. PISTAN, M. MILENKOVIC, *La semplificazione amministrativa nei Balcani occidentali: i casi della Croazia e della Serbia*, cit., 2080.

¹⁰⁷ S. LILIĆ, *Harmonizing Serbia's Administrative Laws with European Administrative Space Principles*, in *EU Administrative Law and its Impact on the Process of Public Administration Reform and Integration into the European Administrative Space of SEE Countries*, SEELS, GIZ, Skopje, 2014, 13-21, disponibile sul sito: <http://www.slilic.com/>.

¹⁰⁸ C. PISTAN, M. MILENKOVIC, *La semplificazione amministrativa nei Balcani occidentali: i casi della Croazia e della Serbia*, cit., 2072 ss. e 2084-2085.

¹⁰⁹ V. DULABIĆ, *New Wine in Old Wineskins: General Administrative Procedure and Public Administration Reform in Croatia*, cit., 188.

concretizzano nella previsione di termini processuali assai brevi¹¹⁴ e nella facoltà, rimessa al tribunale, di condurre un processo 'modello', se vi sono più di dieci cause fattualmente e giuridicamente analoghe, in modo da risolvere poi le restanti impugnazioni in maniera rapida ed omogenea¹¹⁵. Tratto senz'altro pregevole della legge croata è, infine, l'espressa possibilità di ottenere la revisione del giudicato nel caso in cui esso sia stato ritenuto in contrasto con la CEDU dalla Corte di Strasburgo.

L'ordinamento serbo prevede una diversa strutturazione della giustizia amministrativa. Essa è sostanzialmente affidata ad un unico Tribunale amministrativo, con sede a Belgrado¹¹⁶, che decide nel merito in unico grado, essendo consentito, poi, soltanto il ricorso di fronte alla Suprema Corte di Cassazione in ipotesi tassative. L'adozione di una nuova legge processuale, nel 2009, è stata espressamente motivata con il richiamo ai principi della CEDU e alla Raccomandazione 2004(20) del Comitato dei Ministri agli Stati membri sul controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi ed era volta ad ampliare i margini di impugnabilità della decisione di primo grado, che rimangono comunque limitati¹¹⁷.

Le riforme espone in questo paragrafo sono indice di un'effettiva influenza sui sistemi amministrativi nazionali del processo di 'avvicinamento' all'Unione europea, che ha portato a rilevanti modifiche di quelle che sono vere e proprie normative 'strutturali' del diritto amministrativo, le leggi sul procedimento e sul processo, e questo nonostante la tradizione dell'area conoscesse la codificazione in materia da più di settant'anni. D'altro canto, in entrambi i Paesi, gli strumenti di tutela nei confronti dell'amministrazione pubblica sembrano ancora dominati da una grande attenzione alle prerogative del potere esecutivo e all'efficacia delle sue decisioni, come emerge, ad esempio, dalla natura obbligatoria dei rimedi amministrativi interni, dal ruolo in essi riservato alla stessa amministrazione che ha adottato l'atto, dagli stringenti termini d'impugnazione dei provvedimenti o, nel caso serbo, dalla previsione di un grado di giudizio sostanzialmente unico.

5. Dai 'principles in the books' ai 'principles in action'. Il diritto amministrativo nei Country Reports della Commissione europea.

¹¹⁰ Ciò avviene, vuoi perché è quest'organo a valutare la procedibilità del ricorso (in Croazia, R. SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 177-178), vuoi perché il ricorso 'in opposizione' costituisce il primo passaggio obbligato per taluni ricorsi amministrativi (in Serbia, R. SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 185). La tendenza degli organi amministrativi a cui è affidata la decisione del ricorso è quella di annullare semplicemente il provvedimento, senza decidere nel merito, generando quel che viene definito «ping-pong effect» (SIGMA Paper No. 62, *Implementation of laws on general administrative procedure in the Western Balkans*, in <http://www.sigmaweb.org/publications/public-governance-papers.htm>, 2021, 108).

¹¹¹ Per la Serbia, vanno richiamate la legge sulle corti (2008) e la legge sul processo amministrativo (2009, entrata in vigore nel 2010), per la Croazia, la legge sul processo amministrativo (2009).

¹¹² Tali tribunali amministrativi hanno sede a Zagabria, Spalato, Fiume e Osijek.

¹¹³ L'Alta Corte decide, però, in unico grado sulla legittimità degli atti generali delle autorità regionali e locali e delle persone giuridiche titolari di poteri pubblici o che svolgono servizi pubblici.

¹¹⁴ Ad esempio, trenta giorni dalla notifica dell'atto per introdurre il giudizio, comunicazione della decisione all'esito dell'udienza di discussione, termine di quindici giorni per il deposito della motivazione e ulteriore termine di quindici giorni per l'eventuale impugnazione.

¹¹⁵ Art. 48 della legge processuale.

¹¹⁶ Tale tribunale amministrativo è dotato di alcune 'sedi distaccate' sul resto del territorio nazionale: Kragujevac, Niš e Novi Sad.

¹¹⁷ Nonostante sia stata criticata la rapidità (e una certa superficialità) nell'adozione della nuova normativa, essa amplia i rimedi previsti dalla disciplina precedente: si prevedono, infatti, la richiesta di rivedere nel merito la decisione del tribunale (artt. 49 ss.) - ammessa nei soli casi tassativamente previsti, fra i quali quelli in cui non sia previsto il ricorso interno - e la richiesta di ripetizione del processo (art. 56 ss.), in caso di gravi anomalie processuali (dolo del giudice o del teste; contrasto fra giudicati; annullamento del giudicato civile o penale su cui si sia basato il giudice amministrativo; impossibilità della parte interessata di partecipare al processo di merito) e in caso di sopravvenute pronunce della Corte EDU idonee a incidere sulla legalità dell'atto controverso. A questi si aggiungono, ad esempio, rimedi volti ad assicurare l'esecuzione, da parte dell'amministrazione, delle decisioni giurisdizionali (J. JOVIČIĆ, *Administrative law in Serbia*, cit., 142 ss.). Ciò nonostante, secondo i dati a disposizione, soltanto una porzione trascurabile di decisioni di primo grado (1%) viene impugnata innanzi alla Suprema Corte, il che conferma l'impressione di una giurisdizione che opera sostanzialmente in unico grado (SIGMA, *Monitoring Report. The Principles of Public Administration. Serbia*, in <http://www.sigmaweb.org/publications/monitoring-reports.htm>, Novembre 2021, 103).

Come preannunciato, il terzo livello di analisi si deve spostare al di fuori dei testi normativi, per cercare di cogliere gli ordinamenti amministrativi nazionali nella loro effettività. A tal fine, si possono analizzare i *Reports* per Paese che accompagnano l'annuale Comunicazione sulla politica di allargamento della Commissione europea (cd. *Enlargement package*¹¹⁸).

Si tratta di fonti di grande interesse per tre ordini di ragioni. In primo luogo, essi sono indicativi di come la Commissione, a sua volta, interpreta, e quindi 'concretizza', i principi fondamentali del diritto amministrativo europeo, all'interno di un procedimento di sicuro rilievo costituzionale per l'Unione, quale quello per l'ingresso di un nuovo Stato membro (art. 49 TUE). In secondo luogo, le analisi dei *Reports* contengono numerose informazioni sull'effettivo stato dell'amministrazione e sul suo modo di agire, al fine di valutare il rispetto dei valori fondamentali dell'Unione e il grado di preparazione dei Paesi candidati (e potenziali candidati) rispetto all'*acquis communautaire*. Inoltre, la disamina 'simmetrica' condotta da tali documenti di lavoro attorno a un indice di analisi sostanzialmente comune, strumentale alla sintesi contenuta nella Comunicazione, costituisce di per sé un invito alla comparazione.

La struttura dei *Reports* è mutata nel tempo in dipendenza dall'evoluzione dei criteri di fondo che guidavano la politica di allargamento. Dapprima, la struttura dei *Reports* rispecchiava i punti enunciati dai criteri di Copenaghen: *political criteria, economic criteria, ability to assume the obligations of membership*, quest'ultima sezione a sua volta articolata in circa trenta *Chapters* corrispondenti ad altrettanti ambiti dell'*acquis communautaire*. Più di recente, si sono messi in evidenza nella parte iniziale degli aspetti ritenuti cruciali («*fundamentals first*»), includendo in tale sezione, ad esempio, i *Chapters* relativi al sistema giudiziario (*Judiciary and fundamental rights; Justice, freedom and security*)¹¹⁹. Da ultimo, tutti gli ambiti sono stati raggruppati in sei *Clusters* (dei quali il primo rimane quello dedicato ai «*fundamentals*»), funzionali a favorire discussioni politiche più organiche e approfondite per ciascuna area tematica, ad identificare gli spazi per un rapido allineamento degli ordinamenti nazionali alle politiche dell'UE e a rendere il processo più prevedibile anche per i Paesi candidati e potenziali candidati¹²⁰.

¹¹⁸ V., da ultimo, EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. 2021 Communication on EU Enlargement Policy*, Strasbourg, 19.10.2021, COM(2021) 644 final, su cui v. M. MILENKOVIĆ, *EU Enlargement to the Western Balkans - limited progress in 2021*, in www.osorin.it, Dicembre 2021. Non si tratta, ovviamente, dell'unica fonte possibile per svolgere un'analisi empirica - si pensi ad esempio ai *Monitoring Reports* redatti da SIGMA nell'ultimo decennio (v. *supra*, nota XX) - tuttavia essa è di particolare interesse sia per la sua provenienza dalla Commissione, sia per il suo inserimento formale nel processo di allargamento dell'Unione.

¹¹⁹ L'approccio che potremmo definire «*fundamentals first*» è stato inaugurato dalla Commissione con la Comunicazione sull'allargamento del 2014: EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Enlargement Strategy and Main Challenges 2014-15*, Brussels, 8.10.2014, COM(2014) 700 final. Al centro delle riflessioni della Commissione vi è proprio la volontà di rafforzare il *focus* sulla riforma dell'amministrazione pubblica, sottolineando la stretta interconnessione fra i tre 'pilastri' (*rule of law, economic governance, public administration reform*), nella consapevolezza che una P.A. funzionale è necessaria per la *governance* democratica e impatta sulla qualità dei servizi pubblici e sulla crescita e competitività dei sistemi nazionali (p. 4). Tale impostazione è stata più volte ribadita, nel 2018 (EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A credible enlargement perspective for and enhanced EU engagement with the Western Balkans*, Strasbourg, 6.2.2018, COM(2018) 65 final) e, da ultimo, nel 2020 (v. nota successiva). Sul punto, v. E. FOUÉRÉ, *Western Balkans and the EU: Still in stand-by*, in ispionline.it, 10 luglio 2017; G. VURMO, *The Western Balkans' EU Dream. Ambition calls for a new process*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, No. 2018-03, April 2018; OECD, *Government at a Glance: Western Balkans*, 2020, part. pp. 25 ss.

¹²⁰ I *Clusters* sono i seguenti: 1. I fondamentali; 2. Il mercato interno; 3. Competitività e crescita inclusiva; 4. Agenda *Green* e connettività sostenibile; 5. Risorse, agricoltura e coesione; 6. Relazioni esterne. È richiesto il raggiungimento di un certo livello di avanzamento in relazione ai 'fondamentali' per poter portare avanti la discussione sulle altre aree: EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Enhancing the accession process - A credible EU perspective for the Western Balkans*, Strasbourg, 5.2.2020, COM(2020) 57 final. Su tale comunicazione e, più in generale, sulla metodologia adottata dalla Commissione, v. L. MONTANARI, *I Balcani occidentali e l'Unione europea ai tempi del Covid-19*, in www.osorin.it, Luglio 2020 e M. MILENKOVIĆ, *EU Enlargement Strategy 2020 - Paving the Way for Differentiated Integration?*, in www.osorin.it, Dicembre 2020.

In linea generale, un primo 'indizio' del fatto che la transizione amministrativa di tali Paesi è ancora in corso - e che quindi vi è un distacco fra i principi enunciati a livello costituzionale, la disciplina normativa e l'effettivo livello di tutela degli amministrati - si può trarre dai giudizi complessivi dati dalla Commissione sullo stato di preparazione dei singoli Paesi all'ingresso nell'Unione rispetto al *Chapter «Public administration reform»*: da «*at an early stage*» per la Bosnia-Erzegovina, a «*some level of preparation*» per il Kosovo, sino a «*moderately prepared*» per i restanti Paesi, ben distanti - tutti - dal giudizio «*at a good level of preparation*», pur riconosciuto in altri ambiti¹²¹.

Concentrando l'attenzione sul *Cluster* n. 1 «*The fundamentals of the accession process*», si riscontra un'attenzione centrale per i temi dell'amministrazione pubblica e del diritto amministrativo, dal momento che la «*public administration reform*» è inclusa proprio fra i «fondamentali» il cui raggiungimento condiziona il progredire di tutto il processo. La lente di ingrandimento della Commissione si concentra soprattutto sull'organizzazione e sugli apparati amministrativi, di cui si valutano la capacità di predisporre efficaci politiche pubbliche (secondo la cultura dell'*evidence-based policy making*), il livello di responsabilità e di affidabilità (*accountability*); la professionalità e i sistemi di reclutamento all'interno dell'impiego pubblico; il ruolo delle autorità regionali e locali; la capacità amministrativa degli apparati incaricati di attuare il diritto europeo; la funzionalità del sistema delle commesse pubbliche; la sana gestione finanziaria delle risorse; la gestione degli investimenti pubblici e la capacità di produrre indagini statistiche di qualità¹²².

Soffermiamoci su alcuni di questi aspetti per comprendere meglio quali sono i profili maggiormente problematici, che si ripetono nelle analisi sui vari Paesi. Prima di tutto, in relazione alla capacità di progettare politiche pubbliche efficaci (*policy making*), la Commissione lamenta lo scarso sviluppo di strumenti di analisi a supporto del procedimento decisionale e di forme di consultazione pubbliche¹²³, mentre - a proposito della gestione finanziaria - chiede di rafforzare meccanismi di controllo interno e le regole sulla trasparenza¹²⁴.

Ampia attenzione viene dedicata al pubblico impiego, al fine di verificare che la selezione, le progressioni di carriera e, più in generale, la gestione del personale siano uniformati a criteri di razionale programmazione e al rispetto del principio meritocratico. Gli scenari analizzati presentano varie criticità: in Bosnia-Erzegovina, il *background* etnico sembra pesare più del merito nella selezione del personale a livello cantonale¹²⁵; in Montenegro, è di recente stata approvata una riforma del pubblico impiego che allenta i requisiti per l'accesso ai gradi più alti dell'amministrazione e, al contempo, amplia la possibilità di licenziare i funzionari, per poi procedere a una 'riorganizzazione' che ha visto il licenziamento o le dimissioni del 65% dei

¹²¹ Si prendono qui in considerazione i *Reports* pubblicati nell'ottobre del 2021: EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Bosnia and Herzegovina 2021 Report*, Strasbourg, 19.10.2021, SWD(2021) 291 final/2; EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Montenegro 2021 Report*, Strasbourg, 19.10.2021, SWD(2021) 293 final/2; EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. North Macedonia 2021 Report*, Strasbourg, 19.10.2021, SWD(2021) 294 final; EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Kosovo* 2021 Report*, Strasbourg, 19.10.2021, SWD(2021) 292 final/2; EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Serbia 2021 Report*, Strasbourg, 19.10.2021, SWD(2021) 288 final.

¹²² EUROPEAN COMMISSION, *2021 Communication on EU Enlargement Policy*, cit., 14-16.

¹²³ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Bosnia and Herzegovina 2021 Report*, cit., 12; EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. North Macedonia 2021 Report*, cit., 14; EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Kosovo* 2021 Report*, cit., 13; EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Serbia 2021 Report*, cit., 14. Si badi che, in realtà, l'acquisizione di adeguati strumenti di programmazione e valutazione delle politiche pubbliche è un percorso tuttora in essere anche per molti Stati membri: v., ad esempio, i contributi raccolti in P. CARETTI, M. MORISI, G. TARLI BARBIERI (cur.), *Il procedimento legislativo ordinario in prospettiva comparata*, Seminario di studi e ricerche parlamentari «Silvano Tosi», Ricerca 2018, in *Osservatorio sulle fonti*, Speciale - Tosi 2018, 2, 2018; D. SERVETTI, *Brevi considerazioni sulla rilevanza di un adeguato supporto tecnico-scientifico al controllo parlamentare*, in G. GRASSO (cur.), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 173 ss., nonché E. D'ORLANDO, *Politica, tecnica e scienza: contributo alla riflessione sulla costruzione di nuovi paradigmi normativi*, attualmente in corso di pubblicazione in *DPCE Online*. Anche relativamente alle forme di partecipazione il panorama è assai variegato, si v. al proposito la Sezione Monografica *Rulemaking e partecipazione. Contributo allo studio dell'implementazione dei meccanismi partecipativi al cospetto della democrazia rappresentativa*, a cura di V. De Falco, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2, 3030, 597 ss.

¹²⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Bosnia and Herzegovina 2021 Report*, cit., 13; EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Montenegro 2021 Report*, cit., 15; EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Serbia 2021 Report*, cit., 15.

funzionari di livello elevato¹²⁶; in Macedonia del Nord, la Commissione per la prevenzione della corruzione denuncia casi di nomine non basate sul merito e la necessità di eliminare nepotismo e clientelismo¹²⁷; in Kosovo, si ritiene che le nomine siano sottoposte a influenza politica e che le minoranze siano sottorappresentate nelle istituzioni centrali, mentre l'ente indipendente di controllo sul settore pubblico, che aveva denunciato irregolarità, è stato sciolto dal Parlamento nel giugno 2021¹²⁸; in Serbia, infine, vi è una legislazione specifica sui criteri di reclutamento e licenziamento, ma - rispetto ai funzionari di livello elevato - essa viene elusa con l'ampio utilizzo del potere di attribuire incarichi 'temporanei' (62% degli alti funzionari) a soggetti che, spesso, non sono nemmeno dipendenti pubblici¹²⁹.

Riguardo alla cd. *accountability* dell'amministrazione, in alcuni casi la Commissione ritiene non sia garantito l'accesso dei cittadini alle informazioni pubbliche, per carenze regolatorie¹³⁰ o perché i rimedi giurisdizionali avverso il silenzio della P.A. non sono efficaci¹³¹, mentre in altri ordinamenti non è assicurato il risarcimento del danno nei casi di attività amministrativa illegittima¹³².

Sempre all'interno dei «*fundamentals*», il diritto amministrativo si intreccia anche con altri aspetti di cruciale importanza. In primo luogo, con il settore giudiziario, chiamato a garantire in modo effettivo il rispetto della legge e dei diritti fondamentali da parte delle autorità amministrative. In tale ambito, fortissimo è l'accento sulla repressione della corruzione - un vero e proprio 'tallone d'Achille' dei Paesi dell'area¹³³ - che non si limita ai momenti dell'indagine e della punizione da parte della magistratura penale, ma implica un'ingente azione di riforma dell'organizzazione amministrativa, con l'adozione (e l'attuazione) di adeguati piani anti-corruzione e l'individuazione delle adeguate forme di controllo interno. Sul punto, la Commissione tende a riferirsi alle analisi e alle raccomandazioni emesse annualmente dal Gruppo GRECO¹³⁴: anche rispetto al tema della corruzione, vi sono, quindi, significativi momenti di interazione fra Unione Europea e Consiglio d'Europa¹³⁵. La Commissione europea non si accontenta di guardare al solo piano normativo: anche e soprattutto quando si analizza un 'de-formante', come la corruzione¹³⁶, i *Reports* si soffermano sui 'fatti istituzionali', quali ad esempio l'insufficiente organico degli uffici dei procuratori che dovrebbero contrastarla¹³⁷ o il livello di indipendenza dei dipartimenti 'anti-corruzione' istituiti all'interno delle amministrazioni nazionali¹³⁸. Viene, inoltre, richiesto agli Stati di tenere un *Track record* delle indagini e dei processi per corruzione svolti nel corso dell'anno, che costituisce un'ulteriore cartina di tornasole dell'effettività della lotta alla corruzione: la Commissione lamenta, ad

¹²⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Bosnia and Herzegovina 2021 Report*, cit., 13. Fra i Paesi dell'area, la Bosnia ed Erzegovina è quello che presenta una situazione più complessa, anche rispetto alla riforma della pubblica amministrazione. Sull'accesso al pubblico impiego si scaricano le tensioni etniche tuttora assai forti all'interno del Paese, sulle quali v. L. MONTANARI, *Le minoranze: il caso della Bosnia ed Erzegovina*, in *DPCE Online*, 2, 2021, 2409 ss., ed E. SKREBO, *Il federalismo etnico alla prova dei tempi: il caso della Bosnia ed Erzegovina*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3, 2021, 725 ss.

¹²⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Montenegro 2021 Report*, cit., 16.

¹²⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. North Macedonia 2021 Report*, cit., 15.

¹²⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Kosovo* 2021 Report*, cit., 14-15.

¹²⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Serbia 2021 Report*, cit., 15.

¹³⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Bosnia and Herzegovina 2021 Report*, cit., 15; EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Montenegro 2021 Report*, cit., 16.

¹³¹ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Serbia 2021 Report*, cit., 16.

¹³² EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Kosovo* 2021 Report*, cit., 15.

¹³³ Il termine è utilizzato da M. POPOVIKJ, *Corruption: The Western Balkans' Achilles Heel?*, in *ispinoline.it*, 16 maggio 2018. In senso analogo: EUROPEAN COMMISSION, *2021 Communication on EU Enlargement Policy*, cit., 7.

¹³⁴ Ad esempio, EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Serbia 2021 Report*, cit., 27; EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. North Macedonia 2021 Report*, cit., 22. Il *Group of States against corruption* (GRECO) è stato istituito nel 1999 in seno al Consiglio d'Europa per monitorare il rispetto da parte degli Stati degli *standard* anti-corruzione da esso stabiliti; il Gruppo raccoglie 48 Stati europei, oltre a Stati Uniti e Kazakhstan: si veda il sito <https://www.coe.int/en/web/greco/>.

¹³⁵ Sull'apporto del Consiglio d'Europa, e in particolare della Commissione di Venezia, alla transizione costituzionale dei Paesi dell'Europa centro-orientale e sul suo contributo alla definizione dei parametri di condizionalità dell'Unione, v. S. BARTOLE, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, Bloomsbury, 2020.

¹³⁶ R. SCARCIGLIA R., *Metodi e comparazione giuridica*, cit., 119.

¹³⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Serbia 2021 Report*, cit., 31.

¹³⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Bosnia and Herzegovina 2021 Report*, cit., 24-25.

esempio, il numero estremamente basso di procedimenti che sfociano in condanne a pene detentive per i casi di corruzione 'di alto profilo' rispetto a quelli iniziati¹³⁹ o l'eccessivo ricorso ad accordi giudiziali sulle pene, che diminuisce l'intensità e la deterrenza della risposta sanzionatoria¹⁴⁰.

Merita, infine, di essere sottolineato lo 'slittamento verso l'alto' - ossia all'interno del *Cluster* sui fondamentali - di altri tre *Chapters* di sicura rilevanza amministrativistica: appalti pubblici, statistica e controlli finanziari. L'attenzione verso i primi si giustifica soprattutto in quanto la relativa regolazione è strumentale ad un'autentica apertura dei mercati nazionali¹⁴¹. La statistica e i controlli finanziari sono invece strategici sia poiché necessari per garantire una solida base conoscitiva alle Istituzioni europee, specie in area macro-economica, sia per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, prevenendo le frodi, ed in questo senso possono essere ritenuti un'ulteriore declinazione della lotta alla corruzione.

L'analisi dei *Country Reports* non sarebbe completa senza uno sguardo al di fuori del *Cluster* n. 1. Gli altri cinque *Clusters* sono riuniti in un'ampia sezione relativa alla capacità del Paese candidato di assumere gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione: vi troviamo numerosi settori del diritto amministrativo (ambiti di 'parte speciale', per utilizzare una terminologia dottrinale), come la tutela della concorrenza, i servizi sanitari, il diritto dell'informazione, la politica sociale e le politiche attive del lavoro, la cultura, l'istruzione e la ricerca, il trasporto pubblico, l'energia, l'ambiente e la sicurezza alimentare, seguendo senza pretesa di esaustività le articolazioni dei *Reports*.

L'illustrazione specifica di ciascun ambito esorbita dalle finalità del presente contributo; tuttavia, sia consentito sottolineare almeno che, dal punto di vista dei Paesi candidati (e potenziali candidati), l'avanzamento quantitativo e qualitativo dell'*acquis* comunitario rende proporzionalmente più impegnativo l'adeguamento degli ordinamenti nazionali ai suoi *standard*¹⁴². Ad ogni modo, il nodo problematico del processo di allargamento rimane quello di carattere istituzionale, cioè la reale democraticità del sistema e il rispetto della *rule of law*, anche per l'intensificarsi della prudenza al riguardo, giustificato dalla sistematica violazione dei principi fondamentali dell'Unione da parte di alcuni Paesi di più recente ingresso¹⁴³.

6. Cenni agli aspetti finanziari della politica di allargamento.

A completamento del quadro sinora tracciato, si vuole accennare ai riflessi finanziari delle dinamiche di riforma amministrativa. In prima battuta, infatti, le riforme sono un costo: si tratta di finanziare la formazione dei funzionari, la creazione di nuovi organismi e lo sforzo burocratico necessario per concepire e attuare le *policies* richieste dall'Unione, nonché di accompagnare la transizione del tessuto economico, qualora il rispetto degli *standard* europei imponga l'effettuazione di investimenti in beni strumentali o in formazione nel settore privato¹⁴⁴. Per questo, l'Unione mette a disposizione un apposito fondo - lo strumento di assistenza pre-

¹³⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Bosnia and Herzegovina 2021 Report*, cit., 23.

¹⁴⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Montenegro 2021 Report*, cit., 26.

¹⁴¹ Alcuni Paesi, fra cui la Bosnia-Erzegovina, danno tuttora una preferenza esplicita agli operatori nazionali, v. EUROPEAN COMMISSION, *2021 Communication on EU Enlargement Policy*, cit., 16.

¹⁴² Non va trascurata l'importanza dello sforzo richiesto ai Paesi candidati per gettare le basi della revisione normativa di interi settori dell'ordinamento giuridico nazionale: si pensi a riforme strutturali, quale ad esempio l'introduzione di un'adeguata disciplina di protezione dell'ambiente richiesta alla Bosnia-Erzegovina, Paese ancora basato in misura significativa sull'energia prodotta da centrali a carbone (EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Bosnia and Herzegovina 2021 Report*, cit., 102). Ancora, in tema di aiuti di Stato, v. M. MILENKOVIĆ, *State aid control in Serbia. EU conditionality and the challenge of institutional reform*, Milano, 2020.

¹⁴³ In argomento la bibliografia è ormai ampissima: v. ad esempio S. BARTOLE, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quad. cost.*, 1, 2018, 225 ss.; L. MONTANARI, *Il rispetto del principio di rule of law come sfida per il futuro dell'Unione europea*, in *La Comunità internazionale*, 1, 2020, 75 ss.; G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in *DPCE Online*, 3, 2020; E. CUKANI, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, 2021. Con una certa dose, forse, di 'senno del poi', colpiscono le considerazioni sulla corruzione nell'ultimo *Report* redatto prima dell'ingresso dell'Ungheria nell'allora Comunità europea: «*Survey indicate that corruption continues to be a problem in Hungary*» (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *2002 Regular Report on Hungary's progress towards accession*, Brussels, 9.10.2002, SEC(2002) 1404, 25 ss.).

adesione (noto con l'acronimo inglese 'IPA') - affinché i Paesi beneficiari «portino avanti le ambiziose riforme necessarie»¹⁴⁵. D'altro canto, dal momento che i Paesi candidati/potenziati candidati non sono ancora inseriti nel sistema complessivo di rimedi e garanzie proprio del diritto unionale, si avverte la necessità di assicurare che i fondi loro erogati corrispondano ad un genuino sforzo riformatore nella direzione prefigurata dai negoziati pre-adesione.

Dopo un iniziale riordino della frammentaria disciplina dell'assistenza finanziaria ai Paesi candidati operato nel 2000¹⁴⁶, è con la programmazione pluriennale 2007-2013 che viene istituito un apposito strumento di assistenza pre-adesione (*Instrument for Pre-Accession Assistance*, IPA) finalizzato a dare un «quadro coerente» all'assistenza comunitaria ai paesi candidati effettivi e potenziali: esso bilancia le diverse esigenze in gioco, sottoponendo l'erogazione delle risorse ad una rigorosa condizionalità in relazione al «rispetto dei principi democratici, dello Stato di diritto, dei diritti umani e delle minoranze, nonché delle libertà fondamentali» e all'«impegno dei beneficiari ad attuare riforme democratiche, economiche e istituzionali», secondo le priorità individuate dall'allora Comunità europea, riconoscendo poteri di sospensione dell'assistenza finanziaria alle Istituzioni sovranazionali a determinate condizioni¹⁴⁷.

Per una prospettiva critica sulla gestione dell'IPA, è interessante richiamare lo *Special Report* del 2016 della Corte dei conti europea¹⁴⁸, che ha posto in dubbio la volontà politica di riforma dei percettori dei fondi e - pur lamentando un insufficiente rigore da parte della Commissione - ha dato conto dell'effettivo utilizzo del potere di riduzione delle erogazioni finanziarie: nei confronti della Bosnia-Erzegovina, ad esempio, i fondi sono stati ridotti di 45 milioni di euro nel 2013, per la mancata attuazione della nota decisione *Sejdić e Finci* della Corte EDU¹⁴⁹, mentre la mancata approvazione della riforma della giustizia ha portato alla sospensione dell'intero

¹⁴⁴ Fra l'altro, si segnala che - in consonanza con le conclusioni a cui si è giunti nei paragrafi precedenti - fra le priorità tematiche del più recente fondo IPA III, in materia di amministrazione pubblica, vengono incluse le seguenti: «migliorare la pianificazione strategica e l'elaborazione di politiche normative inclusive e basate su elementi concreti; aumentare la professionalizzazione e la depoliticizzazione del servizio pubblico, introducendo e adottando principi meritocratici; promuovere la trasparenza e la responsabilità».

¹⁴⁵ Considerando n. 6, Regolamento (UE) n. 2021/1529 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 settembre 2021 che istituisce uno strumento di assistenza preadesione (IPA III). L'impegno finanziario complessivo è di circa 14 miliardi di euro nel periodo 2021-2027, di cui la maggior parte viene destinata ai Balcani occidentali.

¹⁴⁶ Regolamento (CE) n. 2666/2000 del Consiglio del 5 dicembre 2000 relativo all'assistenza all'Albania, alla Bosnia-Erzegovina, alla Croazia, alla Repubblica federale di Jugoslavia e all'ex Repubblica jugoslava di Macedonia e recante abrogazione del regolamento (CE) n. 1628/96 e modifica dei regolamenti (CEE) n. 3906/89, (CEE) n. 1360/90 e delle decisioni 97/256/CE e 1999/311/CE. Da allora, l'IPA viene «aggiornato» ogni sette anni, in concomitanza con l'approvazione del nuovo Quadro finanziario pluriennale europeo, il quale - a norma dell'art. 312 TFUE - fissa i massimali di spesa dell'Unione anno per anno, per un periodo minimo di cinque anni: v. *ex multis*, G. PARMITHIOTTI, A. ZATTI, *Il bilancio dell'Unione Europea: origini, principi ed elementi costitutivi*, Pavia, 2015; A. SANTINI, *Unione europea (bilancio della)*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, 821 ss., part. p. 824; G. CLEMENTE, *Art. 312*, in A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea*, II Edizione, Milano, 2014, 2393 ss. e, in prospettiva storica, L. SABBI, *L'evoluzione della procedura di bilancio dell'Unione europea*, in *Riv. dir. fin.*, 3, 2017, 320 ss. Il più recente Quadro finanziario pluriennale 2021-2027 è recato dal Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2093 del Consiglio del 17 dicembre 2020.

¹⁴⁷ L'art. 21, par. 2, Regolamento (CE) n. 1085/2006 del Consiglio del 17 luglio 2006 che istituisce uno strumento di assistenza preadesione (IPA), rubricato «Sospensione dell'assistenza», prevedeva espressamente che: «Qualora un paese beneficiario non rispetti i principi o gli impegni contenuti nel rispettivo partenariato con l'UE o qualora i progressi fatti in termini di conformità ai criteri di adesione siano insufficienti, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può adottare le misure del caso in merito a qualsiasi tipo di assistenza concessa a norma del presente regolamento». Una disposizione analoga manca nel più recente Regolamento (UE) n. 231/2014 del Parlamento e del Consiglio dell'11 marzo 2014 che istituisce uno strumento di assistenza preadesione (cd. IPA II), tanto che l'atto è accompagnato da una Dichiarazione del Parlamento, che sottolinea che esso non contiene «nessun riferimento esplicito alla possibilità di sospendere l'assistenza» e che «il Parlamento europeo ritiene che qualsiasi sospensione dell'assistenza nell'ambito di questi strumenti modificherebbe il regime finanziario generale concordato secondo la procedura legislativa ordinaria». Tuttavia, una possibilità di «sanzionare» la mancanza di progressi nel rispetto dei valori fondamentali dell'Unione si recuperava tramite l'art. 12, che permetteva di ridurre le assegnazioni «qualora i progressi realizzati... si attestino ampiamente al di sotto dei livelli convenuti figuranti nei documenti di strategia» (nello stesso senso, si veda anche l'art. 8 del più recedente Regolamento IPA III).

¹⁴⁸ EUROPEAN COURT OF AUDITORS, *Special Report. EU pre-accession assistance for strengthening administrative capacity in the Western Balkans: a meta-audit*, n. 21, 2016, con commento di M. ĐINDIĆ, S. MARIĆ, *Effects of the Pre-Accession Assistance (IPA) on strengthening of administrative capacities in the Western Balkans*, European Policy Centre, No. 1, September 2016.

sostegno finanziario relativo a tale settore¹⁵⁰. Nei confronti dei Paesi candidati, dunque, l'Unione ha sperimentato da tempo il binomio condizionalità-riduzione dei trasferimenti per orientare il comportamento delle istituzioni nazionali, secondo uno schema che si vede ora replicato anche all'interno dell'Unione, per proteggere il bilancio europeo dalle violazioni della *rule of law* da parte di alcuni Stati membri¹⁵¹.

La normativa sui fondi IPA è evoluta nel tempo in linea con la politica di allargamento dell'Unione. Il passaggio dal primo IPA (2007-2013) all'IPA II (2014-2020) è stato caratterizzato dal tentativo di superare l'approccio frammentario basato su singoli progetti, individuando precisi obiettivi e settori in cui concentrare la spesa, finalizzati a rafforzare le istituzioni democratiche e lo stato di diritto, a riformare il sistema giudiziario e la pubblica amministrazione, a rispettare i diritti fondamentali e a promuovere la parità di genere, la tolleranza, l'inclusione sociale e la non discriminazione¹⁵². Il più recente Regolamento IPA III si richiama espressamente al principio «*fundamentals first*» e declina in maniera più incisiva dei precedenti la dipendenza dell'assistenza finanziaria dai risultati raggiunti dal Paese¹⁵³, pur temperandola con la regola della 'quota equa', che prescrive di tenere conto delle esigenze e delle capacità dei beneficiari, evitando che si arrivi ad erogare un livello «sproporzionatamente basso» di risorse¹⁵⁴. Allo stesso tempo, la politica di investimento è maggiormente centrata su politiche specifiche, collegate ai più ampi obiettivi di politica economica dell'Unione, quali la transizione verde, la transizione digitale, lo sviluppo di economie connesse, competitive, basate sulla conoscenza, sostenibili e innovative¹⁵⁵.

La *governance* dei fondi europei è divenuta anche un'importante occasione di coinvolgimento delle amministrazioni dei Paesi dell'area come soggetti attivi nell'attuazione delle politiche europee. L'IPA va infatti a co-finanziare il programma Interreg ADRION¹⁵⁶, che costituisce il braccio finanziario della Strategia macroregionale Adriatico-Ionica (EUSAIR)¹⁵⁷. Le Strategie macroregionali sono un esperimento innovativo - e, invero, ancora in fase di affermazione e

¹⁴⁹ Corte EDU (Grande Camera), 22 dicembre 2009, *Sejdić e Finci c. Bosnia ed Erzegovina*, ricc. nn. 27996/06 e 34836/06. Con tale decisione, la Corte ravvisa l'incompatibilità con la Convenzione della previsione costituzionale secondo cui, per potersi candidare alle elezioni politiche, i cittadini appartenenti a minoranze etniche devono dichiarare la propria appartenenza ad uno dei tre "popoli costitutivi" (serbi, croati e bosgnacchi). Da allora, la Bosnia-Erzegovina è stata ripetutamente condannata per la medesima ragione, ma non si sono create le condizioni politiche per la doverosa revisione costituzionale: su tale complessa vicenda, v. i contributi citati *supra* alla nota XX.

¹⁵⁰ EUROPEAN COURT OF AUDITORS, *Special Report. EU pre-accession assistance for strengthening administrative capacity in the Western Balkans: a meta-audit*, cit., 16.

¹⁵¹ Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, su cui v. G. GIOIA, *La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea. Protezione del bilancio e valori costituzionali*, in *Rivista di diritti comparati*, 3, 2021, 153 ss., part. 169 ss.

¹⁵² Art. 2, Regolamento (CE) n. 1085/2006.

¹⁵³ Art. 8, Regolamento (UE) n. 2021/1529: «L'assistenza differisce in portata e intensità a seconda dei risultati dei beneficiari... particolare attenzione è rivolta agli sforzi compiuti nei settori dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali, delle istituzioni democratiche e della riforma della pubblica amministrazione, come pure dello sviluppo economico e della competitività».

¹⁵⁴ Art. 8, par. 2, Regolamento (UE) n. 2021/1529.

¹⁵⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. An Economic and Investment Plan for the Western Balkans*, Brussels, 6.10.2020, COM(2020) 641 final.

¹⁵⁶ Decisione di esecuzione della Commissione europea del 20 ottobre 2015 C(2015) 7147 con la quale viene approvato in via definitiva il Programma Operativo di Cooperazione Transnazionale Interreg V-B Adriatico Ionio (ADRION) per il periodo 2014-2020.

¹⁵⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions concerning the European Union Strategy for the Adriatic and Ionian Region*, Brussel, 17.6.2014, COM(2014) 357 final. Sulla strategia in generale, v. M. D'ORSOGNA (ed.), *EUSAIR Strategy. Multilevel Governance and Territorial Cooperation*, Napoli 2017, e M. MEZZANOTTE, *La macroregione adriatico-ionica. La cooperazione territoriale come strumento di integrazione*, Milano, 2018. Nella sostanza, gli obiettivi principali della Strategia EUSAIR e del programma ADRION coincidono: 1) una regione innovativa e intelligente; 2) una regione sostenibile; 3) una regione collegata; 4) verso una migliore governance di EUSAIR. Ad EUSAIR partecipano quattro Stati membri (Italia, Croazia, Grecia e Slovenia) e cinque Stati candidati o potenziali candidati (Albania, Montenegro, Serbia, Bosnia-Erzegovina e Macedonia del Nord).

stabilizzazione - per la stessa Unione, in quanto mirano ad 'aggregare' la *governance* dei fondi secondo logiche che prescindano dai confini statali¹⁵⁸ e favoriscano la collaborazione fra Enti appartenenti a diversi livelli di governo e a diversi Paesi, secondo il paradigma della *multilevel governance*¹⁵⁹. Tale paradigma viene ritenuto efficace per affrontare al meglio sfide transnazionali, usualmente collegate all'appartenenza alla medesima area geografica e alla condivisione di un comune bacino idrico (oltre ad EUSAIR, questo è il caso della macroregione del Mar Baltico, EUSBSR, e di quella del Danubio, EUSDR) o di una catena montuosa, come le Alpi (EUSALP).

L'EUSAIR si rivela un importante strumento di *capacity building* nei confronti delle amministrazioni dei Paesi candidati (e potenziali candidati), in quanto prevede un'interazione diretta a livello amministrativo con gli Stati membri, con la partecipazione ai gruppi di lavoro di funzionari provenienti da tutti i Paesi coinvolti¹⁶⁰. Inoltre, l'approccio 'orizzontale' e 'regionale' che caratterizza le Strategie macroregionali presenta anche altri benefici: esso incoraggia i Paesi dell'area a non essere soltanto '*policy takers*', ma a divenire '*policy makers*', contribuendo a definire gli obiettivi dei progetti da presentare assieme agli Stati membri; li spinge, inoltre, a sentirsi parte di una più ampia regione dell'Europa, che vada oltre i Balcani occidentali, e a rinforzare i legami con gli Stati membri confinanti¹⁶¹.

7. Conclusioni.

Lo studio della transizione amministrativa dei Balcani occidentali pone il comparatista di fronte a un panorama complesso, per il succedersi di forme di Stato - e quindi di «forme di amministrazione» - ispirate a paradigmi valoriali divergenti, per le oggettive peculiarità della stessa Jugoslavia quale Paese 'non allineato' nel contesto socialista, per il ruolo delle Istituzioni sovranazionali nel sollecitare e 'guidare' i percorsi di riforma amministrativa nazionali e, soprattutto, per il rilevante peso degli aspetti informali, che sfuggono per definizione all'analisi del mero diritto positivo.

Si è visto che il Regno di Jugoslavia è stato fra i primi al mondo a dotarsi di una disciplina legislativa organica del procedimento amministrativo (1930), che si inseriva in un percorso già precedentemente avviato di normazione dell'attività amministrativa e di tutela, anche giurisdizionale, del cittadino di fronte alla pubblica amministrazione. Ci troviamo quindi di fronte a un ordinamento relativamente avanzato, ispirato dall'esperienza austriaca, alla quale «i Paesi dell'area balcanica hanno guardato sempre... per contiguità geografica e culturale»¹⁶².

Molto più complessa è risultata l'analisi del periodo socialista (1946-1991), che spinge a compiere qualche distinzione rispetto ai singoli formanti. Sul piano normativo, si riscontra una prima fase 'radicale', che vede l'abrogazione della legge generale sul procedimento amministrativo e, più in generale, la compressione delle tutele procedurali e processuali del cittadino. Già all'inizio degli anni Cinquanta, però, la Jugoslavia prende una direzione diversa, connessa alla volontà di 'disallineamento' del regime rispetto al modello sovietico: tale decisione politica si concretizza, ad esempio, mediante l'adozione di una nuova legge procedimentale nel 1956 e con la riforma del sistema di governo dei servizi pubblici, ispirato al principio dell'autogestione.

Guardando invece al formante 'dottrinale' - e, in senso più ampio, 'culturale' - più persistente appare l'impatto della visione sovietica sul ruolo dell'amministrazione come apparato servente del potere politico. Ciò può contribuire a spiegare le difficoltà che, nel periodo successivo, avrebbero incontrato i tentativi di rendere gli apparati amministrativi autonomi rispetto ai

¹⁵⁸ In questo senso, A. PIRAINO, *La strategia macroregionale per riorganizzare i territori e costruire l'Europa delle comunità. (A proposito di una Macroregione del Mediterraneo Occidentale)*, in *federalismi.it*, n. 3/2018, 5 ss.

¹⁵⁹ L. D'ETTORRE, *Le strategie macroregionali dell'Unione europea: tra cooperazione territoriale europea e multi-level governance*, in *federalismi.it*, n. 20/ 2018.

¹⁶⁰ V., ad esempio, E. ANTONOPOULOS, J. BACHTLER, *The Role of Eu Pre-accession Assistance in the Establishment of National Coordination Structures for EU Funding: The Case of Croatia*, in *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 10, Issue 2, 2014, 184 ss.

¹⁶¹ EUROPEAN COMMISSION, *EU Strategy for the Adriatic and Ionian Region (EUSAIR) facilitating the enlargement process of Western Balkans. Final Report*, written by OBC Transeuropa and CeSPI, March 2021, 14-15.

¹⁶² R. SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 165.

vertici politici e imparziali rispetto agli interessi in gioco e di veder affermati nella prassi i valori della trasparenza amministrativa e dell'amministrazione di risultato.

Con la fine del periodo socialista e la progressiva disgregazione della Repubblica Federale, viene a verificarsi un vero e proprio 'ciclo costituzionale', determinato dalla volontà degli Stati sorti da tale processo di allinearsi (o, almeno, apparire allineati) ai valori della democrazia liberale¹⁶³. All'interno di tale ciclo, le singole Costituzioni, pur nelle immancabili specificità, presentano dei tratti comuni: a determinare lo statuto costituzionale dell'amministrazione sono l'ampia costituzionalizzazione dei diritti dei cittadini, sul piano sostanziale, procedimentale e processuale, la separazione fra politica e amministrazione, o quantomeno la previsione della 'imparzialità' di quest'ultima, nonché la costituzionalizzazione di organismi amministrativi di garanzia, esterni al circuito della rappresentanza politica (come i difensori civici).

D'altro canto, si è preso atto l'inserimento in Costituzione di un (più o meno) dettagliato statuto costituzionale dell'amministrazione pubblica non è il punto di arrivo, bensì il *punto di partenza* della transizione amministrativa. Secondo una felice espressione, utilizzata per descrivere una più risalente transizione, si deve poi realizzare un effettivo 'irraggiamento' dei principi all'interno dell'ordinamento amministrativo¹⁶⁴, mediante la riforma della normativa amministrativa di rango primario. Non solo: si rende necessaria l'affermazione di una nuova cultura amministrativa¹⁶⁵, radicalmente differente dalla precedente, che ponga al centro gli amministrati e i loro diritti, e non più gli obiettivi perseguiti dai detentori del potere politico, anche al di fuori da logiche formalizzate.

Nel caso dei Paesi dell'area, la riforma delle amministrazioni nazionali è avvenuta principalmente su impulso delle Istituzioni europee, nel contesto della politica di allargamento, alla luce dei cd. 'criteri di Copenaghen'. Ciò ha richiesto, da parte degli stessi attori sovranazionali, un'opera di sistematizzazione dei principi scritti e non scritti del diritto amministrativo europeo, da proporre quale schema di azione ai Paesi candidati e da utilizzare in sede di monitoraggio periodico dei loro progressi sul piano amministrativo. Rispetto ad essa, si potrebbe riproporre l'osservazione fatta, tempo addietro, da Roberto Toniatti rispetto al «contributo balcanico alla razionalizzazione del paradigma costituzionale [*qui, amministrativo*] europeo», nella misura in cui si assiste a:

un fenomeno di formalizzazione di orientamenti giurisprudenziali e dottrinali - oltre che, ovviamente, di indirizzo politico - variamente prospettati in altri ordinamenti ovvero di razionalizzazione sistematica di istituti del diritto costituzionale [*qui, amministrativo*] europeo altrove allo stato embrionale, se non di vera e propria innovazione normativa la quale, in tanto in quanto suscettibile di successivo recepimento da parte di altri ordinamenti, può essere valutata alla stregua di una innovazione costituzionale con un potenziale di circolazione [...] innovativa di modelli¹⁶⁶.

In effetti, i *SIGMA Papers* espongono un vero e proprio 'paradigma' dell'amministrazione europea, elaborato mediante la metodologia comparativa, che ha influenzato in maniera significativa le riforme amministrative nazionali. Al proposito, si sono portati gli esempi delle riforme del procedimento e della giustizia amministrativa in Croazia ed in Serbia: i due Paesi hanno agito nel solco degli istituti appartenenti alla tradizione amministrativa dell'area - radicata nella legge procedimentale jugoslava del 1930 - ma hanno aggiunto in questa trama normativa sia numerose norme di principio, basate sull'elaborazione avvenuta in sede sovranazionale, sia istituti completamente nuovi, 'importati' da altri sistemi, come il contratto amministrativo e lo sportello amministrativo unico; hanno inoltre adattato gli istituti esistenti per conformarsi agli *standard* richiesti dal processo d'integrazione, com'è avvenuto per il riordino dei rimedi giustiziali e giurisdizionali, per la limitazione dei regimi amministrativi speciali e derogatori, per la digitalizzazione dei rapporti amministrazione-amministrati.

D'altro canto, l'analisi dei *Country Reports* della Commissione europea, in relazione ai Paesi candidati e potenziali candidati, ci restituisce l'immagine di una transizione amministrativa

¹⁶³ L. MONTANARI, *Il principio di rule of law e la tutela dei diritti nei Balcani occidentali*, cit., *passim*.

¹⁶⁴ E. D'ORLANDO, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione*, cit., 110.

¹⁶⁵ Sul concetto di 'cultura amministrativa', v. A. LIPPI, M. MORISI, *Scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005, 173 ss.

¹⁶⁶ R. TONIATTI, *La transizione nei Balcani occidentali e il paradigma costituzionale europeo: il pluralismo delle fonti e delle identità*, in L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (cur.), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, cit., 336 ss., part. p. 354.

ancora parziale e ‘incompiuta’. È indubbio che le Istituzioni sovranazionali abbiano nel tempo innalzato i propri *standard* e reso più penetranti i parametri di controllo, anche in ragione delle grosse criticità sul rispetto della *rule of law* ravvisate in alcuni dei Paesi di più recente ingresso¹⁶⁷. Invero, è proprio la disamina degli aspetti più sensibili - selezione dei vertici dell’amministrazione, lotta alla corruzione, regolazione e trasparenza nell’affidamento delle commesse pubbliche - che ci porta a ritenere che, pur a fronte di significative riforme amministrative, i sistemi nazionali resistono all’affermazione di un modello di amministrazione realmente imparziale ed efficiente. In altri termini, le amministrazioni faticano ad evolvere proprio in quegli aspetti nevralgici da cui dipende l’*effettività* delle garanzie stabilite dalle Costituzioni e dalla normativa sovranazionale: dal binomio fra scarsa trasparenza su reclutamento e gestione del personale e carente contrasto alla corruzione sorge l’impressione che gli apparati amministrativi, nonostante il cammino europeo da tempo intrapreso, continuino a seguire, almeno in parte, logiche ‘informali’, estranee ai principi dello Stato di diritto e dell’*accountability* democratica.

Da ultimo, ci si è soffermati sul versante finanziario della politica di allargamento, che appare connesso alla riforma delle amministrazioni nazionali sotto almeno tre punti di vista. In primo luogo, le (autentiche) riforme amministrative ‘costano’, implicando almeno uno sforzo burocratico per la loro progettazione e attuazione, nonché la formazione del personale ai fini della loro applicazione, quando non richiedono addirittura la costituzione di nuovi organismi non ancora presenti nei sistemi nazionali: per questo, fra gli obiettivi del fondo IPA II figura «il rafforzamento della pubblica amministrazione e del buon governo a tutti i livelli»¹⁶⁸. In secondo luogo, come si è visto, la condizionalità che regge il fondo IPA può essere utilizzata sostanzialmente come sanzione per la mancata effettuazione di riforme ritenute di particolare rilievo nella prospettiva europea. In terzo luogo, la Strategia macroregionale EUSAIR - strettamente collegata alla programmazione e all’utilizzo dei fondi europei - diviene occasione di collaborazione diretta fra funzionari degli Stati membri e di quelli candidati e, quindi, ulteriore veicolo di circolazione delle *best practice* e strumento di acquisizione delle competenze per collaborare nel contesto sovranazionale.

¹⁶⁷ Dalla lettura delle analisi compiute dalla Commissione europea, si trae la sensazione di un notevole affinamento degli strumenti utilizzati per valutare il livello di ‘maturità’ delle amministrazioni nazionali nella prospettiva dell’avvicinamento allo Spazio amministrativo europeo. Sono stati riuniti all’interno della sezione dedicata ai «*fundamentals*» tutti i profili ritenuti di maggiore delicatezza, rispetto ai quali la Commissione dimostra di andare ben più a fondo della mera analisi del quadro normativo, utilizzando altri indicatori qualitativi e quantitativi per attingere ai ‘fatti istituzionali’ e valorizzando - ove possibile - i contributi provenienti da organismi indipendenti, interni o esterni ai Paesi candidati.

¹⁶⁸ Art. 2, Regolamento (UE) n. 231/2014.

L'OMESSA PRONUNCIA SULL'ISTANZA DI RINVIO PREGIUDIZIALE NON INTEGRA L'ERRORE DI FATTO REVOCATORIO.

The omitted ruling regarding the request for a European Court of Justice preliminary ruling does not integrate the conditions for the Italian legal remedy of revocazione.

Salvatore Esposito

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza 28 gennaio 2021, n. 836

Massima - La *revocazione* non appare esperibile nei casi in cui il giudice nazionale, quand'anche di ultima istanza, abbia omissso di formulare, anche a negativo od omissso riscontro all'istanza di parte, questione interpretativa e di operare il *rinvio pregiudiziale* alla Corte di giustizia europea. L'*istanza di rinvio pregiudiziale* va qualificata in termini di mera *sollecitazione* al rilievo officioso in quanto inidonea a strutturare una *domanda* (o un'*eccezione*) in senso tecnico. In ordine ad essa, quindi, non opera il *principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*. Ne discende l'impossibilità di prospettare l'*omessa pronuncia* sulla questione interpretativa e, per l'effetto, si esclude la configurabilità dell'*errore di fatto* revocatorio.

Sintesi: il presente lavoro involge l'istituto giuridico della revocazione proponendosi di contribuire alla definizione dei confini della figura dell'errore di fatto revocatorio. Esso muove dall'analisi di una recente sentenza del Consiglio di Stato secondo cui l'omessa pronuncia sull'istanza di rinvio pregiudiziale non si presenta idonea a integrare l'errore di fatto revocatorio. L'indagine prosegue analizzando un precedente e diverso orientamento della giurisprudenza sul medesimo punto, mettendone in luce i contenuti peculiari e le relative differenze rispetto alla posizione adottata successivamente dal Consiglio di Stato. Ebbene, le tesi interpretative oggetto di indagine forniscono una soluzione antitetica alla medesima questione giuridica - cioè se, e a quali condizioni e limiti, l'omessa pronuncia su questione interpretativa possa equipararsi all'omessa pronuncia su domanda o eccezione di parte -, basandosi su un percorso argomentativo fondato su premesse differenti. Alla luce dell'analisi compiuta e delle osservazioni svolte durante la presente trattazione, si avanzano alcune conclusioni cercando di rispondere ai quesiti che hanno mosso la presente ricerca.

Abstract: *this work concerns the Italian legal institution of revocazione and aims to contribute to define the conditions of the legal remedy, with particular reference to one of its prerequisites: the errore di fatto revocatorio (revocatory factual error). The study is based on the analysis of a recent judgment of the Consiglio di Stato (the Italian Council of State) according to which the omitted ruling regarding the request for a European Court of Justice Preliminary Ruling does not integrate the conditions for the Italian legal remedy of revocazione. The research continues by analysing an earlier and different line of case law on the same point, highlighting its specific contents and its differences in comparison with the position subsequently adopted by the Consiglio di Stato. The two different points of view under investigation provide an antithetical solution to the same legal question and are also based on an argumentation that happens to be based on different premises. Finally, in light of the analysis and the observations made during this discussion, conclusions can be drawn in an attempt to answer the questions that prompted this research.*

Parole chiave: Giurisdizione amministrativa; revocazione; errore di fatto; omessa pronuncia; istanza di rinvio pregiudiziale.

Keywords: *Judicial review of administrative action; Italian legal institution of revocazione; factual error; omitted ruling; request for European Court of Justice preliminary ruling.*

INDICE: 1. Premessa introduttiva - 2. La tesi interpretativa accolta dal Consiglio di Stato - 3. Un precedente difforme - 4. Rilievi conclusivi.

1. Premessa introduttiva.

Il principio emerge dalla sentenza in commento¹, che ha dichiarato inammissibile il ricorso per la *revocazione* di una precedente pronuncia del Consiglio di Stato².

La decisione del giudice di secondo grado era stata impugnata sul presupposto di un *errore di fatto* revocatorio inteso come *omesso esame e/o travisamento di un atto processuale* e declinato in termini di sostanziale *omessa pronuncia sull'istanza di rinvio pregiudiziale*.

Il giudice d'appello, infatti, aveva disatteso l'*istanza di rinvio pregiudiziale* alla Corte di giustizia europea in base all'argomentato rilievo che, alla luce della precedente giurisprudenza euro-unitaria, non sussistessero dubbi in ordine all'esatta interpretazione della norma comunitaria evocata in giudizio.

Il giudice della *revocazione*, nel motivare l'inammissibilità del ricorso, ha ribadito che il rigetto dell'*istanza* pregiudiziale si fondava sul superamento della questione interpretativa in ragione dei principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Ha soggiunto, poi, che "comunque" non sussisterebbe la pretesa, di per sé tutelabile, a "conoscere il punto di vista della Corte di giustizia", né la possibilità che quest'ultima integri una precisa *istanza* tale che il suo omesso vaglio possa prefigurare una fattispecie revocatoria.

Il principio massimato si rivela innovativo per due ordini di ragioni: nel porsi in contrasto con decisioni diversamente orientate sul punto, non solo rappresenta una soluzione antitetica alla medesima questione giuridica, ma costituisce altresì il risultato di un percorso argomentativo fondato su premesse del tutto differenti.

Il presente commento trae origine, in particolare, da quanto esposto al quarto punto della parte in diritto della sentenza in esame. Si procederà alla sua analisi, onde poi confrontarla con un precedente difforme, espressione di un diverso orientamento del Consiglio di Stato.

2. La tesi interpretativa accolta dal Consiglio di Stato.

Il punto di partenza dell'argomentazione del Collegio è costituito dal principio *jura novit curia*³ - di cui all'art. 113 c.p.c.⁴ - sulla base del quale, ad avviso del giudice amministrativo, «l'esatta interpretazione delle norme applicabili al caso concreto rientra nella esclusiva disponibilità

¹ Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2021, n. 836, in www.giustizia-amministrativa.it.

² Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2020, n. 477, in www.giustizia-amministrativa.it.

³ Sul principio in argomento, A. PIZZORUSSO, voce «*Jura novit curia*», in *Enc. Giur.*, XVIII, 1990, p. 1 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, Torino, 1980, p. 188 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., Napoli, 1935, p. 328; G.A. MICHELI, *Jura novit curia*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 575 ss.; S. SATTA, *Jura novit curia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 380 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 68; C. PUNZI, *Jura novit curia*, Milano, 1965. Si v. anche C. CAVALLINI, *Jura novit curia (civil law e common law)*, in *Riv. dir. processuale*, 2017, 754 ss.

officiosa del giudicante», il quale «non è vincolato, se non nei limiti del *thema decidendum*, alla prospettazione delle parti».

La prima conseguenza che il Consiglio di Stato ne trae è: «L'istanza di rinvio pregiudiziale [...] va acquisita in termini di mera sollecitazione al rilievo officioso, essendo inidonea a strutturare, sul piano formale, una domanda [...] in ordine alla quale operi [...] il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato». La seconda, «che, per l'effetto, non è possibile, per definizione, prospettare una omessa pronuncia sulla questione interpretativa, in ordine alla quale possa anche solo astrattamente prefigurarsi, nei sensi chiariti, un errore senso percettivo del giudice, che - per una svista - abbia trascurato di apprezzarla». La terza conseguenza che ne desume è: «[...] L'esatta interpretazione della normativa di fonte euro-comune, per quanto riservata - per note ed evidenti ragioni di uniformità - alla Corte di giustizia, è in ogni caso mediata, trattandosi di questione di diritto e non di fatto, dal necessario e strumentale vaglio di rilevanza [...]».

Su tali basi, il Collegio ha ritenuto che il rimedio revocatorio non appare esperibile nei casi in cui il giudice, anche di ultima istanza, abbia omesso di operare - pronunciandosi negativamente od omettendo la pronuncia - il rinvio pregiudiziale alla Corte europea, ai sensi all'art. 267 del TFUE (ex articolo 234 del TCE)⁵. In altri termini, il giudice amministrativo, nel qualificare l'istanza di rinvio pregiudiziale come mera sollecitazione e precludendo l'operatività del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato⁶, ha escluso che dell'omessa pronuncia su questione interpretativa sia assimilabile all'omessa pronuncia su domanda o eccezione di parte⁷ e, conseguentemente, la configurabilità dell'errore di fatto revocatorio⁸.

Tanto premesso, si ritiene opportuno svolgere alcune considerazioni sul principio *jura novit curia*, che, come già rammentato, troverebbe il suo fondamento nell'art. 113 c.p.c..

Nella parte che rileva ai fini dedotti, tale disposizione normativa recita: «Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto [...]». La norma in oggetto definisce, in primo luogo, il principio di legalità nella pronuncia giudiziaria, espressione di quello più generale di soggezione esclusiva del giudice alla legge⁹, di cui all'art. 101 Cost.

⁴ Per un approfondimento sul fondamento normativo del principio, C. PUNZI, *Jura novit curia*, cit.; G.A. MICHELI, *Jura novit curia*, cit.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 2007, p. 80; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 62 ss., secondo i quali la norma sarebbe desumibile dall'art. 113 c.p.c. In altra prospettiva, G. CORSO, art. 32, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, p. 326 ss.; V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1961, pp. 244-245, i quali, per contro, ritengono che il principio scaturisca dall'art. 101 Cost.; sul punto, cfr. anche R. GUASTINI, *Il giudice e la legge: lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995, p. 118 s.; nel senso di escludere la derivazione del principio *jura novit curia* dagli art. 113 c.p.c. e 101 Cost. v., S. SATTA, *Jura novit curia*, cit.; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, p. 118 ss.; Id., art. 112, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1973, p. 1263.

⁵ Sull'istituto del rinvio pregiudiziale in generale, M. BROBERG, N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2013; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia*, Torino, 2012; C. NAOMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen. Guide pratique*, II ed., Bruxelles, 2010; B. NASCIMBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunitario*, 2009, 1675 ss.; M.C. REALE e M. BORRACCETTI, *Da giudice a giudice. Il dialogo tra giudice italiano e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008; A. TIZZANO e S. FORTUNATO, *La tutela dei diritti*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, 1271 ss.; A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano, 1997; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996.

⁶ Sul tema generale della domanda giudiziale e sul principio di cui all'art. 112 c.p.c., C. CONSOLO, voce «Domanda giudiziale», in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991; R. ORIANI, voce «Domanda giudiziale», in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989; S. SATTA, voce «Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)», in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964; G. VERDE, voce «Domanda (principio della)», I, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989; E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extra petizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965.

⁷ Sull'«omissione di pronuncia su domande o eccezioni delle parti» si richiama, sin d'ora, Cons. Stato, Ad. Plen., 22 gennaio 1997, n. 3, in *Dir. proc. amm.*, 1997, IV, p. 830 ss., con nota di F. FRANCIOSI, a cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

⁸ La forma e il contenuto dell'errore di fatto revocatorio sono stati compiutamente definiti dalla giurisprudenza, si v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2021, n. 1644, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2021; Id., 19 febbraio 2021, n. 4488, in *Guida al dir.*, 2021, 22; Id., sez. V., 28 gennaio 2021, n. 828, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2020.

⁹ Cfr. E. GRASSO, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, Torino, 1973, p. 1279 ss.

In secondo luogo, sancisce il principio *jura novit curia* per il quale il giudice, pur vincolato all'iniziativa delle parti nella ricostruzione del fatto, è libero nella ricerca e nell'interpretazione del diritto da applicare alla fattispecie. In altre parole, il giudice è tenuto alla completa ricostruzione della normativa applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio¹⁰ e nello svolgimento di tale attività tiene conto delle norme di cui le parti chiedono l'applicazione, pur non essendo vincolato a esse.

Si ravvisa, per un verso, un *dovere-potere* di conoscere e determinare la regola di diritto applicabile alla fattispecie concreta. È fatta salva, per altro verso, la possibilità di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti, ai rapporti dedotti in giudizio e all'azione esercitata, nel rigoroso rispetto dei fatti costitutivi posti a fondamento della domanda. In definitiva, il giudice ha il potere di operare una diversa qualificazione giuridica del rapporto nei limiti dell'iniziativa delle parti nella ricostruzione del fatto.

La principale limitazione intrinseca di tale potere, invero, è costituita dal *principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato* dell'art. 112 c.p.c., in ragione del quale il giudice può decidere solo sui fatti dedotti in giudizio dalle parti.

Svolte tali premesse, che si omette di ampliare per ragioni teleologiche e di sintesi, si propongono alcuni spunti di riflessione.

Sorge un *dubbio* sulle conseguenze che determinerebbe la qualificazione dell'*istanza* di rinvio pregiudiziale in termini di mera *sollecitazione*. Affinché possa meglio affrontarsi la questione, pare opportuno muovere dal contenuto della norma di cui all'art. 267 del TFUE, poc'anzi richiamata. La disposizione, al primo capoverso, statuisce:

«La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione». Com'è noto, infatti, l'esatta interpretazione della normativa di fonte euro-comune è riservata alla Corte di giustizia.

Il secondo paragrafo dispone: «Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione».

È stabilito, quindi, che, se una questione si pone dinanzi al giudice le cui sentenze siano impugnabili, quest'ultimo ha la *facoltà* di rinviarla alla Corte di giustizia: il giudice nazionale, se non di ultimo grado, ha il potere di interpretare il diritto dell'Unione senza rivolgersi alla Corte. Trattasi della componente *facoltativa* del modello processuale.

Di seguito, il terzo comma recita: «Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte». Ovvero, se una questione pregiudiziale si pone davanti a un giudice di ultimo grado, questi ha

¹⁰ A tal proposito, sia concesso un riferimento a P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 843: «Posso immaginare che il titolo prescelto appaia - di primo acchito - decisamente bizzarro. E non si avrebbe torto, se gli si dà il significato che 'invenzione' ha nel linguaggio corrente: un artificio, o, addirittura, la falsazione di un fatto reale. Tutto cambia se la si coglie come un latinismo, dandole il contenuto che, appunto nella lingua latina, hanno il verbo 'invenire' e il sostantivo 'inventio', ossia un cercare per trovar qualcosa, un reperire come si afferma in una recentissima sentenza delle Sezioni Unite Civili della Cassazione [...] L'operazione intellettuale tipicamente giudiziale è la *inventio*, il reperimento. E non si creda che io voglia risolvere tutto in un gioco di parole. Si deve semplicemente dare una lettura adeguatrice all'articolo 113 del vigente 'Codice di procedura civile', dove, sotto la rubrica 'Pronuncia secondo diritto', si dà cittadinanza al vecchio brocardo *iura novit curia*, insegnando: «Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto». È doveroso, sul punto, riportare l'autorevole insegnamento del CARNELUTTI: «*Inventio* ha il preciso significato di penetrazione (*venire in*) nella *res* e perciò di scoperta della sua verità o, il che torna allo stesso punto, del suo valore, che non è poi altro se non il suo posto nel tutto o il suo rapporto col tutto». Così F. CARNELUTTI, *Arte e scienza*, in Aa. Vv., *Arte e scienza* (Atti del Convegno), a cura di A. GUZZO, Firenze, 1959, p. 25.

l'*obbligo* di rivolgersi alla Corte: tale è la componente *obbligatoria* del modello processuale del *reféré*¹¹.

Ciò posto, si svolgeranno alcune osservazioni. Si è già richiamato il rapporto *causa-effetto* tra il principio *jura novit curia* e la qualificazione dell'*istanza* di rinvio come mera *sollecitazione* al rilievo officioso. Si è omissso, tuttavia, lo specifico riferimento a un'ulteriore parte del ragionamento, così espresso nella sentenza: «*Va acquisita in termini di mera sollecitazione [...] essendo inidonea a strutturare, sul piano formale, una domanda (o una eccezione) in senso tecnico*». Per il giudice amministrativo, sulla base del principio *jura novit curia*, l'*istanza* non può qualificarsi come domanda in quanto inidonea a definire il *thema decidendum*.

Di qui, il *dubbio principale*: ci si chiede se la nozione di mera *sollecitazione* non sia incompatibile con l'*obbligo* giuridico stabilito dall'art. 267 del TFUE. I giudici di ultima istanza sono tenuti a deferire la questione interpretativa alla competenza esclusiva della Corte di giustizia.

Così, la conseguenza della dequalificazione (a mera *sollecitazione*), di natura evidentemente controversa, comporterebbe l'elusione dell'*obbligo* giuridico definito dal Trattato.

Nella giurisprudenza, com'è noto, l'*obbligo* dei giudici di ultima istanza conosce talune eccezioni, in presenza delle quali il giudice nazionale può astenersi dal sottoporre la questione alla Corte, risolvendola sotto la propria competenza e responsabilità. Nella sentenza in oggetto, infatti, si legge: «*L'esatta interpretazione della normativa di eurocomune [...] è in ogni caso mediata [...] dal necessario e strumentale vaglio di rilevanza, ancorato alla sussistenza di un concreto e specifico dubbio ermeneutico [...] tipicamente escluso - nella logica dell'acte claire - dalla riscontrata esistenza di precedenti pronunzie della Corte [...]*».

Tali eccezioni, in primo luogo, si verificano qualora la questione sollevata sia materialmente identica ad altra formulata in relazione ad analoga fattispecie, che sia stata già decisa in via pregiudiziale; in secondo luogo, quando la disposizione europea sia talmente chiara da non porre dubbi interpretativi (*in claris non fit interpretatio*)¹².

Risulta evidente che l'*obbligo* giuridico statuito dal Trattato soffra di alcune eccezioni ad esso connaturate, desumibili dalla stessa *ratio* dello strumento interpretativo, nonché, dal punto di vista pratico, dall'esigenza di non appesantire inutilmente il carico di lavoro della Corte di giustizia.

Malgrado siffatte constatazioni, l'*obbligo* giuridico definito dal Trattato, ancorché temperato dalle eccezioni elaborate dalla giurisprudenza, rimane. Le eccezioni, che trovano ragion d'essere nella regola stessa, valgono a completarla¹³; non valgono a giustificare un'interpretazione che faccia di un *obbligo* una (mera) *facoltà*.

La qualificazione della domanda come mera *sollecitazione*, infatti, pare comportare un'elusione dell'*obbligo*, ponendosi in contrasto con esso. Sicché, tale inosservanza, sembra portare a un'ulteriore anomalia: se l'*obbligo* giuridico venisse svuotato della sua portata precettiva, non vi sarebbe alcuna differenza con la *facoltà* di cui al comma precedente dell'art. 267 del TFUE.

¹¹ In particolare sull'*obbligo* di rinvio pregiudiziale, G. VITALE, *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in Riv. it. Dir. pubbl. comunitario, 2013, p. 59 ss.; M. P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in Riv. it. Dir. pubbl. comunitario, 2012, p. 745 ss.; M. CONDINANZI, *I giudici italiani "avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno" e il rinvio pregiudiziale*, in Il Diritto dell'Unione europea, 2010, p. 295 ss.

¹² Sulle ridette 'eccezioni', si rinvia alla giurisprudenza essenziale in tema: Corte di giustizia, 27 marzo 1963, cause 28-30/62, *Da Costa*; Id., 6 ottobre 1982, causa 283/81, *Cilfit*; Id., 9 settembre 2015, causa C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito e altri*; Id., 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*.

¹³ «Ciò che completa la regola è l'eccezione. La giustizia non si ottiene con la regola se essa non è integrata, quando occorre, con l'eccezione; o se, in altre parole, la regola non è superata nei casi in cui occorre superarla per fare il bene». Così F. CARNELUTTI, *Tempo perso*, Firenze, 1959, vol. IV, p. 666. Per un completo approfondimento sul concetto di 'eccezione' cfr., almeno, S. PUGLIATTI, voce «*Eccezione (teoria generale)*», in Enc. dir., vol. XIV, Milano, 1965, pp. 151-172.

La criticità consisterebbe nel parificare l'*obbligo*, di cui al terzo comma, alla *facoltà*, di cui al secondo comma¹⁴. Il ché confliggerebbe, per un verso, con la *ratio legis* sottesa alla norma del Trattato; per altro verso, con la coerenza della disposizione sul piano strutturale e terminologico¹⁵. Il senso della disciplina, difatti, è così ravvisabile: un eventuale errore del giudice nazionale non di ultima istanza potrà essere riparato tramite un ricorso avverso la sua pronunzia; per converso, un errore del giudice di ultima istanza non è suscettibile di riforma e acquista la forza del giudicato. Per di più, *ab absurdo*, si attribuirebbe all'enunciato normativo, immediatamente successivo, il significato attribuito al capoverso precedente¹⁶. Ci si troverebbe, così, di fronte a due norme identiche, a scapito di disposizioni normative chiaramente diverse¹⁷ sul piano dei presupposti e degli effetti, nonché, peraltro, a un enunciato normativo *superfluo*¹⁸.

In definitiva, la parificazione dell'*obbligo* alla *facoltà*, si porrebbe in contraddizione con l'interpretazione letterale dell'enunciato normativo, con l'interpretazione teleologica, in termini sia di *ratio legis*, sia di volontà del legislatore concreto; e, volendo adoperare l'ipotesi del legislatore non ridondante¹⁹, ci si troverebbe di fronte a una disposizione normativa *superflua*.

3. Un precedente difforme.

Sviluppati i dubbi riguardanti il ragionamento compiuto dalla sentenza in esame, si reputa

¹⁴ Si rammenti, al solo fine di rimarcare la distanza tra le due disposizioni, il rapporto tra i concetti deontici di *obbligo* e *facoltà*, che si presentano in opposizione "*forte*" tra loro, in posizione di contraddittorietà. Sui modi deontici fondamentali, cfr. G. CARCATERRA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, II ed., Torino, 2012, p. 43 ss., Id., *Corso di filosofia del diritto*, Roma, 2007, pp. 123-133. Sul quadrato degli opposti deontici, si v. F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, pp. 561-567. Sulla contraddittorietà dei suddetti termini, cfr. F. MODUGNO, voce «*Ordinamento giuridico (dottrine generali)*», in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, pp. 706-707.

¹⁵ Si presume, a buona ragione, la costanza terminologica del linguaggio legislativo: «Si tratta di quel modo di vedere secondo cui: il legislatore impiega ciascun termine o sintagma sempre con lo stesso significato (quanto meno all'interno di ciascun documento normativo); e reciprocamente, quando il legislatore impiega termini o sintagmi diversi, questi non possono avere un medesimo significato (almeno non nell'ambito di un medesimo documento normativo)». Così R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2011, p. 299. In argomento, si v. anche E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 310 s.; V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, p. 158 ss.

¹⁶ Cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 305 - 306, e Id., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2004, pp. 176 - 177, nonché G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, e continuato da L. MENGONI, Milano, 1980, pp. 369-370. Attribuire lo stesso significato a una disposizione letteralmente e teleologicamente differente consisterebbe in un procedimento "non ragionevole" che renderebbe, per l'effetto, il suo risultato, la norma, "assurda". Per alcuni esempi sulle varianti dell'argomento per assurdo si v., G. LAZZARO, *Argomenti dei giudici*, Torino, 1970, p. 95 ss.

¹⁷ Può ragionevolmente escludersi, infatti, la presenza di disposizioni, in tutto o in parte, sinonimiche, tali che: «L'una, insomma, sia mera iterazione, ripetizione, dell'altra. In questi casi, a due disposizioni corrisponde una sola norma. Come pure può accadere (e ciò è più frequente) che due disposizioni siano non perfettamente, ma per così dire, parzialmente sinonimiche. Nel senso che esse esprimono due insiemi di norme che si sovrappongono in parte». Così R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 67-68.

¹⁸ Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 371 s. Si esclude «l'attribuzione a un enunciato normativo di un significato che già viene attribuito ad altro enunciato normativo [...] se quell'attribuzione di significato non venisse esclusa, ci si troverebbe di fronte a un enunciato normativo superfluo. La persuasività di questo argomento si fonda sulla credenza che il legislatore (comunque inteso) segua criteri di economicità e non sia ripetitivo».

¹⁹ «L'ipotesi della non ridondanza del legislatore regge talune consolidate abitudini interpretative per quanto concerne l'attribuzione di significati distinti a coppie di enunciati dello stesso livello». Così G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 372, ove si precisa che l'*argomento economico* trova possibile impiego soltanto in ordine a enunciati normativi che provengono dalla stessa fonte formale; si esclude, per converso, la sua operatività: «nel caso di enunciati di diversa fonte formale, e specialmente se di livello gerarchico diverso [...] la ripetitività è frequentemente praticata e apparentemente molto apprezzata».

pertinente, nonché proficuo ai fini innanzi esposti, il richiamo a una pronuncia diversamente orientata²⁰.

La tesi qui sviluppata, analogamente alla sentenza oggetto di commento, coinvolge la qualificazione del rinvio pregiudiziale alla Corte europea. Il ragionamento compiuto dal giudice amministrativo, ciononostante, presenta una diversa struttura. In particolare, non solo muove da altre premesse, ma giunge anche a conclusioni antitetiche.

Preliminarmente, la sentenza rammenta che il «fondamentale pronunciamento del Consiglio di Stato in sede di Adunanza plenaria (sentenza n. 3 del 22 gennaio 1997), ha dato una lettura estensiva dell'errore di fatto revocatorio, ritenendo di farvi rientrare anche l'omessa pronuncia su domande o eccezioni di parte, concorrendo - le stesse - a delimitare il thema decidendum», in tal modo definendo il punto di partenza dell'argomento. Di seguito, comparando l'omessa pronuncia su domande o eccezioni di parte con l'omessa pronuncia su questioni pregiudiziali di rilevanza europea, conclude per l'assimilazione delle due fattispecie. Tanto si evince dal tenore letterale della sentenza: «A tale fattispecie va equiparata l'omessa pronuncia su questioni pregiudiziali di rilevanza europea, suscettibili di divenire oggetto (come nel caso all'esame) di una formale istanza di rimessione ad un plesso giurisdizionale (la Corte di Giustizia) diverso da quello adito, e competente in via esclusiva, per effetto delle limitazioni di sovranità cui hanno consentito gli Stati membri, ad interpretare esattamente e con uniformità di applicazione il diritto europeo». Sembra che la tesi così espressa si risolva nell'equiparazione delle due fattispecie poc'anzi menzionate, almeno nel suo nucleo fondamentale. S'impone una precisazione: il Collegio non ha definito come "domanda di parte" l'istanza di rinvio pregiudiziale, bensì l'ha equiparata a essa, al fine d'integrare l'ipotesi di omessa pronuncia.

Tanto chiarito, si procede ad analizzare gli elementi utilizzati a sostegno della tesi esposta. In particolare, sembra possibile individuare un argomento *a simili*²¹. Il procedimento analogico, che involge le due fattispecie di omessa pronuncia, *in primis* si fonda sulla base dei seguenti elementi: a) la competenza esclusiva della Corte di giustizia a interpretare esattamente e con uniformità di applicazione il diritto europeo; b) la sussistenza, per i giudici nazionali di ultima istanza, di un preciso obbligo giuridico. L'inferenza si rafforza, *in secundis*, sul presupposto della medesima *ratio iuris* compresa nella nozione di domanda. Sul punto, così si spiega in motivazione: «La conclusione, del resto, trova conforto in via interpretativa nell'identica *ratio iuris* sottesa alla nozione di domanda». La stessa *ratio iuris* competerebbe, quindi, all'istanza di rinvio pregiudiziale.

Nel seguire l'ordine così definito, quanto ai primi elementi, si faranno alcune riflessioni. L'omissione di pronuncia su domande o eccezioni di parte costituisce violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, di cui all'art. 112, c.p.c. La sentenza (n. 2532/2018), della quale ci si sta occupando, equipara l'omessa pronuncia su istanza di rinvio pregiudiziale all'omessa pronuncia su domande o eccezioni di parte.

²⁰ Cons. Stato, sez. IV, 26 aprile 2018, n. 2532, in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ Senza alcuna pretesa di completezza, attesa la vastità della letteratura sul tema dell'analogia, cfr., almeno, N. BOBBIO, voce «Analogia», in *Novissimo digesto italiano*, vol. I, Torino, 1957; G. CARCATERRA, voce «Analogia (teoria generale)», in *Enc. giur.*, vol. II, Roma, 1988; M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941; L. CAIANI, voce «Analogia», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958; L. PELLICCIOLI, V. VELLUZZI, *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, 2011; sui diversi schemi, logici e retorici, impiegati per adoperare l'argomento analogico, si v., G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 350-355; per una ricostruzione dell'istituto, nonché dell'interpretazione estensiva si rinvia a M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003 e P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999.

Se le omissioni sono parificate, si può ragionevolmente ritenere che l'inosservanza dell'art. 267 TFUE, nella parte in cui statuisce il preciso obbligo giuridico per il giudice nazionale di rimettere la questione interpretativa alla Corte di giustizia, sia equiparata alla violazione dell'art. 112 c.p.c. Ancora, se siffatta ultima violazione consiste nell'inosservanza dell'*obbligo* del giudice di pronunciarsi, può allora inferirsi analogo *obbligo* del giudice nazionale (di ultima istanza) a pronunciarsi rinviando la questione alla Corte di giustizia, o non rinviandola motivando il rigetto in presenza di un'eccezione. E, seguendo un ragionamento meramente abduittivo²², chiarito che nell'art. 267 TFUE è ravvisabile il dovere di pronunciarsi, si potrebbe ritenere l'*istanza* di rinvio pregiudiziale assimilabile alla nozione di *domanda*. Se il risultato del procedimento inferenziale è una pronuncia, in ragione della regola che postula l'*obbligo* giuridico di pronunciarsi, può ragionevolmente ritenersi che tale risultato, passando per la regola, trovi la sua fonte in una *domanda*. Il che restituisce, nei limiti dell'abduzione²³, vigore all'argomento *a simili*, nonché coerenza al sistema giuridico²⁴, poiché il significato del terzo capoverso dell'art. 267 TFUE sembra convergere con quello dell'art. 112 c.p.c.

Quanto alla menzionata *ratio iuris*, che pare sia utilizzata al fine di rafforzare il procedimento analogico svolto nella sentenza, ci si chiede in che termini debba essere intesa. Trattasi, sembrerebbe, dei principi e delle caratteristiche fondamentali desumili dall'esame comparativo delle disposizioni normative, attinenti alla nozione di *domanda* nonché all'*istanza* di rinvio pregiudiziale. In particolare, si veda il tenore letterale della sentenza: «[...] Altro non essendo - l'istanza di rimessione - che una domanda rivolta al giudice interno di rimettere», sulla base di un preciso obbligo giuridico, «la valutazione di una questione all'unico organo giurisdizionale deputato secondo il Trattato istitutivo a fornire l'esatta e uniforme interpretazione del diritto europeo».

4. Rilievi conclusivi.

La tesi espressa nel precedente difforme sembra trovare fondamento nell'interpretazione estensiva dell'art. 267 TFUE, operata con l'ausilio dell'art. 112 c.p.c. Dall'elemento della competenza esclusiva del giudice europeo, in relazione al quale opera il menzionato *obbligo* giuridico, si desume, anche nell'ipotesi di rinvio pregiudiziale, il dovere, del giudice nazionale di ultima istanza, di pronunciarsi. E sul dovere di pronunciarsi in entrambi i casi si è costruita l'analogia tra omessa pronuncia su *domanda* o *eccezione* di parte e omessa pronuncia sull'*istanza* di rinvio pregiudiziale.

È doveroso aggiungere che il giudice amministrativo, prima di compiere le predette valutazioni in punto di diritto, ha sottoposto tale omessa pronuncia al vaglio dei requisiti, elaborati dalla giurisprudenza, che caratterizzano l'errore di fatto revocatorio²⁵.

²² In argomento, Cfr. G. CARCATERRA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, cit., pp. 171-175, ove l'abduzione è introdotta nitidamente in questi termini: «Di solito procediamo dalla causa agli effetti (c'è fuoco, dunque qualcosa brucia). Ma non di rado ignoriamo la causa e conosciamo solo gli effetti e, seppur con minor certezza, procediamo a rovescio, dagli effetti risaliamo alla causa di cui quegli effetti sono segni o indizi (c'è qualcosa che brucia, dunque deve esserci del fuoco)». Per un approfondimento, I.M. COPI, C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna, 1997; P. GARBOLINO, *La nuova arte di pensare. Elementi di logica dell'inferenza induttiva*, Ferrara, 1990; G. KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, Milano, 1971; C.S. PIERCE, *La logica dell'abduzione*, in *Scritti di filosofia*, Bologna, 1978.

²³ Va ricordato - a noi stessi - che l'abduzione è sempre probabilistica poiché, pur "passando dalla regola", procede a ritroso, dal conseguente all'antecedente (effetto-causa); sicché, in assenza di leggi a carattere universale in grado di definire quando, per un effetto, sussistono una o più specifiche cause, la conclusione non è mai contenuta per intero nelle premesse.

²⁴ Sull'interpretazione sistematica, cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 375 ss.; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 296 ss.; G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, 1965; V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, cit.

²⁵ Sul punto si v., *ex aliis*, Cons. Stato, sez. III, 14 aprile 2021, n. 3068, in *Redazione Giuffrè*, 2021; Id., sez. IV, 26 febbraio 2021, n. 1644, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2021; Id., sez. III, 3 dicembre 2020, n. 7668, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2021.

Questi ultimi, infatti, hanno trovato pieno riscontro nella fattispecie oggetto della pronuncia, e rappresentano - forse - il nucleo centrale della questione risultando decisivi all'individuazione dell'errore in punto di fatto, ancor prima di apprezzare analogie e differenze tra omessa pronuncia su *domanda* o *eccezione* di parte e omessa pronuncia sull'*istanza* di rinvio pregiudiziale.

Tanto chiarito, non si comprende perché la sentenza in commento, per contro, si sia concentrata esclusivamente su valutazioni in punto di diritto. Quest'ultima fa leva, infatti, sulle *differenze* tra la *domanda* in senso tecnico e l'*istanza* di rinvio pregiudiziale, e nel far questo sembrerebbe determinare talune incongruenze sul piano interpretativo, sulle quali ci si è soffermati in precedenza. Pare, inoltre, che il ragionamento in essa contenuto non si cali nella sfera concreta giacché esso non trova riscontro in alcuna specifica ipotesi di omissione di pronuncia sull'*istanza* di rinvio pregiudiziale. In altri termini, spingendosi al di là dei limiti della fattispecie in esame, esso ha trascurato di apprezzare i requisiti, indicati dalla giurisprudenza, ai fini dell'individuazione dell'errore di fatto revocatorio ed è giunto ad un risultato foriero di alcuni dubbi e incertezze. In definitiva, la sentenza in commento sembrerebbe differire - dal precedente difforme - in termini di concretezza e, in via consequenziale, anche di completezza, per le ragioni suesposte, manifestando così, forse, un'ancora persistente incertezza nell'individuazione dei confini dell'errore di fatto revocatorio.

LE GREEN COMMUNITIES: SPUNTI PER UNA RICOSTRUZIONE GIURIDICA E PROSPETTIVE DI ATTUAZIONE TRA PUBBLICO E PRIVATO.

Augusto Di Cagno

Abstract: Nel presente scritto si analizza il tema delle *green communities*, già previste dall'art. 72 della legge n. 221 del 2015. L'interesse per le *green communities* viene ravvivato dal recente PNRR che, stante la necessità di una sua adeguata attuazione, impone all'interprete di chiarire anzitutto "cosa" siano le *green communities* e quale possa essere il loro ruolo nella protezione dell'ambiente. Nel solco degli strumenti pubblicistici e privatistici di tutela dell'ambiente, si tenta di offrire una qualificazione giuridica della *green community*, onde evidenziare se si possa attribuire alle comunità coinvolte una funzione pubblica a tutela dell'ambiente. Da un'analisi degli strumenti e delle normative esistenti, si prospetteranno alcune dimensioni delle "comunità verdi", che, a seconda della loro qualificazione come soggetti privati o pubblici, e senza omettere le criticità sottese, tracciano talune possibili interessanti prospettive per il coinvolgimento delle comunità nel perseguimento degli interessi generali di tutela dell'ambiente.

This paper analyzes the theme of green communities, already governed by art. 72 of the law n. 221 of 2015. The interest in green communities is revived by the recent PNRR which requires the interpreter to first clarify "what" green communities are and their role in protecting the environment. This paper analyzes public and private tools for the protection of the environment and then attempts to offer a legal qualification of the green community, in order to highlight whether it is possible to attribute to the communities involved a public function to protect the environment. From an analysis of the existing tools and regulations, some dimensions of the "green communities" will be envisaged, which, depending on their qualification as private or public entities, and without omitting the underlying criticalities, outline some possible interesting perspectives for the involvement of community in pursuit of the general interests of environmental protection.

SOMMARIO: **1.** L'inquadramento delle *green communities* nel solco degli strumenti di protezione dell'ambiente; **2.** Spunti per una definizione delle *green communities*; **3.** Il ruolo della *green community* nel contesto dello sviluppo sostenibile e dell'economia circolare: gli strumenti normativi e amministrativi esistenti nella dimensione pubblica e privata; **4.** La dimensione della *green community* nell'ambito degli strumenti di mercato a tutela dell'ambiente; **5.** La dimensione della *green community* nella gestione dei beni pubblici e delle risorse naturali; **6.** La dimensione delle *green communities* nell'esercizio delle funzioni degli enti locali e nei servizi di interesse generale a tutela dell'ambiente; **7.** La *green community* come rete di soggetti pubblici; **8.** Brevi considerazioni conclusive e prospettive per la *green community*.

1. L'inquadramento delle *green communities* nel solco degli strumenti di protezione dell'ambiente.

Di fronte a fenomeni quali la grave crisi climatica in corso, la dilagante minaccia per gli ecosistemi e la biodiversità, l'inquinamento e il costante e perdurante consumo delle risorse e dei territori, tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico e, specialmente, gli operatori del diritto amministrativo sono chiamati, oggi più che mai, a confrontarsi con regole e strumenti di *governance* amministrativa inediti e orientati ad assicurare un sempre più elevato livello di salvaguardia dell'ambiente e della sua "resilienza"¹.

A tal fine, le normative adottate e le prassi seguite in ogni ordinamento giuridico hanno visto intervenire tanto gli enti pubblici, ad ogni livello di governo, quanto i privati, in politiche di protezione dell'ambiente, dei beni collettivi, delle risorse naturali (come acqua, boschi e paesaggio) e, più in generale, degli ecosistemi.

Per vero, l'analisi delle discipline in materia ambientale ha portato a delineare due grandi schemi di intervento pubblico a tutela degli ecosistemi.

Secondo un primo modello, le amministrazioni sono gli autori diretti e strategici di scelte autoritative di tutela dell'ambiente, secondo un paradigma "dall'alto" notoriamente definito di *command and control*. Le politiche ambientali ispirate a tale approccio fanno ampio uso dei tradizionali strumenti del potere pubblico, attraverso atti di pianificazione, autorizzazione, di controllo, imposizione di divieti e sanzionatori.

Secondo un altro modello, la tutela dell'ambiente viene assicurata da strumenti del mercato, che operando "dal basso" e secondo schemi del diritto privato vedono coinvolti nella funzione di protezione dell'ambiente anche gli attori del "mercato"², i soggetti privati, quali operatori economici e comunità. Sicché la tutela dell'ambiente si fonda su un tessuto di rapporti a carattere "orizzontale" che conferisce anche ai soggetti privati un ruolo pubblico con finalità di protezione ambientale³.

Seguendo tale chiave di lettura, una modalità di intervento per l'appunto "dal basso" evidenzia la presenza di "comunità" che, pur nella loro eterogeneità, sono impegnate in politiche di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del territorio. Un coinvolgimento dei privati potrebbe consentire di affrontare una delle principali difficoltà che traspare in ogni politica di tutela dell'ambiente, vale a dire quella di conciliare le esigenze pubblicistiche ecologiche di salvaguardia delle risorse e degli habitat naturali, specie a livello locale, con le logiche dello sviluppo e della crescita economica e della tutela del lavoro che caratterizzano il modello produttivo adottato su scala globale⁴.

¹ Secondo M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, p. 163 e ss., l'obiettivo di tutela della normativa ambientale è di salvaguardare "la capacità dell'ecosistema di sopportare modificazioni strutturali mantenendo la propria integrità funzionale", vale a dire appunto la "resilienza"; così, F. FONDERICO, *Voce Ambiente (tutela dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990.

² A tal riguardo, si vedano M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 1, pp. 219 e ss.; M. CAFAGNO, *cit.*, pp. 399 e ss.; G. MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente* in *Riv. Giur. Ambiente*, 2010, 5, 707 e ss.; R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 3, pp. 801 e ss.; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Laterza, 2018, pp. 206 e ss.; M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 192 ss.;

³ Cfr. A. FARÌ, *La sussidiarietà orizzontale in materia ambientale: il ruolo dei privati e l'esercizio di funzioni pubbliche*, in *Il Dir. Econ.*, 2015, 3, pp. 2 e ss., e, in particolare, a p. 9 ove si interroga sulla possibilità che i soggetti privati svolgano un ruolo "pubblico" con finalità di tutela ambientale.

Così, ad ogni livello, nell'esperienza e nelle normative più recenti si ritrovano le definizioni più varie di comunità, di "associazioni ambientaliste", "comunità energetiche"⁵, "comunità agrarie" "università agrarie" e "comunità originarie"⁶, "imprese di comunità"⁷, "comunità intelligenti"⁸ e "consorzi di comprensorio"⁹ le cui attività spesso finiscono per sovrapporsi a quelle dell'amministrazione nell'ambito delle funzioni pubbliche, del governo del territorio, della gestione di servizi pubblici e dei beni pubblici, delle risorse naturali e delle fonti di energia.

In tale contesto, quale modello "dal basso" e a carattere orizzontale di protezione dell'ambiente si inserisce il fenomeno delle "comunità verdi" o "green communities", di cui si avverte l'esigenza di un inquadramento, specie nell'ambito del binomio, poc'anzi delineato, degli strumenti a stampo privatistico ovvero pubblicistico. L'interesse per il fenomeno giuridico delle *green communities* si è di recente acceso nel contesto delle politiche di ripresa economica attuate a livello europeo e nazionale per fronteggiare le crisi sanitarie e ambientali in corso.

In tale contesto, la pandemia di Covid-19, mettendo a dura prova le economie di tutti i Paesi, industrializzati e non¹⁰, ha evidenziato le possibili connessioni tra la diffusione del virus e le problematiche ambientali¹¹ ed ha sollevato tutte le criticità di un sistema economico che, portando alla riduzione degli ecosistemi e alla progressiva espansione delle aree urbanizzate, oltre a presentarsi come insostenibile sul piano ecologico è anche una fonte di pericoli per la salute collettiva. Per reagire alle problematiche scaturite dalla crisi sanitaria, ambientale ed economica in corso sono stati predisposti diversi interventi, sia a livello europeo che nazionale, che incidono in diversa misura sugli strumenti tradizionali, autoritativi e non, di protezione dell'ambiente.

⁴ Sul tema del contrasto tra le istanze produttive e l'ambiente e sui tentativi di conciliazione proposti, si vedano M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Il Dir. Econ.*, 2019, 2, pp. 155 e ss. R.FERRARA, *Brown economy, green economy cit.*, pp. 801 e ss. Sul piano delle vicende concrete, il caso dello stabilimento ILVA di Taranto è paradigmatico della tensione tra la tutela dell'ambiente e le istanze del mondo produttivo e la tutela del mondo del lavoro; sul tema, G. MONTEDORO, *Spunti per la "decostruzione" della nozione di sviluppo sostenibile e per un critica del diritto ambientale*, in *Amministrazione Cammino*, 30 aprile 2009, che evidenzia come "Così la tutela ambientale non si armonizza necessariamente né con la logica del capitale né con le istanze del conflitto di classe, la pretesa ad un ambiente salubre può sacrificare i diritti delle imprese e quelli del mondo del lavoro". Si vedano le note sentenze della Corte costituzionale, 23 marzo 2018, n. 58, e 9 maggio 2013, n. 85, secondo cui il legislatore è chiamato ad effettuare un ragionevole ed equilibrato bilanciamento tra tutti i beni e i diritti costituzionalmente protetti, tra cui il diritto alla salute, il diritto all'ambiente salubre e il diritto al lavoro, condotto senza consentire "l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette". Si veda anche E. FREDIANI, *Autorizzazione integrata ambientale e tutela "sistemica" nella vicenda dell'Ilva di Taranto*, in *federalismi.it*. Secondo l'analisi compiuta da M. CLARICH, *cit.*, gli strumenti di mercato nascono dalla inadeguatezza degli strumenti autoritativi nell'affrontare scelte efficienti di protezione dell'ambiente.

⁵ Ovvero "le comunità di energia rinnovabile" cui si riferisce l'art. 22 della direttiva 2018/2001/Ue. Si veda a tal riguardo C. BEVILACQUA, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale*, in *Amministrazioneincammino.it*; vedi A. BALLOCCI, *Comunità energetiche: opzione anti NIMBY per la transizione energetica*, 11 febbraio 2021, in www.infobuildenergia.it.

⁶ Cui fa riferimento l'art. 1, della legge n. 168 del 2017 sul riconoscimento dei domini collettivi. Le università agrarie sono invece enti di diritto privato, esponentziali di una comunità di riferimento, prevalentemente composta da contadini, cui spetta la gestione delle antiche forme di proprietà collettiva, tra cui i diritti di uso civico su beni a destinazione agraria e silvo-pastorale.

⁷ Sul tema, P.A. MORI, J. SFORZI (a cura di), *Imprese di comunità. Innovazione istituzionale, partecipazione e sviluppo locale*, Bologna, 2019.

⁸ Le "comunità intelligenti" sono citate dall'art. 20 del d.l. n. 179/2012 e meglio declinate nelle linee guida pubblicate dall'Agenzia per l'Italia Digitale.

⁹ Si veda l'art. 189, d.lgs. n. 50 del 2016. Diverso discorso dovrebbe valere invece per le comunità montane, disciplinate dall'art. 27, d.lgs. n. 267 del 2000, ma introdotte già con la legge n. 1102 del 1971, che sono soggetti pubblici.

¹⁰ Quanto all'Italia, il dato più significativo è la riduzione dell'8,9 per cento del prodotto interno lordo nel 2020, che risulta essere ben superiore al calo del 6,2 per cento registrato nell'Unione Europea.

¹¹ Sulle correlazioni tra le problematiche connesse al clima e alla perdita delle biodiversità e i rischi per la salute umana si veda il report del WWF dall'eloquente titolo *Pandemie, l'effetto boomerang della distruzione degli ecosistemi*, sul sito www.wwf.it

A livello europeo, già prima della pandemia, era stato presentato l'*European Green Deal* con l'obiettivo ambizioso di raggiungere nel continente europeo la neutralità climatica entro il 2050¹², in linea con gli obiettivi dell'accordo di Parigi.

Con il dilagare dell'emergenza sanitaria, l'Unione Europea ha poi perseguito una politica di sostegno alle economie nazionali, con la sospensione del Patto di Stabilità e con la predisposizione del programma *Next Generation Ue* che mette in campo ingenti risorse per gli Stati dell'Unione per rilanciare gli investimenti, focalizzate sulle sei grandi aree di intervento della transizione verde, della trasformazione digitale, della crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, della coesione sociale e territoriale, della salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, e delle politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani¹³.

Sul piano nazionale, al fine di gestire le risorse provenienti dall'Europa, è stato emanato da Camera e Senato il Piano di Ripresa e Resilienza (PNRR) "Italia Domani", poi definitivamente approvato dal Consiglio dell'Unione Europea il 13 luglio 2021¹⁴.

Tra le misure di intervento predisposte, nell'ambito della "Missione 2" intitolata "Rivoluzione Verde e Transizione ecologica", viene inserita la "componente" dedicata a "Economia circolare e agricoltura sostenibile" che, tra gli altri, comprende lo sviluppo di "progetti integrati" e, in particolare, una specifica voce di investimento assegnata alle *green communities*¹⁵.

Orbene, il recente PNRR e la necessità di una sua adeguata attuazione impongono all'interprete di chiarire anzitutto "cosa" siano le *green communities* e quale possa essere il loro ruolo nella protezione dell'ambiente. Una volta tracciati i contorni e la qualificazione giuridica delle *green communities*, anche tramite l'analisi dell'ambito normativo in cui si inseriscono, occorre anche sforzarsi di ricostruirne i risvolti applicativi nei principali campi di intervento del diritto amministrativo dell'ambiente e, specialmente, nell'organizzazione pubblica e nei rapporti tra amministrazioni e privati. Infine, si tenterà di verificare se, nel contesto degli strumenti, autoritativi o privatistici, di protezione ambientale la *green community* può rappresentare un modello intervento improntato alla sussidiarietà orizzontale e funzionale agli interessi pubblicistici propri dell'economia circolare¹⁶.

2. Spunti per una definizione delle *green communities*.

Guardando ai contributi sul tema, le *green communities*, pur spesso richiamate anche alla luce di esperienze realizzatesi in contesti stranieri¹⁷, non hanno ancora ricevuto una particolare

¹² Si veda la Comunicazione della Commissione europea - Green Deal europeo, COM (2019) 640 final.

¹³ Così individuate dall'art. 3 Regolamento (UE) 2021/241 che istituisce il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza.

¹⁴ Emanato dalle Camere il 27 aprile 2021. Sul ruolo del PNRR nella transizione verde si veda S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza "Italia Domani"*, in *RQDA*, 2021, 1, pp. 198 e ss.

¹⁵ Nello specifico, 5,27 miliardi sono destinati alla componente "economia circolare e agricoltura sostenibile", di cui 0,37 miliardi assegnati allo sviluppo di progetti integrati, tra cui vengono inseriti investimenti per "isole verdi" e "Cultura e consapevolezza su temi e sfide ambientali", mentre per le *green communities* sono previsti 0,14 miliardi.

¹⁶ Sulla sussidiarietà in generale si vedano V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà*, in *Enc. Giurid.*, Roma, XII, 2004; G. U. RESCIGNO, (*Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*), in *Dir. Pubbl.*, 2002, 14; T. E. FROSINI, (*Sussidiarietà (principio di)*), in *Enc. del dir.*, Annali II, Milano 2008, 1134; F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Amm.*, 2020, pp. 3 e ss.; nonché in materia ambientale M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2012, n. 2, pp. 62 e ss. Per un approfondimento si veda anche A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, 2020.

¹⁷ E così ci sono i casi di esperienze di *green communities* negli Stati Uniti, nel Regno Unito e in Francia, che si declinano in diverse forme di associazionismo in chiave di sostenibilità. In particolare, negli Stati Uniti, ci si riferisce al progetto pilota lanciato nel 2007 nella città di Baltimora con l'ordinanza *Gating and Greening Alleys*. Si consente agli abitanti di recintare i "vicoli", spazi verdi adiacenti alle loro proprietà, che vengono messe in comune o gestite congiuntamente in modo da recuperare aree in disuso e da ottenere benefici in termini ambientali e di rigenerazione urbana. Per una rassegna di alcune esperienze adottate anche all'estero, si veda il focus tematico, *Verso un modello di green community: esperienze, strategie e studi di caso*, predisposto dall'Osservatorio Italiae.

attenzione da parte della dottrina, mentre si registrano soltanto alcuni tentativi ricostruttivi isolati sul tema¹⁸.

Per vero, la *green community* ha già un referente normativo nella legge n. 221 del 2015, recante *“disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell’uso eccessivo di risorse naturali”*, che all’art. 72 disciplina proprio la *“strategia nazionale delle green community”*.

La *green community* viene intesa come l’oggetto di una strategia, la cui predisposizione è promossa dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri (comma primo dell’art. 72) e la cui attuazione sembrerebbe affidata alle unioni dei comuni e alle unioni dei comuni montani, in conformità di *“modalità, tempi e risorse finanziarie”* definite dalle leggi regionali (comma terzo dell’art. 72)¹⁹.

Il comma secondo dell’art. 72, si limita invece a prevedere che la stessa strategia della *green community* *“individua il valore dei territori rurali e di montagna che intendono sfruttare in modo equilibrato le risorse principali di cui dispongono, tra cui in primo luogo acqua, boschi e paesaggio, e aprire un nuovo rapporto sussidiario e di scambio con le comunità urbane e metropolitane, in modo da poter impostare, nella fase della green economy, un piano di sviluppo sostenibile non solo dal punto di vista energetico, ambientale ed economico”* in un lungo elenco di *“campi”* individuati dalla lettera a) a i)²⁰.

Si tratta di una previsione densa di concetti che, pur evocando precisi settori applicativi (come le aree rurali e di montagna, la gestione delle risorse naturali, la produzione di energia, la mobilità, il turismo e l’attività agricola sostenibile) e richiamando valori (come lo *“sviluppo sostenibile”*) e principi (come la sussidiarietà, che traspare nel riferimento al *“rapporto sussidiario e di scambio con le comunità...”*, o l’integrazione), non pare però offrire nessuna definizione di *“comunità verde”*²¹.

Nel tentativo di accennare a una definizione, uno spunto interpretativo utile si rinviene nella già citata sezione del PNRR dedicata ai *“progetti integrati”* nell’ambito della Missione 2, che, sempre con lo scopo condiviso dalla l. n. 221 del 2015 di sostenere *“lo sviluppo sostenibile e resiliente dei territori rurali e di montagna”*, individua l’obiettivo di favorire la nascita e la crescita di *“comunità locali, anche tra loro coordinate e/o associate (le Green communities)”*, attraverso il supporto all’elaborazione, il finanziamento e la realizzazione di piani di sviluppo sostenibili dal punto di vista energetico, ambientale, economico e sociale, e sempre in uno dei campi di intervento delineati dalle lettere da a) a i) dell’art. 72, secondo comma.

Nel PNRR, dunque, la *green community* è una *“comunità”*, è *“locale”*, ha come campo di applicazione privilegiato quello delle *“aree rurali e di montagna”* e ha come scopo quello di promuovere un modello sviluppo sostenibile e resiliente, basato su uno sfruttamento equilibrato delle risorse naturali.

¹⁸ Come la sezione elaborata da F. TUFARELLI, *Green community*, sul sito www.treccani.it.

¹⁹ Il comma quarto dell’art. 72 prevede poi una clausola di invarianza finanziaria, secondo cui l’attuazione della previsione della strategia della *green community* non deve determinare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

²⁰ E in particolare nei seguenti: *“a) gestione integrata e certificata del patrimonio agro-forestale, anche tramite lo scambio dei crediti derivanti dalla cattura dell’anidride carbonica, la gestione della biodiversità e la certificazione della filiera del legno; b) gestione integrata e certificata delle risorse idriche; c) produzione di energia da fonti rinnovabili locali, quali i microimpianti idroelettrici, le biomasse, il biogas, l’eolico, la cogenerazione e il biometano; d) sviluppo di un turismo sostenibile, capace di valorizzare le produzioni locali; e) costruzione e gestione sostenibile del patrimonio edilizio e delle infrastrutture di una montagna moderna; f) efficienza energetica e integrazione intelligente degli impianti e delle reti; g) sviluppo sostenibile delle attività produttive (zero waste production); h) integrazione dei servizi di mobilità; i) sviluppo di un modello di azienda agricola sostenibile che sia anche energeticamente indipendente attraverso la produzione e l’uso di energia da fonti rinnovabili nei settori elettrico, termico e dei trasporti”*.

²¹ Si tratta certamente di una lacuna significativa che, in assenza di una qualificazione giuridica di comunità verde, rischia di impedire la predisposizione della strategia nazionale delle *green communities*, prima ancora della sua attuazione. Non è un caso, forse, che, ad oggi, la strategia nazionale non è ancora stata delineata.

Ora, i riferimenti contenuti nella legge n. 221 del 2015 e nel PNRR, pur costituendo un primo punto di partenza per tracciare quantomeno un paradigma di *green community*, non facilitano il compito dell'interprete nella definizione del fenomeno²². La principale ragione delle difficoltà definitorie accennate risiede, anzitutto, nella vaghezza del termine "comunità" che evoca un contenitore vastissimo, che nella sua genericità può ricomprendere sia soggetti privati, singoli o associati, che enti pubblici, specie quelli locali, e potrebbe avere tanto una composizione, esclusivamente privata o esclusivamente pubblica, quanto mista. I diversi campi applicativi nei quali si è diffuso il concetto di "comunità", con l'obiettivo di soddisfare interessi pubblici di sviluppo sostenibile sul piano economico, ambientale e sociale, dimostrano come le "comunità" possono essere composte, talvolta, da soggetti solo privati, talora da enti esclusivamente pubblici, e talaltra si presentano come soggetti ibridi o che sperimentano diverse forme di interrelazioni soggettive tra pubblico e privato.

L'art. 72, comma terzo, l. n. 221 del 2015, affida comunque alle "unioni di comuni" e alle "unioni di comuni montani" il compito di promuovere l'attuazione della strategia della *green community*. La norma, che è certamente coerente con la tendenza normativa in atto tesa a favorire l'esercizio associato delle funzioni e dei servizi da parte dei comuni, specie quelli montani²³, potrebbe indurre a ritenere che le *green communities* coincidano in tutto o in parte con le unioni di comuni e con le comunità montane, previste dagli artt. 27 e 32, d.lgs. n. 267 del 2000.

Ciò posto, nella definizione di "comunità", la normativa e l'esperienza offrono esempi eterogenei, e tra questi v'è il caso delle comunità di energia rinnovabile, previste dalla direttiva 2018/2001/UE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili e definite espressamente come un soggetto giuridico variamente composto da persone fisiche, da piccole o medie imprese "o" enti pubblici²⁴; mentre altre ipotesi di comunità, come le comunità montane, sono soltanto enti di diritto pubblico.

Secondo l'impostazione appena delineata la "comunità" identifica sempre un soggetto che, se qualificato come composto soltanto da soggetti (privati) pur distinti dagli enti pubblici formalmente intesi, coerentemente con il principio di sussidiarietà orizzontale, potrebbe assolvere un ruolo pubblico complementare o sostitutivo dell'amministrazione in senso proprio, esercitando funzioni di gestione di risorse naturali e di servizi pubblici locali con finalità di tutela dell'ambiente²⁵.

²² Invero, le criticità nella definizione delle comunità verdi sono già emerse in occasione di una consultazione pubblica promossa, nel suo ruolo di promotore della predisposizione della strategia nazionale delle *green communities*, dal Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie che ha raccolto suggerimenti e osservazioni provenienti da soggetti pubblici e privati portatori di interessi, approdando a soluzioni definitorie non univoche e spesso contraddittorie. L'esito della consultazione pubblica, terminata a marzo 2017, è consultabile sul sito <http://www.affariregionali.gov.it/comunicazione/notizie/2017/febbraio/consultazione-pubblica-per-la-formulazione-della-strategia-nazionale-delle-green-community/>

²³ Così l'art. 14, comma 28, d.l. n. 78 del 2010, conv. in legge n. 122 del 2010, e poi ulteriormente modificato dal d.l. n. 95 del 2012, convertito in legge n. 135 del 2012. Da ultimo, la legge n. 158 del 2017 sui piccoli comuni (art. 13) ha imposto l'esercizio in forma associata delle funzioni di programmazione in materia di sviluppo socio-economico nonché quelle relative all'impiego delle occorrenti risorse finanziarie, ivi comprese quelle derivanti dai fondi strutturali dell'Unione europea.

²⁴ Sul tema delle comunità di energia rinnovabile si veda C. BEVILACQUA, *Le comunità energetiche cit.* Le "comunità intelligenti" di cui all'art. 20, d.l. n. 179 del 2012, che non hanno ricevuto una definizione precisa, ma che vengono intese anch'esse come variamente composte sia da soggetti privati, imprese e persone fisiche, che da soggetti pubblici. Da ultimo, si può citare il fenomeno emerso nella prassi delle "imprese di comunità" che appare caratterizzata dalla partecipazione dei membri della società civile impegnati nella produzione e nella gestione di beni e servizi di interesse generale. Sul tema si veda P.A. MORI, J. SFORZI (a cura di), *Imprese di comunità. Innovazione istituzionale, partecipazione e sviluppo locale*, Bologna, 2019.

²⁵ Cfr. A. FARÌ, *La sussidiarietà orizzontale in materia ambientale: il ruolo dei privati cit.*, p. 9

Tuttavia, è pur ammissibile in via alternativa una qualificazione della “comunità” in senso lato come un insieme di rapporti che, attraverso forme di amministrazione per accordi o di partenariato, coinvolgano sia soggetti pubblici che privati inseriti in una comunità. In senso più ampio, la *green community* diventa uno strumento di azione dei pubblici poteri con la finalità di tutela ambientale, che si realizza una strategia che, con il coinvolgimento delle “comunità”, mette in campo diversi strumenti e modelli organizzativi degli enti pubblici, strumenti autoritativi e di mercato a tutela dell’ambiente e istituti di partecipazione-cooperazione dei privati nella *governance* in materia ambientale.

Secondo una prima lettura, l’aggettivo “locale” invece potrebbe caratterizzare la *green community* per essere tendenzialmente riferita a uno specifico territorio di riferimento, che la colloca in prossimità agli enti per l’appunto “locali” quali enti territoriali, comuni, province e regioni, in base a criteri identificati di regola nella residenza, ovvero il luogo di dimora abituale delle persone fisiche (ex artt. 43, co. 2, c.c.), e nella sede delle persone giuridiche ivi stanziate (art. 46 c.c.). Tuttavia, senza che se ne possano chiaramente tracciare i confini, l’essere “locale”, da un lato, potrebbe non suggerire una delimitazione territoriale amministrativa precisa (territorio di uno specifico comune, provincia o regione) e, dall’altro lato, non impedisce che la comunità possa estendersi anche oltre un confine politico determinato, finendo per ricomprendere territori anche compresi in diversi comuni, province e regioni e finanche non confinanti tra loro)²⁶. Anzi, tenendo conto dello scopo della *green community* di promuovere lo sviluppo sostenibile di aree rurali e di montagna genericamente intese, potrebbe portare a privilegiare una nozione funzionale dell’aggettivo “locale”, che implica lo stanziamento della “comunità verde in un territorio identificato non tanto da confini politici o geografici ma dagli interessi di sostenibilità ambientale oggetto di protezione.

Sotto altro profilo, nell’art. 72, l. n. 221 del 2015 e nella parte dedicata del PNRR, la *green community* è riferita in modo generale sia ai “territori rurali” che a quelli “di montagna”, di cui occorre appunto promuovere lo “sviluppo sostenibile e resiliente”. In mancanza di una delimitazione legislativa, anche la clausola generale dei “territori rurali e di montagna” va definita sul piano interpretativo. Secondo una prima ricostruzione ipotizzabile, la comunità verde potrebbe collocarsi in un più ampio contesto, non limitato soltanto alla “montagna”, ossia a uno spazio caratterizzato sul piano morfologico e geografico principalmente dall’altitudine, nel solco delle discipline poste in attuazione dell’art. 44, comma secondo, Cost.²⁷, ma esteso anche a zone “rurali” (in pianura, collinari e nelle isole) intese in senso lato come territori lontani dai centri urbani ad alta intensità abitativa.

²⁶ Come evidenziato anche dalle osservazioni pervenute in sede di consultazione pubblica promossa dal Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie, riassunte nel “documento di sintesi” consultabile online, “*Sorge pertanto la problematica della individuazione dei criteri adeguati a definire una “comunità” che condivida valori ambientali e pratici e sia dotata di minime condizioni di operatività effettiva nel presidio delle politiche di sviluppo territoriale. Una scelta basata su semplici criteri quantitativi potrebbe determinare, ad esempio, la costituzione di una piccola community assimilabile alle “vecchie” comunità montane o di un’unione di Comuni con una dimensione minima determinata dal numero degli abitanti. La fissazione di criteri puramente qualitativi potrebbe, invece, determinare l’individuazione di una community più grande, che annoveri al suo interno tutti i campi di applicazione elencati dalla legge per l’elaborazione del piano di sviluppo sostenibile o di una rete di piccole communities, ciascuna con un proprio campo di applicazione, sempre in tema di green economy, come richiamato dalla legge. Non è indispensabile definire una unica modalità di riferimento, stante la grande varianza statistica dei caratteri territoriali delle diverse regioni italiane; occorre però con flessibilità e approccio empirico definire adeguati livelli di sviluppo delle politiche che avranno di norma carattere comunque sovracomunale*”.

²⁷ Sull’art. 44, ultimo comma, Cost. si vedano C. DESIDERI, *Montagna (legislazione e amministrazione)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 879 ss.; S. RODOTÀ, *Art. 44*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, p. 211 ss.; F. MERLONI, *voce Montagna*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990; F. ANGELINI, *Art. 44*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Utet, Torino, 2006, p. 903 ss.; G. MARCHETTI, *L’art. 44, u.c., Cost.: quale valorizzazione delle zone montane?*, in *federalismi.it*, che analizza il quadro degli interventi normativi succedutesi nel tempo a sostegno delle aree montane, e in particolari le leggi n. 902 del 1952, n. 1102 del 1971 e n. 97 del 1994. Si veda infine A. CROSETTI, *Il difficile governo dei terreni montani in Italia: percorsi e sviluppi normativi*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2017, pp. 177 e ss.

L'area di intervento nella quale collocare la *green community* potrebbe coincidere con le "aree interne", già oggetto della Strategia Nazionale adottata per la programmazione dei fondi comunitari per gli anni 2014-2020, identificabili come quei territori interessati da un progressivo processo di marginalizzazione, realizzato attraverso un graduale fenomeno di de-antropizzazione, segnato dal calo della popolazione e dall'invecchiamento demografico, dalla riduzione dell'occupazione e dell'utilizzo del territorio, da una diminuzione sul piano qualitativo e quantitativo dell'offerta locale di servizi pubblici, privati e collettivi, e da fenomeni di dissesto idro-geologico e di degrado del patrimonio culturale e paesaggistico²⁸. Le aree rurali e di montagna finirebbero dunque per identificarsi con le zone "periferiche" e "ultraperiferiche", lontane dai grandi centri di offerta di servizi essenziali (istruzione, salute e mobilità), ove per "periferico" non si intenderebbe un luogo isolato e marginale sul piano solo geografico ma anche sul piano sociale ed economico²⁹.

Nel tentativo di offrire una definizione delle "aree rurali e di montagna", un referente normativo utile potrebbe rinvenirsi nella legge n. 158 del 2017 sui piccoli comuni, che all'art. 4, comma terzo, richiama espressamente la strategia della *green community*, prevedendo che "le regioni possono prevedere forme di indirizzo e coordinamento finalizzate al recupero e alla riqualificazione dei centri storici, anche in relazione agli interventi integrati di cui ai commi 1 e 2 e anche attraverso la promozione dello sviluppo sostenibile mediante iniziative nell'ambito della strategia di *green community* di cui all'articolo 72 della legge 28 dicembre 2015, n. 221"³⁰. Dal che occorre chiedersi se i "territori rurali e di montagna" di cui all'art. 72, l. n. 221 del 2015 coincidano con i "piccoli comuni" di cui alla l. n. 158 del 2017.

Tuttavia, sempre in mancanza di una norma di legge chiara sull'ambito di intervento della comunità verde, non pare possibile limitare le "aree rurali e di montagna" oggetto della strategia delle *green communities*, soltanto a quei territori compresi nei "piccoli comuni" identificati secondo un criterio demografico dall'art. 1, comma secondo, del d.lgs. n. 158 del 2017 come quei "comuni con popolazione residente fino a 5.000 abitanti nonché i comuni istituiti a seguito di fusione tra comuni aventi ciascuno popolazione fino a 5.000 abitanti". Non è escluso infatti che l'area rurale e di montagna oggetto della strategia possa estendersi anche a territori nei quali risiede una popolazione superiore alla soglia prevista. L'area rurale e di montagna sarebbe dunque un più ampio *genus* nel quale collocare una *species* quale il "piccolo comune" oggetto della l. n. 158 del 2017, con il quale ha in comune caratteri quali la marginalità e l'arretratezza economica, il disagio insediativo, l'inadeguatezza dei servizi sociali essenziali e la difficoltà di comunicazione e la lontananza dai grandi centri urbani, come previsto dall'art. 1, comma secondo, l. n. 158 del 2017³¹.

²⁸ Si vedano a tal riguardo gli spunti offerti dal documento contenente la Strategia Nazionale per le aree interne 2014-2020. I dati ivi riportati evidenziano i numeri dello spopolamento e dell'invecchiamento demografico che ha interessato le aree periferiche.

²⁹ L'attenzione ai territori "ultraperiferici" si rinviene anche nell'art. 6 del Regolamento UE n. 1056/2021 sul fondo per una transizione giusta prevede una "dotazione specifica per le regioni ultraperiferiche e per le isole", per far fronte alle gravi sfide socioeconomiche derivanti 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.

³⁰ Il comma primo dell'art. 4 della l. n. 158 del 2017 prevede che i piccoli comuni possono individuare, all'interno del perimetro dei centri storici, zone di particolare pregio, dal punto di vista della tutela dei beni architettonici e culturali, nelle quali realizzare, anche avvalendosi delle risorse di cui all'articolo 3, comma 1, interventi integrati pubblici e privati finalizzati alla riqualificazione urbana.

³¹ Tale norma stabilisce che i piccoli comuni, destinatari tra l'altro delle agevolazioni finanziarie previste in un apposito Fondo per lo sviluppo strutturale, economico e sociale, rientrano in una delle seguenti tipologie:

a) comuni collocati in aree interessate da fenomeni di dissesto idrogeologico;
b) comuni caratterizzati da marcata arretratezza economica;
c) comuni nei quali si è verificato un significativo decremento della popolazione residente rispetto al censimento generale della popolazione effettuato nel 1981;

Pur nella loro condizione di marginalizzazione, i territori “rurali e di montagna” sono comunque ricchissimi, per un verso, di risorse ambientali (risorse idriche, sistemi agricoli, foreste, paesaggi naturali e umani) fonte di energia rinnovabile e di biodiversità e, per altro verso, di risorse culturali (beni archeologici, insediamenti storici, abbazie, piccoli musei, centri di mestiere).

Ed è anche perciò che negli artt. 72, l. n. 221 del 2015 e nel PNNR si riscontra l’idea, alla base delle politiche europee³², che si possa assicurare una funzione di tutela dell’ambiente alle misure di sostegno alle attività economiche svolte nelle aree rurali e di montagna. L’art. 72 della l. n. 221 del 2015 fa cioè espresso riferimento a concetti quali il “valore” dei territori rurali e di montagna e lo sfruttamento “equilibrato” delle loro “risorse principali” (acqua, boschi e paesaggi), che sembrano evocare l’obiettivo del “razionale sfruttamento del suolo” previsto dall’art. 44, Cost..

A tal riguardo, la strategia nazionale della *green community* si prefigge l’attuazione di una misura volta a “sostenere lo sviluppo sostenibile e resiliente dei territori rurali e di montagna”, e che mira a realizzare gli obiettivi, coerenti con gli indirizzi europei³³, della componente della misura 2 del PNRR dedicata a “economia circolare e agricoltura sostenibile”, secondo una formula che, associando in primis l’agricoltura e ambiente, evidenzia il nesso tra le attività economiche delle aree rurali (non solo l’agricoltura, ma anche la silvicoltura³⁴, la produzione alimentare, il turismo, la produzione dell’energia, il trasporto ecc..) e l’obiettivo della sostenibilità ambientale³⁵.

Si prende atto che, specialmente nelle aree rurali e di montagna, il fenomeno dell’abbandono delle attività economiche, e in primis di quella primaria agricola, si associa a un processo di deantropizzazione, con spopolamento e invecchiamento demografico, che conduce a situazioni di degrado del territorio.

d) comuni caratterizzati da condizioni di disagio insediativo, sulla base di specifici parametri definiti in base all'indice di vecchiaia, alla percentuale di occupati rispetto alla popolazione residente e all'indice di ruralità;

e) comuni caratterizzati da inadeguatezza dei servizi sociali essenziali;

f) comuni ubicati in aree contrassegnate da difficoltà di comunicazione e dalla lontananza dai grandi centri urbani;

g) comuni la cui popolazione residente presenta una densità non superiore ad 80 abitanti per chilometro quadrato;

h) comuni comprendenti frazioni con le caratteristiche di cui alle lettere a), b), c), d), f) o g); in tal caso, i finanziamenti disposti ai sensi dell'articolo 3 sono destinati ad interventi da realizzare esclusivamente nel territorio delle medesime frazioni;

i) comuni appartenenti alle unioni di comuni montani di cui all'articolo 14, comma 28, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, o comuni che comunque esercitano obbligatoriamente in forma associata, ai sensi del predetto comma 28, le funzioni fondamentali ivi richiamate;

l) comuni con territorio compreso totalmente o parzialmente nel perimetro di un parco nazionale, di un parco regionale o di un'area protetta;

m) comuni istituiti a seguito di fusione;

n) comuni rientranti nelle aree periferiche e ultraperiferiche, come individuate nella strategia nazionale per lo sviluppo delle aree interne del Paese, di cui all'articolo 1, comma 13, della legge 27 dicembre 2013, n. 147.

³² A tal riguardo, si veda l’art. 5 del Regolamento 1305/2013/ UE, sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale, che evidenzia la connessione tra le attività, in particolare l’agricoltura, la produzione alimentare e silvicoltura, nelle aree rurali e la tutela dell’ambiente (“anche al fine di migliorare la gestione e le prestazioni ambientali”), con l’obiettivo di una crescita “intelligente, sostenibile e inclusiva”. Sul tema, G.A. PRIMERANO, *Il carattere multifunzionale dell’agricoltura tra attività economica e tutela dell’ambiente*, in *Dir. Amm.*, 2019, fasc. 4, pp. 837 e ss.

³³ Nella comunicazione della Commissione Europea 11.12.2019 COM(2019) 640 final si legge espressamente che “I fondi europei, compreso quello per lo sviluppo rurale, aiuteranno le zone rurali a cogliere le opportunità offerte dall’economia circolare e dalla bioeconomia. La Commissione terrà conto di tali aspetti nella sua visione a lungo termine per le zone rurali. Presterà inoltre particolare attenzione al ruolo delle regioni ultraperiferiche nel Green Deal europeo, prendendo in considerazione non solo la loro vulnerabilità ai cambiamenti climatici e ai disastri naturali, ma anche i loro punti di forza: la biodiversità e le fonti di energia rinnovabile”.

³⁴ Un interessante referente normativo è dato dal d.lgs. del 3 aprile 2018, n. 34, t.u. in materia di foreste e filiere forestali. Tra gli obiettivi della disciplina v’è quello di “promuovere la gestione attiva e razionale del patrimonio forestale nazionale al fine di garantire le funzioni ambientali, economiche e socioculturali” e di “promuovere e tutelare l’economia forestale, l’economia montana e le rispettive filiere produttive nonché lo sviluppo delle attività agro-silvo-pastorali attraverso la protezione e il razionale utilizzo del suolo e il recupero produttivo delle proprietà fondiari frammentate e dei terreni abbandonati, sostenendo lo sviluppo di forme di gestione associata delle proprietà forestali pubbliche e private”.

Da ciò deriva, dunque, la connessione funzionale tra l'attività agricola in particolare, ovvero ogni attività economica in generale, e la tutela dell'ambiente nelle aree rurali e di montagna³⁶, sintetizzabile nella formula contenuta nell'art. 72, l. n. 221 del 2015 di uno "sfruttamento" delle risorse naturali non solo economico ma anche sostenibile e perciò "equilibrato"³⁷.

La *green community*, quindi, dovrebbe inserirsi nel solco di una prospettiva che intende conciliare le istanze produttive delle attività economiche con le esigenze di protezione dell'ambiente, secondo il delineato modello di economia circolare. Ciò posto, in una prima fase ancora in itinere sulla definizione della strategia della *green community*, sarà certamente opportuno verificare a quali strumenti giuridici si potrà ricorrere per realizzare le comunità verdi e, a tal fine, si vedrà, esistono già previsioni normative, moduli organizzativi e strumenti di diritto pubblico a cui attingere. In tale prospettiva, l'analisi delle esperienze e degli strumenti, sia di quelli di "command and control" sia di quelli "di mercato", attuati con la funzione di tutela dell'ambiente, può essere d'ausilio nel delineare i caratteri principali della *green community* e nel configurare anche in capo alle "comunità" un ruolo pubblico con finalità di tutela ambientale³⁸.

A tal fine, risulta preliminare definire i caratteri dell'economia circolare nelle cui coordinate valoriali la *green community* si prefigge di inserirsi.

3. Il ruolo della *green community* nel contesto dello sviluppo sostenibile e dell'economia circolare: gli strumenti normativi e amministrativi esistenti nella dimensione pubblica e privata.

Un'analisi della strategia della *green community* impone anzitutto di delineare i principali ambiti di intervento pubblici e privati nel solco dell'economia circolare. Intendendo la *green community* come un soggetto o un insieme di rapporti orizzontali di "comunità", ci si deve chiedere se si può attribuire alle comunità verdi un ruolo pubblico in chiave sussidiaria a tutela dell'ambiente, ovvero se le comunità, nello svolgimento di funzioni pubbliche, nella gestione e valorizzazione sostenibile di beni e risorse naturali e di servizi pubblici, possono assumere un ruolo complementare o sostitutivo dell'amministrazione.

A tal riguardo, si è, per vero, già evidenziato come il coinvolgimento dei privati nella valorizzazione delle risorse naturali costituisce un fattore determinante per realizzare gli obiettivi di "sfruttamento equilibrato" delle risorse naturali in coerenza con il modello dell'economia circolare³⁹. In tal senso, la partecipazione e l'incentivazione delle comunità risulterebbe indispensabile alla realizzazione degli obiettivi propri dell'economia circolare, che non risultano attuabili attraverso i soli tradizionali strumenti di stampo autoritativo, di autorizzazione, pianificazione, programmazione e controllo pubblico.

³⁵ L'art. 72, l. n. 221 del 2015 fissa l'obiettivo della *green community* nell'"*impostare, nella fase della green economy, un piano di sviluppo sostenibile non solo dal punto di vista energetico, ambientale ed economico ...*". Il principio di sviluppo sostenibile, già enunciato nel c.c. Rapporto Brundtland (del 1987), codificato nell'art. 3 *quater*, d.lgs. n. 152 del 2006, e configurato come obiettivo dell'Unione Europea anche nell'art. 3, terzo comma, TUE, mira a coniugare il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali con la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future. Si veda F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2010, n. 0, pp. 13 ss.

³⁶ Si veda A. CROSETTI, *Il difficile governo dei territori montani in Italia cit.*, pp. 177 e ss.

³⁷ E in tal senso l'attività economica è sottesa allo "sfruttamento" delle risorse naturali, che passa per la loro valorizzazione, da intendersi non soltanto in senso produttivistico ma anche nell'ottica della sostenibilità sottesa all'aggettivo "equilibrato". E nello stesso senso, con una rilettura aggiornata dell'art. 44, ult. comma, Cost. si veda G.A. PRIMERANO, *cit.*

³⁸ Seguendo la chiave di lettura suggerita da A. FARÌ, *La sussidiarietà orizzontale in materia ambientale: il ruolo dei privati cit.*, p. 9, che intravede un indice del possibile riconoscimento delle funzioni pubbliche in materia ambientale ai privati nell'art. 2, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 195 del 2005 che qualifica come "autorità pubblica" non solo gli enti pubblici in senso proprio ma anche "ogni persona fisica o giuridica che svolga funzioni pubbliche connesse alle tematiche ambientali ...".

Senza potere affrontare un tema dalla portata ampissima, va rammentato che l'economia circolare (o *blue economy*) assume a paradigma un tipico modello produttivo a carattere rigenerativo, secondo cui tutte le attività economiche, dall'estrazione, alla produzione e finanche al consumo, sono organizzate in modo da non produrre scarti e rifiuti dalle materie prime. Anzi, secondo il principio *end of waste*, i rifiuti della produzione sono essi stessi risorse e materie prime⁴⁰. Secondo l'economia circolare, si superano i limiti propri della *brown economy*⁴¹ e della *green economy*⁴², che evidenziano la tensione e l'inconciliabilità tra mercato e ambiente, dove l'ambiente è ancora un limite esterno allo sviluppo, per approdare a un sistema economico basato sull'idea che possano integrarsi istanze produttive (crescita economica, nuovi posti di lavoro ecc...) e sostenibilità ambientale (riduzione dell'inquinamento, limitazione del consumo delle risorse, salvaguardia degli ecosistemi)⁴³.

³⁹ Si veda R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy cit.*, p. 818, che evidenzia come “Ma il vero elemento di novità che ora appena traspare, magari sotto traccia, ora si disvela invece in tutta la sua corposa importanza è che ogni policy nel campo dell'ambiente, e per la tutela dell'ambiente, non può essere progettata e messa in campo come una politica dello Stato, dello Stato soltanto, prima regolatore e poi controllore, secondo il noto e collaudato modello del *command and control* [...] perché il Mercato, con i suoi attori e protagonisti, entra quasi prepotentemente nella partita, nel senso che non solo non può esserne tenuto fuori ma anzi, in senso diametralmente opposto, è proprio il ruolo fattivo e virtuoso che viene chiamato a giocare a poter agevolare (con una contraddizione soltanto apparente) il passaggio dal paradigma meccanicistico a quello ecologico”.

⁴⁰ Sul tema è vastissima la produzione scientifica. Si vedano, *ex multis*, F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2010, n. 0, pp. 13 ss.; G. PAULI, *Blue economy 2.0*, Edizioni Ambiente, Milano, 2015, pp. 30 e ss.; M. MELI, *Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2017, n. 1, pp. 63 e ss.; F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre aspetti giuridici. Verso uno stato circolare?*, in *Dir. Amm.*, 2017, fasc. 1, pp. 163 e ss.; R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 3, pp. 801 e ss.

⁴¹ Modello economico di chiara matrice liberale, improntato a un sistema produttivo di tipo lineare e meccanicistico, sintetizzabile nella formula “prendi, produci, usa e getta”, fondato su una fiducia ottimistica e assoluta nell'illimitatezza delle risorse, sulla capacità inesauribile del pianeta di assorbimento dei rifiuti e sul dogma della crescita economica infinita. Le criticità del sistema lineare sono connesse alle problematiche ambientali che ne derivano, in termini di fenomeni come inquinamento, riscaldamento globale, consumo del territorio, distruzione degli ecosistemi e della biodiversità ecc...

⁴² La *green economy* intende invece porre un freno alle esternalità negative della *brown economy* di cui costituisce una correzione, limitando sprechi e rifiuti, riducendo il ricorso alle tradizionali fonti fossili e incentivando l'uso delle energie rinnovabili. La *green economy* è però ancora nel solco di un modello economico lineare, rispetto al quale l'ambiente funziona ancora come un limite esterno. Oltretutto, nel modello economico della *green economy* il “rifiuto” non viene eliminato. La *green economy* svela tutti i limiti del contrasto tra ambiente ed esigenze produttive perché induce le imprese e i consumatori a spendere di più. In coerenza con un modello economico lineare fortemente consumistico, perché si intende tutelare l'ambiente prevedendo un costo maggiore a carico del produttore per l'utilizzazione delle materie prime e per l'inquinamento, tentando di incentivare un risparmio di risorse. La *green economy* non offre un vero rimedio al consumo delle risorse, ma semplicemente tende a disincentivare e a rendere più costoso il loro utilizzo. Il costo maggiore dell'utilizzo delle risorse viene poi fatto ricadere sul consumatore finale. Tuttavia, se l'ambiente è un costo si limita anche la diffusione del modello economico sostenibile che diventa meno inclusivo (un esempio per tutti è il caso dei prodotti alimentari “bio” costosi e alla portata soltanto di pochi benestanti) e la *green economy* evidenzia una tensione tra economia e ambiente, in grado anche di scatenare conflitti sociali, evidenziando frizioni con la tutela del lavoro. Sul tema si veda G. MONTEDORO, *cit.*

⁴³ Il mercato e le logiche concorrenziali ad esso sottese sono stati considerati come antagonisti dell'ambiente. A tal riguardo, M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 1, pp. 219; gli operatori economici non si fanno carico delle conseguenze negative (le esternalità) per l'ecosistema. Si è spesso affermata la netta prevalenza dell'esigenza di mercato sulle prerogative ambientali, che porta a preoccuparsi prima di garantire lo “sviluppo” economico e poi di assicurare che esso sia anche “sostenibile”, cfr. G. ROSSI, *La “materializzazione” dell'interesse all'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 21 ss.). Secondo la prospettiva dell'economia circolare, l'attenzione alla tutela dei valori ambientali e paesaggistici non è un freno all'economia ma ne costituisce un impulso. In tal senso si condivide l'idea di un passaggio da un modello meccanicistico (secondo l'economia lineare della formula “estrai, produci, consuma e getta” tipica di un “mondo come macchina” a un paradigma nuovo “ecologico-sistemico” di “mondo come rete” (vedi sul punto R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 3, pp. 801 e ss., e in particolare p. 803. Come si è affermato, occorre passare dalla logica “antropocentrica” a quella dell'ambiente come valore integrato (si veda sul punto anche A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2021, 1, p. 5. Nell'idea che ambiente e mercato possano conciliarsi si è anche parlato di “*ambientalismo di mercato*”, cfr. M. CAFAGNO, *cit.*, p. 161.

Nell'intenzione di conciliare mercato e ambiente, una soluzione intravede la possibilità di attuare le finalità dell'economia circolare tramite modelli di cooperazione tra il soggetto pubblico, titolare degli interessi generali di tutela dell'ambiente e della salute, e soggetto privato, per natura mosso da obiettivi di profitto spesso opposti, ove il pubblico assume comunque il compito di promotore di "programmi" e strategie di intervento atti a guidare e conciliare l'iniziativa economica e dei cittadini verso finalità di tutela dell'ambiente⁴⁴.

Da un diverso angolo visuale si prende atto dell'inadeguatezza dei tradizionali strumenti autoritativi "dall'alto" di governo del territorio e di gestione delle funzioni e dei beni pubblici rispetto al raggiungimento delle finalità ambientali, e si sviluppano modelli partecipati di governo del territorio dal basso.

Da qui si concentra l'attenzione sul ruolo dei privati, sui doveri pubblici di solidarietà a questi assegnati nella materia ambientale⁴⁵ e su nuove forme di "protezione sociale dei beni locali" legate anche alle comunità e non più soltanto alle amministrazioni pubbliche⁴⁶.

Si può dunque affermare un duplice compito per i pubblici poteri che, in coerenza con il principio di sussidiarietà orizzontale, per un verso, lasciano spazio al ruolo dei soggetti privati e del mercato e, dall'altro lato, mantengono sempre un ruolo di controllo e di programmazione del mercato e finanche di intervento sostitutivo rispetto a eventuali inerzie degli operatori privati⁴⁷.

In tale direzione, la *green community* proprio in quanto "strategia", coerente con la visione di uno Stato programmatore dell'iniziativa economica privata, nel solco dell'art. 41, comma 3, Cost., può rappresentare una forma di *governance* partecipata "dal basso" nella gestione e nel governo del territorio, dei beni pubblici e delle risorse naturali, atta a sopperire all'inadeguatezza degli strumenti autoritativi, specie nelle aree più marginali, come quelle interne, rurali e di montagna, tramite il coinvolgimento di comunità di cittadini, imprese e istituzioni.

Per vero, esistono strumenti normativi e amministrativi che già delineano modelli di intervento delle "comunità" nella gestione di funzioni pubbliche e del governo del territorio, che intersecano i rapporti tra pubblico e privato e dai quali è possibile partire per definire il ruolo della *green community* nelle coordinate valoriali dell'economia circolare.

Nel tentativo di offrire una classificazione, si possono rappresentare tre dimensioni di intervento della *green community*.

Nello specifico, si delinea un ruolo della *green community*, in primis, attraverso i c.d. "strumenti di mercato" a tutela dell'ambiente inseriti nelle attività economiche svolte in senso alle comunità; in secondo luogo, esiste un complesso di disposizioni e strumenti che consente un coinvolgimento delle comunità nella gestione dei beni pubblici e delle risorse naturali; e, infine, possono citarsi le ipotesi di partecipazione-cooperazione delle comunità nei servizi pubblici e nelle decisioni e nelle funzioni degli enti pubblici. In tutti questi casi, secondo il delineato

⁴⁴ R. FERRARA, *cit.*, pp. 818 e ss; A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, p. 51.

⁴⁵ Secondo la configurazione dell'ambiente come dovere pubblico "globale" proposta F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 215 ss.

⁴⁶ Così G. MONTEDORO, *cit.*, p. 3, secondo cui "Il diritto ambientale pone in definitiva una sfida al cuore del diritto privato ossia una sfida al modo in cui è stato sinora concepito il diritto di proprietà (il "terribile" diritto), postulandone nuove forme, ancora impensate, capaci di andare oltre l'individualismo proprietario da una parte ed il regime della *res nullius* dall'altra, per sviluppare forse, come nel diritto medioevale, nuovi meccanismi di protezione sociale dei beni locali, legati alle comunità e non solo alle amministrazioni pubbliche (sul modello degli antichi usi civici); alla legittimazione ad agire del *quisque de populo* e non alla erarializzazione dell'interesse ambientale".

⁴⁷ Secondo la suggestiva rappresentazione di F. DE LEONARDIS, *Economia circolare cit.*, mentre la *brown economy* risponde alla logica dell'iniziativa economica libera e senza limiti sottesa all'art. 41, comma primo, Cost. e mentre la *green economy* si conforma alla logica del limite espressa nell'art. 41, comma secondo, Cost., la *blue economy* rappresenta una declinazione dell'art. 41, comma terzo, Cost. Si veda anche si veda F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in questa *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2020, 1, pp. 69 ss.

paradigma della sussidiarietà orizzontale, le comunità possono divenire titolari della cura di interessi superindividuali e di funzioni amministrative, specie in materia ambientale, normalmente affidate agli enti pubblici, che, pur tuttavia, mantengono poteri di coordinamento, controllo, promozione e programmazione, di cooperazione e finanche di sostituzione dei privati. Secondo il principio di sussidiarietà orizzontale spetta alle comunità l'esercizio di una funzione pubblica obiettivata e l'intervento complementare o sostitutivo dell'ente pubblico rimane giustificato nei soli casi in cui possa essere ritenuto più efficace ed adeguato rispetto alle capacità delle comunità.

I suddetti modelli rispondono a una configurazione delle "comunità verdi" come composte in tutto o in parte da soggetti privati e che, a vario titolo, risultano coinvolte nel circuito dei pubblici poteri. Intendendo invece le *green communities* come comunità di soli soggetti pubblici valgono le diverse considerazioni applicabili alle forme di coordinamento tra amministrazioni nell'esercizio di funzioni di interesse comune.

4. La dimensione della *green community* nell'ambito degli strumenti di mercato a tutela dell'ambiente.

Secondo un primo modello, le comunità possono essere coinvolte nella tutela dell'ambiente attraverso gli strumenti "di mercato" a tutela dell'ambiente⁴⁸. Si tratta di misure che, proprio perché inducono a internalizzare gli interessi ambientali nelle attività economiche svolte dai privati e mirano a orientare i privati ad adottare spontaneamente comportamenti virtuosi a tutela dell'ambiente, possono avere un'importante funzione anche nell'ambito dei compiti affidati alle comunità verdi. Tra queste misure rientrano certamente i sussidi e le tasse ambientali che incentivano o disincentivano gli operatori a porre in essere azioni con ricadute positive per l'ecosistema. Vi sono poi le norme in tema di appalti verdi, che impongono o incentivano gli operatori privati a rispettare determinati profili a tutela dell'ambiente nell'ambito della contrattazione pubblica⁴⁹.

Si possono poi citare le misure dirette a informare i consumatori circa le caratteristiche ambientali di un prodotto e contestualmente a incentivare le imprese a conformare i propri prodotti agli *standards* minimi rispettosi dell'ambiente, necessari a ottenere le c.d. eco-etichettature (*eco-labels* ed *eco-audit*) che ne certificano il rispetto.

Da ultimo, la strategia della *green community* può essere fondata sul sistema del pagamento dei servizi ecosistemici (c.d. PES acronimo di *payments for ecosystem services*).

⁴⁸ Per un'analisi si vedano, *ex multis*, i contributi di M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit., pp. 219 e ss.; G. MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente* cit. 707 e ss.; R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, cit., pp. 801 e ss.; M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, cit. pp. 192 ss.; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente* cit., pp. 206 e ss.;

⁴⁹ Tra le norme previste nel d.lgs. n. 50 del 2016 si possono citare l'art. 95, comma sesto, che fa rientrare i profili ambientali nell'ambito dei criteri di aggiudicazione dell'appalto, ovvero l'art. 96 che inserisce i costi imputati alle esternalità ambientali tra i costi del ciclo vita, ovvero ancora l'art. 93 che al comma settimo prevede una riduzione dell'importo della garanzia per la partecipazione alla gara a favore degli operatori economici che siano in possesso di attestati di verifica della *carbon footprint* (ovvero la misura di carbonio emessa) relativamente alla propria organizzazione (UNI EN ISO 14064-1) o relativamente a un proprio prodotto (UNI ISO/TS 14067). Occorre prendere atto del fatto che il potere d'acquisto delle autorità pubbliche rappresenta il 14 % del PIL dell'UE e può diventare un potente fattore trainante per la domanda di prodotti sostenibili. Vi sono poi altre disposizioni mirano a imporre alle amministrazioni pubbliche di acquistare una quota di prodotti riciclati (si veda ad esempio l'art. 52, comma 14, della legge 448/2001, di recente modificato dall'articolo 35, comma 3-bis, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla Legge 29 luglio 2021, n. 108, secondo cui "Per finalità di tutela ambientale, le amministrazioni dello Stato, delle regioni e degli enti locali e i gestori di servizi pubblici e di servizi di pubblica utilità, pubblici e privati, nell'acquisto di pneumatici di ricambio per le loro flotte di autovetture e di autoveicoli commerciali e industriali, riservano all'acquisto di pneumatici ricostruiti una quota almeno pari al 30 per cento del totale").

Il primo referente normativo del sistema dei PES nell'art. 70 della legge n. 221 del 2015, che, anche su un piano sistematico, è rilevante in quanto collocato nella stessa legge che disciplina la *green community*. Tale norma già prevedeva una delega al Governo, rimasta poi inattuata, all'adozione di uno o più decreti legislativi per l'introduzione di un sistema di pagamento dei servizi ecosistemici e ambientali. Con particolare riferimento alle risorse naturali della foresta, anche il d.lgs. n. 34 del 2018 (c.d. testo unico in materia di foreste), all'art. 7, comma 8, contiene una disposizione dedicata al sistema dei PES, affidando la promozione alle regioni di un sistema di pagamento dei servizi ecosistemici *“generati dalle attività di gestione forestale sostenibile e dall'assunzione di specifici impegni silvo-ambientali informando e sostenendo i proprietari, i gestori e i beneficiari dei servizi nella definizione, nel monitoraggio e nel controllo degli accordi contrattuali”*. Orbene, in senso lato, il servizio ecosistemico è quel beneficio “multiplo” fornito da una risorsa dell'ecosistema al genere umano⁵⁰ e che, può variamente consistere, tentando di semplificare, nei benefici offerti da una risorsa naturale (come quella idrica, forestale, paesaggistica ecc..) in termini di miglioramento della qualità del clima, del suolo e dei flussi idrici e dell'atmosfera, del valore paesaggistico ed estetico dell'ambiente.

Il sistema di pagamento dei servizi ecosistemici consiste nello specifico nel remunerare e nel compensare i privati (per lo più proprietari agricoli o forestali) che adottano pratiche virtuose in quanto atte a salvaguardare proprio i servizi ecosistemici. Guardando agli esempi di applicazione concreta del sistema dei PES, si è rilevato il caso delle aziende che, proprio con l'obiettivo di evitare la contaminazione di una fonte idrica a causa dell'intensificarsi delle attività agricole attigue a un sito produttivo, hanno corrisposto ai produttori agricoli una somma di denaro volta a compensarli per il minor reddito derivante dal cambiamento in senso più sostenibile delle proprie pratiche agronomiche (e quindi hanno pagato un servizio ecosistemico derivante dalla risorsa idrica); così facendo, si è anche dimostrato che anche le aziende hanno ottenuto un vantaggio, spendendo per il pagamento del servizio ecosistemico meno di quanto sarebbe costato un impianto di depurazione della risorsa idrica inquinata⁵¹. In tale direzione, l'art. 70 della l. n. 221 del 2015 prevede che sono compresi nel sistema di PES le remunerazioni di servizi come la fissazione del carbonio delle foreste e dell'arboricoltura da legno di proprietà demaniale, collettiva e privata, la regimazione delle acque nei bacini montani, la salvaguardia della biodiversità delle prestazioni ecosistemiche e delle qualità paesaggistiche, l'utilizzazione di proprietà demaniali e collettive per produzioni energetiche e gli interventi di pulizia e manutenzione dell'alveo dei fiumi e dei torrenti. Si prevede poi che i beneficiari finali del sistema di PES sono i comuni, le loro unioni, le aree protette, le fondazioni di bacino montano integrato e le organizzazioni di gestione collettiva dei beni comuni, comunque denominate; vale a dire soggetti, sia pubblici e privati, che possono rientrare nella nozione di “comunità verde”.

Per la verità, l'analisi condivisa sul tema approfondisce il ruolo dei PES come uno specifico strumento di mercato, che incentiva i privati ad adottare azioni e comportamenti virtuosi e rispettosi dell'ambiente. Tuttavia, è possibile anche spostare l'attenzione sulla dimensione del ruolo diretto assunto dalla comunità che, proprio tramite il sistema di pagamento del servizio ecosistemico, svolge una funzione pubblica di valorizzazione delle risorse naturali costituenti il capitale naturale delle aree rurali e di montagna⁵². Orbene, la dimensione degli strumenti di diritto privato può certamente costituire una prima base di intervento per costruire una strategia dedicata alle comunità verdi quali comunità che, in quanto composte in primis da privati, imprese e consumatori, vengono orientate dalle misure di mercato a porre in essere spontaneamente comportamenti funzionali alla protezione dell'ambiente.

⁵⁰ Secondo la definizione datane dal *Millenium Ecosystem Assesment*, riportato da A. FARÌ, *cit.*, p. 123 e ss., e da M. CAFAGNO, *cit.*, p. 162.

⁵¹ L'esempio citato è quello riportato da M. CAFAGNO, *cit.*, p. 163 e che fu messo in campo dalla Nestlé Waters, nota multinazione produttrice di acqua minerale.

5. La dimensione della *green community* nella gestione dei beni pubblici e delle risorse naturali.

Una seconda dimensione nel quale inserire la *green community* è incentrata sul ruolo della gestione dei beni pubblici e collettivi e delle risorse naturali, in coerenza con il principio di sussidiarietà orizzontale. A tal riguardo, come anticipato, l'art. 72, l. n. 221 del 2015 presuppone come componente essenziale della *green community* l'essere "locale" e stanziata in un territorio di riferimento e concentra il "valore" dei territori, rurali e di montagna, delle *green communities* proprio nei beni pubblici e nelle risorse naturali ivi disponibili (quali l'acqua, i boschi e il paesaggio). Tra i campi applicativi previsti dall'art. 72 rientrano, tra gli altri, la gestione del patrimonio agro-forestale e delle risorse idriche, delle fonti locali di energia rinnovabile e del patrimonio edilizio e delle infrastrutture di montagna.

L'idea, dunque, è che lo "sviluppo sostenibile" dei territori rurali e di montagna deve passare per l'appunto dai beni collettivi e dalle risorse naturali costituenti il capitale naturale della comunità verde, che, oltre ad avere una chiara valenza ambientale⁵³, sono in grado di conciliare la crescita economica con la sostenibilità ambientale⁵⁴.

In tale direzione, si possono individuare alcuni referenti normativi utili per l'individuazione di un contesto di regole nel quale inserire il ruolo sussidiario e pubblico delle comunità verdi nelle politiche ambientali e, più in particolare, nella gestione delle risorse naturali e dei beni collettivi; tra queste misure si possono citare le norme sui domini collettivi, sui contratti di fiume, sugli accordi di foresta, sugli interventi di sussidiarietà orizzontale (consorzi di comprensorio) e sul baratto amministrativo di cui si dirà di seguito. Nel contesto di regole che definiscono tali istituti, emerge la già evidenziata una funzione pubblica della *green community*, nella dimensione della gestione e valorizzazione di risorse naturali e beni pubblici di un dato territorio.

Anzitutto, considerati i delineati caratteri della *green community*, vale a dire la presenza di una collettività stanziata in un territorio, e la sua funzione, connessa sempre alla gestione e valorizzazione dei beni e delle risorse naturali, si nota una prima possibile coincidenza di ruoli facenti capo alla comunità verde e ai domini collettivi⁵⁵, definiti dall'art. 1 della legge n. 168 del 2017, come "ordinamento giuridico primario delle comunità originarie", "dotato di capacità di autonormazione".

⁵² Sul tema si vedano ex multis A. LALLI, *I servizi ecosistemici e il capitale naturale: una prospettiva giuridico-istituzionale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2017; M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. Econ.*, 2019, pp. 115 e in particolare p. 162 e ss.; A. DE NUCCIO, *L'incentivazione economica dei servizi agro-ecosistemici per un nuovo modello di sviluppo nell'ambiente rurale*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2020, 2, pp. 94 e ss.; A. FARÌ, *L'ambiente come funzione. Servizi ecosistemici e capitale naturale*, in (a cura di) G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, pp. 121 e ss..

⁵³ Valenza ambientale confermata anche dall'art. 142, d.lgs. n. 42 del 2004 che sottopone, tra gli altri, a vincolo paesaggistico una serie di aree riferibili ai territori rurali e di montagna.

⁵⁴ E tra questi rientrano i territori costieri, territori contermini ai laghi, i fiumi, i torrenti, i corsi d'acqua, montagne, ghiacciai e i circhi glaciali, i parchi e le riserve nazionali o regionali, i territori coperti da foreste e da boschi, le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici, le zone umide, i vulcani e le zone di interesse archeologico.

⁵⁵ Sul tema si vedano E. CORTESE, voce *Domini collettivi*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 913; M. COSULICH, *La legge 20 novembre 2017, n. 168, "Norme in materia di domini collettivi" Osservazioni a prima lettura*, in *Riv. Dir. Agrario*, Napoli, 4/2017, p. 705; G. DI GENIO, *Gli usi civici nella legge n. 168 del 2017 sui domini collettivi: sintonie e distonie attraverso la giurisprudenza costituzionale e il dibattito in sede Costituente*, in *federalismi.it*, 2018; M. CENINI, *Diritti collettivi e ambiente: gli usi civici nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. It.*, 2018, 8-9, pp. 1838 e ss.; G. MARI, *I beni di collettivo godimento nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2019, 6, 489 e ss.; G. SPOTO, *Alcune considerazioni sugli enti di gestione dei domini collettivi*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2021, pp. 97 e ss.

Senza poter approfondire il tema vastissimo e inerente alla disciplina degli usi civici, sulla cui rilevanza ambientale si è espressa anche la Corte costituzionale⁵⁶, i domini collettivi sono qualificati come associazioni di diritto privato con piena autonomia statutaria, a cui è affidata la “*gestione del patrimonio naturale, economico e culturale, e che fa capo alla base territoriale della proprietà collettiva, considerato come comproprietà inter-generazionale*”, e dunque dei patrimoni collettivi (e delle terre di proprietà collettiva oggetto dei diritti di uso civico)⁵⁷.

I domini collettivi sono caratterizzati dalla presenza di una “*collettività i cui membri hanno in proprietà terreni ed insieme esercitano più o meno estesi diritti di godimento, individualmente o collettivamente, su terreni che il comune amministra o la comunità da esso distinta ha in proprietà pubblica o collettiva*”. Vi sono, per l'appunto, enti esponenziali di una determinata collettività⁵⁸ a cui è affidata la gestione e la valorizzazione di risorse naturali e di beni collettivi (patrimonio naturale, economico e culturale) collocati in un territorio di riferimento⁵⁹. Ed è in tale dimensione che si può incardinare anche la strategia della *green community*, cui pure competono, ai sensi dell'art. 72, l. n. 221 del 2015, funzioni di gestione di proprietà collettive quali la “*gestione integrata e certificata del patrimonio agro-forestale...*” (lett. a) e la “*gestione integrata e certificata delle risorse idriche...*” (lett. b) inerenti a una comunità locale.

Altro strumento applicativo rilevante ai fini dell'individuazione del ruolo delle *green communities* può essere il contratto di fiume. Il contratto di fiume ha ricevuto un referente normativo nell'art. 68 - bis, d.lgs. n. 152 del 2006, inserito dall'art. 59, comma 1, della legge n. 221 del 2015, e consiste in un accordo i cui elementi costitutivi finiscono per confondersi con i caratteri propri della *green community*, e cioè la comunità locale, la quale si compone di cittadini, imprese, associazioni, oltretutto di enti pubblici, specialmente territoriali, come comuni, province e regioni, e la presenza di un territorio di riferimento attraversato da un corso d'acqua. Il contratto di fiume viene definito come una misura volontaria di *governance* locale integrata che, nell'ottica della sussidiarietà, consente di coinvolgere le “comunità” stanziare in un territorio nella gestione delle risorse idriche e nella valorizzazione dei territori fluviali⁶⁰. Così definito, il contratto di fiume potrebbe sembrare un tipo speciale (una *species*) di *green community* (il *genus*), con la particolarità che mentre il territorio oggetto del contratto di fiume è un'area contraddistinta dalla presenza della sola risorsa naturale idrica-fluviale, la *green community* coinvolge territori attraversati anche da altre risorse e beni pubblici.

Nella stessa prospettiva della comunità verde con compiti di valorizzazione dei beni naturali, si collocano gli accordi di foresta, introdotti nelle previsioni dai commi 4 quinquies.1 e ss., dell'art. 3, del d.l. n. 5 del 2009, conv. in l. 33/2009 e modificato dall'art. 35 bis del d.l. n. 77/2021, conv. in l. 108/2021.

Gli accordi di foresta si qualificano come reti di imprese operanti nel settore forestali, e possono identificarsi in una “comunità” composta però dai soli soggetti titolari del diritto di proprietà o di un altro diritto reale o personale di godimento su beni agro-silvo-pastorali, e quindi presente in un territorio forestale.

⁵⁶ In particolare, si veda la sentenza della Corte costituzionale, 11 maggio 2017, n. 103.

⁵⁷ Cfr. G. SPOTO, cit.

⁵⁸ Si veda a tal riguarda Cass. Civ., Sez. Un., 24 giugno 2020, n. 12482 secondo cui gli enti esponenziali di una collettività, come nel caso deciso l'università agraria di Bracciano sono associazioni di diritto privato, benché soggetti privati, sono legittimati a contribuire alla tutela di interessi con valenza pubblicistica e al perseguimento nonché alla realizzazione di interessi di uguale natura.

⁵⁹ Come riportato da M. CENINI, cit., p. 1841, secondo una stima, circa il 25% della superficie forestale nazionale rientrerebbe tra i demani civici, mentre per quanto riguarda i terreni agricoli, il 6° censimento dell'agricoltura effettuato nel 2010 dall'Istat, ha fatto emergere che il 9,77% del terreno agricolo italiano risulta appartenere a enti esponenziali di una comunità locale come ‘Comunanze e Università agrarie a cui è deputata la gestione delle proprietà collettive specialmente in montagna. E tra le più importanti rientrerebbe la Magnifica Comunità di Fiemme in Trentino, sono che gestisce un territorio di 200 kmq.

⁶⁰ Sull'argomento si veda A. PORTERA, *I contratti di fiume*, in *federalismi.it*; A. CRISMANI, *Spunti e riflessioni sul modello consensuale nella gestione dei beni pubblici ambientali*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2021, fasc.2, pp. 42 e ss.

Tali reti di imprese sono equiparate alle reti di impresa agricole e possono svolgere svariate attività, tra le quali rientrano la gestione associata e sostenibile delle proprietà agro-silvo-pastorali con finalità di recupero funzionale e produttivo delle proprietà fondiari pubbliche e private e di valorizzazione ambientale e socio-culturale dei contesti in cui operano. L'accordo di foresta ha una dichiarata funzione di valorizzazione delle superfici pubbliche e private a vocazione agro-silvo-pastorale nonché di conservazione ed erogazione dei servizi ecosistemici forniti dai boschi. Da tanto si rileva che, al pari del contratto di fiume, anche l'accordo di foresta presenta elementi di specialità e caratteri almeno in parte coincidenti con la "*green community*" dell'art. 72, l. n. 221 del 2015, giacché anch'esso comprende una comunità, anche se di soli privati, stanziata su un territorio quello forestale, per la verità non necessariamente ma molto spesso coincidente con le aree rurali e di montagna e operante nello specifico settore, e operante in uno dei tanti campi applicativi della comunità verde, quale quello che l'art. 72 qualifica come "*gestione integrata e certificata del patrimonio agro-forestale*".

Da ultimo, referenti normativi interessanti nella prospettiva della gestione e valorizzazione dei beni pubblici affidata alle comunità di cittadini possono rinvenirsi negli artt. 189 e 190 del d.lgs. n. 50 del 2016, che regolano gli "interventi di sussidiarietà orizzontale" dei consorzi di comprensorio e il baratto amministrativo⁶¹. Ai sensi dell'art. 189, i cittadini residenti in un'area di interesse possono costituire un "consorzio di comprensorio", assimilabile a un consorzio di urbanizzazione, a cui sono affidate funzioni anche pubblicistiche non diverse da quelle svolte in proprio dagli enti locali, quali la manutenzione e la gestione di aree di verde pubblico e di immobili di origine rurale, riservati ad attività collettive sociali e culturali di quartiere. Il baratto amministrativo invece è un contratto definito di "partenariato sociale" che gli enti territoriali possono stipulare con "i cittadini singoli e associati", individuati in un "preciso ambito territoriale" per l'affidamento di compiti di gestione (pulizia, manutenzione, abbellimento) e di valorizzazione di beni pubblici della città (aree verdi, piazze, strade e beni immobili inutilizzati). Anche in tali fattispecie, viene affidata ai cittadini la gestione e la valorizzazione di aree e beni pubblici della città, che di regola spetterebbe ai comuni, e che, per l'appunto, evidenziano una funzione diretta delle comunità nella gestione dei beni collettivi.

I domini collettivi, il contratto di fiume, l'accordo di foresta, gli interventi di sussidiarietà orizzontale e il baratto amministrativo possono dunque costituire strumenti utili ai fini della definizione delle funzioni di una *green community*, quale soggetto esponenziale di una comunità stanziata su un territorio, a cui è possibile riconoscere un ruolo di autoorganizzazione e di partecipazione attiva della collettività, a vario titolo composta da privati, imprese, associazioni locali ed enti pubblici, nello svolgimento di attività di interesse generale inerenti alla valorizzazione e alla gestione dei beni pubblici e delle risorse naturali (idriche, forestali e così via...) di un territorio. In coerenza con il principio di sussidiarietà orizzontale, rispetto a tali attività, l'ente pubblico avrebbe un ruolo di coordinamento, controllo e promozione, e un intervento pubblico rimane giustificato nei soli casi in cui possa essere ritenuto più efficace ed adeguato rispetto alle capacità delle comunità.

6. La dimensione delle *green communities* nell'esercizio delle funzioni degli enti locali e nei servizi di interesse generale a tutela dell'ambiente.

Da ultimo, una terza dimensione nella quale è possibile incardinare la *green community* si rinviene nelle ipotesi in cui alle comunità viene affidata la partecipazione e la cooperazione nei servizi di interesse generale e nelle decisioni e nelle funzioni degli enti pubblici.

⁶¹ Sul tema R. CAVALLO PERIN, *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, in *Dir. Amm.*, 2018, 4, pp. 839; F. GIGLIONI, *Limiti e potenzialità sul baratto amministrativo*, in *Riv. Trim. di scienza dell'amm.*, 2016.; S. VILLAMENA, "*Baratto amministrativo*": prime osservazioni, in *Riv. Giur. Edil.*, 2016, pp. 379 e ss.

L'Unione Europea riconosce alla partecipazione dei privati e di tutti i portatori di interessi rilevanti un carattere cruciale per il successo delle politiche ambientali definite dal *Green Deal Europeo*, definendo anche le modalità attuative⁶². Secondo le ricostruzioni proposte, la partecipazione si declina in vari modi, da semplice strumento conoscitivo per i pubblici poteri, a strumento di contraddittorio-opposizione tra privati e pubblica amministrazione, a strumento collaborativo nella definizione delle decisioni pubbliche. In materia ambientale la partecipazione trova un riconoscimento espresso nell'art. 3-sexies, d.lgs. n. 152 del 2006⁶³ e assume rilevanza in considerazione della complessità ed elevato tecnicismo di talune questioni, che presuppongono un contributo informativo dal basso, e considerati i risvolti che le decisioni pubbliche possono avere per le attività economiche. Da qui la previsione di diverse forme di partecipazione dei privati nei processi decisionali pubblici, quali il dibattito pubblico, diretto a consentire, con riguardo ai procedimenti per la VAS e per la VIA, a chiunque vi abbia interesse di “*presentare le proprie osservazioni all'autorità competente, anche fornendo nuovi o ulteriori elementi conoscitivi e valutativi*” (art. 14, comma secondo, e art. 24, comma terzo, d.lgs. n. 152 del 2006) e previsto anche con riferimento a “*i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente*” (art. 22, d.lgs. n. 50 del 2016), nonché l'inchiesta pubblica (art. 24 - bis, d.lgs. n. 152 del 2006)⁶⁴; e, ancora, si apprezza la previsione di strumenti di partecipazione previsti nella gestione del governo del territorio, come gli artt. 9 e 10 della legge n. 1150 del 1942.

A queste forme di partecipazione ancora “debole”⁶⁵, perché limitate a mere osservazioni dei privati, si affiancano esempi di coinvolgimento maggiormente inclusivo delle popolazioni nella *governance* pubblicistica.

⁶² A tal riguardo, nella comunicazione della Commissione Europea 11.12.2019 COM(2019) 640 final, si legge che “*La partecipazione e l'impegno del pubblico e di tutti i portatori di interessi sono cruciali per il successo del Green Deal europeo. I recenti avvenimenti politici hanno dimostrato che le politiche più audaci funzionano solo se i cittadini sono stati pienamente coinvolti nella loro elaborazione. Il posto di lavoro, riscaldare la propria abitazione, far quadrare i conti: sono queste le loro preoccupazioni. Se vuole garantire il successo del Green Deal e determinare cambiamenti duraturi, la Commissione deve dare ascolto alle istanze dei cittadini, che sono e dovrebbero rimanere il motore della transizione. [...] Entro marzo 2020 la Commissione varerà un patto europeo per il clima che contempla tre modi di coinvolgere il pubblico nell'azione per il clima. In primo luogo promuoverà la condivisione delle informazioni, l'ispirazione e la comprensione delle minacce e delle sfide rappresentate dai cambiamenti climatici e dal degrado ambientale, così come delle soluzioni per affrontarle. Ciò avverrà attraverso diversi canali e strumenti, tra cui eventi organizzati negli Stati membri sul modello dei "dialoghi con i cittadini" della Commissione. In secondo luogo allestirà spazi fisici e virtuali in cui i cittadini possano esprimere le proprie idee e la propria creatività, collaborando a iniziative ambiziose a livello sia individuale che collettivo. I partecipanti dovrebbero essere incoraggiati ad assumersi impegni specifici connessi all'azione per il clima. Infine, la Commissione provvederà allo sviluppo delle capacità per favorire le iniziative dal basso in materia di cambiamenti climatici e tutela dell'ambiente. Informazioni, orientamenti e moduli di insegnamento potrebbero agevolare lo scambio di buone pratiche. La Commissione intende fare in modo che la transizione verde occupi un posto di primo piano nel dibattito sul futuro dell'Europa. ...*”. Già il Regolamento dell'Unione Europea n. 390/2014, ha introdotto il programma “L'Europa per i cittadini” che mira a favorire la cittadinanza europea e la partecipazione democratica e civica dei cittadini dell'Unione, secondo un principio di “cittadinanza attiva”.

⁶³ Sul tema della partecipazione in materia ambientale si vedano A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, cit. pp. 193 e ss.; F. Costantino, *La partecipazione e il diritto dell'ambiente*, in F. LORENZOTTI, B. FENNI (a cura di), *I principi del diritto dell'ambiente e la loro applicazione*, Napoli, 2015, 101 ss. Sulla partecipazione in generale, R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2019, spec. 133 ss.; F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 299 ss. L'art. 3 sexies del codice dell'ambiente, che prevede proprio la “partecipazione a scopo collaborativo”, stabilendo la “*partecipazione del pubblico nel procedimento di elaborazione, di modifica e di riesame delle proposte degli stessi piani o programmi prima che vengano adottate decisioni sui medesimi piani o programmi*” e l'obbligo dell'amministrazione di tener conto delle osservazioni del pubblico.

⁶⁴ sul tema si veda E. FREDIANI, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una «relazione» problematica*, in *Dir. Amm.*, 2020, fasc. 2, pp. 399 e ss.

⁶⁵ In tal senso, con riferimento alla legge urbanistica, si vedano URBANI - S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico*, 6^a ed., Torino, 2017, 121; F. SAIITA, *Governo del territorio e discrezionalità dei pianificatori*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2018, fasc 6, pp. 421 e ss.

Le comunità finiscono per avere un ruolo attivo e diretto nella gestione di attività di interesse generale, specialmente con riguardo ai profili di tutela ambientale, in quanto composte da privati che, per un verso, sono meglio in grado di conoscere e interpretare i bisogni della collettività e, per altro verso, possono fornire un apporto tecnico ed economico utile per l'ente pubblico.

Paradigmatica di una partecipazione inclusiva delle “comunità” nella *governance* pubblicistica, è sicuramente la figura dell'ente del terzo settore, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale, a cui gli artt. 55, 56 e 57 del d.lgs. n. 117 del 2017 riconoscono una co-partecipazione alle funzioni degli enti pubblici sia nella “co-programmazione” dei bisogni da soddisfare (art. 55) sia nello svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale (art. 56 e 57). Si delinea l'attribuzione della cura di interessi di carattere generale ad organizzazioni composte da cittadini, anche attraverso l'affidamento di servizi pubblici.

Nell'ambito delle comunità coinvolte nella produzione di servizi, è stata concentrata l'attenzione sul fenomeno delle c.d. imprese di comunità o cooperative di comunità, che, pur nelle eterogenee applicazioni nella prassi, hanno come caratteristica comune la co-produzione⁶⁶ di beni e servizi pubblici di interesse generale in favore della stessa comunità stanziata su un territorio di riferimento⁶⁷. La caratteristica è che i fruitori dei beni e servizi prodotti dalla cooperativa o impresa di comunità sono non soltanto i soci, ma tutti i soggetti residenti in un dato territorio, con lo scopo di promuovere lo sviluppo economico locale. La comunità si qualifica allo stesso tempo come produttrice e come utente del servizio e del bene di interesse generale e finisce per ricoprire un ruolo sovrapponibile a quello dell'ente locale, considerate anche le finalità di interesse generale perseguite in favore della collettività coinvolta e del territorio.

In assenza di un quadro normativo nazionale di riferimento, alcune leggi regionali⁶⁸ hanno regolato il fenomeno della cooperazione di comunità, qualificandone e definendone le funzioni⁶⁹ e regolandone gli aspetti organizzativi e talvolta affiancandone la funzione di valorizzazione e sviluppo della montagna proprio alle *green communities*⁷⁰.

⁶⁶ Sul concetto di co-produzione di beni e servizi di interesse generale nel fenomeno della collaborazione del privato con il pubblico, si veda S. PROFETI - V. TARDITI, *Le pratiche collaborative per la co-produzione di beni e servizi: quale ruolo per gli Enti locali?*, in *Ist. Federalismo*, 2019, pp. 861 e ss.

⁶⁷ Sul tema P.A. MORI, J. SFORZI (a cura di), *Imprese di comunità. Innovazione istituzionale, partecipazione e sviluppo locale*, Bologna, 2019, già citato; BANDINI-MEDEI- TRAVAGLINI, *Territorio e persone come risorse: le cooperative di comunità*, in *Impresa sociale*, n. 5/2015; T. FAVARO, *Verso la smart city: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2020, fasc. 2, 87 e ss.; G. CAPO, *Le cooperative di comunità*, in *Giur. Comm.*, 2021m fasc. 4, pp. 616 e ss.; G. SPOTO, *Alcune considerazioni sugli enti di gestione dei domini collettivi*, cit., pp. 97 e ss. che incentra il ruolo delle imprese di comunità come domini collettivi deputati alla gestione delle proprietà collettive. Tuttavia, la funzione delle cooperative di comunità è estesa anche oltre la dimensione dei beni collettivi alla produzione di servizi di interesse generale.

⁶⁸ Si possono citare le leggi delle regioni Puglia n. 23 del 2014, Emilia Romagna n. 12 del 2014, Basilicata n. 12 del 2015, Abruzzo n. 25 del 2015, Liguria n. 14 del 2015, Lombardia n. 36 del 2015, Sardegna n. 35 del 2018, Sicilia n. 25 del 2018, Umbria n. 2 del 2019, Piemonte n. 14 del 2019, Toscana n. 67 del 2019, Campania n. 1 del 2020, e Lazio n. 1 del 2021.

⁶⁹ Si veda l'art. 1 della legge regione Puglia n. 23 del 2014 secondo cui “*le società cooperative, costituite ai sensi degli articoli 2511 e seguenti del Codice civile, e iscritte all'Albo delle cooperative di cui all'articolo 2512 del Codice civile e all'articolo 223-sexiesdecies delle disposizioni per l'attuazione del Codice civile, che, valorizzando le competenze della popolazione residente, delle tradizioni culturali e delle risorse territoriali, perseguono lo scopo di soddisfare i bisogni della comunità locale, migliorandone la qualità, sociale ed economica, della vita, attraverso lo sviluppo di attività economiche eco-sostenibili finalizzate alla produzione di beni e servizi, al recupero di beni ambientali e monumentali, alla creazione di offerta di lavoro e alla generazione, in loco, di capitale “sociale”*”.

⁷⁰ È il caso della legge regionale Piemonte n. 14 del 2019 che all'art. 30 prevede che “*La Regione sostiene la realizzazione, sul territorio montano, di green communities, cooperative di comunità, comunità energetiche finalizzate a valorizzare in modo integrato e sostenibile il proprio patrimonio socio-culturale, economico, ambientale ed energetico, anche avvalendosi dell'ausilio delle nuove tecnologie abilitanti quali la banda ultra larga*”.

Gli esempi più significativi di imprese di comunità si sono avuti proprio nei territori montani, ove compaiono cooperative con un ruolo classico di sostegno alle attività economiche locali e cooperative, a cui gli enti locali partecipano direttamente come soci ovvero comunque ne favoriscono lo sviluppo⁷¹, e alle quali compete lo svolgimento di attività di interesse generale, di rigenerazione urbana e di gestione dei beni e delle risorse naturali e finanche delle fonti di energia rinnovabili.

Esistono poi settori in cui si può realizzare in modo paradigmatico la partecipazione attiva delle comunità nella gestione di servizi di interesse generale in chiave sostenibile, come nel campo della produzione dell'energia rinnovabile, del turismo e del trasporto sostenibili, ben declinati nel modello improntato all'economia circolare della sharing economy, basati sull'economia della condivisione, con esempi di bike sharing, car sharing e così via, rispetto ai quali il privato è direttamente coinvolto nella produzione di un servizio di interesse pubblico con caratteristiche informatiche, logistiche e finanziarie spesso migliori rispetto a quelle proprie dell'analogo servizio erogato da un ente pubblico⁷².

Il ruolo diretto delle comunità nel particolare servizio di produzione e distribuzione di energia da fonti rinnovabili si apprezza poi con riguardo alle c.d. comunità di energia rinnovabile⁷³, previste dalla direttiva UE 2018/2001, e definite come un *“soggetto giuridico che, conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione, i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le*

⁷¹ Si vedano gli esempi citati da P.A. MORI, J. SFORZI (a cura di), *Imprese di comunità. Innovazione istituzionale*, cit., p. 147. Con riferimento alle cooperative che intervengono a sostegno delle economie locali si cita il caso della BGO di Malles (Alto Adige-Südtirol) - nata con l'obiettivo di contrastare le esternalità negative di un tipo di agricoltura intensiva (uso di pesticidi) che è cooperativa di comunità con lo scopo di aggregare, accompagnare e dare visibilità agli abitanti e agli agricoltori locali che intendono avviare un'agricoltura di tipo biologico e sviluppare iniziative imprenditoriali che abbiano al centro il tema dello sviluppo sostenibile a partire dalla valorizzazione delle risorse locali. Ci sono esempi di cooperative, sempre citati da P.A. MORI, J. SFORZI, cit., pp. 166 e ss., nelle quali l'ente pubblico è socio; così le cooperative Cadore SCS e la cooperativa elettrica SECAB. In particolare, si cita la cooperativa Cadore SCS, nata come cooperativa sociale nel territorio delle dolomiti bellunesi, con il duplice obiettivo di valorizzare le risorse ambientali, turistiche e culturali del territorio e di creare nuove opportunità di lavoro. Dieci comuni sono soci della cooperativa e costituiscono il principale committente della cooperativa di comunità, la quale collabora con le amministrazioni comunali nella gestione di alcuni servizi di interesse comunitario con ridotta sostenibilità economica, come ad esempio la gestione di alcuni impianti di risalita in zone marginali e di un cinema in un piccolo comune della valle. La SECAB (Società Elettrica Cooperativa Alto Bût) è invece una cooperativa costituita nel 1911 in Carnia per realizzare impianti idroelettrici utilizzando al meglio le risorse idriche e le caratteristiche del territorio e alla quale viene affidato il servizio di distribuzione dell'energia elettrica. Altre volte l'ente pubblico si limita a promuovere lo sviluppo della cooperativa; è il caso, sempre citato da P.A. MORI, J. SFORZI, cit., p. 167, riguardante la cooperativa EUM (Azienda energetica e per l'ambiente Moso in Passiria) che opera nella produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili e ha un rapporto di forte collaborazione con l'amministrazione comunale insieme alla quale è socia della società consortile proprietaria della centrale idroelettrica realizzata nella valle e dalla quale ha preso in appalto la gestione della rete di distribuzione elettrica.

⁷² Sul tema si veda T. FAVARO, cit. che menziona il caso di Uber che viene qualificato dalla Corte di Giustizia UE come un *“vero e proprio organizzatore e operatore di servizi di trasporto urbano”* dal momento che *“la prestazione di messa in contatto del passeggero con il conducente ...”* coincide con la prestazione di trasporto. La Corte di Giustizia UE, 20 dicembre 2017, C-434/15 ha rilevato come nel caso Uber *“il “servizio d'intermediazione deve quindi essere considerato parte integrante di un servizio complessivo in cui l'elemento principale è un servizio di trasporto e, di conseguenza, rispondente non al la qualificazione di “servizio della società dell'informazione” ma di “servizio nel settore dei trasporti”*) in dottrina, si veda anche C. IAIONE, *Sharing economy e diritto dell'innovazione. Il caso della mobilità urbana*, in *Munus*, 2019, 187 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Trasporti pubblici locali non di linea e nuove tecnologie: il caso Uber nel diritto comparato*, in *Munus*, 1, 2016, 75 ss.; T. BONETTI, *Il trasporto pubblico locale nel prisma della mobilità sostenibile*, in *Dir. Amm.*, 2020, fasc. 3, pp. 563 e ss.; L. AMMANNATI, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile. Intermodalità e digitalizzazione nel quadro di una politica comune dei trasporti*, in *Federalismi.it*, 2018, 4, 1 ss.

⁷³ C.BEVILACQUA, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale*, cit.; vedi A. BALLOCCI, *Comunità energetiche*, cit.; T. FAVARO, cit.

amministrazioni comunali, e il cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari” (art. 2, n. 16, della direttiva).

Le comunità energetiche si caratterizzano quindi per la loro compagine, sia pubblica che privata (la comunità appunto), per l’essere stanziate nelle vicinanze dell’impianto di produzione di energia rinnovabile dalla stessa gestito (il territorio), e in quanto deputate a fornire benefici “ambientali, economici o sociali a livello di comunità”. La comunità produce l’energia rinnovabile con unità di produzione da essa stessa detenuta (come per esempio microimpianti eolici, solari ecc...) e la vende e/o scambia all'interno della comunità medesima, divenendo quindi per definizione una comunità insieme “produttrice/consumatrice” (art. 22 della direttiva) con ricadute positive in termini di sostenibilità ambientale. Sicché, in definitiva, dati i caratteri della comunità energetica, si evidenzia un modello di *community* produttrice di servizi di interesse generale in favore della collettività di un dato territorio, che ben si concilia con la dimensione di *green community* offerta dall’art. 72 che, per l’appunto, prevede uno specifico campo applicativo della comunità verde anche rispetto alla “produzione di energia da fonti rinnovabili locali, quali i microimpianti idroelettrici, le biomasse, il biogas, l’eolico, la cogenerazione e il biometano”.

7. La green community come rete di soggetti pubblici.

Infine, l’analisi del contesto normativo dedicato alle comunità verdi non consente neppure di escludere un modello di *green community* come comunità composta soltanto da enti pubblici, per lo più locali.

In tal senso, vengono in rilievo principalmente diverse forme associative tra amministrazioni, i cui referenti normativi più significativi sono compresi nel d.lgs. n. 267 del 2000, testo unico enti locali. Esistono accordi tra enti locali, come ad esempio la convenzione (art. 30), il consorzio (art. 31) e l’accordo di programma (art. 34), conclusi per l’esercizio associato e coordinato di servizi e funzioni pubblici e per l’ipotesi in cui l’attuazione di opere e di programmi di intervento richieda un’azione coordinata e integrata tra più enti locali. Vi sono poi enti locali come l’unione di comuni (art. 32) e la comunità montana (art. 27) che vengono costituiti da altri enti e si qualificano come enti pubblici in senso proprio. Tali forme di raccordo tra gli enti territoriali possono costituire un ulteriore modello per l’attuazione della strategia delle *green community*, in quanto in grado di assicurare una migliore gestione di servizi e funzioni pubbliche da parte di comuni spesso di piccole dimensioni.

Non è un caso che si sia previsto in capo ai c.d. piccoli comuni, con popolazione fino a 5.000 abitanti, ovvero fino a 3.000 abitanti se appartengono o sono appartenuti a comunità montane, che sono per lo più enti stanziati proprio in aree rurali e di montagna coincidenti con le *green communities*, l’obbligo di esercitare in forma associata, mediante unione di comuni o convenzione, le proprie funzioni fondamentali (così l’art. 14, comma 28, d.l. n. 78 del 2010, conv. in l. n. 122 del 2010). Orbene, anche la *green community* può fondarsi sui modelli organizzativi previsti (unione di comuni e convenzioni) per garantire un esercizio associato di funzioni e servizi, specialmente considerando che proprio gli enti locali delle zone rurali e di montagna sono spesso troppo piccoli e inadeguati sul piano economico, demografico e tecnico, per gestire da soli risorse naturali, spesso troppo grandi⁷⁴.

⁷⁴ Da notare che tra i case study forniti dal focus tematico “Verso un modello di green community: esperienze, strategie e studi di caso” realizzato dall’osservatorio del progetto Italiae promosso dal Dipartimento per gli Affari regionali e le autonomie, reperibile online, vengono citate iniziative di comunità già intraprese in alcuni territori, che vedono coinvolti per lo più gli enti pubblici locali, riuniti in unioni di comuni.

In definitiva, tale dimensione della *green community* è coerente con lo schema degli strumenti pubblici “dall’alto” di tutela dell’ambiente, che coinvolge gli enti pubblici in prima persona nell’esercizio di poteri autoritativi, di programmazione, autorizzazione e controllo nella materia della tutela dell’ambiente; rispetto a tali strumenti però non si evidenzia un coinvolgimento diretto del privato nella tutela dell’ambiente, che, tuttavia, come evidenziato, specialmente nelle aree interne, rurali e di montagna, potrebbe apparire utile alla realizzazione degli obiettivi propri dell’economia circolare.

8. Brevi considerazioni conclusive e prospettive per la *green community*.

Orbene, in conclusione, dal quadro tracciato possono intravedersi delle interessanti prospettive per una dimensione giuridica della *green community*. Come già anticipato, è indubbio che nella lacunosità delle definizioni offerte dalla disposizione di riferimento sul tema, lo spazio applicativo per la *green community* è ancora rimesso esclusivamente allo sforzo compiuto dallo studioso e dall’interprete che, nel tentativo di offrire un possibile inquadramento a un fenomeno oggetto di una strategia ancora in fase di programmazione, può soltanto limitarsi a esprimere dei possibili sviluppi *de iure condendo* per la *green community*. A tale scopo, in assenza di norme, occorre anzitutto far leva sui principi che regolano l’azione amministrativa e, tra questi, sulle già invocate possibili dimensioni della partecipazione dei privati e della sussidiarietà orizzontale, nelle quali, più di tutte, appare possibile inserire la *green community* quale strumento per l’esercizio di funzioni amministrative obiettivate a tutela dell’ambiente.

Come anticipato, intendendo la *green community* come una “comunità”, in tutto o in parte partecipata dai privati, una possibile prospettiva di attuazione della strategia delle *green communities* passa proprio dagli strumenti di coinvolgimento diretto delle collettività nell’esercizio di funzioni e servizi di interesse pubblico e nella gestione e valorizzazione delle risorse pubbliche. L’idea alla base della realizzazione di una *green community* merita attenzione, in quanto diretta a conciliare le istanze proprie del mondo produttivo, sottese all’esercizio di attività economiche di certe realtà locali più marginali (agricoltura, turismo, silvicoltura ecc.), con la tutela dell’ambiente e del territorio. Sicché, un ruolo attivo e diretto delle comunità nella gestione delle risorse di un territorio, coordinato, controllato e supervisionato dai pubblici poteri, può implicare un interessante modello di *governance* e di sviluppo sostenibile a livello locale che unisce soggetti pubblici e privati.

Se ciò può valere in termini teorici, tuttavia, passando alla pratica realizzazione di un modello di coinvolgimento dei privati nella concreta gestione di servizi pubblici, dei beni pubblici e collettivi e delle risorse naturali, si possono prospettare maggiori criticità attuative. Basti pensare, per citare soltanto un esempio, alle difficoltà che potrebbero emergere in termini di rispetto delle regole sull’evidenza pubblica ove si dovesse ipotizzare l’affidamento di un servizio pubblico o la gestione di una risorsa naturale (demaniale, pubblica, collettiva), che esprime un interesse anche economico, a un gruppo più o meno organizzato di privati individuati perché stanziati sul territorio. Immaginando una gara pubblica per tale affidamento, il rispetto delle regole di evidenza pubblica potrebbe concludersi con l’aggiudicazione del contratto pubblico o del bene a un soggetto diverso dalla comunità locale, che, verosimilmente, proprio per le sue capacità tecniche o economiche, potrebbe anche avere maggiori chances di aggiudicarsi la commessa pubblica.

Ovvero, ancora, per restare nel campo delle criticità ipotizzabili, si può fare riferimento al complesso di regole che, proprio nella materia ambientale, pongono limitazioni e ostacoli procedurali di varia natura all'autorizzazione e alla realizzazione di attività economiche. Si dovrebbe allora ripensare anche in tal senso un sistema maggiormente improntato alla semplificazione o alla liberalizzazione, senza evidentemente abbondare le esigenze di tutela ambientale. Sicché, nel definire sul piano applicativo la strategia della *green community*, occorrerà in *primis* un intervento da parte del legislatore nella definizione di un sistema di regole adeguato e uniforme, che, anche attingendo e mettendo ordine tra gli strumenti normativi già esistenti citati innanzi, possa costituire un quadro di norme certe dedicate esclusivamente alla "comunità verde" come strumento per lo sviluppo sostenibile a livello locale.

LA SHARI'A, LE SUE FONTI E IL POTERE POLITICO¹

Saverio F. Regasto

Università degli Studi di Brescia

Abstract (IT): Il contributo affronta e approfondisce la tematica delle fonti nei sistemi giuridici islamici, compresa la tecnica interpretativa dei testi, nel più ampio contesto dei sistemi politico-istituzionali vigenti.

Abstract (EN): The contribution addresses and deepens the theme of sources in Islamic legal systems, including the interpretative technique of texts, in the broader context of the political-institutional systems.

SOMMARIO: 1. La *Shari'a*. - 2. Origine storica. - 3. Le fonti della *Shari'a* (*usul al-fiqh*). - 3.1. Il Corano. - 3.2. La Sunna. - 3.3. L'*Ijma*. - 3.4. Il *Qiyas*. - 3.5. La consuetudine e il suo ruolo. - 4. L'*ijtihad* e l'interpretazione della *Shari'a*. - 5. Le scuole giuridiche ufficiali. - 6. Il califfato. - 7. La Umma.

1. La *Shari'a*.

Come è noto, il termine comunemente utilizzato per indicare il diritto islamico è *Shari'a*. Questo vocabolo rappresenta qualcosa di più e qualcosa di meno rispetto al diritto, almeno per come esso è inteso in Occidente: di più perché il termine include anche l'etica e la morale; di meno perché la *Shari'a* non si è occupata di trattare compiutamente alcuni settori quali, in particolare, il diritto pubblico². *Shari'a* significa letteralmente "via da seguire"³ e rappresenta per i musulmani la somma dei doveri che il genere umano deve osservare per raggiungere la salvezza.

Si evidenzia fin da subito, da queste prime definizioni, un'enorme differenza rispetto alla tradizione occidentale secondo cui la legge è frutto di un potere umano costituito, di un organo, monocratico o collegiale, investito appunto del potere legislativo. La comunità musulmana è invece governata solo e solamente da Dio: la legge deve essere emanazione di Dio stesso. «Allah è, infatti, il grande Legislatore, colui che detta la norma per il popolo prescelto. La legge è parola di Dio, per mezzo del suo Profeta, e ha ad oggetto la regolamentazione degli atti del singolo credente e della vita dell'intera comunità»⁴. Nessuna legge o Costituzione potrà annullare la *Shari'a*: le norme giuridiche possono esistere solo se non contrarie a quanto prescritto da Dio⁵.

Una delle principali caratteristiche della *Shari'a* è la sua imperatività: tutti i fedeli sono tenuti all'obbedienza di quanto prescritto da Allah, unico legislatore tanto nella sfera religiosa quanto in quella comunitaria e sociale.

¹ Il contributo è destinato agli Scritti in onore di Pietro Ciarlo.

² V. DONINI, D. SCOLART, *La shari'a e il mondo contemporaneo*, Roma, 2015, p. 19.

³ C. DECARO, *Tradizioni religiose e tradizioni costituzionali*, Roma, 2014, p. 34.

⁴ M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, Bologna, 2014, p. 15.

⁵ A. PREDIERI, *Shari'a e Costituzione*, Roma-Bari, 2006, p. 85.

Le materie prese in considerazione dalla legge islamica sono assai diversificate e spaziano dal diritto di famiglia, all'usura, alla compravendita, a disposizioni in merito al diritto di guerra, alla disciplina della situazione giuridica degli ebrei e dei cristiani, fino a giungere a dettare anche prescrizioni di natura alimentare⁶.

Altra caratteristica di questa legge è l'irrilevanza del principio della territorialità: i comandi impartiti da Allah sono destinati all'intera *Umma*, cioè all'intera comunità universale di fedeli, indipendentemente dal luogo in cui si trovino, al di là di ogni possibile confine nazionale.

«La *Shari'a*, proprio perché di origine sacra, è formalmente immutabile; l'uomo non può sostituirsi al legislatore divino, né può modificare o alterare quanto Dio ha statuito per il suo popolo, anche quando i governanti mutano e i regimi si susseguono l'uno dopo l'altro»⁷. Non dobbiamo quindi sorprenderci se molti movimenti attuali predicano il ritorno all'Islam come cura contro l'indebolimento e la disorganizzazione degli Stati moderni. L'Islam viene delineato come l'unica arma possibile per combattere il turbolento mondo moderno. Possiamo fin d'ora far notare come le élite militari, salite al potere dopo le recenti "Primavere Arabe", abbiano acquisito consenso popolare e legittimità istituzionale sempre su basi comunitaristico-islamico-popolari e mai su basi individualistico-laico-liberali⁸.

Ultima caratteristica da sottolineare in merito alla legge islamica è la sua eticità: il dato giuridico si lega e dipende strettamente dall'ambito religioso ed etico⁹. La norma morale e la norma giuridica si intersecano l'un l'altra fino a divenire una cosa sola. Addirittura in arabo, la lingua del diritto islamico, non esistono termini che distinguono concettualmente ciò che è morale da ciò che è legale¹⁰.

2. Origine storica.

Il Profeta Muhammad nacque alla Mecca, nel 570 d.C. Si ritiene che nel 610 d.C. il Profeta avesse cominciato a ricevere la rivelazione divina nella forma del Corano, e che avesse conseguentemente iniziato a diffondere il sacro messaggio fra i suoi concittadini. «Il Corano non è opera umana, ma è la Parola stessa di Dio, trasmessa dall'arcangelo Gabriele a Maometto e da questi semplicemente diffusa nella comunità dei fedeli»¹¹. In questi primi anni di predicazione Muhammad raccolse intorno a sé alcuni seguaci, ma anche molti nemici e molta ostilità. Per tale motivo Maometto, dopo questi primi anni di predicazione nella sua città natale, cercò un ambiente più fertile e propenso ad accogliere il suo messaggio: nel 622 d.C. insieme ad alcuni seguaci si stabilì a Medina. «Questo trasferimento decisivo, conosciuto come *hijra* (migrazione), è stato assunto come data d'inizio del calendario musulmano»¹².

A Medina il numero di seguaci del Profeta crebbe notevolmente al punto che in questa città vi fu l'instaurazione del primo Stato musulmano. In seguito alla *hijra*, gli argomenti e i contenuti della predicazione cambiarono: nel periodo meccano abbiamo soprattutto precetti morali e religiosi, mentre in quello medinese iniziano a emergere anche prescrizioni giuridiche e politiche.

Il Corano meccano rappresenterebbe la parte religiosa, imm modificabile ed eterna, della Parola di Dio, destinata a prevalere nei suoi grandi principi di umanità e giustizia sulle disposizioni puntuali disseminate nella parte medinese, che per l'appunto conterrebbe la parte politica e contingente, legata allo specifico momento storico¹³.

⁶ N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, Firenze, 2010, p. 23.

⁷ M. PAPA, L. Ascanio, *Shari'a*, Bologna, cit., p. 19.

⁸ CIRO SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam Mediterraneo*, Padova, 2015, p. 38.

⁹ M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, Bologna, cit., p. 20.

¹⁰ W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, Bologna, 2013, p. 30.

¹¹ N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 23.

¹² A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, Roma- Bari, 2011, p. 20.

¹³ N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 24.

La chiave di lettura di questo cambiamento risiede nel fatto che a Medina emerse la necessità di rispondere ai concreti bisogni sociali e politici della comunità lì esistente¹⁴. La spiegazione sta dunque nel fatto che in questa città l'Islam si è evoluto e si è trasformato da semplice comunità di fedeli a organizzazione avente anche carattere temporale: è stato quindi necessario introdurre nuovi precetti a sostegno e guida di una comunità politica collocata in uno specifico contesto spazio-temporale.

Al momento della sua morte, nel 632 d.C., il Profeta aveva già stabilito il governo musulmano in tutta l'Arabia e aveva convertito la maggior parte della popolazione all'Islam.

La prima crisi nel mondo islamico si ebbe proprio in seguito al decesso di Maometto, in occasione della scelta di un successore da porre a capo della comunità religiosa e politica. Abu Bakr, amico e seguace di lunga data del Profeta, divenne il primo califfo¹⁵. I musulmani che appoggiavano Ali, cugino e genero del Profeta, in quella prima contesa sulla carica di califfo e in quelle che seguirono poi, dettero origine ad una fazione separata dell'Islam nota come Sciismo (dal termine *Shi'a*, cioè partito di Ali e dei suoi discendenti)¹⁶.

3. Le fonti della *Shari'a* (*usul al-fiqh*).

- Il Corano

Il Corano, libro sacro dell'Islam, è la suprema fonte del diritto islamico. Secondo i musulmani è "increated" poiché rappresenta uno degli attributi eterni di Dio¹⁷: il Libro è la parola letterale e definitiva di Allah, accettata come insindacabile da tutti i credenti. «Nelle tesi più rigide, infatti, la natura rivelata del Corano non comporta solo la sua irriformalità ma conduce a negare anche ogni spazio per l'interpretazione umana che si spinga al di là della semplice esegesi del testo, giacché non appartarrebbe all'uomo il potere di modificare o adattare la volontà divina»¹⁸.

I 6219 versetti del Corano sono colmi di precetti etico-morali, esortazioni e ammonimenti; la percentuale di versetti con contenuto giuridico, ascrivibile soprattutto al periodo medinese, è però piuttosto scarna e si attesta intorno all'8% del totale¹⁹.

Il Corano non si presenta al lettore in ordine cronologico; i capitoli, le *suwar* (plurale di *sura*), sono organizzati secondo la lunghezza, in ordine decrescente dal più lungo al più breve²⁰. La *sura* è definita, oltre che in base all'estensione, anche in base al periodo in cui il suo contenuto è stato rivelato, distinguendo quindi le *suwar* meccane da quelle medinesi.

Dal momento che all'interno del Corano convivono norme fra loro contrastanti, si è reso necessario stabilire dei criteri per decidere quale norma dovesse prevalere in caso di contrasto, quale norma fosse cioè dotata di maggiore autorevolezza rispetto a un'altra. Su tali presupposti si fonda la teoria del *naskh*, cioè annullamento di una regola attraverso la sostituzione con una cronologicamente successiva²¹. Le rivelazioni del periodo medinese hanno abrogato le rivelazioni incompatibili del precedente periodo meccano. «L'abrogazione o l'annullamento di alcuni versetti e l'approvazione di altri non avvennero, ovviamente, con una legge formale, ma i risultati furono gli stessi dell'abrogazione e dell'approvazione formali nel senso moderno dei termini»²². Lo stesso Allah aveva previsto e legittimato tale forma di "abrogazione" tanto è vero che si era espresso sul punto nei seguenti termini: «non abrogheremo, né ti faremo dimenticare,

¹⁴ A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, cit., p. 20.

¹⁵ Califfo: letteralmente 'successore' (di Maometto), capo della *Umma* e sommo monarca dell'Islamismo.

¹⁶ A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, cit., p. 21.

¹⁷ M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 29.

¹⁸ N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 23.

¹⁹ W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., p. 25.

²⁰ M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 29.

²¹ Op. loc. ult. cit., p. 32.

²² A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, cit., p. 32.

alcun versetto senza dartene uno migliore od uguale: non sai dunque che Iddio è onnipotente?»²³.

I temi affrontati nel Libro sacro sono assai variegati: si spazia dal diritto di famiglia al diritto penale, passando per norme di diritto commerciale e tributario; ciononostante i versetti del Corano non coprono nemmeno in minima parte tutte le relazioni umane. Ecco perché i musulmani, se pur fondano il loro sistema giuridico sul Corano, hanno l'esigenza di andare oltre e lo fanno guardando ad altre fonti del diritto, in particolare alla *Sunna*, l'insieme dei racconti di detti e fatti inerenti alla vita di Maometto.

- La *Sunna*.

Al momento di integrare i dettami del Corano, il principale punto di riferimento è rappresentato da tutto ciò che riguarda la vita di Maometto, in quanto uomo ispirato dalla divinità. Il comportamento del Profeta, le sue azioni, le sue parole ed i suoi assensi, espliciti o taciti, vengono issati a modello e sono riconosciuti come seconda fonte del diritto islamico, dopo il Corano.

Tutto questo insieme di avvenimenti è ricostruito attraverso i racconti dei comportamenti di Muhammad, i cosiddetti *hadith*, narrazioni di detti o fatti attribuiti per l'appunto al Profeta, i quali vengono tramandati prima oralmente e poi trascritti²⁴. Ciascun racconto è stato trasmesso da un primo testimone, osservatore diretto dell'accadimento, a un altro, il quale l'ha riferito a un terzo e così via, sino a giungere al momento in cui la narrazione è stata messa per iscritto nelle raccolte. Non risulta difficile immaginare come questo *modus operandi* si sia esposto a strumentalizzazioni di vario genere, cosicché si è reso necessario accertare l'autenticità dei racconti, attraverso la verifica dell'attendibilità e della reputazione dei loro trasmettitori²⁵. Delle numerose raccolte di *hadith*, sono solo sei, trascritte tra l'870 e il 915 d.C., quelle che godono di maggior prestigio e sono prese giudiziosamente in considerazione dalla comunità musulmana. Un *hadith* è tanto veritiero e normativamente vincolante quanto più sono considerati devoti, autorevoli e degni i suoi trasmettitori. Occorre quindi provare che il testimone abbia effettivamente conosciuto i soggetti da lui citati, che egli sia un musulmano onesto e che abbia buona capacità di trasmissione e di memoria²⁶. Solo attraverso queste verifiche si può distinguere un *hadith* autentico, la cui catena di trasmissione non contenga vizi, da uno al contrario debole e quindi con forza normativa poco stringente.

Proprio sul valore giuridico da attribuire alla *Sunna* si fonda uno degli elementi più significativi di rottura tra il mondo sunnita e quello sciita. Per i Sunniti, i vari *hadith* sulla vita del Profeta rappresentano, insieme al Corano, il nucleo delle fonti rivelate, il cui contenuto è frutto della piena volontà di Dio: nessun uomo può contestare i precetti divini, siano essi stati comunicati direttamente oppure indirettamente tramite quanto detto o fatto dal suo messaggero²⁷. Per tale motivo la maggioranza sunnita prende le distanze da tutti coloro che criticano o interpretano in modo errato, Sciiti *in primis*, il modello di comportamento espresso dalla vita di Maometto.

Il valore giuridico della *Sunna* viene oggi contestato dalle parti più riformiste del mondo musulmano, che la considerano come il momento in cui è stato costruito un Islam politico e ortodosso, vincente nel passato ma non ai giorni nostri. La *Sunna* ha contribuito notevolmente a modificare i caratteri originari dell'Islam, questa tradizione è stata utilizzata per far prevalere determinati versetti su altri, per accentuare specifici indirizzi a discapito di altri, per raggiungere risultati quali, ad esempio, la difesa del ruolo subordinato della donna, che il Corano lasciava sostanzialmente incerti²⁸.

²³ Corano, II, 106.

²⁴ N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 26.

²⁵ Op. loc. ult. cit.

²⁶ M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 39.

²⁷ Op. loc. ult. cit., p. 40.

²⁸ N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 26.

- L'*Ijma*.

Terza fonte del diritto islamico è il consenso, l'*ijma*, l'accordo dell'intera comunità musulmana in merito a questioni religiose; laddove la *Umma*, nella sua collettività, concordi su un determinato precetto, su una determinata regola, tale consenso è frutto dell'ispirazione divina e pertanto non è possibile incorrere in errore. Con l'approvazione dell'unanimità dei fedeli è possibile produrre nuovo diritto sulla base di un detto attribuito al Profeta: "la mia comunità non si troverà mai d'accordo sopra un errore"²⁹.

L'*ijma* contribuì in maniera poderosa allo sviluppo della *Shari'a*, non solo come fonte indipendente, ma anche come strumento per decretare la versione e l'interpretazione più autorevole del Corano e della *Sunna*³⁰. La finalità originaria del consenso è quella di garantire l'autenticità delle due fonti rivelate e la loro interpretazione uniforme attraverso il susseguirsi nel tempo di generazioni di fedeli. In mancanza di una gerarchia ecclesiastica all'interno dell'Islam sunnita, l'autenticità storica e normativa del Corano e della *Sunna* viene decretata proprio dall'infallibilità della *Umma* e del suo consenso.

Rispetto a questa fonte del diritto la problematica maggior è quella di definire le modalità e l'ambito di applicazione dell'*ijma* e di individuare i soggetti legittimati a creare tale consenso. L'*ijma* richiede l'assoluta unanimità o si può formare anche in presenza di disaccordi o minoranze dissenzianti? Quale popolazione è competente a stabilire un consenso vincolante e quale dovrebbe essere il rapporto tra il loro *ijma* con quello delle generazioni precedenti, contemporanee o successive³¹?

L'interpretazione più seguita, affermata nel VI secolo, prevede due differenti forme di consenso a seconda della materia di cui si disquisisce³². È generale, da parte dell'intera comunità, il consenso su materie tanto elementari e note a tutti i fedeli quali i pilastri³³ della religione musulmana. Al contrario, in caso la disputa verta su materie più specifiche, prettamente giuridiche, come il diritto penale, familiare, ereditario, contrattuale, processuale, alimentare, bellico e via dicendo, il consenso sarà ristretto all'ambito dei soli dottori della legge, ai conoscitori della scienza del diritto.

Nell'ultimo decennio si è cercato di estendere il significato di *ijma* al fine di attribuire anche all'opinione pubblica una funzione creatrice del diritto: è evidente la portata "democratica" di questo tentativo; si cerca di fornire una legittimazione religiosa all'esercizio della produzione normativa da parte degli organi eletti dal popolo³⁴. Se tale indirizzo venisse accolto, il consenso democratico di una comunità politica moderna sarebbe legittimato a rifiutare un principio della *Shari'a* fondato sull'*ijma* di una comunità musulmana precedente, in particolare quella delle prime generazioni³⁵, ritenuta invece dalla maggioranza dei musulmani pressoché insindacabile.

Va infine sottolineato che la minoranza sciita dell'Islam non riconosce alcun valore al consenso, a prescindere dal fatto che esso venga manifestato dall'intera comunità, dalla ristretta cerchia di dottori della legge o da rappresentanti dell'opinione pubblica³⁶.

- Il *Qiyas*.

Qualsiasi atto umano è soggetto alla legge islamica e viene fatto rientrare in una delle cinque categorie normative previste dalla *Shari'a*. Un comportamento può essere proibito, cioè vietato;

²⁹ M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 42.

³⁰ A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, cit., p. 36.

³¹ Op. loc. ult. cit., p. 37.

³² M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 42.

³³ I cinque pilastri dell'Islam sono la professione di fede islamica; la preghiera quotidiana; l'elemosina; il digiuno nel mese di *Ramadan*; il pellegrinaggio ai luoghi santi dell'Islam.

³⁴ F. CASTRO, *Diritto musulmano*, Torino, 2006, p. 30.

³⁵ A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, cit., p. 37.

³⁶ N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 27.

obbligatorio, quindi doveroso; raccomandabile, ovvero consigliabile; disapprovato, o riprovevole; neutro, perciò lecito³⁷.

Il *qiyas*, quarta fonte del diritto islamico, consiste nel ricorso a un procedimento analogico per creare una regola giuridica. Esso rappresenta la soluzione cui ricorrere qualora ci si trovi dinnanzi a un caso nuovo, ignoto e non classificato dai giuristi secondo la quintuplice ripartizione delle azioni. Il giurista trae da un caso espressamente disciplinato la *illa*, la *ratio legis* di tale norma, il principio che si presta a regolare un caso simile ma non previsto.

A differenza delle altre fonti del diritto analizzate finora, il *qiyas* è strettamente legato all'intelletto umano ed è stato per questo motivo fortemente avversato dai tradizionalisti che, sin dai primi secoli dell'era islamica, avevano sempre esaltato la completezza e la perfezione del messaggio divino dal momento che «nulla è omissso nel Libro sacro»³⁸. Di parere differente erano gli appartenenti alle scuole razionaliste, secondo le quali era doveroso far ricorso alla ragione umana per colmare le lacune lasciate dal Corano e dalla *Sunna* al fine di rendere l'intero sistema giuridico più coerente ad armonioso³⁹.

Il ragionamento deduttivo, l'analogia *iuris*, "è considerato legittimo solo in due circostanze, ossia quando il caso in questione non sia stato oggetto di consenso (e sia dunque rimasto confinato nell'ambito del disaccordo giuridico) o quando esso sia del tutto nuovo"⁴⁰. Onde evitare accuse di abusi o di illecite ingerenze da parte dell'intelletto umano nella *Shari'a*, il *qiyas* va limitato alle ipotesi in cui nessun'altra fonte possa essere utilizzata e solo nel caso in cui il procedimento deduttivo-analogico conduca a un risultato pienamente in linea con i principi e le norme della *Shari'a*.

- La consuetudine e il suo ruolo.

Accanto alle quattro fonti del diritto finora analizzate, va aggiunto come ulteriore elemento di produzione normativa la consuetudine. Con il termine *urf* si intende tutto quanto è radicato e accettato come usanza all'interno delle popolazioni musulmane; naturalmente lo *urf*, per essere legittimo, non deve essere contrario ai principi della *Shari'a*.

Pochi decenni dopo la morte di Maometto, l'Islam era già una realtà che si estendeva dalla Spagna, ad occidente, fino all'India settentrionale, ad oriente; un'espansione così rapida in così breve tempo portò ad inglobare nell'Islam gruppi etnici e culturali assai variegati. Proprio il riconoscimento della consuetudine ha agevolato il diffondersi della nuova fede in differenti contesti geografici e sociali ed è servito per adattare il diritto islamico alle tradizioni ed alle esigenze di comunità assai differenti tra loro⁴¹.

Il procedimento appena descritto ha consentito di integrare il sistema giuridico islamico con gli usi e i costumi delle popolazioni locali, ma non può essere considerato una vera e propria fonte del diritto⁴². Lo *urf* non è riconosciuto formalmente quale fonte di produzione normativa, ma è accettato dalla società come pratica costante e spontanea; l'Islam asseconda la prassi seppur senza ridefinire o mettere formalmente in discussione il sistema delle fonti del diritto.

Non sono però mancati casi nei quali la consuetudine è addirittura finita per prevalere sulla *Shari'a*, nonostante in linea puramente teorica non venga ammesso alcun contrasto con la Legge divina; «l'apparente contraddizione tra il dato teorico e l'applicazione pratica non deve stupire, giacché è proprio del diritto islamico tenere ben distinti i due piani e assecondare la prassi senza per questo mettere in discussione e ripensare la teoria»⁴³.

³⁷ W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., pp. 30-31.

³⁸ Corano, VI, 38.

³⁹ M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 45.

⁴⁰ W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., pp. 34.

⁴¹ M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 46.

⁴² N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 28.

⁴³ Op. loc. ult. cit.

4. L'*ijtihād* e l'interpretazione della *Shari'a*.

In linea teorica, la *Shari'a*, in quanto sistema normativo di origine divina, è immutabile: nessuno può contraddire ciò che Allah ha prescritto. È anche vero però che Corano e *Sunna* non sono riusciti, da soli, a dare risposta a tutti i casi che si presentavano nella realtà: fatta eccezione per un numero relativamente esiguo di precetti chiari e specifici, si è reso necessario colmare le lacune facendo ricorso all'*ijtihād*.

Ijtiḥād significa letteralmente duro sforzo o tenacia, ma in senso tecnico indica l'utilizzo del ragionamento giuridico indipendente per trovare risposte laddove Corano e *Sunna* tacciono⁴⁴. L'uso dell'*ijtiḥād* è suffragato dalla *Sunna*: si dice che Maometto abbia approvato la gerarchia delle fonti sharaitiche: per risolvere le controversie va come prima cosa consultato il Corano; se il Libro sacro tace sull'argomento, bisogna far riferimento alla *Sunna* del Profeta; se non si trova nemmeno alcuna *Sunna* applicabile, si deve seguire il miglior giudizio od opinione personale⁴⁵. Nel diritto islamico si assiste così allo sviluppo della giurisprudenza del *fiqh*, attraverso l'elaborazione e la razionalizzazione di un articolato sistema casistico di norme, principi e condotte estrapolati, mediante lo sforzo dell'intelletto umano, dalle regole della *Shari'a*; questo sforzo da parte del giurista si è reso necessario per dare alla Legge divina una contestualizzazione e un'attuazione aderente alle esigenze del tempo⁴⁶. La differenza che intercorre tra *Shari'a* e *fiqh* dipende dalla diversa origine delle due scienze: la prima discende direttamente dalla volontà divina, mentre la seconda promana da un'elaborazione umana.

Non si tratta però di un uso completamente libero e incondizionato della ragione umana da parte del giurista; si tratta di procedere principalmente per deduzione analogica, al fine di rinvenire la *ratio legis*, in linea con i principi generali della *Shari'a*, per colmare una lacuna lasciata dalle fonti⁴⁷. L'*ijtiḥād* è limitato alle materie non regolate in maniera chiara ed univoca dal Corano o dalla *Sunna*: innanzi a una disposizione esplicita non è concesso farvi ricorso⁴⁸.

L'*ijtiḥād* è stato largamente impiegato ed ha contribuito a creare nuovo diritto soprattutto durante VIII e IX secolo d.C. Con lo sviluppo della *Shari'a* e con il suo configurarsi sempre più come un ordinamento giuridico maturo, l'esigenza di elaborare nuove regole appariva ogni giorno meno stringente e lo spazio dell'*ijtiḥād* si ridusse fino quasi a scomparire. «Nella storia della giurisprudenza islamica questo fenomeno è noto come la chiusura delle porte dell'*ijtiḥād*»⁴⁹. Intorno al 900 d.C. si creò un generale consenso tra gli esperti di diritto sul fatto che tutti i problemi cruciali fossero ormai stati sviscerati e risolti; conclusa così l'epoca dell'*ijtiḥād*, si aprì un periodo di tempo assai più lungo definito come *taqlid*, cioè imitazione, connotato da un inaridimento ed una involuzione dell'attività interpretativa del diritto⁵⁰.

Grazie all'*ijtiḥād* e al procedimento deduttivo, il giurisperito aveva, in quegli anni, assunto un ruolo talmente importante che, nel corso dello sviluppo delle società islamiche, divenne parte della pubblica amministrazione e ricoprì il ruolo di funzionario incaricato di assistere le varie autorità costituite e di risolvere questioni concernenti la conformità della *Shari'a* alla vita pubblica, attraverso l'emissione di responsi che presero il nome di *fatwa*⁵¹.

Ogni giurista competente poteva esercitare l'*ijtiḥād*, ma nessuno eccetto Dio poteva sapere se il risultato del processo deduttivo fosse o meno corretto.

L'*ijtiḥād* ha conferito alla legge islamica il suo tratto più caratteristico: per ogni caso, per ogni fatto esistono da due a una decina di pareri legali, ciascuno sostenuto da un differente giurista⁵².

⁴⁴ W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., p. 40.

⁴⁵ Op. loc. ult. cit., p. 41.

⁴⁶ M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., pp. 48.

⁴⁷ Op. loc. ult. cit., p. 49.

⁴⁸ W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., p. 42.

⁴⁹ Op. loc. ult. cit., p. 43.

⁵⁰ M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 51.

⁵¹ Op. loc. ult. cit., p. 49.

⁵² W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., pp. 40-41.

Il diritto islamico è caratterizzato dal pluralismo legale, non solo in quanto ammette le consuetudini locali, ma anche perché su una stessa tipologia fattuale offre una variegata gamma di opinioni. Proprio intorno a queste opinioni ed ai loro sostenitori più autorevoli nacquero diverse scuole di pensiero, caratterizzate da specifici indirizzi giuridici; fu proprio nel periodo dell'*ijtihad* che si affermarono le quattro scuole giuridiche ortodosse, tutt'ora esistenti⁵³.

5. Le scuole giuridiche ufficiali.

Tra le caratteristiche peculiari della *Shari'a* non si può non sottolineare il ruolo onnipresente delle scuole giuridiche dottrinali⁵⁴.

L'interesse per la *Shari'a* e gli studi giuridici si sviluppò a partire dal VII secolo nell'ambiente dei circoli di studio, dove esperti conoscitori del Corano e dell'Islam iniziarono a discutere di questioni legali e paralegali. L'insegnamento e gli accesi dibattiti dottrinali all'interno di questi circoli portarono verso metodi interpretativi sempre più raffinati; ciascun giurista adottò un metodo specifico e raccolse intorno a sé un gruppo di seguaci interessati ad apprendere da lui la giurisprudenza e le metodologie connesse. Coloro che sposavano o seguivano la dottrina di un certo giurista erano definiti suoi *associati* o *seguaci*; intorno alla figura del maestro-giurista fondatore della scuola dottrinale, si raggrupparono studenti ed esperti di diritto con visioni giuridiche in linea con quelle della scuola frequentata⁵⁵. La giurisprudenza iniziò a essere appresa e prodotta all'interno delle scuole dottrinali, conosciute col nome di *madhaab*. Il fondatore della scuola venne definito *imam*, insegnante e giurista di indiscussa competenza, nonché creatore della metodologia, della sistematica e della dottrina della scuola stessa⁵⁶.

La conoscenza approfondita della legge era l'unico parametro idoneo a stabilire dove ricercare l'autorità giuridica: questa non si rinveniva nei governanti o nei politici, bensì negli studiosi. «L'autorità legale nell'Islam era personale e privata: essa risiedeva nella persona dei singoli giuristi (sia che fossero gente comune o, raramente, califfi), e fu proprio questa personale competenza politico-religiosa a divenire più tardi nota come *ijtihad*, una delle pietre angolari del diritto islamico»⁵⁷. Nelle *madhaab* l'autorità legale si edificò su fondamenta razionali, oltre che sociali e religiose.

Fino alle porte dell'era moderna, il potere politico dominante ebbe un ruolo marginale nella produzione e diffusione della legge e del sapere giuridico. Nonostante l'indiscusso valore delle scuole dottrinali, non si può non evidenziare come queste fungessero da anello di congiunzione tra il popolo ed il sovrano, a cui spesso fornivano sostegno e solide basi giuridiche che ne legittimavano l'operato⁵⁸. Le scuole giuridiche sopravvissute fino ai giorni nostri devono il loro prosperare e il loro successo a situazioni contingenti, spesso principalmente politiche.

Le principali scuole Sunnite sono quattro⁵⁹:

- la scuola *hanafita*: scuola maggiormente seguita, si propone da sempre come la scuola più liberale. Il suo successo è stato determinato dal fatto di esser stata adottata dai califfi abbasidi, prima, e dai sultani ottomani, poi, come propria scuola ufficiale; La sua caratteristica principale è l'ampio e continuo ricorso al ragionamento analogico. Nacque in Iraq; oggi comunità di fedeli tradizionalmente *hanafite* si trovano in Bangladesh, Pakistan, India, Asia centrale, Iraq, Siria, Giordania, Palestina e Turchia;

- la scuola *malikita*: si basa prevalentemente sulla *Sunna* del Profeta e sul rilievo dato alle intenzioni che guidano ogni singola azione. È fortemente radicata nel Maghreb; eccetto Sud Africa, Zanzibar ed alcune regioni dell'Egitto, i musulmani del continente africano sono stati tradizionalmente appartenenti a questa corrente dottrinale;

⁵³ Op. loc. ult. cit., p. 45.

⁵⁴ N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 29.

⁵⁵ W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., pp. 48-49.

⁵⁶ Op. loc. ult. cit., p. 50.

⁵⁷ Op. loc. ult. cit., p. 51.

⁵⁸ N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 29.

⁵⁹ W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., pp. 47-49; N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 29.

- la scuola *hanbalita*: rappresenta certamente la scuola più rigida e conservatrice; si fonda su un'applicazione letterale e rigorosa delle norme e respinge categoricamente l'uso del *qiyas*. Trova applicazione in contesti altamente simbolici del mondo islamico, come l'Arabia Saudita;

la scuola *shafiita*: al suo fondatore si deve la catalogazione delle fonti del diritto comunemente accettata. Seconda scuola per numero di fedeli, caratterizzata per una marcata ostilità verso le interpretazioni personali, è diffusa nelle cosiddette periferie del mondo musulmano, quali Indonesia, Yemen, Malesia ed alcune parti del basso Egitto.

Va infine, assai brevemente, ricordato che anche gli Sciiti sono attraversati da significative divisioni: bisogna distinguere tra duodecimani (o imamiti), ismailiti, khoja e drusi.

6. Il califfato.

Finché Maometto era in vita, era lui l'unico dello Stato medinese, detentore del potere assoluto (senza separazione alcuna fra legislativo, esecutivo e giurisdizionale)⁶⁰. Nonostante il Profeta abbia rivestito il ruolo di capo supremo del sistema politico e della città di Medina, egli non ha mai provveduto a disciplinare in maniera dettagliata l'organizzazione della comunità dei credenti o le regole inerenti alla sua successione. Le teorizzazioni sulla natura dello Stato islamico hanno riguardato unicamente le modalità di scelta del successore, il quale può essere designato in vari modi: la via preferibile è quella dell'elezione da parte della comunità, ma sono considerate legittime anche la designazione del successore a opera del predecessore o l'occupazione di fatto del potere⁶¹, essendo la tirannia sempre preferibile rispetto al caos anarchico.

Per poter essere ammesso a ricoprire la carica di califfo è necessario essere uomo musulmano, libero, mentalmente e fisicamente integro.

Al califfo spettano i compiti di far osservare la legge contenuta nel Corano e nella *Sunna*; tutelare i diritti e gli interessi dei fedeli; amministrare la giustizia per il tramite dei *Qadi*; difendere militarmente il territorio; amministrare la *res publica* in maniera equa e oculata⁶².

Secondo la *Shura*, il califfo deve consultarsi con la propria comunità nelle materie inerenti questioni di Stato, al fine di giungere ad una statuizione condivisa. Nonostante l'apparenza democratica di questo principio, non sussiste alcun vincolo in capo al califfo che lo obblighi a seguire le determinazioni emerse in sede di consultazione. Non sono state infatti esplicitate modalità per rendere il califfo responsabile mentre è in carica, né per rimuoverlo in maniera pacifica e ordinata; tuttavia l'obbligo di obbedienza che questi ha nei confronti della legge di Dio fa sì che qualora il governante disattenda suddetto obbligo, debba essere rimosso anche con l'uso della forza⁶³. La Legge impone infatti a tutti di perseguire il bene e di combattere il male: i sudditi sono tenuti a obbedire al sovrano solo se questi rispetti e applichi le prescrizioni divine, in caso contrario la ribellione è lecita. «È un dovere considerare l'esercizio del potere come una delle forme della religione, come uno degli atti per mezzo dei quali l'uomo si avvicina a Dio»⁶⁴.

Principio questo che si presta a essere abusato e manipolato a seconda di interessi contingenti; ne sono testimonianza i colpi di Stato e le deposizioni violente di leader politici, avvenute, anche in tempi recenti, nel vicino Nord Africa.

La *Shari'a* viene considerata sufficiente a regolare normativamente la società, «ma non essendo definito, a livello di una cultura istituzionale, chi e come possa applicare o interpretare la *Shari'a*, qualunque contropotere può delegittimare un altro e rovesciarlo»⁶⁵.

L'Islam è stato purtroppo spesso utilizzato quale vessillo per legittimare tirannie dispotiche e violente, ma anche altrettanto violenti ribaltamenti alla guida della comunità di riferimento.

⁶⁰ A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, cit., p. 110.

⁶¹ C. SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam Mediterraneo*, cit., p. 36.

⁶² Op. loc. ult. cit.

⁶³ M. CAMPANINI, *La politica nell'Islam*, Bologna, 2019, p. 129.

⁶⁴ Op. loc. ult. cit., p. 152.

⁶⁵ A. PREDIERI, *Shari'a e Costituzione*, cit., pp. 179-180.

Non si può negare che l'Islam sia stato più volte utilizzato come controllo politico e sociale delle masse da parte delle classi al potere o strumentalizzato da organizzazioni radicali e sanguinarie; esso è però servito alle stesse masse per essere parte attiva degli avvenimenti e per intervenire a difesa della religione, facendone uno strumento di ribellione nei confronti del colonialismo europeo. Nei momenti di instabilità politica o istituzionale l'Islam è l'unica costante ed immutabile certezza.

Come già detto, la *Shari'a* si è preoccupata di stabilire le regole per la selezione del califfo, ma non le regole per l'organizzazione della comunità; in virtù di tale silenzio l'Islam ortodosso non impone alcuna particolare forma di Stato o di governo: non importa che il sistema sia monarchico, repubblicano, capitalista o socialista, quanto piuttosto è fondamentale che applichi le regole stabilite da Dio. Bisogna infatti ricordare che il califfo è titolare del solo potere esecutivo; il potere legislativo resta saldamente nelle mani di Allah e quello della corretta interpretazione della legge è affidato a esperti di tematiche religiose: si può così rilevare, secondo questa opinione, nel rifiuto di un potere assoluto, una traccia significativa di una moderna separazione dei poteri⁶⁶.

Il modello di Stato costituito da Maometto e il suo successivo sviluppo sotto i califfi che si sono succeduti ha rappresentato per i primi giuristi l'ideale di società a cui aspirare. Tutti i grandi giuristi musulmani hanno infatti sempre posto al centro dei propri studi il problema della realizzazione dei principi sciaraitici nel contesto sociale e politico nel quale hanno operato⁶⁷.

Il modello medinese, avendo sostenuto l'avanzata militare, culturale e religiosa della comunità di credenti fondata da Maometto, viene a tutt'oggi visto da taluni come antidoto alla condizione di arretratezza che le masse islamiche da qualche secolo sperimentano e come mezzo attraverso cui favorire la rinascita dell'Islam⁶⁸.

7. La *Umma*.

Il concetto di Stato, inteso come organizzazione politica che esercita la propria sovranità sui soggetti che si trovano entro i propri confini territoriali, è una nozione estranea alla tradizione islamica. La nozione di Stato nell'Islam non viene riferita al territorio, ma all'ideologia⁶⁹.

Il termine *Umma*, nelle traduzioni dall'arabo, viene fatto coincidere con la nozione di Stato occidentale, ma dobbiamo tener presente invero che nella *Umma* il legislatore è rappresentato da Dio, al quale anche le autorità pubbliche devono sottomettersi.

A guida della comunità musulmana vi è il califfo che esercita il proprio potere sulla comunità di fedeli, la *Umma*. Il capo della *Umma* è responsabile del proprio agire non nei confronti della comunità alla cui guida è deputato, ma esclusivamente nei confronti di Allah.

In base alla *Shari'a*, il potere si esplica nella volontà comunitaria; la *Umma* è infatti l'unica collettività attraverso cui è possibile realizzare i principali obiettivi del messaggio coranico: promuovere il bene e prevenire il male; perseguire le cose lecite ed evitare quelle proibite⁷⁰.

Nell'Islam delle origini non si ha delimitazione della giurisdizione su base territoriale, al contrario l'elemento territoriale si determina a seguito dell'espansione della *Umma*: al di fuori di questa prospettiva non esiste uno spazio pubblico, bensì caos, violenze e barbarie⁷¹. La *Umma* ha dunque una base identificativa di natura religiosa e non territoriale; all'interno della comunità tutti gli individui sono fratelli e posti in maniera ugualitaria sullo stesso livello, senza distinzione di stirpe o classe. Per definire i musulmani, i fautori della *Shari'a*, «non si rifacevano

⁶⁶ L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2003, p. 476.

⁶⁷ C. SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam Mediterraneo*, cit., p. 2.

⁶⁸ N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, Firenze, cit., p. 84.

⁶⁹ A. PREDIERI, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 184.

⁷⁰ C. SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam Mediterraneo*, cit., p. 37.

⁷¹ Op. loc. ult. cit., p. 31.

all'etnia, alla posizione nello stato o all'occupazione, bensì alla fede individuale nell'Islam, che trascendeva tutti gli altri legami sociali e affratellava gli uomini nella stessa religione»⁷².

Non dobbiamo farci ingannare dall'apparente democrazia di questo assunto che riconosce sì a tutti uguali diritti civili e politici, ma intendendo con *tutti* solo ed esclusivamente coloro i quali appartengono alla comunità islamica.

Dalla comunità islamica sono quindi esclusi gli schiavi e i non credenti, i quali non hanno alcun diritto civile o politico secondo la *Shari'a*, anche se sono nati e hanno sempre risieduto nello Stato islamico⁷³; non è totalmente esclusa, ma fortemente limitata la partecipazione delle donne musulmane agli affari dello Stato.

La *Shari'a* legittima rilevanti restrizioni nei confronti delle donne, inerenti al loro diritto di apparire e parlare in pubblico o di associarsi a musulmani di sesso maschile per promuovere le proprie opinioni; alle donne viene inoltre interdetta la possibilità di occupare uffici pubblici che prevedano l'esercizio di una qualche autorità su musulmani di sesso maschile⁷⁴.

Sulla base del concetto di *Umma* come sopra esposto, taluni esponenti dell'Islamismo rifiutano il «concetto di nazione, ritenuto assolutamente incompatibile con l'onnicomprendente appartenenza alla comunità religiosa»⁷⁵. Anche recentemente stiamo assistendo nel mondo musulmano a tentativi di ritorno all'originario Stato islamico; si ricorda a tal proposito come secondo l'ideologo di *Al-Qaeda*, «la formazione di Stati islamici resta comunque un obiettivo transitorio in vista del ricongiungimento della intera *Umma*, servendo come semplice 'base solida' per lanciare la riconquista dei territori musulmani da riportare infine e integralmente sotto il governo della legge religiosa»⁷⁶.

Anche qualora non si giunga a posizioni così radicali va tenuto presente che, sulla base del carattere sopranazionale e imprescindibile della religione, l'affermazione del carattere nazionale di un ordinamento deve sempre avvenire, come accade anche con la Costituzione egiziana del 2014, attraverso il richiamo all'universale missione civilizzatrice dell'Islam: il diritto secolare è anch'esso religioso⁷⁷. L'universalismo transnazionale dell'Islam sta vivendo oggi una stagione di intenso revival a causa di molteplici fattori, tra cui i processi di globalizzazione e la crisi delle sovranità nazionali⁷⁸. Sin dai tempi antichi l'ideologia islamica ha fatto da collante tra popolazioni ed etnie con significative differenze tra loro, costituendo un elemento di trascendente unità.

⁷² A. PREDIERI, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 184.

⁷³ A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, cit., p. 126.

⁷⁴ Op. loc. ult. cit., p. 125.

⁷⁵ N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 88.

⁷⁶ Op. loc. ult. cit., p. 89.

⁷⁷ C. SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam Mediterraneo*, cit., p. 38.

⁷⁸ Op. loc. ult. cit., p. 27.

CONTROLLO POLITICO E GESTIONE AMMINISTRATIVA NELLE AZIENDE SANITARIE LOCALI: LA FIGURA DEL DI- RETTORE GENERALE.

Barbara Accettura

Abstract: Nel presente scritto si indaga il tema del rapporto politica - amministrazione tenendo conto del suo diverso atteggiarsi in relazione alla trama di fondo dell'organizzazione cui si iscrive ed alla relativa forma di governo. L'analisi muove quindi dalla necessità di distinguerne il modello applicativo a seconda che si tratti di enti in cui sussiste un rapporto diretto tra organi politici ed organi burocratici ed enti in cui detto rapporto è "mediato" da livelli intermedi. Ciò con l'obiettivo di verificare le implicazioni delle più recenti riforme in materia di conferimento degli incarichi dirigenziali con riferimento alle amministrazioni diverse da quelle centrali e più in particolare, tra queste, a quelle i cui vertici non sono espressione di rappresentanza politica, quali le aziende sanitarie locali.

This paper focuses on the politics - administration relationship, investigating how it unfolds depending on the setup and mission of the relevant organization and its governance. The study moves from the assumption that public entities where there is a direct relationship between political and administrative bodies must be distinguished from those where the relationship is "mediated". The objective is to demonstrate the effects of the most recent reforms regarding public managers' selection within administrative bodies different from central government. In particular, the research focuses on the organisations where top management are selected regardless of political representation, such as local health authorities.

SOMMARIO: - **1.** Premessa. - **2.** Genesi ed evoluzione del principio di separazione. - **3.** Il principio di separazione nelle aziende sanitarie. - **4.** La figura del direttore generale negli enti locali e nelle aziende sanitarie. Due figure a confronto tra merito e fiduciarità. - **5.** Considerazioni finali e tendenze.

1. Premessa.

Qualsiasi lavoro che si intenda oggi dedicare al tema del rapporto politica - amministrazione non può che muovere dall'elaborazione legislativa e giurisprudenziale formatasi con riferimento all'organizzazione delle amministrazioni locali ed alle peculiarità che quest'ultima presenta nel diverso articolarsi di ruoli e funzioni tra dirigenza, direttore generale, segretario comunale e organi politici.

E tuttavia una simile trattazione non sarebbe esaustiva se non si tenesse conto che il tema del

rapporto politica - amministrazione non si declina secondo un unico modello ma risente della trama di fondo dell'organizzazione cui si iscrive e della relativa forma di governo¹.

Il che vale a scandirne il diverso atteggiarsi negli enti in cui sussiste un rapporto diretto tra organi politici ed organi burocratici ed enti invece in cui detto rapporto è "mediato" da livelli intermedi². Se infatti, in linea generale, emerge, pur dopo il tramonto del primo disegno riformatore³, una nuova impostazione⁴, parzialmente riproposta dal d.lgs. 25 maggio 2017 n.75⁵, volta a realizzare assetti in cui l'efficienza delle amministrazioni passi anche attraverso nuove forme di controllo sulle relative scelte, valorizzando il profilo della neutralità del funzionario pubblico⁶ attraverso un sostanziale riaccentramento del sistema di conferimento degli incarichi dirigenziali, ne vanno verificate le implicazioni con riferimento alle amministrazioni diverse da quelle centrali e tra queste a quelle i cui vertici non sono espressione di rappresentanza politica.

Come le analisi dogmatiche hanno da tempo evidenziato, l'assetto della relazione politica - amministrazione è stato sempre condizionato da due esigenze confliggenti: quella di far valere il principio della responsabilità politica, "che impone un controllo dell'amministrazione da parte di organi che siano provvisti di legittimazione democratica"⁷ e la necessità di garantire

¹ M. MAZZAMUTO, *Il fallimento della separazione tra politica e amministrazione e gli sviluppi della forma di governo*, in M. IMMORDINO, C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, Napoli, 2020, p.24. Si v. anche F.F. TUCCARI, DIRIGENZA PUBBLICA ED ENTI LOCALI: UN'AMMINISTRAZIONE «ALTRA» in *AmbienteDiritto.it*, 4/2020, pp. 333 ss.

² Si v. Corte Cost., 8 gennaio 2019, n.23 in *www.Cortecostituzionale.it*

³ Ci si riferisce alla l. 7 agosto 2015, n. 124, sul cui art. 11, che dettava principi e criteri per l'esercizio della delega in materia di riforma della dirigenza pubblica, si è abbattuta la scure della Corte cost. che, con sentenza 25 novembre 2016, n. 251, ne ha dichiarato l'illegittimità per violazione del principio di leale collaborazione, nella parte in cui aveva limitato le prerogative regionali e degli enti locali in materia, prevedendo, in sede di attuazione dell'esercizio della delega, l'acquisizione del relativo parere in conferenza unificata anziché della più pervasiva intesa. Per una disamina della "naufragata" riforma si v. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, p.52 ss.; G. D'AMICO, *Il seguito della sentenza n. 251/2016 della Corte Costituzionale fra suggerimenti, correzioni, e nuove impugnative*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2017, p.287 ss.

⁴ Il Cons. St., Commissione speciale, nel parere n. 83/2017, reso su richiesta della Presidenza del Consiglio dei ministri, in ordine alle modalità di attuazione della sentenza Corte Cost. n.251/2016, pur ribadendo l'intervenuta scadenza della delega in materia di dirigenza pubblica - il cui schema di decreto legislativo attuativo era stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 25 agosto 2016, poi riproposto con modifiche il successivo 24 novembre 2016 e mai definitivamente approvato - prefigurava la possibilità dell'adozione di una nuova legge delega o di un disegno di legge governativo riproduttivo dei contenuti della l. n. 124/2015 che si sarebbe sottratto ad eventuali ulteriori censure di legittimità. Si v. in proposito M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* n.1/2010, n.180 per il quale "sarebbe opportuno riprendere anche le proposte formulate nell'ambito della riforma Madia in tema di assetto della dirigenza pubblica".

⁵ Il d.lgs. 25 maggio 2017 n.75 ha modificato alcune disposizioni del T.U. sul pubblico impiego in materia di reclutamento del personale, ed in particolare gli artt.6, 6 bis, 6 ter e 35. A tale intervento è seguita la Direttiva n. 3 del 2018 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione del 24 aprile 2018, con la quale sono state emanate, in attuazione dell'art.35 del d.lgs. 165/2001, linee guida di indirizzo volte ad orientare le pubbliche amministrazioni nella predisposizione dei nuovi piani dei fabbisogni del personale ai sensi dell'articolo 6-ter, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, come modificato dall'articolo 4, comma 3, del decreto legislativo n. 75 del 2017. Tra le novità del decreto va annoverata la valorizzazione del criterio della professionalità più idonea al posto da ricoprire e la tendenza all'aggregazione delle procedure con lo svolgimento di concorsi unici, quantomeno per i dirigenti e le figure professionali comuni (si v. art.4, comma 3-*quinquies*, d.l. 31 agosto 2013, n. 101), che impone alle amministrazioni dello Stato, alle agenzie e agli enti pubblici economici, concorsi pubblici unici per il reclutamento dei dirigenti e delle figure professionali comuni, possibilità estesa dal novellato art.35 d.lgs. n.165/2001 anche alle amministrazioni diverse da quelle statali e centrali. In definitiva, lo svolgimento dei concorsi in forma centralizzata o aggregata, se è obbligatorio solo per le amministrazioni centrali, viene proposto come una opportunità anche per le altre amministrazioni e ciò non solo sotto il profilo della riduzione della spesa pubblica ma anche per via dell'applicazione di criteri di valutazione oggettivi e uniformi che ne deriverebbe. La riforma si caratterizza anche per la stretta connessione tra le norme in materia di reclutamento del personale e la nuova disciplina della programmazione dei fabbisogni di cui agli artt. 6 e ss del d.lgs. n.165/2001.

⁶ E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2, 2013, p.277 ss.; E. N. FRAGALE, *Verso un'organizzazione amministrativa locale retta dal razionalismo economico*, in L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Rimini, 2018, p.279.

⁷ S. BATTINI, *Il personale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p.477 ss.

l'applicazione di quello di imparzialità⁸.

Del resto proprio in sede costituente Mortati sollevò la questione della necessità “di includere nella Costituzione alcune norme riguardanti la pubblica Amministrazione” per “assicurare ai funzionari alcune garanzie per sottrarli alle influenze dei partiti politici”. Ciò sul presupposto che “lo sforzo di una costituzione democratica (...), deve tendere a garantire una certa indipendenza ai funzionari dello Stato, per avere un'amministrazione obiettiva della cosa pubblica e non un'amministrazione dei partiti”.⁹

Non a caso, la tematica è stata per lungo tempo oggetto di un acceso dibattito tra i fautori di due diversi modelli di amministrazione: da un lato si situano coloro che auspicano un modello neutrale di amministrazione assolutamente impermeabile alle interferenze politiche, dall'altro coloro che ritengono fisiologico l'intreccio di relazioni tra politica e amministrazione sul presupposto che proprio l'attuazione del principio di separazione funzionale (o, come sembra più corretto, di distinzione) finisca con il suggerire un modello di amministrazione in cui alla definizione dell'indirizzo politico siano chiamati a partecipare anche coloro che debbano poi eseguirlo¹⁰. Dibattito che fonda proprio sull'ambiguità¹¹, poi espressa dall'impostazione costituzionale prescelta, cui si deve per un verso il riconoscimento del ruolo essenziale della politica nei confronti dell'amministrazione¹² e per altro verso l'affermazione dell'“autonomia” e della “neutralità”¹³ dell'amministrazione pubblica stessa attraverso la previsione della riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici ed il richiamo al principio di imparzialità, declinato, tra le altre, nella previsione della responsabilità dei funzionari e nella regola del concorso per l'accesso all'impiego pubblico¹⁴.

I termini di questo dibattito si sono poi precisati ed hanno acquistato uno spessore ancora più significativo a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento, con la l. 8 giugno 1990 n. 142, di riforma dell'ordinamento delle autonomie locali¹⁵ del principio di distinzione-separazione tra compiti riservati agli organi politici e compiti riservati agli apparati burocratici e attribuzione a questi ultimi delle correlative responsabilità gestionali. Principio, questo, la cui introduzione ha rappresentato una svolta decisiva, comportando la diretta assunzione delle responsabilità gestionali in capo all'apparato dirigenziale¹⁶.

⁸ Si v. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, cit., 31 che rileva come “nel principio di imparzialità viene ad esprimersi la distinzione più profonda politica ed amministrazione, tra l'azione del governo che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, è espressione delle forze di maggioranza, e l'azione dell'amministrazione che, nel dare attuazione all'indirizzo politico maggioritario, è vincolata ad agire, invece, senza distinzione di parti politiche, al fine di soddisfare in via esclusiva gli interessi della collettività”. Sulla responsabilità dirigenziale si v. anche G. DE GIORGI CEZZI, *Lineamenti della responsabilità dirigenziale e caratteri dell'amministrazione. Verso un'ecologia delle decisioni pubbliche*, in C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, Napoli, 2021, p.95.

⁹ Si v. Resoconto della seduta della prima Sezione della Seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione del 14 gennaio 1947, www.camera.it.

¹⁰ C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza dalla sovrapposizione alla distinzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/94, 156; F. MERLONI, *Principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in L. VANDELLI (a cura di) *Organizzazione, pubblico impiego e giurisdizione dopo le riforme*, Rimini, 2000, p.85 ss.

¹¹ S. BATTINI, *La separazione fra politica e amministrazione in Italia, ieri, oggi e domani*, in G. GARDINI (a cura di) *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, 2012, p.153.

¹² Basti considerare che l'art. 95 Cost. dispone che il Presidente del Consiglio dei ministri mantiene “l'unità di indirizzo politico e amministrativo promuovendo e coordinando l'attività dei ministri” e stabilisce che i ministri sono responsabili “individualmente degli atti dei loro dicasteri”.

¹³ M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p.77.

¹⁴ Così l'art. 97 Cost.

¹⁵ Per un completo excursus delle riforme sulla dirigenza si v. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, cit., pp.36 ss.

¹⁶ Sulla natura degli atti di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali, si v. P.L. PORTALURI, *Pensieri scomposti sugli incarichi dirigenziali*, in www.federalismi.it, n.6/2021.

E tuttavia, pur nella nuova impostazione introdotta dalla l. n. 142/1990, successivamente ripresa dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 - cui si deve la conseguente definitiva formalizzazione della distinzione tra indirizzo politico e controllo sulla relativa attuazione amministrativa ed il suo successivo consolidamento¹⁷ - la distinzione funzionale non si rivela di per sé sufficiente a realizzare quell'ulteriore passaggio necessario per la realizzazione di un modello di "separazione autentica" fra politica e amministrazione¹⁸.

La qualificazione della dirigenza come corpo autonomo, titolare di competenze esclusive, se ha infatti, per un verso, comprensibilmente finito con il valorizzare la categoria, per altro verso ha comportato la necessità di ripensarne il rapporto con gli organi politici. Il processo di riforma che in passato ha interessato l'azione e l'organizzazione amministrativa si è quindi misurato anche con la volontà di rivitalizzare il "principio di responsabilità politica, perseguita in ambito locale attraverso l'introduzione dell'elezione diretta, ovvero dell'investitura diretta, delle cariche monocratiche"¹⁹. Il che ha comportato la necessità di "garantire ai rappresentanti con responsabilità di governo le condizioni, anche in termini di risorse umane, per perseguire ed attuare il programma politico sulla base del quale hanno ottenuto l'investitura"²⁰. In questa direzione si sono mossi gli interventi legislativi successivi al d.lgs. n. 29/1993 che hanno "precarizzato" la dirigenza con la previsione della durata temporanea degli incarichi ed introdotto e via via rinforzato meccanismi di spoils system per i dirigenti apicali. Così dapprima il d.lgs. n. 80/1998, emanato in attuazione della l. n. 59/1997, e successivamente il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, hanno finito con il lasciare alla politica un ampio potere di scelta della dirigenza²¹.

Il che spiega come il rapporto politica - amministrazione, declinato dall'art.4, comma 4, d.lgs. n.165/01, nei termini della distinzione indirizzo e controllo versus attuazione e gestione, si atteggi in modo peculiare nel caso delle amministrazioni i cui organi di vertice non sono espressione diretta di rappresentanza politica ed ancor più nel caso delle Aziende sanitarie locali, che presentano un modello di dirigenza "speciale" rispetto a quello più generale di dirigenza pubblica²², peculiarità particolarmente evidente se si ha riguardo alla figura del Direttore generale di tali enti.

Il presente lavoro muove quindi dalla descrizione del progressivo affermarsi del principio di separazione per esaminarne le implicazioni nel sistema organizzativo di queste ultime amministrazioni anche alla luce della più recente riforma della dirigenza sanitaria e della giurisprudenza costituzionale che ne è scaturita.

2. Genesi ed evoluzione del principio di separazione

¹⁷ L'art. 3 del d.lgs. n. 29/1993 prevedeva, infatti, che gli organi di direzione politica definissero gli obiettivi ed i programmi da attuare" ed attribuiva ai dirigenti "la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno" e la responsabilità "della gestione e dei relativi risultati".

¹⁸ S. BATTINI, *La separazione fra politica e amministrazione in Italia, ieri, oggi e domani*, in G. GARDINI (a cura di) *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, cit., 2012, p.163.

¹⁹ G. ENDRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna, 2000, p.75.

²⁰ Ivi, p.75.

²¹ Il d.lgs. 30 marzo 2001, n.165, all'art.19, comma 2, introduce il principio della temporaneità degli incarichi dirigenziali prevedendo che "tutti gli incarichi di direzione degli uffici delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, sono conferiti a tempo determinato", consolidando di conseguenza la distinzione tra rapporto di servizio e conseguente status dirigenziale, collegato all'assunzione a seguito di concorso pubblico, e rapporto d'ufficio, connesso invece alla specifica attribuzione del singolo incarico dirigenziale. La durata degli incarichi dapprima è stata stabilita in un arco temporale compreso tra un termine minimo ed uno massimo (da 2 a 7 anni nella versione originaria del comma 2 dell'art. 19 d.lgs. n.165/2001 poi diventato da 3 a 5 anni).

²² I.RAIOLA, *La riforma della dirigenza sanitaria*, in *www.Treccani.it*.

Se è alla l. n. 142/90 che si deve la consacrazione nel nostro ordinamento del principio di separazione, va tuttavia riconosciuto che si tratta di uno scenario che si era iniziato a delineare quando, superato il modello organizzativo ottocentesco di tipo ministeriale e gerarchico, alla dirigenza erano stati riconosciuti compiti specifici²³, sia pure in limitati ambiti, che ne avevano determinato una prima forma di autonomia dalla politica. La premessa della nuova impostazione si rinviene in quel gianniniano richiamo al riordino delle funzioni²⁴ da cui scaturisce la riconfigurazione del rapporto politica-amministrazione e la prima forma di autonomizzazione del potere amministrativo da quello esecutivo-governativo. Soluzione, quella prospettata, che sembrava consentire il superamento del sistema delle ingerenze politiche sull'amministrazione attraverso il ricorso ad una classe burocratica preparata e consapevole della fonte del proprio potere. In altri termini, si confidava nell'expertise dell'amministrazione: nella circostanza per la quale la legittimazione delle scelte che i vertici burocratici sono chiamati a compiere risiedesse "essenzialmente nel bagaglio di competenze ed esperienze tecniche, organizzative e giuridiche accumulate dai dirigenti nella loro carriera"²⁵. E' agli interventi successivi alla l. 142/90 ed al d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 che si deve il completamento del nuovo modello di rapporti tra organi politici e organi burocratici attraverso la previsione della durata temporanea degli incarichi dirigenziali e con essa di meccanismi di *spoils system* per i dirigenti apicali²⁶.

Tendenza cui va ricondotta l'evoluzione del sistema delle cd. spoglie da meccanismo limitato ai dirigenti apicali²⁷ a strumento delle maggioranze politiche che si avvicendano per sostituire funzionari non graditi, tanto interni quanto esterni alla stessa amministrazione. Si è in tal modo segnato il passaggio da un regime imperniato sulla stabilità dell'incarico, teso a garantire la continuità dell'azione amministrativa e l'autonomia del dirigente nello svolgimento delle sue funzioni di gestione ad una "una crescente tendenza ad emarginare la figura del dirigente di carriera a favore di quella del dirigente a tempo determinato, con vertici amministrativi sempre più transeunti"²⁸.

Ed è questo sistema che la Corte costituzionale ha inteso ridimensionare intervenendo sulle forme di cd. *spoils system* (non solo *una tantum* ma anche a regime), limitandone la portata ai soli casi di caratterizzati da un forte elemento fiduciario²⁹.

Da un lato, dunque, il principio di separazione funzionale, che avrebbe dovuto segnare nel disegno legislativo la fine delle commistioni tra politica e amministrazione, per effetto dell'attribuzione a ciascun apparato delle correlative responsabilità, dall'altro il "potere di scelta"³⁰ conferiti a tempo determinato", consolidando di conseguenza la distinzione tra

²³ Si veda sul punto il d.P.R. 30 giugno 1972 n. 748 di disciplina delle funzioni dirigenziali nelle amministrazioni dello Stato, che aveva previsto la costituzione di un'élite di alti funzionari con specifiche competenze e responsabilità sottoposte tuttavia a stringenti condizioni. Il che rappresentò secondo G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, 499 ss, uno dei principali limiti della riforma cui si aggiunse l'incapacità culturale e sociale della neoistituita dirigenza "ad assumere responsabilità" trovando invece "più comodo continuare a trincerarsi dietro l'obbedienza gerarchica piuttosto che impadronirsi dei nuovi poteri".

²⁴ M. S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, 1957, I, p.11 ss.

²⁵ M. CLARICH, *Riflessioni sui rapporti tra politica e amministrazione (a proposito del T.A.R. Lazio come giudice della dirigenza statale)*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3-4/2000, p.372.

²⁶ Si v. §1.

²⁷ La l. 15 giugno 2002 n. 145, in particolare, ha previsto una differente disciplina per la cessazione degli incarichi stabilendo per gli incarichi di segretario generale dei ministeri e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali (all'art. 3, comma 1, lett. i, di modifica dell'art. 19 del d.lgs., n. 165/2001), la cessazione automatica "decorso 90 giorni dal voto sulla fiducia del governo" (cd. *spoils system* ordinario); per gli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale la cessazione "il sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della medesima legge"; per gli incarichi di funzione dirigenziale di livello non generale la conferma nel caso in cui non si proceda ad una nuova nomina decorso del termine di 90 giorni dall'entrata in vigore della legge.

²⁸ M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola dell'amministrazione dello Stato*, in *Riv. Trim. di Dir. Pubbl.*, n. 2, 2015, p.651.

²⁹ Corte cost., sent. 23 marzo 2007 n. 103, e 13 aprile 2011, n. 124.

³⁰ L'espressione è di G. ENDRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, cit., p.9.

rapporto di servizio e conseguente status dirigenziale, collegato all'assunzione a seguito di concorso pubblico, e rapporto d'ufficio, connesso invece alla specifica attribuzione del singolo incarico dirigenziale.

La durata degli incarichi dapprima è stata stabilita in un arco temporale compreso tra un termine minimo ed uno massimo (da 2 a 7 anni, nella versione originaria del comma 2 dell'art. 19 d.lgs. n.165/2001, da 3 a 5 a seguito degli interventi successivi) dei vertici amministrativi: la circostanza che il conferimento degli incarichi costituisse esercizio di discrezionalità dando luogo a rapporti connotati dall'elemento fiduciario finiva con il modificare "il tipo di legittimazione del titolare dell'ufficio dirigenziale" che veniva così a fondarsi "non solo sul merito, ma anche sul gradimento politico"³¹. È evidente come tali opzioni abbiano finito con il riproporre la *vexata quaestio* dei condizionamenti che la politica è in grado di esercitare sulle scelte amministrative, e dunque con il sollecitare di volta in volta nuove soluzioni funzionali agli obiettivi dei governi che si sono succeduti. Si giunge così alla cd. riforma Brunetta di cui al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, che presenta un'impronta marcatamente aziendalista, alimentata dal duplice obiettivo di "colpire le sacche di inefficienza che si annidano nelle organizzazioni amministrative"³² ed al contempo di valorizzare efficienza e merito attraverso l'introduzione di meccanismi premiali.

E se il legislatore del 2009 non aveva inciso sul rapporto politica-amministrazione, una nuova svolta sembrava invece volervi imprimere la l. 7 agosto 2015, n. 124, cd. legge Madia, a conferma del fatto che se c'è un settore sempre in movimento in cui può dirsi che "nulla è definitivamente tramontato"³³ questo è proprio quello del pubblico impiego. Ed è forse questa la chiave di lettura dell'ultima (e ormai naufragata) stagione di riforme, che si colloca in un ben più ampio disegno di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche secondo quell'approccio gianniniano per il quale i temi che riguardano l'apparato burocratico attengono "più all'organizzazione in sé che all'apparato dei servizi personali serventi"³⁴.

Ed in effetti, obiettivo della riforma è quello di perseguire una "visione d'insieme del modo in cui il pubblico potere, in tutte le sue articolazioni, debba essere organizzato per la gestione virtuosa³⁵ della cosa pubblica", da realizzarsi attraverso la tendenziale unitarietà del sistema amministrativo e "la flessibilità nell'organizzazione delle amministrazioni"³⁶.

In questo contesto si colloca l'ultimo tassello della disciplina della dirigenza pubblica per effetto del quale l'obiettivo di ricondurre ad unità il sistema sembra subire una forte accelerazione³⁷.

Ed in effetti, il tema centrale sembra proprio tornato ad essere quello di "intendere come un dipendente" possa essere "apparato servente" dell'amministrazione.³⁸

Non sorprende quindi come il d.lgs. 25 maggio 2017 n.75, in sede di modifica di alcune disposizioni del T.U. sul pubblico impiego in materia di reclutamento del personale, prima, e la Direttiva n. 3 del 2018 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione del 24 aprile 2018, che ne costituisce attuazione, con la quale sono state emanate le linee guida di

³¹ M. CLARICH, *Riflessioni sui rapporti tra politica e amministrazione (a proposito del T.A.R. Lazio come giudice della dirigenza statale)*, in *Diritto Amministrativo*, cit., p.372.

³² F. FRACCHIA, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta*, Napoli, 2012, 9. Si veda anche A. BOSCATI, *La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in *Il lav. nelle p. a.*, II, 2014, pp.233 ss.

³³ M. S. GIANNINI, *Voce Impiego pubblico*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1970, Vol. XX, pp..293 ss.

³⁴ *Ivi*, pp. 293 ss.

³⁵ Così il Ministro Madia nel corso dell'audizione congiunta alle Commissioni I e XI della Camera dei deputati il 2 aprile 2014.

³⁶ B. G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. di Dir. Amm.*, n. 5/2015, p.622. Sulla riforma della dirigenza si vedano anche G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità*, in *Dir. Pubbl.* n. 1/2017, p.185; L. ZOPPOLI, *Reclutamento e ruolo unico: filosofie organizzativo - istituzionali e tecniche regolative*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 1-2/2016, pp.43 ss.; A. BOSCATI, *La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, cit., pp. 233 ss.

indirizzo in tema di procedure concorsuali, abbiano valorizzato “la tendenza legislativa”³⁹ all’aggregazione delle procedure concorsuali e allo svolgimento dei concorsi unici, quantomeno per i dirigenti e le figure professionali comuni”⁴⁰, ciò peraltro con l’obiettivo di “aggiornare e migliorare la qualità, la professionalità e le competenze del personale che opera presso le amministrazioni pubbliche”⁴¹. Si discosta solo apparentemente da tale ratio il d.l. 9 giugno 2021 n.80⁴² che nel perseguire la valorizzazione del merito introduce un sistema parzialmente derogatorio rispetto al precedente, privilegiando per l’accesso alle fasce dirigenziali il ricorso a professionalità interne e consentendo di bypassare i limiti assunzionali per la copertura di posizioni dirigenziali funzionali all’attuazione del P.N.R.R.. In disparte le riserve che l’introduzione di deroghe al sistema del pubblico concorso⁴³ porta con sé, anche in termini di rispetto dei principi di trasparenza e uniformità dei criteri, la norma risponde in realtà a necessità emergenziali e di conseguenza non sembra tradursi in un’innovazione del sistema “a regime”.⁴⁴

³⁷ Il legislatore del 2015 aveva previsto un sistema unitario della dirigenza con piena interscambiabilità tra gli appartenenti ai tre ruoli in cui esso si articola, la previsione di criteri unici di accesso per il conferimento e per la revoca degli incarichi, apposite Commissioni indipendenti ed “operanti in piena autonomia” ma collocate presso il dipartimento della funzione pubblica per la preselezione di candidati destinati agli uffici di vertice dai quali le amministrazioni interessate dovrebbero attingere, e in linea generale la gestione dei ruoli dirigenziali, e la ridefinizione del sistema della responsabilità. Due le direttrici principali della riforma: l’ulteriore valorizzazione del merito e la marginalizzazione del rapporto fiduciario tra politici e dirigenti. Impostazione, quest’ultima, confermata se non addirittura rinforzata anche dai due schemi di decreto legislativo emanati in attuazione della l. n. 124/2015. In particolare, il Consiglio dei ministri il 25 agosto 2016 aveva approvato lo schema di decreto legislativo n. 328, recante la disciplina della dirigenza pubblica ed il relativo reclutamento, confermando la duplice modalità di accesso tramite concorso o corso-concorso. Il medesimo provvedimento prevedeva la trasformazione della scuola nazionale dell’amministrazione di cui alla l. n. 124/2015 in “agenzia” pubblica sottoposta alla vigilanza del Consiglio dei ministri. Nel senso dell’ulteriore centralizzazione delle procedure si pone anche la previsione di tre commissioni (nazionale, regionale e locale) cui viene riconosciuto un ruolo centrale per il funzionamento del sistema con competenze non solo in materia di attribuzione di incarichi dirigenziali generali ma anche in tema di valutazione delle scelte delle singole amministrazioni in tema di conferimento degli altri incarichi dirigenziali. Ed è su tale schema, adottato ai sensi dell’art. 11, l. n. 124/15 che si è pronunciato il Consiglio di Stato, con il parere n. 2113 del 10 ottobre 2016, rimarcando “la necessità di una dirigenza pubblica fortemente qualificata e competente, con carriere ispirate alla trasparente selezione, valutazione e progressione anziché a legami di solidarietà politica”.

³⁸ M. S. GIANNINI, *Voce Impiego pubblico*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., pp. 293 ss., il quale scriveva che mentre nell’800 obiettivo delle riforme in materia di impiego pubblico era quello appunto di “intendere” come un dipendente potesse diventare “apparato servente” dell’amministrazione, nel secolo successivo tale tema fosse stato abbandonato per lo studio dello stato giuridico dei dipendenti pubblici.

³⁹ Già l’articolo 4, comma 3-quinquies, del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, aveva imposto alle amministrazioni dello Stato, alle agenzie e agli enti pubblici economici, concorsi pubblici unici per il reclutamento dei dirigenti e delle figure professionali comuni.

⁴⁰ Si v. in particolare Direttiva n. 3 del 2018 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione del 24 aprile 2018.

⁴¹ Ivi.

⁴² Si tratta del d.l. 9 giugno 2021 n.80, conv. in l. 6.08.2021 n.113 recante “*misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all’attuazione del Piano di ripresa e Resilienza*” (cd. Decreto reclutamento) che all’art.3 rubricato, con funzione fortemente evocativa, “*Misure per la valorizzazione del personale e per il riconoscimento del merito*” ha ulteriormente valorizzato per l’accesso alle qualifiche di dirigenziali di seconda fascia la valutazione delle capacità, attitudini e motivazioni individuali, ha previsto quale nuova modalità di accesso procedure comparative bandite dalla Scuola nazionale dell’amministrazione con ciascuna amministrazione e riservate al personale già in servizio a tempo indeterminato in possesso dei titoli di studio previsti dalla normativa vigente, ha infine introdotto una riserva per l’assegnazione di tali posti in favore del personale a tempo indeterminato che abbia ricoperto o ricopra incarichi ai sensi dell’art.19, comma 6 del d.lgs. n.165/2001 (cioè incarichi dirigenziali senza il possesso della qualifica di dirigente di ruolo delle pubbliche amministrazioni), la soppressione dei limiti per il conferimento di incarichi dirigenziali a personale non appartenente ai ruoli della pubblica amministrazione statale purché appartenenti ad altre amministrazioni anche ad ordinamento autonomo e la modifica dell’accesso alla qualifica di dirigente di seconda fascia riducendo la quota riservata al concorso pubblico. La norma ha qualificato le proprie disposizioni come “principi fondamentali per la legislazione regionale” in materia.

⁴³ M.ALLENA, M.TRIMARCHI, *La costituzione «dimenticata» il principio del concorso pubblico*, in *Riv. Trim.Dir.Publ.* 1/2021, pp.379 ss.; B.CIMMINO, *Le politiche di reclutamento nelle amministrazioni pubbliche: gli attuali assetti e le possibili scelte istituzionali*, *Giorn.di Dir.Amm.*, n.3/2021, pp.322 ss.

3. Il principio di separazione nelle Aziende sanitarie.

Che quello appena segnalato sia divenuto principio fondamentale anche per il sistema di reclutamento della dirigenza nelle aziende sanitarie emerge dalla più recente riforma⁴⁵ che ha interessato il settore, in attuazione della delega al Governo per la riforma della dirigenza pubblica, di cui all'art. 11, comma 1, lett. p), della l. n. 124 del 2015. Ciondimeno, la disciplina della dirigenza pubblica continua a costituire "un modello derogatorio rispetto alle generali previsioni dettate dal d. lgs. n. 165 del 2001, che pure contiene, nell'art. 26, «*norme generali per la dirigenza del Servizio Sanitario Nazionale*»"⁴⁶.

Le ragioni di tale specialità si possono ricondurre a due ordini di motivi: la forma di governo dell'ente e le finalità dal medesimo perseguite.

Sotto il primo profilo, infatti, viene in rilievo il particolare atteggiarsi del rapporto tra governo regionale e gestione aziendale.⁴⁷ Basti considerare come secondo il modello delineato dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 di Riordino della disciplina in materia sanitaria, tali enti, la cui "organizzazione e funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato"⁴⁸, hanno "personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale". La relativa struttura organizzativa è calibrata sulla figura del direttore generale quale "organo apicale dell'Azienda sanitaria (...)" nelle cui attribuzioni ricadono "l'adozione dello stesso atto aziendale, la responsabilità della gestione complessiva ovvero la nomina dei dirigenti responsabili delle strutture operative dell'azienda (cfr. articolo 3 comma 1 *quater* del d. lgs 502/1992)", "la rappresentanza dell'Ente (art. 3 cit. comma 6)", e in sintesi "ampi poteri sia di tipo organizzativo che gestionale, contraddistinti da significativi margini di autonomia".

Il direttore generale adotta l'atto aziendale, nomina i dirigenti responsabili delle strutture operative dell'azienda, individuate dall'atto aziendale, che sono collocati in unico ruolo, distinto per profili professionali, ed in un unico livello, articolato in relazione alle diverse responsabilità professionali e gestionali⁴⁹.

In definitiva, i poteri gestionali sono tutti "astrattamente" propri del Direttore generale, cui, quale organo di governo dell'ente, competono "tutti gli atti rientranti nelle funzioni di indirizzo e controllo". Di conseguenza, quest'ultimo può o meno implementare il nucleo 'minimo' di attribuzioni dei dirigenti di struttura a seconda che il modello organizzativo individuato con l'atto aziendale sia ispirato ad un tendenziale accentramento ovvero ad un decentramento di funzioni. In ogni caso, la riserva al direttore di "tutti" i poteri di gestione, nessuno escluso, non implica uno svuotamento di funzioni in capo alla dirigenza sanitaria, cui compete un nucleo minimo intangibile, in quanto garantito dalla legge. Ai dirigenti rimane infatti "attribuita tutta la gestione, amministrativa, finanziaria e tecnica, comprensiva dell'adozione di tutti i provvedimenti, anche discrezionali, incombando sugli stessi la diretta ed esclusiva responsabilità della correttezza amministrativa della medesima gestione"⁵⁰.

⁴⁴ Si v. M. BERTOLISSI, *Riformare la pubblica amministrazione acqui età el busillis; Dios nos valga!*, in *www.federalismi.it*, n.26/2021; L. OLIVIERI, LA FIDUCIA NEL RECLUTAMENTO DEI DIRIGENTI PUBBLICI [PNRR - DIRIGENZA PUBBLICA], in *Gior. di Dir.Amm.*, n.6/2021, pp. 691 ss.; L.FIORENTINI, *Il piano di ripresa, un'occasione per cambiare l'amministrazione*, in *Giorn.di Dir.Amm.*, n.6/2021, pp.681 ss.; B.G.MATTARELLA, *I dirigenti esterni e lo sguardo corto*, *Giorn. di Dir.Amm.*, n.4/2021, 425 ss.

⁴⁵ Ci si riferisce al d.lgs. 4 agosto 2016 n.171, modificato dapprima dal d.lgs. 26 luglio 2017 n.126.

⁴⁶ Si v. Parere Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di stato del 18 aprile 2016 n.1113 sullo schema di decreto di attuazione della delega di cui all'art. 11, comma 1, lettera p) della legge 7 agosto 2015, n. 124 in tema di dirigenza sanitaria.

⁴⁷ I.RAIOLA, *La riforma della dirigenza sanitaria*, in *www.Treccani.it*.

⁴⁸ Art.3, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 recante "Riordino della disciplina in materia sanitaria".

⁴⁹ Art.15 d.lgs. n.502/92.

⁵⁰ S v. tra le tante, Tar Venezia, sez. I, 6 marzo 2013, n.352; Tar Campania, Salerno, sez. II, 11 settembre 2019 n.1549, Tar Lazio, sez. II ter, 2 gennaio 2020 n.18.

Solo tenendo conto di questa necessaria premessa è possibile esaminare il tema politica-amministrazione nelle Aziende sanitarie che si declina attraverso il rapporto tra il governo regionale, da un lato e direttore generale dall'altro, figura quest'ultima che assomma in sé funzioni di indirizzo, quali la fissazione delle linee generali dell'azione dell'ente e degli scopi da perseguire, e compiti e responsabilità complessiva della gestione. In questo contesto il rapporto della dirigenza con l'organo di governo regionale è mediato dalla figura del Direttore generale e non offre particolari spunti sul tema, essendo destinataria di funzioni meramente gestionali la cui ampiezza è definita dall'atto aziendale.

Sotto altro e non meno rilevante profilo va considerato che la stretta connessione delle attività delle Aziende sanitarie con i diritti fondamentali (dignità della persona umana, salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza) e la funzione cui sono preordinate, di garanzia dei livelli essenziali ed uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale e di quelli aggiuntivi definiti dai piani regionali ⁵¹, rende più stringente la necessità di perseguire nella selezione del personale criteri che privilegino il merito e la professionalità acquisita.⁵²

Il che, in effetti, è quanto sembra perseguire il legislatore, con la l. n. 124 del 2015, recante delega anche per la riforma del sistema della dirigenza sanitaria, che attribuisce la natura di principi fondamentali riconducibili alla materia tutela della salute alle norme concernenti il conferimento degli incarichi di direttore generale, direttore amministrativo e direttore sanitario contenute nel d.lgs. 4 agosto 2016 n.171, poi modificato dal d.lgs. n.126/2017. Obiettivo di tali provvedimenti è infatti l'introduzione di precise garanzie volte a scongiurare "il rischio della sostanziale arbitrarietà di una scelta, non dettata (...) da ragioni meritocratiche e resa insindacabile, in sede di legittimità, dal giudice amministrativo".

Il che ha indotto il massimo organo di giustizia amministrativa a concludere che "l'incrementata procedimentalizzazione della procedura selettiva, che rimane pur sempre idoneativa, deve quindi essere apprezzata e salvaguardata", specie ove stabilisce che il Presidente della Regione scelga il candidato che presenta requisiti maggiormente coerenti con le caratteristiche dell'incarico da attribuire". Ciò in quanto è evidente che l'"intervento legislativo tenta in questo modo di ancorare la scelta regionale quanto meno ad un criterio di natura obiettiva e, cioè, la maggior rispondenza del candidato alle caratteristiche specifiche dell'incarico al quale è chiamato, riducendo il margine di totale e incontrollata discrezionalità, se non di puro arbitrio, che può condizionarne negativamente la nomina da parte del vertice politico"⁵³.

4. Il Direttore generale negli enti locali e nelle aziende sanitarie. Due figure a confronto tra merito e fiduciarità.

In realtà, ancor prima della richiamata riforma, la giurisprudenza anche costituzionale⁵⁴ aveva pacificamente riconosciuto, soprattutto a seguito del processo di "aziendalizzazione" degli enti sanitari, che il Direttore generale è "*funzionario neutrale*", poiché non è nominato in base a criteri "*puramente fiduciari*", essendo l'affidamento dell'incarico subordinato al possesso di

⁵¹ Si v. art.1, co.2 d.lgs. 30 dicembre 1992. Si v. anche M.S.BONOMI, *La dirigenza e le professioni sanitarie*, in www.federalismi.it, n.14/2021.

⁵² Si v. Parere Cons. St., Adunanza della Commissione speciale del 18 aprile 2016, n.1113, sullo schema di riforma della Dirigenza sanitaria di cui all'art.11, comma 1, lett.p) della legge n.124/2015. Si v. anche M.S.BONOMI, *La dirigenza e le professioni sanitarie*, in www.federalismi.it, cit..

⁵³ Cons. St., sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1327, in www.giustiziamministrativa.it, che sulla scorta di tali considerazioni ha concluso che il provvedimento di nomina sottoposto a suo esame dovesse "recare espressamente le ragioni di tale scelta, avuto riguardo a questo specifico criterio, ed essere ancorato a ragioni obiettive, riconducibili al buon andamento e all'imparzialità della pubblica amministrazione".

⁵⁴ Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 34, in www.Cortecostituzionale.it.

specifici requisiti di competenza e di professionalità e non gli è richiesta “la fedeltà personale alla persona fisica che riveste la carica politica”, ma la “corretta e leale esecuzione delle direttive che provengono dall’organo politico, quale che sia il titolare pro tempore”.

La figura del Direttore generale delle aziende sanitarie locali in sostanza era ed è quella di organo “apicale(...)” nelle cui attribuzioni ricadono “l’adozione dello stesso atto aziendale, la responsabilità della gestione complessiva ovvero la nomina dei dirigenti responsabili delle strutture operative dell’azienda (cfr. articolo 3 comma 1 quater del d. lgs 502/1992), spettandogli anche la rappresentanza dell’Ente (art. 3 cit. comma 6)”, e in sintesi “ampi poteri sia di tipo organizzativo che gestionale contraddistinti da significativi margini di autonomia”.⁵⁵

In quanto posto all’apice della relativa struttura, il Direttore generale, sul modello del management privato, deve infatti assicurare, assumendone la responsabilità, l’equilibrio economico dell’azienda sanitaria affidatagli⁵⁶ e in generale “perseguire, nell’adempimento di un’obbligazione di risultato (oggetto di un contratto di lavoro autonomo), gli obiettivi gestionali e operativi definiti dal piano sanitario regionale (a sua volta elaborato in armonia con il piano sanitario nazionale), dagli indirizzi della Giunta, dal provvedimento di nomina e dal contratto di lavoro con l’amministrazione regionale” (cfr. Corte cost. n. 104/ 2007).

Ebbene, la riforma del 2016⁵⁷, il cui tratto qualificante è rappresentato dall’introduzione di meccanismi uniformi, obiettivi e trasparenti, funzionali a limitare “il potere di scelta” dell’organo politico ed a proceduralizzare la valutazione dell’attività dei Direttori generali, si pone nel solco dell’indirizzo della Corte costituzionale, che, sul presupposto dell’assenza di un rapporto diretto tra organo politico e Direttore generale ha valorizzato il profilo tecnico-professionale della figura, escludendone la riconducibilità al novero dei dirigenti apicali e per ciò stesso l’assoggettabilità al regime dello *spoils system*⁵⁸.

Il modello delineato dal legislatore ha profondamente inciso tanto sulle procedure di nomina quanto su quelle di valutazione dei Direttori generali⁵⁹.

Ciò attraverso la previsione di un sistema bifasico che prevede l’iscrizione degli aspiranti alla nomina in un elenco nazionale dal quale la Commissione regionale appositamente nominata e composta da “esperti indicati da qualificate istituzioni scientifiche indipendenti” deve necessariamente attingere per formulare la “rosa” di nomi da sottoporre all’organo politico, che

⁵⁵ Cons. St., III sez., 4 febbraio 2020, n.887, in www.giustiziamministrativa.it.

⁵⁶ Si v. Parere dell’Adunanza della Commissione Speciale del Cons. St., n. 1113 del 5 maggio 2016.

⁵⁷ Si v. nota 39.

⁵⁸ Secondo Corte cost., “Il direttore generale di Asl viene, quindi, qualificato dalle norme come una figura tecnico-professionale che ha il compito di perseguire, nell’adempimento di un’obbligazione di risultato (oggetto di un contratto di lavoro autonomo), gli obiettivi gestionali e operativi definiti dal piano sanitario regionale (a sua volta elaborato in armonia con il piano sanitario nazionale), dagli indirizzi della Giunta, dal provvedimento di nomina e dal contratto di lavoro con l’amministrazione regionale. (...) Tale decadenza automatica non soddisfa l’esigenza di preservare un rapporto diretto fra organo politico e direttore generale e, quindi, la coesione tra l’organo politico regionale [...] e gli organi di vertice dell’apparato burocratico [...] (sentenza n. 233 del 2006). Infatti, essa interviene anche nel caso in cui la compagine di governo regionale venga confermata dal risultato elettorale che ha portato all’elezione del nuovo Consiglio. Né alla menzionata esigenza supplisce l’eventuale conferma del direttore generale, non essendo previsto che essa sia preceduta da un’apposita valutazione, né che sia motivata”. Inoltre, nell’assetto organizzativo regionale vi è una molteplicità di livelli intermedi lungo la linea di collegamento che unisce l’organo politico ai direttori generali delle Asl. Il rapporto fra questi e quello è mediato da strutture dipendenti dalla Giunta: uffici di diretta collaborazione, dipartimento e, al suo interno, una direzione generale («Tutela della salute e sistema sanitario regionale»), composta da 18 «aree» e dotata di un’apposita struttura di *staff* per il «Coordinamento interventi socio-sanitari». Dunque, non vi è un rapporto istituzionale diretto e immediato fra organo politico e direttori generali”. Si v. sul punto S.BATTINI, *Responsabilità dirigenziale e spoil system*, in M. IMMORDINO, C. CELONE (cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, Napoli 2020, pp.44 ss., il quale rileva come la giurisprudenza costituzionale dopo aver accolto, con la sentenza 16 giugno 2006 n.233, un indirizzo interpretativo che ammetteva l’applicabilità dello *spoil system* ai dirigenti apicali, con le successive sentenze “gemelle” nn.103 e 104 del 2007 abbia sviluppato un orientamento contrapposto, divenuto prevalente sino al 2019, procedendo ad uno “svuotamento” della categoria degli incarichi apicali al fine di restringere l’operatività del meccanismo dello *spoil system*.

sceglie “quello tra questi che presenta requisiti maggiormente coerenti con le caratteristiche dell’incarico da attribuire”⁶⁰.

Anche le procedure di valutazione assumono carattere fortemente centralizzato in quanto improntate al principio del “giusto procedimento” e circondate da garanzie procedurali volte “ad evitare che la revoca per il mancato raggiungimento degli obiettivi o per la violazione degli obblighi di trasparenza si trasformi, per lo sviamento di potere, non di rado verificatosi nell’esperienza regionale, in una forma di controllo occulto o di surrettizio *spoils system*”.⁶¹

La valorizzazione del profilo tecnico-professionale della figura del Direttore generale finisce con l’allontanarla dal meccanismo fiduciario nell’intento di “riequilibrare i rapporti tra il vertice politico regionale e gli organi apicali delle aziende sanitarie”⁶² attraverso l’introduzione di meccanismi procedurali obiettivi e trasparenti.

Schema quest’ultimo che invece ha continuato a caratterizzare le figure apicali degli enti locali. Il che è accaduto ed accade per la figura del Direttore generale di questi ultimi se si considera che nell’assetto organizzativo degli enti locali, il raccordo tra politica e amministrazione è rimasto affidato proprio a tale organo, la cui nomina ha continuato ad essere, anche a seguito delle modifiche legislative che ne hanno limitato il ricorso nei comuni con popolazione superiore ai 100 mila abitanti, uno degli atti in relazione ai quali poteva e può ancora esercitarsi il potere di scelta del vertice politico, per il quale permane una forma sia pur larvata di *spoils system*⁶³.

Alla categoria degli incarichi fiduciari assoggettabili a *spoils system* viene oggi ricondotto, a seguito il *revivement* della Corte costituzionale, che ne ha riconsiderato le funzioni, anche il Segretario comunale.⁶⁴

Non a caso il naufragato intento del legislatore del 2015, di lasciare al Direttore generale e solo a quest’ultimo, una volta venuto meno il segretario comunale che la medesima normativa sopprimeva, due nuclei di funzioni, uno riconducibile all’attuazione degli indirizzi e degli obiettivi elaborati dagli organi di governo anche attraverso un’attività sostanzialmente programmatica e l’altro alla sovrintendenza alla gestione dell’ente, mirava a configurare il Direttore generale quale unica figura di snodo tra politici e dirigenti, in grado, per formazione e competenze, di realizzare una forma di coordinamento bidirezionale, da un lato verso gli organi di rappresentanza politica e dall’altro verso quelli di gestione.

Proprio il coinvolgimento del Direttore generale nei processi decisionali delle amministrazioni cui è preposto sia in fase ascendente, sotto forma di partecipazione alla definizione degli indirizzi di governo, attraverso la ricognizione e rilevazione del grado di attuazione dei programmi dell’ente, nonché in quella discendente, in sede di sovrintendenza non già alla gestione amministrativa ma a quella dell’ente, avrebbe consentito di distinguerne la posizione non solo da quella delineata dal medesimo legislatore del 2015 per le altre figure dirigenziali quanto appunto dalla figura del “dirigente apicale” che la medesima normativa avrebbe introdotto con funzioni esclusivamente gestorie.

⁵⁹ Il d.lgs. n.171/2016 è intervenuto anche sul procedimento di nomina del Direttore sanitario, Direttore amministrativo e Direttore dei servizi sanitari della ASL, confermandone il potere di nomina in capo al Direttore generale che tuttavia deve procedervi attingendo agli elenchi regionali di idonei, anche di altre regioni appositamente costituiti, previo avviso pubblico e selezione per titolo ed esame affidata ad una commissione di nomina regionale. Anche nel caso di tali organi la possibilità di decadenza/revoca dell’incarico e la conseguente risoluzione del rapporto è prevista nelle sole ipotesi di violazione di leggi o regolamenti o per violazione del principio di imparzialità ed è comunque assistita dalla garanzia del contraddittorio procedimentale. Si v. I.RAIOLA, *La riforma della dirigenza sanitaria*, in www.treccani.it; M.S.BONOMI, *La Dirigenza sanitaria*, in www.federalismi.it.

⁶⁰ Cons.St., Adunanza della Commissione speciale del 18 aprile 2016, parere n.1113/2016 sullo schema di decreto legislativo per la riforma della dirigenza pubblica di cui all’art.11, co.1, lett. p), l. 7 agosto 2015 n.124.

⁶¹ Ivi.

⁶² Ivi.

⁶³ L’art.11, comma1, lett. Bl.n.124/2015, prevedeva infatti che il direttore generale cessasse dalla carica, in difetto di rinnovo, entro novanta giorni dalla data di insediamento degli organi esecutivi dell’ente.

⁶⁴ A.MITROTTI, *La figura del Segretario comunale dopo la sentenza n. 23/2019*, in www.federalismi.it, n.4/2020.

In questo contesto l'interpretazione che la Corte costituzionale ha dato della natura e dei compiti del Segretario comunale rivede l'impostazione proposta nel 2015 restituendoci un'immagine "rivisitata" del Segretario. Muovendo dalla considerazione per la quale appartengono "al nucleo originario e tradizionale della funzione segretariale" - oltre che i compiti di certificazione, controllo di legalità o attuazione di indirizzi altrui - anche "cruciali funzioni di collaborazione e di assistenza giuridico-amministrativa (...) nonché funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del consiglio e della giunta (...)", la Corte ne ha evidenziato "il ruolo attivo e propositivo", in tal modo operando una sostanziale dequotazione della funzione di controllo della legalità. Se infatti compito principale del segretario diviene quello di "coadiuvare e supportare sindaco e giunta nella fase preliminare della definizione dell'indirizzo politico-amministrativo" e di conseguenza di "influenzarla", nel senso di "mostrare" se gli obbiettivi che gli organi di direzione politico-amministrativa si prefiggono "possono essere legittimamente inclusi fra i risultati" attesi o se piuttosto non sono "preclusi, o anche solo resi più difficoltosi, dalla necessità di rispettare leggi, statuti e regolamenti", il riconoscimento di questo "ruolo ulteriore", finisce per ridimensionarne la specificità. Un simile approccio se per un verso consente alla Corte di affermare nel caso sottoposto al suo esame che "il carattere fiduciario insito nell'atto di nomina non si esaurisce con esso" e di conseguenza la legittimità della disposizione che ne prevede la revocabilità alla scadenza del mandato del sindaco.

Così mentre per gli enti locali la casella degli "apicali" torna a riempirsi⁶⁵, nelle aziende sanitarie si svuota.

In questo quadro, la figura del Direttore generale della Aziende sanitarie mantiene le sue peculiarità e sembra uscire definitivamente dal novero dei dirigenti sottoposti a *spoils system*, il che costituisce la chiusura del cerchio di un sistema in cui l'equilibrio tra il governo regionale da un lato e l'articolazione organizzativa di tali enti, dall'altro, passa attraverso il rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale in materia di diritto della salute e con essi attraverso scelte obiettive e trasparenti per l'individuazione della dirigenza sanitaria e in particolare del Direttore generale. Ciò si spiega in ragione della centralità del ruolo delle strutture sanitarie e dei relativi attori sulla tutela della salute pubblica rispetto al quale quello della valorizzazione delle competenze, anche di tipo organizzativo costituisce obiettivo irrinunciabile⁶⁶, ciò tanto più a seguito del passaggio ad un modello manageriale.

Quest'ultimo, affrancato dai condizionamenti più strettamente politici⁶⁷, che possono acquisire rilievo esclusivamente in sede e nei limiti dei poteri di indirizzo della giunta regionale⁶⁸ stabiliti dalle regioni nei limiti delle rispettive competenze e nelle attività di indirizzo e programmazione alle medesime affidate, viene ad essere selezionato secondo criteri potenzialmente idonei ad assicurarne le effettive capacità gestionali ed un'elevata qualità manageriale.

4.Considerazioni finali e tendenze.

⁶⁵ S. BATTINI, *Responsabilità dirigenziale e spoil system: complementarità o contraddizione*, in M.IMMORDINO, A.CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, cit., p.45. Cons.St., Adunanza della Commissione speciale del 18 aprile 2016, parere n.1113/2016 sullo schema di decreto legislativo per la riforma della dirigenza pubblica di cui all'art.11, co.1, lett. p), l. 7 agosto 2015 n.124, 36.

⁶⁶ M.D'ARIENZO, *Saperi, competenze e responsabilità dei professionisti della sanità nell'assetto della l.n.24/2017: criticità e prospettive alla luce dell'attuale emergenza sanitaria*, in A.CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, cit., pp. 485 ss.

⁶⁷ E ciò pur se l'atto di nomina continua a venire assimilato ad un atto di "alta amministrazione", come chiarito dalla Adunanza della Commissione speciale del Cons. St. del 18 aprile 2016, parere n.1113/2016 sullo schema di decreto legislativo per la riforma della dirigenza pubblica di cui all'art.11, co.1, lett. p), l. 7 agosto 2015 n.124, p.38.

⁶⁸ Si v. art.2, d.lgs.502/1992.

In assenza di una più ampia riforma del sistema della dirigenza⁶⁹, il quadro che emerge dagli ultimi interventi legislativi e dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale continua a rimandare ad un modello elastico, fortemente condizionato dalle specificità dell'organizzazione amministrativa degli enti, sebbene tendenzialmente orientato verso un modello dirigista.⁷⁰

Così, quanto agli enti locali, se le soluzioni proposte dal tramontato disegno di riforma sembravano delineare un quadro di ritrovato centralismo affatto diverso da quello consegnatoci dalla legislazione degli anni '90, proprio la ridefinizione del ruolo e delle competenze del segretario comunale rappresentano un'ultima "concessione" alle istanze autonomistiche.⁷¹

Se la ipotetica scelta di abolire il segretario generale, di prevedere una figura quale quella del "dirigente apicale" con funzioni di attuazione, coordinamento e controllo dell'attività amministrativa non controbilanciata dal riconoscimento in capo a quest'ultimo di poteri più ampi, quali per un verso quelli di consulenza giuridico-amministrativa propri dei segretari o quelli di partecipazione ai processi decisionali che connotano la figura del direttore generale, sembrava aver assecondato le istanze della politica locale pur nel contesto di una riforma della dirigenza che andava in una direzione diversa, la "rilettura" del ruolo del segretario operata dalla Corte costituzionale, ripropone la *vexata quaestio* dei condizionamenti che la politica è in grado di esercitare sulle scelte amministrative. Questa volta però il tema non si pone più nei termini tradizionali che involgono il rapporto tra amministratori locali e dirigenti perché viene a collocarsi in un percorso più ampio di "dilagante centralismo" che sta "progressivamente ridisegnando l'assetto funzionale (oltre che istituzionale ed organizzativo) dello Stato, delle regioni e degli enti locali"⁷².

In effetti, l'evoluzione legislativa dello status e delle funzioni del segretario generale è sempre stata condotta muovendo dalla necessità di trovare un equilibrio tra le istanze autonomistiche degli enti locali e l'esigenza di introdurre forme nemmeno tanto larvate di controllo sulla loro attività. Se le innovazioni della fine degli anni novanta ed in particolare la l. 15 maggio 1997, n. 127, poi recepite dall'intervento di riordino normativo operato con il decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, si erano poste sulla scia del processo di riforme che aveva interessato l'azione e l'organizzazione amministrativa nella direzione della rivitalizzazione del principio di responsabilità politica, con l'effetto di "neutralizzare" la figura del segretario (eliminazione del parere di legittimità, previsione di un albo dei segretari gestito da un'apposita agenzia, soggetta alla vigilanza del Ministero dell'interno, status del segretario quale dipendente di tale agenzia) ed allentare il legame con il "centro" statale, gli interventi successivi sembravano muovere da un approccio diverso.

⁶⁹ Si v. infra §2

⁷⁰ La definizione dei rapporti tra politica e amministrazione nelle Aziende sanitarie locali risente del quadro giurisprudenziale e delle riflessioni della dottrina in tema di enti per gli enti locali, si v. F.F. TUCCARI, *Dirigenza, responsabilità dirigenziale e ordinamento locale: una sostenibile differenza dell'essere?*, in M.IMMORDINO, A.CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, cit., 411; A. PIOGGIA, *Direzione e dirigenza nelle aziende sanitarie. Una analisi della distinzione del potere decisionale alla luce degli atti aziendali in Sanità pubblica e privata*, n.3/2008, pp.5 ss e A.PIOGGIA, *Direttore generale e autonomia dell'Azienda sanitaria: alcuni spunti per una riflessione. Una analisi della distinzione del potere decisionale alla luce degli atti aziendali*, in *Sanità pubblica e privata*, n.1/2015, pp.28 ss.

⁷¹ Opzione, quest'ultima, che sembrerebbe trovare conferma nella previsione di forme e modalità unitarie di accesso alla dirigenza statale, regionale e locale, e nell'affidamento della gestione del ruolo unico della dirigenza locale ad una Commissione operante presso il Dipartimento della funzione pubblica al pari di quella preposta alla gestione della dirigenza statale, oltre che nella valorizzazione della mobilità tra i tre ruoli della dirigenza, statale, regionale e locale, con possibilità anche di attribuire indifferentemente incarichi ai dirigenti inclusi nei medesimi. Ciò, in disparte eventuali considerazioni in ordine alla effettiva neutralità di un organismo quale la richiamata Commissione, ed alla previsione di una particolare procedura per la selezione di candidati tra i dirigenti già in ruolo idonei a coprire incarichi dirigenziali apicali.

⁷² S. BIAINCHINI, *Tendenze centripete nel riassetto delle funzioni amministrative tra Stato e regioni*, in L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, cit., p.187.

Del resto, proprio il nucleo centrale delle funzioni segretariali, riconducibile sostanzialmente, attraverso la funzione di consulenza giuridico-amministrativa, ad una forma di controllo di legalità sui processi decisionali aveva via via accresciuto le diffidenze dei politici locali verso tale figura⁷³, che ormai da tempo era considerata una “spina nel fianco” per i governi locali.

Da qui la ricerca da parte degli organi politici di riappropriarsi dei propri spazi attraverso il ricorso a quelle variabili organizzative consentite dal legislatore in ordine alla disciplina dei rapporti tra segretario, Direttore generale e dirigenti. Cionondimeno, da una parte, il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, in l. 30 luglio 2010, n. 122, che sopprimendo l’agenzia per la gestione dell’albo dei segretari, riportava il segretario alle dirette dipendenze del Ministero dell’interno, sebbene di nomina sindacale, dall’altra la l. n. 190 del 2012, ed il successivo d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, che avevano finito con il valorizzarne la figura individuando proprio nel segretario quel soggetto che per *status*, ruolo e competenze avrebbe meglio potuto garantire anche quegli strumenti di prevenzione della corruzione introdotti dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, sembravano procedere in una diversa direzione. A tanto, tuttavia, aveva posto fine il naufragato progetto di riforma, che probabilmente con l’intento di delineare un modello meno ambiguo cui affidare l’attuazione del principio di separazione, assecondando le istanze provenienti dalla politica, aveva abolito il segretario, prevedendone la sostituzione con una figura, diversa dalla prima per status ma della quale avrebbe mantenuto alcune funzioni, tra cui quella rogante. Ed è forse questa riflessione, che non può essere trascurata, tanto più all’indomani della richiamata sentenza della Corte costituzionale che disvela ancora oggi la necessità di un’incessante ricerca di punti di equilibrio fra due esigenze non facilmente conciliabili: la flessibilità organizzativa degli enti locali, da una parte, e la necessità di dar vita ad un modello meno ambiguo del rapporto politica-amministrazione, dall’altra.

Nel sistema delle aziende sanitarie il rapporto politica amministrazione sembra invece ormai definitivamente affidato alle scelte del legislatore statale⁷⁴, sicché il vero nodo da sciogliere non è più solo quello dei termini e delle modalità del controllo della politica sull’amministrazione, ma diviene quello dell’incidenza del centro sulle scelte delle autonomie.

L’ascrizione delle norme in materia di dirigenza sanitaria tra quelle recanti principi fondamentali in materia di tutela della salute, includendo tra questi anche la scelta di candidati in possesso di comprovati titoli e capacità professionali, iscritti in appositi elenchi, allo scopo di affrancare la dirigenza sanitaria da condizionamenti di carattere politico e di privilegiare criteri di selezione che assicurino effettive capacità gestionali e un’elevata qualità manageriale, rischia in realtà, ove ciò si traduca in indicazioni procedimentali più che nell’indicazione di meri principi, di circoscrivere eccessivamente i poteri regionali⁷⁵, poteri che in ogni caso non si sottraggono al vaglio di compatibilità con i più generali principi di cui agli art.95 e 97 Cost..

⁷³ Si v. G. GARDINI, *La Dirigenza pubblica in cerca di identità*, cit., 185, il quale evidenzia che gli schemi di decreti attuativi della riforma della dirigenza, contrariamente a quanto previsto nella legge delega, finiscano con il prevedere per la Commissione due componenti di nomina fiduciaria e due membri di diritto, a loro volta di nomina fiduciaria.

⁷⁴ Si v. Corte cost., 17 luglio 2018 n.159, in *www.Cortecostituzionale.it*, che ha dichiarato l'incostituzionalità della l.r. Sicilia n.47/2017 per violazione dei "principi generali/fondamentali" in materia di tutela della salute e dell'art.117, co.3, nella parte in cui approntava un sistema derogatorio al principio stabilito dall'art.2, co.2 d.lgs. 171/2017, per il quale la nomina dei Direttori generali doveva avvenire mediante ricorso agli elenchi degli idonei predisposti a livello nazionale, allo scopo di affrancare la dirigenza sanitaria da condizionamenti politici. Il legislatore regionale, più precisamente, aveva introdotto, "nelle more della modifica legislativa discendente dalla sentenza della Corte cost. n.251/2016 e considerato il mancato aggiornamento dell'elenco regionale secondo quanto previsto dal co. 3 dell'art.3 bis del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n.502" che gli incarichi di direttore generale fossero "confermati sino alla naturale scadenza", con divieto quindi di procedere a nuovi incarichi e che in alternativa si sarebbe proceduto "alla nomina di commissario ai sensi di quanto disposto dall'art. 3 bis del d.lgs. 502/1992". Le soluzioni individuate del legislatore regionale sono state quindi ritenute derogatorie della disciplina, transitoria e a regime, nazionale che aveva previsto l'ultravigenza della normativa preesistente e di conseguenza ritenute incostituzionali per via dell'introduzione di un sistema incompatibile con quest'ultima. Si v. per un commento a Corte cost.n.159/18, G. BERGONZINI, *La selezione della dirigenza sanitaria: oltre lo spoils system*, in *Giurisprudenza Italiana*, n.3/2018, pp.474 ss. Applicando i medesimi principi, Corte cost., 15 aprile 2019 n.87, giunge ad una decisione di infondatezza della sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 l.r. Puglia 17 aprile 2018 n.15, con riferimento agli artt.3,97 e 117 co.3 Cost. Tale norma, a differenza di quanto previsto dalla l.r. Sicilia n.47/2017 prevede che in caso di vacanza dell'incarico di Direttore generale delle aziende sanitarie, laddove per comprovati motivi non sia possibile provvedere alla relativa nomina, la regione può nominare un commissario straordinario, ma pur sempre scelto nell'ambito dell'elenco nazionale degli idonei all'incarico di Direttore generale, il quale rimane in carica fino alla nomina con procedura "ordinaria" e comunque per un periodo non superiore a sei mesi. La Corte ha ritenuto che in questo caso il legislatore pugliese sia intervenuto nell'esercizio delle proprie competenze in materia di tutela della salute e che quindi non abbia introdotto una disciplina in contrasto con i principi fondamentali della legislazione statale. Più di recente Corte cost. 13 marzo 2021 n.31 ha ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 10 l. r. Puglia 30 novembre 2019, n. 52, impugnato per violazione dell'art. 117, commi 2, lett. l), e 3, Cost., in quanto sostituisce l'art. 72 l.r. Puglia 28 dicembre 2018, n. 67, che stabilisce che le aziende sanitarie attivano procedure selettive concorsuali per l'assunzione, nei ruoli, di personale dirigente medico/veterinario e dirigente sanitario non medico, valorizzando nei relativi bandi di concorso il possesso di comprovate competenze acquisite nel corso di pregressi rapporti di natura convenzionale, previsti da precedenti leggi regionali. A dire della Corte detta disciplina nell'individuare un titolo valutabile nei concorsi per l'accesso ai ruoli della dirigenza sanitaria regionale, riconducibile alla competenza concorrente nella materia della tutela della salute, non incorrere in violazione di principi fondamentali.

⁷⁵ Si v. in proposito le disposizioni del d.d.l. cd. "Concorrenza 2021-2022", approvato in C.d.M. il 4 novembre 2021 ed attualmente all'esame del Senato il cui art.18 modifica l'art. 15 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, il comma 7-bis, ridisciplinando il sistema di conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa attraverso la valorizzazione del merito. La modifica tuttavia si spinge sino a prevedere che la garanzia di neutralità della commissione discenda dalla sua peculiare composizione, della quale dovrebbero far parte oltre al "direttore sanitario dell'azienda interessata (...) "tre direttori di struttura complessa nella medesima disciplina dell'incarico da conferire, dei quali almeno due responsabili di strutture complesse in regioni diverse da quella ove ha sede l'azienda interessata alla copertura del posto". Certamente maggiormente rispondente al principio della valorizzazione del merito e proporzionata rispetto a quest'ultimo appare invece l'ulteriore previsione che scardina l'attuale sistema per la quale la scelta del direttore di struttura dovrebbe ricadere necessariamente sul candidato cui la commissione abbia attribuito il maggior punteggio, restando in tal modo preclusa al Direttore generale, la possibilità oggi consentita dal vigente art.15 di optare, con il solo onere di motivare detta scelta, per un candidato della terna diverso da quello che ha ottenuto il miglior punteggio.

DIRITTI FONDAMENTALI E DIRITTI SOCIALI NELL'EPOCA DELLE MIGRAZIONI MASSIVE¹

Daniele Porena

Prof. Ass. di Istit. di Diritto Pubblico Univ. degli Studi di Perugia

¹ Il presente contributo è destinato alla pubblicazione negli Atti del Convegno internazionale di studi sul tema "70 anni di Costituzione", Università degli Studi di Salerno - Cava de' Tirreni, 30 novembre - 1 dicembre 2018.

Abstract [It]: Il presente contributo introduce una breve analisi sul tema della posizione giuridica del non cittadino in rapporto ai diritti fondamentali e ai diritti sociali. Tenuto conto della principale giurisprudenza della Corte costituzionale intervenuta sul tema e considerate le più recenti e sempre più massive tendenze migratorie e demografiche, il saggio si interroga, tra l'altro, sulla rinnovata validità della configurazione dei diritti sociali quali "aspettative finanziariamente condizionate".

Abstract [En]: *This contribution introduces a brief analysis on the subject of the legal position of the non-citizen in relation to fundamental rights and social rights. Taking into account the main jurisprudence of the Constitutional Court and considering the most recent and increasingly massive migratory and demographic trends, the essay questions, in particular, the renewed validity of the configuration of social rights as "financially conditioned expectations".*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Principio di uguaglianza e posizione giuridica del non cittadino. Cenni. 3. Questioni introdotte dalle più recenti tendenze demografiche e migratorie.

1. Introduzione.

La questione della posizione giuridica dello straniero immigrato e, in particolare, del perimetro dei diritti che a costui il nostro ordinamento riconosce, risulta ampiamente approfondita, sia in dottrina che nella giurisprudenza della Corte costituzionale².

Cionondimeno, un'ampia serie di fattori istituzionali, demografici e geopolitici sembrano offrire sempre nuovi ed ulteriori stimoli al dibattito: sicché, non sembra in effetti possibile affermare che categorie pur consolidate nella tradizione giuridica possano dirsi, una volta per tutte, definitivamente "ossidate" e cristallizzate.

Come noto, nella materia dei diritti fondamentali, risultano assai limitate le possibilità di operare una distinzione tra la posizione del cittadino e quella del non cittadino.

E difatti, la portata universale delle posizioni giuridiche fondamentali si riassume in una disposizione costituzionale, quella dettata dall'art. 2, che non lascia grossi spazi alla prospettazione di soluzioni alternative.

Detti diritti, infatti, sono riconosciuti (e non attribuiti) in capo all'uomo come tale e non, dunque, al solo cittadino. Ancora, tali diritti sono riconosciuti come inviolabili e, dunque, incompressibili: ciò indipendentemente dalla condizione giuridica di chi ne abbia a reclamarne la tutela.

² Si ricordino, tra gli altri, gli studi di L. BISI, *Brevi note sul rapporto tra stato di necessità e diritti fondamentali dello straniero*, in *Jus*, 1992, pp. 82 e ss.; F. CAPOTORTI, *Incidenza della condizione di straniero sui diritti dell'uomo internazionalmente protetti*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, pp. 460 e ss.; S. CASSESE, *Art. 10*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1975; G. D'ORAZIO, *Condizione dello straniero e società democratica*, Padova, 1994; G. D'ORAZIO, *Effettività dei diritti e cittadinanza dello straniero*, in *Diritto e società*, 1973, pp. 936 e ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'Esperienza italiana*, in *Riv. dir. privato*, 1992, pp. 223 e ss.; B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988; A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *www.rivistaaic.it*. In giurisprudenza costituzionale si segnalano, tra le molte, la sentenza n. 120 del 1967 in materia di libertà del legislatore di accordare agli stranieri un trattamento più favorevole rispetto a quello previsto dai trattati internazionali, l sentenza n. 104 del 1969 e n. 244 del 1974 in relazione alla applicazione del principio di uguaglianza rispetto alla condizione giuridica dello straniero e, ancora, la sentenza n. 54 del 1979 in materia di controlli di costituzionalità sui trattati relativi al trattamento dello straniero.

La disposizione richiamata, malgrado sul punto il dibattito giuridico sia sempre apparso non del tutto univoco, recupera - almeno in parte - la tradizione giusnaturalista che ha animato le assai note ricostruzioni secondo cui vi sarebbe un nucleo di diritti di cui la persona è titolare in quanto tale, per natura e non per determinazione positiva degli ordinamenti³. Agli ordinamenti sarebbe piuttosto accordato il compito di determinare le modalità attraverso le quali tutelare questo nucleo naturale ed inviolabile di posizioni giuridiche.

Conferme al ragionamento prospettato giungerebbero, in effetti, dall'ampia giurisprudenza costituzionale che - nel corso degli anni - si è occupata, in modo specifico, della condizione giuridica dello straniero in rapporto al principio di uguaglianza.

Ed infatti, se da un lato non è dato rinvenire nell'art. 2 una distinzione tra cittadino e non cittadino, per altro verso - e come noto - l'art. 3 della Costituzione, nell'enunciare il principio di uguaglianza, reperisce il proprio referente soggettivo nel cittadino e non nell'uomo in quanto tale.

2. Principio di uguaglianza e posizione giuridica del non cittadino. Cenni.

La letteratura giuridica si è largamente intrattenuta sul significato e sulla corretta interpretazione da attribuire, sotto questo profilo, al principio enunciato dall'art. 3.

In particolare, sembra che sul punto si siano confrontate soluzioni assai diversificate tra di loro. Da un lato, l'interpretazione dominante pare essere ormai quella secondo cui il predetto principio non possa che intendersi, in ogni caso, come esteso alla categoria della persona (e, dunque, dell'uomo e della generalità degli individui in quanto tali).

Dall'altro lato non è mancato, tuttavia, chi ha rilevato come alla espressione impiegata dalla norma - specie secondo una interpretazione combinata con l'art. 10 Cost. nonché con le ulteriori disposizioni costituzionali che, espressamente, operano un riferimento alla categoria della cittadinanza - non possa che attribuirsi un significato causalmente collegato a quello letterale fatto proprio dalla norma⁴.

³ Invero, come osserva F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, p. 121, la disposizione sembra piuttosto essere il frutto di un compromesso tra le tesi «dei costituenti democratico-cristiani, guidati dal giusnaturalismo tomistico dei dossettiani, e quelle dei partiti marxisti, caratterizzate da una concezione storicistica dei diritti, nel segno della finalizzazione delle libertà, cioè dell'individuazione di un valore fondativo, che orienta e limita la stessa libertà individuale, senza tuttavia funzionalizzarla».

⁴ A questo proposito, si ricordi quanto osservato da A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in www.rivistaaic.it, p. 4, secondo cui «il principio di eguaglianza si rivolge, nell'art. 3 Cost., ai soli cittadini (in forza di una scelta consapevole della Commissione per la Costituzione che la sostituì alla dizione «uomini» proposta dagli onn. Moro e Laconi) perché nell'art. 2 la nostra Costituzione non «intende riconoscere 'diritti naturali'». Solo se i diritti dell'art. 2 avessero un fondamento giusnaturalistico, l'eguaglianza potrebbe infatti essere proclamata con riferimento a tutti gli uomini, come appunto in alcune Costituzioni settecentesche, e non solo. Determinante, in tal senso, il rilievo - sottolineo Esposito - che la posizione giuridica dello straniero sia specificamente disciplinata, nei modi visti, dall'art. 10 comma 2. Ciò infatti «esclude che la proclamazione generale sulla eguaglianza dei cittadini e quelle ad esse unite sulla giustizia sociale per i cittadini si riferiscano anche allo straniero». D'altra parte, «se gli stranieri fossero per legge in generale e per l'ordinamento giuridico eguali ai cittadini, la categoria giuridica dei cittadini cesserebbe di esistere». Cfr. con quanto osservato da L. CIAURRO, *I diritti fondamentali dello straniero*, in www.federalismi.it, p. 30, il quale ricorda che «una parte della dottrina ha ritenuto che il riferimento operato dalla Corte all'articolo 3 Cost. non debba intendersi nel senso del principio di eguaglianza in senso stretto, ma al principio di razionalità/ragionevolezza. Se quindi gli stranieri extracomunitari sarebbero esclusi dalla proclamazione dell'eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., secondo questa teoria essi sarebbero comunque tutelati dal principio di razionalità/ragionevolezza, che - sorto nell'alveo dell'art. 3 Cost., - si è venuto da esso emancipando arrivando a riguardare tutti gli enunciati normativi, quale che sia la nazionalità del soggetto coinvolto nell'eventuale disciplina».

In altri termini, secondo l'interpretazione di cui da ultimo, l'utilizzo della espressione cittadino non integrerebbe un riferimento "atecnico" - e da intendersi comunque esteso alla generalità delle persone - ma costituirebbe un riferimento testualmente non aggirabile e non certo casuale.

Sul punto, sembra che anche la giurisprudenza costituzionale abbia offerto elementi di riflessione tutt'altro che trascurabili.

In particolare, la Corte costituzionale ha osservato, in una pluralità di occasioni, che il testuale riferimento operato dall'art. 3 ai soli cittadini non esclude, in effetti, che l'eguaglianza davanti alla legge sia garantita anche agli stranieri *là dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo*⁵.

Invero, l'interpretazione offerta dalla Corte sembrerebbe - sotto certi aspetti - più fedele al dettato letterale delle disposizioni enunciate dagli artt. 2 e 3 della Costituzione. Ed infatti, se nell'ambito delle posizioni giuridiche fondamentali non sarebbe dato al legislatore di operare alcuna distinzione tra la condizione giuridica dello straniero e quella del cittadino⁶, al di fuori del detto perimetro sopravviverebbe la possibilità di operare una qualche distinzione⁷: purché ragionevole e direttamente giustificata dalla diversità delle condizioni di fatto e di diritto in cui le due categorie verrebbero a trovarsi⁸.

Persino, la Corte costituzionale non ha escluso che anche nell'ambito delle posizioni giuridiche fondamentali possa darsi luogo ad una qualche differenziazione, graduazione o diversa modulazione: ciò, purché sia fatto salvo il *nucleo irriducibile* di ciascun diritto fondamentale e siano ragionevolmente ponderate le differenti *ragioni di fatto* che giustificano eventuali differenziazioni⁹.

⁵ Così *Corte Cost.*, sent. n. 54 del 1979, in cui la Consulta ha altresì osservato che «qualora non vengano in considerazione «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», s'impone la comune esigenza di verificare la conformità delle leggi e delle fonti equiparate rispetto ad ogni norma o principio costituzionale».

⁶ Quello di uguaglianza rappresenta un principio «generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura» ed è tale da costituire un divieto a che «la legge ponga in essere una disciplina che direttamente o indirettamente dia vita ad una non giustificata disparità di trattamento delle situazioni giuridiche, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti ai quali queste vengano imputate», così *Corte cost.*, sent. n. 25 del 1966.

⁷ Cfr. con *Corte cost.*, sent. n. 104/1969, laddove si osserva che «non può escludersi che, tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto che possano giustificare un loro diverso trattamento nel godimento di quegli stessi diritti». Tali distinzioni sarebbero peraltro rinvenibili anche nel rapporto originario che lega il cittadino allo Stato, rispetto a quello acquisito e temporaneo dello straniero. Si rinvia altresì a *Corte cost.*, sent. n. 144/1970, laddove il giudice delle leggi pone in evidenza che nel trattamento tra cittadini e stranieri possono sussistere differenze che «il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento». Ancora, con la sentenza n. 244 del 1974, la Consulta ha riconosciuto come l'applicazione dei principi costituzionali in materia di eguale godimento dei diritti fondamentali possa incontrare «delle limitazioni in relazione a particolari situazioni giuridiche connesse alla diversità dei rapporti esistenti tra lo Stato e il cittadino e lo Stato e lo straniero». Significativo è poi come la Consulta osservi, con riferimento alle circostanze che in via di fatto concorrono a differenziare la posizione del cittadino da quella dello straniero che «le posizioni del cittadino e dello straniero nei riguardi dello Stato diversificano sostanzialmente, sol che si consideri che il cittadino ha, nel territorio dello Stato, un suo domicilio stabile sì da rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato stesso».

⁸ Cfr., in particolare, *Corte cost.*, sent. n. 54 del 1979; *Corte cost.*, sent. n. 62 del 1994; *Corte cost.*, sent. n. 252 del 2001. In ogni caso, come osserva M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 215, secondo il quale le limitazioni cui conduce il percorso giurisprudenziale seguito dalla Corte costituzionale non danneggerebbe comunque, in misura eccessiva, la posizione dei non cittadini. «Il patrimonio di diritti fondamentali che finisce per essere loro riconosciuto per questa via è infatti notevolissimo. Ricomprende invero tanto i diritti fondamentali previsti dalle norme di diritto internazionale generale e dai numerosi trattati sui diritti umani ratificati dall'Italia, quanto i diritti fondamentali (non politici) garantiti dalla Costituzione».

⁹ Come osserva F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Pol. dir.*, n. 3, 1995, p. 456 ss., secondo cui il sindacato di ragionevolezza operato dalla Corte in ordine alle differenziazioni circa il trattamento normativo tra cittadini e non «potrà dirsi soddisfacente solo se le diversità che vengono assunte come fondamento di normative differenziate siano davvero diversità di fatto, e le «connesse valutazioni giuridiche», cui si fa riferimento nella sent. n. 104 del 1969, siano apprezzate solo come conseguenze di una situazione di reale eterogeneità». Ancora, prosegue l'Autore, «tutto bene se esistono davvero differenze fattuali e se ad esse sono ricollegate discipline legislative che «ragionevolmente» ne tengono conto; ma se queste

Il tema dei diritti fondamentali in rapporto alla posizione giuridica dello straniero immigrato ha dunque già occupato, nel corso degli anni, uno spazio estremamente denso di implicazioni nell'ambito del ragionamento costituzionalistico.

3. Questioni introdotte dalle più recenti tendenze demografiche e migratorie.

Tuttavia, le fenomenologie migratorie e demografiche venute a consolidarsi nel corso degli ultimi decenni sembrano suggerire la necessità di ulteriori momenti di riflessione rispetto agli approdi raggiunti. In particolare, sembra che tali fenomenologie concorrano a prospettare la riapertura di spazi di dibattito addirittura più ampi e capaci di includere questioni intorno alla natura stessa di talune posizioni che, ormai da qualche tempo, risultano diffusamente descritte ed accreditate nei termini del diritto soggettivo.

Il problema dei diritti e della loro garanzia non sembra poter prescindere, difatti, dal connesso problema legato al perimetro quantitativo dei soggetti rispetto ai quali il problema stesso si pone.

In particolare, assai avvertito sembra il tema dei diritti e delle prestazioni sociali volte al soddisfacimento dei bisogni fondamentali della persona.

Nell'ottica realistica secondo cui alla enunciazione di un diritto non può che corrispondere un correlativo centro di costo, sembra rendersi sempre più indispensabile esaminare le condizioni di "tenuta" e di sostenibilità che il sistema prospetta con riferimento alle fenomenologie poc'anzi richiamate.

Alcuni elementi di fatto, in particolare legati alle evoluzioni demografiche, potranno aiutare lo sviluppo del ragionamento.

La generale "esplosione" demografica registrata nel corso degli ultimi due secoli sembra porre innanzi a conseguenze non esattamente prevedibili: ciò, in particolare, per l'assenza di precedenti analoghi nella plurimillennaria esperienza dell'umanità¹⁰.

differenze sono precostituite dal legislatore, se traggono origine non dai "fatti" ma da scelte di politica legislativa, allora come potrebbe il giudizio di ragionevolezza esercitato dalla corte uscire da una logica tutta interna alle opzioni politico-giuridiche, e soprattutto evitare che la garanzia dei diritti fondamentali degli stranieri sia affidata, in definitiva, alla sola congruità delle soluzioni offerte dal legislatore?». Cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1997, p. 672, laddove osserva che «la Corte costituzionale ha costantemente affermato il principio dell'eguaglianza dello straniero rispetto al cittadino nella sfera dei diritti fondamentali, anche se sembra contraddirsi quando assume (sent. n. 144 del 1976) che, nelle situazioni concrete, possono presentarsi differenze di fatto (nel caso in esame, l'essere straniero!) che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità».

¹⁰ Cfr. G. SENATORE, *Storia della sostenibilità. Dai limiti della crescita alla genesi dello sviluppo*, Milano, 2013, p. 170, «le Nazioni Unite hanno pubblicato un nuovo rapporto che traccia uno scenario per il futuro: il World Demographic Trend. Si stima che la popolazione mondiale sarà di 9,4 miliardi nel 2070. La cosa sconcertante, inoltre, per gli equilibri mondiali è che nel 2100 potremmo avere 8 miliardi di abitanti in 39 paesi africani, 7,5 in 7 paesi asiatici e 1 miliardo in 4 paesi dell'America Latina, mentre Usa ed Europa vedranno dimezzata la propria popolazione». Cfr. United Nations, *Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015). World Population Prospects: The 2015 Revision, Key Findings and Advance*, p. 1, reperibile in https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/Key_Findings_WPP_2015.pdf. Con specifico riferimento al continente africano, il rapporto riferisce che «more than half of global population growth between now and 2050 is expected to occur in Africa. Africa has the highest rate of population growth among major areas, growing at a pace of 2.55 per cent annually in 2010-2015 (figure 3). Consequently, of the additional 2.4 billion people projected to be added to the global population between 2015 and 2050, 1.3 billion will be added in Africa. Asia is projected to be the second largest contributor to future global population growth, adding 0.9 billion people between 2015 and 2050, followed by Northern America, Latin America and the Caribbean and Oceania, which are projected to have much smaller increments. In the medium variant, Europe is projected to have a smaller population in 2050 than in 2015».

Se, a partire dalla comparsa dell'*homo sapiens* sino alla metà del XIX° secolo - e, dunque, per oltre 300mila anni - la popolazione mondiale si è attestata ben al di sotto di un miliardo di individui, dalla seconda rivoluzione industriale ad oggi, dunque in poco più di 150 anni, essa è arrivata a superare i 7 miliardi di unità.

Nel periodo dell'infanzia attraversato dalla generazione che ci ha preceduto (e, dunque, in un lasso di tempo che - ragguagliato alla complessiva storia dell'umanità - rappresenterebbe non altro che... "pochi minuti fa") la popolazione mondiale di poco superava i due miliardi¹¹.

A distanza di non oltre cinquant'anni, la popolazione mondiale è più che triplicata. Senza evocare immagini catastrofistiche, è tuttavia implausibile ipotizzare che quanto sopra brevemente accennato non produca risvolti (di portata mai sperimentata prima e già nel brevissimo termine) anche in relazione alla dimensione degli spostamenti degli individui sulla terra e dei conseguenti assetti dell'organizzazione sociale¹². Di certo, la prospettazione giuridica non può fare astrazione dei fenomeni epocali e delle evoluzioni storiche, demografiche, geopolitiche e socio-economiche attraversate dall'umanità. Sembra, dunque, che anche il tema dei diritti non sia estraneo alla necessità di prospettazioni capaci di farsi carico non solo del presente ma, anche e soprattutto, di un futuro che, allo stato, sembra introdurre severi elementi di incertezza.

In particolare, un terreno sul quale articolare un'accurata fase di riflessione e, probabilmente, anche di ripensamento, sembra essere quello occupato dalla peculiare posizione dei diritti sociali.

L'aumento della domanda sociale - in parte causato anche dall'incremento di ponderosi flussi migratori (ai quali non sempre si associa un corrispondente aumento del gettito fiscale) - e che, sempre più, pare destinato a crescere, rende infatti sempre più urgente la ripresa di un confronto sul concetto che i diritti sociali rappresenterebbero e, correlatamente, sulla stessa organizzazione degli apparati pubblici destinati al loro soddisfacimento¹³.

In altre parole, anche le fenomenologie complesse ed in parte imprevedibili legate agli spostamenti di individui oltre i confini degli Stati sembrano concorrere a dotare di drammatica attualità un interrogativo: quello, cioè, che ruota intorno alle possibilità di resistenza che la concettualità via via stratificata e radicata intorno alla categoria dei diritti sociali come autentiche posizioni di diritto soggettivo sia in grado di esibire.

Anche di recente, la dottrina costituzionalistica si è interrogata intorno al rischio al quale i diritti sociali, in assenza di una loro condivisa descrizione, sarebbero esposti¹⁴.

¹¹ Sul questo aspetto è venuta a svilupparsi una copiosa letteratura scientifica concorde nel ritenere che la popolazione mondiale non abbia senz'altro superato i 300 milioni di individui sino a duemila anni fa. Cfr., tra i molti contributi in materia, con B. CHIARELLI, *Quale futuro per l'umanità*, in F. Scapini (a cura di), *La logica dell'evoluzione dei viventi. Spunti di riflessione. Atti del XII Convegno del Gruppo Italiano di Biologia evoluzionista*, Firenze, 18-21 febbraio 2004, Firenze, 2004, pp. 153 e ss.

¹² Peralto, è il continente africano a rappresentare, in particolare, l'area a più alta mobilità migratoria del mondo. Come ricorda V. MORABITO, *Il Mediterraneo cintato: emigranti africani dalle strade sahariane all'Europa*, in *Quaderni del Dipartimento di Studi politici Università di Catania*, 2/2007, p. 227, «sembra che nel 2000 si siano mossi, eccettuati i rifugiati politici, 12,7 milioni di migranti africani, all'interno dell'Africa come fuori dal continente. Rappresenterebbero, in base ad alcune stime, poco meno della metà dei migranti in tutto il globo terrestre calcolati in 34 milioni. Nel 2003 vi erano 4,5 milioni di Sussahariani sparsi per il mondo. L'aumento della migrazione africana è stato considerevole, raddoppiata nell'intervallo di una generazione». Un'accurata indagine delle migrazioni internazionali, in particolare dall'età preindustriale all'epoca contemporanea, è offerta da P. CORTI, *Storia delle migrazioni internazionali*, Bari, 2003.

¹³ Assai ampia è la letteratura relativa all'impatto dei flussi migratori sulle dinamiche economiche del mondo del lavoro e, in generale, del *welfare state*. Tuttavia, non meno rilevanti impatti sembra possano senz'altro essere riscontrati sul piano culturale e, in generale, sociale. In particolare, T. TELLESCHI, *Interculturalità e valori*, in M. A. Toscano (a cura di), *Zoon Politikon 2010, I. Per la democrazia e la coesione sociale*, Firenze, 2010, p. 311, richiama l'attenzione, tra l'altro, sulla pressione che quei «flussi esercitano sui valori, le credenze e le tradizioni degli autoctoni: senza dubbio l'impatto scuote la coscienza degli autoctoni spingendoli a riflettere sui presupposti culturali (della convivenza sociale, delle relazioni di genere, della democrazia, ecc.) sopra i quali essi orientano la propria vita e la società si regge; per altro verso, in condizioni di identità liquida gli interrogativi contribuiscono ad aumentare lo smarrimento degli individui ed a minare la coesione sociale».

Tale rischio, in particolare, sarebbe riconducibile ad una sorta di loro “retrocessione” al rango di diritti condizionati se non, addirittura, a quello di mere aspettative di diritto¹⁵.

A questo proposito, torna alla memoria la nota ricostruzione dei diritti finanziariamente condizionati e che ha trovato, a partire dalla sentenza n. 455 del 1990 pronunciata dalla Corte costituzionale, una certa eco nel dibattito costituzionalistico.

Sul punto, la Corte ebbe ad osservare che ogni diritto a prestazioni - essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere - è garantito a ogni persona come diritto costituzionale condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato con gli altri interessi costituzionalmente protetti: ciò, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento¹⁶.

Sembrerebbe che, anche alla luce delle considerazioni esposte e, in particolare, alla luce del prevedibile costante incremento della domanda sociale, la tesi della programmaticità delle disposizioni costituzionali in materia di diritti sociali reclami di essere ripresa nel quadro della riflessione costituzionalistica¹⁷.

¹⁴ Cfr. B. PEZZINI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, relazione al Convegno dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009, dal titolo “*Lo statuto costituzionale del non cittadino*”, p. 2, reperibile in www.associazionedeicostituzionalisti.it, la quale rimarca la «mancanza di una definizione *in positivo* condivisa e consolidata della categoria dei diritti sociali, per cui conserva consistenza il riferimento *in negativo*, per differenza rispetto ai diritti di libertà che fornirebbero lo statuto pieno di *diritto costituzionalmente garantito* cui i diritti sociali aspirano invano, costantemente esposti al rischio di una retrocessione a diritti *condizionati*, semplicemente *legali* o addirittura a mere *aspettative*; una minorità costituzionale che ne rende incerta persino la mappatura».

¹⁵ In effetti, come osserva V. MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in <http://amministrazioneincammino.luiss.it>, 2003, ha ricordato come «la stessa nozione di diritto sociale sia incerta e soggetta a profonde rivisitazioni da parte della dottrina. Il punto di maggior criticità di essa è forse emerso nell’ambito degli studi che hanno impegnato dottrina e giurisprudenza in relazione alla configurazione di siffatti diritti quali diritti “finanziariamente condizionati”. Tali analisi hanno infatti mostrato come, in ragione della loro natura di diritti positivi di prestazione, l’attuazione di essi si snodi attraverso la duplice intermediazione del legislatore e della pubblica amministrazione e sia sottoposta a profonde limitazioni in conseguenza della crisi fiscale dello Stato. La locuzione «diritti sociali» si è così rivelata un’espressione atecnica, in quanto suscettibile di dissolversi in una pluralità di situazioni giuridiche soggettive: diritti soggettivi, ma anche interessi legittimi o interessi di fatto a fronte delle scelte legislative o dell’esercizio della funzione di programmazione ed organizzativa degli apparati amministrativi». Cfr. con A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, 1989, p. 30.

¹⁶ La Consulta è ritornata in argomento anche in successive pronunce. Si ricordi, ad esempio e con riferimento al diritto alla salute, quanto affermato in *Corte cost., sent. n. 252 del 2001*, laddove si osserva che «secondo un principio costantemente affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto”».

¹⁷ Ciò, malgrado non manchino in dottrina voci critiche. Sul punto, si ricordi quanto osservato da C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Lecce, 19-20 giugno 2009, dal titolo “*Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*”, 2010, p. 62 ss., secondo il quale «la tesi della “programmaticità” delle norme costituzionali espressive di finalità e diritti sociali - scartata sul piano *giuridico* dalla sent. cost. 1/1956 e sconfessata *di fatto* dall’avvio della legislazione sociale alla fine degli anni ‘60 - si ripresenta in questa fase sotto altre spoglie, vivendo una “seconda giovinezza”. Non potendosi più parlare in senso proprio di “programmaticità”, visto che il legislatore era intervenuto a sviluppare le norme costituzionali in questione e sul tappeto giacevano ora diritti “esigibili”, una nuova strategia argomentativa prende piede nelle pronunce costituzionali, tutte ispirate da un diffuso senso di prudenza verso il legislatore: la *necessaria gradualità dell’attuazione* e la *riserva del ragionevole e del possibile*. Incastrati fra discrezionalità politica per l’an e disponibilità finanziaria per il *quantum*, i diritti sociali vivono una stagione “sottotono”, che pone rapidamente le premesse per una rinnovata tematizzazione del problema della dignità costituzionale di tali diritti, in relazione non tanto al loro *riconoscimento* quanto piuttosto alla loro *giustiziabilità*».

In questa chiave, la normazione costituzionale relativa ai diritti sociali sembrerebbe assumere, invero, la veste di una finalità preferenziale¹⁸ tale da poter essere soddisfatta nel quadro del possibile, del ragionevole e nell'ambito del necessario e doveroso bilanciamento con altri principi ed interessi costituzionalmente protetti.

Sullo sfondo delle evidenze demografiche e migratorie alle quali, pur con necessaria brevità ed approssimazione si è fatto sopra riferimento, si coglie - dunque - l'attualità del problema giuridico prospettato.

In particolare, più che intorno al riconoscimento dei diritti sociali (su cui, invero, non sembrano sussistere particolari dubbi), il tema sembra ruotare intorno alla loro concreta pretensibilità e giustiziabilità¹⁹: tema questo, tuttavia, non certo estraneo rispetto a quello della concreta loro natura.

Invero, anche il diritto privato suggerisce l'idea che l'assenza di concrete condizioni per l'utile soddisfacimento di un diritto non implichi, di per sé, l'estinzione del diritto medesimo (ovvero il suo mancato venire in essere). In altri termini, il diritto sopravviverebbe come tale, nell'ambito delle relazioni giuridiche, pur quando - in via di fatto - esso non fosse concretamente realizzabile²⁰.

Malgrado la notazione che precede sembra, per lo più, fare sintesi di un dato noto all'evidenza, sul piano del diritto pubblico e costituzionale sembra che il discorso richieda di essere preceduto da alcune argomentazioni supplementari.

¹⁸ La tematica sembrerebbe, in particolare, poter essere inquadrata nelle forme di una preferenza "costituzionalmente vincolata" tale per cui, in presenza di adeguate compatibilità finanziarie, essa debba essere senz'altro perseguita dal legislatore in quanto prevalente rispetto ad altre finalità. Sul punto, si ricordi anche la sentenza della Corte costituzionale n. 304 del 1994 laddove fu osservato che «nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al diritto ai trattamenti sanitari, le esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica non possono assumere un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, costituendo altrimenti esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa».

¹⁹ I diritti sociali, nel quadro delle relazioni tra Stato e cittadino finirebbero, in estrema sintesi, per assumere consistenza di autentici diritti solo successivamente al momento in cui ne siano organizzate le condizioni di fruibilità. Sin tanto che il legislatore non abbia provveduto alla organizzazione degli apparati deputati alla erogazione dei predetti diritti, disponendo anche intorno alla misura, ai limiti ed alle condizioni per il loro esercizio, essi permarrebbero all'interno dell'area delle aspettative finanziariamente e legislativamente condizionate. Una traccia del ragionamento ivi proposto sembra reperirsi in Corte cost., sent. n. 252 del 1989, laddove - a proposito del diritto alla abitazione - è stato osservato che «il diritto alla abitazione tende ad essere realizzato in proporzione delle risorse della collettività; solo il legislatore, infatti, misurando le effettive disponibilità e le risorse con esse gradualmente soddisfatti, può razionalmente provvedere a rapportare mezzi a fini, e costruire puntuali fattispecie giustiziabili espressive di tali diritti fondamentali».

²⁰ Il tema si riallaccia al problema della c.d. giustiziabilità dei diritti sociali. Secondo alcuni, occorre constatare come lo stesso potere riconosciuto all'individuo di ricorrere in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi identifichi, in effetti, un elemento esterno al perimetro definitorio della posizione giuridica soggettiva sostanziale. In altri termini, una cosa è la posizione sostanziale, altra cosa sarebbe, invece, lo strumentario di cui l'individuo sarebbe dotato per tutelarla. Di questo avviso, G. PINO, *Diritti sociali. Analisi teorica di alcuni luoghi comuni*, Testo dell'intervento presentato al seminario *Diritti sociali, veri diritti? Un confronto tra teoria del diritto e scienza politica*, Università Milano-Statale, Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche, 15 aprile 2014, reperibile in www1.unipa.it/gpino/Pino,%20Diritti%20sociali.pdf, secondo il quale «anche la questione della giustiziabilità dei diritti (cioè, la possibilità di far valere un diritto in sede giudiziaria) può essere meglio inquadrata in termini hohfeldiani: infatti, se raffiguriamo - come abbiamo visto poco sopra - i diritti come complessi e variabili raggruppamenti di posizioni soggettive, possiamo vedere che la possibilità di ricorrere in giudizio (in termini hohfeldiani, un potere) non può essere considerato un elemento definitorio del diritto soggettivo in sé, ma è un elemento che attiene al perimetro protettivo del diritto: è una delle posizioni soggettive che sono funzionali alla protezione dell'interesse sottostante al diritto. Di conseguenza, tale potere può in ipotesi anche essere assente, senza che questo determini il venir meno del diritto soggettivo. È vero che una caratteristica frequente dei diritti giuridici è la possibilità agire in giudizio per la loro tutela, ma questa (come afferma anche la Corte costituzionale italiana) è una conseguenza dell'inviolabilità dei diritti fondamentali, non un elemento della loro definizione».

L'aspettativa di soddisfacimento di un diritto che ragionevolmente il consociato può attendersi ove lo stesso debba essergli somministrato dal potere pubblico sembra infatti dover essere concettualizzata in termini rafforzati rispetto a quanto può avvenire nei rapporti *inter privatos*. Nei rapporti tra privati, l'*an* della relazione (come anche il suo *quomodo*) è devoluto alla sfera di autonomia dei soggetti tra loro interagenti: sicché, anche la mancata soddisfazione di pretese pur legittimamente fondate finisce, in qualche modo, per coinvolgere anche quell'area di autonomia che conduce un soggetto a contrarre con taluni piuttosto che con altri.

Nel rapporto giuridico pubblico, in generale e come noto, i presupposti sono in parte differenti. Non è il consociato, di norma, a scegliere l'interlocutore. Né, ancora, compete al consociato descrivere in autonomia i contenuti del rapporto e dei diritti che ne conseguono. Egli, piuttosto, è titolare di posizioni giuridiche, attive o passive, nate per l'effetto della relazione che viene a crearsi con il potere pubblico.

Naturale conseguenza di quanto osservato sarebbe quella secondo cui, alla enunciazione di un diritto a prestazioni positive da parte dello Stato - specie ove proclamata in sede costituzionale - non possa che derivare una legittima e ragionevole pretesa di soddisfazione del diritto stesso in capo al consociato. Tuttavia, in termini concreti e come reso noto dall'esperienza, detta aspettativa ben può finire, invero, per essere frustrata.

Ciò su cui sembra lecito interrogarsi è se ancora, dunque, valga la pena affermare con granitica certezza la dimensione "perfetta" dei diritti sociali - al prezzo di alimentare, piuttosto, una "illusione di diritto" - o non meriti, al contrario, gravare il potere pubblico, anche sul punto (ed a partire dalla indagine costituzionalistica), di un obbligo di *clare loqui* capace di sgomberare il terreno da ogni incertezza o fraintendimento.

Sembra, in altri termini, che la "sicurezza giuridica" giochi un ruolo più penetrante nei rapporti tra Stato ed individuo: sicché, quantomeno ed appunto sul piano del *clare loqui*, non pare possano essere concessi margini all'incertezza.

In particolare, l'enunciazione di diritti a prestazioni sociali sembra, sempre più, dover essere associata alla precisazione dei limiti e dei confini entro i quali gli stessi risultano essere, in concreto, pretensibili.

Sempre più avvertita sembra infatti l'esigenza che la qualificazione delle prestazioni sociali erogate dallo Stato in termini di "diritti" richieda - anche al fine di escludere che su di essa possa poggiare un mal riposto affidamento - che si chiarisca definitivamente il limite entro il quale detti diritti possono, in concreto, essere attinti e che si chiarisca, correlativamente, il ruolo dei principi costituzionali che richiamano lo Stato all'assolvimento di impegni finalizzati a rimuovere quelle condizioni di disuguaglianza che, in via di fatto, si producono tra consociati²¹.

In conclusione, sembra dunque che si profili - ormai con certa urgenza - la necessità di constatare che quello che parte della dottrina adombra essere un *rischio*, vale a dire la "derubricazione" dei diritti sociali alla categoria delle posizioni giuridiche condizionali, integri, piuttosto, una (amara) *certezza*.

Bibliografia

A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, 1989;

L. BISI, *Brevi note sul rapporto tra stato di necessità e diritti fondamentali dello straniero*, in *Jus*, 1992, pp. 82 e ss.;

²¹ Sul punto, sempre attuale, a proposito della natura e della funzione delle norme costituzionali programmatiche, sembra l'insegnamento di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 75. Per l'illustre Autore le norme costituzionali programmatiche non «regolano direttamente le materie cui pure si riferiscono, ma regolano propriamente l'attività statale in ordine a dette materie: hanno ad oggetto immediato comportamenti statali, e soltanto mediamente e, per dir così, in secondo grado quelle certe materie».

- F. CAPOTORTI, *Incidenza della condizione di straniero sui diritti dell'uomo internazionalmente protetti*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, pp. 460 e ss.;
- S. CASSESE, *Art. 10*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1975;
- F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Pol. dir.*, n. 3, 1995, p. 456 ss.;
- B. CHIARELLI, *Quale futuro per l'umanità*, in F. Scapini (a cura di), *La logica dell'evoluzione dei viventi. Spunti di riflessione. Atti del XII Convegno del Gruppo Italiano di Biologia evoluzionista*, Firenze, 18-21 febbraio 2004, Firenze, 2004, pp. 153 e ss.;
- L. CIAURRO, *I diritti fondamentali dello straniero*, in *www.federalismi.it*;
- P. CORTI, *Storia delle migrazioni internazionali*, Bari, 2003;
- V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952;
- G. D'ORAZIO, *Condizione dello straniero e società democratica*, Padova, 1994;
- G. D'ORAZIO, *Effettività dei diritti e cittadinanza dello straniero*, in *Diritto e società*, 1973, pp. 936 e ss.;
- M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'Esperienza italiana*, in *Riv. dir. privato*, 1992, pp. 223 e ss.;
- T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1997;
- V. MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in <http://amministrazioneincammino.luiss.it>, 2003;
- V. MORABITO, *Il Mediterraneo cintato: emigranti africani dalle strade sahariane all'Europa*, in *Quaderni del Dipartimento di Studi politici Università di Catania*, 2/2007, p. 227;
- B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988;
- A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *www.rivistaaic.it*;
- C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Lecce, 19-20 giugno 2009, dal titolo "Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale";
- B. PEZZINI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, relazione al Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009, dal titolo "Lo statuto costituzionale del non cittadino", p. 2, reperibile in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*;
- G. PINO, *Diritti sociali. Analisi teorica di alcuni luoghi comuni*, Testo dell'intervento presentato al seminario *Diritti sociali, veri diritti? Un confronto tra teoria del diritto e scienza politica*, Università Milano-Statale, Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche, 15 aprile 2014, reperibile in www1.unipa.it/gpino/Pino,%20Diritti%20sociali.pdf;
- F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999;
- G. SENATORE, *Storia della sostenibilità. Dai limiti della crescita alla genesi dello sviluppo*, Milano, 2013;
- T. TELLESCHI, *Interculturalità e valori*, in M. A. Toscano (a cura di), *Zoon Politikon 2010, I. Per la democrazia e la coesione sociale*, Firenze, 2010, p. 311.

SANZIONI AMMINISTRATIVE SOSTANZIALMENTE PENALI: È DAVVERO LA SVOLTA?

Christian D'Orazi

Abstract (It): L'esatta individuazione dei confini della "materia penale" è da tempo oggetto di discussione. Abbandonati i criteri di classificazione formali, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha elaborato criteri sostanziali per stabilire se una sanzione formalmente amministrativa fosse in effetti espressione della potestà punitiva dello Stato. L'approccio sostanzialistico elaborato dalla Corte EDU si è imposto anche negli ordinamenti nazionali e ha determinato l'avvio di un processo di assimilazione, ancora in corso, fra pene in senso stretto e sanzioni amministrative punitive. Il presente lavoro intende fornire degli spunti per l'introduzione nel nostro ordinamento di rimedi processuali idonei ad attuare i principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale in materia di sanzioni amministrative sostanzialmente penali.

Abstract (En): *The proper definition of what falls within the "criminal matters" has long been discussed. Once abandoned the formal classification criteria, the European Court of Human Rights Jurisprudence has developed substantial criteria to establish if a formally administrative sanction is rather the expression of the punitive authority of the State. The substantial approach developed by the ECtHR broke into national systems and kicked off a process of assimilation, still in progress, between criminal penalties and punitive administrative sanctions. This work intends to provide starting points for the introduction into our national system of procedural remedies suitable for implementing the principles expressed by constitutional and supranational case-law on substantially criminal administrative sanctions.*

SOMMARIO: **1.** Illecito penale e illecito amministrativo in una prospettiva costituzionalistica - **2.** La nozione di sanzione amministrativa sostanzialmente penale come prodotto del dialogo fra Corti - **3.** La "sostanza penale": nozione e criteri qualificatori - **4.** Spunti teorici per una riflessione pratica.

1. Illecito penale e illecito amministrativo in una prospettiva costituzionalistica.

Nella sua accezione tradizionale, la Costituzione si pone come testo di sintesi dei principi fondamentali, delle garanzie dei diritti e degli elementi organizzativi di uno Stato, e si compone di norme in larga parte inidonee a fornire puntuali regole di condotta, bensì, piuttosto, di

principi e di valori, che necessitano di una più puntuale declinazione normativa¹.

A conferma della limitata coercibilità² (almeno in via diretta) delle previsioni costituzionali, la dottrina ha osservato che «il significato della Costituzione non è imposto con la forza, ma si sviluppa nella varie comunità secondo il particolare nomos che esse condividono»³, sul presupposto che sia necessaria un'opera di attuazione⁴ (anzi, di caratterizzazione) da parte delle fonti subordinate.

Come pure rilevato dalla giurisprudenza, la Costituzione «non copr[e], per tutta la sua estensione, la materia regolata dalle norme ad essa sottordinate nella scala dei valori normativi»⁵. La tutela dei valori, dei principi e delle norme costituzionali non potrebbe dirsi piena se le norme di rango subordinato non prevedessero forme di reazioni dello Stato rispetto a condotte idonee a pregiudicarla⁶.

La sanzione si connota, dunque, per un carattere di necessità rispetto al raggiungimento dei fini individuati nella Costituzione, giacché, «non [è] pensabile che il precetto costituzionale possa, se veramente se ne vuole il rispetto, essere sprovvisto di sanzione»⁷. Pertanto, la sanzione concorre a rendere concreto il precetto costituzionale⁸.

L'illecito penale si caratterizza come una violazione di una norma cui l'ordinamento affida la tutela di interessi (*rectius*: beni giuridici) ritenuti particolarmente rilevanti; circostanza che giustifica una risposta particolarmente qualificata da parte dello Stato, consistente nell'irrogazione di una pena (in senso proprio).

Il legislatore, pur godendo di amplissimi margini di discrezionalità nell'individuare fattispecie di reato, non è - sostiene la Corte costituzionale - «sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma deve [...] circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della [...] libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante»⁹. Allo stesso modo si atteggia la scelta (di politica criminale) circa la definizione della cornice edittale delle pene, essendo il legislatore facoltizzato ad individuarne l'intervallo minimo e massimo, a reprimere più severamente «fattispecie penali ritenute maggiormente lesive di beni giuridici tutelati connotate da un accentuato allarme sociale»¹⁰, nonché a prevedere fattispecie delittuose complesse, pur richiedendosi «un'attenta considerazione da parte del legislatore, alla luce di una valutazione complessiva e comparativa dei beni giuridici tutelati dal diritto penale e del livello di protezione loro assicurato»¹¹.

¹ *Dottorando di ricerca nell'Università di Teramo e Cultore della materia in Diritto Amministrativo presso la Luiss Guido Carli. Sulla distinzione fra principi e valori costituzionali, cfr. A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2012, p. 15 ss.. V. anche P. VON UNRUH, *Die Herrschaft der Vernunft*, Baden Baden, 1993.

² Ciò non vale, comunque, ad escludere che i principi costituzionali - a differenza dei valori - siano dotati di struttura precettiva ed esprimano un dover essere giuridico.

³ R. BIN, *Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione*, in *Lo Stato*, 2015, 4, p. 12.

⁴ Cfr. Corte cost., 9 dicembre 2004, n. 372, secondo cui l'attuazione delle norme costituzionali spetta al legislatore, mentre la loro applicazione alla Corte costituzionale; spetta, invece, al giudice comune la funzione di applicare le norme costituzionali ai limitati fini di integrare e interpretare le fonti ad esse subordinate.

⁵ Corte cost., 7 luglio 1956, n. 9.

⁶ In generale, sul tema della mancata o tardiva attuazione della Costituzione, cfr. M.S. GIANNINI, *La lentissima fondazione dello Stato repubblicano*, in *Regione e governo locale*, 1981, 6, p. 17; S. CASSESE, *L'Italia: una società senza Stato?*, Bologna, 2011, p. 71, il quale rileva che la mancata o la ritardata attuazione dei precetti costituzionali hanno reso la realtà costituzionale non più rispondente ai principi e al modello da essa stabiliti. Cfr. anche G. BRUNELLI, *Ancora attuale. Le ragioni giuridiche della perdurante vitalità della Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, 1, secondo cui la Costituzione costituirebbe «un documento aperto, dotato di un alto grado di elasticità e di adattabilità alle circostanze concrete, non fornisce una soluzione definitiva nemmeno al problema, posto soprattutto dalle norme costituzionali programmatiche e di principio, della delimitazione dei confini tra legge e giurisdizione».

⁷ Ivi

⁸ Cfr. S. ROSSI, *Costituzione e forze costituenti. Le suggestioni kantiane*, in *Il Politico*, 1997, 62, 3, p. 415, secondo cui «Se la costituzione è un concetto pratico, la sua validità dipende dall'attitudine ad essere applicata».

⁹ Corte cost., 26 luglio 1989, n. 409.

¹⁰ Cfr., *ex multis*, Corte cost., 8 luglio 2020, n. 136; 27 dicembre 2019, n. 284; 12 dicembre 2018, n. 233; 16 giugno 2016, n. 148.

¹¹ Corte cost., 31 luglio 2020, n. 190.

Come osservato in dottrina¹², la previsione di una pena - ovverosia la qualificazione formale della tipologia di reazione pubblica alla condotta illecita - assurge al rango di presunzione *iuris et de iure* circa la riconducibilità del fatto alla materia criminale, con conseguente, automatica ed indefettibile applicazione del relativo *corpus* normativo, sostanziale e processuale¹³.

Gli elementi materiali della condotta penalmente rilevante non divergono in modo apprezzabile rispetto al comportamento che dà luogo all'irrogazione di una sanzione amministrativa. In entrambi i casi si registra la violazione di una norma cui il legislatore ricollega conseguenze sfavorevoli per il soggetto responsabile¹⁴.

La Corte costituzionale, in una delle sue prime pronunce, ha osservato che «*La distinzione fra norme penali e norme contenenti sanzioni amministrative va riportata non tanto al carattere della materia a cui la norma si riferisce nel comminare una determinata sanzione, ma va piuttosto riferita al carattere intrinseco della sanzione stessa, all'organo che è chiamato ad applicarla, al procedimento da seguirsi nell'applicazione, alle conseguenze giuridiche di essa*»¹⁵.

Orbene, l'elemento discrezionale principale per stabilire la natura penale dell'illecito poggia sulle conseguenze sanzionatorie che l'ordinamento riconduce alla condotta dell'agente: la pena, infatti, si distingue per la sua idoneità ad incidere sulla libertà personale del punito¹⁶. Viceversa, secondo la tesi tradizionale, la sanzione amministrativa è diretta a colpire - in modo diretto e indiretto - esclusivamente «*beni giuridici del destinatario diversi dalla libertà personale*»¹⁷.

L'incidenza della reazione statuale sulla libertà personale del punito determina il procedimento di irrogazione della sanzione e consente di individuare l'organo (anzi, il potere) chiamato a disporla¹⁸.

L'art. 13 della Costituzione, infatti, per i soli provvedimenti che dispongano la detenzione, l'ispezione o la perquisizione personale, oppure determinino una «*qualsiasi altra restrizione della libertà personale*», affianca alla riserva (tendenzialmente assoluta) di legge, la riserva di

¹² F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 4, 2020, pp. 1775 ss.

¹³ Cfr. Corte cost., 19 gennaio 1957, n. 21, secondo cui «*ogni norma che prevede la comminazione di una pena contiene una sanzione penale ed ha inconfondibilmente il carattere di norma penale*».

¹⁴ Tale ricostruzione è coerente con gli approdi della teoria pura del diritto, su cui cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, pp. 66 ss., per il quale elemento essenziale per la determinazione del concetto di illecito «è esclusivamente e soltanto la posizione del fatto in questione in seno alla proposizione giuridica: che questo sia condizione per la specifica reazione del diritto, per l'atto di coazione (che è atto dello Stato). Illecito è quel determinato comportamento dell'uomo, che nella proposizione giuridica viene posto come la condizione, per cui si rivolge contro di esso l'atto coattivo posto nella proposizione stessa come conseguenza. [...] In questa specie di trattazione, l'illecito, da negazione del diritto, come appare da un punto di vista politico-giuridico, diventa una condizione specifica del diritto e, soltanto così, un oggetto possibile della conoscenza giuridica». Cfr. anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1989, p. 3, il quale alla domanda «*Ma cosa è la pena?*», seppur in via di primissima approssimazione, così risponde: «*la pena è una sofferenza che lo Stato infligge alla persona che ha violato un dovere giuridico e sostanzialmente consiste nella privazione o diminuzione di un bene individuale (vita, libertà, patrimonio, ecc...)*».

¹⁵ Corte cost., 26 giugno 1956, n. 6.

¹⁶ S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017. Tale carattere, come osserva P. CERBO, *La nozione di sanzione amministrativa e la disciplina applicabile*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI, F.F. TUCCARI (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016, p. 10, sarebbe proprio anche delle pene pecuniarie (multa e ammenda), giacché l'irrogazione delle stesse incide comunque sulla possibilità del condannato di ottenere in futuro della sospensione condizionale della pena detentiva.

¹⁷ Così, P. CERBO, *op. ult. cit.*, p. 8. Secondo altri il *discrimen* fra le due fattispecie nell'obiettivo perseguito dalla norma sanzionatoria: pena sarebbe la sanzione volta a tutelare l'interesse pubblico e, al contempo, a punire il reo, mentre mera natura amministrativa avrebbe la sanzione diretta ad assicurare l'efficacia e il buon andamento della pubblica amministrazione (G. NAPOLITANO, *Manuale dell'illecito amministrativo. Depenalizzazione e funzione sanzionatoria della Pubblica Amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2013; in senso analogo già C. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, I, Pisa, 1831, per il quale la norma penale scaturirebbe dalla necessità, mentre la repressione amministrativa si giustificerebbe nell'utilità di prevenire il delitto). Altre ricostruzioni individuano il criterio discrezionale fra reato e illecito amministrativo nell'idoneità della condotta a violare o meno le «regole di cultura» comuni ad un popolo (M.E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903, pp. 23 ss.)

giurisdizione, richiedendo che tali misure siano adottate, oltre che «*nei soli casi e modi previsti dalla legge*», esclusivamente «*per atto motivato dell'autorità giudiziaria*». La sanzione amministrativa è, invece, espressione tipica del potere esecutivo¹⁹, viene irrogata a mezzo di provvedimento amministrativo, che deve essere parimenti motivato²⁰ e trovare la propria giustificazione in «*una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione*»²¹.

Sulla base di tale assunto si giustifica il differente regime di garanzie costituzionali che presiedono all'irrogazione della pena, rispetto a quelle proprie della sanzione amministrativa²².

Rimangono, infatti, applicabili esclusivamente alla materia penale i principi costituzionali del *nulla poena sine praevia lege penali* (art. 25, comma 2 Cost.), della personalità della responsabilità penale²³, nonché della presunzione di innocenza²⁴ (art. 27 Cost.).

Inoltre, stante la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost., l'irrogazione della pena è subordinata al rispetto al complesso dei principi del giusto processo, fissati dall'art. 111 Cost.. Per ciò che, invece, attiene alle sanzioni amministrative, il principio di irretroattività²⁵ della legge non trova espressa copertura nel precetto costituzionale, bensì in norme di rango primario, quali l'art. 1, comma 1 della legge n. 689 del 1981 e l'art. 11 delle Disposizioni preliminari al Codice Civile.

¹⁸ Talvolta, la Corte ha operato il ragionamento inverso, desumendo dalla natura della sanzione la qualifica, amministrativa o giurisdizionale, dell'organo chiamato a disporla. Tale è il caso deciso con sent. n. 32 del 1957, con la quale la Commissione di vigilanza prevista dall'art. 131 del R.D. n. 1165 del 1938 è stata qualificata come autorità amministrativa, in considerazione delle funzioni dalla stessa svolte. Tali funzioni consistevano in: (i) esprimere pareri; (ii) adempiere a incarichi speciali affidati dal Ministro; (iii) decidere in via definitiva su tutte le controversie attinenti alla prenotazione ed all'assegnazione degli alloggi, alla posizione e qualità di socio od aspirante socio nonché sulle controversie tra socio e socio ovvero tra socio e cooperativa, in quanto riguardino rapporti sociali; (iv) decidere su abusi, irregolarità, nonché sulle contravvenzioni alle norme vigenti e comminare le relative sanzioni. Con particolare riferimento a quest'ultimo profilo, latamente giurisdizionale, la Corte ha osservato che «*Trattasi di decisioni di controversie in sede amministrativa, come risulta anche dall'inciso "decidere in via definitiva", che è riferibile agli atti amministrativi non più suscettibili di ricorso gerarchico; e trattasi di sanzioni amministrative, inflitte da un organo amministrativo per violazione di carattere non penale (è evidente che la parola "contravvenzione" non è usata nel senso proprio di reato, bensì di violazione o infrazione). Per quanto il procedimento davanti alla Commissione di vigilanza presenti garanzie di difesa per gli interessati, queste non sono tali da attribuire al procedimento stesso carattere giurisdizionale, non mancando nel nostro ordinamento, quando trattisi di decisioni amministrative che tocchino interessi in contrasto, garanzie del genere*».

¹⁹ Inizialmente, la dottrina riteneva che la funzione sanzionatoria da parte dell'Amministrazione rientrasse nel più ampio concetto di «tutela pubblica», all'interno della quale era ricompresa anche la funzione giurisdizionale: così G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano, 1837. Tale posizione «unitarista» è stata successivamente abbandonata in favore della ricostruzione partita dalla fattispecie. Per tutti, cfr. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, nel cui pensiero dovevano definirsi «*pene amministrative e non sanzioni penali tutte quelle la cui applicazione è dalla Legge riservata all'autorità amministrativa*». Sul punto, va comunque richiamata Corte cost., 30 giugno 1964, n. 68, secondo cui «*Nella vastissima sfera dei suoi compiti pubblici l'Amministrazione è chiamata ad emettere una numerosa serie di atti le cui ripercussioni sulla stimabilità delle persone possono essere rilevanti: si pensi agli atti relativi a decadenze, dimissioni, divieti, sanzioni amministrative, fra le quali, relevantissime, quelle disciplinari, che possono giungere alla destituzione di pubblici dipendenti ed alla radiazione dagli albi professionali. Ben potrebbe il legislatore attribuire al giudice la competenza di adottare qualcuno di questi atti; ma non ha fondamento la tesi secondo cui tutti gli atti del genere debbano essere affidati esclusivamente al giudice. Le leggi ed i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa stabiliscono le garanzie formali e sostanziali che spettano al cittadino nei confronti dell'Amministrazione quando trattisi di provvedimenti inerenti alle persone; ma ciò non significa che, nell'ambito della legittimità costituzionale, sia necessario che tali garanzie siano sempre poste nelle mani del giudice. Questi ne conoscerà dopo; ed uno degli elementi essenziali del suo esame consisterà nel rilevare se quelle garanzie siano state o non rispettate dall'organo amministrativo*».

²⁰ Cfr. art. 3, comma 1 della legge n. 241 del 1990.

²¹ Cfr. art. 1, comma 1 della legge n. 689 del 1981. La prima giurisprudenza della Corte costituzionale ha riconosciuto che, anche per le sanzioni amministrative, «*deve avere [...] applicazione il principio della legalità della pena, ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire*» (sent. n. 78 del 1967). In seguito, la Consulta ha escluso che, per le sanzioni amministrative, il principio dell'irretroattività della legge avesse copertura costituzionale.

²² Per tutti, cfr. V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, Napoli, 1995, pp. 237 ss.; C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.

Ne consegue che, in applicazione del criterio cronologico, la norma (attributiva della potestà) sanzionatoria successiva potrebbe prevedere una sua applicazione retroattiva, senza incorrere in vizi di legittimità costituzionale²⁶.

Inoltre, l'attività provvedimentale che sfocia nell'irrogazione della sanzione amministrativa si atteggia alla stregua di un procedimento amministrativo, come tale soggetto al principio del c.d. "giusto procedimento", molto meno denso di significato garantistico²⁷ rispetto all'anzidetto principio del giusto processo.

La sanzione amministrativa, poi, come afferma autorevole dottrina²⁸, si configura quale prestazione personale o patrimoniale imposta, e come tale ricade nel meno ampio perimetro di tutela costituito dalla riserva (relativa) di legge di cui art. 23 Cost..

²³ E perciò si spiega l'idoneità delle persone giuridiche ad essere destinatarie di una sanzione amministrativa (v., ad es., il sistema della responsabilità amministrativa di cui al D.lgs. n. 231/2001), ma giammai di una pena. In una prospettiva comparata, appare interessante il riferimento alla risalente giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, che sostiene la natura costituzionale del principio personalistico e di colpevolezza, non solo con riferimento alla pena, ma anche, più in generale, a qualsiasi illecito al quale siano riconnesse conseguenze funzionalmente analoghe, come nel caso in cui la sanzione amministrativa abbia finalità repressiva e retributiva (cfr. BVerfG, 4 febbraio 1959; BVerfG, 25 ottobre 1966). Analoghi approdi sono stati raggiunti nell'esperienza spagnola, ove, per previsione costituzionale, «*La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*» (art. 25, par. 3). A partire da tale norma, il *Tribunal Constitucional* ha stabilito che «*Il diritto alla presunzione di innocenza non può ritenersi limitato allo stretto ambito del processo penale, bensì deve estendersi a qualsiasi procedimento che conduca ad una decisione, amministrativa o giurisdizionale, avente ad oggetto una condotta della persona e implicante una valutazione da cui deriva una conseguenza sanzionatoria o comunque limitativa dei suoi diritti*» (sent. n. 13 del 1982), ed inoltre «*Il principio di colpevolezza vale anche in materia di illeciti amministrativi [...] laddove la conseguenza prevista per tali illeciti rappresenti una delle manifestazioni dello ius puniendi dello Stato*» (sent. n. 76 del 1990 e n. 246 del 1991).

²⁴ Anche sotto tale profilo, conviene richiamare l'esperienza costituzionale tedesca, nell'ambito della quale il *Bundesverfassungsgericht* ha finito per estendere al settore delle sanzioni amministrative la presunzione di innocenza: cfr. C. STUCKENBERG, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, Berlino-New York, 1998, e riferimenti ivi citati. In generale, sull'ordinamento delle sanzioni amministrative punitive in Germania, v. U. SIEBER, *Linee generali del diritto amministrativo punitivo in Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, pp. 35 ss.

²⁵ In letteratura, sul principio di irretroattività nel diritto amministrativo punitivo, cfr. W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo: limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino, 2017; P. CHIRULLI, *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio AIC*, 2014, 2; V. PAMPANIN, *Retroattività delle sanzioni amministrative, successione di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, in *Diritto Amministrativo*, 2018, 1, pp. 141 ss.

²⁶ La Corte costituzionale inizialmente ammetteva, valorizzando il dato letterale, che il divieto di irretroattività desumibile dall'art. 25, comma 2 Cost. potesse riferirsi alle "norme punitive" genericamente intese, e dunque anche alle sanzioni amministrative (sent. n. 66 del 1966). Tuttavia, successive pronunce hanno affermato che, in materia di sanzioni amministrative, «*l'osservanza del principio stesso è rimessa alla prudente valutazione del legislatore*» (così, sent. n. 68 del 1984; in materia tributaria, sent. n. 58 del 2009). La giurisprudenza amministrativa in proposito ha rilevato che «*il principio di irretroattività, invero, sebbene non costituzionalizzato fuori dalla materia penale: rappresenta un principio generale dell'ordinamento, come si desume dall'art. 11 delle Preleggi*», trovando «*un suo fondamento ulteriore nei principi di tutela dell'affidamento e della certezza del diritto, la cui crescente importanza è confermata anche dalla giurisprudenza sovranazionale, tanto della Corte di giustizia quanto della Corte europea per la tutela dei diritti dell'uomo*» (Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882). In dottrina, fra i primi ad affermare l'assenza di copertura costituzionale del principio di irretroattività della sanzione amministrativa F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto it.*, IX, 1973; E. DOLCINI, *Commento all'art. 1*, in E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCCIARELLI, C.E. PALIERO, E. RIVA CRIGNOLA, *Commentario delle "modifiche al sistema penale"* (Legge 24 novembre 1981, n. 689), Milano, 1982, p. 10. In generale, sul tema dell'efficacia nel tempo delle norme attributive del potere sanzionatorio amministrativo, v. P. CERBO, *Il principio di irretroattività*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, che, tuttavia, appare criticabile nella parte in cui attribuisce copertura costituzionale al principio in esame, desumendolo da Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, la quale, invero, trae spunto dagli interventi della Corte EDU in materia di confisca, e dunque riferiti non all'illecito amministrativo *tout court*, ma alla particolare categoria delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Un caso di retroattività della sanzione amministrativa si è, peraltro, verificato durante la prima fase del periodo pandemico, allorché il legislatore ha deciso di punire con sanzione amministrativa retroattiva il mancato rispetto delle misure di contenimento emanate per fronteggiare lo stato di emergenza pandemico (art. 4, comma 1 del d.l. n. 19 del 2020); condotta, questa, in precedenza costituente reato (art. 3, comma 4 del d.l. n. 6 del 2020).

Ciò non equivale ad affermare che la potestà sanzionatoria sia scevra da argini costituzionali, o che possa esplicarsi secondo l'arbitrio del legislatore o dell'autorità pubblica chiamata per legge ad integrare il precetto normativo.

Anzi, il richiamo alle garanzie previste dall'art. 23 Cost. consente di fare applicazione, anche in materia sanzionatoria, dei principi fissati dalla giurisprudenza sulle prestazioni imposte. Più in particolare, la Corte costituzionale ha statuito che, per dirsi compatibile con il parametro costituzionale evocato, la legge deve determinare preventivamente sufficienti criteri e linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa²⁹, oltre a consentire di desumere chiaramente l'entità della prestazione imposta³⁰.

Nello stesso senso depone anche il costante indirizzo del Consiglio di Stato, per il quale «la regola di irretroattività dell'azione amministrativa è espressione dell'esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici, oltreché del principio di legalità che, segnatamente in presenza di provvedimenti limitativi della sfera giuridica del privato (tali sono quelli introduttivi di prestazioni imposte), impedisce di incidere unilateralmente e con effetto «ex ante» sulle situazioni soggettive del privato (cfr. Cons. St., Sez. IV[^], n. 1317 del 07.03.2001; Sez. VI[^], n. 2045 del 01.12.1999; Sez. IV[^], n. 502 del 30.03.1998)»³¹.

²⁷ Il principio del giusto procedimento è stato teorizzato per la prima volta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 13 del 1962, ove esso è definito come «principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato». La Corte ivi afferma che «Quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico». La successiva giurisprudenza costituzionale ha messo in ombra tale principio, dubitando, invero, che lo stesso goda di copertura costituzionale (cfr. sentt. n. 59 del 1965, n. 212 del 1972, n. 23 del 1978), oppure affermando che lo stesso rivesta rango costituzionale solo in determinate materie, come nel caso di apposizione di limiti alla proprietà privata: sul punto, v. specificamente, sent. n. 143 del 1989. Con riferimento alle pronunce più recenti, la natura non costituzionale del principio del giusto procedimento è stata affermata a chiare lettere dalla sent. n. 71 del 2015, a mente della quale «il principio del “giusto procedimento” (in virtù del quale i soggetti privati dovrebbero poter esporre le proprie ragioni, e in particolare prima che vengano adottati provvedimenti limitativi dei loro diritti), non può dirsi assistito in assoluto da garanzia costituzionale (sentenze n. 312, n. 210 e n. 57 del 1995, n. 103 del 1993 e n. 23 del 1978; ordinanza n. 503 del 1987). Questa constatazione non sminuisce certo la portata che tale principio ha assunto nel nostro ordinamento, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), e successive modifiche, in base alla quale «il destinatario dell'atto deve essere informato dell'avvio del procedimento, avere la possibilità di intervenire a propria difesa, ottenere un provvedimento motivato, adire un giudice» (sentenza n. 104 del 2007)». Nella giurisprudenza successiva, la Corte ha fatto scarsamente ricorso al principio in esame: v. sent. n. 15 del 2017, nella quale ha statuito che, in materia di cessazione di incarichi dirigenziali, «la esistenza di una previa fase valutativa risulta essenziale anche per assicurare il rispetto dei principi del giusto procedimento, all'esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che ne consenta comunque un controllo giurisdizionale». Si v. anche sent. n. 66 del 2018, che ha dichiarato l'incostituzionalità di norme di legge regionale che vietava l'apertura di nuove cave di sabbia e ghiaia, e al contempo consentiva, a determinate condizioni, ampliamenti di cave esistenti: in tale occasione, la Corte ha ritenuto che «la Regione è intervenuta con legge laddove avrebbe dovuto operare con atti di pianificazione, da adottarsi a seguito di un'adeguata istruttoria e di un giusto procedimento, aperto al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati interessati e preordinato alla sintesi delle plurime istanze coinvolte (statali, locali e private) [...]. È all'esito del procedimento, infatti, che l'amministrazione realizza la ponderazione degli interessi emersi nella sequenza procedimentale, in vista del perseguimento del primario interesse pubblico, in coerenza con il principio di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97, secondo comma, Cost». Sul giusto procedimento, in dottrina, v. L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del “giusto procedimento” e l'archetipo del “processo”*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2009, pp. 277-302; L. PEDULLÀ, *Giusto procedimento e diritto europeo ad una “buona amministrazione”: l'individuo e la sua dignità quale principio cardine dello Stato di diritto*, in *Koreuropa*, 2019; L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio AIC*, 2014; nonché l'insuperato V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e “giusto procedimento”*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 132.

²⁸ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. It.*, 1974, pp. 77 ss.

²⁹ Cfr. Corte cost., 22 novembre 2017, n. 240; 17 dicembre 2013, n. 307; 29 febbraio 2012, n. 33; 26 ottobre 2007, n. 350; 1° aprile 2003, n. 105; 2 gennaio 2002, n. 435; 20 maggio 1996, n. 157; 26 gennaio 1957, n. 4.

³⁰ Cfr. Corte cost., 27 luglio 2020, n. 168; 31 marzo 2010, n. 115; 14 giugno 2007, n. 190; 15 giugno 1994, n. 236.

³¹ Così, Cons. Stato, Sez. VI, 9 settembre 2008, n. 4301.

I principi in materia di prestazioni imposte si aggiungono a quelli dettati con specifico riferimento alle sanzioni amministrative, e determinano la costituzione di un duplice ordine di garanzie di rango costituzionale.

E così, si rivelano illegittime quelle norme attributive di potere sanzionatorio, che si risolvano in prescrizioni normative in bianco, genericamente orientate «*ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini*»³².

A ciò si aggiungano la garanzia, prevista dall'art. 113 Cost., della necessaria giustiziabilità del provvedimento sanzionatorio, contro il quale «*è sempre ammessa la tutela giurisdizionale*», che «*non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*»³³.

Sotto questo profilo, per garantire la tutela giurisdizionale effettiva avverso il provvedimento sanzionatorio, il relativo sindacato deve poter accedere «*sia agli aspetti procedurali dell'irrogazione della sanzione, sia all'accertamento fattuale della violazione e della sua gravità*»³⁴.

Così individuati gli elementi distintivi della pena e della sanzione amministrativa, quest'ultima può definirsi, a livello dogmatico, in termini residuali, come «*misura afflittiva non consistente in una pena criminale o in una sanzione civile, irrogata nell'esercizio di potestà amministrative come conseguenza di un comportamento assunto da un soggetto in violazione di una norma o di un provvedimento amministrativo*»³⁵.

La definizione in esame, seppure corretta e condivisibile nella sua impostazione, appare, tuttavia, idonea a ricomprendere una vasta gamma di fattispecie provvedimentali, alcune delle quali non effettivamente ascrivibili al concetto di «sanzione».

Ciò ha indotto la giurisprudenza costituzionale ad intervenire al fine di arginare tentativi di strumentalizzazione del concetto.

Più nello specifico, la Corte ha negato la natura sanzionatoria delle misure di sospensione dalla carica elettiva e a quelle della decadenza e dell'incandidabilità³⁶.

³² Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139.

³³ Come rilevato da S. CARDIN, *L'illecito punitivo-amministrativo: principi sostanziali, procedimentali e processuali*, Padova, 2012, p. 201, «*Il giudizio di opposizione assume dunque una portata fondamentale nel sistema sanzionatorio amministrativo, perché costituisce il momento in cui il provvedimento sanzionatorio amministrativo, anche in relazione ai profili di responsabilità del soggetto individuato come trasgressore, viene sottoposto, in contraddittorio, all'esame di un organo dotato di «terzietà»; tale finale garanzia del contraddittorio e della «terzietà» dell'organo giudicante è ciò che, in definitiva, assicura la non contrarietà alla Costituzione del sistema sanzionatorio amministrativo*».

³⁴ M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi*, 2018, 8, p. 6. Cfr. anche J. GOLDSCHMIDT, *Le contravvenzioni e la teoria del diritto penale amministrativo*, in AA.VV., *Per il cinquantenario della «rivista penale» fondata e diretta da Luigi Lucchini*, Città di Castello, 1925, 413, secondo cui nel diritto sanzionatorio avrebbero dovuto sempre essere rispettati il principio di legalità e il diritto alla tutela giurisdizionale. Quanto al tema del riparto di giurisdizione in materia di impugnazione di provvedimenti amministrativi sanzionatori, la dottrina (per tutti, C. MEZZABARBA, *Sanzioni amministrative. Rassegna di giurisprudenza della Cassazione*, in *Foro it.*, 1994, I, pp. 1468 ss.) e la giurisprudenza (fra le pronunce più risalenti: Cass., S.U., 24 febbraio 1978, n. 926; Cons. Stato, Ad. Plen, 17 maggio 1974, n. 9) sono solite distinguere fra «misure punitive», sindacabili dal giudice ordinario in quanto espressione di un potere non autoritativo e sostanzialmente vincolato, e «misure ripristinatorie», devolute alla cognizione del giudice amministrativo in quanto solo sussidiarie rispetto ad altro potere amministrativo.

³⁵ E. CASETTA, voce «*Sanzione amministrativa*», in *Dig. Disc. Pubb.*, XIII, p. 598 ss.

³⁶ Corte cost., 25 novembre 2015, n. 236 ha affermato che «*tali misure non costituiscono sanzioni o effetti penali della condanna, ma conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate o per il loro mantenimento: «nelle ipotesi legislative di decadenza ed anche di sospensione obbligatoria dalla carica elettiva previste dalle norme denunciate non si tratta affatto di «irrogare una sanzione graduabile in relazione alla diversa gravità dei reati, bensì di constatare che è venuto meno un requisito essenziale per continuare a ricoprire l'ufficio pubblico elettivo» (sentenza n. 295 del 1994), nell'ambito di quel potere di fissazione dei «requisiti» di eleggibilità, che l'art. 51, primo comma, della Costituzione riserva appunto al «legislatore» (sentenza n. 25 del 2002). In sostanza il legislatore, operando le proprie valutazioni discrezionali, ha ritenuto che, in determinati casi, una condanna penale precluda il mantenimento della carica, dando luogo alla decadenza o alla sospensione da essa, a seconda che la condanna sia definitiva o non definitiva.*»

È stata parimenti ritenuta priva di contenuto sanzionatorio la norma che prevede la revoca della patente nei casi previsti dall'art 120 del codice della strada in quanto rappresenta la constatazione della mancanza dei requisiti richiesti per la titolarità di quel titolo di abilitazione³⁷.

Di recente, con la sentenza n. 194 del 2021, la Corte si è espressa circa l'obbligo di restituire la somma percepita a titolo di NASpI, al ricorrere di determinate condizioni.³⁸

La Corte ha affermato che «*In quest'ottica l'obbligo restitutorio non è una "sanzione" per il fatto che il beneficiario dell'incentivo all'autoimprenditorialità abbia instaurato un rapporto di lavoro subordinato nel periodo di spettanza della NASpI periodica. Bensì tale circostanza, in quanto verificatasi proprio nel periodo suddetto, è stata considerata dal legislatore come elemento fattuale indicativo della mancanza o insufficienza del presupposto stesso del beneficio - ossia dell'inizio, e poi prosecuzione, di un'impresa individuale (o cooperativa) ovvero di un'attività di lavoro autonomo - secondo un criterio semplificato, tale da non richiedere all'Istituto previdenziale un'indagine in ordine alla maggiore o minore incidenza e portata della contestuale prestazione di lavoro subordinato*».

2. La nozione di sanzione amministrativa sostanzialmente penale come prodotto del dialogo fra Corti.

Se la nozione di sanzione amministrativa deve essere desunta per riduzione del concetto di pena, allora, conseguentemente, tanto più si espande la materia penale, quanto meno residuerà l'autonomia del diritto amministrativo sanzionatorio.

Il concreto dispiegarsi della realtà ordinamentale dimostra, tuttavia, come la netta bipartizione fra ciò che è penale e ciò che non lo è sia inidonea a garantire il corretto bilanciamento fra le esigenze (pubblicistiche) e le garanzie (privatistiche) sottese alla vicenda punitiva³⁹.

³⁷ Corte cost., 9 febbraio 2018, n. 22 ha statuito che «*la revoca della patente, nei casi previsti dall'art. 120 in esame, non ha natura sanzionatoria, né costituisce conseguenza accessoria della violazione di una disposizione in tema di circolazione stradale, ma rappresenta la constatazione dell'insussistenza (sopravvenuta) dei "requisiti morali" prescritti per il conseguimento di quel titolo di abilitazione*».

³⁸ Corte cost. 20 ottobre 2021, n. 194. Nel caso specifico, infatti, il ricorrente aveva richiesto ex art. 8 comma 1 del d. lgs. 22 del 2015 la liquidazione anticipata della NaSpI in un'unica soluzione a titolo di incentivo all'avvio di un'attività lavorativa autonoma o di impresa individuale, ma aveva instaurato nel mese di maggio un rapporto di lavoro subordinato con un'altra società. L'INPS aveva pertanto richiesto la restituzione della somma ricevuta a titolo di anticipazione in quanto il presupposto del beneficio era la situazione di disoccupazione del lavoratore ed il relativo reimpiego di quest'ultimo, a nulla rilevando l'importo percepito dal lavoro dipendente ed il tempo di impiego. Il giudice *a quo* aveva dunque sollevato una questione di legittimità costituzionale in quanto la decadenza dal beneficio - ed il relativo obbligo di restituzione dell'importo percepito - risultava essere sproporzionato nel caso concreto in quanto per la limitata durata del rapporto (22-27 maggio) non sarebbe stata vanificata la *ratio* del beneficio.

³⁹ Cfr. F. ANTOLISEI, *op. cit.*, pp. 11 ss., secondo cui «*molto delicata è la determinazione dei rapporti fra il nostro ramo [penale] e il diritto amministrativo. La linea di demarcazione è tutt'altro che rigida ed ha subito in passato vari spostamenti. La difficoltà della delimitazione deriva anche dal fatto che il diritto amministrativo contiene norme che stabiliscono, come conseguenza delle rispettive violazioni, sanzioni che in sostanza sono pene, in quanto implicano una diminuzione di beni dell'individuo*». Richiamandosi esplicitamente alla dottrina dello Zanolini, l'Autore ricomprende fra le «pene amministrative»: (i) le pene disciplinari, (ii) le pene pecuniarie per la violazione di precetti generali, (iii) le pene fiscali e di finanza, (iv) le pene o misure di polizia. Sulla problematica ricostruzione dei rapporti fra diritto penale e diritto amministrativo punitivo, v. ancora G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Milano, 2019, per cui «*Nei rapporti con l'illecito amministrativo l'unico criterio per identificare i reati è offerto dal nome delle pene principali. In particolare, quando la legge commina la multa (pena pecuniaria per i delitti: art. 18 c.p.) o l'ammenda (pena pecuniaria per le contravvenzioni: art. 18 c.p.) ci si trova in presenza di un reato, mentre sanzioni non pecuniarie non designate come multa o come ammenda (né designate come sanzione pecuniaria civile) hanno natura di sanzione amministrativa*»; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, secondo il quale «*sussiste un certo grado di fungibilità tra sanzioni penali e sanzioni amministrative [...]. Entrambi i tipi di sanzione hanno infatti l'analoga finalità di prevenzione generale e speciale di illeciti e ciò spiega una certa affinità di regime. Il legislatore italiano, per tradizione, ha impostato la distinzione sulla base di criteri formali (qualificazioni legislative dell'illecito come penale o amministrativo) con piena libertà di scegliere il tipo sanzione da applicare a seconda dei mutevoli indirizzi della politica legislativa volti a criminalizzare o a depenalizzare gli illeciti*».

Nel tentativo di operare tale bilanciamento, si è venuta a determinare in via pretoria una «ricostruzione a geometria variabile della materia penale»⁴⁰, con l'applicazione al settore delle sanzioni amministrative di istituti e garanzie costituzionali tipici della materia penale.

Tale situazione discende dal limite ontologico che incontra il legislatore nella determinazione della fattispecie penale. Infatti, la necessaria determinatezza della fattispecie criminosa non consente di concepire formule flessibili e non immediatamente qualificanti, con la conseguenza che sarebbe affidata all'interprete la corretta individuazione delle condotte che costituiscano illecito amministrativo da quelli che, al contrario, meritano una sanzione penale. In questo contesto, le Corti e il loro dialogo hanno svolto una funzione cruciale nell'individuazione di quegli illeciti peculiari, in relazione ai quali la risposta statuale si muove formalmente sul piano amministrativo, ma che, tuttavia, condivide la sostanza della pena.

Il tema in esame, invero già conosciuto dalla letteratura degli anni '60 e '70 del Novecento⁴¹, è emerso con particolare vigore allorché, nei diversi ordinamenti europei, è andato diffondendosi il fenomeno della depenalizzazione. Pur non essendo questa la sede per trattare analiticamente tale complesso fenomeno, occorre, tuttavia, rilevare come l'impianto della legge n. 689 del 1981 - che comunque ha il pregio di aver introdotto una disciplina generale in materia di sanzioni amministrative⁴² - lasci sostanzialmente inesausta la questione di fondo. Il legislatore, infatti, appiattendosi sulla dicotomia, che già appariva inadatta⁴³, fra illecito penale e illecito amministrativo, ha omesso di distinguere «chiaramente e con coscienza disegno, nell'ambito delle sanzioni amministrative, le sanzioni amministrative punitive, vere e proprie «pene» amministrative (e per le quali, a dire il vero, il termine «depenalizzazione» potrebbe apparire inadatto), e le sanzioni amministrative in senso stretto, da prevedere per taluni tipi di illecito. In altri termini, si sarebbe dovuto prevedere una disciplina delle sanzioni amministrative, che offrisse all'ordinamento e, per esso, alla p.a., che è il soggetto nel quale s'investono gli interessi dell'ordinamento, la possibilità, nei confronti delle violazioni dei suoi comandi, di una reazione non soltanto afflittiva, ma anche di una reazione positiva. Una reazione, cioè, volta, seppure in qualche caso in modo indiretto, alla realizzazione dell'interesse che si vuol perseguire attivamente, eppertanto una reazione più duttile e manovrabile, esercizio di discrezionalità in senso proprio, ed espressione di quello stesso potere il cui esercizio s'intende rafforzare con la sanzione. E mentre per le sanzioni punitive si sarebbe potuto pure far ricorso ad una disciplina garantistica quale quella dettata dalla l. n. 689, per le sanzioni amministrative più propriamente tali una simile disciplina non appare né congrua, né pertinente»⁴⁴.

L'omissione legislativa può probabilmente essere spiegata con il timore che un'eccessiva espansione delle garanzie penalistiche al campo dell'illecito amministrativo potesse determinare un intasamento dei sistemi giurisdizionali, frustrando l'obiettivo primario sotteso alle misure di depenalizzazione. Sulla spinta decisiva dell'ordinamento sovranazionale - e particolarmente della giurisprudenza della Corte EDU, che certo non soffre il sovrannumero di ricorsi che affliggono le Corti domestiche⁴⁵ - è stata coniata l'espressione di «sanzione sostanzialmente penale».

⁴⁰ L'espressione si ritrova in F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 79, il quale - nell'analisi dell'esperienza tedesca - sottolinea come il *Bundesverfassungsgericht* costantemente escluda l'applicabilità alla materia delle sanzioni amministrative della riserva di giurisdizione e del principio del *ne bis in idem*.

⁴¹ Cfr. P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 63; V. BACHELET, *Problemi e prospettive della depenalizzazione delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, Padova, 1964, IV, pp. 2237 ss..

⁴² S. CARDIN, *op. cit.*, p. 13 afferma che «Nel 1981 si è con ciò aperta la via per un incardinamento «codificato», in capo alla pubblica amministrazione, di una certa, estesa competenza nell'ambito delle sanzioni punitive, rivolta alla cura di interessi generali».

⁴³ Cfr. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Novissimo Digesto it.*, XVI, 1969, 537, il quale ritiene che il concetto di sanzione amministrativa non possa essere indagato se non avendo a riguardo la funzione dalla stessa in concreto svolta.

⁴⁴ L. GIAMPAOLINO, *La depenalizzazione e l'illecito amministrativo*, in *Foro it.*, V, 105, 1982, p. 248.

Si tratta di una tipologia sanzionatoria ibrida, non aprioristicamente definibile, la cui individuazione è riservata all'opera dell'interprete, la sensibilità del quale, in assenza di precisi criteri definitivi, determina, in ultima analisi, la disciplina in concreto applicabile.

Il concetto di sanzione sostanzialmente penale sfugge, per sua natura, a tentativi di classificazione o di categorizzazione, e deve essere letto alla luce delle esigenze che ne hanno giustificato l'introduzione.

Tali esigenze consistono nell'«assicurare, per via ermeneutica, uno standard minimo di armonizzazione tra ordinamenti profondamente divergenti, nella materia delle sanzioni “afflittive” e delle pertinenti garanzie di tutela”, nonché nello “scongiurare il rischio che diverse catalogazioni formali degli illeciti producano un effetto elusivo dell'applicazione delle guarentigie convenzionali stabilite per le sanzioni penali (c.d. “truffa delle etichette”)»⁴⁶.

In tale prospettiva, emerge come il conio della “materia sostanzialmente penale” null'altro sia che un tassello del più ampio mosaico dell'integrazione reciproca fra ordinamenti costituzionali, compulsata principalmente, ma non esclusivamente, dal dialogo fra le rispettive Corti⁴⁷.

La dottrina, in questo senso ha anche osservato che «per via dell'influenza della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo e, più precisamente, dell'interpretazione estensiva, da essa propugnata, delle garanzie di matrice penalistica contenute nella CEDU. Interpretazione che sta sempre più rendendo liquido il fin qui impermeabile confine concettuale che è stato erto a separazione di detti due sistemi sanzionatori. In tale ottica, non sembra quindi avventato dire che quanto sta accadendo in materia di sanzioni amministrative rappresenti uno degli esempi più luminosi del modo in cui talvolta le Corti sovranazionali irrompono con la propria giurisprudenza negli ordinamenti nazionali ponendo in dubbio (talvolta in modo condivisibile, talaltra meno) talune tradizionali certezze»⁴⁸. A livello metodologico, gli sviluppi del concetto di sanzione amministrativa sostanzialmente penale possono individuarsi quali linee di tendenza del c.d. “transcostituzionalismo”⁴⁹, il quale presuppone non un mero scambio dialogico⁵⁰ fra le Corti nazionali e sovranazionali, bensì un'«scambi permanenti nelle relazioni tra i Poteri Legislativi, governi e amministrazioni di differenti paesi, che spingono l'evoluzione dei sistemi giuridici in direzioni comuni. Anche in questo caso, viene messa in risalto una concezione basata sul dialogo, piuttosto che sulla forza e sulla sovranità, presupponendo che il diritto costituzionale e i vari attori del diritto interno non adottino un modello di resistenza, né di convergenza servile, ma di articolazione con fonti e pratiche esterne, il che serve come banco di prova per le tradizioni proprie del

⁴⁵ Basti far riferimento ad alcuni dati emblematici. Secondo la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020* (ultima disponibile) del Primo Presidente della Corte di Cassazione, il numero dei soli procedimenti civili complessivamente pendenti in Italia ammontava a 3.321.149 unità, cui si aggiungono i 2.644.787 giudizi penali, nonché le controversie pendenti innanzi agli organi delle giurisdizioni speciali (amministrativa, contabile, militare, tributaria). Invece, la Corte EDU - organicamente meno dotata degli apparati giurisdizionali domestici - tratta in media 50.000 ricorsi/anno, e, secondo gli ultimi dati disponibili (riferiti al 2020) risultano pendenti circa 62.000 controversie, con un incremento del 22% rispetto all'anno 2019, probabilmente a causa delle difficoltà operative collegate all'emergenza sanitaria.

⁴⁶ Così C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in *Federalismi*, 2019, 23, p. 3.

⁴⁷ In argomento, fra i molti contributi dottrinali, cfr. F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *Federalismi*, 4, 2018; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018; L.S. ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi*, 16, 2018; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2019; G. MARTINICO, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. e Soc.*, 4, 2019.

⁴⁸ P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e “materia penale”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 6.

⁴⁹ L'espressione è dello studioso brasiliano M. NEVES, *Transconstitucionalismo*, San Paolo, 2009.

⁵⁰ In generale, sul dialogo fra Corti in materia di diritti cfr. G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2016; A. BARBERA, *Le Carte dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, 4. Con particolare riferimento al dialogo fra Corti in materia di sanzioni amministrative sostanzialmente penali, v. M. MANCINI, *La “materia penale” negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riferimento alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *Federalismi*, 2018, 1.

paese messo faccia a faccia con altre esperienze»⁵¹.

Per effetto di tale processo si registra un sensibile rafforzamento dei diritti e degli interessi individuali, cui corrisponde una simmetrica compressione dell'interesse pubblico⁵². Per quanto più specificamente attiene al panorama sanzionatorio, la tendenza ad applicare agli illeciti amministrativi le garanzie riservate dall'ordinamento alla materia penale⁵³ potrebbe, in effetti, rendere meno intensa la tutela degli interessi pubblici presidiati dalla sanzione amministrativa.

Dunque, viene almeno da chiedersi, in assenza di puntuali indicazioni da parte del diritto positivo, (i) quale sia il punto massimo di espansione del c.d. "metaprincipio della massimizzazione della tutela"⁵⁴, e (ii) quale impatto esso produca in concreto sul sistema dei poteri costituzionali, specie in relazione alla possibilità per l'amministrazione di qualificare una sanzione come sostanzialmente penale, e per l'effetto di disapplicare una norma sanzionatoria, ritenendola in contrasto con i principi propri della materia.

La prima delle questioni deve essere affrontata alla luce dell'impianto assiologico costituzionale e delle Carte sovranazionali dei diritti. I sistemi costituzionali moderni, perlomeno nelle ricostruzioni oggi dominanti, assistono alla compresenza di valori in reciproco e ontologico conflitto, configurati come entità tiranniche⁵⁵ ciascuna delle quali reclama la propria assoluta affermazione a scapito delle altre.

Del resto, «è nell'idea stessa di Costituzione la sua vocazione alla massima affermazione possibile, in ispecie nei suoi valori di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), la coppia assiologica fondamentale - come si è veduto - che dà senso agli stessi principi fondamentali restanti, piegati a darvi il più adeguato servizio in ragione dei casi»⁵⁶.

In questa prospettiva, alla massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali concorrono tutte le fonti di rango superiore alla legge, in un rapporto di reciproca integrazione e nel rispetto della regola aurea del *plus* di tutela⁵⁷.

La tendenza espansiva dei diritti fondamentali incontra, tuttavia, alcuni limiti, funzionali ad evitare che una o più situazioni giuridiche costituzionalmente o convenzionalmente tutelate possano divenire tiranne rispetto ad altri interessi parimenti rilevanti.

Ciò si verifica, in primo luogo, quando l'incontrollata espansione di un diritto fondamentale pregiudica il godimento di una posizione giuridica distinta e parimenti tutelata, appartenente ad altri. Esempio, in tal senso, è la celebre sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013, sul c.d. "caso ILVA", nell'ambito della quale è stata negata la preminenza del diritto alla salute rispetto al diritto al lavoro⁵⁸. In tale ipotesi, si individua un limite interno al metaprincipio della massimizzazione della tutela, che impone un temperamento fra i valori, i principi e i diritti in conflitto, così da conferire il necessario equilibrio al sistema di garanzia dei diritti fondamentali.

⁵¹ B. MAKOWIECKY SALLES, P. MÁRCIO CRUZ, N. BASIGLI, *Attivismo giudiziale e dialoghi transgiudiziali: parametri per l'interazione tra decisioni nazionali e straniere*, in *Rivista AIC*, 3, 2021.

⁵² B. SBORO, *Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del "dialogo" tra Corti in materia di diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021.

⁵³ In letteratura, D. BIANCHI, *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1, pp. 322 ss. ha parlato di "garantismo panpenalistico".

⁵⁴ Come è definito in letteratura: cfr., *ex multis*, A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Diritti comparati*, 1/2020, 217; *Un'opportuna messa a punto dei rapporti tra CEDU e Costituzione, nella opinione di P. Pinto de Albuquerque in G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *Diritti comparati*, 7, 2020; A. RANDAZZO, *Il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2020. Più di recente, A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*, *Diritti comparati*, 3, 2021.

⁵⁵ Secondo la nota definizione di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1970, 6 ss, poi ripresa da G. ZAGREBELSKY, *Valori e diritti nei conflitti della politica*, consultabile in www.repubblica.it.

⁵⁶ A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta online*, 2016, II, 274.

⁵⁷ Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317.

Un secondo limite, questa volta esterno al metapprincipio della massimizzazione della tutela, si rinviene nei casi in cui l'espansione delle garanzie dei diritti individuali metta a repentaglio principi organizzativi di struttura dell'ordinamento repubblicano. All'interno di tali ipotesi rientra, esemplificativamente, la vicenda decisa dalla Consulta nella sentenza n. 230 del 2012, con la quale è stata rigettata la q.l.c. avente ad oggetto l'art. 673 c.p.p. *«nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna (nonché del decreto penale e della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti), anche il «mutamento giurisprudenziale», determinato da una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato»*. In proposito, la Corte costituzionale ha osservato che *“la richiesta pronuncia additiva comporterebbe una vera e propria sovversione “di sistema”, venendo a creare un generale rapporto di gerarchia tra le Sezioni unite e i giudici dell'esecuzione, al di fuori del giudizio di rinvio: con risultati, peraltro, marcatamente disarmonici, stante la estraneità della regola dello stare decisis alle coordinate generali dell'ordinamento»*.

In senso analogo, la Consulta, più di recente⁵⁹, ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Trapani con riferimento all'art. 4 *ter*, comma 3 del d.l. n. 255 del 2001, che preclude al personale educativo di sesso femminile di essere affidatario di attività convittuali in convitti maschili, e viceversa. Nella specie, la Corte ha affermato che poiché *«la realizzazione delle finalità che la vigente disciplina annette alle istituzioni educative presuppone che la suddetta distinzione operi simmetricamente in relazione a entrambi i termini del rapporto educativo, l'ablazione della norma censurata - che tale differenziazione assicura con riferimento a coloro che svolgono la funzione educativa - inciderebbe sulla funzionalità dell'assetto così congegnato, generando, di conseguenza, disarmonie nel sistema complessivamente considerato»*.

Il metapprincipio della massimizzazione della tutela è altresì limitato, sempre dall'esterno, dagli interessi finanziari dello Stato⁶⁰, che certo devono servire allo sviluppo della persona umana e alla tutela dei diritti fondamentali, ma che possono al contempo rappresentare un argine all'illimitata espansione delle libertà e dei diritti sociali. In tale contesto, si inserisce la giurisprudenza costituzionale di cui è espressione la sentenza n. 10 del 2015 (sulla c.d. *“Robin Hood tax”*), nella quale la Corte ha limitato *pro futuro* gli effetti della declaratoria di incostituzionalità⁶¹, sul presupposto che *«nella specie, l'applicazione retroattiva della presente declaratoria di illegittimità costituzionale determinerebbe anzitutto una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost. L'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni, determinerebbe, infatti, uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime. Pertanto, le conseguenze complessive della rimozione con effetto retroattivo della normativa impugnata finirebbero per richiedere, in un periodo di perdurante*

⁵⁸ Gioia, in tal senso, richiamare il celeberrimo passaggio in cui la Corte afferma che *«Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»*.

⁵⁹ Corte cost., 5 gennaio 2022, n. 1.

⁶⁰ In generale, con riferimento alle “sentenze che costano”, cfr. le fondamentali riflessioni di G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c. della Costituzione*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, l'8 e il 9 novembre 1991, Milano, 1993, pp. 99 ss.

⁶¹ In senso conforme, da ultimo, v. Corte cost., 20 luglio 2020, n. 152.

crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli, una irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole».

Una peculiare applicazione di tale limite è, a mio avviso, riscontrabile anche nell'ambito della diatriba legata all'imposizione dell'obbligo vaccinale contro il Covid-19, il cui fondamento - come altrove ho provato a sostenere⁶² - dovrebbe rinvenirsi, oltre che nell'art. 32 Cost., anche nell'interesse a «evitare la spesa, da parte dello Stato, di enormi quantità di risorse pubbliche al fine di fornire adeguata assistenza sanitaria ai propri cittadini, nel perseguimento dei paradigmi di welfare che traspaiono nelle pieghe della Carta costituzionale».

Veniamo ora ad analizzare quale impatto il metapprincipio della massimizzazione della tutela produca sul sistema dei poteri costituzionali, con particolare riferimento alla possibilità per l'amministrazione di qualificare autonomamente una sanzione come sostanzialmente penale e conseguentemente applicarvi i relativi principi, sino al punto di disapplicare la norma sanzionatoria, in quanto con essi ritenuta incompatibile.

In altre parole, ci si chiede se l'amministrazione possa sottrarsi alla legge che è chiamata ad applicare, quando ciò è necessario per massimizzare la tutela dell'individuo che rischia di subire una sanzione amministrativa sostanzialmente penale, in violazione delle garanzie, di origine pretoria, che presidiano la materia.

Ad essere rigorosi, l'amministrazione, al pari dell'autorità giurisdizionale, è tenuta ad interpretare il diritto positivo domestico in senso costituzionalmente e convenzionalmente orientato, essendogli preclusa la possibilità di disapplicare una norma interna di cui dubita la compatibilità con la Costituzione o la CEDU.

La disapplicazione della norma interna è consentita (*rectius*: doverosa) da parte dell'amministrazione nei casi di contrasto con il diritto eurounitario *self-executing*, come costantemente ribadito dalla giurisprudenza della CGUE⁶³, della Corte costituzionale⁶⁴ e del Consiglio di Stato⁶⁵. In proposito, la dottrina ha acutamente osservato che «la pubblica amministrazione, mentre può sollevare la questione di costituzionalità della legge, ma non deciderla, può decidere essa stessa la questione di convenzionalità (della conformità ai trattati e al diritto europeo) della legge nazionale, anche se successiva alla norma comunitaria»⁶⁶.

⁶² C. D'ORAZI, *Se è legittimo imporre il vaccino contro il Covid-19, fra autodeterminazione e necessità*, in *Rivista AIC*, 2021, 3.

⁶³ Cfr. CGUE, 22 giugno 1989, in causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*, per cui «tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali», sono tenuti ad applicare le disposizioni UE *self-executing*, «disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi».

⁶⁴ Corte cost., 26 luglio 1989, n. 389, a mente della quale «tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) - tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme» eurounitarie nell'interpretazione datane dalla CGUE.

⁶⁵ Da ultimo, v. Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 18, la quale ha ribadito che «tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi gli organi amministrativi, devono riconoscere come diritto legittimo e vincolante le norme comunitarie, non applicando le norme nazionali contrastanti. Opinare diversamente significherebbe autorizzare la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto». Valga osservare che, nel caso di specie, la difesa di una delle parti aveva prospettato la tesi per cui occorrerebbe distinguere norme non applicabili sia dal giudice che dall'amministrazione e norme non applicabili solo dal giudice, ma non dall'amministrazione, a seconda che le norme stesse richiedano o meno complesse attività interpretative per giungere all'individuazione delle ragioni di inapplicabilità. L'Adunanza Plenaria ha scartato tale tesi, sul presupposto per cui «delle due l'una: o si ammette che la legge non è disapplicabile nemmeno dal giudice (ma in questo modo il contrasto con il principio di primazia del diritto dell'Unione diventa stridente) oppure si ammette che l'Amministrazione è "costretta" ad adottare un atto illegittimo, destinato poi ad essere annullato dal giudice, che può fare ciò che la P.A. non ha potuto fare, cioè non applicare la legge nazionale anticomunitaria. Ma immaginare un'Amministrazione "costretta" ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all'asserita difficoltà di individuare le direttive *self-executing*) appare una contraddizione in termini».

⁶⁶ S. CASSESE, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, I, p. 508.

Se tuttavia la norma europea non presenta carattere *self-executing* - come nel caso delle norme della Carta di Nizza - né il giudice, né tantomeno l'amministrazione potranno disapplicare la norma interna confliggente, dovendosi provvedere alla rimessione della relativa questione di legittimità alla Consulta, secondo le forme proprie del processo costituzionale.

Calando i principi in esame nel contesto delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali, dovrebbe a mio avviso escludersi la possibilità per l'amministrazione di rifiutare l'applicazione di una norma sanzionatoria ritenuta in contrasto con le garanzie in materia di sanzioni amministrative sostanzialmente penali.

Il contrasto, in questo caso, si porrebbe fra norma legislativa attributiva di potestà sanzionatoria, da un lato, e norme della Carta di Nizza, della CEDU o costituzionali dall'altro.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui una sanzione amministrativa sia idonea a integrare uno degli *Engel criteria* e sia viziata da sproporzione, con riferimento alla sua entità rispetto al disvalore della condotta illecita⁶⁷.

In queste ipotesi, consentire all'amministrazione di non applicare la sanzione (o di applicarla in forma ridotta o attenuata), oltre a contrastare con il costante indirizzo della giurisprudenza costituzionale, condurrebbe ad esiti interpretativi incerti e, di fatto, non giustiziabili⁶⁸, così mettendo a repentaglio le finalità di ordine generale cui la sanzione tende.

3. La "sostanza penale": nozione e criteri qualificatori.

Le considerazioni che precedono impongono una ulteriore riflessione sui rapporti tra diritto costituzionale e diritto amministrativo, e sul processo di contaminazione che reciprocamente li interessa.

Se infatti, come pure rilevato in esordio, i principi costituzionali rischiano di rimanere ineffettivi se non sono tradotti in regole di condotta puntuali, allo stesso modo i precetti del diritto amministrativo potrebbero non corrispondere alla loro originaria funzione di tutela per il privato nei confronti del potere pubblico, se interpretati e applicati non in conformità con l'intero statuto garantistico fissato dalle norme di rango sovraordinato⁶⁹.

Letta in questa prospettiva, l'individuazione dei limiti della materia penale diventa, a ben vedere, un problema di diritto costituzionale. La Costituzione, infatti, nel riferirsi alla "responsabilità penale", alla "pena", alla "legge penale", alla "sentenza penale", all'attività del "punire", al "processo penale", e all'"azione penale", omette di definire il relativo concetto, evidentemente rinviando a qualche nozione presupposta⁷⁰.

La nozione cui la Costituzione fa implicito rinvio appare a chi scrive non solo presupposta, ma anche pregiuridica: si tratta, invero, della sostanza o dell'essenza (οὐσία) penale.

⁶⁷ La situazione descritta è analoga a quella alla base di Corte cost., 23 settembre 2021, n. 185 nella quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una norma che puniva con una sanzione amministrativa pecuniaria fissa di € 50.000,00 la violazione, da parte dei gestori di sale giochi e centri scommesse, degli obblighi informativi contro la ludopatia. La Corte ha rilevato che «*La norma censurata punisce indistintamente l'inosservanza dei plurimi obblighi di condotta [...] con una sanzione amministrativa pecuniaria di considerevole severità e, al tempo stesso, fissa; dunque, non suscettibile di graduazione da parte dell'autorità amministrativa, e del giudice poi, in correlazione alle specifiche circostanze del caso concreto*». Nel caso di specie, è stato ritenuto applicabile alle sanzioni amministrative punitive il criterio della "mobilità" o "individualizzazione" della pena, e sulla scorta di essi la Corte ha ritenuto che «*la fissità del trattamento sanzionatorio impedisce di tener conto della diversa gravità concreta dei singoli illeciti, che è in funzione dell'ampiezza dell'offerta di gioco e del tipo di violazione commessa. Un conto è l'omissione delle formule di avvertimento in schedine o tagliandi di giochi soggetti ad ampia diffusione, altro conto le inadempienze relative a sale da gioco o esercizi in cui vi sia offerta di giochi pubblici, la cui gravità varia in modo rilevante secondo la dimensione e l'ubicazione della sala o dell'esercizio, il grado di frequentazione, il numero di apparecchiature da gioco presenti e la circostanza che si sia di fronte a una violazione totale, ovvero solo parziale, degli obblighi previsti*».

⁶⁸ La possibilità di far valere in giudizio l'illegittimità della condotta amministrativa sarebbe relegata a casi meramente teorici, stante il difetto di interesse del privato a dolersi di un provvedimento o di una condotta amministrativa a sé favorevole.

La sostanza penale sembra preesistere al diritto e, in qualche modo, risulta indifferente alle sue qualificazioni. Essa ha il carattere del τὸ ἦν εἶναι aristotelico⁷¹, pertiene al mondo della natura ed è sottratta alla disponibilità del legislatore, le cui determinazioni contingenti non costituiscono che un mero accidente.

Quanto sin qui osservato trova conferma empirica nell'esperienza sociale. Qualsiasi individuo, seppur privo di conoscenze giuridiche specialistiche, presuppone una propria nozione (platonicamente, una propria *idea*) di "pena". La tendenziale coincidenza dell'*idea* individuale con quella della generalità dei consociati e la corrispondenza con quanto stabilito dalla norma penale consente di garantire l'effettività («*applicazione reale*») del precetto, ossia «la sua "media osservanza" da parte dei consociati»⁷².

Si comprende, dunque, come l'individuazione della *substantia* penale risenta delle tradizioni e del costume sociale diffusi in una data comunità e in un determinato periodo storico.

L'unico approccio utile allo studio del problema della sostanzialità è allora quello del diritto vivente, di matrice giurisprudenziale. Infatti, le Corti, a differenza dei legislatori, riescono ad adattarsi meglio e più velocemente al mutare della coscienza sociale, non risentono (o dovrebbero risentire) di condizionamenti politici, e la loro attività non risulta astretta dai vincoli procedurali che invece connotano la legislazione.

Inoltre, il diritto giurisprudenziale somministra una tutela calibrata sul caso concreto, procede *per exempla*, e non soffre delle problematiche che incontra il legislatore, chiamato a stabilire norme generali e astratte e dunque ad operare *per praecepta*⁷³.

Tanto basta a spiegare la ragione per cui la nozione di "sanzione sostanzialmente penale" sia stata coniata dalla Corte EDU⁷⁴ - il cui unico parametro di riferimento è rappresentato dalle elastiche clausole convenzionali -, che costantemente rivendica «il carattere di diritto vivente, di *living instrument*, della CEDU»⁷⁵.

Come noto, il *leading case* della Corte di Strasburgo in materia di sanzioni amministrative è rappresentato dalla sentenza dell'8 giugno 1976, *Engel et al. c. Paesi Bassi*⁷⁶.

⁶⁹ Il tema è indagato da S. CASSESE, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, I, il quale sostiene che il processo di penetrazione del diritto costituzionale nel diritto amministrativo consta di tre fasi: (i) la separazione dell'amministrazione rispetto all'esecutivo; (ii) il riconoscimento formale dell'amministrazione nel testo costituzionale; (iii) l'acquisto di rilevanza dell'amministrazione a livello sovranazionale e globale. Al contempo, l'A. individua un parallelo processo di amministrativizzazione del diritto costituzionale: «Ma questa costituzionalizzazione non avviene senza un effetto di retroazione, nel senso che il diritto amministrativo reagisce, conquistando il diritto costituzionale. Si consideri, infatti, che il primo è molto più vasto e più ampiamente regolato del secondo. E che esso costringe i giudici costituzionali ad addentrarsi in campi prima ignoti, contagiando i principi costituzionali stessi. Questo corrisponde alla tendenza generale ad assicurare il principio di effettività: i principi costituzionali rimangono "law in books" finché non divengono parte del diritto amministrativo, cioè della realtà effettiva, "law in action", diritto vivente».

⁷⁰ Secondo G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 25, 3, pp. 1007 ss, «la Costituzione prevede meccanismi in funzione garantista, circonda la materia penale sostantiva e processuale di disposizioni volte a tutelare il cittadino, ma non identifica il punto di riferimento cui le garanzie sono preordinate, non ne individua espressamente l'ambito di applicazione. Ci si chiede pertanto come mai il Costituente abbia trascurato di affrontare la questione di fondo. [...] Orbene, con tutta probabilità, il Costituente non si è realmente posto il problema dei confini dell'illecito penale [...]. È celeberrimo il dilemma di Rocco secondo il quale o le conseguenze di un fatto non si risolvono in pene in senso proprio (in quanto aventi natura di sanzioni civili, di nullità, decadenze, ecc.) e allora non vi è reato; oppure le conseguenze in parola sono vere e proprie pene e allora vi è diritto penale materiale anche in assenza di diritto penale processuale. Si può veramente affermare che di fronte all'alto-là di Rocco, la dottrina italiana si sia fermata come davanti alla Sfinge che impediva l'accesso a Tebe».

⁷¹ La locuzione compare nella *Metafisica* di Aristotele.

⁷² La citazione, al pari del precedente virgolettato, è di M. AINIS, *L'entrata in vigore delle leggi*, Padova, 1986.

⁷³ Chiaro è il riferimento a Lucio Anneo Seneca, *Epistulae ad Lucilium*, VI, 5.

In tale celeberrimo arresto, la Corte è stata chiamata sostanzialmente a valutare la compatibilità rispetto al parametro convenzionale delle sanzioni, di natura formalmente disciplinare⁷⁷, irrogate ad una serie di soggetti per violazione di norme dell'ordinamento militare.

La valutazione dei Giudici di Strasburgo prende le mosse dall'analisi degli articoli 6 (rubricato *"Diritto ad un equo processo"*⁷⁸) e 7 (rubricato *"Nulla poena sine lege"*⁷⁹) della CEDU, entrambi riferiti ai soli "reati", e non anche agli illeciti amministrativi. Assai significativo è il passaggio motivazionale in cui la Corte statuisce che, mentre risulta insindacabile la compatibilità convenzionale della scelta statale di dare rilievo penale ad una condotta antigiuridica, rendendo così applicabili le garanzie apprestate dagli artt. 6 e 7 CEDU, «l'opposta scelta è tuttavia soggetta a più stringenti limiti. Se agli Stati contraenti fosse concesso di classificare a loro discrezione un illecito come disciplinare invece che penale, o di perseguire l'autore di un illecito di

⁷⁴ In senso apertamente contrario alla ricostruzione proposta nel testo e, più in generale, sulla attitudine della CEDU e della Corte di Strasburgo a svolgere una funzione unificatrice della disciplina dei diritti costituzionali, cfr. il recentissimo volume di R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, secondo cui «la CEDU non è stata concepita come strumento destinato a governare gli sviluppi futuri e ad adattare le proprie previsioni all'evoluzione della società; tantomeno consente di modificare significati e equilibri tra i principi per farli corrispondere ai programmi che il corpo sociale e le sue istituzioni politiche aggiornano di continuo. La CEDU è nata con gli occhi rivolti al passato, come programma di difesa dello status quo diretto a scongiurare che l'evoluzione politica portasse a sgretolare le conquiste raggiunte dalle democrazie occidentali; ed anche il rapporto che la Convenzione istituisce tra i suoi organi e i parlamenti nazionali è pensato per questo obiettivo. Tale era lo spirito di conservazione intrinseco alla Carta, che si evitò di inserire nel catalogo dei diritti riconosciuti quello che è il suo architrave storico, il diritto di proprietà, per non minare il programma di nazionalizzazioni a quei tempi promosso dal governo laburista britannico. Suonare il campanello di allarme davanti al rischio di un ritorno al totalitarismo è una funzione perfettamente compatibile con una Corte internazionale; interpretare l'evoluzione politica e sociale della società. Che la Convenzione sia un «living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions», e che questa debba essere «"progressive", in the sense that they have gradually extended and raised the level of protection afforded to the rights and freedoms guaranteed by the Convention to develop the "European public order"» è francamente un'aspirazione fuori luogo».

⁷⁵ F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015, p. 3. In giurisprudenza, cfr., ex multis, Corte EDU, Grande Camera, 12 luglio 2001, causa n. 44759/98, *Ferrazzini c. Italia*; Corte EDU, Sez. IV, 2 giugno 2010, causa n. 13102702, *Kozak c. Polonia*. Per una panoramica comparata sull'incidenza del metodo interpretativo della Corte EDU sull'attività delle Corti nazionali, v. E. BJORGE, *National supreme courts and the development of ECHR rights*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2011, 9, *passim*.

⁷⁶ Corte EDU, Plen., 8 giugno 1976, cause riunite nn. 5100/71, 5101/71, 5354/72, 5370/72, *Engel et al. c. Paesi Bassi*.

⁷⁷ Le sanzioni irrogate avevano un grado di afflittività variabile: si andava dal c.d. "arresto leggero" (*light arrest*) di 4 giorni (Sig. van der Wiel), poi convertito in 6 giorni di "arresto aggravato" (*aggravated arrest*), e successivamente rimodulato in riduzione (Sig. Engel), alla reclusione per tre mesi in una unità disciplinare (Sig. de Wit, Sig. Dona e Sig. Schul).

⁷⁸ Così dispone l'art. 6 della CEDU: «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

⁷⁹ Così dispone l'art. 7 della CEDU: «1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

carattere misto sul piano disciplinare invece che penale, l'applicabilità di disposizioni fondamentali quali gli artt. 6 e 7 risulterebbe subordinata alla loro volontà sovrana. Una tale ampia possibilità di scelta risulterebbe incompatibile con gli obiettivi e il contenuto della Convenzione».

Inoltre, prosegue la pronuncia, «la Corte [...] ha competenza stabilire da sé se la materia disciplinare non invada in realtà la sfera del penale. In breve, l'autonomia del concetto di penale opera a senso unico».

La Corte di Strasburgo si è, dunque, arrogata il potere di accertare in autonomia i confini della “sfera del penale”, presupponendo che gli stessi possano essere giuridicamente definibili, perlomeno ai sensi e per gli effetti della CEDU, pur in presenza di una qualificazione non penale della fattispecie secondo il diritto nazionale.

Alla stregua del ragionamento *Engel*, la Corte si qualifica come interprete esclusivo, o comunque come giudice di ultima istanza⁸⁰, in ordine all'interpretazione della sostanza penale di una sanzione diversamente definita dal punto di vista formale.

Al legislatore la forma, alla Corte l'essenza.

L'*actio finium regundorum* della sostanza penale deve essere condotta attraverso l'applicazione di criteri definiti nella stessa sentenza *Engel* (dalla quale hanno assunto la denominazione), i quali operano secondo un criterio di alternatività, nel senso che, per stabilire il carattere sostanzialmente penale di una sanzione, è sufficiente che anche uno solo di essi sia soddisfatto.

Il primo criterio elaborato consiste nella qualificazione giuridica della misura all'interno dell'ordinamento nazionale. Se la sanzione è qualificata come formalmente penale, l'analisi dovrà arrestarsi in quanto l'applicazione delle garanzie convenzionali sarà automatico.

Se invece alla sanzione è attribuita una qualificazione formalmente diversa, il *nomen iuris* dato dal legislatore statale non avrà un peso dirimente all'interno della valutazione, ma costituirà un mero punto di partenza dal valore relativo, da esaminare comunque «alla luce di un comune denominatore ricavabile dalle legislazioni dei vari stati contraenti».

Si giunge, così, all'applicazione degli ulteriori criteri *Engel*, dettati per evitare che il sindacato giurisdizionale in materia sanzionatoria risulti solo “illusorio”.

Il secondo criterio è volto ad indagare la c.d. *very nature of the offence*, e consiste nella valutazione della natura dell'illecito, alla luce della struttura della norma, della platea dei destinatari a cui è rivolta - se una specifica categoria⁸¹ o *erga omnes* - la finalità deterrente o punitiva della norma e la caratura del bene protetto.

Il terzo ed ultimo livello di analisi - per prassi, il più decisivo - è diretto a soppesare il grado di severità della sanzione «che può essere inflitta»⁸², e in particolare la “significativa afflittività” della stessa, desunta dalla sua «natura, durata o modalità di esecuzione». La valutazione sulla “gravità” della sanzione riguarda il «grado di incidenza ed afflittività della sanzione in termini di privazione o limitazione della libertà personale del destinatario e quindi al suo contenuto restrittivo-custodiale oppure meramente patrimoniale»⁸³.

⁸⁰ Basti solo ricordare che, ai sensi dell'art. 35 CEDU, condizione di ricevibilità del ricorso individuale alla Corte EDU è il previo esaurimento dei rimedi interni all'ordinamento statale. In argomento, v. anche le interessanti riflessioni di C. MASCIOTTA, *Il ricorso “diretto” a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 CEDU: un possibile “cortocircuito” tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 1.

⁸¹ In linea generale, la circostanza che la norma attributiva della potestà sanzionatoria si rivolga alla generalità dei consociati è un indice del suo carattere penale. Tale rilievo non assume comunque carattere decisivo nel ragionamento della Corte EDU, come dimostra il caso *Engel*, nel quale veniva in rilievo una disciplina sanzionatoria settoriale.

⁸² Corte EDU, Grande Camera, 9 ottobre 2003, *Ezeh e Connors c. Regno Unito*; nello stesso senso, Corte EDU, 11 giugno 2009, *Dubus S.A.v. c. Francia*.

⁸³ M. MANCINI, *La “materia penale” negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *Federalismi*, 1, 2018, 6.

Ne discende che alle misure restrittive della libertà personale, anche se di modesta entità, è tendenzialmente riconosciuto carattere penale. Più complesso è il discorso relativo alle sanzioni pecuniarie, in relazione alle quali bisogna avere a riguardo all'ammontare, all'idoneità a risultare dal casellario giudiziale, e alla loro convertibilità in pena detentiva.

In definitiva, la gravità della sanzione è desunta in applicazione di «*un criterio di degradazione, avuto riguardo al complessivo effetto limitativo spiegato sulla sfera personale del destinatario, anche per quanto concerne le sue potenzialità relazionali, economiche e lavorative e quindi, in ultima analisi, al suo carattere "infamante" (c.d. degree of stigma)*»⁸⁴.

Quanto, invece, alla "natura" della sanzione, la Corte EDU ha dimostrato di dare rilievo (i) alla sua accessorietà rispetto all'accertamento in giudizio di un fatto costituente reato, (ii) alla tipologia di procedura (giurisdizionale, paragiurisdizionale, amministrativa) prevista per la sua applicazione ed esecuzione, nonché (iii) alla finalità e alla funzione, riparatoria-compensativa o repressivo-punitiva, perseguita dalla norma attributiva della potestà sanzionatoria (criterio teleologico). I criteri *Engel*, come pure rilevato in dottrina, «*non brillano per capacità connotativa*»⁸⁵, ma, del resto, tali non potrebbero atteggiarsi dei canoni ermeneutici che aspirano a definire la sostanza delle pene e ad evitare abusi qualificatori in danno dei privati interessati.

La materia penale convenzionale, individuata secondo i predetti criteri, risulta più ampia di quella presa in esame dal diritto domestico, ed anzi può essere considerata alla stregua di un concetto autonomo (*autonomous concept*) dell'ordinamento CEDU⁸⁶, ricavato dall'autonoma interpretazione (*autonomous interpretation*) data dalla Corte EDU⁸⁷ alle disposizioni della Convenzione⁸⁸.

In effetti, l'applicazione di tali concetti autonomi ha condotto a risultati interpretativi sorprendenti e all'elaborazione di una ricca e particolareggiata casistica giurisprudenziale, le cui tappe fondamentali, pur nei limitati fini di questo scritto, conviene succintamente ripercorrere.

Celebre è il caso deciso dalla Corte EDU con la sentenza del 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Repubblica Federale Tedesca*, nell'ambito del quale una sanzione amministrativa pecuniaria, di modesta entità, irrogata a seguito della commissione di un illecito depenalizzato è stata ritenuta di carattere sostanzialmente penale sulla base dei seguenti argomenti: (i) l'illecito era punito con sanzioni penali dalla maggior parte degli Stati contraenti, (ii) la misura aveva finalità deterrente, nonché (iii) carattere punitivo, in quanto la norma che la prevedeva era diretta alla generalità dei consociati, e non ad una categoria specifica di essi.

Nel giudizio della Corte EDU nell'ambito della sentenza *Ozturk*, nessun rilievo è stato accordato al fatto che la sanzione non era idonea ad incidere sulla reputazione dell'interessato, in quanto «*There is in fact nothing to suggest that the criminal offence referred to in the Convention necessarily implies a certain degree of seriousness [...]. The relative lack of seriousness of the penalty at stake [...] cannot divest an offence of its inherently criminal character*».

Un settore particolarmente inciso dagli interventi ortopedici della Corte EDU è stato quello del diritto dell'economia e, in particolare, delle sanzioni *antitrust*.

⁸⁴ Ivi, 7.

⁸⁵ F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, p. 4. Cfr. anche S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, 30.

⁸⁶ Cfr. G. LETSAS, *The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR*, in *Eur. Journ. Int. Law*, 15, 2, 2004, p. 282, secondo cui «*This is what the adjective 'autonomous' stands for: the autonomous concepts of the Convention enjoy a status of semantic independence: their meaning is not to be equated with the meaning that these very same concepts possess in domestic law. In other words, 'ECHR criminal charge' does not necessarily mean 'domestic-law criminal charge'*».

⁸⁷ J. BOUCHT, *Civil Asset Forfeiture and the Presumption of Innocence under Article 6(2) ECHR*, in *New Journ. Eur. Crim. Law*, 5, 2, 2014, p. 234.

⁸⁸ G. UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Archivio Penale*, 2012, 1.

Tale circostanza si spiega alla luce del fatto che «le sanzioni antitrust (come le altre del diritto dell'economia) sembrano lasciare all'amministrazione un margine di scelta che potrebbe apparire eccessivo proprio in relazione alla relativa «prevedibilità»»⁸⁹.

Nella sentenza *Menarini c. Italia* del 27 settembre 2011 - il primo caso in cui la Corte EDU ha avuto modo di pronunciarsi sulle sanzioni irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) - è stata qualificata in termini penalistici una sanzione pecuniaria di sei milioni di euro per pratiche anticoncorrenziali (nella specie, intese restrittive della concorrenza) nel mercato dei test per la diagnosi del diabete.

Nel citato arresto, la Corte EDU ha osservato che le norme che sanzionano l'illecito di cui trattasi sono volte a tutelare la libera concorrenza nel mercato, e, pertanto, ad incidere «sugli interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale», nonché «a punire al fine di evitare il ripetersi degli atti incriminati. Si può dunque concludere che la sanzione inflitta era basata su norme aventi uno scopo sia preventivo che repressivo». Nel caso di specie, la sostanza penale della sanzione è parsa altresì evidente alla Corte EDU alla luce dell'elevato importo della stessa, nonché della finalità perseguita dal legislatore, giudicata «repressiva, in quanto era volta a perseguire una irregolarità, e preventiva poiché lo scopo perseguito era quello di dissuadere la società interessata dal reiterare la condotta».

Ad analoghe conclusioni la Corte EDU è pervenuta nella sentenza del 4 marzo 2014, *Grande Stevens et al. c. Italia*, con la quale è stata rilevata la natura penale della sanzione prevista per la «manipolazione di mercato», dall'art. 187-ter, n. 1) del D.lgs. n. 58 del 1998, nel testo allora vigente⁹⁰. In questo caso, la Corte ha attribuito valenza decisiva ai seguenti indici: la norma aveva come obiettivo quello di «garantire l'integrità dei mercati finanziari e di mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni»; la sanzione era irrogata da un'Autorità (la CONSOB) che «ha tra i suoi scopi quello di assicurare la tutela degli investitori e l'efficacia, la trasparenza e lo sviluppo dei mercati borsistici [...]». Si tratta di interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale»; inoltre, le misure in esame perseguivano «uno scopo preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto sanzionavano una irregolarità», e non meramente riparatorio⁹¹.

Dal punto di vista qualitativo, la Corte EDU ha ulteriormente distinto la materia penale in senso stretto («hard core of criminal law») dalla materia penale allargata. Alle due fattispecie la giurisprudenza convenzionale riserva un trattamento differenziato riguardo alle garanzie applicabili. Così, ad esempio, ha ritenuto che l'applicazione di una sanzione tributaria per errori nelle dichiarazioni IVA avesse natura sostanzialmente penale, e ciononostante ho escluso che il diniego di un'audizione dell'interessato prima dell'irrogazione della sanzione costituisse in questo caso una violazione dell'art. 6 della CEDU: «the obligation to hold a hearing is not absolute»⁹². Tale garanzia - che è comunque icasticamente descritta come «fundamental principle enshrined in Article 6 § 1» - può essere esclusa nei casi in cui i fatti sono documentalmente provati⁹³, oppure quando al suo esercizio ostino esigenze di ordine pubblico, specie nei casi in cui si discorra di «“criminal charges” of differing weight», come li definisce la Corte EDU.

⁸⁹ P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Diritto amministrativo*, 2015, 4, pp. 767 ss.

⁹⁰ Tale norma così disponeva: «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 20.000 a euro 5.000.000 chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari».

⁹¹ In dottrina, cfr. A. E. BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, in *Rivista AIC*, 2011, 4. In giurisprudenza, cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, ord., 7 gennaio 2022, n. 68.

⁹² Corte EDU, 23 novembre 2006, 73053/01, *Jussila c. Finlandia*.

⁹³ Cfr., ex multis, Corte EDU, 25 novembre 2003, 57795/00, *Pursiheimo c. Finlandia*.

Dinanzi a queste sanzioni, estranee all'*hard core* del diritto amministrativo-penale sostanziale, anche la garanzia della terzietà ed imparzialità dell'autorità sanzionante trova un'applicazione ben più mite, ritenendosi sufficiente che tali caratteristiche siano possedute dall'organo giudiziario dotato di piena giurisdizione in ordine al sindacato dell'atto sanzionatorio⁹⁴.

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, seppur con qualche iniziale esitazione⁹⁵, ha concorso alla ricerca della sostanza penale, confortata dalla circostanza che la Carta di Nizza⁹⁶ contiene principi corrispondenti a quelli, già esaminati, della CEDU.

La giurisprudenza europea ha mostrato di condividere gli indirizzi ermeneutici invalsi presso la Corte di Strasburgo, e ne ha fatto puntuale applicazione, ritenendo che, ai fini dell'applicazione dei criteri *Engel*, il diritto UE «dev'essere assimilato, nella specie, al «diritto nazionale» ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo»⁹⁷.

In ossequio alle tesi già consolidate presso la Corte EDU, la CGUE ha affermato che il principio di certezza del diritto, nonché il corollario principio della legalità delle pene, costituisce un principio generale del diritto comunitario, alla stregua del quale una norma che «imponesse o consentisse di imporre sanzioni» deve essere «chiara e precisa, affinché le persone interessate possano essere inequivocabilmente consapevoli dei diritti e degli obblighi che ne derivano e possano agire in modo adeguato (v., in tal senso, sentenze della Corte 9 luglio 1981, causa 169/80, *Gondrand Frères e Garancini*, Racc. pag. 1931, punto 17; *Maizena*, cit. supra al punto 37, punto 15; 13 febbraio 1996, causa C-143/93, *van Es Douane Agenten*, Racc. pag. I-431, punto 27, e X, cit. supra al punto 35, punto 25)»⁹⁸.

Il principio in esame affonda, secondo la CGUE, nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, oltre ad essere sancito, nell'ordinamento internazionale, dall'art. 7 CEDU, il quale «informa sia le norme di carattere penale, sia gli strumenti amministrativi specifici che impongono o consentono di imporre sanzioni amministrative». Inoltre, con specifico riguardo al contenzioso in materia di concorrenza, la CGUE ha avuto modo di chiarire che devono applicarsi i principi fondamentali del diritto punitivo, nonché lo statuto garantistico della CEDU. Più in particolare, a mente della sentenza *Anic Partecipazioni c. Commissione* dell'8 luglio 1999, le sanzioni amministrative in materia di concorrenza dovrebbero soggiacere al principio di personalità delle pene, nonché - secondo quanto affermato dalla sentenza *Hüls c. Commissione* - alla presunzione di innocenza, in considerazione della natura delle infrazioni di cui trattasi, nonché della natura e del grado di severità delle sanzioni connesse⁹⁹.

⁹⁴ Corte EDU, 4 marzo 2004, 47650/99, *Silvester's Horeca Service c. Belgio*. Nella giurisprudenza interna, cfr., in particolare, Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, che, applicando le coordinate ermeneutiche descritte nel testo, ha escluso che il sistema di irrogazione di sanzioni CONSOB violasse le garanzie prescritte dalla CEDU.

⁹⁵ Il riferimento è a Trib. UE, 14 maggio 1998, in causa T-347/94, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH c. Commissione*, nella quale la CGUE si è dichiarata «non [è] competente per valutare la legittimità di un accertamento in materia di diritto della concorrenza alla luce delle disposizioni della CEDU, in quanto queste ultime non rientrano in quanto tali nel diritto comunitario», pur rilevando che «secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi giuridici generali dei quali la Corte garantisce l'osservanza (v., in particolare, parere della Corte 28 marzo 1996, 2/94, Racc. pag. I-1759, punto 33; sentenza della Corte 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*, Racc. pag. I-2629, punto 14). A questo proposito la Corte e il Tribunale si ispirano alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri nonché alle indicazioni fornite dai Trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo ai quali gli Stati membri hanno cooperato e aderito. La CEDU riveste a questo proposito particolare importanza (sentenze della Corte 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, Racc. pag. 1651, punto 18, e *Kremzow*, citata, punto 14). D'altro canto, ai sensi dell'art. F, n. 2, del Trattato sull'Unione europea, «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla [CEDU] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario».

⁹⁶ Il riferimento è agli artt. 47 (Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale), 48 (Presunzione di innocenza e diritti della difesa), 49 (Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene), 50 (Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato) della Carta di Nizza.

⁹⁷ CGUE, Grande Sezione, 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Lukasz Marcin Bonda*, che ha affermato la natura meramente amministrativa dell'esclusione di un agricoltore dai benefici connessi all'erogazione di aiuti pubblici per l'agricoltura come conseguenza della presentazione di una falsa dichiarazione.

⁹⁸ Così, Trib. UE, 5 aprile 2006, in causa T-279/02, *Degussa AG c. Commissione*.

La centralità del tema in esame è emersa, assai di recente, con riferimento alle sanzioni comminate nell'ambito del diritto dei contratti pubblici.

Più in particolare, la giurisprudenza amministrativa ha riflettuto sulla natura del provvedimento di iscrizione al Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio dell'ANAC.

La vicenda trae spunto dall'impugnazione del provvedimento con cui l'ANAC ha rigettato la richiesta di riesame dell'annotazione nel casellario a carico di un'impresa ritenuta responsabile, nel vigore del D.lgs. n. 163 del 2006, di aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione alla stazione appaltante nell'ambito di una procedura di gara.

La condotta contestata all'impresa era consistita nell'aver omesso di presentare la dichiarazione circa l'insussistenza (poi acclarata in giudizio), in capo alla propria procuratrice speciale, dei requisiti generali di cui all'art. 38 del D.lgs. n. 163 del 2006, allora vigente.

Il Consiglio di Stato¹⁰⁰, con sentenza n. 491 del 25 gennaio 2022, ha rilevato, anzitutto, che il procedimento di iscrizione nel casellario ANAC, proprio per l'afflittività del provvedimento cui è preordinato, deve essere comunicato all'interessato, che deve essere posto nella condizione di interloquire con l'Autorità.

Inoltre, la pronuncia in esame riconosce, seppur implicitamente, la natura sostanzialmente penale della sanzione dell'iscrizione nel casellario ANAC e ne vieta qualunque interpretazione estensiva, in ossequio al «*principio di stretta tipicità legale della fattispecie sanzionatoria*».

Ciò posto, il Consiglio di Stato finisce di fatto per "superare" (*rectius*: travolgere il giudicato formatosi su di una) propria precedente sentenza¹⁰¹, in applicazione della *regula iuris* per cui vi è differenza, in sede di gara, fra le dichiarazioni false e le dichiarazioni omesse, solo le prime comportando l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura e la segnalazione all'ANAC.

Tale "superamento" (*rectius*: travolgimento) viene effettuato mediante due concatenati passaggi logici. In primo luogo, la sentenza si premura di considerare il provvedimento ANAC in quella sede impugnato come atto di conferma in senso proprio. Come tale, il provvedimento di conferma diviene «*fonte di disciplina del rapporto amministrativo. Il vecchio provvedimento è quindi assorbito dal nuovo che, con efficacia ex tunc, viene ad operare in sostituzione di quello*»¹⁰².

In questa logica, il giudicato formatosi sul provvedimento originario deve considerarsi ormai superato, in quanto inidoneo a fungere da regolamento delle posizioni sostanziali dedotte in lite, così consentendo al giudice di sindacare nuovamente la legittimità dell'atto.

La qualificazione del provvedimento impugnato come atto di conferma in senso proprio è funzionale per giungere al secondo snodo argomentativo della sentenza, che attiene all'applicazione di una regola di diritto diversa (e contraria) a quella affermata in sede di impugnazione dell'atto originario.

Il principio affermato in questa seconda occasione - sebbene il Giudice, con un'acrobazia interpretativa, ne predichi la portata non innovativa - è divenuto pacifico solo, da ultimo, con la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 28 agosto 2020, mentre, in precedenza, la giurisprudenza amministrativa prevalente era orientata a ritenere che l'omessa dichiarazione equivallesse al mendacio, come tale punibile con l'iscrizione nel casellario ANAC¹⁰³.

⁹⁹ In questo senso v. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot del 26 ottobre 2010 nella causa C-352/09, *ThyssenKrupp Nirosta GmbH c. Commissione*.

¹⁰⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2022, n. 491.

¹⁰¹ Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2018, n. 7271, che aveva giudicato legittimo il provvedimento di annotazione nel casellario ANAC, poi oggetto del provvedimento di riesame dalla cui impugnazione ha preso avvio la presente controversia.

¹⁰² In questo senso, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2317.

¹⁰³ Tale orientamento, appunto, è stato seguito, con dovizia di riferimenti giurisprudenziali, proprio da Cons. Stato n. 7271/2018 *cit.*.

Sul piano formale, il giudicato formatosi sulla precedente sentenza non viene travolto, per via della presenza di un provvedimento di conferma propria, che determina la diversità di oggetto dei due giudizi. Tuttavia, sul piano sostanziale, il Consiglio di Stato non manca di far notare la «*natura giuridica*», afflittivo-sanzionatoria quando non sostanzialmente penale, «*dell'annotazione nel casellario*», da cui discende «*l'estensione dello "statuto costituzionale" delle sanzioni penali a quelle amministrative a carattere punitivo (tra cui i principi di irretroattività della norma sfavorevole, e di retroattività della lex mitior: cfr. Corte cost., 16 aprile 2021, n. 68)*».

Il caso in esame è un sintomo di come la giurisprudenza, quando sono coinvolte sanzioni amministrative sostanzialmente penale, si stia progressivamente orientando nel senso di applicare in forma più attenuata le strettoie procedurali che, se considerate nel loro consueto rigore, impedirebbero il sindacato giurisdizionale.

4. Spunti teorici per una riflessione pratica.

All'esito della ricostruzione sin qui svolta, possono avanzarsi alcune considerazioni a suffragio della tesi per cui alla progressiva, ma inesorabile, assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle pene in senso stretto non possano sottrarsi i profili inerenti al giudicato.

Nelle pagine che seguono si affronterà il problema dell'attuazione dei principi da ultimo affermati nella giurisprudenza costituzionale, nonché i profili della c.d. fase discendente della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma in applicazione della quale è stata irrogata una sanzione amministrativa sostanzialmente penale e, successivamente, rigettata la relativa impugnazione con sentenza civile o amministrativa ormai passata in giudicato.

Il punto di partenza per la riflessione che mi accingo a condurre è rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2021, che - come forse troppo entusiasticamente rilevava un primo commento - ha riconosciuto «*finalmente la tangibilità del giudicato applicativo di una sanzione amministrativa dichiarata costituzionalmente illegittima, in questo modo proseguendo sulla strada dell'estensione delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative "punitive" secondo i noti criteri Engel elaborati dalla Corte EDU*»¹⁰⁴.

Il caso riguardava una sanzione amministrativa accessoria consistente nella revoca della patente di guida che, tuttavia, era stata irrogata sulla base di una norma successivamente dichiarata incostituzionale¹⁰⁵.

Attraverso tale pronuncia, interpretativa di accoglimento, la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 30, comma 4 della legge n. 57 del 1953, «*in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222, comma 2, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada)*».

La norma censurata così stabiliva: «*Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*».

¹⁰⁴ M. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, disponibile al link <www.sistemapenale.it>.

¹⁰⁵ Nella specie, si trattava di Corte cost., 24 aprile 2019, n. 88, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 222, comma 2, cod. strada, «*nella parte in cui non prevede che, in caso di condanna, ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale, per i reati di cui agli artt. 589-bis (Omicidio stradale) e 590-bis (Lesioni personali stradali gravi o gravissime) del codice penale, il giudice possa disporre, in alternativa alla revoca della patente di guida, la sospensione della stessa ai sensi del secondo e terzo periodo dello stesso comma 2 dell'art. 222 cod. strada allorché non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dai rispettivi commi secondo e terzo degli artt. 589-bis e 590-bis cod. pen.*».

In tal modo si realizzava, anche rispetto alle decisioni della Corte costituzionale, il principio della iper-retroattività della *lex mitior*, cristallizzato nell'art. 2 cod. pen., che consente, nell'ipotesi di *abolitio criminis*, il travolgimento del giudicato.

A seguito della sentenza n. 68 del 2021 della Corte costituzionale - che costituisce un esplicito *overruling* rispetto alla precedente sentenza n. 43 del 2017¹⁰⁶ - le pronunce di accoglimento della Consulta potrebbero dirsi idonee a far cessare l'esecuzione e gli effetti delle sentenze irrevocabili (*i.e.* passate in giudicato) che hanno irrogato una sanzione amministrativa sostanzialmente penale. La Corte ha, in tal modo, parificato il giudicato penale e il giudicato "diverso" su sanzioni amministrative punitive, quanto a grado di resistenza dello stesso.

¹⁰⁶ Nonché della sentenza n. 171 del 2020, che in applicazione dei principi espressi in Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 43 ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza una questione di legittimità costituzionale rimessa dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 3134 del 14 maggio 2019, che aveva ad oggetto l'art. 15, comma 1 della legge n. 287 del 1990, nella parte in cui non prevedeva l'applicazione retroattiva del trattamento sanzionatorio più favorevole introdotto dall'art. 11, comma 4 della legge n. 57 del 2001. Nel caso di specie, la Consulta ha ritenuto che la sopravvenienza di una *lex mitior* non fosse idonea ad incidere sul giudicato formatosi in materia di sanzioni amministrative, non venendo in rilievo «*beni essenziali come la libertà personale e se un «frammento» della stessa risulta ancora non eseguito, ciò dipende dalla volontà dell'interessato*». Inoltre, la Corte ha in quest'occasione valorizzato la differenza funzionale che intercorre fra il giudice dell'esecuzione penale, che è chiamato a vigilare sulla legittimità della pena, e il giudice preposto all'esecuzione delle sanzioni amministrative, investito della sola cognizione del titolo esecutivo. In dottrina, fra i numerosi commenti alla sentenza n. 43/2017, v. almeno A. GOLIA, F. ELIA, *Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni "sostanzialmente" penali dichiarate incostituzionali. Riflessioni a margine dell'ord. Trib. Como del 4 febbraio 2015 (reg. ord. n. 106 del 2015, pubbl. su G.U. del 10 giugno 2015, n. 23)*, in Osservatorio AIC, 2017, 1; N. CANZIAN, *Le sanzioni amministrative "incostituzionali" fra CEDU e Costituzione (sentenza n. 43 del 2017) coesistenza, e non assimilazione*, in Quaderni costituzionali, 2017, 2, pp. 378 ss.; A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, in Dir. pen. cont., 2017, 3, pp. 15 ss.; M.C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, ivi, pp. 293 ss.; P. SALVEMINI, *La illegittimità costituzionale sopravvenuta della sanzione amministrativa non travolge il giudicato. Nota a margine di Corte cost. 24 febbraio 2017, n. 43*, in Diritti comparati, 2017, 4.

Invero, la sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2021 si apre a molteplici scenari interpretativi. Da un lato, la Consulta, confermando l'applicabilità alle sanzioni *de quibus* del principio di retroattività della legge più mite¹⁰⁷, ha, in motivazione, affermato che *“va escluso - come per le sanzioni penali - che taluno debba continuare a scontare una sanzione amministrativa “punitiva” inflittagli in base a una norma dichiarata costituzionalmente illegittima : dunque, non già oggetto di semplice “ripensamento” da parte del legislatore, ma affetta addirittura da un vizio genetico, il cui accertamento impone, senza possibili eccezioni, di lasciare immune da sanzione, o di sanzionare in modo più lieve, chiunque dopo di esso commetta il medesimo fatto»*.

Al contempo, la Corte ha limitato la portata interpretativa del dispositivo della pronuncia *“alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell’art. 222, comma 2, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada)”*, oggetto del giudizio *a quo*.

Dunque, almeno in prima battuta, non è agevole stabilire se la *regula iuris* stabilita dalla Corte valga per tutte le sanzioni amministrative punitive o solo per la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, di cui si controverteva nel giudizio principale.

Per determinare la portata applicativa della sentenza n. 68 del 2021 - operazione cruciale nell'economia delle presenti riflessioni - occorre svolgere qualche premessa sui profili funzionali della motivazione delle sentenze della Corte costituzionale. In generale, il sillogismo giudiziale è comunemente rappresentato come il processo logico deduttivo mediante cui il giudice giunge all'applicazione al caso concreto di una norma generale e astratta. La premessa maggiore del sillogismo giudiziale è rappresentata dalla formulazione del dato normativo, mentre i fatti storici alla base della *res controversa* assumono valore di premessa minore. Il dispositivo della decisione giudiziaria contiene, invece, la regola applicabile al caso concreto, risultante dall'inferenza logica fra la premessa maggiore e la premessa minore.

¹⁰⁷ Il principio in esame era già stato affermato nella sentenza n. 63 del 2019. Per un'applicazione pratica di tale principio in materia di sanzioni amministrative sostanzialmente penali, cfr. App. Milano, Sez. I, 7 febbraio 2020, n. 4783. In quest'ultima pronuncia si è ritenuto che la sanzione amministrativa pecuniaria di € 374.520,00, irrogata ai sensi dell'art. 28 della L.R. Lombardia n. 86/1983 per “abbandono di rifiuti speciali (CER 170504 terra e rocce) in zona ‘G1’ del PTC”, avesse natura penale in quanto connotata da un elevato grado di afflittività e da finalità prevalentemente punitiva: *«la norma di riferimento si rivolge a una cerchia di destinatari indeterminata, per tutelare interessi generali della collettività, lo scopo della sanzione risulta essere prevalentemente punitivo, piuttosto che ripristinatorio-risarcitorio, come confermato dal precipuo meccanismo di determinazione della pena, correlato ad un multiplo del profitto conseguito dal responsabile della violazione. L'elevata afflittività, correlata sia all'entità della pena che può essere in astratto irrogata, sia a quella in concreto inflitta, non appare, poi, revocabile in dubbio laddove si consideri che, secondo i calcoli risultanti dal verbale di accertamento, nel suo massimo edittale raggiungeva l'importo di Euro 3.931.200,00, tenuto conto delle dimensioni della cava, dei volumi di scavo e dei costi di smaltimento. Misura, poi, in concreto determinata dall'Ente che ha ingiunto la sanzione in Euro 374.000,00, per ciascuno dei trasgressori. Tale sanzione non può essere certo considerata come una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, essendo fortemente punitiva e connotata da una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, comune alle pene di senso stretto»*. Accertata la natura sostanzialmente penale della sanzione *de qua*, la Corte d'Appello ha stabilito l'applicabilità alla fattispecie della novella legislativa, sopravvenuta rispetto alla contestazione dell'illecito, che ha modificato la nozione di rifiuto: alla stregua di tale modifica normativa, la condotta contestata non sarebbe stata punibile. In proposito, la Corte d'Appello ha significativamente affermato che *«E', infatti, evidente che un fatto non più considerato illecito dall'ordinamento, ove sanzionato ancora in via amministrativa, creerebbe evidenti profili di ingiustizia manifesta laddove si escludesse al sanzionato di poter beneficiare della disciplina successiva più favorevole. La mancata applicazione del favor rei, nel caso di specie, determinerebbe l'applicazione di una sanzione che il Parco non potrebbe più ingiungere, atteso che la successiva disciplina di legge non qualifica più come “rifiuti” i materiali oggetto di scavo, bensì come “sottoprodotti”»*. In letteratura, sul principio di retroattività *in mitius* della norma attributiva della potestà sanzionatoria amministrativa, v., *ex multis*, P. PROVENZANO, *Illecito amministrativo e retroattività in “bonam partem”: da eccezione alla regola a regola generale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2020, 1, 2, pp. 52-62; E. BINDI, A. PISANESCHI, *La retroattività “in mitius” delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2019, 22.

In letteratura è stato, tuttavia, osservato come la Corte costituzionale, per le peculiari funzioni ad essa attribuite, «non giudica del caso concreto, ma della regolazione generale e astratta cui esso è sottoposto. Il primo problema che la Corte deve porsi (e della cui soluzione la motivazione deve dar conto) è in che misura si debba tener conto dell'immagine percepita da quel punto focale, fino a che punto, cioè, la deformazione intacchi l'equilibrio e l'armonia del disegno legislativo nel suo complesso»¹⁰⁸.

Nel giudizio costituzionale - specie in quello attivato in via incidentale - la vicenda concreta da cui è sorta la *quaestio* generalmente scolora¹⁰⁹, mentre trovano ingresso i c.d. fatti "extraprocessuali", ossia «elementi fattuali che la Corte costituzionale desume dalla più ampia realtà sociale e verso cui il suo sindacato è sospinto, secondo linee che vanno ben oltre le vicende concrete della lite principale. Il giudizio di costituzionalità finisce così per essere investito da (e di) interessi, che travalicano la sfera delle posizioni soggettive dibattute nel giudizio a quo e che a esso restano in qualche modo estranei»¹¹⁰.

In un tale contesto, la Corte è chiamata a valutare la «deformazione» dell'ordinamento costituzionale prodotta dalla norma indubbiata, per come avvertita dal giudice *a quo*.

All'esito della valutazione in questione - che assume carattere di sintesi degli elementi concreti e generali che hanno trovato ingresso nel giudizio costituzionale - la Corte può anche limitare l'intervento ablatorio. In tal senso, una delle metodologie di cui sovente si serve la Consulta è quella di «circoscrivere con grande esattezza il profilo per cui è ordinata l'ablazione, sin quasi a ricalcare il contorno del "caso", riproducendone la silhouette nella "regola". Così però, introducendo nel dispositivo di accoglimento l'indicazione di tutte le circostanze che concorrono a formare la "regola", si riesce a fare quanto neppure la più avanzata tecnica di restauro potrà mai fare con gli affreschi: lasciare intatta l'opera (la disposizione) ed incidere solo su quanto il pubblico deve percepire da un certo punto di vista»¹¹¹.

La tecnica argomentativa in esame sembra essere quella utilizzata anche all'interno della sentenza n. 68 del 2021. In effetti, il giudice *a quo* aveva censurato l'art. 30, comma 4 della legge n. 87 del 1953 «nella parte in cui la disposizione stessa non è applicabile alle sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Edu». La Corte ha invece operato una sostanziale ridefinizione in senso riduttivo del *petitum* e ha chirurgicamente circoscritto il dispositivo di accoglimento ad una specifica *species* di sanzione amministrativa sostanzialmente penale, senza abbracciare anche il *genus*: il più contiene il meno, ma non viceversa¹¹².

¹⁰⁸ R. BIN, «Al cuor non si comanda». Valori, regole, argomenti e il "caso" nella motivazione delle sentenze costituzionali, in A. RUGGERI (a cura di), *Le motivazioni delle decisioni della Corte costituzionale*, Atti del seminario di Messina del 7-8 maggio 1993, Torino, 1994, pp. 329-330.

¹⁰⁹ Eloquentemente in tal senso è l'affermazione di Francesco Carnelutti (ripresa da E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia Costituzionale*, Torino, 2013, p. 112) secondo cui «il singolo litigante, di fronte all'augusto consesso, il quale [...] per l'efficacia generale del suo giudizio, travalica i limiti del giudizio individuale, finirà per farsi sempre più piccolo, al punto di perdere ogni importanza e quasi da scomparire. Dio mi perdoni, ma mentre davanti al giudice ordinario la parte è un uomo, davanti alla Corte Costituzionale ho paura che assuma l'aspetto della marionetta». Sulla contrapposizione fra tutela oggettiva e tutela soggettiva della legalità costituzionale e sui diversi modelli che ne derivano, insuperate pagine in C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, ora nella ristampa curata da F. Modugno, ESI, Napoli, 2018.

¹¹⁰ E. Olivito, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017.

¹¹¹ R. BIN, *op. ult. cit.*, p. 331.

¹¹² In questo senso, v. anche la nota di E. Aprile alla sentenza n. 68/2021 in *Cass. pen.*, 7-8, 2021, p. 2427 ss., secondo cui «benché espressamente evocata dal giudice rimettente, la Consulta ha ritenuto di non oltremodo valorizzare i cosiddetti "criteri Engel" forgiati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in ordine alla definizione della "materia penale". [...] La Corte costituzionale ha preferito, invece, sostenere che la sanzione della revoca della patente, pur formalmente qualificata come amministrativa, debba essere parificata ad una sanzione afferente alla "materia penale" per il suo carattere sostanzialmente afflittivo e non preventivo, in quanto incidente su diritto al lavoro e alla libertà di iniziativa economica, garantiti rispettivamente dagli artt. 35 e 41 Cost.».

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, la predicata “*assimilazione*”¹¹³ circa il grado di caducità del giudicato penale a quello “diverso” in materia di sanzioni punitive è assai complicata da tradurre in concreto. Ciò in quanto non il giudicato, civile e amministrativo, su sanzioni amministrative sostanzialmente penali non può dirsi automaticamente travolto dalla declaratoria di incostituzionalità della norma attributiva della potestà sanzionatoria. Ed inoltre gli ordinamenti processuali diversi da quello penale non contemplano istituti in grado di incidere su di una pronuncia passata in giudicato sol perché essa ha applicato una norma successivamente dichiarata incostituzionale. Come noto, al di fuori della materia penale, l’avvenuta formazione del giudicato è pacificamente intesa come limite alla retroattività della declaratoria d’illegittimità costituzionale, in ossequio al principio di certezza del diritto.

Il rapporto (all’epoca) controverso si considera ormai esaurito e rimane regolato dalla norma (poi dichiarata) illegittima. Per tale ragione la struttura del processo civile e amministrativo, in questi casi, non prevede un’occasione di riapertura del giudizio a seguito del passaggio in giudicato della sentenza. Al contrario, nel processo penale, il giudice dell’esecuzione dispone di poteri di assai incisivi, specificamente volti a garantire che la pena, anche in fase di esecuzione, sia aderente a parametri di legalità¹¹⁴.

Di conseguenza, la ritenuta pari caducità fra il giudicato penale e quello formatosi su sanzioni amministrative sostanzialmente penali - perlomeno con riferimento agli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento della Corte - rischia, di fatto, di rimanere solo sulla carta, in difetto di meccanismi processuali idonei a superare il giudicato formatosi su sentenze civili o amministrative che hanno deciso l’impugnazione di sanzioni amministrative punitive in senso sfavorevole all’interessato.

L’istituto processuale deputato alla contestazione del giudicato civile e amministrativo è la revocazione, prevista dagli artt. 395 e 396 c.p.c., oltre che dall’art. 106 c.p.a.

Il mezzo di impugnazione in questione, tuttavia, è volto a censurare vizi, palesi od occulti, della sentenza, i quali hanno colpito il ragionamento del giudice, determinandone uno sviamento.

Coerentemente con tale assunto, tra le ipotesi di revocazione non figura l’eventualità di una sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della norma di cui la sentenza revocanda ha fatto applicazione.

È nota la *querelle* circa l’opportunità o la necessità di ampliare i casi di revocazione fino a ricomprendervi ipotesi, di matrice sovranazionale, sconosciute ai codici di rito. A partire dal 2015, la Corte costituzionale è stata ripetutamente sollecitata ad intervenire in via additiva sulle norme in materia di revocazione, tanto nell’ambito del processo civile quanto nell’ambito del processo amministrativo, al fine di dotare l’ordinamento di congegni idonei a garantire l’adeguamento alle sentenze di condanna della Corte EDU.

In queste occasioni, la Corte ha sempre declinato l’invito ad introdurre forme di “revocazione europea” - diversamente da quanto fatto in materia penale con la sentenza n. 113 del 2011 - trincerandosi dietro argomenti che, già di per sé non insuperabili, difficilmente potrebbero valere in materia di sanzioni amministrative sostanzialmente penali, specie alla luce della sentenza n. 68 del 2021.

Procedendo in ordine cronologico, viene anzitutto in rilievo la sentenza n. 123 del 2017 della Corte costituzionale sul caso dei c.d. “medici a gettone”.

¹¹³ Nel lessico di V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l’assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in *Nomos*, 2, 2021.

¹¹⁴ In tal senso, ad esempio, l’art. 673 c.p.p. secondo cui, nei casi di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, nonché nelle ipotesi di emissione di sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità, «il giudice dell’esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti».

La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹¹⁵, adita per la revocazione di una propria precedente sentenza¹¹⁶, con la quale erano stati dichiarati inammissibili per tardività i ricorsi proposti da alcuni medici per il riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di lavoro dipendente con l'Università di Napoli - Federico II.

La controversia si inseriva nel delicato processo di privatizzazione del pubblico impiego, con conseguente devoluzione delle relative controversie dal giudice amministrativo al giudice ordinario. In via transitoria, l'art. 45, co. 17 del D.lgs. n. 80 del 1998 aveva stabilito che, *in subjecta materia*, «le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000». L'Adunanza Plenaria, facendo applicazione dei principi desumibili dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, aveva interpretato la norma nel senso che la scadenza infruttuosa del termine del 15 settembre 2000 per la proposizione del ricorso facesse venire meno, in ogni sede, il diritto di azione dell'interessato.

Alcuni dei medici ricorrenti si erano, quindi, rivolti alla Corte EDU denunciando la violazione da parte della Repubblica italiana dell'art. 6 della CEDU, sotto il profilo del diritto al giudice, e dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU, che garantisce i "beni" individuali, fra cui i diritti di credito, nonché dell'art. 14 della CEDU, che sancisce il principio (convenzionale) di eguaglianza sostanziale. La Corte EDU¹¹⁷, assorbita la questione della violazione dell'art. 14 della CEDU, aveva rilevato la lesione del diritto di accesso ad un tribunale, per via della buona fede dei ricorrenti desumibile dalla circostanza che la disciplina di riferimento si prestava a più interpretazioni plausibili, oltre che un'ingiustificata ingerenza dello Stato nel diritto al rispetto dei beni individuali.

Infine, la Corte di Strasburgo aveva riservato a successiva pronuncia la decisione sull'equa soddisfazione da riconoscere ai ricorrenti ai sensi dell'art. 41 della CEDU; decisione poi effettivamente assunta con sentenze del 6 settembre 2018, che ha liquidato il danno in complessivi € 587.000,00.

Ottenuto l'accertamento da parte della Corte EDU delle violazioni della Convenzione perpetrate dallo Stato in proprio danno, ai ricorrenti non rimaneva che adoperare i rimedi interni per rimuovere la lesione. L'operazione era, tuttavia, sostanzialmente impedita dall'assenza nell'ordinamento processuale amministrativo di mezzi di impugnazione idonei a travolgere il giudicato al fine di permettere l'adeguamento alle pronunce della Corte di Strasburgo. Di qui la proposizione di un giudizio di revocazione, con esplicita richiesta all'Adunanza Plenaria di interpretare in senso costituzionalmente orientato gli artt. 395 e 396 c.p.c., nonché l'art. 106 c.p.a., oppure, in subordine, di sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale, deducendo il contrasto con gli artt. 11 e 117, co. 1 Cost.

L'Adunanza Plenaria, nel vagliare l'ammissibilità del ricorso per revocazione, richiamandosi ai principi già affermati in materia penale dalla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011, riteneva «che un contrasto tra le norme processuali interne e l'obbligo gravante sullo Stato di conformarsi alle sentenze CEDU possa sussistere anche nel caso di specie in cui è in discussione l'ammissibilità del ricorso per la revocazione di una sentenza del giudice amministrativo». Venivano anche richiamate le indicazioni del Comitato dei Ministri, che "incoraggiavano" a riaprire i processi diversi da quelli penali quando la fonte della violazione accertata dalla Corte EDU sia una decisione giudiziaria e la lesione non possa essere adeguatamente rimediata per equivalente.

¹¹⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., ord., 4 marzo 2015, n. 2.

¹¹⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 22 febbraio 2007, n. 4.

¹¹⁷ Corte EDU, 4 febbraio 2004, in causa 29907/07, *Staibano et al. c. Italia*; Corte EDU, 4 febbraio 2004, in causa 29932/07, *Mottola et al. c. Italia*.

Pertanto, l'Adunanza Plenaria rimetteva alla Consulta la questione di legittimità costituzionale «degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. in relazione agli artt. 117 co.1, 111 e 24 Cost nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

La Corte costituzionale ha rigettato la questione sollevata, ritenendola infondata.

Il ragionamento della Corte si incentra sul profilo della «*tutela dei soggetti diversi dallo Stato che hanno preso parte al giudizio interno*», che segnerebbe «*la principale differenza fra i processi penali e quelli civili, differenza che riguarda pure quelli amministrativi, anch'essi caratterizzati dalla frequente partecipazione al giudizio di amministrazioni diverse dallo Stato, di parti resistenti private affidatarie di un munus pubblico e di controinteressati*».

La Corte mostra preoccupazione in ordine al bilanciamento fra il diritto di difesa dei terzi, garantito dall'autorità del giudicato, e il diritto di azione dell'interessato, e afferma che «*tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore*», non esimendosi, peraltro, dal rivolgere un invito alla Corte EDU (e al Consiglio d'Europa) per favorire l'intervento nel giudizio convenzionale di tutti i soggetti che hanno preso parte nel processo interno: «*Non vi è dubbio, allora, che una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi - per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte EDU - renderebbe più agevole l'opera del legislatore nazionale*».

La soluzione avanzata dalla Corte - tutta incentrata sulla ponderazione interna del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost. - non convince a pieno. Se è, infatti, vero che il giudizio amministrativo è aperto alla partecipazione di soggetti privati diversi dal ricorrente, è altresì vero che in molte occasioni - come, peraltro, accadeva nel giudizio *a quo* - la dialettica processuale si dipana esclusivamente fra il privato ricorrente e l'Amministrazione resistente.

A ciò si aggiunga che il giudizio avanti alla Corte EDU non è strutturato secondo un modello impugnatorio (a meno di non voler trasformare la Corte EDU in un quarto grado di giudizio), e dunque non può ivi trovare ingresso l'antagonismo degli interessi privati. A ben vedere, in sede convenzionale, viene di regola richiesto l'accertamento da parte del privato di una violazione da parte dello Stato dei diritti garantiti dalla CEDU, con contestuale richiesta di condanna. Rispetto al *petitum* così individuato, i soggetti privati diversi dal ricorrente non appaiono titolari di alcun interesse uguale e contrario a quello fatto valere dal ricorrente, non potendosi argomentare nel senso dell'interesse del terzo all'accertamento (negativo) dell'insussistenza della lesione lamentata.

Al più, i terzi potrebbero dirsi legittimati ad intervenire quali *amici curiae*, al fine di portare a conoscenza della Corte EDU elementi utili ad una più esaustiva cognizione della vicenda processuale esaminata, come, del resto, oggi accade anche nel processo costituzionale.

Le medesime coordinate ermeneutiche sono state adottate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 93 del 2018, con la quale è stata rigettata la *quaestio legitimatis* sollevata dalla Corte d'Appello di Venezia avente anch'essa ad oggetto gli artt. 395 e 396 c.p.c. «*nella parte in cui non prevedono tra i casi di revocazione quello in cui essa «si renda necessaria per consentire il riesame del merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»*», per il ritenuto contrasto con l'art. 117, co. 1 Cost., in relazione all'art. 46, par. 1 della CEDU.

In sostanza, le censure mosse dal giudice rimettente erano del tutto sovrapponibili a quelle contenute nella ricordata ordinanza n. 2/2015 dell'Adunanza Plenaria, con la differenza che, nel caso in esame, la questione di legittimità costituzionale era sorta in un processo civile, e la lesione lamentata dalla ricorrente per revocazione non avrebbe mai potuto essere ristorata per equivalente.

La Corte d'Appello di Venezia era stata, infatti, adita da una madre, la Sig.ra Zhou, per la revocazione della sentenza con cui la medesima Corte aveva confermato la decisione del Tribunale per i minorenni di Venezia che aveva dichiarato lo stato di adottabilità del figlio minore, disponendo l'interruzione dei rapporti con la madre e la nomina di un tutore.

La domanda di revocazione della sentenza d'appello si basava su di una sopravvenuta decisione¹¹⁸ della Corte EDU, che aveva accertato la violazione da parte della Repubblica italiana, ai danni della donna, dell'art. 8 della Convenzione, relativo al rispetto della vita privata e familiare. Più in particolare, la Corte di Strasburgo, premesso il rilievo circa l'insussistenza di condizioni - quali abusi, violenze o maltrattamenti ai danni del minore - tali da imporre *sic et simpliciter* la rescissione di ogni rapporto fra il figlio e la madre, aveva ritenuto che «*le autorità avrebbero dovuto adottare misure concrete per permettere al minore di vivere con la madre prima di disporre il suo affidamento e avviare una procedura di adottabilità*».

La tutela in forma specifica dei diritti della donna, consentendole la ricongiunzione con il figlio indebitamente sottratto, era, tuttavia, impedita dall'autorità del giudicato formatosi sulla revocanda sentenza della Corte d'Appello di Venezia.

Nel caso di specie, la cornice fattuale di riferimento mostrava marcate differenze rispetto alla vicenda dei "medici a gettone". Nell'affare *Zhou* il principio cardine della certezza del diritto si poneva in tensione non con interessi di natura prevalentemente patrimoniale (come il diritto alla pensione, rilevante nel caso dei "medici a gettone"), bensì con il diritto alla genitorialità, nonché al superiore interesse del minore, impossibilitato a ricongiungersi con la madre biologica.

In un tale contesto, la motivazione addotta dalla Corte per giustificare il rigetto della *quaestio legitimatis* è laconica. La Consulta opera un sostanziale rinvio *per relationem* alle considerazioni svolte nella sentenza n. 123 del 2017, limitandosi a rilevare che non erano *medio tempore* intervenute decisioni della Corte EDU che imponessero la riapertura dei processi diversi da quelli penali nelle ipotesi di accertamento della lesione da parte dello Stato dei diritti convenzionalmente tutelati, e che, pertanto, ciò esauriva l'esame del *thema decidendum*.

La posizione della giurisprudenza costituzionale, seppur criticabile, appare intrinsecamente coerente e in linea con un opportuno atteggiamento di deferenza nei confronti del legislatore, in difetto di interpretazioni difformi consolidatesi in seno alla Corte EDU. E, ai nostri fini, non è senza significato che la Corte abbia adottato il medesimo atteggiamento di *self restraint* nel rifiutarsi di introdurre «*una nuova configurazione del complessivo trattamento sanzionatorio di tutti gli illeciti amministrativi, in un ambito in cui deve riconoscersi al legislatore un ampio margine di libera determinazione*»¹¹⁹.

La Corte, peraltro, mostra di non ignorare la pregnanza del tema esaminato, laddove afferma che «*specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte EDU*»¹²⁰.

Occorre ora valutare se i ridetti principi possono comunque trovare applicazione nella peculiare materia delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali, e anche nell'ipotesi in cui la causa di revocazione di cui si richiede l'introduzione sia rappresentata dalla sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della norma sulla base della quale è stata irrogata una sanzione amministrativa sostanzialmente penale, la cui impugnazione è stata definita con sentenza definitiva in senso sfavorevole all'interessato.

¹¹⁸ Corte EDU, 21 gennaio 2014, in causa n. 33773/11, *Zhou c. Italia*.

¹¹⁹ Corte cost., 27 luglio 2016, n. 193.

¹²⁰ Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6.

Infatti, a seguito della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2021, in dottrina è emerso l'auspicio per «una sentenza additiva della Corte costituzionale sull'art. 365 c.p.c. che stabilisca una nuova ipotesi di revocazione della sentenza per le sanzioni amministrative sostanzialmente penali, sulla scia peraltro della sentenza additiva n. 113 del 2011 sulla revisione della sentenza penale»¹²¹. Ciò in quanto, anche alla luce del processo di progressiva assimilazione di cui si è dato conto, le sanzioni di indole sostanzialmente penale avrebbero, rispetto alle pene in senso stretto, il medesimo grado di «afflittività nei confronti dei diritti fondamentali di libertà dell'individuo». Inoltre, in relazione a tali sanzioni, scemano anche le esigenze di tutela dei terzi, posto che è «la stessa natura della sanzione a implicare che la controparte, nel giudizio di opposizione alla sanzione, sia il soggetto dotato del potere punitivo e non altri eventualmente danneggiati, che solo in altra sede (ma non nel giudizio di opposizione), potranno far valere le proprie ragioni».

Alla luce delle motivazioni contenute nella sentenza n. 68 del 2021, la condivisibile soluzione avanzata in dottrina merita alcune puntualizzazioni.

In primo luogo, occorre coordinare i principi ivi espressi con la tesi tradizionale per cui la formazione del giudicato rappresenta, al di fuori della materia penale, il limite alla retroattività dell'efficacia delle sentenze costituzionali di accoglimento.

Il rigore della tesi in esame potrebbe essere temperato con esclusivo riferimento alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali, rispetto alle quali la stessa Corte ha ritenuto irragionevole che il sanzionato debba subire gli effetti dell'applicazione di una norma colpita da una sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità.

Più in particolare, nella materia *de qua*, si potrebbe proporre di ritenere il rapporto non ancora esaurito finché perdurano gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla sentenza che ha deciso sull'impugnazione di sanzioni amministrative sostanzialmente penali in senso sfavorevole al sanzionato. Ci si riferisce, ad esempio, ai casi in cui si tratti di sanzione interdittiva ed ancora non sia scaduto il termine dell'interdizione, o di una sanzione pecuniaria non ancora pagata dal condannato, in riferimento alla quale sia pendente l'esecuzione.

Inoltre, il rimedio della revocazione dovrebbe dirsi ammissibile solo previo accertamento dell'incidenza della sanzione ancora da eseguirsi su diritti costituzionalmente rilevanti, quali la libertà d'impresa o il diritto al lavoro.

A garanzia della certezza del diritto, poi, rimarrebbe comunque operante la disciplina dei termini prevista dall'art. 325 c.p.c., alla cui stregua la revocazione può essere, in linea generale, proposta entro 30 giorni dal verificarsi della causa di revocazione.

Nel caso di specie, il *dies a quo* per la proposizione della revocazione dovrebbe essere individuato nel giorno in cui è pubblicata la sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità della norma attributiva della potestà sanzionatoria.

Una diversa soluzione potrebbe consistere nell'esperimento, dinanzi al giudice (civile o amministrativo) munito di giurisdizione, di un'azione di accertamento negativo circa l'inesistenza, l'inefficacia, l'inopponibilità o, comunque, l'ineseguibilità del giudicato formatosi sull'impugnazione di una sanzione amministrativa sostanzialmente penale, definita in applicazione di una norma, attributiva della potestà sanzionatoria, successivamente dichiarata incostituzionale.

¹²¹ A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2021, p. 274.

Per tale via, il soggetto interessato potrebbe direttamente far valere, senza limiti di tempo, l'applicazione dell'art. 30, comma 4 della legge n.87/1953, sostenendone un'interpretazione estensiva conforme ai principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 68 del 2021. Qualora tale interpretazione non risultasse predicabile, alla luce della formulazione della norma, dovrebbe eccepirsi l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, comma 4 della legge n. 87/1953, in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione (formalmente) amministrativa (ma) sostanzialmente penale concretamente irrogata sulla base di una norma successivamente dichiarata incostituzionale.

In una prospettiva *de jure condendo*, nell'uno e nell'altro rimedio, assumerà cruciale rilievo la formulazione della questione di illegittimità costituzionale.

Nelle trame della sentenza n. 68 del 2021 traspare, infatti, la preoccupazione per interpretazioni eccessivamente "sartoriali" della nozione di sostanza penale da parte dei giudici comuni, col rischio di contrasto fra giudicati, e conseguente lesione dei principi di certezza del diritto. La Corte ha, infatti, preferito attribuirsi «*il compito di valutare, caso per caso, la natura preventiva o afflittiva delle sanzioni amministrative*»¹²². In questa prospettiva, una più circoscritta formulazione del quesito di costituzionalità ne aumenterebbe senza dubbio le possibilità di accoglimento, quietando i timori manifestati dalla giurisprudenza costituzionale.

¹²² V. MARCENÒ, *op. ult. cit.*.

L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEGLI OBIETTIVI CLIMATICI: COME GLI IMPEGNI ASSUNTI DAGLI STATI VENGONO PRESI SUL SERIO DAI GIUDICI.

Giacomo Vivoli

Professore a contratto in Diritto dell'ambiente - Università di Firenze

ABSTRACT [ITA]: il contributo ha lo scopo di esaminare alcune recenti sentenze europee di giustizia climatica; in particolare vengono analizzati il caso olandese "*Urgenda*", il caso francese "*Affaire du siècle*" e la decisione del *Bundesverfassungsgericht* che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni del *Bundes-Klimashutzgesetz*; l'analisi è preordinata ad individuare la presenza di elementi comuni tra le decisioni e si conclude con alcune riflessioni sull'ordinamento italiano per valutare se possa essere pronto ad accogliere le prossime sfide della giustizia climatica.

ABSTRACT [ENG]: *this paper is aimed to analyze some recent European judgments of climate justice: the Dutch "Urgenda" case, the French "Affaire du siècle" case and the Bundesverfassungsgericht decision which declared the constitutional illegitimacy of some provisions of the Klimashutzgesetz; the analysis also highlights the presence of common elements between the decisions and concludes with some reflections on the Italian legal system to assess whether it can be ready to accept the next challenges on climate justice.*

SOMMARIO: **1.** L'esplosione della c.d. giustizia climatica; **2.** Il *frame work* generale sui cambiamenti climatici; **3.** La prima sentenza "storica": il caso Urgenda; **4.** Il caso francese "*Affaire du siècle*": il *préjudice écologique* dovuto al deficit sul primo *budget carbone* deve essere riparato; **5.** Il caso tedesco: la "miopia" del *Bundes-Klimashutzgesetz* viola i diritti fondamentali; **6.** L'ordinamento italiano davanti ai ricorsi sul clima.

L'esplosione della c.d. giustizia climatica.

Le sentenze di giustizia climatica non possono essere più considerate casi singoli o isolati ma, anzi, iniziano a definire una loro specifica trama¹; nel periodo 2015-2021 il contenzioso avente ad oggetto il clima ha sia assunto una dimensione quantitativa di indubbio rilievo, interessando oramai molti Stati, sia prodotto, in termini qualitativi, risposte giurisdizionali decisive e innovative.

Infatti, dopo il noto caso "apripista" Urgenda, iniziato con la decisione di primo grado del 2015 e concluso con la sentenza della *Supreme Court of Netherlands* del 2019, dove i giudici olandesi hanno condannato, in via definitiva, lo Stato ad implementare una politica ambientale più rigorosa sembra che oramai tutta l'Europa sia sollecitata da casi di giustizia climatica.

¹ Su questa rivista in argomento cfr. M.MAGRI, "Il 2021 è stato l'anno della "giustizia climatica"?", n. 4, 2021, pp. 1-19; F.SCALIA, *La giustizia climatica*, in *federalismi.it*, n. 10, 2021, pp. 269-308; S.NESPOR, *I principi di Oslo: nuove prospettive per il contenzioso climatico*, in *Giornale Dir.Amm.*, 2015, n. 6, pp. 750-755; B.POZZO, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2021, n.2, pp. 271-317; M.SCHIRIPA, *Climate Change Litigation and the Need for 'Radical Change'*, in *federalismi.it*, n. 3, 2022, p. 184 e ss.

In via preliminare, per giustizia climatica, termine richiamato anche nei preamboli all'Accordo di Parigi² è da intendersi, nell'assenza di una definizione positiva³, qualsiasi decisione giurisdizionale a fronte di un ricorso promosso "*in the name of climate change*"; elemento che sembra risulta l'unico denominatore comune a fronte di una pluralità di casistiche⁴ che può vedere coinvolti, da un punto di vista soggettivo, ricorrenti di diversa natura, le cui azioni possono basarsi su richieste differenziate nonché, in funzione dell'atto impugnato e dell'organizzazione giurisdizionale dello Stato territorialmente interessato dal contenzioso, promosse davanti a tribunali diversi.

Per quanto concerne i *plaintiff*, questi possono essere espressioni della società civile che, individualmente o tramite enti associativi che li rappresentano, ricorrono in giudizio contro soggetti pubblici contestando la loro inazione - o insufficiente azione - rispetto agli impegni assunti a protezione del clima; spesso, ma non sempre, le azioni vengono poste in essere anche in nome delle generazioni future.

Ma se lo schema "società civile vs stato" rappresenta sicuramente la forma più nota e diffusa, anche per l'attenzione mediatica che suscita, il contenzioso climatico può assumere anche altre forme; infatti possono presentarsi casi di contenzioso "*endoistituzionale*" dove le parti in causa sono solo soggetti pubblici seppur di livello territoriale diverso⁵; non mancano neppure casi in cui la società civile, oppure gli stessi soggetti pubblici, ricorrano verso enti privati in relazione alla presupposta attività imprenditoriale non adeguatamente in linea con la politica e la regolazione climatica⁶.

Per quanto concerne l'ambito giurisdizionale attivato, i ricorsi possono percorrere la via del contenzioso civile, come il caso *Urgenda*⁷, oppure quella amministrativa, come il caso francese "*Affaire du Siècle*"⁸ oppure, come il caso tedesco relativo alla legge federale sulla protezione del clima (*Klimaschutzgesetz*), assumere una dimensione costituzionale⁹.

Sollecitati dai numerosi ricorsi, i vari sistemi giudiziari hanno dovuto affrontare in maniera sistematica le delicate questioni giuridiche che le istanze dei ricorrenti ponevano, tra le quali, le più rilevanti, sembrano essere, anche seguendo un ordine procedurale, la legittimazione ad agire e il principio di separazione dei poteri; nel primo caso la giurisprudenza è tenuta ad affrontare la delicata questione di ammettere o meno la c.d. *locus standi* o *standing* del *plaintiff*; valutare quindi, preliminarmente, se il *plaintiff* può, a prescindere ovviamente dall'esito di merito, accedere alla giustizia; nel secondo caso, invece, la decisione di accoglimento dovrà

² Dove risulta che «[n]oting the importance of ensuring the integrity of all ecosystems, including oceans, and the protection of biodiversity, recognized by some cultures as Mother Earth, and noting the importance for some of the concept of 'climate justice', when taking action to address climate change».

³ Per una ricostruzione dei concetti di "giustizia" ("ambientale", "climatica" ed "ecologica") e "contenzioso" ("ambientale", "climatico" ed "ecologico") cfr M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, pp. 1345-1369; per le incertezze dell'espressione "giustizia climatica" S. BALDIN, P. VIOLA, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2021, pp. 600-606.

⁴ Per delle possibili classificazioni cfr J. SETZER, R. BYRNES, *Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot policy report*, 2019, p. 4 dove gli autori suddividono i casi tra "strategic" e "routine" e K. BOUWER, *The Unsexy Future of Climate Change Litigation*, in *Journal of Environmental Law*, n. 30, 2018, pp. 483-506 che propone invece quattro diverse prospettive di osservazioni dei casi.

⁵ Ad esempio il caso francese del comune di Grande-Synthe, piccolo comune della costa atlantica, che nel 2019 ha promosso un ricorso contro le autorità statali francesi affinché adottassero le misure per affrontare l'innalzamento del livello dell'acqua causate dal riscaldamento globale; della sentenza del Consiglio di Stato del 1 luglio del 2021 se ne darà conto *infra* par. 4.

⁶ Si precisa che il presente contributo prende in considerazione solo casi in cui il convenuto è lo Stato e il ricorrente è la società civile, come singoli individui o tramite enti associativi; una banca dati particolarmente utile per reperire informazioni sullo stato dell'arte dei contenziosi sul clima a livello mondiale è reperibile al sito <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/>

⁷ *Infra* par. 3.

⁸ *Infra* par. 4.

⁹ *Infra* par. 5.

adeguatamente motivare perché non risulti superata di quella linea di confine, sottile ma impenetrabile, che separa l'ambito giurisdizionale dalla sfera politica; la decisione dovrà quindi esplicitare in maniera chiara il filo argomentativo che permette al giudice di accogliere le rimozioni del ricorrente senza che la sua decisione possa sconfinare, arbitrariamente, nell'esercizio di poteri che non gli appartengono.

Il presente contributo è volto ad analizzare alcune delle più recenti decisioni di giustizia climatica; data la vastità del contenzioso climatico, i criteri selettivi adottati per il presente elaborato sono stati quelli di dare preferenza alla dimensione europea e di scegliere, quale elemento di omogeneità nella scelta dei casi, ricorsi promossi dalla società civile contro lo Stato; lo scopo successivo è quello di tentare di individuare possibili punti comuni nelle decisioni in quanto, al di là delle diverse caratteristiche costituzionali, legislative e giurisdizionali afferenti i singoli Stati, nonché le differenze che distinguono le singole decisioni, la giustizia climatica tende a porre alcune criticità comuni; si formuleranno, infine, alcune riflessioni su come il nostro ordinamento sia, costituzionalmente e giurisdizionalmente, pronto a recepire le sollecitazioni prodotte dalla giustizia climatica prendendo spunto dal caso che riguarda l'Italia (il c.d. "giudizio universale").

Preme anche precisare come ogni sentenza analizzata nel presente contributo, per i suoi spiccati elementi innovativi, richiederebbe approfondimenti molto articolati anche in funzione della diversità degli ordinamenti giuridici; al fine di rendere compatibile l'analisi delle decisioni con gli scopi del presente contributo, si metteranno in evidenza, per ogni caso, soltanto quegli elementi che, a giudizio di chi scrive, appaiono di maggior rilievo.

Il *frame work* generale sui cambiamenti climatici.

Il 2015, oltre che anno della sentenza di primo grado "*Urgenda*", è stato anche quello in cui è stato adottato il testo dell'Accordo di Parigi¹⁰, elemento fondamentale su cui si fonda e si svilupperà l'azione climatica futura; difatti, una volta firmato e ratificato, da un lato, l'adozione dello strumento pattizio impegna, sul piano internazionale e interno, il singolo Stato¹¹, dall'altro diventa anche un inevitabile parametro di riferimento a disposizione dei giudici nazionali per l'interpretazione delle norme interne in riferimento al clima¹².

L'Accordo di Parigi risulta attuazione della Convenzione sui cambiamenti climatici del 1992, impegno elaborato in seno alla Conferenza sull'Ambiente e sullo Sviluppo delle Nazioni Unite (UNCED)¹³ quando furono poste le basi ed i principi per iniziare ad affrontare la complessa questione¹⁴; rappresenta anche il superamento del noto Protocollo di Kyoto, firmato nel 1997 ma entrato in vigore il 16 febbraio 2005, dove furono individuati degli obiettivi specifici di riduzione delle emissioni climalteranti per il periodo 2008-2012 rispetto al 1990; tuttavia la mancata ratifica di USA e Cina, quindi dei grandi inquinatori, nonché il successivo ritiro del Canada nel 2011, hanno fortemente indebolito l'effettiva capacità degli impegni presi dagli Stati aderenti; con il successivo emendamento di Doha, adottato l'8 dicembre 2012, sono stati poi ridefiniti gli obiettivi di riduzione delle emissioni per il periodo 2013-2020 prima che il testimone passasse davvero all'Accordo di Parigi che riguarda, invece, il periodo *post* 2020.

¹⁰ Il testo è stato firmato il 12 dicembre 2015 ma l'Accordo è stato aperto alla firma a New York per un anno, a partire dal 22 aprile 2016 ed è entrato in vigore il 4 novembre 2016 dopo che è stata soddisfatta la condizione dell'art. 21 che la posticipava al trentesimo giorno successivo alla data in cui almeno 55 Parti della convenzione, che rappresentassero almeno il 55 % del totale delle emissioni di gas a effetto serra mondiali, avessero depositato i loro strumenti di ratifica, accettazione, approvazione o adesione; peraltro, nonostante la formale entrata in vigore da un punto di vista giuridico nel 2016, l'Accordo, in termini sostanziali, è rivolto a regolare il periodo *post* 2020.

¹¹ L'Italia ha firmato l'accordo il 22 aprile 2016 e lo ha ratificato l'11 novembre dello stesso anno con la L. n. 204/2016.

¹² F.SCALIA, *La giustizia climatica*, in *op.cit.* p. 270.

¹³ UNCED, *United Nations Conference on Environment and Development*.

¹⁴ L'accordo fu aperto alle ratifiche il 9 maggio 1992 e è entrato in vigore il 21 marzo 1994.

Inoltre, l'Accordo di Parigi si inserisce all'interno di un quadro generale più ampio e articolato, denso di iniziative internazionali e sovranazionali, tutte dirette ad attuare una graduale riduzione delle emissioni di gas a effetto serra; peraltro, come emergerà nel prosieguo, è osservabile, soprattutto a livello europeo, un incedere incalzante di impegni di riduzione sempre più rigorosi in funzione anche di dati scientifici che forniscono scenari sempre più preoccupanti sugli effetti imputabili ai cambiamenti climatici¹⁵.

In primis, sul piano internazionale, occorre ricordare l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, programma d'azione adottato all'unanimità dai 193 Stati aderenti all'ONU nel settembre del 2015 (quindi in prossimità dell'Accordo di Parigi che sarà siglato il successivo 12 dicembre a conclusione della COP21); l'Agenda rappresenta un documento strategico di ampio respiro ed individua 17 *Sustainable Development Goals* all'interno di un vasto programma d'azione finalizzato a raggiungere determinati obiettivi in ambito ambientale, economico, sociale e istituzionale entro il 2030; nonostante la trasversalità degli impatti climatici impedisca di individuare una precisa delimitazione delle misure da adottare, sicuramente l'SDG n. 13 denominato "*Take urgent action to combat climate change and its impacts*" rappresenta comunque, all'interno dell'agenda 2030, il riferimento più evidente.

In particolare, tenuto conto che il sotto-obiettivo 13.2 richiede ai Paesi di integrare «*climate change measures into national policies, strategies and planning*», l'Accordo di Parigi sembra rappresentare proprio l'implementazione sul piano del diritto pattizio, seppur con tutte le sue peculiarità, dell'impegno strategico indicato nell'agenda 2030, documento privo di cogenza giuridica.

L'obiettivo generale dell'Accordo di Parigi è quello di contenere l'aumento della temperatura media mondiale ben al di sotto di 2 °C rispetto ai livelli preindustriali ma individua un obiettivo "*raccomandabile*" in un aumento di 1,5 °C rispetto ai livelli preindustriali, riconoscendo che ciò potrebbe ridurre in modo significativo i rischi e gli effetti dei cambiamenti climatici; sull'acquisita consapevolezza che la variazione climatica risulta oramai, a prescindere dagli sforzi profusi, passati e futuri, non arrestabile, si prevedono anche strategie di adattamento agli effetti negativi prodotti dai cambiamenti climatici; in altri termini visto che, anche riuscendo ad agire rapidamente e con la massima efficacia sulle cause, non si riuscirebbe comunque ad impedire l'aumento del clima, si mira anche a promuovere tutte quelle azioni che servono a contenerne gli effetti.

L'Accordo si fonda sulla responsabilità comune ma differenziata che, in forma alquanto embrionale, era una esigenza emersa già in seno alla conferenza Onu del 1972 che ha elaborato la Dichiarazione di Stoccolma, considerabile il primo documento internazionale, seppur di *soft law*, dedicato esplicitamente all'ambiente nel suo complesso; difatti, all'interno del Principio n. 23 del documento risultava già indicato come «*it will be essential in all cases to consider the systems of values prevailing in each country, and the extent of the applicability of standards which are valid for the most advanced countries but which may be inappropriate and of unwarranted social cost for the developing countries*».

Del resto, se l'ammissione di una responsabilità comune risponde, oltre che a logiche di evidenza, a determinare quella condizione minima necessaria per lo sviluppo di una cooperazione internazionale in funzione degli obiettivi prefissati, la differenziazione fu, sin dal dibattito in seno alla conferenza del 1972, argomento sollevato dai paesi in via di sviluppo che reclamavano di tener conto delle evidenti differenze economiche tra gli Stati e che qualsiasi futuro accordo non potesse non considerarle; più in particolare, rifiutavano di accollarsi costi economici in misura tale da impedire loro di proseguire quel sentiero di sviluppo che i paesi industrializzati avevano, inquinando, già percorso.

¹⁵ In particolare i report scientifici, quali ad esempio quelli elaborati dall'IPCC, pongono l'attenzione sui rischi di superamento dei cd "*tipping points*" traducibili come punti di non ritorno; in sintesi, qualora superati tali limiti, potrebbero prodursi una serie di cambiamenti rapidi ed irreversibili di entità tale da non permettere più il mantenimento del clima in uno stato di equilibrio.

Il principio trova poi la sua forma più matura all'interno della Dichiarazione di Rio del 1992 su Ambiente e sviluppo il cui Principio n. 7 dispone che «*[i]n view of the different contributions to global environmental degradation, States have common but differentiated responsibilities*»; inoltre, rimarcando la responsabilità storica dei paesi sviluppati in relazione all'inquinamento ambientale, il testo prosegue specificando che «*[t]he developed countries acknowledge the responsibility that they bear in the international pursuit of sustainable development in view of the pressures their societies place on the global environment and of the technologies and financial resources they command*»; nell'art. 2 dell'Accordo di Parigi, che ne definisce gli obiettivi, viene ribadito che esso «*will be implemented to reflect equity and the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances*».

In termini di impegni assunti dai singoli Stati vale la pena anche evidenziare la peculiarità che contraddistingue l'Accordo di Parigi il quale, a differenza del Protocollo di Kyoto, non individua, staticamente, un livello di riduzione delle emissioni da raggiungere entro un certo termine; il meccanismo è invece congegnato in modo da lasciare agli Stati firmatari stessi la scelta di decidere il proprio obiettivo di riduzione prevedendo, dinamicamente, un percorso di miglioramento proiettato nel futuro, sempre di natura volontaria; si predilige quindi, a differenza dell'approccio utilizzato con il Protocollo di Kyoto, una logica “*bottom-up*”.

Infatti, in base all'art. 4 dell'Accordo, ogni Parte si impegna a comunicare e mantenere i contributi di riduzione determinati a livello nazionale; tali contributi, iscritti in un apposito registro pubblico tenuto dal Segretariato, devono essere poi rivisti ogni cinque anni.

Quindi, l'obbligo per lo Stato firmatario è quello di definire, in piena autonomia, i propri obiettivi di riduzione delle emissioni inquinanti; senza voler togliere niente all'importanza di giungere a firmare un accordo internazionale ampiamente condiviso su una questione così importante e trasversale, relativamente in poco tempo occorre anche considerare come il meccanismo degli impegni di riduzione, così come congegnato, ha sicuramente favorito l'adesione di Stati per i quali la definizione di obiettivi eterodeterminati sarebbe risultata probabilmente più complicata e avrebbe richiesto molto più tempo; ed è altrettanto evidente, anche alla luce dell'attuale scenario internazionale, che senza l'adesione dei “grandi inquinatori”¹⁶, qualsiasi impegno, anche molto ambizioso, da parte degli altri Stati rischia di vedere completamente frustrati gli obiettivi prefissati; Protocollo di Kyoto *docet*.

Sul piano sovranazionale, l'attività dell'UE è stata particolarmente intensa in tema di cambiamenti climatici; sarebbero vastissime le fonti e i momenti istituzionali da dover richiamare per offrire un quadro completo in materia di energia e clima; limitandosi ai richiami essenziali e più recenti si ricorda il “*pacchetto clima-energia*”, valido per il periodo successivo al primo termine del Protocollo di Kyoto (quindi post 2012), e pensato sino al 31 dicembre 2020; l'obiettivo, noto come “*20-20-20*”, era quello di ridurre del 20% le emissioni di gas a effetto serra, migliorare del 20% il risparmio energetico ed aumentare del 20% l'energia proveniente da fonti rinnovabili. Più precisamente, la Commissione europea ha proposto, il 10 gennaio 2007, un pacchetto completo di misure per la concezione di una nuova politica energetica per l'Europa economicamente sostenibile allo scopo di affrontare i cambiamenti climatici e rafforzare la sua sicurezza energetica; all'interno di tale pacchetto è stata presentata la Comunicazione “*Limiting Global Climate Change to 2 degrees Celsius The way ahead for 2020 and beyond*” dove viene affermato che l'UE dovrebbe adottare tutti quei provvedimenti necessari al fine di garantire che l'innalzamento della temperatura media a livello mondiale non superi di oltre 2 °C i livelli dell'era preindustriale e che, nel far questo, dovrebbe assumere un ruolo guida a livello internazionale (“*take the lead internationally*”).

¹⁶ Si tenga presente che in base alle emissioni attuali il più grande inquinatore non sono più gli USA ma la Cina; tuttavia se invece non si considerasse il flusso attuale delle emissioni inquinanti quanto invece lo stock di inquinamento prodotto (quindi il cumulo delle emissioni inquinanti nel tempo) il principale inquinatore sarebbero sempre gli USA; per dati sulle emissioni storiche ed attuali dei singoli Stati cfr studio elaborato da *Carbon brief*, sito web del Regno Unito che segue le questioni climatiche “*Which countries are historically responsible for climate change?*” che prende in esame il periodo 1850-2021; lo studio è reperibile all'indirizzo <https://www.carbonbrief.org/analysis-which-countries-are-historically-responsible-for-climate-change>.

Da un punto di vista normativo, come attuazione del pacchetto clima energia, è stata approvata la Direttiva 2009/29/UE, recepita con D.Lgs. 30/2013, che ha modificato la precedente Direttiva 2003/87/UE con la quale era stato istituito il sistema di mercato per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra, il noto *Emission Trading System (ETS)*¹⁷; inoltre, per i settori esclusi dal sistema ETS, con la decisione n. 406/2009 si era proceduto a ripartire tra gli Stati membri gli obiettivi di riduzione delle emissioni serra (c.d. *"effort sharing"*) entro il 2020 rispetto ai livelli del 2005¹⁸. Si giunge poi alla Comunicazione del 22 gennaio 2014 *"A policy framework for climate and energy in the period from 2020 to 2030"*, dove, in vista del futuro incontro a Parigi, la Commissione europea *«invites the Council and the European Parliament to agree by the end of 2014, that the EU should pledge a greenhouse gas emissions reduction of 40% by early 2015 as part of the negotiations which conclude in Paris in December 2015»*; il successivo Consiglio europeo del 23-24 ottobre 2014 approva le conclusioni che prevedono un obiettivo UE vincolante di riduzione delle emissioni nazionali di gas a effetto serra almeno del 40% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990¹⁹. Passando per il *Clean Energy Package* (o *Winter Package*), un corposo pacchetto di iniziative legislative UE volte a ridisegnare il profilo del mercato elettrico europeo²⁰, è opportuno ricordare sia la Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2019, dove viene condiviso l'obiettivo di azzerare le emissioni nette di gas serra entro il 2050, sia la successiva Comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2019, il *"Green Deal europeo"* che risulta parte integrante della strategia per l'attuazione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile dell'ONU; in quest'ultimo documento la Commissione anticipa la futura proposta per la prima "legge per il clima" in modo da sancire giuridicamente l'obiettivo della neutralità climatica²¹ entro il 2050; impegno che, dopo la proposta di regolamento del 4 marzo 2020, viene rispettato con l'approvazione del Regolamento UE n. 2021/1119 del 30 giugno 2021 che istituisce un quadro *«per la riduzione irreversibile e graduale delle emissioni antropogeniche di gas a effetto serra dalle fonti e l'aumento degli assorbimenti dai pozzi regolamentati nel diritto dell'Unione»* e sancisce, sul piano del diritto positivo cogente²², l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050²³. Al fine di individuare un percorso per rispettare l'obiettivo di lungo periodo della neutralità climatica vengono anche fissati due obiettivi intermedi per gli anni 2030 e 2040; per quanto riguarda il

¹⁷ Il sistema di scambio delle quote di emissione ETS è diventato operativo il 1 gennaio 2005.

¹⁸ Per l'Italia l'obiettivo di riduzione era del 13%; con decisione 2020/2126/UE la Commissione europea ha individuato le assegnazioni per il periodo 2021-2030; l'unità di misura degli obiettivi è individuato nel valore adeguato dell'assegnazione annuale di emissioni in tonnellate di CO₂ equivalente; nel caso dell'Italia, per l'anno 2021, l'assegnazione di emissione per i settori non ETS risulta pari a 273.503.734 seguendo poi un percorso di graduale riduzione sino a prevedere, per l'anno 2030, un assegnazione pari a 230.860.626 di tonnellate di CO₂ equivalente.

¹⁹ L'obiettivo di riduzione del 40% entro il 2030 dovrebbe essere raggiunto in base ad una riduzione dei settori ETS e non ETS rispettivamente del 43% e del 30% rispetto al 2005.

²⁰ Gli atti legislativi sono la direttiva 2019/944/UE del 5 giugno 2019 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, il regolamento 2019/943/UE del 5 giugno 2019 sul mercato interno dell'energia elettrica, il regolamento 2019/942/UE del 5 giugno 2019 relativo all'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER), il regolamento 2019/941/UE del 5 giugno 2019 sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica, la direttiva 2018/2001/UE dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, la direttiva 2018/2002/UE dell'11 dicembre 2018 che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, la direttiva 2018/844/UE del 30 maggio 2018 che modifica la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia, la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica e il regolamento 2018/1999/UE dell'11 dicembre 2018 sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima.

²¹ L'impegno per una transizione verso l'azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra entro il 2050 era già stato delineato nella precedente Comunicazione del 28 novembre 2018 *"Un pianeta pulito per tutti - Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra"*.

²² Il regolamento UE apporta anche modifiche al regolamento CE n. 41/2009 e al più recente regolamento UE 2018/1999 che stabilisce *«la necessaria base legislativa per una governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima affidabile («meccanismo di governance»), inclusiva, efficace sotto il profilo dei costi, trasparente e prevedibile che garantisca il conseguimento degli obiettivi e dei traguardi a lungo termine fino al 2030 dell'Unione dell'energia, in linea con l'accordo di Parigi del 2015»* (considerando n. 1); in termini operativi tale regolamento individua il piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), di valenza decennale a partire dal periodo 2021-2030, come lo strumento strategico necessario per il raggiungimento degli obiettivi della regolazione (sul contenuto del PNIEC cfr in particolare art. 3 del Reg. UE n. 2018/1999 e, in generale, tutto il capo 2 del regolamento).

primo termine l'art. 4 del regolamento UE fissa già un obiettivo vincolante imponendo una riduzione delle emissioni nette²⁴ di «almeno» il 55% rispetto ai livelli del 1990; per quanto concerne invece gli obiettivi da raggiungere per il 2040 si rimanda la sua definizione successivamente al primo “bilancio globale”²⁵ previsto dall'art. 14 dell'Accordo di Parigi da tenersi all'interno della Conferenza delle parti nel 2023.

In coerenza con gli obiettivi del Reg. UE n. 2021/1119, l'UE ha trasmesso all'UNFCCC il 18 dicembre 2020 il proprio NDC con l'impegno di ridurre almeno del 55% entro il 2030 le emissioni serra del 1990.

Da segnalare anche la Comunicazione del 17 settembre 2020 della Commissione “*Un traguardo climatico 2030 più ambizioso per l'Europa - Investire in un futuro a impatto climatico zero nell'interesse dei cittadini*”, che, seppur all'interno del quadro di pandemia mondiale²⁶, così esordisce: «*La crisi climatica rimane la sfida decisiva del nostro tempo*».

Al fine di raggiungere l'ambizioso obiettivo di riduzione delle emissioni, la Commissione ha successivamente adottato, il 14 luglio 2021, il c.d. “*Fit for 55%*” con il quale, all'interno del *Green Deal europeo*, ha proposto alcune modifiche negli atti legislativi in relazione al clima.

A completamento della ricostruzione si segnalano anche il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e il Piano per la Transizione Ecologica (PTE); il primo strumento si inserisce all'interno della complessa risposta UE alla crisi pandemica perseguita con il *Next Generation EU* (NGEU) che si fonda sul Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori d'Europa (REACT-EU) e sul Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF); quest'ultimo richiede agli Stati membri di presentare il PNRR dove devono essere esplicitati gli investimenti e le riforme da porre in essere; anche se il PNRR non è uno strumento dedicato esclusivamente alla protezione dell'ambiente e ai cambiamenti climatici, gli Stati devono comunque illustrare come i loro Piani contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi climatici, ambientali ed energetici perseguiti dall'UE (quindi il PNRR dovrà integrarsi con il PNIEC)²⁷.

Il Piano per la Transizione Ecologica (PTE), ai sensi all'art. 4 del DL 22/2021, dovrà invece essere approvato dal Comitato Interministeriale per la Transizione Ecologica (CITE) istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri con il compito di «*assicurare il coordinamento delle politiche nazionali per la transizione ecologica e la relativa programmazione*».

Il PTE è stato concepito con la finalità di coordinare le politiche ambientali in materia di riduzione delle emissioni di gas serra, mobilità sostenibile, contrasto al dissesto idrogeologico e al consumo del suolo, risorse idriche e relative infrastrutture, qualità dell'aria ed economia circolare; è pertanto uno strumento di programmazione nazionale il cui contenuto dovrà comunque confrontarsi e integrarsi con il PNRR e il PNIEC per le questioni attinenti gli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas serra.

A conclusione di questa disamina, inevitabilmente parziale ad approssimativa, sembra di poter constatare che la questione cambiamenti climatici è stata presa dall'UE molto sul serio sia in termini di impegni istituzionali e di programmazione, sia nell'adozione di atti più propriamente normativi; la progressione e la relativa velocità con cui si assiste a stabilire nuovi obiettivi sempre più ambiziosi risulta evidente; nemmeno la grave crisi pandemica, tuttora in corso, con le evidenti ricadute negative nel contesto socio-economico, viene considerata una sopravvenienza che permette di allentare gli impegni per la riduzione delle emissioni; e appare preso sul serio anche l'art. 191 del TFUE in base al quale la politica dell'UE persegue l'obiettivo, «*in particolare [di] combattere i cambiamenti climatici*» nonché puntare ad un elevato livello di tutela.

²³ La formula utilizzata nell'art. 2 del Regolamento UE, dedicato all'obiettivo della neutralità climatica, stigmatizza la natura del termine del 2050 come obiettivo minimo; l'equilibrio tra emissioni e assorbimenti dovrebbe infatti essere raggiunto “al più tardi nel 2050” in modo da giungere, prima possibile, all'inversione del fenomeno cioè ad un flusso di emissioni negative.

²⁴ Da intendersi quindi come saldo tra le emissioni e gli assorbimenti.

²⁵ Salvo diversa decisione il bilancio globale prevede poi una periodicità ogni cinque anni.

²⁶ Il documento precisa che nonostante il mondo stia «*attraversando una crisi sanitaria con un impatto socioeconomico senza precedenti che deve essere affrontata con urgenza; tuttavia i nostri sforzi per far fronte a questa crisi non devono accelerarne o aggravarne un'altra. Rinviare l'azione per il clima o revocare le misure non è un'opzione praticabile per l'Unione europea*».

²⁷ Sul PNIEC vedi anche nota 22.

Tuttavia, nonostante tale constatazione, si analizzeranno adesso una serie di recenti sentenze che sembrano suggerire una prospettiva diversa, ossia che i singoli Stati non adottino misure sufficienti per affrontare le sfide dei cambiamenti climatici.

La prima sentenza “storica”: il caso Urgenda.

L’anno dell’Accordo di Parigi, il 2015, ha visto anche la prima sentenza del caso Urgenda²⁸; una decisione che ha segnato sicuramente una svolta sul piano della giurisprudenza internazionale in quanto, per la prima volta, un giudice²⁹ condannava il proprio Governo per l’insufficiente azione climatica adottata³⁰; tuttavia, trattandosi di una sentenza di primo grado, la decisione recava con sé ancora una inevitabile fragilità in quanto non era allora possibile prevedere se il Governo, che forse aveva sottovalutato il ricorso introduttivo, potesse nei gradi successivi veder ribaltato il giudizio; cosa che non è però accaduto in quanto la decisione ha trovato conferma sia nel giudizio di appello³¹ sia davanti alla *Supreme Court of the Netherlands*³², nel 2019; quest’ultima sentenza definita dal titolo del New York Times come “*Strongest Climate Ruling Yet*”³³.

In termini pratici, lo Stato olandese è stato obbligato a ridurre, entro la fine del 2020, le proprie “*ghg-emissions*” del 25% rispetto ai livelli del 1990³⁴, non essendo stato ritenuto adeguato l’obiettivo fissato tra il 14% e il 17%.

Analizzando più dettagliatamente il contenzioso è opportuno prendere le mosse dalla natura del *plaintiff*: “Urgenda” è un’organizzazione nata da uno *spin-off* del Dutch Research Institute for Transitions (Drift) presso l’Università Erasmus di Rotterdam, che vede tra i propri scopi sociali quello di adottare piani e misure per affrontare i cambiamenti climatici; Urgenda agiva in giudizio in nome proprio ma anche per conto di 886 persone fisiche nonché in nome delle generazioni future. Da un punto di vista costituzionale il Regno dei Paesi Bassi prevede un esplicito impegno dei pubblici poteri a protezione dell’ambiente; infatti l’art. 21 della Costituzione dispone che «*it shall be the concern of the authorities to keep the country habitable and to protect and improve the environment*»³⁵; per quanto concerne invece la questione della legittimazione ad agire, essa è stata riconosciuta ad Urgenda in base all’art. 3:305a del *Dutch Civil Code* che la ammette a fondazioni o associazioni con fini statuari che abbiano l’obiettivo di “*protect specific interests*” e che intendano proteggere “*similar interests of other persons*”.

²⁸ Urgenda Foundation v. the State of Netherlands, Case n. C/09/456689 / HA ZA 13-1396 del 24.06.2015. Versione in inglese <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196>

²⁹ Prima di intraprendere la via giudiziaria la fondazione Urgenda aveva inviato una lettera al Primo ministro in data 12 novembre 2021 dove richiedeva un impegno a ridurre le emissioni del 40% entro il 2020 rispetto ai dati del 1990.

³⁰ Per commenti sulla sentenza di primo grado cfr. K.J.DE GRAAF, J.H. JANS, *The Urgenda Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change*, in *Journal of Environmental Law*, 2015, Vol. 27(3), pp.517-527; J. LIN, *The First Successful Climate Negligence Case: a comment on Urgenda Foundation v. the State of the Netherlands*, *Climate Law*, 2015, Vol.5(1), p.65-81; P.G.FERREIRA, *Common but differentiates responsibilities in the national courts: lessons from Urgenda v. Netherlands*, in *Transnational Environmental Law*, 5:2 (2016), pp. 329-351; M.A. LOTH, *Too big to trial? Lessons from the Urgenda case*, in *Uniform Law Review*, 2018, 23 (2), pp. 336-35

³¹ The State of Netherlands v. Urgenda Foundation. Case n. 200.178.245/01 del 09.10.2018; Versione in inglese <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2018:2610>. Per commenti sulla sentenza di appello in questa rivista 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”*, 2018, n. 4;

³² C.W.BACKES, G.A.VAN DER VEEN, *Urgenda: the Final Judgment of the Dutch Supreme Court*, in *Journal for european environmental & planning law*, n. 17, 2020, pp. 307-321; J.SPIER, *The “Strongest” Climate Ruling Yet: The Dutch Supreme Court’s Urgenda Judgment*, in *Netherlands International Law Review*, n. 67, 2020, pp 319-391;

³³ J. SCHWARTZ, “In ‘Strongest’ Climate Ruling Yet, Dutch Court Orders Leaders to Take Action”, *The New York Times* del 20 dicembre 2019, reperibile online: <https://www.nytimes.com/2019/12/20/climate/netherlands-climate-lawsuit.html>

³⁴ Nel Par 5.1 della sentenza di primo grado la Corte «*orders the State to limit the joint volume of Dutch annual greenhouse gas emissions, or have them limited, so that this volume will have reduced by at least 25% at the end of 2020 compared to the level of the year 1990, as claimed by Urgenda, in so far as acting on its own behalf*».

³⁵ Si noti che l’impegno dei pubblici poteri indicato nell’art. 21 della Costituzione va oltre la mera protezione fissando anche l’obiettivo del miglioramento dell’ambiente.

Quindi, in termini procedurali, la presenza nell'ordinamento civile olandese di una disposizione *ad hoc*, ha spianato la strada al riconoscimento dello *standing* a favore di Urgenda³⁶; ed è evidente come, invece, in ordinamenti dove tale possibilità non risulta esplicitamente riconosciuta, l'onere motivazionale in fase introduttiva del ricorso può diventare molto pesante in quanto la regola tradizionale, valida anche per i giudizi civili e amministrativi nell'ordinamento italiano, della dimostrazione di un interesse diretto, concreto e differenziato, rischia di diventare uno scoglio insormontabile; in particolare com'è possibile dimostrare che il ricorrente vanta un interesse differenziato rispetto ad altri soggetti quando il ricorso si fonda su effetti negativi derivanti dai cambiamenti climatici, fenomeno per sua natura globale?

Già da questa prima riflessione appare evidente come, in assenza di regole d'accesso specifiche, la valutazione non può che ricadere sulla giurisprudenza che si troverà a dover riflettere e interpretare le categorie giuridiche sinora utilizzate nei rispettivi ordinamenti e valutarne l'adeguatezza o meno davanti a un fenomeno *sui generis* come i cambiamenti climatici. Ritornando alla sentenza di primo grado del caso Urgenda, superata la questione *standing* per la disposizioni previste dal Codice civile olandese è interessante verificare come i giudici siano giunti a ritenere lo Stato inadempiente. *In primis*, occorre considerare l'ampio spazio dedicato ai dati scientifici; particolare rilevanza viene attribuita ai dati rilevabili dai *report* dell'IPCC e dagli altri *report* nazionali che su di essi si basano³⁷ e che rappresentano, in termini climatici, scenari distopici sul futuro³⁸; anche tutto il ragionamento sviluppato dalla Corte per giungere a ritenere insoddisfacente l'azione del governo olandese, si sviluppa sul confronto tra gli impegni presi sul piano internazionale ed europeo e gli scenari probabilistici contenuti nei *report*³⁹.

Sempre al fine di delimitare l'ambito della disputa olandese, è opportuno evidenziare come non vi sia alcuna controversia tra le parti negli obiettivi di medio e lungo periodo, riferibili al 2030 e al 2050, in quanto le criticità sollevate da Urgenda riguardavano soltanto gli obiettivi di riduzione per il 2020. I profili più interessanti emergono quando viene affrontato il nodo giuridico vero e proprio della questione vale a dire le basi giuridiche su cui si fonda la richiesta di Urgenda nonché il principio di separazione dei poteri; la sentenza è ricca di spunti di rilievo ma, nei limiti dello scopo del presente contributo, si richiamano i passaggi che sembrano più interessanti.

La Corte non manca di evidenziare l'assoluta novità della questione⁴⁰ e premette come, se da un lato, sul piano costituzionale, l'art. 21 impone un «*duty of care on the State relating to the liveability of the country and the protection and improvement of the living environment*»⁴¹, dall'altro, il modo in cui tale impegno viene effettivamente implementato, «*is covered by the government's own discretionary powers*»; inoltre, in considerazione della dimensione globale della questione, ogni

³⁶ Cfr E.G. 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*, n. 17, 2020, pp. 66-93.

³⁷ In particolare il report elaborato dal *Netherlands Environmental Assessment Agency* (PBM), un istituto di ricerca indipendente, e quello elaborato dal *Royal Netherlands Meteorological Institute* (KNMI) che è invece l'istituto nazionale olandese per la meteorologia e sismologia.

³⁸ Nel paragrafo 4.17 della sentenza viene evidenziato come «*[t]he reports of the PBL and KNMI are based on the IPCC reports and also describe that in the next tundra years the Netherlands will face higher average temperatures, changing precipitation patterns and a sea level rise. Chances of heatwaves in the summer will increase and extreme precipitation will become more prevalent. The basins of major rivers will on the one hand have to contend with more extreme precipitation, while on the other hand chances of a decreased amount of supplied water are high in the summer. High levels of river discharge, in combination with rising sea levels and high water levels at sea, could more frequently lead to dangerous situations in the downstream areas. Less water in the summer means, among other things, higher risks of salinization in the coastal areas and less freshwater for agriculture. The Netherlands will also feel the consequences of climate change elsewhere in the world. Some import products will become more expensive*».

³⁹ In particolare cfr par. 4.31 e 4.32 sentenza di primo grado.

⁴⁰ «*The question whether the State is in breach of its duty of care for taking insufficient measures to prevent dangerous climate change, is a legal issue which has never before been answered in Dutch proceedings and for which jurisprudence does not provide a ready-made frame work*» (par. 4.53).

⁴¹ Par. 4.36.

Stato deve ricercare sul piano internazionale, europeo e nazionale l'adeguato approccio e gli impegni conseguenti⁴².

Tuttavia, senza mettere in discussione il fatto che lo Stato abbia pieni poteri per autodeterminare, discrezionalmente, le modalità con cui esercitare il *"duty of care"*, questo non impedisce la giustiziabilità della sua decisione; nelle parole della Corte *«this discretionary power vested in the State is not unlimited: the State's care may not be below standard»*.

Posta così la questione di principio, l'attenzione si sposta sui criteri da poter adottare, in via giurisdizionale, per poter valutare se lo Stato abbia davvero adottato politiche climatiche non sufficienti a soddisfare lo standard; in merito alle posizioni delle parti, mentre Urgenda sosteneva che un adeguato *"duty of care"* avrebbe dovuto prevedere una riduzione delle emissioni del 40%, del 30% o almeno del 25% entro il 2020, lo Stato contestava tale pretesa ritenendo già sufficiente l'obiettivo fissato del 17%.

Ammettere che la giurisprudenza possa assumere una decisione su tali argomenti, richiede di affrontare e fornire risposte adeguate sul come si possa *"giudicare"* l'adeguatezza o meno di una politica ambientale decisa dagli organi rappresentativi democraticamente eletti senza che in ciò si possa ravvisare una violazione del principio di separazione dei poteri; occorre quindi definire in maniera solida quali siano i parametri da poter utilizzare per valutare, ed eventualmente sanzionare, l'oggettiva inadeguatezza di un obiettivo fissato dello Stato.

Nel caso Urgenda, il criterio utilizzato trova fondamento, da un lato nei dati forniti dalla scienza e, dell'altro, negli impegni giuridicamente vincolanti assunti dallo stato sul piano internazionale; in particolare il mancato rispetto dell'adeguato *"duty of care"* emerge dalla controtendenza tra *"segnali"* forniti dai report scientifici e la diminuzione degli impegni presi dallo Stato che, rispetto al passato, diminuisce gli obiettivi di riduzione delle emissioni⁴³; e, come sarà enfatizzato nella successiva sentenza di appello, *«without any scientific substantiation»*.

In particolare, in funzione dei rapporti AR4 e AR5 elaborati dall'IPCC⁴⁴, la Corte ritiene che l'obiettivo da perseguire per l'adozione delle politiche climatiche⁴⁵ deve portare ad una riduzione della temperatura di 2 gradi rispetto ai livelli pre-industriali e che sia *"strong preference"* lo scenario che prevede una concentrazione massima in atmosfera dei gas serra pari a 450 ppm⁴⁶.

Fatte queste premesse, una riduzione del 17% delle emissioni inquinanti⁴⁷, anche su base precauzionale, non permetterebbe il realizzarsi di tale scenario⁴⁸; gli impegni dello Stato devono quindi essere incrementati e portati ad almeno il 25% rispetto ai dati del 1990; come la stessa Corte esplicita nella propria motivazione, un argomento che avrebbe potuto dedurre in giudizio lo Stato a giustificazione delle proprie scelte era il tema dei costi in quanto, ragionevolmente,

⁴² Par 4.37.

⁴³ Nelle parole della Corte, par. 4.31: *«Up to about 2010, the Netherlands assumed a reduction target of 30% for 2020 compared to 1990, and after 2010 took on a reduction target that is derived from the EU reduction target of 20% and which is expected to result in a total reduction of 14-17% in 2020»*.

⁴⁴ Il *Fourth Assessment Report* (AR4) è stato elaborato dall'IPCC nel 2007 mentre il *Fifth Assessment Report* (AR5) nel 2014. Il sesto rapporto è previsto per il 2022 e raccoglierà il contributo di tre gruppi di lavoro (*Working Group I (the physical science basis)*, *Working Group II (impacts, adaptation and vulnerability)* and *Working Group III (mitigation)*) oltre a fornire un *"Synthesis Report"*; si ricorda anche lo *Special Report* pubblicato nell'ottobre del 2018 che conferma la necessità di contenere l'aumento della temperatura globale entro il limite di +1,5°C rispetto ai livelli preindustriali in quanto l'aumento sino a +2°C determinerà impatti climatici molto più gravi.

⁴⁵ Par 4.14.

⁴⁶ Unità di misura della concentrazione di gas ad effetto serra in atmosfera.

⁴⁷ Par. 4.84 *«[i]t is an established fact that with the current emission reduction policy of 20% at most in an EU context (about 17% in the Netherlands) for the year 2020, the State does not meet the standard which according to the latest scientific knowledge and in the international climate policy is required for Annex I countries to meet the 2°C target»*.

⁴⁸ Par 4.83: *«[d]ue to the severity of the consequences of climate change and the great risk of hazardous climate change occurring - without mitigating measures - the court concludes that the State has a duty of care to take mitigation measures. The circumstance that the Dutch contribution to the present global greenhouse gas emissions is currently small does not affect this. Now that at least the 450 scenario is required to prevent hazardous climate change, the Netherlands must take reduction measures in support of this scenario»*.

non sarebbe possibile richiedere impegni impossibili o eccessivamente gravosi; tuttavia, la Corte ritiene che in base a quanto prodotto in giudizio «*it has neither been argued, nor has it become evident that the State has insufficient financial means to realise higher reduction measures*», né

tantomeno che da un punto di vista macroeconomico «*there are obstructions to choosing a higher emission reduction level for 2020*».

Sul tema, invece, della discrezionalità dei poteri statali di individuare e scegliere l'azione climatica come esercizio del proprio mandato politico, la Corte opera una distinzione tra la rideterminazione dell'obiettivo generale di riduzione (dal 17% ad almeno il 25%) e la libertà delle soluzioni che possono essere adottate per il suo raggiungimento.

In altri termini, il principio di separazione dei poteri sarebbe rispettato in quanto il sindacato dei giudici entrerebbe "solo" nel *quantum* dell'obiettivo stabilito e troverebbe la sua giustificazione sulla verificabile incoerenza (e una verificata controtendenza) tra impegni presi e dati scientifici disponibili; nelle parole della Corte, par. 4.101 «*[i]n this, it is relevant to note that the claim discussed here is not intended to order or prohibit the State from taking certain legislative measures or adopting a certain policy. If the claim is allowed, the State will retain full freedom, which is pre-eminently vested in it, to determine how to comply with the order concerned*»; in funzione di tali argomentazioni, la sentenza di primo grado si conclude con l'obbligo per lo Stato di ridurre emissioni annuali di gas serra, entro la fine del 2020, di almeno il 25% rispetto al livello dell'anno 1990 e, com'era da attendersi, lo Stato ha presentato appello.

Il giudizio di appello, oltre a rigettarlo, ha aggiunto alla decisione un elemento qualitativo; difatti, mentre la sentenza di primo grado riconosceva la violazione del "*duty of care*" dello stato olandese, avvalendosi di strumenti argomentativi di diritto interno, quella di appello - accogliendo il ricorso incidentale di Urgenda - ha ritenuto invece l'inadeguatezza dell'obiettivo statale di riduzione dei gas serra quale violazione degli artt. 2 e 8 della CEDU; censura peraltro già sollevata da Urgenda nella proposizione del ricorso principale ma non accolta per mancato riconoscimento dello status di "*potential victim*" ai sensi dell'art. 34 della Convenzione⁴⁹.

E' notevole pertanto il salto qualitativo del giudizio d'appello che muta la dimensione dei valori in gioco: la decisione affonda le proprie radici non più solo sul diritto interno (interpretati comunque anche in primo grado in funzione della CEDU e dell'interpretazione che ne dà la Corte⁵⁰) bensì nel terreno, più ampio e fertile, dei diritti umani⁵¹; la sentenza di appello conclude che lo Stato «*is acting unlawfully (because in contravention of the duty of care under Articles 2 and 8 ECHR) by failing to pursue a more ambitious reduction as of end-2020, and that the State should reduce emissions by at least 25% by end-2020*»⁵².

Infine, con la sentenza del 20 dicembre 2019, la Corte suprema olandese ha respinto l'appello dello Stato condannandolo quindi, in via definitiva, a ridurre le emissioni di almeno il 25% rispetto al 1990 entro la fine del 2020; quest'ultima decisione, rilevante in quanto chiude definitivamente il giudizio, non offre spunti di riflessione ulteriori "limitandosi" a respingere il ricorso dello Stato olandese.

⁴⁹ cfr. par. 4.45 «*[i]n assessing the question whether or not the State with its current climate policy is breaching one of Urgenda's personal rights, the court considers that Urgenda itself cannot be designated as a direct or indirect victim, within the meaning of Article 34 ECHR, of a violation of Articles 2 and 8 ECHR. After all, unlike with a natural person, a legal person's physical integrity cannot be violated nor can a legal person's privacy be interfered with (cf. ECtHR 12 May 2015, Identoba et al./Georgia, no. 73235/12). Even if Urgenda's objectives, formulated in its by-laws, are explained in such a way as to also include the protection of national and international society from a violation of Article 2 and 8 ECHR, this does not give Urgenda the status of a potential victim within the sense of Article 34 ECHR (cf. ECtHR 29 September 2009, Van Melle et al./Netherlands, no. 19221/08). Therefore, Urgenda itself cannot directly rely on Articles 2 and 8 ECHR*».

⁵⁰ Par 4.46: «*[h]owever, both articles and their interpretation given by the ECtHR, particularly with respect to environmental right issues, can serve as a source of interpretation when detailing and implementing open private-law standards in the manner described above, such as the unwritten standard of care of Book 6, Section 162 of the Dutch Civil Code*».

⁵¹ Sul rapporto tra diritti umani e cambiamenti climatici cfr P.PUSTORINO, *Cambiamento climatico e diritti umani: sviluppi nella giurisprudenza nazionale*, in *Rivista OIDU - Ordine internazionale e diritti umani*, n. 3, 2021, pp. 596-605.

⁵² Par. 76 sentenza di appello Urgenda.

Il caso francese “*Affaire du siècle*”: il danno ecologico dovuto al deficit sul primo “*budget carbone*” deve essere riparato.

Dopo la sentenza che chiude il caso Urgenda, giungono dalla Francia arresti giurisprudenziali innovativi e rilevanti in termini di giustizia climatica⁵³. In particolare, con la decisione⁵⁴ del 3 febbraio 2021, il *Tribunal Administratif de Paris* ha accolto⁵⁵ le richieste di tre associazioni ed una fondazione⁵⁶ le cui contestazioni erano iniziate nel dicembre del 2018 con l’invio di una “*lettre préalable indemnitaire*” ai componenti del governo francese; con essa contestavano una insufficiente e inadeguata azione climatica in violazione del diritto nazionale e internazionale.

Conclusa senza esiti la fase precontenziosa, i ricorrenti hanno intrapreso la via giudiziaria promuovendo ricorso davanti al *Tribunal* affinché condannasse lo Stato al pagamento, per ciascun ricorrente, di un euro a titolo di risarcimento del danno morale e di un euro per il danno ecologico subito; ma, soprattutto, al di là di queste simboliche richieste, la pretesa principale era che fosse imposto alle autorità pubbliche competenti, sul solco tracciato dal caso Urgenda, una azione climatica più rigorosa.

I ricorrenti fondavano il proprio ricorso sulle disposizioni contenute nella *Charte de l’environnement* (che ha valore costituzionale⁵⁷), sul principio di precauzione (come declinato nell’art. 5 della *Charte*)⁵⁸ nonché appellandosi, sul piano dei diritti umani, al rispetto del diritto alla vita e della vita privata e familiare ex artt. articoli 2 e 8 della CEDU.

In primis i giudici francesi, così come del resto quelli olandesi, si sono ampiamente soffermati sugli scenari climatici elaborati nei report dell’IPCC nonché sulle risultanze di uno studio elaborato dall’*Observatoire national sur les effets du réchauffement climatique*, ente pubblico istituito nel 2001 con lo scopo di raccogliere dati ed elaborare proposte di misure di adattamento per affrontare i rischi derivanti dal cambiamento climatico, nonché di collaborare con l’IPCC stesso.

Da una serie di indicatori elaborati dall’*Observatoire national* allo scopo di fotografare lo stato del clima e i suoi impatti trovano conferma, sul piano statale, quelle prospettazioni degli scenari elaborati sul piano internazionale: l’accelerazione della perdita di massa dei ghiacciai, un peggioramento dell’erosione costiera che ha interessato un quarto della costa francese, le gravi minacce alla biodiversità dei ghiacciai e della costa, l’aumento di fenomeni climatici estremi quali le ondate di calore, la siccità, gli incendi boschivi, le precipitazioni estreme, le inondazioni e gli uragani, l’aumento dell’inquinamento da ozono e l’espansione degli insetti vettori di agenti infettivi come dengue o chikungunya.

⁵³ Per una ricostruzione dell’emersione del fenomeno in Francia cfr S.SCHMITT, *L’emersione della giustizia climatica in Francia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2021, pp. 955-976.

⁵⁴ Il testo della sentenza è reperibile sul sito http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20211014_NA_decision-1.pdf.

⁵⁵ Come si vedrà nel prosieguo in realtà la decisione avviene in due tempi in quanto il Tribunale richiederà, per poter decidere sull’ingiunzione, un supplemento di istruttoria.

⁵⁶ Fondation pour la Nature et l’Homme (FNH), Greenpeace France, Notre Affaire à Tous e Oxfam France.

⁵⁷ La Francia ha introdotto la tutela dell’ambiente secondo una modalità *sui generis* in quanto, per riempire il vuoto costituzionale, non si è limitata ad aggiornare il testo integrandolo con modifiche minime ma ha scelto di utilizzare una forma indiretta tramite la redazione di un ampio articolato, la *Charte de l’environnement*, e l’inserimento di un richiamo ad essa nel preambolo alla Costituzione stessa dopo quelli alla Dichiarazione dei diritti dell’uomo del 1789 e del preambolo 1946; il testo del preambolo alla Costituzione francese è il seguente: «*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu’aux droits et devoirs définis dans la Charte de l’environnement de 2004*». Sulle peculiarità della Carta francese anche comparata con il sistema italiano cfr M.ZINZI, *La Charte de l’environnement francese tra principi e valori costituzionali*, 2011; più recentemente sull’esperienza ambientale francese R.IERA, *Il caso francese*, in *federalismi.it*, n. 7/2017, pp. 22-32.

⁵⁸ «*Lorsque la réalisation d’un dommage, bien qu’incertaine en l’état des connaissances scientifiques, pourra affecter de manière grave et irréversible l’environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d’attributions, 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*».

I ricorrenti sostengono la responsabilità statale di un “*préjudice écologique*” in funzione dell’inadeguatezza dell’azione climatica implementata e chiedono la simbolica cifra di 1 euro nonché di adottare «*toutes les mesures nécessaires pour mettre fin au dommage lié aux surplus d’émissions de gaz à effet de serre et prévenir l’aggravation de ce dommage*»; il “*préjudice écologique*”, istituto relativamente recente del diritto francese⁵⁹, è stato inserito all’interno del *Code civil* nel 2016 come forma di responsabilità extracontrattuale⁶⁰. I giudici riconoscono la legittimazione ad agire dei ricorrenti dal combinato disposto di alcuni articoli del *Code civil* e dell’art. 142.1 del *Code de l’environnement*; dopo che l’art. 1246 si limita a prevedere, genericamente, che chiunque sia responsabile di un danno ecologico sia tenuto a ripararlo⁶¹, questo viene definito nel successivo art. 1247 come un danno non trascurabile agli elementi o alle funzioni degli ecosistemi o ai benefici collettivi che l’uomo trae dall’ambiente⁶²; il successivo art. 1248, dedicato ai soggetti titolari dell’azione di risarcimento, vi prevede anche le associazioni riconosciute o costituite⁶³ da almeno cinque anni dalla data di istituzione del procedimento e che perseguono, come finalità sociale, la tutela della natura e la difesa dell’ambiente.

Infine, ai sensi dell’art. 142-1 del *Code de l’environnement*⁶⁴, qualsiasi associazione, indipendentemente dal riconoscimento o meno, che abbia come oggetto sociale la tutela della natura e dell’ambiente, può rivolgersi al giudice amministrativo per ogni doglianza ad essa relativa.

Dal combinato disposto delle disposizioni contenute nel *Code civil* e nel *Code de l’environnement*, il *Tribunal Administratif de Paris* non trova difficoltà a riconoscere ai ricorrenti, in funzione dell’attività statutaria rivolta alla protezione dell’ambiente, la legittimazione ad agire a titolo di risarcimento del *préjudice écologique*.

Per quanto concerne gli obblighi per combattere il cambiamento climatico, la sentenza ricostruisce il quadro normativo di riferimento al fine di evidenziare tutta una serie di impegni assunti dalla Francia; sul piano internazionale vengono ricordati la Convenzione sui cambiamenti climatici e gli Accordi di Parigi mentre, in ottica europea, il primo e il secondo pacchetto clima energia - in particolare il regolamento UE 2018/842 - nonché la successiva

⁵⁹ In precedenza, con la legge del 1 aprile 2008 e relativo Décret d’application del 23 aprile 2009, l’ordinamento francese aveva recepito gli obblighi previsti nella Direttiva 2004/35 sulla responsabilità ambientale per la prevenzione e riparazione del danno ambientale; tuttavia, verificato che le forme di risarcimento previste sono risultate di difficile applicazione, l’ordinamento francese, nell’ottica di rafforzarne l’effettività, con la legge del 2016 ha recepito sul piano normativo l’istituto del *préjudice écologique* elaborato in sede giurisprudenziale a partire dalla sentenza Cass. crim., 25 sept. 2012, n°10-82938 che chiude il noto caso dell’affondamento della petroliera Erika; la nave battente bandiera maltese affondò davanti alle coste francesi a seguito di un cedimento strutturale avvenuto il 12 dicembre 1999 nell’effettuare un viaggio da Dunkerque a Livorno; l’incidente determinò lo sversamento in mare di circa 30.000 tonnellate di petrolio che causò danni pesantissimi all’ecosistema; per la precisione l’istituto del *préjudice écologique* trova il suo riconoscimento già nella sentenza di primo grado del caso Erika del *Tribunal de Grande Instance de Paris* del 2008.

⁶⁰ Loi n. 2016-1087 dell’8 agosto 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages qu’a été consacré le *préjudice écologique* che introduce un nuovo titolo all’interno del *Code civil* intitolato «*La réparation du préjudice écologique*».

⁶¹ Ai sensi dell’art. 1246 del *Code civil* «*[t]oute personne responsable d’un préjudice écologique est tenue de le réparer*».

⁶² L’art 1247 del *Code civile* definisce «*réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l’homme de l’environnement*».

⁶³ In base all’art. 1248 del *Code civil* «*[l]’action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l’Etat, l’Office français de la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d’introduction de l’instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l’environnement*». Seppur in ambito civilistico e con procedimenti di riconoscimento diverso, l’ordinamento francese adotta una bipartizione assimilabile a quella italiana per le associazioni ambientaliste, suddividendole tra “*agréées ou créées*” che corrisponde a riconosciute o meno, ma disciplina sul piano legislativo anche le seconde considerandole esplicitamente tra i soggetti titolari dell’azione di risarcimento; si ricorda invece come le associazioni non riconosciute italiane vedono riconosciuta l’eventuale legittimazione ad agire davanti al giudice amministrativo, nel silenzio legislativo, solo sul piano giurisprudenziale.

⁶⁴ Art. L. 142-1 *Code de l’environnement*: «*Toute association ayant pour objet la protection de la nature et de l’environnement peut engager des instances devant les juridictions administratives pour tout grief se rapportant à celle-ci*».

adesione UE all'Accordo di Parigi e relativa notifica dell'NDC con impegno "collettivo" ad una riduzione minima del 40% delle emissioni 2030 rispetto a quelle del 1990.

Ma i giudici rilevano come, anche sul piano interno, vi siano riferimenti costituzionali e legislativi che evidenziano come lo Stato si sia vincolato nel perseguimento di obiettivi di riduzione delle emissioni; in particolare la sentenza evidenzia, sul piano costituzionale, la rilevanza dell'art. 3 della *Charte*⁶⁵ e, sul piano legislativo, le disposizioni dell'art. L. 100-4 del *Code de l'énergie*, come novellato dalla Loi dell'8 novembre 2019 in materia di energia e clima⁶⁶; in particolare, in quest'ultimo riferimento, dove risulta stabilito che, per rispondere "à l'urgence écologique et climatique", la politica energetica deve ridurre le emissioni di gas serra del 40% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990 e raggiungere la "carbon neutrality" entro il 2050; inoltre, ai fini della decisione, assume particolare rilevanza lo strumento di pianificazione del "budget carbone" ex art. L. 221-1 A del *Code de l'environnement*⁶⁷.

L'ampia ricostruzione del quadro normativo serve a chiarire un elemento fondamentale per il prosieguo del ricorso: lo Stato francese si è impegnato sul piano sovranazionale e interno a raggiungere certi obiettivi nel campo delle riduzioni dei gas serra; obiettivi fissati in termini di percentuali di riduzione rispetto al 1990 su scadenze di medio e lungo termine (2030 e 2050); obiettivi che, a giudizio dei ricorrenti, dovrebbero essere perseguiti tramite la riduzione dell'emissione dei gas serra, l'aumento della produzione di energia da fonte rinnovabile e il miglioramento dell'efficienza energetica.

Fissato il quadro generale di responsabilità, si tratta poi di individuare i criteri per stabilire se e perché, nello specifico, l'azione climatica possa essere giudicata come insufficiente.

Nel merito delle tre censure, i giudici operano un distinguo: per quanto concerne il settore efficienza energetica, nonostante i riscontri e le verifiche facciamo emergere come i risultati raggiunti siano insufficienti al rispetto degli obiettivi prefissati⁶⁸, non si può tuttavia ritenere che ciò abbia determinato un contributo diretto all'aggravamento del danno ecologico di cui i ricorrenti richiedono il risarcimento; la censura quindi viene respinta; deduzioni pressoché analoghe, sempre a fronte di un riscontro negativo tra impegni⁶⁹ e risultati⁷⁰, vengono fornite per la contestazione relativa al settore produzione di energia da fonte rinnovabile.

Invece, i giudici giungono a conclusioni diverse sull'obiettivo generale di riduzione delle emissioni gas a effetto serra; in particolare è lo strumento del *budget carbone* che assume valenza di parametro per valutare l'adeguatezza o meno degli impegni climatici assunti⁷¹; l'art. L. 222-1 A del *Code de l'environnement* prevede che per il periodo 2015-2018 e, successivamente, ogni 5 anni, vengano individuati, con decreto, i limiti nazionali di emissione di gas serra, denominati

⁶⁵ «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 conséquences».

⁶⁶ Nella parte in cui dispone che «[p]our répondre à l'urgence écologique et climatique, la politique énergétique nationale a pour objectifs : /1° De réduire les émissions de gaz à effet de serre de 40 % entre 1990 et 2030 et d'atteindre la neutralité carbone à l'horizon 2050 en divisant les émissions de gaz à effet de serre par un facteur supérieur à six entre 1990 et 2050. La trajectoire est précisée dans les budgets carbone mentionnés à l'article L. 222-1 A du code de l'environnement. (...)»

⁶⁷ Viene richiamato anche l'art. L. 222-1 B del *Code de l'environnement* sulla "low carbon strategy": «La stratégie nationale de développement à faible intensité de carbone, dénommée "stratégie bas-carbone", fixée par décret, définit la marche à suivre pour conduire la politique d'atténuation des émissions de gaz à effet de serre dans des conditions soutenables sur le plan économique à moyen et long termes afin d'atteindre les objectifs définis par la loi prévue à l'article L. 100-1 A du code de l'énergie».

⁶⁸ Cfr par 25 dove risulta che dall'indagine svolta «les objectifs que s'est fixés l'État en matière d'amélioration de l'efficacité énergétique n'ont pas été respectés et que cette carence a contribué à ce que l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre examiné ci dessous ne soit pas atteint...»

⁶⁹ L'art. 100-4 del *Code de l'énergie* prevede un impegno all'aumento dei consumi delle rinnovabili del 23% e del 32% nel 2030; quest'ultimo obiettivo è stato aumentato al 33% dalla legge dell'8 novembre 2019.

⁷⁰ Par. 27, in base ai dati Eurostat in Francia, la quota delle energie rinnovabili sul consumo finale lordo di energia risulta del 16,6% con un aumento soltanto dello 0,9% rispetto al 2016; dato che rende poco probabile il raggiungimento del 23% del 2020 e pone anche dubbi sull'obiettivo di medio periodo del 2030.

⁷¹ L'individuazione di tale parametro, che permette di stabilire la quantità di gas serra emettibile per non superare, rispetto alla concentrazione di CO₂ già esistente, un certo aumento della temperatura globale, è considerato un elemento fondamentale dai rapporti dell'IPCC.

budget carbone; in base all'art. 2 del Décret del 18 novembre 2015, i *budget carbone* sono stati stabiliti⁷² per i periodi 2015-2018, 2019-2023 e 2024-2028 rispettivamente in 442, 399 e 358 Mt Co₂.

Per valutare l'effettivo raggiungimento o meno degli obiettivi, i giudici si avvalgono di report scientifici prodotti da istituzioni nazionali francesi e, in particolare, dei dati che emergono nelle relazioni annuali di giugno 2019 e luglio 2020 pubblicate dall'*Haute Conseil pour le Climate* (HCC) e da quelli raccolti dal *Centre interprofessionnel technique d'études de la pollution atmosphérique* (CITEPA); il primo è un organismo indipendente recentemente istituito proprio allo scopo di fornire pareri e raccomandazioni sull'attuazione delle politiche e misure pubbliche per ridurre le emissioni di gas serra della Francia; in particolare, esprime un parere sui piani climatici volti a ripartire per ciascun ministero l'obiettivo complessivo francese per raggiungere la neutralità entro il 2050; il secondo è una associazione senza scopo di lucro istituita nel 1961 che opera per conto del Ministero della Transizione Ecologica e che elabora ogni anno l'inventario delle emissioni di gas serra nell'aria in Francia.

Dal riscontro i giudici rilevano come nel periodo 2015-2018 la Francia ha «*substantiellement dépassé, de 3,5 %, le premier budget carbone qu'elle s'était assignée*»⁷³ ottenendo una riduzione media delle proprie emissioni dell'1,1% a fronte di un obiettivo circa l'1,9% annuo; inoltre, anche nel 2019, viene constatata soltanto una diminuzione dello 0,9% rispetto al 2018 quando il piano 2019-2023 prevederebbe un obiettivo di riduzione dell'1,5% annuo⁷⁴; a differenza quindi dei segmenti efficienza energetica e fonti rinnovabili, nel caso delle riduzioni delle emissioni di gas serra, i giudici individuano una precisa responsabilità titolo di *prejudice écologique* per il mancato rispetto degli obiettivi che lo Stato francese si era autoimposto.

Il pregiudizio viene individuato in una sorta di “*responsabilità da traiettoria*”; in altri termini, gli impegni presi nel medio periodo (la riduzione del 40% di gas serra entro il 2030) e nel lungo periodo (la *carbon neutrality* nel 2050), non possono essere verificati soltanto a consuntivo ma impongono, implicitamente, una verifica *in itinere* in modo da poter valutare se il percorso di riduzione segue un sentiero che tende, almeno approssimativamente, verso il risultato perseguito; un disallineamento rispetto alla traiettoria implica l'adozione di misure correttive.

La riscontrata inadeguatezza delle misure permette così ai giudici di ritenerla causa diretta del *prejudice écologique* di cui i ricorrenti chiedevano il risarcimento e pertanto di accertare, ai sensi dell'art. 1246 del *Code civil*, la responsabilità dello Stato francese; tuttavia i giudici osservano anche come l'art. 1249 richieda, in via prioritaria, il risarcimento in forma specifica, ammettendolo in forma monetaria solo in caso impossibilità o insufficienza di tale modalità.

Sulla riparazione del danno i giudici operano un distinguo; considerato che i ricorrenti non hanno provato l'impossibilità per lo Stato di riparare “in natura” il danno ecologico, respingono la richiesta, simbolica, del pagamento di 1 euro⁷⁵; ma la questione più rilevante, il vero e proprio “*Affaire du siècle*”, com'è stato definito il caso dai *media*, era la richiesta di ingiunzione, ossia imporre⁷⁶ un obbligo di riparazione in forma specifica futura⁷⁷ tramite l'adozione di tutte quelle misure necessarie al fine di mantener fede agli obiettivi di riduzione stabiliti in modo da riparare il danno ambientale arrecato e di prevenire quelli futuri.

In merito a tale richiesta i giudici, non ritenendo di avere elementi sufficienti per potersi esprimere⁷⁸, dispongono una istruttoria supplementare da svolgersi entro due mesi dalla sentenza.

⁷² Obiettivi parzialmente rivisti con il successivo Décret n° 2020-456 del 21 aprile 2020.

⁷³ Par. 30.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Mentre viene accolta la richiesta di risarcimento di 1 euro a titolo di danno morale.

⁷⁶ Il ricorso si fonda sull'art. L.911-1 del *Code de justice administrative*.

⁷⁷ Par. 39 « *les injonctions demandées par les associations requérantes ne sont recevables qu'en tant qu'elles tendent à la réparation du préjudice ainsi constaté ou à prévenir, pour l'avenir, son aggravation* ».

⁷⁸ Par 39: « *L'état de l'instruction ne permet pas au tribunal de déterminer avec précision les mesures qui doivent être ordonnées à l'État à cette fin* ».

Prima che il *Tribunal Administratif de Paris* si esprimesse a seguito delle risultanze dell'istruttoria supplementare (decisione che avverrà a fine ottobre 2021), la giurisprudenza francese aggiunge un'altra pietra miliare in tema di giustizia climatica; infatti, con la sentenza del 1 luglio 2021, il Consiglio di Stato⁷⁹ ha imposto alle autorità competenti di adottare tutte quelle misure di riduzione delle emissioni di gas serra prodotte sul territorio nazionale in modo da garantire il raggiungimento degli obiettivi di riduzione indicati nell'articolo L. 100-4 del Codice dell'Energia e nell'Allegato I del Regolamento (UE) 2018/842; anche in questo caso i giudici hanno constatato, dopo aver richiesto una istruttoria supplementare in base ai report forniti dal CITEPA e dell'HCC, che le riduzioni di emissioni di gas serra relative al 2019 e 2020 non risultano in grado di garantire il rispetto degli obiettivi climatici richiesti; il Consiglio di Stato ha fissato il termine nel 31 marzo 2022 per adottare tutte le misure necessarie.

Poco dopo tale importante arresto, giunge la decisione del *Tribunal Administratif de Paris* del 14 ottobre 2021 che accoglie il ricorso e ingiunge alle autorità statali competenti l'adozione di tutte le misure idonee a riparare il danno ambientale arrecato e prevenire deterioramenti futuri determinando la soglia di riduzione in 15 Mt CO₂ eq da sottoporre a conguaglio in funzione dei dati stimati dal CITEPA al 31 gennaio 2022; i giudici fissano il termine per l'adozione delle misure idonee, in base ad un criterio di ragionevolezza⁸⁰, nel 31 dicembre 2022 “*au plus tarde*”.

Nel giudizio, mentre i ricorrenti insistevano sull'insufficienza delle misure adottate dopo il 2017 in funzione dell'obiettivo di riduzione del 40% entro il 2030, il Ministero della Transizione Ecologica riteneva, invece, come il deficit rilevato nel primo *budget carbone* fosse già stato riassorbito all'interno della nuova *Strategie Nationale Bas-Carbone* che, nel definire una traiettoria di riduzioni delle emissioni di gas serra, ne avrebbe già tenuto conto.

Nel risolvere la controversia, il collegio non può far altro che fare riferimento e affidamento sui più recenti report scientifici disponibili forniti dall'HCC e del CITEPA; in essi ricava i dati che lo convince ad accogliere la richiesta dei ricorrenti⁸¹ e a calcolare il danno ecologico, nel suo complesso⁸², in 15 milioni Mt CO₂ eq.

Per quanto concerne il principio di separazione dei poteri, nella sentenza viene precisato come, fissati sia l'obiettivo di riduzione che il termine per il suo raggiungimento, resta intatta la totale discrezionalità per le autorità pubbliche competenti di scegliere e adottare gli strumenti normativi ritenuti adeguati per rispettare gli obblighi imposti con la decisione.

Così come per il caso Urgenda è proprio questo che appare il fondamento che legittima la giustiziabilità del ricorso; da un lato, c'è il riscontro tra impegni presi e report scientifici elaborati da enti “terzi” e dall'altro, definito e imposto il *quantum* di riduzione e il termine per adempiere, resta impermeabile a qualsiasi invasione giurisprudenziale l'ambito della discrezionalità politica sul *quomodo*. A conclusione delle riflessioni sul caso francese si segnala

⁷⁹ Il Consiglio di Stato aveva in precedenza deciso con la sentenza n. 427301 del 19 novembre 2020 l'ammissibilità del ricorso; in questo caso il *plaintiff* era il comune di Grande-Synthe, comune costiero sul Mare del Nord in periferia del porto di Dunkerque, particolarmente vulnerabile ai cambiamenti climatici in quanto esposto all'innalzamento del livello del mare e alle inondazioni; successivamente hanno aderito al ricorso altri comuni e sono state ammesse ad intervenire anche alcune associazioni ambientaliste.

⁸⁰ Par 14 «*Enfin, au regard du quantum du préjudice constaté, il apparaît raisonnable que cette réparation soit effective au 31 décembre 2022, au plus tard*».

⁸¹ In base all'art. 1252 del code civil «*[i]ndépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage*».

⁸² I giudici rilevano dai report come il deficit di riduzioni del primo *budget carbone* relativo al periodo 2015-2018 risulta pari a 62 Mt CO₂ eq (quindi circa 15,5 Mt CO₂ eq annui); tale deficit non risulta preso in considerazione nei due budget successivi; tuttavia, come elementi “positivi”, dal rapporto ufficiale CITEPA emerge che le emissioni del 2019 risultano 7 Mt CO₂ eq in meno rispetto agli obiettivi e che nel 2020, “grazie” all'effetto COVID, le emissioni dovrebbero risultare di 40 Mt CO₂ in meno rispetto agli obiettivi; infine, nonostante le affermazioni “tranquillizzanti” del MTE sul 2021, le rilevazioni CITEPA sul 1 trimestre risultano di 113 Mt CO₂ eq; dato che, se confermato su base annuale, non permetterebbero di raggiungere l'obiettivo di riduzione per l'anno 2021.

che, al fine di confermare gli impegni presi sul piano internazionale e a livello UE, il 22 agosto 2021 sia stata approvata la legge n. 1104 per la lotta ai cambiamenti climatici e la resilienza⁸³.

Il caso tedesco: la “miopia” del *Bundes-Klimashutzgesetz* viola i diritti fondamentali.

Un'altra pietra miliare⁸⁴ si inserisce temporalmente, nel quadro europeo, tra la prima e la seconda decisione del *Tribunal Administratif de Paris* datate, rispettivamente, 3 febbraio e 14 ottobre 2021: con la decisione del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) del 24 marzo 2021 vengono parzialmente accolti⁸⁵, con giudizio unanime⁸⁶, i ricorsi presentati contro le disposizioni contenute nella legge federale sui cambiamenti climatici del 12 dicembre 2019 (*Klimaschutzgesetz* - KSG); la censura principale dei ricorrenti era che lo Stato non avesse «*introduced a legal framework sufficient for swiftly reducing greenhouse gases, especially carbon dioxide (CO₂)*».

Quindi, anticipando quello che poi avrebbero fatto la Spagna, con la “*Ley de cambio climático y transición energética*” del 20 maggio 2021 e la Francia, con la Loi n. 1104 del 22 agosto 2021, la Germania aveva già approvato, a fine 2019, una apposita disciplina legislativa federale al fine di adeguare la propria regolazione interna agli impegni presi sull'azione climatica.

In particolare, con la decisione, il KSG viene dichiarato incostituzionale, per incompatibilità con alcuni diritti fondamentali, nella parte in cui prevede solo obiettivi di riduzione delle emissioni da raggiungere fino al 2030 ma senza indicare nessun specifico impegno per il periodo successivo.

Le criticità vengono rilevate nell'art. 3 e nell'art. 4 del KSG, quest'ultimo in combinato disposto con l'all. 2; l'art. 3 imponeva, in generale, la riduzione graduale delle emissioni di gas a effetto serra e specificava un impegno di riduzione di almeno il 55% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990; conseguentemente, l'all. 2 stabiliva i plafond massimi di emissione per i diversi settori per l'obiettivo 2030, mentre l'art. 4 rimandava al 2025 il termine per la definizione degli obiettivi di riduzione annui post 2030.

Quindi, mentre il testo legislativo individuava uno «*specific pathway*» per le riduzioni sino al 2030, risultava invece privo di impegni espliciti per il periodo *post* 2030 e ne rimandava la definizione⁸⁷ ad una successiva ordinanza⁸⁸ del governo federale da adottarsi nel 2025; tuttavia questo posticipo, rileva il BVerfG, genera un *vulnus* costituzionale in quanto la legislazione, priva di una tale esplicitazione, incorpora implicitamente un rischio a carico delle generazioni future. Infatti, fissato al 2050 l'obiettivo di neutralità climatica di lungo periodo⁸⁹, la mancata programmazione degli obiettivi di riduzione nel periodo post 2030 rischia di determinare un peso eccessivo imposto a carico di “chi verrà dopo” dovendosi, a quel punto, in funzione del minor tempo a disposizione, adottare azioni e misure più urgenti e gravose; seppur in chiave diversa dal caso francese, quello tedesco ripropone il tema della necessaria individuazione di una traiettoria di riduzione delle emissioni quale unico strumento per poter verificare che le azioni prese siano effettivamente adeguate e coerenti con la transizione verso una *low-carbon economy*.

⁸³ Loi n. 2021-1104 del 22 agosto 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

⁸⁴ Parla di “sentenza rivoluzionaria” R.BIN, *La Corte tedesca e il clima. Una rivoluzione?*, in *Iacostituzione.info*.

⁸⁵ Per l'analisi della sentenza sarà utilizzato il testo in inglese reperibile sul sito del BVerfG https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/rs20210324_1bvr265618en.html.

⁸⁶ Il sistema tedesco prevede l'istituto della *dissenting opinion*; per una ricostruzione dell'istituto nell'ordinamento tedesco cfr D.CAMONI, *Due importanti lezioni europee per l'introduzione dell'opinione dissenziente nella Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC* n. 3, 2021, pp. 61-69.

⁸⁷ Art. 4 co. 6 KSG.

⁸⁸ Ai sensi dell'art. 80 GG il Governo federale può essere delegato per legge ad emanare ordinanze (*Rechtsverordnung*), fonti assimilabili ai decreti legislativi italiani; tale ordinanza richiedeva anche il consenso del *Bundestag* (art. 12 KSG versione prima del correttivo).

⁸⁹ Art 1 KSG del testo prima delle modifiche introdotte a seguito della decisione del BVerfG.

La sentenza, come del resto le altre, è intrisa di dati scientifici e di report che, in assenza di modifiche significative, prospettano scenari molto pessimistici futuri⁹⁰ sia a livello globale, sia per l'ambiente e il territorio tedesco⁹¹.

Tra i quattro ricorsi presentati, un aspetto peculiare del caso è che, oltre ad associazioni ambientaliste e persone fisiche tedesche, anche molto giovani, uno di essi è promosso da persone fisiche che risiedono in Bangladesh e in Nepal.

La Corte ammette lo *standing* sia per le persone fisiche tedesche (ma non per le due associazioni ambientaliste⁹²) sia per i residenti in Bangladesh e in Nepal⁹³ perché, per questi ultimi, «*it cannot be ruled out from the outset that the fundamental rights of the Basic Law also oblige the German state to protect them against the impacts of global climate change*»; le uniche censure costituzionali ammesse sono quelle che impugnano l'art. 3 e 4 del KSG in combinato disposto con l'allegato 2.

Le basi costituzionali su cui si fondano i quattro ricorsi sono parzialmente diverse ma ricorrono le censure in merito all'art. 2, co. 2 del Grundgesetz (GG)⁹⁴ che sancisce il diritto alla vita e all'integrità fisica, e all'art. 14 co. 1 quale violazione del diritto alla proprietà; lo Stato avrebbe violato i suoi "*duties of protection*" a causa dell'insufficiente azione climatica; inoltre, l'altro riferimento richiamato, è l'art. 20a GG, introdotto con la legge di riforma costituzionale del 1994, in base al quale lo Stato tutela, anche nei confronti delle generazioni future, le naturali condizioni di vita, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, attraverso la legislazione, e nel rispetto delle disposizioni di legge e del diritto, attraverso il potere esecutivo e la giurisprudenza⁹⁵.

Nel merito della funzione dell'art. 20a del GG, il BVerfG ne ricorda la sua corretta dimensione e portata costituzionale; *in primis* non riconosce alcun diritto soggettivo all'ambiente e pertanto, una sua violazione diretta, non può essere invocata come parametro su cui fondare una censura costituzionale⁹⁶; infatti, la protezione dell'ambiente viene inquadrata quale

⁹⁰ Ad esempio la decisione evidenzia al par. 19 come «*[w]ithout additional measures to combat climate change, it is now considered likely that the global temperature will increase by more than 3°C by 2100 (BMU, Climate Action in Figures, 2019 edition, p. 6 f.)*» e al par. 20 che «*[b]y 2100, the rise in global mean sea level is projected to be in the range of 26-77 cm if global warming is 1.5°C. If global warming reaches 2°C, the rise will be an additional 10 cm (IPCC, Special Report, Global Warming of 1.5°C, Summary for Policymakers, 2018, p. 11)*».

⁹¹ Non mancano anche riflessioni sul presente; cfr., ad esempio, al par. 24 dove viene constatato che «*[c]limate change is already having multiple effects in Germany. By 2018, the country's annual mean temperature had risen by 1.5°C compared to the pre-industrial era (UBA, loc. cit., p. 7). The probability of extremely hot day occurring has increased. Heat events caused by climate change are already posing a threat to human health in Germany (Federal Government, Zweiter Fortschrittsbericht zur Deutschen Anpassungsstrategie an den Klimawandel, 2020, p. 11; see also UBA, Vulnerabilität Deutschlands gegenüber dem Klimawandel, 2015, p. 603). The duration of summer heat waves in Western Europe has roughly tripled since 1880*».

⁹² Par. 136: «*As "advocates of nature", the environmental associations (appearing as complainants no. 12 and 13 in proceedings 1 BvR 2656/18) claim - on the basis of Art. 2(1) in conjunction with Art. 19(3) and Art. 20a GG in the light of Art. 47 of the EU Charter of Fundamental Rights - that the legislator has failed to take suitable measures to limit climate change and has thereby disregarded binding requirements under EU law to protect the natural foundations of life. However, the Basic Law and constitutional procedural law make no provision for this kind of standing to lodge a constitutional complaint*».

⁹³ Pur ammettendo lo *standing* dei cittadini residenti all'estero il BVerfG tuttavia rigetta il ricorso per inevitabili questioni territoriali in quanto non viene ritenuto ammissibile imporre alla Germania misure di mitigazione fuori dai propri confini nazionali.

⁹⁴ Prima della revisione costituzionale del 1994, che ha introdotto l'art. 20a nel GG, il BVerfG ha interpretato estensivamente proprio l'art. 2 GG per comprendere alcune garanzie a tutela dell'ambiente, cfr. G.CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, p. 122, in P.DELL'ANNO, E.PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol I, 2012.

⁹⁵ Il testo in lingua originale dell'Art 20a del GG è il seguente: «*Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung*».

⁹⁶ Cfr par 112 dove il BVerfG ricorda come furono anche discusse proposte di configurare la tutela dell'ambiente quale diritto soggettivo ma che poi, in sede di approvazione della legge di riforma costituzionale, la scelta adottata con l'art. 20a GG sia stata diversa; coerentemente con tale approccio risulta sia la scelta di inserimento dell'articolo fuori dal catalogo dei diritti fondamentali, sia, in termini procedurali, la sua mancata menzione tra i diritti che possono essere fatti direttamente valere in sede di ricorso costituzionale (art. 93, par 1, 4a GG).

“*Staatszielbestimmung*”, vale a dire quale obiettivo fondamentale dello Stato⁹⁷; tuttavia, posto che risulta pacifico come l’impegno pubblico garantito dall’art. 20a GG comprenda anche l’azione a protezione del clima⁹⁸, ciò non incide sul fatto che l’articolo, così come interpretato, possa essere comunque soggetto a giudizio di costituzionalità⁹⁹; inoltre, rievocando un principio ricordato nella Corte costituzionale italiana nella nota sentenza Ilva, viene precisato come l’obbligo costituzionale del “*duty to protect the climate*”, dovuto anche all’irreversibilità dei cambiamenti climatici¹⁰⁰, non ne determina una assoluta e incondizionata prevalenza sugli altri interessi e valori oggetto di protezione.

Nessun interesse (o valore) coinvolto può essere, in assoluto, “tirannico” ma, vista la loro inevitabile natura conflittuale è sempre indispensabile individuare un loro bilanciamento senza poter stabilire gerarchie storicamente definite e prevalenze incondizionate; tuttavia la Corte tedesca pone anche in evidenza come, in termini relativi, il “peso specifico” del *duty of protect* causa cambiamento climatico incorpora una sua tendenza naturale all’aumento in funzione dell’intensificazione del fenomeno con il trascorrere del tempo.

Per evidenziare il cuore della decisione si ritiene utile riportare il par. 142 della sentenza:

«*The constitutional complaints are partially successful. While it is not ascertainable that the legislator has violated its constitutional duties to protect the complainants against the risks of climate change ..., fundamental rights have nonetheless been violated because the emission amounts allowed by the Federal Climate Change Act in the current period are capable of giving rise to substantial burdens to reduce emissions in later periods*».

Soffermandosi sugli elementi che inducono i giudici ad accogliere il ricorso, risultano svolgere un ruolo cruciale sia il fattore tempo¹⁰¹, sia la dimensione “finita” del consumo di CO₂, per cui un eccesso di consumo attuale incide e riduce quello futuro. La Corte introduce il concetto di “*advance interference-like effect*”¹⁰² sul futuro dei ricorrenti; le scelte legislative di non prevedere impegni vincolanti dopo il 2030 produce una “interferenza” nei loro diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti, cioè nelle loro libertà future; interferenza che può essere rilevabile già adesso in quanto è possibile anticipare le implicazioni nelle varie attività del domani; in altri termini, la concessione di maggiori libertà oggi, ossia concedere più emissioni inquinanti in riferimento a qualsiasi tipo di attività, implica, inevitabilmente, limitare le opzioni future per la riduzione del *carbon budget* a disposizione e ciò determina, di conseguenza, un pregiudizio¹⁰³.

⁹⁷ cfr. BVerfGE 128, 1 <48>; 134, 242 <339 para. 289>.

⁹⁸ Par 198, «Art. 20a GG obliges the state to take climate action (cf. BVerfGE 118, 79 <110 f.>; 137, 350 <368 f. para. 47, 378 para. 73>; 155, 238 <278 para. 100>)».

⁹⁹ Cfr par. 205 dove la Corte precisa come il fatto che l’art. 20a non contenga uno standard esplicito e ne rimetta la sua definizione al legislatore non è rilevante in quanto l’«Art. 20a GG is a justiciable legal provision».

¹⁰⁰ Par 198: «*In order to prevent global warming from exceeding the temperature limit that is relevant under constitutional law (see para. 208 ff. below), it is necessary to stop further greenhouse gas concentrations from accumulating in the Earth’s atmosphere. This is because, as things currently stand, greenhouse gas concentrations and the resultant global warming that leads to climate change are largely irreversible*».

¹⁰¹ Par 121 «*The amount of time remaining is a key factor in determining how far freedom protected by fundamental rights will have to be restricted - or how far fundamental rights may be respected - when making the transition to a climate-neutral society and economy*»

¹⁰² In lingua tedesca “*eingriffsähnliche Vorwirkung*”; in argomento cfr. P.MINNEROP, *The ‘Advance Interference-Like Effect’ of Climate Targets: Fundamental Rights, Intergenerational Equity and the German Federal Constitutional Court*, in *Journal of Environmental Law*, 2021, pp 1- 28.

¹⁰³ Par 187 «*Consuming the annual emission amounts that these provisions allow until 2030 inevitably and irreversibly uses up portions of the remaining CO2 budget*».

In base a tali considerazioni gli articoli del KSG censurati dai ricorrenti sono dichiarati incostituzionali in quanto creano «*disproportionate risks that freedom protected by fundamental rights will be impaired in the future*»¹⁰⁴; quindi, tenuto conto anche della difficoltà e dell'incertezza nella rilevazione dei dati delle emissioni (e quindi della difficoltà di conoscere il «*carbon budget futuro*»)¹⁰⁵, nonché della natura probabilistica degli scenari descritti nei report scientifici, la criticità che conduce all'incostituzionalità del KSG risiede nei «*disproportionate risks*»; non vi è alcuna certezza dei pregiudizi futuri nei diritti fondamentali dei ricorrenti ma il punto centrale è che la legislazione statale già oggi deve dimostrare di farsene adeguatamente carico in modo da non rendere eccessive le limitazioni da porre in essere domani; ed ecco perché le disposizioni censurate, in particolare per ciò che non prevedono, giocano un ruolo chiave.

Ma per giungere a dichiarare la loro incostituzionalità, la Corte ha dovuto spiegare perché l'interferenza rilevata non fosse, invece, compatibile con la GG ed inizia fissando il principio in base al quale le disposizioni risulterebbero in violazione dell'art. 20a GG se l'azione climatica «*might no longer be achievable post-2030 due to the emission amounts allowed until 2030*»¹⁰⁶. La Corte richiama sia le esigenze costituzionali di adottare «*precautionary measures*»¹⁰⁷ sia il principio di proporzionalità¹⁰⁸ che, applicato al caso concreto, richiede che ad una generazione non dovrebbe essere concesso «*to consume large portions of the CO2 budget while bearing a relatively minor share of the reduction effort, if this would involve leaving subsequent generations with a drastic reduction burden and expose their lives to serious losses of freedom*»¹⁰⁹; i due concetti non operano distintamente bensì in chiave sinergica in quanto la proporzionalità viene utilizzata dalla Corte quale declinazione del principio di precauzione¹¹⁰.

Posto l'obiettivo vincolante dell'Accordo di Parigi e tenuto conto dell'incertezza sull'entità del futuro *carbon budget* effettivamente a disposizione, le misure, di cui ovviamente il legislatore conserva ampio spazio di discrezionalità di scelta, devono comunque essere adottate «*in good time*» anche al fine di evitare un sacrificio eccessivo, in termini di proporzionalità, a carico del futuro.

¹⁰⁴ Par 183.

¹⁰⁵ Cfr Par 220 e ss; in particolare par. 228 dove la Corte, sintetizzando il nodo della questione afferma che, dopo una accurata analisi dei report scientifici «*while it cannot be ruled out that Germany's remaining budget might actually be larger than calculated, overall it seems equally possible that the remaining budget might be smaller*».

¹⁰⁶ Par 190.

¹⁰⁷ Il principio di precauzione si è affermato proprio nella dottrina (*Vorsorgeprinzip*) e giurisprudenza tedesca a partire dagli anni '70 del secolo scorso a fronte dei primi riscontri di danni all'ambiente, in particolare a causa delle attività industriali, ma in assenza di adeguate certezze scientifiche. Come noto, tale principio è poi confluito nel Trattato di Maastricht del 1992 e inserito assieme agli altri che oggi guidano la politica UE in relazione all'ambiente. Per una disamina di come il *Vorsorgeprinzip* si distingue dal tradizionale principio di difesa dai pericoli (*Gefahrenabwehrprinzip*) cfr A.GRAGNANI, *Le prospettive di codificazione del diritto ambientale in Italia e in Germania*, in *Astrid on line*, n. 13, 2009, p. 20-22; per ampia letteratura tedesca sul *Vorsorgeprinzip* cfr stesso contributo in particolare nota 79; per una ricostruzione storica del principio precauzione nell'ordinamento tedesco cfr anche P. SAVONA, *Il principio di precauzione e il suo ruolo di sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *federalismi.it*, 28 dicembre 2011 e più recentemente, nel quadro emergenziale causa COVID-19, cfr F.SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *federalismi.it* n. 32, 2020, pp. 183-220.

¹⁰⁸ Anche la proporzionalità trova origine nell'ordinamento tedesco per poi diventare principio generale dell'azione europea che, in base all'art. 5, par. 4 TUE deve limitarsi a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi indicati nei Trattati; e applicato dalla CGUE; cfr F.SCALIA, *op.ult.cit.*, p.191 e bibliografia ivi richiamata in nota n. 39

¹⁰⁹ Par 192.

¹¹⁰ Peraltro, come indicato anche nel paragrafo 6.3.1 della nota Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2020 sul principio di precauzione, in relazione al fatto che le misure adottate dovrebbero proporzionate al livello di protezione desiderato «*[i]t is in situations in which the adverse effects do not emerge until long after exposure that the cause-effect relationships are more difficult to prove scientifically and that - for this reason - the precautionary principle often has to be invoked. In this case the potential long-term effects must be taken into account in evaluating the proportionality of measures in the form of rapid action to limit or eliminate a risk whose effects will not surface until ten or twenty years later or will affect future generations*».

Tutte le riflessioni portate avanti dalla Corte, con l'ausilio di riferimenti scientifici, convergono nell'individuare il *vulnus* del KSG con la mancanza di qualsiasi programmazione attuale nella riduzione delle emissioni del periodo post 2030, la cui definizione viene traslata al 2025.

L'incertezza generale, che inevitabilmente accompagna il fenomeno cambiamento climatico, non può essere elemento che disimpegna ad assumere oggi posizioni orientate e definite per il futuro; anzi, a maggior ragione, richiede ed impone, anche da un punto di vista costituzionale¹¹¹, che la "via" sia tracciata dalle autorità pubbliche prima possibile, perché solo in questo modo si potrà identificare «*which products and activities in the broadest sense will soon need to be significantly reshaped*»¹¹².

Per tali motivi il BVersG ha dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni censurate in quanto lesive di diritti fondamentali dei ricorrenti quali la tutela della vita, dell'integrità fisica e della proprietà privata; violazione determinata dall'interferenza causata dalla carenza di programmazione legislativa sulle riduzioni di emissioni gas serra per il periodo post 2030; programmazione che risulta espressione di un dovere oggettivo statale di protezione del clima anche a favore delle generazioni future.

L'obbligo dello Stato non può limitarsi alla definizione dell'obiettivo di lungo periodo, ma deve anche tracciare la transizione verso la *carbon neutrality* utilizzando le informazioni che oggi sono a disposizione e, precauzionalmente, deve considerare, nel bilanciamento, anche i diritti delle generazioni future come indicato esplicitamente nell'art. 20a GG e, in particolare, visto la relativa "miopia" del KSG, del futuro dell'attuale generazione di giovani.

A completezza dell'argomento è opportuno precisare come, a seguito della decisione del BVersG, anche all'interno della campagna elettorale in vista delle elezioni politiche tenutesi a settembre, il legislatore tedesco ha prontamente adeguato il KSG; il testo novellato, come emendato ad agosto del 2021, prevede all'art. 3 una riduzione delle emissioni di almeno il 65% entro il 2030 rispetto al 1990 (nel testo precedente era previsto solo il 50%), introduce anche una riduzione di almeno l'88% entro il 2040 e prevede di raggiungere la neutralità climatica entro il 2045 (quindi 5 anni prima dell'obiettivo di Parigi); inoltre, viene inserito un nuovo allegato 3 che definisce gli obiettivi di riduzione per il periodo 2031-2040.

Inoltre, sull'onda della decisione, la società civile ha promosso una serie di ricorsi volti a contestare la regolazione sul clima dei singoli *Land* censurando l'assenza di una legislazione statale sul clima oppure la sua inadeguatezza¹¹³.

L'ordinamento italiano davanti ai ricorsi sul clima.

Le tre decisioni, nel suo complesso, forniscono un quadro particolarmente innovativo e promettente per i futuri casi di giustizia climatica; seppur con le differenze che caratterizzano i relativi ordinamenti e con l'inevitabile superficialità con cui sono stati analizzati, dai tre casi sembrano comunque emergere alcuni elementi unificanti e sembrano rendere ipotizzabile una "circolarità" europea delle coordinate generali su cui si sviluppa la *ratio decidendi*.

¹¹¹ Par 253 «[i]t is imperative under constitutional law that further reduction targets beyond 2030 are specified in good time, extending sufficiently far into the future»; interessante come il BVersG richiami anche la precedente sentenza della Supreme Court irlandese del 31 luglio 2020 che affronta un caso simile; in quel caso la Corte ha ritenuto che il *National Mitigation Plan* adottato nel 2017 non contenesse sufficienti informazioni per la carenza di specifici obiettivi intermedi; la Corte ha ritenuto, concordando le censure dell'associazione ricorrente, che «*a compliant plan must be sufficiently specific as to policy over the whole period to 2050*».

¹¹² Par 254.

¹¹³ Le cause sono reperibili all'indirizzo <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-jurisdiction/germany/>

Provando a tirare le fila, cercando di evidenziare comunanze e diversità tra le decisioni, partiamo da una prima osservazione che, in questo momento storico, sembra assumere i tratti della banalità ossia che gli Stati convenuti riconoscono, pacificamente, le conseguenze negative causate dai cambiamenti climatici e concordato sull'esigenza di invertire, prima possibile, un meccanismo non più sostenibile; a titolo esemplificato, nel caso Urgenda, i giudici osservano come «[i]t is not disputed between the Parties that dangerous climate change has severe consequences on a global and local level»¹¹⁴; nessun Stato convenuto mette più in dubbio gli effetti dannosi prodotti dalle emissioni dei gas serra; il problema non risiede più nell'*an* ma nel *quomodo*¹¹⁵; semplificando un po', il nocciolo del contenzioso verte sul fatto che gli Stati sono convinti di aver già fatto quanto necessario per affrontare la questione climatica mentre i giudici, sollecitati dai ricorsi, ritengono che gli sforzi non siano stati invece sufficienti o adeguati.

Altro fattore comune è l'ampio spazio concesso ai *report* scientifici e in particolare quelli elaborati dall'IPCC; tuttavia, ogni tribunale, nel decidere, ha poi cercato anche adeguate conferme e informazioni tecniche avvalendosi di istituti ed enti pubblici "territoriali"; il risultato finale sembra quello di una reciproca legittimazione in quanto gli enti scientifici vedono riconosciuto il loro operato per il tramite dei loro *report* che diventano basi motivazionali per le Corti, mentre quest'ultime, in assenza di adeguati supporti scientifici, difficilmente avrebbero potuto ricavare in altro modo valide argomentazioni a supporto delle proprie decisioni.

Sulla delicata questione del rispetto del principio di separazione dei poteri, le sentenze trovano una trama unificante nel momento in cui tutte ricercano un equilibrio tra obbligazione di mezzi e di risultato; le sentenze rilevano inadempienze, impongono obiettivi generici e termini ma non misure dettagliate e anzi, tengono a precisare, come lo Stato resti ampiamente libero di scegliere le modalità e i mezzi per raggiungere gli obiettivi di riduzione.

Inoltre emerge in tutte le decisioni un dovere statale di programmazione anche di breve e medio periodo in assenza del quale mancano gli elementi per valutare se, fissati gli obiettivi di lungo periodo, il percorso di riduzione venga davvero rispettato o meno; e se il caso francese evidenzia la necessità del monitoraggio e delle rideterminazione delle misure per recuperare eventuale deficit passati il caso tedesco guarda invece al futuro e, nell'ottica dell'equità intergenerazionale, impone al legislatore di ponderare quanto le decisioni prese oggi possano "interferire" sui diritti fondamentali del domani.

Altro elemento di comunanza è l'approccio precauzionale nella sua espressione e declinazione più tradizionale per cui la mancanza di certezza scientifica, più che sul fenomeno in sé sulla probabilità del realizzarsi degli scenari prospettati e sulla tempistica, non può costituire un pretesto per rimandare l'adozione di misure volte a prevenire l'aumento del clima.

Per quanto concerne la valutazione dello *standing*, i relativi ordinamenti erano già sufficientemente predisposti per accogliere i ricorsi promossi dalla società civile; le disposizioni civilistiche olandesi sulla *class action* e quelle francesi sul *préjudice écologique* rimuovono quei preliminari ostacoli procedurali che rischierebbero di essere insormontabili davanti a legittimazioni fondate soltanto sul principio generale dell'interesse "individualista" attuale e concreto vista la vocazione universale del fenomeno.

Anche il caso tedesco "risente", in senso positivo, del *direkte Verfassungsbeschwerde* che consente a qualsiasi cittadino che ritenga violato un suo diritto fondamentale di rivolgersi direttamente al BVerfG che ha riconosciuto lo *standing* anche ai residenti in Nepal e Bangladesh.

Dopodiché, in ottica differenziale, mentre nel caso Urgenda i ricorrenti contestano l'entità dell'obiettivo di riduzione perseguito dallo Stato (il 17% invece di almeno il 25%), nelle altre controversie non viene contestato l'impegno assunto bensì la sua effettiva implementazione (caso francese) oppure l'omessa programmazione di medio termine (caso tedesco).

¹¹⁴ Questo è un elemento che sembra caratterizzare tutti i casi di giustizia climatica almeno europei; in ottica internazionale è noto invece l'atteggiamento tendenzialmente negazionista del fenomeno portato avanti dall'amministrazione statunitense sotto la presidenza Trump.

¹¹⁵ Ad esempio nel par. 4.32 della sentenza Urgenda di primo grado si osserva come «[t]he dispute between the Parties therefore does not concern the need for mitigation, but rather the pace, or the level, at which the State needs to start reducing greenhouse gas emissions».

Più precisamente, nel caso francese, rilevata l'inadeguatezza delle misure passate adottate, si contestava, in assenza di correttivi, la capacità di raggiungerli; ecco perché, riscontrato il deficit del primo *budget carbone*, i giudici impongono di adottare entro 31 dicembre 2022 quella misure che siano in grado di riallineare la traiettoria previsionale delle riduzioni con gli effettivi riscontri. Nel caso tedesco, invece, il fattore rilevante della decisione del BVerfG è la mancanza di programmazione post 2030 della legislazione sul clima che rischia di determinare una violazione dei diritti fondamentali dei ricorrenti in quanto, l'interferenza, potrebbe ridurre il loro spazio di libertà futuro.

Per quanto concerne la "dimensione" dei valori in gioco, le sentenze francesi e quella tedesca, seppur dando comunque rilievo anche al quadro degli obblighi statali in funzione degli impegni internazionali ed europei, trovano solidi appigli motivazionali già nel proprio ordinamento costituzionale e interno, senza configurare l'insufficiente azione climatica statale quale violazione "sovranaazionale" degli artt. 2 e 8 della CEDU.

Le tre decisioni evidenziano anche come la giustizia climatica possa penetrare nei singoli ordinamenti seguendo tutte le vie giurisdizionali possibili; infatti, seppur con le caratteristiche del sistema olandese, il caso Urgenda segue la via civile, il caso francese quella amministrativa (anche se poi i giudici decidono applicando principalmente disposizioni del *Code civil*) mentre quello tedesco si incardina sul piano costituzionale.

Il percorso ricostruttivo e comparativo svolto è utile anche riflettere sull'ordinamento italiano e, in particolare, a chiedersi se e quanto possa risultare pronto costituzionalmente, giuridicamente e culturalmente ad accogliere ricorsi promossi dalla società civile in nome dei cambiamenti climatici.

Quello che si può sicuramente affermare è che le decisioni analizzate, vista anche l'autorevolezza dei tribunali giudicanti, non possono non determinare, almeno nello scenario europeo, un riferimento per i giudizi futuri davanti a casi simili; a dimostrazione di una predisposizione alla circolarità, non sembra marginale ribadire come anche la sentenza del BVerfG richiama quella della *High Court* irlandese.

In particolare, le argomentazioni sviluppate per mantenere la decisione giudiziaria rispettosa del principio di separazione dei poteri, tratteggiano una impalcatura di ragionamento e motivazionale che appare solida e replicabile; obblighi internazionali, sovranazionali e interni definiscono obiettivi sulla base di report scientifici; il sindacato dei giudici si "limita" a verificare che ad impegni presi corrispondano, in concreto, misure che consentano traiettorie di riduzione coerenti e compatibili con essi; in caso di riscontro negativo, la "condanna" impone un obbligo di risultato lasciando le autorità statali libere di autodeterminare le specifiche misure per raggiungerlo. Circolarità che invece potrebbe risultare più problematica per il riconoscimento dello *standing*.

L'attuale configurazione del nostro sistema di accesso alla giustizia civile non prevede, come noto, una *class action* sul modello olandese; sotto questo profilo, sul piano civilistico, la logica "individualista" contenuta nell'art. 100 del c.p.c., in base al quale, per la proposizione di una domanda, è necessario dimostrare di avere un "interesse" concreto ed attuale, rischia di essere uno scoglio arduo da superare.

Anche sul piano costituzionale è noto come il nostro ordinamento non preveda modi di accesso diretto assimilabile all'istituto tedesco del *direkte Verfassungsbeschwerde*; l'eventuale attivazione della Corte costituzionale potrebbe arrivare quindi soltanto da un giudizio in via incidentale e sempre che il giudice *a quo* ravvisi le condizioni per l'ordinanza di rimessione; e occorre inoltre tener presente come, almeno per adesso, manca una legislazione nazionale esplicitamente dedicata al clima¹¹⁶.

Invece, sul piano amministrativo, il nostro ordinamento ha previsto da tempo una disciplina

¹¹⁶ Per una panoramica a livello europeo sulle leggi dedicate al clima cfr F.GALLARATI, *Le leggi-quadro sul clima negli Stati membri dell'Unione europea: una comparazione*, in *DPCE Online*, n. 4, 2021, pp. 3459-3484 reperibile all'indirizzo www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1431.

ad hoc per le associazioni ambientaliste che hanno trasformato gli interessi diffusi, indifferenziati, in interessi collettivi¹¹⁷.

In particolare, la legittimazione a ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi è riconosciuta, sul piano del diritto positivo, solo alle associazioni ambientaliste riconosciute¹¹⁸ ex art. 13 L. 349/86; per le altre, che operano quindi su basi territoriali più limitate, la legittimazione viene in generale ammessa¹¹⁹ ma solo su base giurisprudenziale al sussistere di certi presupposti quali perseguire in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale, un adeguato grado di stabilità, un sufficiente livello di rappresentatività e un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso (c.d. *vicinitas*); già quest'ultimo elemento, la *vicinitas*, potrebbe risultare particolarmente critico da qualificarsi a fronte di contestazioni in nome dei cambiamenti climatici.

Anche da questi brevi richiami, seppur occorrerà testare in concreto le posizioni giurisprudenziali assunte sulla base delle disposizioni attualmente vigenti, la "via" giudiziaria che sembra meglio predisposta nel nostro ordinamento ad accogliere ricorsi climatici è quella amministrativa.

Per quanto concerne i riferimenti costituzionali è noto come l'assenza di espliciti enunciati dedicati alla protezione dell'ambiente nel testo entrato in vigore il 1 gennaio del 1948 non sia stato di ostacolo alla giurisprudenza per riconoscere l'ambiente quale valore e, in particolare, vi si è giunti tramite una interpretazione evolutiva dell'art. 9 co. 2 in base al quale in base la Repubblica tutela il paesaggio; il vuoto terminologico è stato colmato, almeno per il momento, solo con la revisione costituzionale del 2001 ma nell'art. 117 dedicato alla ripartizione di competenze legislative che attribuisce alla Stato quella esclusiva in tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali; il tecnicismo che caratterizza l'articolo non lo configura come "terra di valori".

Tuttavia, come dimostra anche l'esperienza italiana, l'assenza di una specifica disposizione costituzionale non rappresenta, di per sé, elemento che impedisca l'elaborazione di forme di tutela pubblica a protezione dell'ambiente; conferme che del resto possono ricavarsi anche dai casi analizzati in quanto sia il Tribunale amministrativo di Parigi che il BVerfG hanno accolto i ricorsi nonostante né la *Charte de l'environnement* né la Legge Fondamentale tedesca includono espliciti riferimenti ai cambiamenti climatici; d'altro canto, simmetricamente, una presenza terminologica non è, in quanto tale, garanzia di sviluppo di un sistema di protezione dell'ambiente effettivo e concreto¹²⁰; il rischio "green washing", anche se fenomeno patologico di natura commerciale in relazione alla vendita di prodotti, può mostrarsi anche a livello costituzionale.

In base a tali considerazioni, anche a testo invariato, la categoria notoriamente aperta dei valori costituzionali tutelabili non sembra impedire un riconoscimento da parte della Corte costituzionale italiana di un diritto al clima configurabile anch'esso, in linea con quanto statuito dal BVerfG, non tanto come diritto soggettivo, ma come dovere pubblico¹²¹ da perseguire in attuazione dell'art. 9; in altri termini, il riconoscimento dell'ambiente quale valore e la protezione che ne consegue non sembra possa impedire di incorporare, tra gli "oggetti" di tutela, anche il clima.

¹¹⁷ C.CARUSO, *Le forme di partecipazione: le associazioni ambientaliste*, in B.CARAVITA, L.CASSETTI, A.MARRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 2016, p. 297.

¹¹⁸ Per ampia ricostruzione su legittimazione ad agire in materia ambientale delle associazioni ambientaliste cfr F.SCALIA, *La giustizia climatica*, op.cit., pp. 289-304.

¹¹⁹ Per una netta chiusura cfr sent. n. 3303/2016 Cons. di Stato commentata da O.SOLINA, *La legittimazione ad agire per la tutela di interessi collettivi*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2017, n. 2, pp. 249-255; posizione poi superata dalla sentenza n. 6/2020 dell'Adunanza Plenaria del Cons. di Stato che invece ha confermato l'applicazione del cd "doppio binario" per cui la legittimazione *ex lege* per le associazioni ambientaliste riconosciute non esclude quella delle non riconosciute al sussistere dei presupposti elaborati dalla giurisprudenza.

¹²⁰ Per riflessioni in tal senso in ottica di comparazione costituzionale cfr C.SARTORETTI, *La tutela dell'ambiente nel diritto comparato: modelli costituzionali a confronto*, in R.FERRARA, M.A.SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, 2014, vol. I, pp. 337 e ss.

Tuttavia non si può non considerare anche il recente completamento dell'iter parlamentare¹²² con cui si è perfezionata la modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione; al primo viene aggiunto un ulteriore comma in base al quale diventa compito della Repubblica tutelare anche «l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni» nonché indicato che «[l]a legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»; l'art. 41 è invece stato oggetto di modifiche più "chirurgiche", con le specifiche al co. 2 che l'iniziativa economica privata non possa recare danno «alla salute» e «all'ambiente» e, in coda al co. 3, che l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata anche per finalità «ambientali»¹²³.

Vista la naturale proiezione verso il futuro di qualsiasi disegno costituzionale, il valore aggiunto del testo novellato non andrà ricercato tanto nel riconoscere, accertare e canonizzare quanto risulta già, da molto tempo, elaborato dalla giurisprudenza; l'indagine più utile e interessante sembra piuttosto quella mirata ad esplorare nuovi significati in relazione al futuro della protezione dell'ambiente di cui i cambiamenti climatici, vista la trasversalità delle modifiche che impongono nei soggetti pubblici e privati, rappresentano forse la sfida più complessa; si tratta di capire se possa ancora essere dato un seguito a quell'approccio interpretativo evolutivo che, in assenza di riferimenti espliciti, ha permesso alla giurisprudenza civile di riconoscere il diritto all'ambiente salubre, alla Corte costituzionale di riconoscere l'ambiente quale valore, alla Corte dei conti di elaborare il concetto di danno ambientale e alla giurisprudenza penale, seppur con tutti limiti e la cautela del settore, di interpretare il disastro innominato in chiave ambientale.

Nel merito delle modifiche dell'art. 9 si può notare come il cambiamento climatico non troverebbe un esplicito riconoscimento; quindi, almeno sul piano strettamente lessicale, il testo sembra nascere già un po' vecchio non recependo, sul piano formale, quella che sarà la grande sfida ambientale dei prossimi decenni; a temperamento di tale mancanza verrebbe invece canonizzato «l'interesse delle future generazioni»; l'inserimento di tale espressione all'interno dei principi fondamentali non potrebbe che rafforzare il "peso" degli interessi futuri e quindi, nell'ottica dell'equità intergenerazionale, favorire quell'interpretazione anticipatoria delle interferenze che caratterizza la decisione del BVerfG; anche le modifiche all'art. 41 non possono che rafforzare le pretese ad orientare l'attività pubblica e privata verso una economia che tenda verso la *carbon neutrality*; in sintesi, al di là delle valutazioni più o meno critiche¹²⁴ nei confronti della revisione costituzionale, le novità del testo non potranno certo indebolire le istanze di protezione dell'ambiente.

¹²¹ Prendendo le mosse dall'art. 2 della Costituzione, l'opportunità, in chiave ambientale, di spostare l'attenzione sul versante dei doveri piuttosto che su quelli dei diritti è stata posta in evidenza da tempo in dottrina, cfr F.FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, n. 2, 216-259; in precedenza anche G.MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, 1977, p. 1122.

¹²² In data 8 febbraio 2022 la Camera ha approvato, in seconda lettura, quasi all'unanimità (468 voti a favore, sei astenuti ed un solo contrario), la proposta di revisione costituzionale degli artt. 9 e 41 completando quindi l'iter previsto dall'art. 138 della Costituzione; il disegno di legge di revisione costituzionale era stato approvato, in prima lettura, al Senato il 9 giugno 2021 e alla Camera il 12 ottobre 2021; il Senato aveva approvato il testo in seconda lettura il 19 gennaio 2022.

¹²³ Sulla revisione costituzionale degli artt. 9 e 41 si segnala il Paper dedicato all'argomento del 23 giugno 2021 promosso da *federalismi.it* con i relativi contributi degli A. reperibili dall'omonimo sito; inoltre in dottrina M.CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quad. Cost.*, n. 3, 2021, p. 285 e ss, il contributo è destinato al volume E. BRUTI LIBERATI, M. CECCHETTI, L. RONCHETTI, *Tutela dell'ambiente: diritti e politiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; D.PORENA, *Sull'opportunità di un'espressa costituzionalizzazione dell'Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione. Osservazioni intorno alle proposte di modifica dell'articolo 9 della Carta presentate nel corso della XVIII legislatura*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020, p. 312 e ss.; Y.GUERRA, R.MAZZA, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quad. Cost.*, n. 4, 2021, p.109 e ss.; G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quad. Cost.*, n. 2, 2021, p. 460 e ss.; A.O.COZZI, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE on line*, n. 4, 2021, p. 3391 e ss; con osservazioni più mirate al cambiamento climatico cfr L.SALVEMINI, *Dal cambiamento climatico alla modifica della Costituzione: i passi per la tutela del futuro (non solo nostro)*, in *federalismi.it*, n. 20, 2021, p. 63 e ss.

In questo quadro generale di “storiche” decisioni europee e modifica “green” della nostra Costituzione si inserisce anche il primo caso italiano di giustizia climatica promosso davanti al Tribunale civile di Roma, noto mediaticamente anche come “*Giudizio Universale*”.

Limitandosi ad alcune riflessioni, i ricorrenti, espressione della società civile, ritengono che, per porre in essere azioni climatiche coerenti con l’incremento della temperatura globale entro l’aumento di 1,5°C, l’Italia sarebbe tenuta, entro il 2030, a ridurre le proprie emissioni del 92% rispetto ai livelli del 1990.

L’entità della richiesta si fonda sul rapporto “*Obiettivi e politiche climatiche dell’Italia nel rispetto dell’Accordo di Parigi e delle valutazioni di Equity globale*”¹²⁵ elaborato nel 2021 da *Climate analytics*¹²⁶ che così conclude:

«Assumendo come presupposto un uguale livello di ambizione per ogni paese all’interno dell’intera gamma di risultati delle acquisizioni della letteratura sull’Equity, l’Italia avrebbe bisogno di ridurre le sue emissioni del 92% entro il 2030 rispetto al 1990 per essere in conformità con l’obiettivo di temperatura a lungo termine dell’Accordo di Parigi».

Ovviamente, a dimostrazione della elevata sensibilità dei giudici europei a tener conto dei solleciti e delle preoccupazioni manifestate dalla società civile, il ricorso¹²⁷ non manca di segnalare le importanti e recenti decisioni di giustizia climatica che impongono agli Stati sforzi aggiuntivi, né manca una nutrita ricostruzione casistica di giurisprudenza italiana come fondamento, a giudizio dei ricorrenti, dell’accertamento della responsabilità da parte dello Stato italiano.

Venendo ai riferimenti civilistici, il ricorso reclama la responsabilità dello Stato italiano per la sua insufficiente azione climatica in relazione agli artt. 2043 e 2051 del c.c., nonché degli artt. 1173 e 1218 c.c.; in particolare, si richiede di accertare in via principale la responsabilità ex art. 2043 c.c. e, in via subordinata, quella ex art. 2051 c.c. e, conseguentemente, «condannare il convenuto ex art. 2058, co. 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 minore, in corso di causa accertanda».

Nell’atto introduttivo, oltre ad una insufficienza sul piano generale di tutti i provvedimenti attualmente in essere, critiche più specifiche sono indirizzate verso la Strategia italiana di lungo termine sulla riduzione delle emissioni, il PNRR e il PNIEC.

Ma in particolare è nei confronti di quest’ultimo che vengono dedicate le maggiori censure dei ricorrenti che richiedono di condannare lo Stato ex artt. 1453 e 2058 c.c. ad adeguarlo con misure idonee a realizzare l’abbattimento, entro il 2030, delle emissioni nella misura del 92% rispetto ai livelli del 1990.

Sulla base di un raffronto generale rispetto alla casistica analizzata nel presente contributo, l’azione giudiziaria sembra presentare maggiori similitudini con il caso Urgenda sia perché si contesta l’obiettivo generale determinato dallo Stato italiano, sia perché si incardina come giudizio civile.

¹²⁴ Tra le voci più critiche G.DI PLINIO, *L’insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell’ambiente*, in *federalismi.it*, Paper del 23 giugno 2021; l’A. ritiene la revisione, nel suo complesso «*inutile, forse dannosa, al limite stupida*»; cfr anche T.E.FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, *ivi*; l’A. ritiene la revisione non necessaria e paventa anche un potenziale rischio nella modifica dei principi fondamentali in quanto «*anche laddove si volessero modificare i principi fondamentali (rectius: supremi) per migliorarli, si correrebbe il rischio di creare un pericoloso precedente, che oggi potrebbe valere pure in senso positivo ma domani non potrà essere impedito in senso negativo*»; esprime una valutazione più positiva I.A.NICOTRA, *L’ingresso dell’ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *federalismi.it*, Paper del 23 giugno 2021.

¹²⁵ Testo in italiano reperibile all’indirizzo <https://asud.net/wp-content/uploads/2021/10/Report-CA-in-italiano.pdf>.

¹²⁶ Organizzazione non profit con sede a Berlino e dislocata in altri Stati che si occupa anche di valutazione e analisi delle politiche climatiche; il sito istituzionale è all’indirizzo web <https://climateanalytics.org/>

¹²⁷ L’atto di citazione è scaricabile dal sito <https://asud.net/wp-content/uploads/2021/10/Atto-di-citazione-A-Sud-VS-Stato-Italiano-2021.pdf>.

E' probabile che la difesa statale contesterà la legittimazione ad agire dei ricorrenti e punterà sull'inammissibilità del ricorso prospettando una violazione del principio di separazione dei poteri; inoltre, in relazione alle censure sul PNIEC e la richiesta di conformarsi alle richieste di riduzione, sembra porsi anche una preliminare questione di giurisdizione del giudice amministrativo.

Un'ultima considerazione extragiudiziale su questo tipo di ricorsi per i quali non sembra da sottovalutare anche una loro valenza comunicativa; ad esempio si cerca di sensibilizzare l'opinione pubblica tramite l'allestimento di un sito dedicato¹²⁸ in modo da ricercare un consenso e rendere il più possibile accessibile a tutti i cittadini interessati l'azione giudiziaria posta in essere e le sue motivazioni.

In questa prospettiva sembra condivisibile l'affermazione che «[i]l processo potrebbe apparire, in fondo, come un "servizio" a favore delle autorità pubbliche, perché renderebbe la questione climatica accessibile a tutti, facendola uscire dal ghetto politico e tecnico in cui è rinchiusa»¹²⁹; una sorta di visione "sociale" del contenzioso che, uscendo dalla stretta logica giuridica di individuare vincitori e vinti, aiuti piuttosto a "fare squadra", unico modo che sembra davvero efficace per affrontare le questioni ambientali visto che siamo, inevitabilmente, tutti sullo stesso pianeta.

¹²⁸ Nel caso del ricorso italiano il sito è <https://giudiziouniversale.eu/>

¹²⁹ Riflessione basata sul caso *Affaire du siècle* proposta da S.SCHMITT, *L'emersione della giustizia climatica in Francia*, op.cit., p. 967.

CHIOSE SULLA *RATIO* DEL DUP DI UN ENTE LOCALE E SPUNTI DI SNODO CON L'AUTONOMIA COMUNALE FALCIDIATA DALLE VARIANTI *EX LEGE* AGLI STRUMENTI URBANISTICI.

Antonio Mitrotti

Ricercatore in Diritto Amministrativo presso l'Università del Salento

Sintesi. Che cos'è il DUP di un ente locale? Non è affatto semplice (in tutta onestà) cogliere l'intima natura giuridica di un istituto dispiegatosi lungo l'ambiguo crinale tra politica e diritto, sviluppatosi a cavallo delle (sensibili) esigenze tra diritto ed economia e, concretamente, maturato nell'alveo di una costante dialettica (creatrice) tra il diritto positivo ed il diritto vivente. Ebbene, il "*Documento Unico di Programmazione*" che è anche noto - ai più - con l'acronimo di DUP viene a manifestarsi proprio come un istituto di questo tipo. Perciò, con queste pagine ci si offre di approfondire alcuni ragionamenti di analisi e di "inquadramento" giuridico del DUP. Anche perché lo scopo (più) "pragmatico" è quello di calare la (ricercata) natura del DUP all'interno del materiale contesto di funzionamento dell'autonomia comunale: rapportandolo in particolare con una fondamentale funzione degli enti comunali, qual è la - nevralgica - pianificazione territoriale di un Comune. Ciò viene ad assumere un pregnante rilievo sistematico, specialmente, alla luce delle recenti - e peculiari - fattispecie legislative produttrici di automatiche forme provvedimentali di varianti agli strumenti urbanistici comunali. Analisi senz'altro utile - se non preziosa - per farsi un'idea sullo stato di salute effettiva dell'autonomia dell'ente "Comune". Cosa non scontata in un cronico periodo di convulse misure emergenziali a contrasto dello scoppio del *Virus* da Covid-19.

Abstract. *What is the DUP of a local authority? It is certainly not an easy task to grasp the intimate juridical nature of a legal institution unfolding along the ambiguous border between politics and law, developed astride the (sensitive) needs of law and economics and, in practice, within the context of a constant (creative) dialectic between positive law in the books and law in action. The "Documento Unico di Programmazione" (Single Programming Document), which is also known - to most people - by the acronym of DUP, really is an institution of this kind. Therefore, the present contribution aims at examining in depth some arguments for the analysis and legal "framework" of the DUP. Also, because the (more) "pragmatic" purpose is to place the (sought-after) nature of the DUP within the material context of the functioning of municipal autonomy: relating it, in particular, to a fundamental function of municipal entities, that is to say the - neuralgic - territorial planning of a municipality. This comes to assume a significant systematic importance, especially in the light of the recent - and peculiar - statutory cases producing automatic forms of provision of variants to municipal planning instruments: an analysis certainly useful - if not invaluable - to get an idea of the actual "state of health" of the autonomy of the "Municipality". Something not to be taken for granted in a chronic period of convulsive emergency measures to contrast the outbreak of the Covid-19.*

SOMMARIO: **1.** Tra teoria e prassi, le ambiguità "incombenti" sulla natura giuridica del DUP - **2.** Il DUP come "atto amministrativo generale": effetti dell'"incoerenza" tra il DUP e gli atti "conseguenti" - **3.** Le relazioni tra DUP e pianificazione urbanistica ed edilizia comunale - **4.** Le recenti misure legislative di variante (automatica) agli strumenti urbanistici comunali: l'inversione prospettica tra il DUP e gli strumenti urbanistici comunali. **5.** Alcune riflessioni conclusive.

1. Tra teoria e prassi, le ambiguità “incombenti” sulla natura giuridica del DUP.

Sono vari gli elementi nel mondo istituzionale (della Repubblica italiana) che possono dirsi (con ambiguità) riposti lungo il nevralgico crinale tra il diritto e la politica (se soltanto si ponesse mente al celeberrimo istituto della “dirigenza apicale”¹) oppure tra l’economia ed il diritto (se ad esempio immaginassimo, già per un istante, le “cause” - con i relativi “effetti” - del noto principio di “equilibrio” dei bilanci pubblici²), come pure a cavallo, altalenante, tra il diritto positivo e ciò che è assai spesso definito nel gergo giuridico come il “diritto vivente”³ (in quanto animato, evolutivamente, dalle dirimenti interpretazioni “maturate” all’interno delle diverse aule di una giustizia non di rado “creatrice”⁴ del diritto ed in ogni caso “solutrice” - in potenza - di ogni sorta di possibile, controversa, questione concreta).

Tanto che spesso risulta pressoché impossibile (a rischio di vere *probationes* diaboliche) scindere tutto con una riserva mentale ovvero (per intendersi) con quella famosa “accetta” sempre chiamata in causa quando si sente la necessità di demarcare dove per esattezza termini il confine di una disciplina e dove, per converso, inizi il confine di un’altra.

¹ In dottrina *ex multis* P. L. PORTALURI, *Pensieri scomposti sugli incarichi dirigenziali*, in *Federalismi.it*, n. 6/2021, pp. 147-164; L. OLIVERI, *La fiducia nel reclutamento dei dirigenti pubblici [PNRR - Dirigenza pubblica]*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 6/2021, pp. 691-701; G. GARDINI, *La perenne riforma della dirigenza pubblica*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 1/2020, pp. 45-73; M. IMMORDINO - C. CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; S. BATTINI, *L’invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo “spoils system”*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 3/2019, pp. 269-281; B. CIMINO, *La stabilizzazione dei precari e la precarizzazione dei dirigenti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 4/2019, pp. 456-465; M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una storia difficile*, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2018, pp. 1-26; N. E. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione: un modello da perfezionare?*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2018, pp. 827-872; G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2017, pp. 155-194; F. GELLI, *Profili di dirigenza pubblica e riforme amministrative*, in *Democrazia e diritto*, n. 1-2/2013, pp. 89-104; V. MAIO, *L’impossibile stabilizzazione della dirigenza pubblica, ovvero l’altra faccia dello spoils system all’italiana*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 4/2011, pp. 3266-3275; G. D’AURIA, *Ancora su nomine fiduciarie dei dirigenti pubblici e garanzie contro lo spoils system*, in *Il Foro italiano*, n. 9/2010, pp. 2278-2286; V. CASARI GASPARINI, *“La dirigenza pubblica nel rapporto tra politica ed amministrazione” (dal d.lgs. 29/1993 al d.lgs. 150/2009)*, in *Il diritto dell’economia*, n. 3-4/2009, pp. 543-594; P. CERBO, *La cessazione anticipata degli incarichi dirigenziali fra gestione, politica e legge*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, n. 2/2007, pp. 449-466; G. F. COCA, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2007, pp. 1015-1017; C. SILVESTRO, *Spoils system statunitense e spoils system all’italiana a confronto*, in *Il Foro Amministrativo - TAR*, n. 3/2003, pp. 954-972; G. ENDRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2000; C. D’ORTA - C. MEOLI, *La riforma della dirigenza pubblica*, Padova, Cedam, 1994; M. D’ALBERTI (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Bologna, il Mulino, 1990.

² *Ex plurimis*, si confrontino, M. QUECCHIA, *Gli equilibri di bilancio degli enti locali. Analisi di tutti gli equilibri del sistema di bilancio degli enti locali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2021; E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell’esperienza costituzionale italiana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; G. PESCE, *Il problema del debito pubblico e il ruolo del diritto amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 1/2017, pp. 429-465; L. TEDOLDI, *L’“uso politico” del debito pubblico tra crisi delle istituzioni democratiche e sostenibilità dello Stato negli ultimi decenni del Novecento in Italia*, in *Rivista di Diritto finanziario e scienza delle finanze*, n. 1/2017, pp. 82-91; F. LANCHESTER (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello. Atti del convegno, Roma - Camera dei Deputati, 12-13 maggio 2015*, Milano, Giuffrè, 2016; O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, Jovene, 2016; G. VEGAS, *Il bilancio pubblico*, Bologna, il Mulino, 2014; C. BUZZACCHI, *Equilibrio di bilancio versus autonomie e ‘Stato sociale’*, in *Amministrare*, n. 1/2014, pp. 49-92; C. GOLINO, *Il principio del pareggio di bilancio. Evoluzione e prospettive*, Padova, Cedam, 2013; E. FOLLIERI, *Il diritto amministrativo alla prova delle riforme “Monti”*, in *GiustAmm.it*, n. 10/2013, pp. 1-12; R. DICKMANN, *Governance economica europea e misure nazionali per l’equilibrio dei bilanci pubblici*, Napoli, Jovene, 2013; A. BAGNAI, *Crisi finanziaria e governo dell’economia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2011, pp. 1-9; E. GIOVANNINI, *La lettura macroeconomica dei bilanci pubblici: cosa cambia?*, in *Queste Istituzioni*, n. 156-157/2010, pp. 87-104; M. D’AMORE, *I bilanci pubblici tra armonizzazione e autonomia. Unione europea, Stato, Regioni ed enti locali*, Torino, Giappichelli, 2009.

La premessa (forse, teoricamente banale) mi è - qui - utile per offrire una intuitiva idea dell'elastica cornice disciplinare entro cui va a "materializzarsi" il nevralgico istituto del "Documento Unico di Programmazione" di un Ente locale: che da ora, in poi, indicheremo, più comodamente, con l'acronimo di "DUP".

Eppure ci si rende - assolutamente - conto che agli occhi di un lettore esperto del diritto degli enti locali (penso ad autorevoli studiosi in dottrina, come anche ai valenti segretari e dirigenti comunali e provinciali) sembrerà una cosa oltre modo esagerata - se non proprio abnorme - che si "enfaticino" (così) le aleggianti venature "potenzialmente" ambigue intorno al DUP ed ai suoi pertinenti profili, a "scavalco" tra politica e diritto, tra diritto ed economia, come pure tra diritto positivo e diritto vivente. Ma si tratta di surrettizie ambiguità (se viste con il senno di poi) non proprio fantasiose, per lo scrivente, e che (quand'anche fossero irreali) sarebbe in ogni caso necessario fugare (per chiunque) con l'irrinunciabile ricorso alla sola (ed efficace) forza delle argomentazioni giacché, nella convulsa prassi istituzionale, i silenti dubbi e gli "equivoci" potrebbero opacamente confondere, i più, sulla ("effettiva") natura giuridica del DUP: incidendo però (a cascata) su ogni corretta attività ermeneutica riguardante la disciplina - sia legislativa che regolamentare - dell'istituto, nonché - quel che è ancora peggio - inficiando (indirettamente) il "legittimo" esercizio delle attività amministrative oggetto del DUP.

Invece - tutto all'opposto - nella vita quotidiana di un ente locale ogni spinosa questione teorica verrebbe, tendenzialmente, liquidata con il mero rinvio (*tranchant*) all'articolo 170 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267: proprio rubricato "Documento unico di programmazione".

Il punto è che non è sufficiente trincerarsi dietro una disposizione per risolvere (quasi chiudendo gli occhi) i casi emergenti - con schizofrenia - tra le pieghe degli eterogenei adempimenti cui un ente locale è tenuto, costantemente, ad adempiere.

Basti semplicemente pensare che qualsiasi disposizione va interpretata: affinché si possa cioè pervenire alla individuazione (letterale, logica, sistematica, storica, evolutiva) della norma del "caso".

E questa, non banale, attività ermeneutica non può che competere - in prima battuta - a tutti i dipendenti pubblici coinvolti organicamente nell'esercizio delle - pregnanti - funzioni di "amministrazione attiva" di un Comune, di una Provincia o di una Città metropolitana, di una Comunità montana oppure isolana (come anche di una Unione di Comuni) e più in generale di un ente locale.

³ Non si ritiene, qui, esagerato rilevare che ciò che oggi intendiamo per "diritto vivente" possa rinvenire il proprio "retaggio" giuridico/culturale nelle ricostruzioni (pur di taglio differente) *ex multis* sviluppate (all'interno della copiosa letteratura italiana) in C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946; C. MORTATI, *Costituzione dello Stato: dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 140-233; M. ZINGALES, *Tecnica legislativa e certezza del diritto*, in *Nuovi studi politici*, n. 3/1979, pp. 63-70; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/1986, pp. 1148-1166; M. S. GIANNINI, *Scienza giuridica e teoria generale in Costantino Mortati*, in M. GALIZIA - P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 7-30; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994; F. PATRONI GRIFFI, *La "fabbrica delle leggi" e la qualità della normazione in Italia*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2000, pp. 97-130; M. CAVINO, *Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice: la sintesi nel diritto vivente*, in *Diritto e Società*, n. 1/2001, pp. 159-174; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, Jovene, 2008; G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto 'vivente'. Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia del diritto*, n. 3/2008, pp. 47-81; A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011; AA. VV., *Giudici e legislatori*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2016, pp. 483-623; R. RORDORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Il Foro italiano*, n. 3/2017, pp. 123-129; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5/2020, pp. 675-685.

⁴ Per delle recentissime e brillanti riflessioni sul "creazionismo" giurisprudenziale appare davvero interessante rinviare alle, autorevoli, riflessioni di P. L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

Anche perché (qui può iniziarsi a cogliere qualche discreto margine di una latente ambiguità) se si volessero approfondire i profili giuridici del DUP l'attento giuspubblicista rimarrebbe alquanto deluso: posto che dopo una doviziosa ricerca ci si accorgerebbe che gli studi pubblicati in materia manifestano un oggettivo taglio - prevalentemente - aziendalistico⁵ e poco attento alle ricadute (effettive) per il diritto pubblico⁶.

A ciò si aggiunga che per molti (pur apprezzabili) giuspubblicisti qualsiasi riflessione sul DUP sarebbe, quasi, antieconomica se non proprio (addirittura) un'inutile speculazione accademica: essendo ai loro occhi palese che si tratti di un mero atto di indirizzo politico, in ragione della provenienza dall'organo che delibera il DUP (ovverosia l'organo consiliare) e (per altro) a motivo di una "manifesta" natura non giuridica delle celebri "linee programmatiche" (sviluppo del "programma di mandato", dal carattere, senz'altro, politico⁷) in base a cui rinviengono (per dire la verità) una concreta - sostanziale e materiale - declinazione tutte le elementari "missioni" costituenti la, prima, "Sezione Strategica" del DUP (indicata con l'acronimo di "SeS") e da cui poi verrebbe a dipendere uno strisciante effetto di (sfumato) "condizionamento" (altrettanto "politico") per la - ricollegabile - "strutturazione" della "Sezione Operativa" ("SeO") del DUP, quale - per intendersi - seconda (e "conseguente") parte sezionale all'interno del DUP.

Malgrado ciò sarebbe sommario e frettolosamente sbrigativo etichettare il DUP (con nettezza e spensierata certezza) come un "atto politico" o di indirizzo politico del Consiglio comunale o provinciale (a seconda del caso).

Se non altro perché la dottrina e gli orientamenti consolidati della giurisprudenza amministrativa⁸ da tempo evidenziano come l'esistenza di un atto politico sia subordinata (per evitare vuoti di tutela giurisdizionale) al rigoroso ricorrere "simultaneo" di due essenziali requisiti: il primo, dal carattere soggettivo, inerisce «alla natura dell'organo da cui promana l'atto in

⁵ Si vedano, *ex multis*, E. MORI - E. GUARINI - E. ZUFFARDA, *La cultura strategica degli enti locali attraverso l'analisi del Documento Unico di Programmazione*, in *Azienda Pubblica*, n. 1/2021, pp. 37-62; G. LEONI, *La predisposizione del DUP nelle Unioni di Comuni: fasi ed elementi propedeutici*, in *Finanza e tributi locali*, n. 4/2021, pp. 16-20; L. MAZZARA, *Dal programma di mandato alla predisposizione della sezione strategica del DUP: linee guida*, in *Finanza e tributi locali*, n. 7/2019, pp. 5-12; F. FIORILLO - C. MUSCILLO - S. TARALLI, *Misure di benessere dei territori e programmazione strategica: il livello comunale*, in *Economia pubblica*, n. 1/2017, pp. 61-96; L. MAZZARA, *Il documento unico di programmazione - DUP: linee guida per un'efficace gestione degli enti locali*, Poggio Torriana, Myo Editore, 2015; D. LANZA, *Il DUP quale elemento essenziale della programmazione strategica*, in *Azienditalia*, n. 5/2015, pp. 396-403; E. CIVETTA, *Il Documento Unico di Programmazione*, in *La Finanza locale*, n. 5-6/2015, pp. 16-49; S. USAI, *Il Documento Unico di Programmazione semplificato per i Comuni con meno di 5 mila abitanti*, in *La Finanza locale*, n. 4/2015, pp. 14-30; C. G. GAIERA, *Il documento unico di programmazione (DUP)*, in *La Finanza locale*, n. 2/2014, pp. 16-17; E. MASINI, *Documento Unico di Programmazione: da adempimento a guida operativa dell'Ente*, in *Azienditalia*, n. 6/2018, pp. 829-838.

⁶ Tuttavia negli studi del diritto pubblico può comunque segnalarsi il (pionieristico) contributo di F. JORIO, *Il documento unico di programmazione degli enti locali*, in *Astrid Rassegna*, n. 1/2017, pp. 1-6.

⁷ A tal proposito giova, qui, rammentare quanto è prescritto dal terzo comma di cui all'art. 46 del D.Lgs. 267/2000, per cui (per esattezza) «entro il termine fissato dallo statuto, il sindaco o il presidente della provincia, sentita la giunta, presenta al consiglio le linee programmatiche relative alle azioni e ai progetti da realizzare nel corso del mandato». In tal senso - ovviamente - l'art. 46 TUEL deve essere letto in maniera coordinata (e sistematica) con il secondo comma *ex art.* 71 del D.Lgs. 267/2000 (per l'elezione nei Comuni sino a 15000 abitanti) nonché (parimenti) congiuntamente al secondo comma di cui all'art. 73 TUEL (per l'elezione nei Comuni con popolazione superiore a 15000 abitanti) a mente dei quali è - in ogni caso - prescritto che «con la lista di candidati al consiglio comunale deve essere presentato il nome e cognome del candidato alla carica di sindaco e il programma amministrativo da affiggere all'albo pretorio». In verità l'unica differenza per le elezioni nei Comuni con popolazione superiore a 15000 abitanti è che «più liste possono presentare lo stesso candidato alla carica di sindaco. In tal caso le liste debbono presentare il medesimo programma amministrativo e si considerano fra di loro collegate».

⁸ *Ex plurimis* si confrontino le seguenti sentenze: Cons. Stato, Sez. Sesta, 29 febbraio 1996, n. 217; Cons. Stato, Sez. Quarta, 12 marzo 2001, n. 1397; Cons. Stato, Sez. Quinta, 23 gennaio 2007, n. 209; Cons. Stato, Sez. Quinta, 2 ottobre 2009, n. 6094; Cons. Stato, Sez. Quinta, 6 maggio 2011, n. 2718; Cons. Stato, Sez. Sesta, 18 novembre 2011, n. 6083; Cons. Stato, Sez. Quinta, 21 giugno 2012, n. 3670; Corte Cass., SS. UU., 28 giugno 2013, n. 16305; Cons. Stato, Sez. Quarta, 10 marzo 2015, n. 1210; Cons. Stato, Sez. Sesta, 29 febbraio 2016, n. 808; Cons. Stato, Sez. Quinta, 9 gennaio 2017, n. 16; Cons. Stato, Sez. Sesta, 11 giugno 2018, n. 3550; Cons. Stato, Sez. Quarta, 26 settembre 2019, n. 6444; Cons. Stato, Sez. Quinta, 15 giugno 2021, n. 4642; Cons. Stato, Sez. Quarta, 3 agosto 2021, n. 5708.

questione, atteso che per poter parlarsi di un 'atto politico' si deve trattare di una decisione posta in essere da un'autorità cui compete costituzionalmente la funzione di indirizzo politico e di suprema direzione, al massimo livello, della cosa pubblica»⁹; il secondo e concorrente requisito possiede invece un carattere oggettivo, giacché concerne la libertà nei fini dell'atto e si manifesta attraverso decisioni adottate «in funzione diretta, si badi, del 'potere politico di indirizzo' e non - piuttosto - nell'esercizio di attività meramente amministrative»¹⁰.

Quest'ultimo profilo può, in particolare, sembrare pleonastico (se non banale) rispetto al primo requisito ed invece non andrebbe - mai - sottovalutato poiché è il più critico, come "ogni" pretesa di "oggettività": ciò in quanto non può affatto escludersi (e lo dimostra la recentissima gestione statale dell'emergenza sanitaria, tramite i noti D.P.C.M.¹¹) che «lo stesso organo a seconda della funzione che esercita (politica in certi casi, amministrativa in altri) segue regole diverse e laddove opera come organo [di vertice] amministrativo non può seguire i medesimi criteri operativi che segue quando opera come autorità politica (qui è libero, salvi i vincoli di natura politica che derivano dai programmi "stipulati" con l'elettorato, lì è vincolato dalla rigidità delle norme, dal principio di imparzialità, dal vincolo del fine, ect.)»¹².

Dal che saremmo in effetti poco saggi e connotabili di alte dosi di impavidità se considerassimo, *ex abrupto*, il DUP come un atto politico per il semplicistico e mero motivo di essere soggettivamente adottato (*ratione materiae*) dal Consiglio comunale o provinciale (più in generale dall'organo consiliare).

Ciò vale a maggior ragione se si esaminasse (con radicalità) la tenuta di un'eventuale libertà dei fini del DUP (ossia la sussistenza del suindicato requisito "oggettivo" di un atto politico) alla luce del rigido (e stringente) contenuto delle disposizioni legislative in base a cui il "Documento Unico di Programmazione" deve essere - prima - predisposto e redatto (tecnicamente) nonché - poi - deliberato ed approvato dall'organo consiliare.

Senza dimenticare che di "libertà dei fini" non si potrebbe proprio parlare (per evidenza) allorché in capo al Consiglio comunale sorgessero forme, seppur indirette, di obblighi legislativi di modifica al DUP: così come accade per i numerosi casi di variante automatica agli strumenti urbanistici comunali prescritti *ex lege*.

Sennonché tra (da un lato) maggiori attenzioni negli studi aziendalistici (in generale di carattere economico-contabile) e (dall'altro) la tendenziale insipienza parallela all'approfondimento da parte di addetti ai lavori e di studiosi del diritto pubblico (sbrigativamente arrestati sulla natura di atto politico) il DUP, la sua peculiare disciplina giuridica, la connessa collocazione (cruciale) rispetto al ciclo del bilancio e della programmazione rischierebbero - progressivamente - di degradarsi (ed appiattirsi) alla stregua di elementi "sintomatici" di un istituto "alieno" (a ben riflettere) al diritto amministrativo italiano nonché soprattutto estraneo in relazione al legittimo esercizio delle funzioni fondamentali di un ente locale: ancorché, per puro paradosso, si tratti di funzioni, sistematicamente, "programmate" nel DUP e (si badi bene) "conseguenti" *ex lege* al DUP stesso.

⁹ A. MITROTTI, *L'atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne 'tensione' tra scienza costituzionale ed amministrativa*, in *Nomos. La attualità nel diritto*, n. 1/2020, pp. 8-9.

¹⁰ A. MITROTTI, *L'atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne 'tensione' tra scienza costituzionale ed amministrativa*, in *Nomos. La attualità nel diritto*, n. 1/2020, p. 9.

¹¹ A. MITROTTI, "Salus rei publicae" e legalità alla prova dell'emergenza da COVID-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M., n. 3/2020, pp. 442-488; A. MITROTTI, *Interesse nazionale italiano ed emergenza pandemica: nihil sub sole novum*, in *Persona e Amministrazione*, n. 1/2021, pp. 597-644.

¹² V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2009, pp. 107.

Ed allora carpire la natura giuridica del DUP di un ente locale (non arrestandosi al suo noto procedimento di formazione) può essere utile per cogliere la *ratio* dei suoi elementi strutturali e, specialmente, per collocare con razionale sistematicità il ruolo del DUP non solo all'interno del pertinente ordinamento degli enti locali, quanto (si badi) nel più vasto (e composito) panorama dell'ordinamento (multilivello e policentrico) italiano ed europeo.

Il che vale a maggior ragione nell'attuale fase storica: "governata", come è noto, dall'emergenza pandemica e per l'effetto da discipline normative poco attente - con tutta onestà - sotto il (basilare) profilo sistematico delle relazioni materiali (e disciplinari) tra le diverse fonti competenti nell'ordinamento.

Ne è un evidente esempio la recentissima disciplina legislativa intervenuta in materia di semplificazione dei procedimenti amministrativi che (sotto il segno della celerità, pur, "necessaria" in una fase di emergenza) ha introdotto significative fattispecie di varianti automatiche agli strumenti urbanistici dell'ente comunale: tuttavia non pare proprio che il legislatore abbia considerato - parallelamente - tutti i derivabili effetti sugli essenziali documenti di programmazione di un Comune (documenti altrettanto soggetti ad una nevralgica disciplina di rango primario sull'armonizzazione contabile e finanziaria) ed in modo particolare desta più di qualche perplessità che le recenti disposizioni normative omettano, a piè pari, di valutare l'impatto delle varianti automaticamente prodotte per gli strumenti urbanistici comunali sul DUP di un Comune.

Quanto meno perché il DUP (in teoria) dovrebbe (a rigore) essere "a monte" del ciclo di bilancio, "a monte" della programmazione, "a monte" della pianificazione e, quindi, degli stessi strumenti urbanistici comunali: ed anche (si badi) di quelli per mero paradosso oggetto di un'automatica variante prodotta da fattispecie etero dirette *ex lege*¹³.

In queste ultime ipotesi (per intendersi, al meglio) gli effetti di legge tendono (con nettezza) a spingersi (un po') oltre la "fisiologica" generalità ed astrattezza di una (classica) disposizione normativa, andando - invece - pressoché a "sostituirsì" rispetto all'attività dell'organo che quotidianamente sarebbe competente, sul piano amministrativo, alla modifica sostanziale degli atti e degli strumenti - *ex se* - "variati" in via diretta (ed "automatica") dalle fattispecie (acceleratorie) prescritte dal legislatore.

¹³ Appare, qui, illuminante rimandare alle autorevoli riflessioni in P. L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedurali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021, pp. 16-50.

L'effetto però non si limita al (solo) disallineamento dei "classici" rapporti tra il disporre ed il provvedere¹⁴, ma si estende fino al punto di mettere in dubbio - critico - i poteri di programmazione di un ente locale, le finanziariamente condizionate funzioni amministrative degli enti territoriali e (ben più a monte) il ruolo e le funzioni del DUP, nonché la derivante posizione (seppur dotata di "autonomia", rispetto al potere pubblico statale) dell'organo comunale che (di fatto) adotta il DUP.

2. Il DUP come "atto amministrativo generale": effetti dell'"incoerenza" tra il DUP e gli atti "conseguenti".

Come è, ben, noto il D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (rubricato "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali", alias TUEL) contempla all'articolo 170 precise e significative prescrizioni - debitamente - "poste" sotto la rubrica di "Documento unico di programmazione".

Se il primo comma dell'articolo 170 è focalizzato a scandire i tempi e le competenze nella deliberazione del DUP (sicché è espressamente scritto che "entro il 31 luglio di ciascun anno la Giunta presenta al Consiglio il Documento unico di programmazione per le conseguenti deliberazioni") il comma secondo puntualizza che "il Documento unico di programmazione ha carattere generale e costituisce la guida strategica ed operativa dell'ente".

Ma che cosa si intende (e quali effetti giuridici derivano) per un documento avente "carattere generale"?

Di primo acchito la domanda è notevolmente ambigua ed insidiosa. Perché è a tutti noto, infatti, come la "generalità" costituisca nell'ordinamento una caratteristica parzialmente comune - ed in certa misura sovrapponibile - sia agli atti normativi, quali forme di espressione massima delle decisioni politiche, sia agli atti amministrativi generali¹⁵ (di per sé, veri e propri atti amministrativi): ed è, altrettanto, noto che il *discrimen* di generalità tra gli uni e gli altri si nasconda (però) nel modo in cui questa generalità si manifesta e si realizza.

¹⁴ Per un'analisi delle molteplici questioni sottese alle distinzioni tra il disporre ed il provvedere è utile rimandare in dottrina, senza pretese di esaustività nei riferimenti, a L. MAZZAROLLI, *Osservazione in tema di piani regolatori approvati con legge*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/1961, pp. 63-67; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/1962, pp. 130-143; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 67 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, p. 29 ss.; L. PALADIN, *La legge come norma e come provvedimento*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/1969, pp. 871-897; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996; M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2000, pp. 673-698; G. MANFREDI, *Leggi provvedimento, forma di Stato, riserva di amministrazione*, in *Il Foro Amministrativo - C.d.S.*, n. 4/2003, pp. 1290-1304; S. AMOROSINO, *Leggi e programmazioni amministrative: diversità funzionale, riserva di amministrazione e reciproche «invasioni di campo»*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2006, pp. 229-247; G. U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2007, pp. 319-343; F. CINTIOLI, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali: 'dove non può la Costituzione può la legge Statale'. Ossia 'la trasversalità oltre se stessa'*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 4/2008, pp. 3072-3086; G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano, Giuffrè, 2013; F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *Le Regioni*, n. 4/2018, pp. 759-765; L. R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Il Diritto processuale amministrativo*, n. 3/2019, pp. 1021-1040; F. FERRARI, *Riserva di amministrazione o giudizio comparativo tra atti? Sul rapporto tra leggi-provvedimento regionali e atti amministrativi*, in *Le Regioni*, n. 3/2020, pp. 457-476; S. CALDARELLI, *L'illegittimità costituzionale della legge-provvedimento e la "riserva" di procedimento amministrativo (Nota a Corte costituzionale n. 116/2020)*, in *Giustizia Insieme*, 22 luglio 2020.

¹⁵ In dottrina si confrontino (senza pretese di esaustività nel rinvio) A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Il Foro Italiano*, n. 10/1954, pp. 217-224; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, Giuffrè, 1963; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000; E. MAROTTA, *Atti amministrativi generali e normatività*, Napoli, Arte tipografica, 2006; M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1-2/2013, pp. 53-115; B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2-3/2015, pp. 389-432; S. PANIZZA (a cura di), *La qualità degli atti normativi e amministrativi*, Pisa, Pisa University Press, 2016.

Un atto politico possiede infatti una piena generalità «*intesa quale indeterminabilità a priori ed a posteriori dei soggetti ai quali l'atto si indirizza*»¹⁶, mentre (di converso) l'«*atto amministrativo generale*», «*rispetto a quello normativo, si caratterizza per la circostanza che i suoi destinatari sono indeterminabili [soltanto] a priori ma certamente determinabili a posteriori (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9)*»¹⁷.

Del resto - come puntualizzato in giurisprudenza - l'*intima ratio existendi* di un atto amministrativo generale risponde alla puntuale funzione di «*regolare specifici procedimenti amministrativi. Ulteriore considerazione che non può essere trascurata è che nei casi in cui l'Amministrazione esercita il pubblico potere conferitole dalla legge mediante l'utilizzo di atti amministrativi generali, questi si inseriscono in (anzi di norma avviano) una sequenza procedimentale che si conclude con dei provvedimenti amministrativi espressi. Si pensi alla relazione esistente tra bando di gara ed aggiudicazione all'operatore economico od a quella tra bando di concorso e graduatoria finale dei candidati vincitori*»¹⁸.

Si pensi (aggiungerei qui) alla «relazione» esistente tra il DUP ed i provvedimenti amministrativi di (specifica e concreta) «gestione» di un ente locale: e - si badi - non si allude solo e semplicemente ai provvedimenti di, cruciale, gestione finanziaria e contabile di un Comune (come è ad esempio l'impegno di una certa spesa o l'accertamento di una entrata) perché (nondimeno) dal DUP si dipanano delle altre nonché importantissime sequenze procedimentali destinate a concludersi con, noti, provvedimenti espressi dell'amministrazione.

Il che può (ben) comprendersi se soltanto si considerassero, «banalmente», le procedure per l'adozione dei provvedimenti di aggiudicazione degli appalti comunali: trattandosi (in verità) di determinazioni che, già, «a monte» dovrebbero, *ex lege*, rinvenire (a rigore) una generale programmazione nell'ambito del celeberrimo «*Programma Triennale delle opere pubbliche*» quale, per intendersi, essenziale ed indefettibile componente programmatica prevista all'interno del DUP di un ente locale, nonché (in particolare) da programmare nella Parte Seconda della «*Sezione Operativa*» («SeO») del DUP.

Ma la stessa cosa vale - altresì - per l'affidamento dei servizi comunali: che, ben, dovrebbero essere oggetto di un'attenta programmazione da parte del «*Programma biennale degli acquisti di beni e servizi*», parimenti costituente una «essenziale» componente programmatica della, citata, Parte Seconda relativa alla «*Sezione Operativa*» («SeO») del DUP.

Oltretutto gli esperti di diritto degli enti locali sanno bene che il ruolo del DUP e la funzione di «regolazione» degli «*specifici procedimenti amministrativi*»¹⁹ di interesse locale non finirebbe affatto qui, giacché sarebbe pure da non dimenticare la cruciale posizione assunta dalla «*Programmazione del fabbisogno del personale*» e, particolarmente, dal «*Piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari*»: rispettivamente, componenti della Parte Seconda della «*Sezione Operativa*» del DUP.

Forse è il caso, a questo punto, di provare a rispondere all'iniziale domanda che ci si era posti nell'esordio di questo paragrafo: circa (cioè) il senso attribuibile al «*carattere generale*» del DUP. Essendo, intuitivamente, chiaro sul punto che occorrerebbe scrollarsi di dosso i timori del necessario sforzo che la risposta richiede, rifuggendo dal mascherare le insipienze, svogliatezze e (se non proprio) le incapacità di una risposta, dietro il più comodo espediente di attribuire al quesito una valenza squisitamente accademica e di scuola.

¹⁶ Cons. Stato, Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

¹⁷ Cons. Stato, Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto. Per altro nel medesimo senso possono *ex plurimis* leggersi anche: Cons. Stato, Sez. Quarta, sent. 16 febbraio 2012, n. 812; Cons. Stato, Comm. Spec., parere 26 giugno 2013, n. 3014; Cons. Stato, Sez. Sesta, sentt. 30 novembre 2016, n. 5035; 24 luglio 2017, n. 3665; Cons. Stato, Sez. Terza, sent. 10 febbraio 2020, n. 1111; Cons. Stato, Sez. Sesta, sent. 6 luglio 2020, n. 4323; Cons. Stato, Sez. Quarta, sent. 3 maggio 2021, n. 3475.

¹⁸ TAR Lazio, Sez. Terza Bis, sent. 20 luglio 2020, n. 8389.

¹⁹ TAR Lazio, Sez. Terza Bis, sent. 20 luglio 2020, n. 8389.

Anche perché se le implicazioni del DUP investono la programmazione delle opere pubbliche e dei lavori di un ente locale, il suo fabbisogno del personale, i basilari acquisti di beni e servizi dell'ente, fino al (cruciale) piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari viene sinceramente davvero difficile pensare che si tratti, realmente, di un documento sopra il quale riflettere rappresenti una (mera) operazione di scuola (e priva di concreti riflessi sul piano di esercizio delle funzioni amministrative di un ente locale).

Né - in tutta onestà - un atto politico o di indirizzo politico potrebbe realisticamente spingersi sino ad una tale capillarità come è quella richiesta per l'"elaborazione" e per la redazione ("tecnica") delle - citate - parti del DUP.

D'altronde il terzo comma dell'articolo 170 di cui al D.Lgs. 267/2000 si spinge sino a precisare capillarmente che «*il Documento unico di programmazione si compone di due sezioni: la Sezione strategica e la Sezione operativa. La prima ha un orizzonte temporale di riferimento pari a quello del mandato amministrativo, la seconda pari a quello del bilancio di previsione*»; considerando - comunque - che (ex art. 151, c. 3, TUEL) il "*bilancio di previsione finanziario*" comprende le previsioni di competenza e di cassa del primo esercizio del periodo considerato e le previsioni di competenza degli esercizi successivi.

Ecco allora che l'elemento della generalità attribuito al DUP dall'art. 170 del D.Lgs. 267/2000 può iniziare ad emergere con maggiore chiarezza, di significato, in termini di diritto pubblico. Specialmente se rileggesimo - bene - i descritti caratteri della generalità propria di un atto amministrativo generale in controluce all'altro connotato giuridico che il legislatore riferisce "testualmente" al DUP (con l'art. 170 TUEL).

Infatti a mente del (richiamato) secondo comma di cui all'art. 170 del D.Lgs. 267/2000 il DUP oltre ad avere un carattere "generale" costituisce (si badi bene) la "guida" strategica ed "operativa" dell'ente.

Ebbene (a ben riflettere) se il DUP fosse un atto politico che senso avrebbe positivizzarne legislativamente il carattere della generalità, pretenderne la "formalizzazione" in un apposito documento - costituito con certa rigidità in Sezioni e Parti - e oltre tutto evidenziarne il valore di guida operativa (e non soltanto strategica) per l'ente locale?

È chiaro che tutto ciò cozzerebbe, stridendo, con la classica libertà dei fini di un atto politico: che verrebbe a trovarsi trattenuta in ostaggio non soltanto sotto il profilo della libertà delle "forme", ma anche sul piano teleologico (in ragione dell'indicazione di "funzione" strategica e soprattutto operativa cui l'atto è chiamato *ex lege*). All'opposto i conti - teoricamente - tornerebbero tutti se al DUP si attribuisse il peculiare inquadramento di "atto amministrativo generale": sia perché in questo caso avrebbe (con tutta sincerità) più senso l'espresso conferimento legislativo del carattere di generalità (invece "superfluo" se fosse stato un "atto politico"), ma soprattutto perché le funzioni di "atto amministrativo generale" si sposerebbero (in assoluta coerenza) con la preordinazione, *ex lege*, del DUP a guida "strategica" ed "operativa" dell'ente.

Non si dimentichi mai - infatti - che un atto amministrativo generale possiede una generalità 'parziale' ossia un generalità indeterminabile soltanto a priori, ma che nel tempo si "esaurisce" (*ex post*) con l'adozione dei (puntuali) provvedimenti conclusivi delle sequenze procedurali oggetto di programmazione "generale": in quest'ottica si può intuire perché il DUP possa rivestire al tempo stesso il carattere di generalità *ex ante* (da un lato) e (dall'altro lato) il ruolo di guida operativa dell'ente, *ex post*.

Trattandosi di una generalità progressivamente "degradata" e degradabile verso i connotati più operativi di guida per gli specifici - e concreti - procedimenti amministrativi (in cui si articola l'azione pubblica dell'ente): là dove vengono poi ad essere determinati i soggetti destinatari dei provvedimenti "programmati" nel DUP.

Viceversa la (“pienissima”) generalità di un atto politico (sia *ex ante* che *ex post* rispetto ai soggetti ai quali l’atto si indirizza) come farebbe a conciliarsi - senza strappi - con il “concreto” ruolo di guida “operativa” del DUP per un ente locale?

Né è una casualità - d’altra parte - che il Supremo Consesso Amministrativo sia (recentemente) pervenuto ad evidenziare che tanto le variazioni al DUP quanto (è chiaro) il DUP stesso *in primis*, oggetto di variazioni, «esprimono l’evoluzione - anche in termini diacronici - della contabilità dell’ente»²⁰ e - per l’effetto - si pongono come “inscindibilmente” connessi rispetto ad ogni specifico e “concreto” provvedimento adottato (via via) nel ciclo delle attività poste in essere dall’amministrazione: il che si spiega, proprio, in ragione della (“oggettiva”) programmazione nel DUP delle sequenze procedimentali dell’ente e - funzionalmente - dei consequenziali provvedimenti finali.

Da ciò possono, per lo meno, implicitamente “ricavarsi” i margini di potenziale impugnabilità del DUP come “atto amministrativo generale”.

Sia per gli ipotetici casi (piuttosto rari, in verità) in cui il DUP si trovasse ad essere “immediatamente lesivo” delle, diverse, sfere giuridiche soggettive dei destinatari, ma anche per tutte le ipotesi, più frequenti, in cui l’impugnazione venisse differita unitamente a quella dei puntuali atti applicativi del DUP, in quanto - vale a dire - atti al DUP “consequenziali” e - di per sé - “produttivi” di una “attuale”, “diretta” e “concreta” lesione dell’interesse sostanziale di un eventuale ricorrente rispetto alla “generale” attività di programmazione del DUP.

Per altro già dal 2019 può registrarsi una significativa sentenza del TAR Puglia che, in modo evidente e netto, non solo ha energicamente respinto le pretestuose eccezioni di inammissibilità di un’impugnazione avverso il DUP, ma è persino giunta ad accogliere (con varie e persuasive argomentazioni) il ricorso di annullamento «*incentrato sulla viziata formazione del DUP, il quale “ha carattere generale e costituisce la guida strategica ed operativa dell’ente” (art. 170, comma 2 del TUEL [...]) e [non di meno] “costituisce atto presupposto indispensabile per l’approvazione del bilancio di previsione” (art. 170, comma 5 del TUEL)*»²¹ e - a “cascata” - per ogni altro provvedimento amministrativo “conseguentemente” adottato dall’ente locale (se solo, qui, si ponesse mente - fra l’altro - alla celebre funzione “autorizzatoria”²² dispiegata dal bilancio rispetto al legittimo esercizio delle azioni pubbliche di un ente).

Il summenzionato TAR Puglia, del resto, non ha mancato (neppure) di puntualizzare «*che l’annullamento del DUP si ripercuote, per illegittimità derivata, sugli ulteriori atti impugnati, il tutto sostanziando una situazione analoga alla mancata approvazione del bilancio di previsione nei termini di legge*»²³.

D’altro canto si sta parlando di pregnanti ricostruzioni del Giudice Amministrativo che per dirla tutta fanno il paio (eloquente) con gli autorevoli orientamenti (giuscontabili) della Corte dei Conti.

Tanto è vero che (dalla deliberazione n. 58/2015/PAR della Sezione regionale di controllo per la Basilicata) la Corte dei Conti ha avuto occasione di mettere a fuoco (nero su bianco) che «*il DUP non si presenta come un atto di natura politica, ma costituisce il principale strumento per poter verificare, in concreto, la “compatibilità” dei programmi e degli indirizzi strategici individuati rispetto ai*

²⁰ Cons. Stato, Sez. Quinta, sent. 3 marzo 2021, n. 1812, par. 1 del Considerato in Diritto.

²¹ TAR Puglia, Sez. Prima, sent. 18 novembre 2019, n. 1505. Per un utile commento in dottrina si legga L. BISIO - D. CENTRONE, *Compendio di contabilità degli enti locali*, Molfetta, Nel Diritto Editore, 2020, pp. 75-80.

²² La funzione autorizzatoria del bilancio è un principio universale nel sistema di contabilità pubblica (a qualsiasi livello, statale, regionale, locale, ma anche per tutti gli enti pubblici non territoriali ed in genere per enti di natura pubblica): in particolar modo per quanto riguarda agli enti locali la funzione autorizzatoria del bilancio è contemplata al secondo comma di cui all’art. 164 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, a mente del quale «*il bilancio di previsione finanziario ha carattere autorizzatorio, costituendo limite, per ciascuno degli esercizi considerati: a) agli accertamenti e incassi riguardanti le accensioni di prestiti; b) agli impegni e ai pagamenti di spesa. Non comportano limiti alla gestione le previsioni riguardanti i rimborsi delle anticipazioni di tesoreria e le partite di giro*».

²³ TAR Puglia, Sez. Prima, sent. 18 novembre 2019, n. 1505.

mezzi ed alle risorse umane, finanziarie e strumentali necessari per darvi effettiva esecuzione, e ciò proprio al fine di evitare che l'attività di programmazione si traduca in mere enunciazioni di principio»²⁴.

Sicché se (facendo confusione) la prassi istituzionale inquadrasse il DUP come un atto politico incapperebbe nel serio pericolo di eludere il «principio di programmazione, così come codificato ai sensi dell'art. 151 Tuel, effettivamente idoneo al perseguimento di una sana gestione "finanziaria" e [oggettivamente] "funzionale" dell'Ente. Il Documento Unico di Programmazione rientra, in sostanza, nel ciclo fisiologico dell'agere amministrativo, costituendo un'attività ordinaria»²⁵ degli enti locali.

In quest'ottica la lettura offerta dalla Corte dei Conti si pone rispetto agli addetti ai lavori (ed agli studiosi di diritto pubblico) come un, preziosissimo, "condensato" ermeneutico dei profili amministrativi (da un lato) e (dall'altro) dei risvolti contabili sottesi all'istituto del DUP, disciplinato dall'art. 170 di cui al D.Lgs. 267/2000: giacché il suo ruolo "programmatorio" di atto amministrativo generale assurge *ex lege* ad essere funzionale alla «sostenibilità economica e finanziaria»²⁶ dell'ente locale nonché (ancora più diffusamente) strumentale al legittimo (e buon) andamento (*ex art. 97 Cost.*) delle attività amministrative degli enti locali.

Non è infatti (per nulla) un mistero (anzi è cosa nota ed assimilata) che "tutte" le Pubbliche Amministrazioni in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea siano costituzionalmente tenute, proprio, ad assicurare (con sistematicità funzionale ed organica) l'equilibrio dei bilanci, nonché la sostenibilità del debito pubblico. E la periodicità e la ciclicità con cui gli equilibri devono essere "costantemente" garantiti rendono per altro l'idea delle sensibili distinzioni invalse in giurisprudenza tra l'indispensabile mantenimento (al rendiconto) di un "equilibrio" di bilancio in senso statico (o fotografico) e - per altro verso - la cruciale attività di attenta (ed impegnativa) "programmazione" - *ex se* - finalizzata al continuo mantenimento («*inteso come indefessa prospettiva*»²⁷) degli equilibri di bilancio in un senso, più, "dinamico"²⁸ e perciò in funzione evolutivamente "sistematica" per gli equilibri dell'ente e delle sue connesse attività.

Mettendosi nella prospettiva, vale a dire, dell'«armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche»²⁹. Sennonché nell'ambito della (così detta) «finanza pubblica allargata»³⁰ (in particolare) gli enti locali devono garantire che la programmazione delle attività amministrative risponda "costantemente" «*al reperimento e impiego delle risorse finanziarie e alla sostenibilità economico - finanziaria*»³¹.

Non è certo questa la sede per poter esaustivamente risalire alle matrici europeistiche ed internazionali che hanno condotto al perfezionamento della, celeberrima, Legge costituzionale 20 aprile 1976, n. 1³²: e per cui si è giunti (com'è noto) alla modifica degli articoli 81, 97, 117 e 119 della Carta repubblicana.

Tuttavia è dalla costituzionalizzazione dell'equilibrio dei bilanci, della sostenibilità del debito pubblico e dal rafforzamento materiale dell'armonizzazione dei sistemi contabili e di bilancio (materia, nel 2012, transitata fra le competenze della legislazione esclusiva dello Stato) che si può arrivare a comprendere come e perché il legislatore statale (per l'esattezza l'articolo 1 del D.Lgs. 10 agosto 2014, n. 126) abbia introdotto nel D.Lgs. 267/2000 lo strumento (amministrativo) del DUP per gli enti locali.

²⁴ Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Basilicata, deliberazione 15 ottobre 2015, n. 58, par. 9.1 nel Merito.

²⁵ Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Basilicata, deliberazione 15 ottobre 2015, n. 58, par. 7 nel Merito.

²⁶ Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Basilicata, deliberazione 15 ottobre 2015, n. 58, par. 7 nel Merito.

²⁷ C. cost. sent. 11 gennaio 2019, n. 6, par. 4.1.3.1. del Considerato in diritto.

²⁸ *Ex multis*, si leggano, le seguenti decisioni: C. cost. sentt. 25 ottobre 2013, n. 250, par. 3.2 del Considerato in diritto; 10 marzo 2014, n. 40, par. 4.6 del Considerato in diritto; 11 febbraio 2015, n. 10, par. 8 del Considerato in diritto; 20 luglio 2016, n. 188, par. 7 del Considerato in diritto; 20 dicembre 2017, n. 274, par. 4.1 del Considerato in diritto; 5 marzo 2018, n. 49, par. 2.5.7 del Considerato in diritto; 11 gennaio 2019, n. 6, par. 4.1.3 del Considerato in diritto; 28 gennaio 2020, n. 4, par. 5 del Considerato in diritto; 20 luglio 2020, n. 152, par. 6 del Considerato in diritto; 29 aprile 2021, n. 80, par. 6.1 del Considerato in diritto; 7 dicembre 2021, n. 235, par. 6 del Considerato in diritto.

²⁹ C. cost. sent. 5 marzo 2018, n. 49, par. 2.5.7 del Considerato in diritto.

Da qui si può geneticamente cogliere appieno il senso sotteso al contenuto dell'art. 170 D.Lgs. 267/2000 e - in particolare - dei suoi commi 4 e 5, a mente dei quali il DUP «è predisposto nel rispetto di quanto previsto dal principio applicato della programmazione di cui all'allegato 4/1 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modificazioni. Il Documento Unico di Programmazione costituisce atto presupposto indispensabile per l'approvazione del bilancio di previsione». Tradotto in termini strettamente teorici si tratta di prescrizioni implicanti, quanto meno, due fondamentali conseguenze sul piano generale dei principi connotanti il diritto pubblico degli enti locali.

Da un lato è palese che gli obiettivi del DUP non siano propriamente liberi nei fini: ma anzi è chiaro che già dalla predisposizione tecnica dell'atto si debbano rispettare - nei contenuti - gli stringenti indirizzi definiti al livello europeo (prima) e (poi) nel dettaglio dalla disciplina statale in materia di armonizzazione dei bilanci e di coordinamento della finanza pubblica. Essendo intuitivamente comprensibile che per il DUP - ad iniziare dalla sua redazione, sino a considerarne i contenuti di concreta guida strategica ed operativa - il principio di equilibrio del bilancio e quello di sostenibilità del debito pubblico si atteggiino «come pregnante vincolo di risultato dell'attività di programmazione economico-finanziaria»³³.

Dall'altro lato il - "dovuto" - rispetto del principio applicato della programmazione (in evidenza al comma 5 dell'art. 170 TUEL, che a propria volta rinvia all'allegato 4/1 del D.Lgs. 118/2011 e successive modificazioni) esalta il DUP nella posizione di vero e proprio nevralgico strumento di raccordo tra (da una parte) l'esercizio delle "classiche" funzioni di "amministrazione attiva", di competenza di un ente locale, e (dall'altra parte) la - pertinente - declinazione dei principi contabili (sia generali, che applicati) su cui le funzioni amministrative poggiano (di fatto) il proprio (realistico) peso specifico.

³⁰ Per una ricostruzione del concetto e dell'effettiva portata della "finanza pubblica allargata" si rinvia *ex plurimis* alle seguenti decisioni del Giudice delle leggi: C. cost., sentenze 30 dicembre 2003, n. 376, par. 4 del Considerato in diritto; 29 dicembre 2004, n. 425, par. 5 e 6 del Considerato in diritto; 27 gennaio 2005, n. 35, par. 4 del Considerato in diritto; 14 novembre 2005, n. 417, par. 5.3 del Considerato in diritto; 7 giugno 2007, n. 179, par. 3.2 del Considerato in diritto; 24 luglio 2009, n. 237, par. 17 del Considerato in diritto; 24 febbraio 2010, n. 57, par. 4 del Considerato in diritto; 20 dicembre 2012, n. 309, par. 3.1 del Considerato in diritto; 28 aprile 2011, n. 155, par. 2.2 del Considerato in diritto; 5 aprile 2013, n. 60, par. 5.1 del Considerato in diritto; 13 marzo 2014, n. 44, par. 6 del Considerato in diritto. Più di recente si confrontino altresì: C. cost., sentenze 12 maggio 2016, n. 107, par. 3 del Considerato in diritto; 11 maggio 2017, n. 103, par. 5 del Considerato in diritto; 2 novembre 2017, n. 231, par. 9.3.4 del Considerato in diritto; 26 novembre 2020, n. 250, par. 3.3 del Considerato in diritto; 23 marzo 2021, n. 44, par. 5 del Considerato in diritto. Per alcune riflessioni in dottrina, *ex multis*, G. C. DE MARTIN - M. DI FOLCO, *Un orientamento opinabile della giurisprudenza costituzionale in materia di Comunità montane*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 4/2009, pp. 2970-2980; C. BUZZACCHI, *Il controllo sulla finanza pubblica allargata per l'unità economica della Repubblica*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2013, pp. 753-768; C. BUZZACCHI, *Il "custode della finanza pubblica allargata" e gli oneri della potestà di coordinamento*, in *Le Regioni*, n. 4/2016, pp. 748-759; G. LUCHENA, *Dalla compartecipazione regionale delle risorse statali alla compartecipazione statale delle risorse regionali: "inversione" della finanza derivata e armonizzazione dei bilanci in funzione di coordinamento*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, pp. 320-327; F. SUCAMELI, *"Patto di stabilità", principi costituzionali ed attuazione politica: la legge di bilancio 2019 e l'art. 9 della l. n. 243/2012 attraverso il prisma della giurisprudenza del Giudice delle leggi*, in *Federalismi.it*, n. 15/2019, pp. 1- 48; M. ROMA, *Emergenza e decisioni di finanza pubblica: prima e dopo il Covid-19*, in *Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, pp. 253-267.

³¹ Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Basilicata, deliberazione 15 ottobre 2015, n. 58, par. 9.1 nel Merito.

³² Accanto al classico rispetto dei risalenti vincoli derivanti dalle fonti dell'Unione Europea la Repubblica italiana si è, infatti, solennemente impegnata al perseguimento (tradotto - poi - al livello costituzionale) degli obiettivi sanciti dal "Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'unione economica e monetaria" (noto, ai più, come "Fiscal Compact") che - è bene puntualizzare - ancorché stipulato (il 2 marzo 2012) al di fuori delle procedure di revisione del "Trattato di funzionamento dell'Unione Europea" ha introdotto "stringenti" misure di consolidamento del ("vecchio") "patto di stabilità e crescita". Si segnala - in particolare - il divieto di superamento dello 0,5% del PIL da parte del deficit strutturale riconducibile al bilancio degli Stati aderenti al "Fiscal Compact", come pure si evidenzia qui l'obbligo della progressiva riduzione del debito pubblico (pari ad un ventesimo all'anno) per il (non infrequente) caso in cui il "rapporto" tra debito pubblico, stesso, e prodotto interno lordo di uno Stato contraente si rilevi superiore al 60%.

³³ A. MITROTTI, *Il bilancio e la programmazione economico-finanziaria nello Statuto della Regione Umbria: alla ricerca degli "spazi" di contabilità regionale*, in *Queste Istituzioni*, n. 1/2021, p. 36.

Volendo - qui - sintetizzare al massimo non sarebbe affatto un fuor d'opera rilevare che l'effettivo spessore delle funzioni amministrative di un ente locale, ben, potrebbe pesarsi attraverso la strutturazione, nel DUP, di una generale programmazione di sostenibilità (finanziaria, economica e patrimoniale): funzionalmente "a monte" del legittimo dispiegamento delle diverse sequenze procedurali in cui, via via, si articola l'azione pubblica che gli enti locali intendono effettivamente intraprendere e perseguire.

Non si trascuri mai - d'altronde - che le disposizioni dell'"ordinamento finanziario e contabile" (contemplate nella *Parte II* del celebre D.Lgs. n. 267 del 2000) costituiscono per le attività amministrative di competenza degli enti locali un sicuro «*valore di limite inderogabile*»³⁴: un limite che se oltrepassato (si badi molto bene) esporrebbe i provvedimenti finali dell'amministrazione a chiare violazioni di legge o comunque a situazioni sintomatiche di una malsana gestione amministrativa (e quindi, ben, passibili di latenti forme di un eccesso di potere) nonché - più in generale - a potenziali censure di illegittimità.

Per altro soffermandosi ancora sul principio contabile (applicato) della programmazione non deve sfuggire - qui - che (al di là della forma) la funzione esercitata dal DUP richiede, sul piano sostanziale, la «*attendibilità, la congruità e la coerenza, interna ed esterna, dei documenti di programmazione [che - non si trascuri -] è prova della affidabilità e credibilità dell'ente*»³⁵: scomodando il noto processo di *accountability*, chiamato in causa (da tempo) quando si "cerca" di salvaguardare i legami tra quanto dichiarato e programmato nelle strategie degli enti (pubblici ma anche privati) e quanto poi di fatto realizzato ed ottenuto effettivamente³⁶. Pertanto, «*i caratteri qualificanti della programmazione propri dell'ordinamento finanziario e contabile delle amministrazioni pubbliche sono: a) la valenza pluriennale del processo; b) la lettura non solo contabile dei documenti nei quali le decisioni politiche e gestionali trovano concreta attuazione; c) la [effettiva] coerenza ed interdipendenza dei vari strumenti della programmazione*»³⁷.

Ed è per questo che l'allegato 4/1 (rubricato "*Principio contabile applicato concernente la programmazione di bilancio*") al D. Lgs. 23 giugno 2011, n. 118, prescrive (al punto 8 dell'allegato) che «*il DUP costituisce, nel rispetto del principio del coordinamento e coerenza dei documenti di bilancio, il presupposto necessario di tutti gli altri documenti di programmazione*». Ma tutto ciò (oltre a possedere l'oggettivo merito di porre in - manifesto - risalto i tanti, e possibili, profili politologici, aziendalistici, come pure sociologici, delle tratteggiate funzioni riconducibili DUP) cela - altresì - un basilare aspetto di strettissima natura giuspubblicistica: giacché appare evidente che non potrebbe (mai) neppure parlarsi di una programmazione - né (tanto meno) delle pertinenti funzioni programmatiche - se il legislatore non garantisse un'efficacia diretta ai principi contabili (generali) della coerenza e della congruità tra gli strumenti di programmazione e tutti gli applicativi (ed interconnessi) provvedimenti amministrativi di gestione concreta dell'ente.

Con tutta onestà, l'analisi puntuale ed esaustiva dei principi di coerenza e congruità meriterebbe un'apposita sede di trattazione (*ad hoc*) per il loro ambivalente carattere "trasversale" rispetto al diritto amministrativo ("puro") ed alla (stretta) contabilità pubblica: come pure per la, gravida, attiguità col diritto costituzionale ed in specie con il principio di ragionevolezza e quello di proporzionalità.

³⁴ *Ex articolo 152, c. 4, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Per un commento in dottrina si legga L. TRAMONTANO, Manuale di Diritto degli Enti locali, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2020, p. 876 ss.*

³⁵ L. TRAMONTANO, *Manuale di Diritto degli Enti locali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2020, p. 892.

³⁶ «*A ben rilevare, il DUP rappresenta - in ossequio all'ineludibile principio del coordinamento e della coerenza della documentazione di supporto e di ispirazione del bilancio, annuale e triennale - l'atto preparatorio, quasi il presupposto condizionante, di tutti i documenti di programmazione dell'Ente di riferimento (si veda, Bisio, Quotidiano EELL&PA del 10 agosto 2015)*» F. JORIO, *Il documento unico di programmazione degli enti locali*, in *Astrid Rassegna*, n. 1/2017, p. 3.

³⁷ L. TRAMONTANO, *Manuale di Diritto degli Enti locali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2020, p. 893.

Tuttavia in questa sede ed ai precipui fini di un'analisi del DUP può essere sufficiente rilevare come secondo l'interpretazione autentica data dal legislatore il significato del principio contabile, generale, della coerenza sottenda la (necessaria) garanzia del «nesso logico e conseguente fra la programmazione, la previsione, gli atti di gestione e la rendicontazione generale. La coerenza implica che queste stesse funzioni ed i documenti contabili e non, ad esse collegati, siano strumentali al perseguimento dei medesimi obiettivi. Il nesso logico infatti deve collegare tutti gli atti contabili preventivi, gestionali e consuntivi, siano essi di carattere strettamente finanziario, o anche economico patrimoniale, siano essi descrittivi e quantitativi, di indirizzo politico ed amministrativo, di breve e di lungo termine»³⁸.

Parallelamente secondo la - preziosa - interpretazione autentica offerta dal legislatore il principio contabile, generale, della congruità impegna l'Amministrazione nella meticolosa verifica della «adeguatezza dei mezzi disponibili rispetto ai fini stabiliti. Il principio si collega a quello della coerenza, rafforzandone i contenuti di carattere finanziario, economico e patrimoniale, anche nel rispetto degli equilibri di bilancio. La congruità delle entrate e delle spese deve essere [specificamente] valutata in relazione agli obiettivi programmati, agli andamenti storici ed al riflesso nel periodo degli impegni pluriennali che sono coerentemente rappresentati nel sistema di bilancio nelle fasi di previsione e programmazione, di gestione e rendicontazione»³⁹. Tutte fasi a "monte" delle quali - strutturalmente - resta sempre e comunque (si badi bene) il DUP.

Da qui può comprendersi, sino in fondo, la *ratio* a base del comma 5 contemplato dall'art. 170 TUEL, per cui (segnatamente) il «Documento Unico di Programmazione costituisce atto presupposto indispensabile per l'approvazione del bilancio di previsione».

Tant'è che il bilancio deve essere inteso (e non potrebbe comunque essere altrimenti) come quel coerente e congruo sviluppo (di natura amministrativa e di carattere contabile) della "programmazione" (nel DUP e) del DUP.

Soprattutto da queste rapidissime considerazioni - fatte fin qui - si può pervenire a cogliere l'intima *ratio* di una disposizione tanto nevralgica sotto il profilo sistematico quanto poco ricordata nella prassi istituzionale degli enti locali, poiché non dovrebbe mai trascurarsi che l'ultimo comma dell'art. 170 del D.Lgs. 267/2000 (esaltando l'autonomia degli enti locali) si premura di prescrivere che ciascun ente nel proprio regolamento di contabilità debba prevedere «i casi di inammissibilità e di improcedibilità per le deliberazioni del Consiglio e della Giunta che non sono coerenti con le previsioni del Documento Unico di Programmazione».

Il legislatore statale, detto in altri termini, ha tenuto a puntualizzare (con chiarezza) come tra le attribuzioni riconducibili all'autonomia normativa degli enti locali ricada anche la (significativa) competenza di esercizio della potestà regolamentare in materia di disciplina dei singoli casi in cui l'incoerenza con il DUP sia causa di inammissibilità o della improcedibilità di ogni "conseguente" tipo di deliberazione consiliare o giuntale (che sia).

Dal che si capisce bene, insomma, come l'"incoerenza" con le previsioni contenute nel DUP sia del tutto in grado di paralizzare sul piano amministrativo - ed a pena di inammissibilità o di improcedibilità - qualsiasi altro conseguente atto di competenza *ex art.* 42 TUEL del Consiglio comunale o provinciale nonché qualsiasi conseguente deliberazione riconducibile *ex art.* 48 TUEL alle funzioni della Giunta. In pratica, la incoerenza con la programmazione del DUP può assurgere a motivo di paralisi per le attività di un ente locale: una paralisi promanante dalla inammissibilità/improcedibilità delle deliberazioni (di indirizzo e di controllo politico-amministrativo) degli organi di governo dell'ente, sino ad arrivare, per conseguenza,

³⁸ Allegato n. 1 (sotto la rubrica "Principi generali e postulati") al D.Lgs. 23 giugno 2011, n. 118, punto 10 dell'Allegato (sotto la rubrica "Principio della coerenza").

³⁹ Allegato n. 1 (sotto la rubrica "Principi generali e postulati") al D.Lgs. 23 giugno 2011, n. 118, punto 8 dell'Allegato (sotto la rubrica di "Principio della congruità").

all'indiretta parea della gestione amministrativa, finanziaria e tecnica, attribuita (come è noto) ai dirigenti o in ogni caso ai responsabili della direzione degli uffici e dei servizi degli enti locali privi di dirigenza. Laddove è - ben - chiaro che dinanzi ad un'incoerenza rispetto ai contenuti programmati nel DUP le "condizionate" funzioni di gestione amministrativa verrebbero a poter trovarsi (criticamente) "monche" dei legittimi atti deliberativi di (pur necessario) indirizzo da parte dell'organo consiliare o giuntale (a seconda cioè dei casi ed ovviamente delle, rispettive, competenze).

È indubbio infatti che per il legislatore ogni deliberazione (di per sé) incoerente con il DUP è inammissibile o comunque improcedibile: derivandone, a cascata, l'illegittimità per ogni atto amministrativo di gestione che si ponesse come applicativo od esecutivo delle deliberazioni passibili di inammissibilità o di improcedibilità.

Certo ci sarebbe - parallelamente - da chiedersi pure cosa accadrebbe di fatto se l'ente locale non sfruttasse l'occasione di disciplinare con regolamento i casi di inammissibilità e di improcedibilità per le deliberazioni del Consiglio e della Giunta "incoerenti" con le previsioni del DUP: anche perché al netto di una esaltazione dell'autonomia normativa degli enti locali, in verità, qui si starebbe trattando di disposizioni regolamentari che essendo di competenza esclusiva dell'organo consiliare richiederebbero allo stesso Consiglio comunale, o provinciale, il compito (poco parziale) di autolimitarsi ovvero di prevedere le (neuralgiche) sanzioni (di inammissibilità ed improcedibilità) a carico delle proprie deliberazioni incoerenti rispetto al DUP.

Ma in ogni caso la sollevata questione sarebbe (a ben riflettere) puramente di scuola: e ciò per due evidenti ragioni.

In primo luogo perché il regolamento di contabilità degli enti locali andrebbe ricondotto alla natura propria di uno "stretto" regolamento di esecuzione: sicché se pure un ente locale non prevedesse i singoli casi della inammissibilità ed improcedibilità delle deliberazioni giuntali o consiliari incoerenti con il DUP permanerebbe comunque l'esistenza, a monte, della disciplina legislativa in materia di armonizzazione e di coordinamento della finanza pubblica, in base alla quale ciascun caso procedurale potrebbe essere (senza grosse difficoltà) interpretato sia alla stregua del principio di programmazione che, per l'effetto, in relazione al fondamentale rispetto dei principi di coerenza e di congruità tra il DUP ed i suoi atti conseguenti.

In secondo luogo (il dato risulta di estremo interesse) è rara l'ipotesi di un Consiglio comunale o provinciale che si tiri (realmente) indietro dal disciplinare i casi di inammissibilità o di improcedibilità delle deliberazioni incoerenti rispetto al DUP: perché sebbene ciò possa (di primissimo acchito) sembrare (sul piano formale) come una "autolimitazione" per il Consiglio, in realtà, l'organo consiliare può aggirare l'ostacolo ed evitare di incappare nelle sanzioni previste dal proprio regolamento di contabilità semplicemente procedendo ad una ("preventiva") modifica del DUP.

È ovvio - infatti - che i principi di coerenza e di congruità (tra il DUP e tutti gli atti inscindibilmente connessi) verrebbero pur sempre preservati se l'organo consiliare provvedesse (di volta in volta) a puntuali e "mirate" modifiche del DUP: variandone a monte i contenuti programmati incoerenti rispetto ad ogni conseguente atto deliberativo (suscettibile, così, di essere posto successivamente - in concreto - all'ordine del giorno).

Certo così facendo la natura generale, strategica ed operativa del "Documento Unico di Programmazione" subirebbe (passivamente) notevoli e strutturali pericoli deformanti, oltre che (drammatiche) strozzature (se non proprio sgonfiature) nella sua "sostanziale" funzione.

Ancorché, per altro verso, è pur vero che un eccessivo grado di rigidità del documento potrebbe senz'altro esporre al rischio (deprecabile) di temporanee paralisi delle funzioni amministrative allocate agli enti locali: senza - fra l'altro - chiudere gli occhi sul fatto che ciò "spingerebbe" sino al punto "massimo" di un - vero e proprio - appiattimento dell'autonomia⁴⁰ costituzionalmente riconosciuta e garantita (*ex art. 5, 114 e 118 Cost*) ai Comuni, alle Province ed alle Città metropolitane. «*Si tratta di un tema particolarmente delicato, perché la Costituzione sancisce solennemente l'autonomia degli enti locali, ma l'effettiva precettività e vincolatività delle disposizioni costituzionali postula l'intervento del legislatore per la determinazione dei concreti contenuti e confini dell'autonomia, in nome della legalità [sia formale che sostanziale] delle funzioni amministrative e in ragione di una [interpretativa] formulazione ampia delle norme della Carta fondamentale*»⁴¹.

Ed ecco, allora, perché la Corte dei Conti ha, altresì, tenuto ad evidenziare la peculiare «*natura "mobile e flessibile"*»⁴² del DUP: che non è escluso possa essere "aggiornato" ed oggetto di puntuali "rimodulazioni". Tuttavia la legittima possibilità di modifiche nella suindicata prospettiva deve sempre porsi come funzionale alla tutela della stessa *ratio* per cui il DUP esiste (in quanto, cioè, servente al "buon andamento" cui deve essere orientata l'azione degli enti locali) ed oggettivamente "strumentale" alla, buona, sana e sostenibile gestione (economica, finanziaria e patrimoniale) dell'ente locale, di volta in volta, considerato.

Se così non fosse - d'altronde - si arriverebbe potenzialmente al rischio di un fallimentare stallo gestionale per gli enti locali.

Anche se, in tutta onestà, a malsane gestioni economico-finanziarie di un ente locale si potrebbe benissimo arrivare sia nel caso in cui il DUP fosse oggetto di interpretazioni troppo lasche (e lo si considerasse, per capirsi, alla stregua di un mero atto politico o di indirizzo politico privo di effettive ricadute giuridiche per la buona e per la sana gestione amministrativa), sia nell'ipotesi (diametralmente) inversa in cui si attribuisse al DUP una eccessiva "rigidità" amministrativa, ovvero come un atto inflessibile, pericolosamente paralizzante le funzioni dell'ente e - più in generale - la sua autonomia politica (pur costituzionalmente riconosciuta). Tutto ciò si pone a chiara argomentazione e palmare testimonianza di quanto, già, anticipato in epigrafe del presente contributo ossia della rilevante circostanza per cui il DUP di un ente locale possa dirsi l'attore ed in verità il protagonista principale, anche se poco conosciuto e pubblicizzato negli studi sul diritto, dell'elastico bilanciamento (ricercato in via

⁴⁰ Per un approfondimento sui (diversi) significati del concetto di autonomia nell'ordinamento appare imprescindibile il rinvio a quanto - diffusamente - ricostruito nei preziosi contributi di V. E. ORLANDO, *Su l'autonomia comunale. Note e proposte*, in *Archivio di Diritto Pubblico e dell'Amministrazione italiana*, n. 6/1902, pp. 353-359; S. ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti nel XXXV anno d'insegnamento*, Padova, Cedam, 1931, pp. 431-441; M. S. GIANNINI, *Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4/1951, pp. 851-883; V. SICA, *Contributo alla teoria dell'autonomia costituzionale*, Napoli, Jovene, 1951; G. TREVES, *Autarchia, autogoverno, autonomia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/1957, pp. 277-292; T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/1956, pp. 100-190; F. A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, Padova, Cedam, 1970; E. GUSTAPANE, "Autarchia": *profilo storico di un termine giuridico in disuso*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/1980, pp. 200-210. Per una preziosa analisi che tenga, per altro, conto anche del retroterra squisitamente filosofico e del lessico 'politico' sotteso al concetto ed alla nozione di autonomia appare significativo rimandare, *ex plurimis*, a N. BOBBIO, *Autonomia*, in *Parolechiave*, n. 4/1994, pp. 11-20; L. MANNORI, *Autonomia. Tracciato di un lemma nel vocabolario amministrativo italiano dal Settecento alla Costituente*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 1/2014, pp. 26-37; G. C. DE MARTIN, *Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2014, pp. 21-45; L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 125 ss.

⁴¹ M. GORLANI, *Il nucleo intangibile dell'autonomia costituzionale dei Comuni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020, p. 121. Qui l'Autore puntualizza che «non avendo gli enti locali accesso diretto alla Corte, eventuali invasioni o compressioni della loro sfera di autonomia debbono essere [inevitabilmente] tutelate, non sempre in modo efficace, dal Governo [o dalle Regioni] nei giudizi in via principale o dai giudici, di regola amministrativi, nei giudizi in via incidentale».

⁴² Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Basilicata, deliberazione 15 ottobre 2015, n. 58, par. 9.1 nel Merito.

legislativa e in concreto ricercabile nell'attività delle amministrazioni locali⁴³) tra strette ragioni giuridiche e late esigenze politico/istituzionali, come pure tra tecniche ragioni (oggettive) di natura "economico/finanziaria" ed apprezzabili disposizioni normative "soggettivamente" interpretabili, nonché - per conseguenza - tra il diritto positivo e ciò che è, comunemente, noto come il "diritto vivente": essendo tuttavia lampante che (in ogni caso) rimanga assolutamente imprescindibile il punto di riferimento del diritto ed in particolare la indiscutibile centralità (per addetti ai lavori e studiosi) di alcuni fondamentali principi cardine per il diritto pubblico italiano.

Principi fra i quali, in particolare, devono (sempre) tenersi bene a mente il buon andamento e l'imparzialità amministrativa (*in primis*), la buona amministrazione dell'ente e la sua sana gestione economico-finanziaria (come aspetto specializzante del buon andamento) nonché, in relazione alle ragioni di "esistenza" degli enti locali, il principio (fondamentale) di effettivo riconoscimento e promozione delle autonomie (*ex art. 5 Cost.*) nel "pluralista" assetto istituzionale - di tipo policentrico e multilivello - della Repubblica italiana.

Considerazioni (forse) banali, eppure spesso perse di vista nella (convulsa) prassi istituzionale repubblicana: così come - per esempio - emerge per le differenti fattispecie legislative di previsione delle "automatiche" varianti prescritte nei confronti degli strumenti urbanistici comunali.

3. Le relazioni tra DUP e pianificazione urbanistica ed edilizia comunale.

Per quanto possano apprezzarsi i positivi effetti economici, istituzionali ed indirettamente - anche - politici dell'evidenziato principio "contabile/amministrativo" della programmazione (radicalmente "conformante" le diverse funzioni attribuite *ex lege* agli enti locali) non è affatto raro misurarsi (purtroppo) con affastellate discipline normative a dir poco disattente (quand'anche - pressoché - "incompatibili") rispetto alle - intime - "ragioni" esistenziali del tratteggiato ruolo programmatico del DUP.

Considerando poi la giovanissima età istituzionale del DUP (che introdotto formalmente nel 2014 è entrato a regime solo dall'esercizio 2016) preme assolutamente registrare come di recente (se, qui, tralasciassimo le problematiche ricollegabili alle fattispecie precedenti all'anno 2016) possono dirsi in effetti affiorati dei singolari casi in cui le - cruciali - funzioni del "Documento Unico di Programmazione" sembrerebbero essere state sottoposte ad una (decisa) "torsione": ovverosia (in altre parole) ad un fortissimo (seppur sottaciuto) *stress* legislativo.

Né pare qua esagerato asserire - salvo una riserva di argomentazione - l'inveramento di una (vera e propria) riduzione ai minimi termini dell'istituto ed addirittura la creazione di una surrettizia forma di sterilizzazione materiale del "ruolo" funzionale del DUP (come pure dell'organo consiliare competente ad adottarlo) da parte dell'attuale disciplina emergenziale di contrasto alle eterogenee difficoltà emerse col Covid-19: da cui il legislatore statale - fra le numerosissime, ed altrettanto "eterogenee", misure - ha "tratto" l'occasione per disporre (*rectius* per "provvedere" a) delle ("automatiche") forme procedurali di "varianti" modificative degli strumenti urbanistici comunali.

Sennonché, giunti a questo punto, sarebbe (pure) legittimo domandarsi quale relazione sussista in sostanza tra il DUP e gli strumenti urbanistici di un Comune.

⁴³ «Ogni decisore pubblico, dotato di autonomia, deve pertanto autoimporsi, a guida dei propri comportamenti, una sorta di "imperativo istituzionale", che conduca a concreta sintesi i principi costituzionali della buona amministrazione, dell'imparzialità e dell'equilibrio di bilancio nonché quelli della semplificazione, della trasparenza, dell'efficienza e della responsabilità diretta degli amministratori» F. JORIO, *Il documento unico di programmazione degli enti locali*, in *Astrid Rassegna*, n. 1/2017, p. 5.

Ebbene è a tutti noto come tra le “funzioni fondamentali” - *ex art. 117, co. 2, lett. p)*, Cost. - di un Comune ricada esplicitamente anche la, sensibile, attività amministrativa di «*pianificazione urbanistica ed edilizia di ambito comunale, nonché la partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovracomunale*» (per lo meno) a mente del celeberrimo D.L. 31 maggio 2010, n. 78 (ed in particolare, del suo art. 14, co. 27, lett. d) che (tracciato nel segno di avvertite esigenze di *spending review*, storicamente “anticipatorie” della riforma costituzionale del 2012) ha poi trovato (definitiva) conversione nella Legge 30 luglio 2010, n. 122⁴⁴.

Ma al netto di una storia politicamente travagliata (e di un’esperienza istituzionale segnata da una sentenza “additiva” del Giudice delle leggi⁴⁵) le richiamate prescrizioni legislative di cui al D.L. 31 maggio 2010, n. 78 (e la sua, stessa, legge di conversione) costituiscono - tutt’ora - un importantissimo luogo di riferimento in materia di “funzioni fondamentali” degli enti locali: assurgendo a rivestire (per l’organicità ricognitiva della disciplina elaborata in punto di funzioni locali⁴⁶) i panni giuridici di nevralgiche norme interposte rispetto al parametro di costituzionalità di cui all’articolo 117, comma 2, lett. p., della Carta repubblicana.

In particolare sul (pregnante) carattere di funzione fondamentale della pianificazione urbanistica ed edilizia comunale sono intervenute - ed a più riprese⁴⁷ - anche le autorevoli decisioni della Corte costituzionale, che (per altro) non ha mancato di osservare, con incisività, proprio che «*nel nostro ordinamento, la funzione di pianificazione urbanistica è tradizionalmente rimessa all'autonomia dei Comuni, fin dalla legge 25 giugno 1865, n. 2359 (Espropriazioni per causa di utilità pubblica), né lo sviluppo dell'ordinamento regionale ordinario e la necessità di una pianificazione territoriale sovracomunale hanno travolto questo impianto fondamentale, pur tuttavia assoggettandolo a ineludibili esigenze di coordinamento tra differenti livelli ed istanze*»⁴⁸.

⁴⁴ Per alcuni preziosi approfondimenti in dottrina si leggano, *ex multis*, E. PIRODDI, *Pianificazione strategica in ambiente urbano. Area vasta e pianificazione comunale nell'approccio strategico*, in *Urbanistica*, n. 148/2011, pp. 101-103; M. E. ALOTTO, *La pianificazione urbanistica deve tenere conto della natura del territorio comunale e delle esigenze della popolazione stabile. Nota a sentenza: Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 2015, n. 1949*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 2/2015, pp. 258-260; E. BOSCOLO, *Nuove dimensioni della pianificazione comunale*, in F. DI LASCIO - F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, il Mulino, 2017, pp. 143-176; G. SCIULLO, *Regionalismo e municipalismo alla prova della pianificazione urbanistica comunale*, in *Rivista Giuridica di Urbanistica*, n. 3/2020, pp. 648-664.

⁴⁵ C. cost. sent. 4 marzo 2019, n. 33. Per puntuali riflessioni sul D.L. 31 maggio 2010, n. 78, nonché sulla relativa legge di conversione e, per altro, in relazione alla summenzionata decisione del Giudice delle leggi si rimanda (senza pretese di esaustività) a M. AGNOLI, *Decreto Legge 31 maggio 2010, n. 78 e gli Enti locali*, in *L'Amministrazione italiana*, n. 10/2010, pp. 1316-1321; C. D'ANDREA, *I Comuni polvere: tra dissoluzione pilotata e salvataggio delle funzioni. Alcune note a commento dell'art. 16 della “manovra bis”*, in *Federalismi.it*, n. 20/2011, pp. 1-17; M. MASSA, *L'esercizio associato delle funzioni e dei servizi comunali. Profili costituzionali*, in *Amministrare*, n. 2/2013, pp. 253-277; P. RACCA, *Piccoli Comuni e obbligo di gestione associata dei servizi*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2018, pp. 1-12; A. MORELLI, *Obbligatorietà delle forme associative dei Comuni e visione congiunturale delle autonomie locali*, in *Le Regioni*, n. 2/2019, pp. 523-532; F. SPANICCIATI, *Il rilievo della dimensione territoriale per un'efficiente amministrazione locale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 5/2019, pp. 590-600; A. GENTILINI, *Il dimensionamento eteronomo degli enti territoriali autonomi: spunti di riflessione (e qualche provocazione) a margine di una giurisprudenza costituzionale oltremodo “coadiuvante”*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2019, pp. 1957-1976.

⁴⁶ Appare qui utile - per un ragionato approfondimento relativo alla ricognizione del legislatore statale circa le funzioni fondamentali degli enti locali - rinviare all'analisi in M. GORLANI, *Il nucleo intangibile dell'autonomia costituzionale dei Comuni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020, pp. 121-133 (in particolare si legga la nota 11 a pag. 126).

⁴⁷ *Ex multis* si confrontino, in particolare, le seguenti decisioni: C. cost. sentenze 4 aprile 1990, n. 157; 24 maggio 1991, n. 212; 24 febbraio 1994, n. 61; 8 aprile 1997, n. 83; 30 luglio 1997, n. 286; 27 luglio 2000, n. 378; 26 novembre 2002, n. 478; 13 marzo 2014, n. 46; 16 luglio 2019, n. 179; 23 giugno 2020, n. 119; 28 ottobre 2021, n. 202.

⁴⁸ C. cost. sentenza 23 giugno 2020, n. 119, par. 7.1 del Considerato in diritto.

Cosicché, nell'«attuazione del nuovo Titolo V della Costituzione, il punto di sintesi è stato fissato dal legislatore statale tramite la disposizione per cui “sono funzioni fondamentali dei Comuni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione: [...] la pianificazione urbanistica ed edilizia di ambito comunale nonché la partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovracomunale”, ma [sempre] ferme restando le funzioni di programmazione e di coordinamento delle Regioni, loro spettanti nelle materie di cui all'articolo 117, commi terzo e quarto della Costituzione, e le funzioni esercitate ai sensi dell'articolo 118»⁴⁹ della Carta repubblicana.

Pertanto - in unisono alle ricostruzioni del Giudice delle leggi - pure il Supremo Consesso Amministrativo ha, recentemente, colto l'occasione per sottolineare che «il sistema della pianificazione territoriale urbanistica successivo alla riforma costituzionale del 2001, caratterizzato dalle leggi regionali c.d. di “seconda generazione”, si presenta in maniera ben diversa da quello rinveniente dalla legge urbanistica del 1942. Esso risponde, cioè, ad una visione meno “gerarchica” e più armonica, che vede nella leale collaborazione, oltre che nella sussidiarietà, i teorici principi ispiratori delle scelte. La pianificazione sovracomunale, affermata sia sul livello regionale sia provinciale, si connota pertanto per una natura “mista” relativamente ai contenuti - prescrittivi, di indirizzo e di direttiva - e ad efficacia, nonché per la flessibilità nei rapporti con gli strumenti sottordinati. La pianificazione comunale a sua volta non si esaurisce più nel solo tradizionale piano regolatore generale, ma presenta un'articolazione in atti o parti tendenzialmente distinti tra il profilo strutturale e quello operativo, e si connota per l'intersecarsi di disposizioni volte ad una programmazione generale che abbia come [pregnante] obiettivo lo sviluppo socio-economico dell'intero contesto»⁵⁰ territoriale.

Dal che le conseguenze dell'ineludibile coordinamento competenziale tra i diversi livelli di governo coinvolti si manifestano, in concretezza, all'interno della (quotidiana) dialettica istituzionale e costituzionale «sottesa al principio di sussidiarietà»⁵¹, che induce con (meticolosa) costanza l'attività ermeneutica del Giudice delle leggi a dover «valutare, nell'ambito della funzione pianificatoria riconosciuta come funzione fondamentale dei Comuni, “quanto [per esattezza] la legge regionale toglie all'autonomia comunale e quanto di questa residua, in nome di quali interessi attua questa sottrazione, quali compensazioni procedurali essa prevede e per quale periodo temporale la dispone”, inteso che “il giudizio di proporzionalità deve perciò svolgersi, dapprima, in astratto sulla legittimità dello scopo perseguito dal legislatore regionale e quindi in concreto con [maggior] riguardo alla necessità, alla adeguatezza e al corretto bilanciamento degli interessi coinvolti” (sentenza n. 179 del 2019). Proprio tale giudizio, così dinamicamente inteso, consente di verificare se, per effetto di una normativa regionale rientrante nella materia del governo del territorio, [...] non venga menomato il nucleo delle funzioni fondamentali attribuite ai Comuni all'interno del “sistema della pianificazione”, così [dunque] da salvaguardarne la portata anche rispetto al principio autonomistico ricavabile dall'articolo 5 Cost.»⁵².

Si tratta, in buona sostanza, di un orientamento pressoché cristallizzato nella giurisprudenza costituzionale e fra l'altro ribadito più di recente dai Giudici di Palazzo della Consulta con la sentenza del 28 ottobre 2021, n. 202, là dove è stato energicamente rimarcato, per l'ennesima volta, che nell'ordinamento repubblicano «assume rilievo la previsione con cui il legislatore statale, nell'esercizio della competenza ad esso esclusivamente attribuita dall'art. 117, secondo comma, lettera p), Cost., ha individuato [sempre] “ferme restando le funzioni di programmazione e di coordinamento delle Regioni, loro spettanti nelle materie di cui all'articolo 117, commi terzo e quarto, della Costituzione”, quali funzioni fondamentali dei Comuni “la pianificazione urbanistica ed edilizia di ambito comunale, nonché la partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovracomunale (art. 14, comma 27, lettera d, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante “Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010,

⁴⁹ C. cost. sentenza 23 giugno 2020, n. 119, par. 7.1 del Considerato in diritto.

⁵⁰ Cons. Stato, Sez. Seconda, sent. 15 ottobre 2020, n. 6263, par. 7 del Considerato in Diritto.

⁵¹ C. cost. sentenza 23 giugno 2020, n. 119, par. 7.1 del Considerato in diritto.

⁵² C. cost. sentenza 23 giugno 2020, n. 119, par. 7.1 del Considerato in diritto.

n. 122).

Con tale previsione [si badi] è stato legislativamente riconosciuto un orientamento costante della giurisprudenza costituzionale, secondo cui quella attinente alla pianificazione urbanistica rappresenta una [fondamentale] funzione [comunale] che non può essere oltre misura compressa dal legislatore regionale, perché “il potere dei Comuni di autodeterminarsi in ordine all’assetto e alla utilizzazione del proprio territorio non costituisce elargizione che le Regioni, attributarie di competenza in materia urbanistica, siano libere di comprimere (sentenza n. 378 del 2000) e la suddetta competenza regionale “non può mai essere esercitata in modo che ne risulti vanificata l’autonomia dei Comuni” (sentenza n. 83 del 1997)»⁵³.

Certo è anche vero che la Corte costituzionale (in maniera un po’ sibillina) ha soggiunto al tempo stesso che «l’autonomia comunale “non implica una riserva intangibile di funzioni, né [- comunque -] esclude che il legislatore competente possa modulare gli spazi dell’autonomia municipale a fronte di esigenze generali che giustifichino ragionevolmente la limitazione di funzioni già assegnate agli enti locali (sentenza n. 160 del 2016)”»⁵⁴.

Il che (al di là delle più o meno consapevoli ambiguità argomentative del dispositivo di una sentenza) può - comunque - interpretarsi nell’ordine fisiologico (e “normale”) delle cose: poiché nel sistema repubblicano della pianificazione e (ben più in generale) nel panorama italiano delle “fonti del diritto amministrativo”⁵⁵ è logico pensare che alla titolarità legislativa di certe competenze costituzionalmente attribuite corrisponda il potere di un’eventuale rimodulazione - “ragionevole” - dei contenuti riferibili alle funzioni amministrative oggetto di un conferimento agli enti chiamati ad “attuare” ed “eseguire” le finalità della singola materia di legge, di volta in volta, considerata.

Così come è altrettanto chiaro (se non pacifico) che il legislatore costituisca nell’ordinamento una «fonte normativa primaria sovraordinata rispetto agli strumenti urbanistici locali»⁵⁶ e, quindi, capace di prevedere interventi “in deroga” a tali strumenti.

Il punto è che quello che la Corte costituzionale non si è ancora spinta a fare è portare sino in fondo ed alle “estreme” conseguenze il proprio ragionamento.

Perché (a ben riflettere) se la pianificazione urbanistica comunale è una funzione fondamentale dei Comuni in base ad una - puntuale - norma interposta rispetto al secondo comma dell’art. 117 Cost. allora ciò vuol dire che nei casi in cui il legislatore regionale esercitasse le proprie competenze (*ex art.* 117 Cost., comma 3 e 4) intervenendo a rimodulazione e, finanche, a compressione delle funzioni comunali in ordine all’assetto ed all’utilizzazione del territorio in realtà (a monte di ciò) si starebbe, criticamente, determinando l’effetto di una complicata tensione e di un sensibile intreccio pressoché inestricabile tra competenze esclusive della legislazione statale (da una parte), materie di legislazione concorrente statale e regionale (dall’altra parte) e - non di meno - il più generale interesse pubblico sotteso ad i (sostanziali) profili delle tecniche possibili di - una effettiva - garanzia costituzionale di un principio fondamentale (ed elevabile a vero e proprio «*principio supremo dell’ordinamento*»⁵⁷ italiano) come è quello autonomistico (*ex art.* 5, 114, 118 e 120, comma 2, Cost.).

A rischio di uscire fuori traccia non è - con tutta sincerità - affatto possibile in questa stessa sede affrontare le (verosimili) soluzioni prospettabili rispetto all’intreccio su evidenziato, limitandosi a poter ammettere che (sostanzialmente) si tratti di attesissime risoluzioni eluse (almeno sinora) nelle pur numerose decisioni della giurisprudenza costituzionale: salvo per la verità l’unica affermazione (poco soddisfacente sul piano teorico) secondo cui (a mente dei vari

⁵³ C. cost. sentenza 28 ottobre 2021, n. 202, par. 10.3 del Considerato in diritto.

⁵⁴ C. cost. sentenza 28 ottobre 2021, n. 202, par. 10.3 del Considerato in diritto.

⁵⁵ Sui cui, fra i tanti, appare prezioso rinviare a F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2007.

⁵⁶ C. cost. sentenza 28 ottobre 2021, n. 202, par. 10.3 del Considerato in diritto.

provvedimenti giurisdizionali deliberati dai Giudici di Palazzo della Consulta) il legislatore “competente”⁵⁸ (in ogni caso) può (sempre) «*prevedere interventi in deroga a tali strumenti*»⁵⁹ urbanistici comunali (sebbene - forse - sarebbe stato più corretto l'utilizzo del verbo “provvedere” da parte delle “dichiarazioni” della Corte costituzionale).

Ad ogni modo - come autorevolmente commentato in dottrina - di una cosa si può, senz'altro, andare certi: ossia della (fondamentale) «*“riconoscibilità” generale del territorio - custode e segno di identità collettive - da parte delle comunità locali. Un legame, questo, che pianificazioni o interventi “altri” non potrebbero legittimamente recidere*»⁶⁰.

Ciò nella misura in cui l'attività pianificatoria in ordine all'assetto ed all'utilizzo del territorio è qualcosa che appartiene nell'intimità all'autonomia comunale «*fin dalla legge 25 giugno 1865, n. 2359*»⁶¹ e che tonificata dalla “forza” del riconoscimento a livello costituzionale (dapprima con l'avvento del principio autonomistico nella Carta repubblicana del '48 e dopo con l'evoluzione espansiva della sussidiarietà e della posizione degli enti locali nella riforma costituzionale del 2001) tutt'oggi si pone (senza alcuna casualità) come quell'attività cui sul piano legislativo

⁵⁷ In particolare, in relazione alle modifiche costituzionali intervenute ad introdurre i principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità (complessiva) del debito pubblico e circa i discendenti rapporti con il supremo (ancorché, senz'altro, compresso) principio autonomistico può oggi essere utile andare a rileggere - *mutatis mutandis* - le risalenti riflessioni maturate in F. FINOCCHIARO, *La competenza della Corte costituzionale rispetto alle leggi costituzionali e alle leggi di esecuzione di trattati internazionali*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2/1983, pp. 17-25; M. MANETTI, *I principi costituzionali come principi supremi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/1983, pp. 1130-1154; A. CERRI, *Il “principio” come fattore di orientamento interpretativo e come valore “privilegiato”*. *Spunti e ipotesi per una distinzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/1987, pp. 1806-1830; S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme costituzionali?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 10/1988, pp. 5570-5573; B. CARAVITA, *Principi supremi, principi sopracostituzionali o principi comuni?*, in *Giustizia e Costituzione*, n. 2-4/1994, pp. 105-109; F. P. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, n. 4/1995, pp. 153-161; A. CERRI, *Concezioni proceduralistiche e concezioni sostanzialistiche nel prisma della giurisdizione costituzionale*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, n. 140-141/2003, pp. 7-44; A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 6/2003, pp. 1063-1139; G. C. DE MARTIN, *Il problema dello sviluppo dell'autonomia nella Repubblica*, in *Jus*, n. 1/2007, pp. 157-169; P. CARNEVALE, *Il fattore unitario nelle dinamiche della produzione normativa. Dalla statica, alla dinamica, per tornare di nuovo alla statica*, in *Diritto e Società*, n. 1/2011, pp. 1-22.

⁵⁸ Sulla non banalità nell'individuazione di quale sia il “legislatore competente” si legga, fra tutti, L. PALADIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro Amministrativo*, n. 1/1971, (pt. 3), pp. 3-43. Per delle riflessioni aggiornate si confrontino, *ex plurimis*, R. BIN, “*Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*”. *Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Jovene, 2004, pp. 295-342; F. BENELLI, *La “smaterializzazione” delle materie: problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006; F. LEOTTA, *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti. Dalla crisi della sovranità statale all'affermarsi della sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2007; M. CARRER, *Il legislatore competente. Statica e dinamica della potestà legislativa nel modello regionale italiano*, Milano, Giuffrè, 2012; S. CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello Stato regionale. La definizione delle competenze legislative nell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2012; F. BOCCHINI, *La trasversalità delle competenze legislative regionali nella Costituzione*, Ariccia, Aracne, 2015; L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, Giuffrè, 2018.

⁵⁹ C. cost. sentenza 28 ottobre 2021, n. 202, par. 10.3 del Considerato in diritto.

⁶⁰ P. L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedurali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021, p. 35. Per un'analisi sui “classici” aspetti connotanti il territorio all'interno dell'ordinamento italiano appare - qui - significativo rimandare, *ex plurimis*, alle preziose ricostruzioni sviluppate in U. FORTI, *Il diritto dello Stato sul territorio*, in *Archivio di Diritto Pubblico e dell'Amministrazione italiana*, n. 6/1902, pp. 360-389; U. FORTI, *La funzione giuridica del territorio comunale*, in *Studi e questioni di diritto amministrativo*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, pp. 61-86; R. ALESSI, *Intorno alla nozione di ente territoriale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2-3/1960, pp. 290-316; G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, Cedam, 1969, p. 67 ss.; M. MANETTI, voce *Territorio*. I) *Territorio dello Stato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXXV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 1985, pp. 1-13; V. CRISAFULLI, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985; S. SICARDI, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in *Politica del Diritto*, n. 1/2003, pp. 115-128 (specialmente p. 125); G. L. CONTI, *Le dimensioni costituzionali del governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 6 ss.; S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, il Mulino, 2016; M. MICHETTI, *Organizzazione del potere e territorio. Legittimità dello Stato e livelli di governo*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 7 ss.

⁶¹ C. cost. sentenza 23 giugno 2020, n. 119, par. 7.1 del Considerato in diritto.

(si badi molto bene) corrisponde persino letteralmente ciò che può definirsi come la “prima” funzione attribuita ai Comuni. Basterebbe infatti aprire il TUEL (ovverosia il D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267) e leggerne il suo articolo 13 (rubricato proprio “Funzioni”) per apprendere che *«spettano al Comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell’assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze»*.

Ebbene, come potrebbe non vedersi in questa disposizione il cuore “pulsante” della lettura sussidiaria (ai sensi del revisionato art. 118 Cost.) che “spinge” il legislatore verso il conferimento al livello di governo più vicino ai cittadini della (nevralgica) funzione di pianificazione urbanistica ed edilizia?

Soprattutto (assodato il carattere di funzione fondamentale della pianificazione territoriale comunale) cosa resterebbe tra i contenuti delle funzioni *ex art.* 13 TUEL se comprimessimo (fino ad eliminarla totalmente) la pianificazione urbanistica ed edilizia di un Comune?

Evidentemente non troppo. Per capirlo sarebbe sufficiente, soltanto, se ripensassimo bene al reale “senso” giuridico dei termini di *“popolazione e territorio comunale”*, se riflettessimo su ciò che in effetti per un ente locale può tradursi con il riferimento all’esercizio dei *“servizi alla persona ed alla comunità”* (“comunale”), come pure (è ovvio) se ragionassimo (con sano pragmatismo) sull’assetto e sull’utilizzazione del territorio di un Comune e parallelamente eliminassimo - però - da tutto quanto in su considerato (con ponderazione) il “complesso” dei poteri amministrativi - in concretezza - esercitabili da quel Comune in materia di edilizia (anche popolare), in ambito urbanistico e più generale nell’alveo del settore della pianificazione del (“suo”) territorio.

Ad esito di quest’operazione mentale (a ben riflettere) resterebbe poco altro (per non dire qui pochissimo) dell’art. 13 TUEL e dei suoi contenuti. Di grosso rimarrebbe - al più - l’unica eccezione dei *“settori organici dei servizi alla persona”*, sebbene - con totale onestà - si tratti di ambiti competenziali in cui è storicamente emersa tutta la (critica) difficoltà propria delle capacità amministrative comunali (specie dei piccoli enti) di assicurare effettivi servizi rispondenti ai livelli minimi essenziali: tant’è che in questo senso è intervenuto in ausilio il prezioso rinvigorimento legislativo del così detto “terzo settore” (attraverso il celeberrimo D. Lgs. 3 luglio 2017, n. 117), con le sue (varie) forme di “partenariato” con gli enti pubblici⁶² ed in particolare con gli enti comunali, più vicini al cittadino.

⁶² D’altra parte il D. Lgs. 3 luglio 2017, n. 117, (ed in particolare l’articolo 55 ivi contemplato) costituisce (pregnante) *«espressione del principio contenuto nel quarto comma dell’art. 118 Cost., “realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell’azione sussidiaria sfruttando ed ampliando una prospettiva che era già stata prefigurata, [sebbene] limitatamente a interventi innovativi e sperimentali [proprio] in ambito sociale” dall’art. 1, comma 1, della legge 328/00 e dall’art. 7 del d.p.c.m. 30 marzo 2001 [...] Tra pubbliche amministrazioni e soggetti del Terzo settore si viene così ad instaurare “un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato”. In tale contesto gli istituti della co - programmazione della co - progettazione e del partenariato si configurano, dunque, “come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico e il privato sociale”*» A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *Federalismi.it*, n. 21/2021, pp. 124-125. Qui l’Autrice richiama per altro quanto incisivamente deciso ed argomentato nella sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 26 giugno 2020, par. 2.1 del Considerato in diritto. Secondo l’orientamento del Giudice delle leggi è poi andata, fra l’altro, consolidandosi la posizione del Supremo Consesso Amministrativo: *ex plurimis*, si confronti Cons. Stato, Sez. Quinta, sent. 7 settembre 2021, n. 6232, par. 10 del Fatto e Diritto.

Certo non s'intende sminuire il ruolo costituzionale di un Comune - fino a ridurlo, banalmente - a quello di un mero ente di pianificazione⁶³: ma si vuole solo evidenziare (in maniera, forse, un po' drastica, anche se mi auguro efficace) quanto sia importante la pianificazione territoriale per la "vita" (e l'esistenza) di un ente comunale (oltre che, non si trascuri affatto, per la sua stessa 'credibilità' nell'attuale inserimento all'interno del sistema pluricentrico, e multilivello, della nostra Repubblica italiana, così come "delineato" a partire dal revisionato articolo 114 della Carta repubblicana⁶⁴).

Da qui si può pervenire a cogliere come e (soprattutto) perché le fondamentali funzioni della pianificazione urbanistica ed edilizia comunale riescano ad intercettare il descritto ruolo del DUP, nonché l'intima *ratio* del DUP: corrispondente (da quanto ci si è sopra sforzati di ricostruire) al generale "raccordo" programmatico tra (da un lato) l'esercizio quotidiano delle ("classiche") attività di amministrazione attiva di un ente locale e (dall'altro lato) la - pertinente ed inscindibile - declinazione dei principi contabili (sia generali, che applicati) su cui (non si dimentichi, mai) le funzioni amministrative di un ente poggiano (di fatto) il proprio (realistico) peso specifico.

Orbene è piuttosto semplice ragionare circa il "come" nella prassi si dispieghino le modalità dei rapporti (e delle, tangibili, relazioni) tra DUP (da una parte) e pianificazione urbanistica ed edilizia comunale (dall'altra parte): infatti gli atti della pianificazione territoriale sono sempre l'oggetto di un'attenta programmazione nel DUP ed esattamente della sua Sezione Operativa (meglio nota, tra gli addetti ai lavori, con l'acronimo di "SeO"), all'interno della quale gli strumenti urbanistici generali (comprese le "varianti") dell'ente locale sono "soggetti" alla (così detta) "verifica di coerenza".

Si tratta - per intendersi senza equivoci - di una (delicatissima) verifica consistente nell'apprezzamento della aderenza degli atti generali di urbanistica ed edilizia dell'ente rispetto al principio contabile/amministrativo di programmazione ed ai (connessi) principi di coerenza e di congruità: ciò anche in ragione di un coerente sviluppo della pianificazione territoriale comunale nei confronti degli strumenti "sovraordinati" di governo del territorio.

Il che (si badi) si inserisce nel solco della finalità, indispensabile, di garantire il legittimo e buon andamento dell'azione amministrativa comunale in ordine all'assetto ed all'utilizzo del proprio territorio.

Ma, andando a fondo, ci sarebbe ancora da chiedersi: perché tutto ciò?

Dovremmo - cioè - domandarci meglio (trascendendo la stessa finalità suesposta, ancorché comprensibile) quali siano - in fondo - le ragioni di "interesse locale" che conducono la prassi istituzionale (spingendola con energia) verso la redazione di un DUP sempre più attento circa la valutazione di "coerenza" degli strumenti urbanistici dell'ente.

⁶³ Anche perché se così fosse dovremmo pure realisticamente riconoscere il fallimento di tantissime realtà istituzionali del municipalismo italiano.

⁶⁴ Senza pretese di esaustività nel rimando si confrontino le autorevoli ricostruzioni sviluppate in F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di "governance" in un sistema policentrico "esplosivo"*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1153-1196; M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1273-1304; F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2002, pp. 827-880; T. GROPPI - M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2003; A. PIOGGIA - L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale. Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V*, Bologna, il Mulino, 2006; E. GRIGLIO, *Principio unitario e neo-policentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, Padova, Cedam, 2008; C. FRANCHINI - G. VESPERINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 86-128; C. DI MARCO - L. G. SCIANNELLA (a cura di), *Dalla Repubblica delle Autonomie ad un nuovo (e indefinito) accentramento dei poteri nello Stato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, il Mulino, 2015; F. BASSANINI - F. CERNIGLIA - A. QUADRIO CURZIO - L. VANDELLI (a cura di), *Territori e autonomie. Un'analisi economico-giuridica*, Bologna, il Mulino, 2016; E. BALBONI, *Sulla riorganizzazione della P.A. la Corte richiede e tutela la leale collaborazione ... e «l'intendenza seguirà»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2017, pp. 122-124.

Le ragioni prospettabili (a nostro avviso) sono per lo meno due: una di tipo sostanziale e l'altra di carattere procedimentale. Sul piano sostanziale la coerenza e la congruità degli strumenti urbanistici con le previsioni di bilancio e con il principio contabile ("applicato") della programmazione soddisfa globalmente - e fino a 360° - l'esigenza di una rilevazione "unitaria" dei fatti gestionali dell'ente (*ex parte principis*), specie, sotto il profilo di carattere economico/patrimoniale (se soltanto si considerassero i riflessi sul bilancio di una corretta - piuttosto che approssimativa - attività di urbanistica ed edilizia comunale), come pure dall'altro lato garantisce (*ex parte civis*) la (nodale) dinamicità democratica del "percorso" di pianificazione comunale, assicurando (vale a dire) una costante verifica delle varie iniziative private in corso di attuazione o di quelle prive di attuazione, ma suscettibili di riproposizione negli strumenti programmatori.

In altri termini, sul piano sostanziale la verifica di coerenza tra DUP e strumenti urbanistici locali è pensata funzionalmente alla stessa possibilità di una più "consapevole" revisione delle scelte pianificatorie (cui, per altro, accedrebbe l'annessa attivazione degli istituti partecipativi): in modo che vengano elaborati disegni pianificatori, sempre più, congeniali rispetto agli sfidanti obiettivi economici e sociali cui l'ente locale è vocato per propria natura a tendere, esponenzialmente, a beneficio della "propria" comunità di (stretto) riferimento.

D'altra parte non può - mai - ignorarsi come il "manifesto" dell'autonomia comunale si promuova, tutt'oggi, attraverso la circostanza (come recita l'art. 3, comma 2, del TUEL, rubricato "*Autonomia dei Comuni e delle Province*") per cui il «Comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo» economico e sociale. In questo "senso" la verifica all'interno del DUP di "coerenza" degli strumenti urbanistici è protesa ad assicurare un sostenibile sviluppo economico e sociale delle attività di governo del territorio comunale: combinatamente ad una lettura costituzionalmente orientata rispetto ad i novellati articoli 81, 97, 114, 118 e 119 della Carta repubblicana⁶⁵. Né può dirsi un purissimo caso che la giurisprudenza amministrativa sottolinei - con enfasi - che l'esercizio del potere di pianificazione urbanistica «non è funzionale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, ect.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione temperata di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti»⁶⁶, come quelli di cui agli articoli 81, 97, 114, 118 e 119 della Carta repubblicana⁶⁷.

Sul piano procedimentale - poi - l'intima ragione di una (necessaria e preziosa) "coerenza" tra le previsioni programmatiche del DUP e gli atti generali di urbanistica ed edilizia comunale è cosa quanto mai sensibile per il dispiegamento dell'autonomia dagli enti comunali, giacché gli effetti riconducibili ad un esito negativo della (così detta) "verifica di coerenza" sono piuttosto gravi: se qui almeno per un istante ci si ricordasse del già esaminato ultimo comma dell'art. 170 TUEL.

Infatti - lo ripetiamo ancora - l'ultimo comma contemplato dall'art. 170 TUEL "riconosce" (espressamente) l'esistenza di «casi di inammissibilità e di improcedibilità per le deliberazioni del Consiglio e della Giunta che non sono coerenti con le previsioni del Documento Unico di Programmazione».

⁶⁵ Illuminante «ricordare che la giurisprudenza amministrativa ha costantemente e da tempo precisato (da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 giugno 2019, n. 4343) che il disegno urbanistico definito da uno strumento di pianificazione generale o da una sua variante costituisce estrinsecazione del potere pianificatorio connotato da ampia discrezionalità, che rispecchia delle scelte riguardanti non solo l'organizzazione del territorio, ma anche il quadro assai più vasto delle opzioni inerenti al suo sviluppo socio-economico» Cons. Stato, Sez. Seconda, sent. 10 marzo 2021, n. 2056, par. 5 del Considerato in Diritto.

⁶⁶ Cons. Stato, Sez. Quarta, sent. 22 febbraio 2017, n. 821, par. 2.1 del Considerato in Diritto.

⁶⁷ Da ultimo si confronti Cons. Stato, Sez. Seconda, sent. 10 marzo 2021, n. 2056, par. 5 del Considerato in Diritto.

“Tradotto” per il caso in esame ciò significa che se i contenuti di uno strumento urbanistico comunale non superassero la verifica di coerenza con le previsioni del DUP, allora, si ricadrebbe nel solco di una fattispecie deliberativa sanzionabile a pena d’inammissibilità o d’improcedibilità e qualora una deliberazione consiliare adottasse nonostante ciò il paventato strumento incoerente al DUP ci si troverebbe dinanzi ad una delibera (radicalmente) illegittima: in quanto (per l’esattezza) deliberazione inammissibile (in ragione dell’intrinseca carenza del presupposto - prescritto *ex lege* - di “coerenza” con il DUP) o comunque improcedibile (a fronte - cioè - di un evidente difetto di - pur necessaria - attività istruttoria per l’adeguamento al presupposto atto di DUP).

Sicché nel *genus* delle deliberazioni comunali illegittime per l’incoerenza con la programmazione del DUP si può registrare la *species* delle deliberazioni che, nel dettaglio, risultassero negative all’esito della “verifica di coerenza” urbanistica programmata nel DUP: infatti sul piano procedimentale la generale programmazione del DUP (funzionale alla buona amministrazione dell’ente nonché alla sua migliore sostenibilità finanziaria, economica e patrimoniale) guida e “vincola” sotto il profilo operativo le, diverse, sequenze procedimentali in cui trova declinazione (articolandosi materialmente) l’azione pubblica di un Comune.

Ecco perché gli enti comunali iniziano a dedicare - a monte - sempre maggiore attenzione alla elaborazione tecnica della attività programmatica nel DUP: per evitare - a valle - di incorrere nella successiva possibilità di deliberazioni inammissibili od improcedibili.

Per queste ragioni procedimentali e per gli interessi sostanziali legati al miglior soddisfacimento, possibile, della dimensione economica e sociale dischiusa nelle fondamentali funzioni di pianificazione urbanistica (ed edilizia) comunale si può, quindi, giungere ad argomentare come sia di vitale importanza per un Comune la redazione tecnica del DUP: quanto meno perché da una approssimativa programmazione nel DUP verrebbe a condizionarsi negativamente ogni legittimo atto e provvedimento successivo dell’ente (pure nella cruciale - *rectius* fondamentale - materia urbanistica e di edilizia).

Certo è anche vero che - come abbiamo, già, evidenziato - il DUP non può non manifestare una «*natura “mobile e flessibile”*»⁶⁸: non essendo di per sé escluso - infatti - che il Documento Unico di Programmazione sia suscettibile di essere “aggiornato” e sottoposto, cioè, a puntuali “rimodulazioni”. Tant’è che i Consigli comunali per evitare di incappare nelle (note) sanzioni di inammissibilità o di improcedibilità di una delibera incoerente col DUP e (non di meno) per scongiurare “pericolose” paralisi amministrative dell’ente, spesso, ricorrono ad una “preventiva” nonché mirata modifica (*ad hoc*) del Documento Unico di Programmazione: “cercando” di adattarne “a monte” la coerenza (pressoché tarata) rispetto ai contenuti della successiva deliberazione che - più a valle - si intendesse per conseguenza voler, poi, adottare.

Il punto è che non sempre una operazione del genere risulta di fatto possibile e ciò specialmente in materia di pianificazione territoriale comunale.

Si pensi ad esempio al caso di una variante urbanistica che in quanto tale non sarebbe a rigore prevedibile a priori - per logica - e che perciò potrebbe ad ogni modo non riuscire a superare di fatto (proprio per la sua, stessa, natura “sopravvenuta”) la necessaria “verifica di coerenza” contemplata nel DUP rispetto al (nodale) principio - “contabile/amministrativo” - della programmazione ed in particolare rispetto al più “coerente” sviluppo della pianificazione comunale nonché - nondimeno - rispetto agli stessi strumenti “sovraordinati” di governo del territorio.

⁶⁸ Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Basilicata, deliberazione 15 ottobre 2015, n. 58, par. 9.1 nel Merito.

In questi casi - infatti - anche se si modificassero preventivamente i contenuti del DUP tarandoli rispetto all'oggetto della variante che in astratto si intendesse adottare comunque potrebbe rimanere (in punto di diritto) preclusa la legittima possibilità di una (successiva) deliberazione di variazione agli strumenti urbanistici comunali e la ragione è abbastanza chiara, quanto fondamentale: il DUP ancorché flessibile non può mai interpretarsi fino al punto di figurare come "cedevole" nei confronti della stessa *ratio legis* per cui esiste nell'ordinamento repubblicano.

E la *ratio* del DUP di un ente locale, in estrema sintesi, va inquadrata nella tutela del "buon andamento" e - specialmente - della buona, sana e sostenibile, gestione economica, finanziaria e patrimoniale dell'ente: a garanzia non soltanto della sostenibilità del debito pubblico e degli equilibri di bilancio, ma (si badi) anche a tutela della stessa preziosa autonomia degli enti locali, che non di rado sono minacciati da malsane gestioni amministrative sfocianti fino al punto di uno scioglimento dell'organo consiliare dell'ente ed a - drastiche - misure di commissariamento.

Cosicché la "flessibilità" del DUP e la sua passibilità di modifiche *ad hoc* andrebbero pur sempre valutate in ragione del "fine" cui questo atto amministrativo generale tende per chiara volontà del legislatore statale: quest'ultimo posto, a propria volta, in nevralgica attuazione della disciplina costituzionale ed europea in materia di equilibrio dei bilanci, di sostenibilità del debito pubblico e di rafforzamento dell'armonizzazione dei sistemi contabili e di bilancio di tutti gli enti pubblici.

Perciò la legittimità o meno di ogni preventiva modifica *ad hoc* del DUP che fosse tarata al fine esclusivo di permettere una successiva deliberazione consiliare di variante agli strumenti urbanistici comunali andrebbe - di volta in volta - letta ed interpretata non soltanto sotto il logico profilo di una coerenza con il sistema di pianificazione territoriale ("multilivello") ma anche nell'ottica pregnante di una compatibilità con il principio contabile/amministrativo della programmazione e più in generale con la stringente disciplina del legislatore statale: tanto nelle materie di armonizzazione dei bilanci pubblici e di coordinamento della finanza pubblica - da una parte - quanto - dall'altra - in materia di "sistematica" *reductio ad unum* dei contenuti (e specie dei vincoli) del complesso delle "funzioni fondamentali" di un Comune.

Quindi (per intendersi) occorrerà sempre valutare di caso in caso se ricorrano, o meno, i presupposti di una legittima delibera di preventiva modifica - *ad hoc* - del DUP: una valutazione - di per sé - assolutamente necessaria affinché le "rimodulazioni" del DUP non si trasformino (cioè) in degeneranti forzature nonché in un - evidente - elemento di malsana amministrazione rispetto alla "compatibilità programmatica" di ogni successiva deliberazione consiliare di variante degli strumenti urbanistici comunali.

Senonché di una cosa si può (anzi si deve) andare, senz'altro, certi.

Qualora un Consiglio comunale intendesse deliberare uno strumento urbanistico prima di tutto dovrebbe accertarsi della coerenza con i contenuti del DUP e semmai all'esito di questo accertamento si desse un risultato negativo sarebbe un onere dell'organo consiliare "cercare" di modificare preventivamente il DUP - "tentando" di rendere la "*verifica di coerenza*" conforme a tutti gli atti urbanistici già esistenti e al principio contabile/amministrativo della programmazione - per poi a quel punto (e solo a quel punto) procedere alla legittima deliberazione dello strumento desiderato.

Tutto ciò vale a maggior ragione, e con amplificata difficoltà, per le varianti agli strumenti urbanistici che un Consiglio comunale intendesse deliberare.

Quindi una variante agli strumenti urbanistici comunali non potrebbe essere “legittimamente” deliberata se incoerente con le previsioni del DUP e con la pertinente “*verifica di coerenza*”: se ciò accadesse il Consiglio comunale dovrebbe prima provvedere a modificare (a monte) il DUP e soltanto dopo “potrebbe” deliberare la variante. Ma sempre a condizione che (sia chiaro) l’oggetto della variante sia riuscito preliminarmente a superare (a monte) la - così detta - “*verifica di coerenza*” nel DUP. In caso contrario non sarà legittima una deliberazione di variante agli strumenti urbanistici comunali.

Scontato commentare, qui, che si tratti di una sensibile limitazione all’autonomia amministrativa di un ente comunale ed alla stessa posizione del Consiglio comunale: seppur (paradossalmente) al fine di garantire la autonomia politica ed istituzionale dell’ente, minacciabile da malsane forme di gestione (amministrativa e finanziaria) non di rado sfocianti nelle estreme misure di scioglimento dei Consigli comunali o di rimozione degli Amministratori locali.

Sicché le limitazioni - di caso in caso - ricavabili nei confronti della «*natura “mobile e flessibile”*»⁶⁹ del DUP rinvencono la propria giustificazione - ed il proprio bilanciamento - nei benefici conseguenti per la stessa (e piena) garanzia dell’“autonomia comunale”: preservata (*sub specie* di autonomia amministrativa) sia sotto il “cruciale” profilo della buona amministrazione⁷⁰ e del buon andamento, sia sul piano più specifico di una buona, sana e sostenibile gestione economica, finanziaria e patrimoniale dell’ente, fino a proteggere (non si trascuri affatto) le condizioni indispensabili per il coerente ed “armonico” sviluppo economico e sociale del (nodale) governo del “territorio comunale” e, per indiretta conseguenza dei vari “principi” sinora evocati, a beneficio finale (*sub specie* di autonomia politica) della preziosa stabilità istituzionale di governo degli enti comunali, spesso minacciati da impavide e malsane gestioni amministrative “sfocianti” fino al punto di uno scioglimento dell’organo consiliare dell’ente (ed a misure di commissariamento).

L’ago della bilancia - è evidente - passa (di fatto ed in diritto) per l’attenta e ponderata redazione tecnica del DUP, dinanzi alla cui “incoerenza” ogni deliberazione connessa - *repetita iuvant* - sarebbe “illegittima”: compresa (come osservato) ogni variante agli atti generali di urbanistica ed edilizia comunale.

4. Le recenti misure legislative di variante (automatica) agli strumenti urbanistici comunali: l’inversione prospettiva tra il DUP e gli strumenti urbanistici comunali.

Al netto della centralità istituzionale ed amministrativa del DUP (per la vita e lo sviluppo degli enti locali) nel precedente paragrafo si è esordito (forse in termini apparentemente apodittici) asserendo l’inveramento di una recente riduzione ai minimi termini dell’istituto: di

⁶⁹ Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Basilicata, deliberazione 15 ottobre 2015, n. 58, par. 9.1 nel Merito.

⁷⁰ Rispetto ad un tema tanto vasto quanto complesso come quello del principio di buona amministrazione l’autorevole dottrina pubblicistica ha profuso l’incisivo sforzo di focalizzare le fasi della sua (gravida) evoluzione funzionale: dal che ci si permette di fare proprie le preziose ricostruzioni secondo cui la buona amministrazione all’inizio «*si afferma come principio limitato ad alcuni settori, e quindi come principio speciale, per poi divenire di applicazione sempre più estesa, fino a valere come principio generale [...] La buona amministrazione si è [così] evoluta da principio a diritto. Nella prima veste ha valore programmatico, costituisce un obiettivo fissato dalla Costituzione e diretto al legislatore [...] Nella seconda veste si proietta all’esterno della cerchia dello Stato, nella comunità. Conferisce diritti ai quali fanno riscontro obblighi della pubblica amministrazione*» S. CASSESE, *Il principio di buon andamento e quello di buona amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 15-16. Sulle più recenti evoluzioni del “diritto” ad una buona amministrazione appare prezioso il rinvio a D. U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull’ambito di applicazione dell’art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in M. C. PIERRO (a cura di), *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Milano, Giuffrè, 2019, pp. 1-32.

una surrettizia forma di sterilizzazione materiale del “ruolo” funzionale del DUP da parte dell’attualissima disciplina emergenziale di contrasto alle “eterogenee” difficoltà emerse col Covid-19.

In questo paragrafo si cercherà di soddisfare la “riserva” di argomentazione che sopra ci si era prefissi di affiancare all’assunto: evidenziando, però, sin da ora come la conclusione cui si vorrebbe pervenire è che alle torsioni ed alle fortissime compressioni legislative del nevralgico “Documento Unico di Programmazione” non sia (assolutamente) corrisposta una maggiore “forma” di autonomia per gli enti comunali (come forse qualcuno avrebbe potuto immaginare), ma anzi è (piuttosto) collimata una - vera e propria - “falcidiazione” (drastica) della “posizione” autonomistica dei Comuni nel contesto del riparto di competenze, in sé, contraddistinguente la Repubblica italiana.

Per intendersi al meglio, adesso, è necessario focalizzare - qui - le attenzioni su alcune fattispecie legislative (un pò frettolosamente) poste in essere nell’ambito della (“concitata”) attuazione del celeberrimo PNRR⁷¹: acronimo del - noto - “Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza”.

Sul punto la prevalente dottrina pubblicistica non ha mancato di stigmatizzare con persuasività proprio che «nel segno del PNRR la normazione si orienta ormai verso schemi che prescindono da un ruolo protagonista delle autonomie»⁷².

In verità a partire dal triste scoppio dell’allarme epidemiologico da più parti, nell’ordinamento italiano, può segnalarsi la crescente definizione di modelli normativi statali accentuatamente spinti nei propri baricentri verso l’unificante coordinamento (totalizzante) delle Amministrazioni centrali⁷³ che (a mente dell’originario “spirito” animante le modifiche al Titolo V contemplato nella Parte II della Carta repubblicana⁷⁴) verrebbero quasi a provocare

⁷¹ Per alcune preziose riflessioni si confrontino, *ex multis*, M. P. CHITI, *La burocrazia tra nomorrea e anomia*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 3/2021, pp. 326-328; G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2021, pp. 113-160; A. POGGI, *Il PNRR come possibile collante dell’unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, pp. 199-209; C. DI MARZIO, *Il decreto semplificazioni 2021 ‘governance’ del piano nazionale di rilancio e resilienza (PNRR)*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica italiana*, n. 3-4/2021, pp. 117-141; M. TRAPANI, *Il sistema delle Conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e Regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, pp. 179-193; A. NATALINI, *Il PNRR e la capacità amministrativa dell’Italia*, in *Astrid Rassegna*, n. 4/2021; L. TORCHIA, *L’amministrazione presa sul serio e l’attuazione del PNRR*, in *Astrid Rassegna*, n. 6/2021; R. DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici del PNRR tra semplificazioni e complicazioni*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 6/2021, pp. 729-750; M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, n. 12/2021; A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all’indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2021, pp. 235-261.

⁷² P. L. PORTALURI, *L’«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedurali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021, p. 44. Per ulteriori (incisive) argomentazioni di un indebolimento del ruolo delle autonomie nella disciplina legislativa assunta a governance della pandemia si confrontino anche F. MERLONI, *Il Titolo V, le Regioni e le riforme delle autonomie territoriali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2021, pp. 7-25; C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2021, pp. 283-316; M. TRAPANI, *Il sistema delle Conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e Regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, pp. 179-193; A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all’indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2021, pp. 235-261; G. DE MINICO, *Una promessa incompiuta il piano nazionale di ripresa e resilienza?*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, pp. 368-390; A. LAMBERTI, *Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*, in *Federalismi.it*, n. 6/2022, pp. 159-239.

⁷³ *Ex multis* si confrontino le analisi diffusamente sviluppate in Q. CAMERLENGO, *Il governo della pandemia tra Stato e Regioni: ritorno al coordinamento tecnico*, in *Le Regioni*, n. 4/2020, pp. 739-752; A. MITROTTI, *Interesse nazionale italiano ed emergenza pandemica: nihil sub sole novum*, in *Persona e Amministrazione*, n. 1/2021, pp. 597-644; A. CONTIERI, *Presidente del Consiglio e ruolo del Parlamento: il mosaico dell’indirizzo politico (europeo)*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 2/2021, pp. 92-109; S. CASSESE, *Il Governo legislatore*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 5/2021, pp. 557-558; F. GALLO, *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie (1970-2020) in un contesto di centralismo asimmetrico*, in *Federalismi.it*, n. 10/2021, pp. IV-XII.

⁷⁴ Per una più recente ed aggiornata rilettura delle modifiche introdotte con la riforma costituzionale del 2001 sia, qui, consentito il riferimento alle analisi in A. MITROTTI, *L’interesse nazionale nell’ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un’araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

l'idea (via via incrostata nelle cronicità dell'emergenza pandemica - ormai - protesa verso un'evoluzione endemica⁷⁵) della genesi di una gravissima trasformazione nelle basi del diritto costituzionale ed amministrativo italiano.

Tant'è che, sempre in dottrina, non si è potuto fare a meno di osservare come la «*visione prossimalista che accompagnò la riforma del 2001 suona [oggi, sempre di più, come una regola remota]*»⁷⁶, rischiando - cioè - di trasformarsi (silenziosamente) in una visione (sussidiaria) “confinata” nel (nostalgico) cassetto dei ricordi istituzionali (della Repubblica).

Un cassetto pericolosamente imprigionante però il ruolo (già in passato inespresso) delle autonomie (come pure il senso del principio di una leale collaborazione tra soggetti pubblici tendenzialmente pari ordinati) e - comunque - tenuto saldamente chiuso (ed a doppia mandata, soggiungerei) dalle (“centripete”) misure di legge, convulsamente, intervenute sinora nei diversi settori giuridici “attraversati” dalla cronica emergenza pandemica: fra cui (per fare - solo - un esempio calzante) meriterebbe un'analisi (*ad hoc*) l'incisiva disciplina degli aspetti - cruciali - per l'esercizio delle “fondamentali” funzioni di pianificazione comunale.

Ma partiamo, con ordine, dal Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77: specificamente rubricato “*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*” (poi convertito in Legge 29 luglio 2021, n. 108).

Codesto Decreto Legge (autoproclamatosi *sedes materiae* di *governance* del PNRR) reca una molteplicità di misure tra loro eterogenee (e di cui è assolutamente impossibile dare esaustiva contezza in questo stesso contributo) fra le quali, tuttavia, per ciò che interessa la fondamentale funzione di pianificazione comunale spiccano per lo meno tre (peculiari) disposizioni.

In primo luogo è da segnalare l'articolo 31 *bis* del Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, che (nell'ottica della “sospirata” semplificazione ed accelerazione procedimentale) ha esteso l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 12 del D. Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, finanche «*a tutte le opere infrastrutturali necessarie all'immissione del biometano nella rete esistente di trasporto e di distribuzione del gas naturale, per le quali il provvedimento finale deve prevedere anche l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio dei beni in esso compresi nonché la variazione degli strumenti urbanistici 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*».

Volendo cercare di sintetizzare al massimo si tratta di una sensibilissima novità normativa (specie nell'ottica della crisi energetica che si è - da poco - profilata, geopoliticamente, con lo scoppio dei conflitti in Ucraina) laddove a fronte di un unico procedimento amministrativo viene rilasciata - all'interessato - una altrettanto “unica” autorizzazione: la quale - “automaticamente” - «*costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico*»⁷⁷ comunale.

⁷⁵ Proprio lo scorso 12 gennaio 2022 le autorità di regolamentazione di tutto il mondo hanno discusso la risposta normativa globale alla variante del Covid-19 conosciuta sotto il nome di “Omicron”: durante un seminario presieduto dall'*Agenzia Europea per i Medicinali* (EMA) e dalla *Food and Drug Administration* (FDA) statunitense. Il workshop si è svolto con la moderazione di Peter Marks, Direttore del *Center for Biologics Evaluation and Research* (CBER) presso la US FDA, e Marco Cavaleri, *Head of Biological Health Threats and Vaccines Strategy* presso EMA. È stato il terzo di una serie di seminari sullo sviluppo del vaccino Covid-19 e sulle varianti del virus tenuti da ICMRA nel 2021. In particolare per voce del Capo della strategia vaccinale dell'EMA è stato puntualizzato come l'emergenza a livello mondiale stia, via via, cambiando verso una fase di natura endemica. Si consulti la pagina <https://www.ema.europa.eu/en/news/global-regulators-discuss-path-towards-regulatory-alignment-response-omicron-variant>.

⁷⁶ P. L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedurali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021, p. 44. Sul punto si legga altresì, più diffusamente, P. L. PORTALURI, *Contro il prossimalismo nel governo del territorio*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2021, pp. 81-111.

⁷⁷ Art. 12, comma 4, del D. Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387.

Ne conseguirà, dunque, il relativo rilascio all'interessato del titolo a costruire nonché ad esercire l'impianto di ("prezioso") biometano in conformità (è ovvio) al progetto approvato in sede procedimentale.

Sennonché il menzionato «art. 31 bis [del D.L. 31 maggio 2021, n. 77] *parrebbe non voler lasciare spazio a dubbi interpretativi circa l'immediatezza della nuova conformazione territoriale derivante dall'adozione dell'autorizzazione unica: [infatti] rispetto all'art. 12 d.lgs. n. 387/03 ribadisce con più chiarezza, con più energia, che "il provvedimento finale deve prevedere anche l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio dei beni in esso compresi nonché la variazione degli strumenti urbanistici"»⁷⁸.*

In questo caso è evidente la "velata" estromissione legislativa dell'organo consiliare comunale dalla potestà di esercizio delle ("ordinarie") competenze in materia di (propria) pianificazione territoriale e segnatamente in materia di varianti urbanistiche del Comune.

Giacché la delineata "fattispecie" di cui all'art. 31 bis del D.L. 77/2021 definisce (senza mezzi termini) uno schema procedimentale in cui (in nome dell'affascinante *slogan* della celerità e della semplificazione) alla fine per il ruolo della (seppur "fondamentale") autonomia pianificatoria comunale residuerebbe - al limite - la (sola, esclusiva) possibilità di una deliberazione consiliare squisitamente "ricognitiva" del provvedimento autorizzatorio posto in "automatica" variante degli strumenti urbanistici.

Si tratterebbe in verità di una delibera del Consiglio comunale da potersi (senza troppi dubbi) "inquadrare" «*come atto amministrativo di pianificazione, "vincolato" nella prassi. Eppure [...] nessuna norma prevede una riserva "di ricognizione" in capo al Comune, che s'impone semmai solo per ragioni di ordinata tenuta della pianificazione generale*»⁷⁹ nell'ordinamento repubblicano.

Dal che, oltre al "danno" di una - energica - compressione della propria autonomia pianificatoria, per i Comuni deriverebbe la "beffa" di un «*anomalo atto ricognitivo comunale*»⁸⁰: frutto non tanto di una logica sistematica pensata (o meditata) dal legislatore di disciplina delle "automatiche" varianti agli strumenti urbanistici, quanto (tutt'al più) frutto sintomatico dell'intimità comunale - profondamente - riconducibile alle funzioni di pianificazione territoriale, che per questo non potrebbero affatto essere funzioni totalmente "strappate" ai Comuni dal legislatore o quanto meno non potrebbero mai essere strappate fino al punto di ignorare la necessità di un ineluttabile spazio - ancorché vincolato - riservato all'amministrazione comunale per il recepimento (e la ricognizione) delle varianti "automatiche" per gli strumenti di urbanistica ed edilizia riferibili al Comune.

Ma le anomalie per l'autonomia comunale non finiscono qui: anzi, si può dire che incomincino. Se, infatti, dalla pianificazione territoriale si volgesse lo sguardo (più in su) alla programmazione nel DUP di un ente locale, allora, ci si dovrebbe - agevolmente - ricordare che per essere "legittima" ogni deliberazione consiliare o giuntale non potrebbe (mai) trovarsi in "incoerenza" con quanto più a monte programmato nel Documento Unico di Programmazione dell'ente.

A rischio di possibili pleonasmi ripetiamo - qui - che l'ultimo comma contemplato dall'art. 170 TUEL "riconosce" (espressamente) l'esistenza di «*casi di inammissibilità e di improcedibilità per le deliberazioni del Consiglio e della Giunta che non sono coerenti con le previsioni del Documento Unico di Programmazione*».

Ebbene, come si attergerebbe (secondo voi) la deliberazione consiliare "ricognitiva" di un provvedimento autorizzatorio posto in automatica variante degli strumenti urbanistici rispetto a quanto precedentemente già programmato nel DUP?

⁷⁸ P. L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedimentali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021, p. 42.

⁷⁹ P. L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedimentali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021, p. 42.

⁸⁰ P. L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedimentali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021, p. 42.

Per la verità è difficilissimo che quando il legislatore prescriva delle autorizzazioni “uniche” di automatiche varianti agli strumenti urbanistici, poi, queste varianti possano spontaneamente trovarsi in “coerenza” con quanto già programmato nel DUP: non fosse altro che in fattispecie del genere l’attività di programmazione degli enti locali si “ritrova” di fatto come temporalmente antecedente rispetto alle frenetiche previsioni del legislatore, sempre più, “ossessionato” dallo *slogan* di semplificazione e di accelerazione procedimentale⁸¹. Di certo non si può programmare qualcosa che ancora non esiste nella realtà giuridica dell’ordinamento e, segnatamente, che non sia stato il puntuale oggetto di prescrizioni del legislatore (a mente dell’ineludibile principio di legalità “sotteso” all’azione amministrativa⁸²): ciò vale (come è ovvio) per la programmazione di qualsiasi soggetto pubblico, ma tanto più vale per gli enti locali - *ex lege* - guidati dall’istituto del DUP. Ed è chiaro che un ragionamento di questo tipo finisca, in sé, per riconnettersi ad ogni ipotesi sopravvenuta: sia di fatto ma soprattutto di diritto e per quel che riguarda la pianificazione territoriale ciò si riconnette ad ogni ipotesi di variante agli strumenti urbanistici comunali.

Sennonché sussiste una notevolissima differenza tra le varianti urbanistiche cui gli enti locali provvedono discrezionalmente⁸³, da una parte, e, dall’altra parte, le varianti urbanistiche che gli enti locali “ricepiscono” a fronte di conformazioni territoriali derivanti per l’effetto di autorizzazioni uniche prescritte dal legislatore.

Nel primo caso (quello cioè di varianti urbanistiche oggetto di provvedimenti discrezionali dell’ente locale) il Consiglio comunale dovrebbe sempre preliminarmente accertare la coerenza rispetto al DUP della variante che si intendesse discrezionalmente deliberare.

⁸¹ Sul punto appare illuminante rinviare a L. A. MAZZAROLLI, *Considerazioni generali sul «semplificare» ... ma all’italiana*, in *Ambiente Diritto*, n. 4/2020, pp. 916-934; A. BONOMO, *Gli assenti ambientali e il contagio da "virus" semplificatorio: riflessioni critiche*, in *Ambiente Diritto*, n. 1/2021, pp. 667-691; L. LORENZONI, *Liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori e razionalizzazione dei controlli amministrativi sui privati: obiettivi conciliabili?*, in *Munus*, n. 2/2021, pp. 299-328; A. MASSARI, *La chimera della semplificazione tra 'opzione zero' e 'buon funzionamento del settore pubblico'*, in *Appalti & Contratti*, n. 3/2021, pp. 2-6.

⁸² Sul principio di legalità dell’azione amministrativa si confrontino, *ex plurimis*, F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1966; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973; G. BERTI, *Legalità e razionalità nell’azione amministrativa: una difficile conciliazione*, in *Jus*, n. 3/1987, pp. 310-316; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1993; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, Giappichelli, 2001; M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell’amministrazione. Ipotesi dottrinale e casistica giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2002; Q. CAMERLENGO, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2004, pp. 623-634; A. BERTANI, *‘Legalità sostanziale’ e pubblica amministrazione: spunti sui più recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 3/2005, pp. 695-719; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007; S. PARISI, *Dimenticare l’obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva di legge nella sent. 115/2011*, in www.forumcostituzionale.it; F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012; M. A. SANDULLI, *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *Diritto e società*, n. 4/2015, pp. 649-669; F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; G. MORBIDELLI, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2/2017, pp. 263-274; B. STAMPINATO, *Sulla «crisi» di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 11/2017.

⁸³ In proposito giova proprio «ricordare che la giurisprudenza amministrativa ha costantemente e da tempo precisato (da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 giugno 2019, n. 4343) che il disegno urbanistico definito da uno strumento di pianificazione generale o da una sua variante costituisce estrinsecazione del potere pianificatorio connotato da ampia discrezionalità, che rispecchia delle scelte riguardanti non solo l’organizzazione del territorio, ma anche il quadro assai più vasto delle opzioni inerenti al suo sviluppo socio-economico (Consiglio di Stato, Sez. IV, 1 agosto 2018, n. 4734). Le scelte urbanistiche configurano dunque valutazioni di merito sottratte al sindacato giurisdizionale di legittimità, salvo i casi in cui siano inficiate da errori di fatto, violazioni procedurali, illogicità abnormi o siano confliggenti con particolari situazioni che abbiano dato luogo ad aspettative qualificate» Cons. Stato, Sez. Seconda, sent. 10 marzo 2021, n. 2056, par. 5 del Considerato in Diritto.

Per altro si deve rammentare, sempre, che semmai all'esito del summenzionato accertamento si desse un risultato negativo sarebbe onere dell'organo consiliare "cercare" di modificare "preventivamente" il DUP - "tentando", cioè, di adattare la "*verifica di coerenza*" della variante desiderata agli *standards* di conformità con gli strumenti urbanistici, già, esistenti e (ancora) più in generale alla conformità rispetto al principio "contabile/amministrativo" della programmazione - per poi a quel punto (ma soltanto a quel punto) procedere alla legittima deliberazione dello strumento di variazione urbanistica voluta.

Sempre a patto che - sia chiaro - la "flessibilità" e la modificabilità "preventiva" del DUP lo consentano: in ragione della imprescindibile ed ineluttabile garanzia del buon andamento e della buona amministrazione, che mai potrebbero essere frustrate da una (preventiva) "flessibilità" illimitata del DUP. Sicché, quando il tentativo di una modifica preventiva del DUP fosse sintomo di degeneranti forzature ed elemento di una malsana amministrazione rispetto al principio di programmazione al Consiglio comunale potrebbe addirittura rimanere preclusa la possibilità di una legittima variante degli strumenti urbanistici.

Tutt'altra cosa invece accade per il secondo caso su considerato ossia per le ipotesi di varianti urbanistiche prodotte "automaticamente" per effetto di autorizzazioni "uniche", prescritte *ex lege*: in queste fattispecie - infatti - gli effetti giuridici di variazione degli strumenti urbanistici derivano (direttamente) dalle previsioni con cui il legislatore attribuisce una tale efficacia al provvedimento finale di autorizzazione.

Perciò le varianti urbanistiche comunali discendenti - con immediatezza - dalle autorizzazioni "uniche" prescritte *ex lege* vengono a prodursi nell'ordinamento a prescindere da una coerenza con il DUP dell'ente locale ed a prescindere - quindi - da quanto preliminarmente (già) programmato nel DUP. Eppure, sullo sfondo, resterebbe (in ogni caso) la domanda su cosa accadrebbe, in effetti, all'ente comunale che con deliberazione consiliare recepisce - puntualmente - il provvedimento autorizzatorio di automatica variante connotata (però) da una "incoerenza" con le previsioni del DUP.

Qui non si discute affatto (si presti attenzione) sul legittimo effetto della variante, di per sé, già intervenuta nell'ordinamento ad opera dell'autorizzazione "unica", ma si ragiona (piuttosto) sulla legittimità formale di quella precipua deliberazione con la quale il Consiglio comunale recepisce la automatica variante ai propri strumenti urbanistici, ancorché - a ben riflettere - delibera manifestamente adottata in possibile incoerenza - intrinseca - rispetto alla precedente programmazione nel DUP e - per conseguenza - in antinomia con le previsioni dell'ultimo comma di cui all'art. 170 TUEL.

Anche qui si potrebbe pensare che (per tagliare la testa al toro e per non incappare nelle descritte sanzioni di inammissibilità ed improcedibilità) il Consiglio comunale dovrebbe preliminarmente modificare il DUP e solo dopo (ed a quel punto) procedere alla deliberazione di recepimento del provvedimento autorizzatorio di variante agli strumenti urbanistici. Sennonché (se ci riflettessimo per un istante) una soluzione di questo tipo (di fatto identica a quella adottata, nella prassi, per le varianti discrezionalmente deliberate dall'ente) non reggerebbe assolutamente: in ragione di una insuperabile motivazione di ordine logico/giuridico.

Come si fa - infatti - a programmare qualcosa che è già avvenuto? Come si fa, cioè, a programmare qualcosa che si è già prodotto nell'ordinamento?

Rispetto ad una automatica variante urbanistica prodotta da fattispecie legislative come quella dell'articolo 31 *bis* di cui al Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, gli enti locali non potrebbero (mai) programmare: né prima della variante - non avendo il dono di Cassandra - ma neppure dopo, essendo "illogico" programmare ciò che è già avvenuto e (con tutta sincerità)

rasenterebbe i connotati di un *monstrum* giuridico la delibera di preventiva modifica *ad hoc* del DUP rispetto alla, successiva, deliberazione “ricognitiva” dell’intervenuta autorizzazione (“unica”) di variante “automatica” agli strumenti urbanistici.

Ecco allora che per i casi di fattispecie legislative disciplinanti delle “automatiche” forme provvedimentali di varianti urbanistiche comunali il rapporto tra variazioni urbanistiche (da un lato) e DUP (dall’altro) si inverte rispetto alla classica ipotesi di una delibera di variante agli strumenti urbanistici discrezionalmente adottata dall’ente locale. Giacché per tutte le “specifiche” forme di variante urbanistica prodotta “automaticamente” *ex lege* (si badi attentamente) prima sarà “necessaria” una deliberazione consiliare con cui si “recepisce” il provvedimento autorizzatorio di variazione agli strumenti urbanistici del Comune e, soltanto, dopo (a quel punto) lo stesso organo consiliare dovrà provvedere a modificare la programmazione nel DUP ed in particolare la parte sulla “verifica di coerenza” con tutti gli strumenti urbanistici.

Si tratta di uno schema inverso (e pressoché ribaltato, da capo a piede) rispetto alle (“ordinarie”) ipotesi di varianti urbanistiche discrezionalmente deliberate dagli enti comunali. Da ciò possono estrapolarsi, per lo meno, due importantissimi elementi per il diritto pubblico italiano.

In primis va estrapolato l’elemento della (pacifica) legittimità di una deliberazione consiliare ricognitiva del provvedimento autorizzatorio (“unico”) di “automatica” variante degli strumenti urbanistici comunali: dal momento che si tratterebbe per la verità di una delibera giuridicamente esente dalle sanzioni di incoerenza con il DUP, tanto perché staremmo, in effetti, parlando di una incoerenza “sopravvenuta” sul piano storico rispetto ad ogni possibile momento di programmazione ragionevolmente richiedibile all’ente locale, quanto (e soprattutto) perché - comunque - non sarebbe più programmabile un effetto giuridico - di per sé - già accaduto, ossia prodotto e perfezionatosi nell’ordinamento, tanto più alla luce di una (serrata) previsione legislativa *ad hoc*.

Come ulteriore elemento (assai deprimente, per le autonomie locali) va sottolineata (e non può essere - affatto - sottaciuta) l’estrema illogicità sistematica della disciplina legislativa di «*determinazione dei concreti contenuti e confini dell’autonomia*»⁸⁴ comunale in materia di programmazione e pianificazione territoriale: illogicità alquanto evidente di fronte alla schizofrenia a base delle disposizioni con cui vengono attribuite e - parallelamente - definite le funzioni comunali nell’ambito delle materie di (pur cruciale) programmazione e di (pur fondamentale) pianificazione.

Ma cerco - qui - di spiegarmi meglio.

Ai Comuni viene dapprima richiesta una attenta, prudente, coerente e congrua⁸⁵ attività amministrativa di programmazione comunale: sfociante nel tratteggiato ruolo del DUP, quale istituto “condizionante” - nel complesso - la vita dell’ente, a pena di illegittimità per ogni deliberazione incoerente con il DUP, e ciò fino a ricomprendere la stessa legittimità delle (pur) fondamentali delibere ricadenti nelle competenze in materia di pianificazione territoriale.

Dopo di che e (soprattutto) dopo avere (concretamente) “confinato” i poteri comunali e “determinato” i contenuti delle, correlate, responsabilità proprie dell’autonomia comunale il legislatore sembra nettamente contraddire se stesso: andando quasi a dimenticare l’esistenza del DUP (i titoli di competenza costituzionale in base ai quali era stato disciplinato) per gli enti

⁸⁴ M. GORLANI, *Il nucleo intangibile dell’autonomia costituzionale dei Comuni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020, p. 121.

⁸⁵ Ma si potrebbe, in effetti, continuare con tantissimi altri aggettivi: corrispondenti ad altrettanti (“basilari”) principi del diritto pubblico degli enti locali.

locali ed anzi “costringendo” i Comuni a dover - ogni volta - riprogrammare tutto (non troppo coerentemente) dopo la produzione dei peculiari effetti riconducibili a quelle fattispecie in cui l’ente (per di più esautorato del ruolo del Consiglio comunale) si “ritrovasse” variati i propri strumenti urbanistici dinanzi alle peculiari forme di autorizzazione (uniche) che per “automatismo” legislativo costituiscono, «*ove occorra, variante [specifica] allo strumento urbanistico*»⁸⁶ comunale.

Quanto descritto immortalava una fotografia legislativa pressoché abnorme ed irragionevole giuridicamente per l’autonomia degli enti comunali.

Ma il punto massimo si tocca con mano - per l’appunto - dinanzi alle irragionevoli differenze tra le varianti discrezionalmente deliberate da un Consiglio comunale e le varianti prodotte automaticamente da forme di autorizzazioni uniche prescritte *ex lege*.

Poiché nei casi di varianti urbanistiche deliberate discrezionalmente da un ente locale il Consiglio comunale dovrebbe prima attentamente verificare la “coerenza” della variante con il DUP e soltanto dopo e se non ci fossero incoerenze potrebbe, poi, procedere alla deliberazione della variante. Mentre all’opposto per i casi di varianti urbanistiche prodotte “automaticamente” per l’effetto, vincolato, delle autorizzazioni “uniche” prescritte *ex lege* si “crea” (con più di qualche strappo sistematico) una - completa - inversione prospettica dei rapporti tra DUP e variante (con una gravissima nonché irrazionale disparità di trattamento legislativo): giacché in questi casi il DUP viene completamente superato (per non dire, qui, ignorato) dal legislatore e - paradossalmente - proprio in quanto “superato” dalle specifiche prescrizioni di legge si genererà il bizzarro contrappasso, nell’ordinamento, di un onere in capo al Consiglio comunale di provvedere (con meticolosità) alla modifica e, per l’esattezza, all’adeguamento della generale programmazione nel DUP, per aggiornarla - in particolare - nella parte sulla (puntuale) verifica di coerenza con gli strumenti urbanistici.

Il punto è che così facendo la (frenetica) produzione legislativa rischia di frustrare - totalmente - la tutela della stessa *ratio* per cui il DUP è stato istituito: a triste scapito del “buon andamento” nonché della “sana” e sostenibile gestione (economica, finanziaria e patrimoniale) dell’ente locale (su un piano di stretto diritto amministrativo), ma soprattutto a (netto) detrimento (sul piano squisitamente costituzionale) dell’effettivo riconoscimento della posizione di autonomia dei Comuni nell’alveo della nostra (pluralista, policentrica e multilivello) Repubblica italiana.

Anche perché, in fin dei conti, il risvolto della medaglia nascosta dietro tutto ciò è che il DUP (più che essere funzionale al buon andamento ed al dispiegamento dell’autonomia comunale) rischi di “trasformarsi” in un formalistico quanto, però, piuttosto oneroso adempimento per gli enti comunali: specie da quanto emerge tra le pieghe delle peculiari fattispecie legislative di “automatiche” varianti “prescritte” (con altissime dosi di specificità e concretezza) nei confronti degli strumenti urbanistici comunali.

In pratica da documento “generale”, posto in funzione di guida “strategica” ed “operativa” dell’ente, il DUP rischia di trasformarsi in un semplicistico documento da “dover” aggiornare minutamente: e la cosa è di marchiana evidenza nei casi (frutto di, nette, semplificazioni ed acceleramenti) delle “automatiche” varianti urbanistiche prescritte *ex lege*.

Per di più in questi frequenti casi il DUP si trasformerebbe in un documento richiedente più adempimenti di quanti benefici funzionali (di fatto) corrispondono all’ente comunale (dopo un “meditato” bilanciamento).

⁸⁶ Art. 12, comma 4, del D. Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387.

Infatti, dinanzi alle fattispecie legislative di “automatiche” varianti degli strumenti urbanistici comunali l’organo consiliare del Comune non potrebbe sottrarsi affatto (si badi) né dal porre in essere l’«*anomalo atto ricognitivo*»⁸⁷ dei provvedimenti autorizzatori di automatica variante degli strumenti urbanistici né - tanto meno - potrebbe mai esimersi dalla (non banale) modifica successiva del DUP e quindi dal (connesso) procedimento amministrativo cui è necessario ricorrere per una “strutturale” revisione del DUP rispetto agli strumenti urbanistici variati *ex lege*.

Per altro il vero, grande, paradosso è che là dove non sarebbe possibile una illimitata flessibilità preventiva del DUP rispetto ad ogni conseguente delibera discrezionale di variante degli strumenti urbanistici (perché altrimenti si esporrebbe l’ente ad evidenti forzature e malsane gestioni amministrative) il legislatore con le recenti fattispecie produttrici di automatiche forme provvedimentali di varianti urbanistiche in realtà crea una indefinita ed illimitata flessibilità a posteriori del DUP: non preoccupandosi, però, di nessuna forzatura per l’attività dei Comuni, né di alcun aggravio né di ogni sorta di possibile effetto negativo che l’automatica variante urbanistica sarebbe in grado di ingenerare sulle - non di rado esili - capacità amministrative degli enti comunali (oltre tutto, non proprio uniformi “strutturalmente”⁸⁸) dislocati nel territorio della Repubblica italiana. Ma quel che è peggio in relazione al DUP è che il legislatore sembra non mostrare alcuna preoccupazione dell’impatto prodotto dalle automatiche varianti urbanistiche sul coerente sviluppo della programmazione e sul sano (e buon) andamento riconducibile all’azione pubblica dei Comuni coinvolti - passivamente - dalle fattispecie di variante automatica degli strumenti urbanistici.

Non dovrebbero esserci grossi dubbi (è bene rimarcare) che quanto ricostruito corrisponda ad uno schema oggettivamente avvilente l’autonomia comunale, niente meno che appiattita e ridimensionata su originarie forme, storiche, dell’autarchica prerepubblicana: anzi verosimilmente l’interpretazione autarchica dell’ente comunale avrebbe “riconosciuto” - forse - maggior rilievo all’organo consiliare del Comune di quanto oggi accada, effettivamente.

Eppure lo schema delle fattispecie legislative produttrici di automatiche forme provvedimentali di varianti agli strumenti urbanistici comunali trova (sistematico) riscontro non soltanto ad esito di quanto disposto *ex art.* 31 *bis* del D.L. n. 77/2021: dal momento che (come già osservato in premessa) il noto Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, contempla (quanto meno) altre due disposizioni passibili di attenzione per la vita degli enti comunali in materia di (fondamentali) funzioni di pianificazione territoriale.

Da un lato è, infatti, significativo segnalare - qui - l’articolo 44 presente nel D.L. n. 77/2021, che (posto sotto l’evocativa rubrica di “*Semplificazioni procedurali in materia di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto*”) al comma 4, espressamente, dispone (fra le altre prescrizioni) che «*la determinazione conclusiva della conferenza approva il progetto e tiene luogo dei pareri, nulla osta e autorizzazioni necessari ai fini della localizzazione dell’opera, della conformità urbanistica e paesaggistica dell’intervento, della risoluzione delle interferenze e delle relative opere mitigatrici e compensative. La determinazione conclusiva della conferenza perfeziona, ad ogni fine urbanistico ed edilizio, l’intesa tra Stato e Regione o Provincia autonoma, in ordine alla localizzazione dell’opera, ha effetto di variante degli strumenti urbanistici vigenti [...]*»

⁸⁷ P. L. PORTALURI, *L’«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedurali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021, p. 42.

⁸⁸ Specialmente «*nei piccoli Comuni si registrano enormi difficoltà che impattano sulla capacità delle amministrazioni di soddisfare i bisogni della comunità rappresentata. La scarsità di risorse, l’inadeguatezza degli apparati burocratici, l’invecchiamento della popolazione, lo spopolamento delle aree interne, l’aumento della povertà dei ceti medi, come fenomeno strutturale, sono, ad oggi, solo alcuni dei problemi che gravano [già] sugli enti territoriali di piccole dimensioni*» M. INTERLANDI, *Il ruolo degli enti locali per lo sviluppo del territorio, nell’era della “ripresa” e della “resilienza”: verso nuovi assetti istituzionali?*, in *Persona e Amministrazione*, n. 1/2021, pp. 139-173.

La variante urbanistica, conseguente alla determinazione conclusiva della conferenza, comporta l'assoggettamento dell'area a vincolo preordinato all'esproprio [...] Gli enti locali provvedono alle necessarie misure di salvaguardia delle aree interessate e delle relative fasce di rispetto e non possono autorizzare interventi edilizi incompatibili con la localizzazione dell'opera».

In questo caso l'effetto legislativo di ridimensionamento ad un ruolo servente (anziché autonomistico) degli enti locali è - se taluno avesse mai nutrito qualche dubbio - lampante: non soltanto infatti non esiste alcuno spazio «per propaggini»⁸⁹ dell'organo consiliare dei Comuni (nettamente estromesso), ma - per di più - all'ente di prossimità (quasi per ironia della - triste - sorte del principio autonomistico) viene attribuita la completa "responsabilità" di provvedere - attivamente - ad ogni necessaria misura per la concreta gestione in salvaguardia dell'intervento oggetto di "automatica" variante degli strumenti urbanistici del Comune. Qui è - insomma - del tutto chiaro come si vada ben oltre ed al di là dell'adempimento (comunque non banale) riconducibile ai necessari - ed attenti - aggiornamenti del DUP in caso di automatica variante urbanistica.

Anche se (per dire tutta la verità) dalle modifiche al DUP si deve pur sempre passare (dopo l'«anomalo atto ricognitivo»⁹⁰ della variazione "automatica" agli strumenti urbanistici), soprattutto per il gravido fatto che il legislatore - come evidenziato - faccia un espresso, e netto, divieto agli enti locali di «autorizzare interventi edilizi incompatibili con la localizzazione dell'opera». Cosicché il Documento Unico di Programmazione dovrà - necessariamente - essere modificato ossia aggiornato alla luce dell'inserimento di una previsione di, netta, incompatibilità per qualsiasi strumento urbanistico "incoerente" con l'opera oggetto dell'intervenuta autorizzazione unica.

Dall'altro lato - poi - non può (e non deve) passare inosservata un'altra (pregnante) disposizione contenuta nell'intelaiatura normativa del celeberrimo D.L. n. 77/2021: il riferimento, qui, cade (per l'esattezza) sul suo articolo 57, posto sotto la rubrica di "Zone Economiche Speciali".

Segnatamente l'articolo 57 del Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, è intervenuto nella sensibile modifica di alcune prescrizioni del precedente Decreto Legge 20 giugno 2017, n. 91 (rubricato "Disposizioni urgenti per la crescita economica nel Mezzogiorno") convertito con modificazioni dalla Legge 3 agosto 2017, n. 123.

In modo particolare preme segnalare come siano stati novellati i contenuti di quanto disposto *ex art. 5 bis* del D.L. n. 91/2017: un articolo - proprio - concernente la "Autorizzazione unica" (tale è per altro l'espressa rubrica di cui all'art. 5 bis) all'interno delle "Zone Economiche Speciali".

Pertanto - ad opera delle modifiche introdotte *ex art. 57* del D.L. n. 77/2021 - oggi l'articolo 5 bis del D.L. n. 91/2017 prescrive che per tutti i "progetti" riguardanti le attività economiche - l'insediamento delle attività industriali, produttive e logistiche - all'interno delle "Zone Economiche Speciali" «l'autorizzazione unica, ove necessario, costituisce variante agli strumenti urbanistici e di pianificazione territoriale, ad eccezione del piano paesaggistico regionale».

Evidente come pure in questa fattispecie legislativa produttrice di una automatica variante degli strumenti urbanistici il potere comunale di veto possa, pressoché, dichiararsi come «un ricordo lontano: insostenibile nella sua dimensione politica tutta calibrata sulle esigenze della municipalità»⁹¹, ma parimenti "indigesta" nella sua dimensione amministrativa completamente schiacciata in nome delle ragioni di semplificazione ed accelerazione procedimentale. Oltre tutto, come se non bastasse, il trend è proseguito anche al di là del Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, e dei suoi stessi - tratteggiati - articoli 31 bis, 44 e 57.

⁸⁹ P. L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedurali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021, p. 43.

⁹⁰ P. L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedurali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021, p. 42.

⁹¹ P. L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedurali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021, p. 44.

Tant'è che più di recente la Legge 9 novembre 2021, n. 156 (di conversione del Decreto Legge 10 settembre n. 121) ha introdotto nel *corpus* del Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, un "nuovissimo" articolo 48 *bis*: posto sotto la peculiare rubrica di *"Interventi sulle infrastrutture energetiche lineari"*.

Cosicché - specificamente - il risultante articolo 48 *bis* del D.L. n. 77/2021 recita (fra le diverse prescrizioni ivi contemplate) proprio che per gli "interventi sulle infrastrutture energetiche lineari" la determinazione conclusiva della Conferenza di servizi «*in caso di difformità dallo strumento urbanistico vigente ha effetto di variante con contestuale imposizione del vincolo preordinato all'esproprio, con attribuzione del relativo potere espropriativo al soggetto gestore dell'infrastruttura lineare energetica*».

Pure in questo caso la sequenza è rimasta inesorabile: con la nettissima estromissione dell'effettivo ruolo del Consiglio comunale in materia di pianificazione urbanistica, ma soprattutto con il bizzarro contrappasso dell'onere in capo al medesimo Consiglio comunale di "provvedere" (con meticolosità) alla modifica e, per l'esattezza, all'adeguamento della generale programmazione nel DUP, per aggiornarla - in particolare - nella parte sulla (puntuale) verifica di coerenza con gli strumenti urbanistici.

Con la conseguenza per l'ente comunale di ritrovarsi in capo più adempimenti di quanti benefici funzionali - di fatto - corrisponderebbero legislativamente (dopo un "meditato" bilanciamento) al riconoscimento della propria autonomia pianificatoria.

Né - per il vero - si può dire che la disciplina legislativa di semplificazione ed accelerazione procedimentale manifesti qualche minima preoccupazione derivante dalle automatiche variazioni agli strumenti urbanistici per le forzature rispetto all'ordinaria attività dei Comuni né (tanto meno) per ogni sorta di possibile effetto negativo che le automatiche varianti urbanistiche sarebbero (concretamente) in grado di ingenerare sulle (di per sé, fragili) capacità amministrative (fra l'altro, non proprio uniformi) degli enti comunali.

Ma quello che è ancora peggio è che il legislatore sembra non mostrare alcuna preoccupazione dell'impatto prodotto dalle forme di automatiche varianti urbanistiche sul più coerente sviluppo della programmazione dei Comuni interessati: scordando - paradossalmente - l'esistenza per gli enti locali del DUP, la cui *ratio iuris* è posta a (nevralgica) garanzia del "sano" e del buon andamento dell'azione pubblica comunale, senza fare eccezioni od esclusioni (mi pare ovvio) dei vari Comuni coinvolti passivamente dalle fattispecie legislative di "automatica" variante agli strumenti urbanistici.

Giunti sin qui - e prima di chiudere il presente paragrafo e passare alle sintetiche considerazioni conclusive - mi sembra (però) opportuna una - essenziale - puntualizzazione.

I cultori del diritto della semplificazione ed accelerazione procedimentale avranno senz'altro notato come, sinora, la trattazione abbia fatto in sé a meno di affrontare il Provvedimento autorizzatorio unico regionale: noto, ai più, con l'acronimo di "PAUR" e segnatamente disciplinato all'art. 27 *bis* del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152. In effetti il celeberrimo Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, ha modificato (*ex art.* 24 del D.L. n. 77/2021) alcuni contenuti (ai commi 3, 4, 5, 7, 7-*bis*, 7-*ter*) dell'art. 27 *bis* contemplato nel D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

Tuttavia in relazione ai peculiari rapporti tra PAUR e strumenti urbanistici non sembra (a nostro sommo avviso) che la disciplina di cui all'art. 24 del D.L. n. 77/2021 abbia sostanzialmente innovato qualcosa.

È vero che il testo risultante dal vigente comma 7-*ter ex art.* 27 *bis* del D.Lgs. n. 152/2006 oggi prescrive che «*laddove uno o più titoli compresi nella determinazione motivata di conclusione della conferenza di cui al comma 7 attribuiscano carattere di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza, costituiscano variante agli strumenti urbanistici e vincolo preordinato all'esproprio, la determinazione conclusiva della conferenza ne dà atto*».

Però (come pare del tutto evidente) codesta novellata disposizione nel riferirsi alle possibili varianti degli strumenti urbanistici fa salva - con nitidezza - la disciplina di cui al comma 7 del medesimo articolo 27 *bis*: dal quale comunque non si evince testualmente la consacrazione di una fattispecie (di per sé) produttrice di un (unico) provvedimento “automaticamente” posto in variazione degli strumenti urbanistici (come invece accade *expressis verbis* per i casi - già sopra descritti - di cui agli art. 31 *bis*, 44, 48 *bis* e 57 Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77).

Anzi, da una sistematica lettura del vigente comma 3 contemplato dallo stesso articolo 27 *bis* di cui al D.Lgs. n. 152 del 2006 si ricava che nei casi in cui sia richiesta (“anche”) la variante urbanistica «l'amministrazione competente effettua la verifica del rispetto dei requisiti per la procedibilità». Il che non suona propriamente come un sinonimo di (possibile) automatismo della variante urbanistica.

Né può dirsi una banalissima coincidenza che pure negli stessi “Indirizzi operativi per l'applicazione dell'art. 27-bis, d.lgs. 152/2006” (pubblicato all'epoca dal Ministero dell'Ambiente, della tutela del territorio e del mare ed oggi confrontabile sul sito del Ministero della Transizione Ecologica⁹²) sia stato significativamente puntualizzato (senza che ciò abbia mai subito alcuna modifica) che «con l'eccezione dei casi specifici, in cui vi è una variante automatica (ad esempio ex art. 208, D.lgs. 152/2006 o art. 12, L. 387/2001) o semplificata (ad esempio art. 10, comma 1, D.P.R. 327/2001 o art. 8, D.P.R. 160/2010), la variante al piano urbanistico, costituendo un presupposto per l'adozione anche del provvedimento di VIA, sembra dover essere acquisita necessariamente prima dell'istanza di PAUR. A suffragio di tale ipotesi interpretativa milita, inoltre, l'effettiva natura dei titoli di conformità urbanistica, i quali, in effetti, se sottoposti ad un'analisi sistematica non sembrano essere assimilabili a dei titoli autorizzativi tout court. Le modifiche ai piani urbanistici adottate secondo la procedura ordinaria - ad eccezione dunque delle varianti automatiche o semplificate - seguono lo stesso iter necessario per l'approvazione del piano stesso»⁹³. «In altri termini, la conformità urbanistica è un presupposto per il rilascio del PAUR, e, dunque, perché il PAUR venga rilasciato è necessario che l'eventuale variante venga ottenuta in via preventiva»⁹⁴.

Sicché facendo il paio tra queste indicazioni e quanto, tutt'ora, espressamente prescritto dall'art. 27 *bis* di cui al D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, sembrerebbe, con onestà, una estrema forzatura ermeneutica riconoscere che la normativa a *governance* del PNRR abbia introdotto nel PAUR delle automatiche varianti urbanistiche.

Senonché quanto meno in un caso non affatto marginale come è quello del Provvedimento Autorizzatorio Unico Regionale (meglio noto come “PAUR”) non è peregrino argomentare che sopravviva (in eroica forma resiliente) la fondamentale autonomia pianificatoria degli enti comunali - unitamente al “ruolo” di governo dei Consigli comunali - e soprattutto non appare un fuor d'opera registrare il prezioso raccordo funzionale - nonché il coordinamento (ragionevole) - con l'istituto del DUP, che così continua infatti a rimanere a monte di ogni atto pianificatorio del Comune (dispiegando, come dovrebbe, la propria efficacia programmatica).

5. Alcune riflessioni conclusive.

Dopo l'iniziale sforzo proteso nel cercare di dissipare le incertezze e titubanze sorte nella prassi intorno alla cornice disciplinare entro cui è andato (via via) materializzandosi, nell'ordinamento, l'istituto del DUP (ed a margine dei ragionamenti criticamente sviluppati) ci si può qui impegnare nel costruire qualche ultimissima considerazione conclusiva.

⁹² Al sito: <https://va.minambiente.it/it-IT/Comunicazione/DettaglioDirezione/1849>.

⁹³ “Indirizzi operativi per l'applicazione dell'art. 27-bis, d.lgs. 152/2006: il Provvedimento Autorizzatorio Unico Regionale”, p. 13, reperibile al sito web: <https://va.minambiente.it/it-IT/Comunicazione/DettaglioDirezione/1849>.

⁹⁴ “Indirizzi operativi per l'applicazione dell'art. 27-bis, d.lgs. 152/2006: il Provvedimento Autorizzatorio Unico Regionale”, p. 14.

Da quanto è emerso si è agevolmente in grado di poter argomentare come il DUP non sia un “atto politico”: nella misura in cui, ragionandoci su, esso corrisponderebbe (piuttosto) ai naturali caratteri propri di un atto amministrativo generale, con delle pregnanti funzioni di guida strategica e - soprattutto - di guida operativa dell’ente comunale.

Se il DUP fosse un atto politico non ci sarebbe affatto la “necessità” (*sub specie* di cogente obbligatorietà) di redigerlo in modo così tecnico (giacché predisposto in Sezioni e queste a loro volta in parti) per strutturalo - funzionalmente - rispetto all’attività di guida dei procedimenti in cui si articola l’azione pubblica dell’ente.

Dalla guida per i procedimenti in materia di aggiudicazione degli appalti comunali, passando per la basilare “programmazione” degli affidamenti dei servizi comunali, senza per altro escludere la “Programmazione del fabbisogno del personale” e particolarmente le (sempre più importanti) strategie operative per la (nodale) costruzione - ed attuazione - del “Piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari”⁹⁵, fino a comprendere (è chiaro) la stessa “programmazione” degli atti di - cruciale - gestione finanziaria e contabile di un Comune. Quest’ultimo aspetto di programmazione del DUP è quello - paradossalmente - più importante: in quanto si impone come un profilo “pervadente” la legittimità di tutte le altre attività amministrative “programmate”. Infatti, le disposizioni dell’“ordinamento finanziario e contabile” (minuziosamente contemplate nella *Parte II* del D.Lgs. n. 267 del 2000) costituiscono per le (varie) attività amministrative di competenza degli enti locali un «valore di limite inderogabile»⁹⁶: ed è a fronte di questo limite che il ruolo “programmatorio” del DUP si è evoluto, così, andando - a poco a poco - caricandosi (*secundum legem*) come quell’atto - oggettivamente - funzionale alla «sostenibilità economica e finanziaria»⁹⁷ degli enti locali nonché (più diffusamente) come - nevralgico - atto strumentale al legittimo (al più sano) ed al buon andamento (*ex art. 97 Cost.*) delle attività amministrative degli enti locali.

Sicché più che un atto politico il DUP corrisponde alla posizione di vero e proprio strumento amministrativo di generale raccordo tra (da una parte) l’esercizio delle “classiche” funzioni pubbliche di competenza di un ente locale e (dall’altra parte) la - pertinente - declinazione dei principi contabili (sia generali, che applicati) su cui (in concreto) le funzioni amministrative dell’ente poggiano (di fatto) il proprio (realistico ed effettivo) peso specifico.

Da qui si può anche arrivare a comprendere, per bene, il perché l’ultimo comma di cui all’art. 170 del D.Lgs. 267/2000 riconosca esplicitamente l’esistenza di (pregnanti) «casi di inammissibilità e di improcedibilità per le deliberazioni del Consiglio e della Giunta che non sono coerenti con le previsioni del Documento Unico di Programmazione».

Proprio questo punto (non si trascuri mai) è dirimente circa l’esatto “inquadramento” della natura giuridica del DUP negli enti locali: perché dall’incoerenza tra il DUP (posto a monte) e le successive deliberazioni del Consiglio o della Giunta comunale (a valle) viene a giocarsi la “impegnativa” partita (giuridica, ma di riflesso anche istituzionale) nel campo delle legittime possibilità procedurali di una, mirata, modifica preventiva del DUP rispetto ad ogni successiva e conseguente deliberazione consiliare o giuntale - a seconda delle, rispettive, competenze - per evitare di incappare nelle sanzioni di inammissibilità o improcedibilità stabilite per la “incoerenza” col DUP.

⁹⁵ «Al DUP si ricorre per programmare le opere pubbliche, la programmazione del fabbisogno del personale, il piano delle alienazioni e le valorizzazioni dei beni patrimoniali. Con l'adozione di questo atto si sono correlati una serie di documenti che andavano ad appesantire in modo significativo l'azione programmatica dell'ente pubblico [locale], individuando una sorta di filiera programmatica [unitaria]» R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Diritto e Società*, n. 4/2017, p. 671.

⁹⁶ *Ex articolo 152, c. 4, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267*. Per un commento in dottrina si legga L. TRAMONTANO, *Manuale di Diritto degli Enti locali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2020, p. 876 ss.

⁹⁷ Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Basilicata, deliberazione 15 ottobre 2015, n. 58, par. 7 nel Merito.

Ebbene, se il DUP fosse un atto politico quale necessità avrebbe di essere soggetto a puntuali modifiche od aggiornamenti? Evidentemente se “fosse” atto politico (in quanto libero nei fini) non avrebbe nessunissima ragione di essere soggetto a (serrati) procedimenti di modifica od aggiornamento.

Il che aderisce coerentemente a quanto rilevato negli autorevoli orientamenti del Giudice contabile⁹⁸.

Per di più se il DUP fosse un atto politico non sarebbe - affatto - soggetto nei contenuti e nei fini a stringenti disposizioni legislative - capillarmente - delineanti un sensibilissimo «vincolo di risultato dell'attività di programmazione economico-finanziaria»⁹⁹: com'è l'evidente perseguimento del nodale vincolo di equilibrio dei bilanci, l'indispensabile “sostenibilità” del debito pubblico e (ancora più in generale) la “sana” gestione amministrativa sotto il profilo finanziario, economico e patrimoniale.

Cosicché si ritiene - da tutto ciò - di poter serenamente pervenire a questa prima conclusione: il DUP è un atto amministrativo generale negli enti locali e per la sua struttura e la sua complessiva funzione è dotato di una generalità tale da poter essere considerato come la cartina di tornasole per le attività di un ente locale e - per diretta conseguenza - come l'oggetto di studio che sia i costituzionalisti quanto gli amministrativisti potrebbero prendere in considerazione per misurare (e tastare con mano) l'effettivo “grado” di autonomia goduto (nell'ordinamento repubblicano) dagli enti locali (al netto delle formali garanzie, pur, solennemente rinvenibili in Costituzione).

Come tratteggiato, tra le pagine delle riflessioni offerte finora, una simile proposta metodologica può, oltre tutto, testarsi in relazione ad una delle fondamentali funzioni comunali: qual è la pianificazione territoriale, urbanistica ed edilizia di un Comune.

Sennonché ponendo sotto la lente di ingrandimento la, fondamentale, funzione di pianificazione territoriale *ex lege* attribuita ai Comuni da tempi addirittura antecedenti alla stessa età repubblicana e focalizzandola - per bene - rispetto alle (recentissime) novità normative generate dall'emergenza epidemiologica, da Covid-19, spiccherebbe un quadro legislativo assolutamente “distonico” in rapporto alla (nevralgica) disciplina del DUP ed al suo (cruciale) ruolo amministrativo di guida strategica ed operativa per la vita di un ente locale.

Tanto è vero che in diverse disposizioni il celebre Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77 (autoproclamatosi, in rubrica, *sedes materiae* di *governance* del PNRR) non soltanto ha consacrato fattispecie di “automatiche” varianti degli strumenti urbanistici dei Comuni: in assoluta compressione del ruolo esercitato in materia dai Consigli comunali.

Ma (andando a fondo dell'autonomia comunale, toccata in radice) il Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, ha completamente ignorato la (stessa) esistenza (giuridica ed istituzionale) del DUP di un ente locale.

Non è, infatti, difficile poter constatare che nei vari articoli con cui il D.L. n. 77/2021 ha “consacrato” le “automatiche” forme provvedimentali di variante agli strumenti urbanistici comunali del DUP (purtroppo) non vi è assolutamente traccia, potendo dirsi pressoché scavalcato, quand'anche superato e se non (per l'appunto) ignorato dal legislatore di *governance* del PNRR: nonostante, per paradosso, la programmazione generale di un ente - specie la programmazione nel DUP - venga ordinariamente prima delle stesse attività di pianificazione territoriale e soprattutto delle possibili varianti agli strumenti urbanistici ed edilizi.

⁹⁸ Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Basilicata, deliberazione 15 ottobre 2015, n. 58.

⁹⁹ A. MITROTTI, *Il bilancio e la programmazione economico-finanziaria nello Statuto della Regione Umbria: alla ricerca degli “spazi” di contabilità regionale*, in *Queste Istituzioni*, n. 1/2021, p. 36.

Considerazione, questa, forse banale eppure (con sorpresa) sfuggita proprio al legislatore di *governance* di un Piano assai importante: come è il *Piano nazionale di ripresa e resilienza*. Ma il punto problematico non è che il legislatore abbia ignorato uno strumento di programmazione: la cosa, se vogliamo, è agevolmente sostenibile nel panorama italiano delle “fonti del diritto amministrativo”¹⁰⁰.

Ciò che è grave corrisponde - piuttosto - al fatto che il celebre Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, ignori (a piè pari) la (trasversale) disciplina legislativa posta a base della (nevralgica ed ineludibile) istituzione del DUP negli enti locali: la cui fonte costituzionale trae titolo nella - non trascurabile - materia (di competenza esclusiva dello Stato) della armonizzazione dei bilanci pubblici, in quella (di competenza concorrente) del coordinamento della finanza pubblica (in cui per vero l'elevato tasso di tecnicismo ha finito per deformare, a vantaggio dello Stato, il già travagliato rapporto tra disposizioni statali di principio e disciplina regionale di dettaglio¹⁰¹), fino, poi, a ricomprendere (naturalmente) la stessa lettera p) di cui al secondo comma dell'art. 117 Cost., ovvero la materia delle “funzioni fondamentali” dei Comuni, Province e Città Metropolitane.

Per di più il conflitto antinomico tra il celebre Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, e la disciplina legislativa sottostante all'esistenza (giuridica ed istituzionale) del DUP si aggrava (a maggior ragione) per il fatto che la competenza dei titoli legislativi sia riconducibile ad un unico e medesimo livello di esercizio della potestà di normazione primaria: ossia il livello statale.

Ci si rende assolutamente conto che così ragionando il discorso si sposti sul titolo di competenza in base a cui è stato posto in essere il D.L. n. 77/2021 e, più in generale, sui titoli competenziali che hanno legittimato la disciplina (ed il governo) dell'emergenza epidemiologica da Covid-19: un discorso che ci porterebbe - poi - sin troppo lontani (sino alla, discutibile, ricostruzione giurisprudenziale della «assorbente»¹⁰² materia della profilassi internazionale o finanche sino al forzato recupero delle riflessioni sull'interesse nazionale italiano) tuttavia ciò non poteva esimerci dall'evidenziare come, in fin dei conti, il legislatore statale avrebbe potuto manifestare senz'altro una maggiore (e, qualitativamente, migliore) attenzione sotto il profilo sistematico dei rapporti tra misure emergenziali e funzioni fondamentali degli enti locali, che - di fatto - rimangono (pur nelle emergenze) gli enti più vicini ai cittadini.

¹⁰⁰ Ex multis F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2007.

¹⁰¹ Si confrontino, ex multis, le puntuali ricostruzioni efficacemente sviluppate in F. GALLO, *Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e il tramonto dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Rassegna tributaria*, n. 6/2014, pp. 1199-1213; A. IANNUZZI, *L'emersione delle istanze unitarie fra complessità tecnico-scientifica e coordinamento della finanza pubblica*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, n. 185-186/2014, pp. 109-121; R. CAVALLO PERIN, *I principi costituzionali e il potere di coordinamento della finanza pubblica come potere unilaterale della Repubblica italiana*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2015, pp. 639-655; W. GIULIETTI - M. TRIMARCHI, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, n. 3/2016, pp. 925-963; E. D'ORLANDO, *Corti costituzionali, crisi economico-finanziaria e forma di Stato regionale*, in *Federalismi.it*, n. 16/2019, pp. 1-19.

¹⁰² C. cost., sent. 12 marzo 2021, n. 37, par. 7 del Considerato in diritto. Quest'ultima sentenza, per altro, deve essere letta anche alla luce di quanto successivamente pronunciato in C. cost., sent. 22 ottobre 2021, n. 198. Per un utile commento in dottrina si leggano, ex multis, B. CARAVITA, *La sentenza della Corte costituzionale sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, PAPER - 21 aprile 2021, pp. 1-5; C. PINELLI, *Era il richiamo alla "profilassi internazionale" il modo più congruo per affermare la potestà legislativa esclusiva dello Stato nella gestione dell'emergenza sanitaria?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2021, pp. 450-456; S. MANGIAMELI, *L'emergenza non è una materia della legislazione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2021, pp. 474-483; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e Regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2021, pp. 11-18; A. SAIITA, *Il Codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta Online*, n. 3/2021, pp. 841-848; A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2021, pp. 1-8; A. BARTOLINI, *Superiorem non recognoscens, ovvero quando la leale collaborazione non funziona*, in *Le Regioni*, n. 3/2021, pp. 523-541; A. POGGI - G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali effetti?)*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2021, pp. 231-261.

Non può pertanto nascondersi una evidente svista, se non un'indolenza, caratterizzante il legislatore statale dell'emergenza, da Covid-19, sul piano di disciplina della funzione di pianificazione territoriale dei Comuni: soprattutto nell'ottica del trascurato ruolo dei titoli competenziali astrattamente legittimanti l'esistenza del DUP, negli enti locali, e (per diretta conseguenza) la sua tangibile funzione di atto amministrativo generale della programmazione dell'ente, particolarmente in relazione alle attività di - fondamentale - pianificazione territoriale.

Non fosse altro che in questo modo si è finito per falciare completamente l'autonomia degli enti comunali cui oltre al "danno" di una (*tranchant*) compressione della propria autonomia pianificatoria è corrisposto il faticoso onere di "rincorrere" con scrupolosa meticolosità l'aggiornamento e l'adeguamento della generale programmazione nel DUP rispetto alle "nuovissime" (e, tendenzialmente, crescenti) fattispecie legislative di automatiche varianti degli strumenti urbanistici comunali: a fronte di cui si rendono necessarie le modifiche al DUP nella pertinente parte sulla verifica di "coerenza" con gli strumenti urbanistici.

Al di là del procedimento amministrativo cui è necessario ricorrere (*ex art.* 170 TUEL) per una "strutturale" revisione del DUP rispetto agli strumenti urbanistici "variati" *ex lege* non ci si può, sinceramente, coprire gli occhi dinanzi alle potenziali forzature per l'attività dei Comuni ed ai possibili effetti negativi che le (diverse) varianti urbanistiche automatiche sarebbero capaci di ingenerare sulle (frequentemente, già, esili) capacità amministrative degli enti comunali.

Soprattutto non andrebbe ignorato l'impatto sul più coerente sviluppo della programmazione dei Comuni interessati dalle "automatiche" forme provvedimentali di variante agli strumenti urbanistici del "proprio" territorio.

Se lo facessimo dimenticheremmo - così come ha fatto paradossalmente il legislatore - l'esistenza per gli enti locali del fondamentale Documento Unico di Programmazione, la cui *ratio iuris* è posta a (nevralgica) garanzia del "sano" e del buon andamento dell'azione pubblica comunale: ovverosia dei, vari, procedimenti attraverso cui questa azione materialmente viene ad articolarsi, declinandosi in funzione - come recita l'art. 3, comma 2, del TUEL - della ipersensibile cura di uno sviluppo economico e sociale della "comunità comunale".

Come seconda considerazione conclusiva possiamo pertanto ritenere che se è vero che il DUP (come sopra argomentato) costituisce la cartina di tornasole delle funzioni di un ente locale e, per conseguenza, il metro di misurazione scientifica dell'effettivo "grado" di autonomia, concretamente, goduto dai Comuni allora l'autonomia comunale sembrerebbe - in tempi odierni - essere stata "ridotta" ai minimi termini e pressoché "falcidiata": se soltanto si considerasse (con minima ponderazione sistematica) che del DUP il recentissimo legislatore statale (ancorché competente in materia) si è del tutto (e completamente) dimenticato¹⁰³.

¹⁰³ Eppure, già, dall'inizio dell'emergenza pandemica era stato evidenziato ed attentamente argomentato che «*gli enti locali rappresentano il livello di governo che maggiormente è esposto a livello finanziario per le possibili conseguenze negative del Covid-19*» A. PIAZZA, *Le relazioni fra Stato e autonomie territoriali alla prova della prima ondata pandemica da Covid-19*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2020, p. 1016.

DALLA TARSU ALLA TARIP: TRA DIRITTO TRIBUTARIO E SUGGERIMENTI PRIVATISTICHE.

Antonio Guidara

Abstract [It]: Si analizza la natura dell'attuale tassa sui rifiuti (TARI), muovendo da due recenti arresti della Corte di Cassazione, che si ripercorrono criticamente. Lo si fa, anche in chiave diacronica (con riferimento ai precedenti della TARI), per dimostrare come de iure condito gli spazi per una tariffa puntuale di diritto privato (una TARIP, che sia entrata patrimoniale) siano pochi o nulli, mentre si profila una tariffa puntuale (TARIP) che sia tributo. Coerentemente si individuano i principi (nazionali ed europei) di riferimento e alcune importanti ricadute (circa la doverosità dell'IVA e l'individuazione del giudice cui devolvere le controversie in materia di TARI).

Abstract [En]: *The nature of the current waste tax (TARI) is analyzed, starting from two recent arrests by Court of Cassation, which are critically reviewed. This is done, also in a diachronic key (with reference to the precedents of the TARI), to demonstrate how de iure condito the spaces for a punctual charge of private law (a TARIP, that is private law asset income) are few or nil, while it is possible a punctual charge (always TARIP) that is a tax. In coherence, the work identifies the referring principles and rules (national and European), and some important implications (regarding the duty of VAT and the identification of the judge to whom the disputes relating to TARI are devolved).*

SOMMARIO: **1.** Premessa - **2.** Dalla TARSU alla TARI - **3.** Continuità e discontinuità - **4.** La natura tributaria dell'attuale tassa sui rifiuti - **5.** Perplessità sulla TARIP - **6.** Principi e regole di riferimento - **7.** Conseguenze in punto di giurisdizione e di doverosità dell'IVA.

1. Premessa.

· Professore associato di Diritto tributario nell'Università degli Studi di Catania.

L'attuale «tassa sui rifiuti» o «TARI», disciplinata dai commi 641-668 dell'art.1 della legge 27 dicembre 2013, n. 147¹, è un tributo comunale che colpisce «il possesso o la detenzione a qualsiasi titolo di locali o di aree scoperte, a qualsiasi uso adibiti, suscettibili di produrre rifiuti urbani»² ed è dovuto «da chiunque possieda o detenga a qualsiasi titolo locali o aree scoperte, a qualsiasi uso adibiti, suscettibili di produrre rifiuti urbani»³.

È un tributo molto diffuso (per l'ampiezza del presupposto interessa un numero molto ampio di soggetti), su cui negli ultimi decenni sono intervenute numerose riforme, che ne hanno cambiato caratteristiche, discipline e finanche denominazioni: da ultimo, il legislatore ha fatto venir meno la (discutibile) riconduzione della TARI all'imposta unica comunale, cd. IUC, di cui all'art.1, comma 639, della legge 147/2013⁴.

¹ Si tratta della legge di stabilità per il 2014, rubricata «disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2014)».

² Cfr. il comma 641, il quale aggiunge che «sono escluse dalla TARI le aree scoperte pertinenziali o accessorie a locali tassabili, non operative, e le aree comuni condominiali di cui all'articolo 1117 del codice civile che non siano detenute o occupate in via esclusiva».

³ Cfr. il comma 642 il quale aggiunge che «in caso di pluralità di possessori o di detentori, essi sono tenuti in solido all'adempimento dell'unica obbligazione tributaria».

⁴ Il riferimento è all'art.1, comma 738, della legge 27 dicembre 2019, n.160, per il quale «a decorrere dall'anno 2020, l'imposta unica comunale di cui all'articolo 1, comma 639, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, è abolita, ad eccezione delle disposizioni relative alla tassa sui rifiuti (TARI); l'imposta municipale propria (IMU) è disciplinata dalle disposizioni di cui ai commi da 739 a 783»; comma 780, della stessa legge, per il quale «a decorrere dal 1° gennaio 2020 sono abrogati: ... il comma 639 nonché i commi successivi dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2013, n. 147, concernenti l'istituzione e la disciplina dell'imposta comunale unica (IUC), limitatamente alle disposizioni riguardanti la disciplina dell'IMU e della TASI. Restano ferme le disposizioni che disciplinano la TARI ...». Appunto il citato comma 639 così dispone: «È istituita l'imposta unica comunale (IUC). Essa si basa su due presupposti impositivi, uno costituito dal possesso di immobili e collegato alla loro natura e valore e l'altro collegato all'erogazione e alla fruizione di servizi comunali. La IUC si compone dell'imposta municipale propria (IMU), di natura patrimoniale, dovuta dal possessore di immobili, escluse le abitazioni principali, e di una componente riferita ai servizi, che si articola nel tributo per i servizi indivisibili (TASI), a carico sia del possessore che dell'utilizzatore dell'immobile, escluse le unità immobiliari destinate ad abitazione principale dal possessore nonché dall'utilizzatore e dal suo nucleo familiare, ad eccezione di quelle classificate nelle categorie catastali A/1, A/8 e A/9, e nella tassa sui rifiuti (TARI), destinata a finanziare i costi del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti, a carico dell'utilizzatore».

Si è assistito ad un susseguirsi, anche vertiginoso, di interventi normativi di diversi tipi e livelli, e non soltanto tributari. Si è trattato di interventi europei (si ricordano ad esempio le direttive del Consiglio nn. 851/2018/UE e 852/2018/UE del 30 maggio del 2018⁵), ma soprattutto nazionali (in particolare leggi e regolamenti, di cui si dirà *infra*⁶) e locali (i numerosi regolamenti che sono stati emanati - e che avrebbero dovuto essere emanati - nel rispetto dell'art. 52, comma 5, D. lgs. 446 del 15 dicembre 1997). E in non pochi casi si è assistito ad interventi espressivi di scelte discutibili, affrettati o poco meditati, di non facile applicazione o causa di (anche grossolani) errori in punto di applicazione, effimeri o destinati comunque ad avere breve durata. Si ricordi per tutti la sostituzione dell'ampia e sufficientemente consolidata disciplina della TARSU (tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani), di cui agli articoli 58-81 del D.lgs. 15 novembre 1993, n.507, con quella risicata e manchevole della Tariffa di Igiene Ambientale, cd. TIA o TIA 1, recata dall'art. 49 del D. lgs. 5 febbraio 1997, n. 22. E naturalmente siffatti interventi hanno finito col creare ed alimentare un contenzioso notevole, per numero di controversie, ma anche per tipologia, entità e durata delle stesse, dagli epiloghi non sempre convincenti o soddisfacenti, il quale: ha coinvolto pressoché tutti i giudici esistenti (con interventi ripetuti della Corte Costituzionale e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷); ha pregiudicato fortemente l'azione dei Comuni e finanche la loro stabilità finanziaria, specie in presenza di delibere non assunte dagli organi competenti (sul presupposto della natura non tributaria, originariamente asserita, del tributo in esame); ha ingolfato o rischiato di ingolfare per i numeri delle controversie, spesso bagatellari, l'azione di alcuni giudici (principalmente delle Commissioni tributarie, maggiormente coinvolte nel contenzioso); ha riguardato dal lato attivo pure enti diversi dai Comuni, tra i quali anche l'Agenzia delle entrate (con riferimento alla doverosità dell'IVA sul tributo in esame, di cui si asseriva la natura privatistica, e alle conseguenti restituzioni, quando se ne è acclarata la natura tributaria).

⁵ La prima ha modificato la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 98/2008/CE del 19 novembre 2008 relativa ai rifiuti; la seconda ha modificato la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 94/62/CE del 24 dicembre 2014 sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio.

⁶ Cfr. paragrafo successivo.

⁷ Si ricordano per tutte le sentenze n.238 del 24 luglio 2009 della Corte Costituzionale (con commento di M. LOVISETTI, *Per la Corte costituzionale la TIA è un tributo. Ma le SS.UU. della Corte di cassazione la pensano diversamente* in Riv. Giur. Trib. 2009, p.861 ss.) e n. 8313 dell'8 aprile 2010 delle SS. UU. della Corte di Cassazione (con commento di S. M. MESSINA, *Effetti riflessi della natura tributaria della TIA* in Corr. Trib. 2010, p.1587 ss.).

Nel 2013, appunto con l'introduzione della TARI, la disciplina sembra pervenuta ad una relativa stabilità e probabilmente consente una riflessione più piana, anche se l'attenzione degli studiosi, pur cresciuta nel tempo, continua ad essere scarsa⁸. In questa sede si vuole mettere a fuoco la natura della TARI. E lo si vuole fare perché, se in prima battuta non è o non dovrebbe essere in discussione la natura tributaria di essa, le *litterae legis* hanno alimentato non pochi dubbi in proposito (pervenendosi anche ad una legge interpretativa nella direzione opposta), che la giurisprudenza non sempre ha dissipato. Si muove per l'appunto da una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la n. 11290 del 29 aprile 2021, la quale: per un verso condivide un precedente arresto delle Sezioni Unite della stessa Corte, la sentenza n. 8631 del 7 maggio 2020⁹, che, in applicazione di una discutibile norma di interpretazione autentica, afferma la natura privatistica della TIA 2; per altro verso individua all'interno della TARI, della cui natura tributaria non dubita (ancorché sia evoluzione della TIA 2), una componente privatistica, laddove il Comune realizzi un sistema di misurazione puntuale dei rifiuti e opti per una tariffa corrispettiva (ai sensi dell'art.1, comma 668, della legge 147/2013). Ma, non emergono reali motivazioni al di là di una sostanziale valorizzazione dei *nomina iuris*; ed analogamente può dirsi per il richiamato precedente del 2020 (in relazione al quale almeno impattava una legge interpretativa)¹⁰.

È possibile che interventi futuri modifichino ancora il quadro normativo attuale, quanto meno per meglio finalizzare alcuni aspetti della disciplina in essere, tra i quali ad esempio quella recata dal comma 668 cit. Ciò, però, non fa venir meno l'esigenza che si analizzi la natura della TARI: naturalmente *de iure condito* e in funzione di una migliore interpretazione ed applicazione della normativa esistente. Per arrivare a tanto non si può non ripercorrere l'evoluzione della più recente disciplina di tassazione dei rifiuti: lo si fa, però, in estrema sintesi - e nella consapevolezza di essere manchevoli o approssimativi su vari aspetti - allo scopo di ridurre l'appesantimento dell'esposizione.

2. Dalla TARSU alla TARI.

2.1. Ripercorrere l'evoluzione della disciplina di tassazione dei rifiuti meriterebbe spazi molto ampi¹¹, decisamente incompatibili che quelli che si possono (e si vogliono) dedicare in questa sede: di essa, però, non si possono non esporre alcuni tratti, in funzione di quello che si dirà in prosieguo. Si limita l'attenzione ai tempi più recenti, a partire dalla TARSU, che consolida e sistematizza le discipline precedenti; TARSU e TARI descrivono l'inizio e la fine di un'ideale parabola evolutiva, cui appunto si vuole accennare, potendosi entrambi i tributi considerare approdi sufficientemente piani delle discipline che li hanno preceduti.

⁸ Tra le riflessioni più mature si segnala di recente G. SELICATO-A. SORRISO CHIECO, *La Tassa sui rifiuti in I tributi comunali dentro e oltre la crisi* a cura di A. Uricchio-P. Galeone-M. Aulenta-A. Ferri, Bari, 2021, p.173 ss. Nello stesso volume per un inquadramento sistematico si veda A. URICCHIO, *La riforma dei tributi comunali in I tributi comunali dentro e oltre la crisi*, cit., p.3 ss.

⁹ Cfr. anche la gemella Cass. n. 8632 del 7 maggio 2020.

¹⁰ In proposito si rimanda a quanto si dirà meglio nei successivi paragrafi 4 e 5.

¹¹ Cfr. ad esempio: M. LOVISETTI, *La TARSU: tassa e tariffa per la gestione dei rifiuti urbani*, Napoli, 2010; G. DEBENEDETTO-L. LOVECCHIO, *Dalla Tarsu alla TARES. Guida all'applicazione della nuova Tassa rifiuti e servizi dopo il D.L. 8 aprile 2013*, n. 35, Santarcangelo di Romagna, 2013; F. RUGGIANO, *La Tassa sui rifiuti in AA. VV. Manuale dei tributi locali: Imu, Tasi, Tari, imposta sulla pubblicità, imposta di scopo, Tosap, addizionale comunale all'Irpef, imposta di soggiorno e imposta di sbarco*, Santarcangelo di Romagna, 2018, p.361 ss.; G. SELICATO-A. SORRISO CHIECO, *La Tassa sui rifiuti in I tributi comunali dentro e oltre la crisi*, cit., p.174 ss.

2.2. Ad opera del D.lgs. 15 novembre 1993, n.507 è introdotta la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani o TARSU¹², che sostituisce l'omonima, precedente tassa, di cui agli artt.268 ss. del Testo unico per la finanza locale, RD 14 settembre 1931, n. 1175. Invero il nuovo tributo recepisce e consolida buona parte degli interventi che avevano riguardato e travagliato la vita del precedente tributo, anche a seguito di sollecitazioni internazionali: per tutti si ricorda la disciplina recata dal DPR 10 settembre 1982, n. 915, il cui art.21 ha riscritto gli articoli 268 e seguenti del cennato TUFL¹³.

Il presupposto della TARSU, di cui all'art.62 del D.lgs.507/1993, è dato da «l'occupazione o la detenzione di locali ed aree scoperte a qualsiasi uso adibiti, ad esclusione delle aree scoperte pertinenziali o accessorie di civili abitazioni diverse dalle aree a verde, esistenti nelle zone del territorio comunale in cui il servizio è istituito ed attivato o comunque reso in maniera continuativa ...». Ma alla delimitazione di esso concorrono importanti esclusioni, quali: «non sono soggetti alla tassa i locali e le aree che non possono produrre rifiuti o per la loro natura o per il particolare uso cui sono stabilmente destinati o perché risultino in obiettive condizioni di non utilizzabilità ...»; «nella determinazione della superficie tassabile non si tiene conto di quella parte di essa ove per specifiche caratteristiche strutturali e per destinazione si formano, di regola, rifiuti speciali, tossici o nocivi, allo smaltimento dei quali sono tenuti a provvedere a proprie spese i produttori stessi in base alle norme vigenti»; «sono esclusi dalla tassa i locali e le aree scoperte per i quali non sussiste l'obbligo dell'ordinario conferimento dei rifiuti solidi urbani interni ed equiparati in regime di privativa comunale per effetto di norme ..., di ordinanze ... ovvero di accordi internazionali ...»; «le aree comuni del condominio di cui all'articolo 1117 del codice civile che possono produrre rifiuti agli effetti dell'articolo 62»¹⁴.

I soggetti passivi, indicati dall'art.63 dello stesso decreto legislativo, sono «coloro che occupano o detengono i locali o le aree scoperte di cui all'art. 62 con vincolo di solidarietà tra i componenti del nucleo familiare o tra coloro che usano in comune i locali o le aree stesse». Ma vi sono specificazioni¹⁵.

2.3. Di lì a pochi anni il legislatore prevede una sostituzione della TARSU con una tariffa, apparentemente privatistica, che però, come acclarato prontamente dalla giurisprudenza (e definitivamente dalla Corte Costituzionale con la sentenza 238/2009 cit.), della TARSU condivide la natura pubblicistica e tributaria. Il tutto ha inizio con la Tariffa di Igiene Ambientale, cd. TIA o come TIA 1, regolata dall'art.49 D.lgs. 22/1997, n.22, di cui si è detto nel paragrafo precedente, e prosegue con la Tariffa Integrata Ambientale (sostitutiva della precedente), conosciuta come TIA 2 e regolata dall'art.238 del D.lgs. 3 aprile 2006, n.152.

¹² Essa è specificamente disciplinata nel capo III (tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani interni), artt.58-81. Il D.lgs. 507/1993 è stato emanato in attuazione della delega - contenuta nell'art.4 della legge n. 421 del 23 ottobre 1992, comma 4, lett. c) - di «revisione ed armonizzazione, con effetto dal 1° gennaio 1994, di tributi locali vigenti, secondo i seguenti principi e criteri direttivi: ... c) in materia di tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani: 1) adeguamento del tributo alla sua natura di tassa anche mediante un più diretto collegamento tra fruibilità del servizio e applicabilità della tassa nonché attraverso la determinazione di parametri di commisurazione del prelievo sulla base della potenzialità di produzione di rifiuti definita mediante adeguati criteri oggettivi; 2) definizione di precise modalità di equiparazione ai rifiuti urbani, ai fini del regime di privativa comunale e di applicazione della tassa, dei residui derivanti dalle attività produttive»

¹³ Si ricorda che il DPR 915/1982 è stato emanato in attuazione delle direttive CEE del Consiglio: n. 75/442/CEE del 15 luglio 1975, relativa ai rifiuti; n. 76/403/CEE del 6 aprile 1976, relativa allo smaltimento dei policlorodifenili e dei policlorotrifenili; n. 78/319/CEE del 20 marzo 1978, relativa ai rifiuti tossici e nocivi.

¹⁴ Cfr. *amplius* l'art. 62 cit., di cui si sono riprodotti alcuni passaggi, nonché l'art.63, comma 2, del quale si è riproposto l'ultimo passaggio.

¹⁵ Ad esempio, per il comma 3 dell'art.63 cit. «nel caso di locali in multiproprietà e di centri commerciali integrati il soggetto che gestisce i servizi comuni è responsabile del versamento della tassa dovuta per i locali ed aree scoperte di uso comune e per i locali ed aree scoperte in uso esclusivo ai singoli occupanti o detentori, fermi restando nei confronti di questi ultimi gli altri obblighi o diritti derivanti dal rapporto tributario riguardante i locali e le aree in uso esclusivo».

La TIA 1, ai sensi del comma 3 dell'art.22 D.lgs.49/1997, colpisce l'occupazione oppure la conduzione di «locali, o aree scoperte ad uso privato non costituenti accessorio o pertinenza dei locali medesimi, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nelle zone del territorio comunale» ed è dovuta da «chiunque occupi oppure conduca» tali immobili. *Similiter* può dirsi per la TIA 2: il comma 1 dell'art.238 D.lgs. 152/2006 recita: «chiunque possenga o detenga a qualsiasi titolo locali, o aree scoperte ad uso privato o pubblico non costituenti accessorio o pertinenza dei locali medesimi, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nelle zone del territorio comunale, che producano rifiuti urbani, è tenuto al pagamento di una tariffa». La stringatezza delle discipline avrebbe dovuto essere colmata da regolamenti emanati dagli enti locali, che però spesso non sono stati emanati o sono stati emanati da soggetti od organi non competenti. Invero il passaggio dalla TARSU alla TIA: non è immediato, essendo rimesso a scelte dei Comuni (in molti casi rimandate) e a (elastiche) discipline transitorie¹⁶; ed è anche problematico, visto che non tutti gli enti deliberano o deliberano con gli organi competenti (*id est* quelli consiliari). Inoltre non riguarda neppure tutti i Comuni, visto che alcuni non deliberano (o non lo fanno validamente) e le discipline transitorie vengono ripetutamente prorogate, con la conseguenza di assistere ad una coesistenza nel territorio nazionale di entrate diverse, finanche tutte e tre (TARSU, TIA 1, TIA 2).

2.4. La sintesi delle tre entrate viene realizzata dall'art.14 del DL 6 dicembre 2011, n.201 (come convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n.214), che istituisce con decorrenza 1° gennaio 2013 il tributo comunale sui rifiuti e sui servizi, conosciuto come TARES, in sostituzione di TARSU, TIA 1 e TIA 2¹⁷. Il tributo è dovuto per il fatto che si «possieda, occupi o detenga a qualsiasi titolo locali o aree scoperte, a qualsiasi uso adibiti, suscettibili di produrre rifiuti urbani», ma con l'esclusione de «le aree scoperte pertinenziali o accessorie a locali tassabili e le aree comuni condominiali di cui all'articolo 1117 del codice civile che non siano detenute o occupate in via esclusiva»¹⁸. Ed è dovuto da «coloro che occupano o detengono i locali o le aree scoperte di cui ai commi 3 e 4 con vincolo di solidarietà tra i componenti del nucleo familiare o tra coloro che usano in comune i locali o le aree stesse»¹⁹: con qualche specificazione²⁰.

¹⁶ Così da un'iniziale previsione di soppressione della TARSU - in favore della TIA 1 - «a decorrere dal 1° gennaio 1999», si è passati ad una previsione più articolata («a decorrere dai termini previsti dal regime transitorio, disciplinato dal regolamento di cui al comma 5, entro i quali i comuni devono provvedere alla integrale copertura dei costi del servizio di gestione dei rifiuti urbani attraverso la tariffa di cui al comma 2»), recata dall'art. 33 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, che rimanda a fonti secondarie e costa di più scadenze (cfr. l'art.11 del DPR 27 aprile 1999, n. 158), per di più prorogate (cfr. art. 1, comma 184, della legge n. 296 del 27 dicembre 2006 e successive modifiche), legate a risultati da raggiungere da parte dei Comuni. La soppressione della TIA 1 in favore della TIA 2 è legata all'emanazione di un regolamento e connessi adempimenti, mai venuti in essere, con conseguente persistenza della prima (cfr. l'art.238, commi 1 e 11, del D.lgs. 152/2006), salvi i casi di volontaria applicazione della seconda (cfr. art. 5, comma 2 quater, DL 30 dicembre 2008, n. 208, come convertito dalla legge 27 febbraio 2009, n. 13 e successivamente modificato). Si aggiunge che per l'art.14, comma 7, D.lgs. 14 marzo 2011, n. 23 (soppresso con effetti dal 1° gennaio 2013) «Sino alla revisione della disciplina relativa ai prelievi relativi alla gestione dei rifiuti solidi urbani, continuano ad applicarsi i regolamenti comunali adottati in base alla normativa concernente la tassa sui rifiuti solidi urbani e la tariffa di igiene ambientale. Resta ferma la possibilità per i comuni di adottare la tariffa integrata ambientale». Si vedano anche: la circolare n. 3/DF dell'11 novembre 2010 del Ministero dell'economia e delle finanze; la nota esplicativa del 28 dicembre 2010 dell'Istituto per la Finanza e l'Economia Locale (IFEL), che è una fondazione dell'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani (ANCI).

¹⁷ Il comma 46 dell'art.14 DL 201/2011 prevede che «a decorrere dal 1° gennaio 2013 sono soppressi tutti i vigenti prelievi relativi alla gestione dei rifiuti urbani, sia di natura patrimoniale sia di natura tributaria ...».

¹⁸ Cfr. *amplius* commi 3 e 4.

¹⁹ Cfr. il comma 5.

²⁰ Così, riproponendosi quanto dettato per la TARSU, il comma 7 prevede: «Nel caso di locali in multiproprietà e di centri commerciali integrati il soggetto che gestisce i servizi comuni è responsabile del versamento del tributo dovuto per i locali ed aree scoperte di uso comune e per i locali ed aree scoperte in uso esclusivo ai singoli occupanti o detentori, fermi restando nei confronti di questi ultimi, gli altri obblighi o diritti derivanti dal rapporto tributario riguardante i locali e le aree in uso esclusivo».

Ma la vigenza del nuovo tributo è di appena un anno, dal momento che a partire dal 1° gennaio 2014 esso viene sostituito dalla TARI, di cui si è detto in principio, ad oggi vigente. Quest'ultima viene concepita come parte di un più ampio tributo, l'imposta unica comunale o IUC, la quale si compone anche dell'imposta municipale propria o IMU e del tributo per i servizi indivisibili o TASI²¹. Più esattamente in un'unica "imposta" albergano, singolarmente: un'"imposta" patrimoniale, che colpisce gli immobili escluse le abitazioni principali (l'IMU); e una componente riferita ai servizi, ma pur sempre legata agli immobili, che consta di un "tributo" relativo ai servizi indivisibili (la TASI) e di una "tassa" sui rifiuti, destinata a finanziare i costi del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti (la TARI). Sennonché le differenze di quest'ultima con le altre "anime" della IUC sono piuttosto evidenti, avendo essa genesi e connotati propri, come anche una disciplina piuttosto particolare; e non si può non riconoscerle la dignità di autonomo tributo. Mentre la TASI si può accostare all'IMU, del quale riprende l'esclusione dal presupposto delle abitazioni principali e del quale può definirsi una sorta di addizionale, pur con alcune peculiarità. Tant'è che il legislatore, dopo qualche anno e come si è ricordato in principio, pone fine al fantasioso ibrido legislativo, eliminando la IUC: segnatamente la elimina quanto alle disposizioni riguardanti l'IMU e la TASI²² e riscrive la disciplina dell'IMU²³.

3. Continuità e discontinuità.

3.1. Riprendendo quanto si è detto all'inizio²⁴, «il presupposto della TARI è il possesso o la detenzione a qualsiasi titolo di locali o di aree scoperte, a qualsiasi uso adibiti, suscettibili di produrre rifiuti urbani»: così dispone il comma 641 dell'art.1 della legge 147/2013, il quale aggiunge che «sono escluse dalla TARI le aree scoperte pertinenziali o accessorie a locali tassabili, non operative, e le aree comuni condominiali di cui all'articolo 1117 del codice civile che non siano detenute o occupate in via esclusiva».

In tal modo e con una formulazione migliore, si ripropone il presupposto del TARES ex art.14 del DL 201/2011, di cui si è detto nel paragrafo precedente. Inoltre è evidente la continuità già con la TARSU, il cui presupposto - anch'esso riferito nel paragrafo precedente - è più articolato, ma trova nella disciplina (del TARES e, meglio) della TARI una più felice sintesi. Infatti, vengono meno alcune esclusioni che entrano nella definizione del presupposto: così, sia pure con una certa approssimazione, può dirsi che le formule (proprie della TARSU), che assoggettano a tassazione «l'occupazione o la detenzione di locali ed aree scoperte a qualsiasi uso adibiti» e vi escludono «i locali e le aree che non possono produrre rifiuti» come anche «i locali e le aree scoperte per i quali non sussiste l'obbligo dell'ordinario conferimento dei rifiuti solidi urbani», diventano: «il presupposto della TARI è il possesso o la detenzione a qualsiasi titolo di locali o di aree scoperte, a qualsiasi uso adibiti, suscettibili di produrre rifiuti urbani»²⁵.

²¹ Cfr. art.1, comma 639, della legge 147/2013, richiamato *supra* nella nota 4.

²² Ex art.1, commi 738 e 780, della legge 160/2019, di cui si è detto in precedenza: cfr. *supra* nota 4.

²³ Cfr. art.1, commi 739-783, della legge 160/2019. Sulla collocazione della TARI nell'ambito della IUC, sulle differenze con la TASI e sulla recente evoluzione cfr. di recente G. SELICATO-A. SORRISO CHIECO, *La Tassa sui rifiuti in I tributi comunali dentro e oltre la crisi*, cit., p.174 ss.

²⁴ Cfr. *supra* paragrafo 1 e nota 2.

²⁵ I primi due stralci sono dell'art. 62 D.lgs. 507/1997, l'ultimo è del comma 641 della legge 147/2013. Altre esclusioni persistono, ma sono più efficacemente collocate: così l'esclusione delle «aree comuni del condominio di cui all'articolo 1117 del codice civile che possono produrre rifiuti agli effetti dell'articolo 62», prevista in seno all'art.63 D.lgs. 507/1997, dedicato ai soggetti passivi, viene ragionevolmente ricondotta al presupposto della TARI, di cui al comma 641 dell'art.1 della legge 147/2013.

Analoghe considerazioni possono farsi per la TIA 1: infatti, è ben vero che il comma 3 dell'art.49 D.lgs. 22/1997 richiama soltanto l'occupazione o la conduzione di immobili («chiunque occupi oppure conduca locali, o aree scoperte ad uso privato non costituenti accessorio o pertinenza dei locali medesimi, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nelle zone del territorio comunale»), senza fare riferimento alla produzione in essi di rifiuti o alla loro idoneità a produrre rifiuti, ma tali aspetti si evincono dalla complessiva disciplina, primaria e secondaria, della TIA 1; e ciò anche perché (pure) la TIA 1 attua le regole europee che vogliono che i costi di smaltimento siano a carico dei produttori/detentori dei rifiuti²⁶. Come analoghe considerazioni possono farsi per la TIA 2, per la quale il comma 1 dell'art.238 del D.lgs. 152/2006 recita: «chiunque possenga o detenga a qualsiasi titolo locali, o aree scoperte ad uso privato o pubblico non costituenti accessorio o pertinenza dei locali medesimi, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nelle zone del territorio comunale, che producano rifiuti urbani, è tenuto al pagamento di una tariffa»²⁷. Peraltro, come si è detto, la stringatezza della disciplina delle due tariffe si spiega perché essa avrebbe dovuto essere colmata da fonti secondarie, nazionali e soprattutto locali: è accaduto, però, che queste ultime spesso non siano state emanate (o siano state emanate da soggetti od organi non competenti) e in difetto si sia attinto alla disciplina preesistente.

La continuità è (forse ancor) più evidente nella disciplina dei soggetti passivi.

Per la TARI - ex art.1, comma 642, della legge 147/2013 - essi sono dati da «chiunque possieda o detenga a qualsiasi titolo locali o aree scoperte, a qualsiasi uso adibiti, suscettibili di produrre rifiuti urbani» con la specificazione che «in caso di pluralità di possessori o di detentori, essi sono tenuti in solido all'adempimento dell'unica obbligazione tributaria». Il che ripropone, anche qui con una formulazione migliore, la disciplina del TARES, di cui si è detto nel paragrafo precedente²⁸. Inoltre, la definizione dei soggetti passivi del TARES ricopia nella sostanza quella della TARSU ex art. 62 D.lgs. 507/1993, di cui si è detto nel paragrafo precedente, ma anche

²⁶ Cfr. art.15 della direttiva del Consiglio n. 75/442/CEE del 15 luglio 1975, come sostituito dall'art. 1, paragrafo 1, della direttiva del Consiglio 91/156/CEE del 18 marzo 1991, per il quale: «Conformemente al principio “chi inquina paga”, il costo dello smaltimento dei rifiuti deve essere sostenuto: - dal detentore che consegna i rifiuti ad un raccogliatore o ad una impresa di cui all'articolo 9 e/o - dai precedenti detentori o dal produttore del prodotto causa dei rifiuti». La direttiva è venuta meno - in forza dell'art.20 della direttiva del Parlamento Europeo n. 2006/12/CE del 5 aprile 2006, la quale ha sostituito la precedente direttiva ed è stata a sua volta abrogata dall'articolo 41 della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 98/2008 (relativa ai rifiuti e di riordino del sistema), che ha appunto sostituito la precedente direttiva - permane però la regola che i costi dello smaltimento dei rifiuti siano sostenuti produttori/detentori dei rifiuti in applicazione il principio chi inquina paga, regola che è ribadita dall'art.14 della direttiva 2008/98/CE: «Secondo il principio chi inquina paga, i costi della gestione dei rifiuti, compresi quelli per la necessaria infrastruttura e il relativo funzionamento, sono sostenuti dal produttore iniziale o dai detentori del momento o dai detentori precedenti dei rifiuti».

²⁷ Peraltro il comma 1 dell'art.238 cit. aggiunge che «la tariffa costituisce il corrispettivo per lo svolgimento del servizio di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e ricomprende anche i costi indicati dall'articolo 15 del decreto legislativo 13 gennaio 2003, n. 36» (per quest'ultimo articolo «il prezzo corrispettivo per lo smaltimento in discarica deve coprire i costi di realizzazione e di esercizio dell'impianto, i costi sostenuti per la prestazione della garanzia finanziaria ed i costi stimati di chiusura, nonché i costi di gestione successiva alla chiusura per un periodo pari»).

²⁸ Risalta che anche per i soggetti passivi, come per il presupposto, nella TARI rileva il possesso accanto alla detenzione a qualsiasi titolo, mentre nel TARES e negli altri tributi si richiamano occupazione e detenzione (ad es. i soggetti passivi del TARES sono identificati in «coloro che occupano o detengono i locali o le aree scoperte ...», mentre nella TARI il riferimento è a «chiunque possieda o detenga a qualsiasi titolo locali o aree scoperte ...»). Si tratta di una formulazione migliore, risolutiva di alcuni problemi interpretativi, giacché il possesso compendia la detenzione, tranne che sia diversamente disposto in via negoziale, e la detenzione a qualsiasi titolo compendia l'occupazione (sui contenuti delle nozioni di possesso e di detenzione si rimanda per tutti, anche per i riferimenti, a C. TENELLA SILLANI, *Possesso e detenzione* in *Digesto Disc. Priv. Sez. Civ.*, XIV, Torino, 1996, p.8 ss.). Inoltre l'uso (e la ripetizione) della congiunzione disgiuntiva “o” non vale di certo ad ampliare la platea dei soggetti passivi (aggiungendo, ad esempio, al conduttore dell'immobile il suo possessore), dovendosi fare riferimento ad uno soltanto dei due, da individuare in chi fruisce del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti, come chiarisce bene l'art.1, comma 639, della legge 147/2013 che pone il tributo «a carico dell'utilizzatore». *Similiter* può dirsi per la definizione del presupposto. Per completezza circa i soggetti passivi del TARES si ripropone il comma 5 dell'art.14 DL 201/2011: «il tributo è dovuto da coloro che occupano o detengono i locali o le aree scoperte di cui ai commi 3 e 4 con vincolo di solidarietà tra i componenti del nucleo familiare o tra coloro che usano in comune i locali o le aree stesse».

quella della TIA 1 ex art. 49, comma 3, D.lgs. 22/1997 e della TIA 2 ex art.238, comma 1, D.lgs. 152/2006, di cui pure si è detto.

3.2. Di parziale continuità si può, invece, parlare con riferimento alla disciplina della base imponibile, cui finora non si sono fatti riferimenti. Il discorso è più complesso e non può qui essere condotto che per linee generali; si segue una più funzionale esposizione diacronica.

Così, nella TARSU si richiamano quantità e qualità medie ordinarie dei rifiuti producibili nei locali ed aree tassate a seconda dell'uso cui sono destinate, nonché il costo di smaltimento dei rifiuti; con la possibilità - aggiunta in un secondo momento - che i comuni, non di grande dimensione, scelgano quantità e qualità effettivamente prodotta dei rifiuti²⁹. Ed è previsto che gli enti locali adottino tariffe per categorie e sottocategorie omogenee di rifiuti e seguendo dei criteri di legge³⁰. Come anche sono previste riduzioni, appositamente deliberate dai Comuni, che meglio adeguino il tributo alla capacità contributiva sottostante, quali quelle che distinguono le abitazioni con un unico occupante o delle quali si faccia un uso stagionale o limitato e discontinuo³¹.

Con l'introduzione della TIA 1 si afferma l'esigenza di una copertura integrale dei costi del servizio, come richiesto dalle norme europee e dal principio «chi inquina paga» in esse codificato³². Il che comporta un incremento della tassazione, ma anche ed inevitabilmente una maggiore attenzione per la capacità contributiva sottostante. E, limitando l'attenzione all'art. 49 D.lgs. 22/1997, ciò si traduce: fondamentalmente, nella distinzione della tariffa in una quota fissa, «determinata in relazione alle componenti essenziali del costo del servizio» («riferite in particolare agli investimenti per le opere e dai relativi ammortamenti»), e in una quota variabile, «rapportata alle quantità di rifiuti conferiti, al servizio fornito, e all'entità dei costi di gestione, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio»; ma anche in una maggiore articolazione della tariffa, nel riferimento ad un metodo normalizzato per il calcolo delle sue voci nonché ad un piano finanziario degli interventi relativi al servizio, nella possibilità di riduzioni (quali quelle legate alla raccolta differenziata o al recupero dei rifiuti), nella previsione di obiettivi di miglioramento della produttività e della qualità del servizio fornito.

²⁹ L'art. 65, comma 1, D.lgs. 507/1993, come sostituito dall'art. 3, comma 68, lett. e), delle 28 dicembre 1995, n. 549, così dispone: «la tassa può essere commisurata o in base alla quantità e qualità medie ordinarie per unità di superficie imponibile dei rifiuti solidi urbani interni ed equiparati producibili nei locali ed aree per il tipo di uso, cui i medesimi sono destinati, e al costo dello smaltimento oppure, per i comuni aventi popolazione inferiore a 35.000 abitanti, in base alla qualità, alla quantità effettivamente prodotta, dei rifiuti solidi urbani e al costo dello smaltimento».

³⁰ Cfr. l'art. 65, comma 2, D.lgs. 507/1993: «Le tariffe per ogni categoria o sottocategoria omogenea sono determinate dal comune, secondo il rapporto di copertura del costo prescelto entro i limiti di legge, moltiplicando il costo di smaltimento per unità di superficie imponibile accertata, previsto per l'anno successivo, per uno o più coefficienti di produttività quantitativa e qualitativa di rifiuti».

³¹ Cfr. artt. 66 e 67 D.lgs. 507/1993.

³² Cfr. *supra* nota 26. Il principio «chi inquina paga» ha le sue radici nella teoria economica nota come economia del benessere (cfr. A. C. PIGOU, *Economia del benessere*, trad. italiana a cura di M. Einaudi, Torino, 1968); su origini, declinazioni ed evoluzione di esso cfr. M. MELI, *Il principio comunitario "chi inquina paga"*, Milano, 1996. Tra gli studi di diritto tributario si vedano ad esempio: C. VERRIGNI, *La rilevanza del principio comunitario "chi inquina paga" nei tributi ambientali* in Rass. Trib. 2003, p. 1614 ss.; P. SELICATO, *Imposizione fiscale e principio "chi inquina paga"*, in Rass. trib., 2005, p. 1160 ss.; R. ALFANO, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Torino, 2012, p.12 ss.; P. MASTELLONE, *Il ruolo dell'Unione Europea nella creazione di un "diritto tributario ambientale" all'interno degli ordinamenti degli Stati membri* in S. Dorigo-P. Mastellone, *La fiscalità per l'ambiente*, Roma, 2013, p.92 ss.; A. PERRONE, *I profili di armonizzazione riscontrabili nella tassazione a livello nazionale* in A. DI PIETRO (a cura di), *La fiscalità ambientale in Europa*, Bari, 2016, p. 57 ss.; S. CANNIZZARO, *La matrice solidaristica dei principi europei e internazionali in materia ambientale e il ruolo della fiscalità nel sistema interno* in Riv. Dir. Trib. 2017, IV, p.95 ss., spec. p.98 ss., 114 ss.; M. A. ICOLARI, *Per una dogmatica dei tributi ambientali*, Napoli, 2019, p.71 ss.

Nel solco della TIA 1 si pone la TIA 2, la quale, pur nella sua breve vita, meglio finalizza la disciplina esistente³³, prevedendo, ad esempio, che: «la tariffa per la gestione dei rifiuti è commisurata alle quantità e qualità medie ordinarie di rifiuti prodotti per unità di superficie, in relazione agli usi e alla tipologia di attività svolte, sulla base di parametri, determinati con il regolamento di cui al comma 6, che tengano anche conto di indici reddituali articolati per fasce di utenza e territoriali» (il regolamento, come è noto, non viene mai emanato, condizionando in negativo la vigenza della TIA 2³⁴); «nella determinazione della tariffa è prevista la copertura anche di costi accessori relativi alla gestione dei rifiuti urbani quali, ad esempio, le spese di spazzamento delle strade».

Considerazioni analoghe possono farsi per il TARES sia per la breve vita, sia perché non innova più di tanto i precedenti quanto alla determinazione della base imponibile, rinviando addirittura allo stesso regolamento previsto nella disciplina della TIA 1 (il DPR 158/1999), salvo prevedere delle maggiorazioni *ex lege*, riportare alla disciplina primaria diverse riduzioni, demandare al Consiglio comunale varie specificazioni. E nello stesso solco del TARES si pone la TARI, della cui disciplina si apprezza la maggiore compiutezza, ad esempio, circa le superfici tassabili; si segnala la possibilità che il Comune, in alternativa al regolamento a base della TIA 1, il DPR 158/1999, contenente il cd. metodo normalizzato, e nelle more di una sua revisione, proceda *ex se* commisurando, sull'esempio di quanto accadeva per la TARSU, ma con più precise indicazioni, «la tariffa alle quantità e qualità medie ordinarie di rifiuti prodotti per unità di superficie, in relazione agli usi e alla tipologia delle attività svolte nonché al costo del servizio sui rifiuti»³⁵. Dall'esposizione che precede, pur con l'inevitabile approssimazione che la contraddistingue, emerge come nella disciplina della base imponibile un netto stacco si rinvenga nel passaggio dalla TARSU alla TIA 1, e sia dato dall'esigenza di copertura integrale dei costi del servizio, la quale comporta un incremento della tassazione, ma anche una maggiore attenzione per la capacità contributiva sottostante; anche se va detto che da ultimo vi erano stati interventi nella TARSU verso una copertura maggiore o integrale dei costi³⁶.

Tuttavia, per quanto si tenda verso una situazione di effettività (alla quale, però, è difficile allo stato immaginare di poter pervenire su larga scala), si ancora pur sempre la determinazione della base imponibile a criteri medio-ordinari, tant'è che continua a farsi riferimento al cd. metodo normalizzato di cui al DPR 158/1999³⁷: di tali criteri non possono che apprezzarsi il graduale affinamento e la via via maggiore aderenza alla realtà, ma ciò non ne muta la natura; inoltre la componente immobiliare continua ad avere un peso determinante nelle "presunzioni" di produzione dei rifiuti e di utilizzo del servizio di smaltimento. Sicché, pur con i correttivi di cui si è detto, se ne ricava una lettura di sostanziale continuità con la disciplina della TARSU, anche quanto alla determinazione della base imponibile (a maggior ragione ove si considerino gli interventi recati da ultimo alla TARSU³⁸). Ma non potrebbe essere diversamente dal momento che, come si è visto, il presupposto del tributo rimane lo stesso e, come è noto, la base imponibile di un tributo è strettamente legata al suo presupposto: essa, infatti, consente di misurarlo, esprimendo il valore su cui applicare l'aliquota (e giungere così al tributo); per l'appunto si dice che «presupposto è ciò che provoca l'applicabilità di un tributo (*l'an debeatur*); base imponibile è ciò che ne determina la misura (il *quantum*)»³⁹.

³³ Cfr. art.238 D.lgs. 152/2006.

³⁴ Cfr. *supra* nota 37.

³⁵ Il virgolettato è tratto dal comma 652 dell'art.1 della legge 147/2013. Si veda *amplius* quanto disposto dai commi 651-654 bis dello stesso art. 1.

³⁶ Cfr. il comma 3 bis dell'art.61 D.lgs. 507/1993 (aggiunto dall'art. 3, comma 68, lett. b), della legge 28 dicembre 1995, n. 549) e il comma 23 della legge 23 dicembre 1998, n. 448.

3.3. Infine, con l'introduzione del TARES si segnala una decisa novità - invero poco normata - data dalla possibilità per i Comuni che abbiano realizzato «sistemi di misurazione puntuale della quantità di rifiuti conferiti al servizio pubblico», di «prevedere l'applicazione di una tariffa avente natura corrispettiva, in luogo del tributo», che sarebbe «applicata e riscossa dal soggetto affidatario del servizio di gestione dei rifiuti urbani». Ciò: a seguito di una precisa scelta dell'ente, da effettuare con proprio regolamento, e sulla base pur sempre di criteri ministeriali; e ferma restando la doverosità del tributo «limitatamente alla componente diretta alla copertura dei costi relativi ai servizi indivisibili dei comuni»⁴⁰.

Nello stesso solco si pone la TARI, che pure prevede una tariffa puntuale, la cd. TARIP, alla quale però si dedica una disciplina più scarna - il comma 668 dell'art. 1 della legge 147/2013⁴¹ - di quella prevista per il TARES ed inevitabilmente foriera di (maggiori) problemi: ad esempio nella determinazione della TARIP l'ente locale sembra potersi dare propri criteri complementari e/o alternativi a quelli ministeriali⁴².

4. La natura tributaria dell'attuale tassa sui rifiuti.

4.1. L'esposizione che precede vuole essere funzionale a chiarire la natura tributaria della tassa sui rifiuti: in sé e nella sua tormentata evoluzione legislativa. Così dicendo si anticipa la conclusione del ragionamento svolgendo, ma l'esito non potrebbe essere diverso: sono evidenti i connotati tributari come anche sono evidenti le continuità dalla TARSU alla TARI, per di più su aspetti fondamentali. Piuttosto, vanno analizzate le voci dissenzienti ed è bene dedicare una finale attenzione alle discontinuità.

³⁷ Invero si è tentato il superamento del metodo normalizzato di cui al DPR 158/1999, prevedendosene il mantenimento in via transitoria e la sostituzione con un emanando regolamento. Quest'ultimo, però, previsto per la TIA 2 (al comma 6 dell'art.238 del D.lgs. 152/2006), e poi per il TARES (nella veste originaria dei commi 9 e 12 dell'art.14 DL 201/2011), non è stato mai emanato, al punto che il legislatore: per la TIA 2 autorizza i comuni ad avvalersi in via transitoria della disciplina vigente (ossia il DPR 158/1999) ex art.2 quater del DL 30 dicembre 2008, n.208 (come convertito dalla legge 27 febbraio 2009, n. 13); per il TARES stabilizza la disciplina transitoria (con le modifiche recate al comma 9 cit. e con l'abrogazione del comma 12 cit. ad opera, nell'ordine, dell'art. 1, comma 387, lett. b, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 e dell'art. 1, comma 387, lett. d, della stessa legge 228/2012). Per la TARI non si menziona più l'emanando regolamento, ma si richiama solo il DPR 158/1999 (l'art.1, comma 651, della legge 147/2013 prevede «Il comune nella commisurazione della tariffa tiene conto dei criteri determinati con il regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 1999, n. 158»). Ciò: salva la possibilità per il Comune - già prevista per la TARSU, ma pur sempre basata su criteri medio-ordinari, di cui al successivo comma 652 (cfr. anche quanto detto in precedenza e alla nota 35) - «in alternativa ... e nel rispetto del principio «chi inquina paga», sancito dall'articolo 14 della direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti» di «commisurare la tariffa alle quantità e qualità medie ordinarie di rifiuti prodotti per unità di superficie, in relazione agli usi e alla tipologia delle attività svolte nonché al costo del servizio sui rifiuti»; con delle semplificazioni (indicate dallo stesso comma 652 cit. nelle more della revisione del cit. DPR 158/1999) e con le specificazioni di cui ai commi successivi. Sulle difficoltà di abbandonare il metodo normalizzato si veda ad esempio e di recente G. SELICATO-A. SORRISO CHIECO, *La Tassa sui rifiuti in I tributi comunali dentro e oltre la crisi*, cit., p.180 ss.

³⁸ Cfr. *supra* nota 36.

³⁹ Si sono riproposte per sinteticità e chiarezza le parole espresse da F. TESAURO, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2017, p.109. Ma analoga chiarezza si rinviene già in A. D. GIANNINI, *Il rapporto giuridico d'imposta*, Milano, 1937, p.189 ss. (e, per una sintesi, cfr. ID., *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, p.168).

⁴⁰ Cfr. *amplius* art.14, commi 29-32, DL 201/2011.

⁴¹ Esso dispone: «I comuni che hanno realizzato sistemi di misurazione puntuale della quantità di rifiuti conferiti al servizio pubblico possono, con regolamento di cui all'articolo 52 del decreto legislativo n. 446 del 1997, prevedere l'applicazione di una tariffa avente natura corrispettiva, in luogo della TARI. Il comune nella commisurazione della tariffa può tenere conto dei criteri determinati con il regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 1999, n. 158. La tariffa corrispettiva è applicata e riscossa dal soggetto affidatario del servizio di gestione dei rifiuti urbani. Il comune nella commisurazione della tariffa può tenere conto dei criteri determinati con il regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 1999, n. 158».

⁴² Cfr. nota precedente.

A connotare i tributi sono «la doverosità della prestazione, in mancanza di un rapporto sinallagmatico tra le parti, nonché il collegamento di tale prestazione con la pubblica spesa, in relazione ad un presupposto economicamente rilevante»⁴³: così si è espressa più volte la Corte Costituzionale, in linea del resto con le nozioni comunemente accolte (nel nostro ordinamento non si hanno definizioni normative del tributo)⁴⁴ e con le definizioni presenti in altri ordinamenti⁴⁵.

Tali caratteristiche si rinvencono senz'altro nella TARI: essa è dovuta al (solo) verificarsi di un presupposto, che esprime una precisa rilevanza economica (*id est* capacità contributiva), e a prescindere dalla fruizione (e dall'intensità della fruizione) del servizio di gestione dei rifiuti; la finalizzazione pubblicistica è evidente nella destinazione ad un servizio pubblico essenziale (quello di gestione dei rifiuti), di cui peraltro si vogliono coprire integralmente i costi (ovverosia ripartire tra i consociati la totalità dei costi).

Le norme dedicate alla TARI scandiscono bene tali caratteristiche. Analogamente può dirsi per i precedenti della stessa a partire dalla TARSU: a fronte di continuità di presupposto, soggetti passivi, base imponibile, per come si è detto, non vi sono o non vi dovrebbero essere dubbi a qualificare tributi tali precedenti, senza che le diverse denominazioni o le deficienze normative, proprie di TIA 1 e TIA 2, possano ostacolare una preferibile ricostruzione di sistema.

La Corte costituzionale ha avuto modo di dire e ribadire ciò. Lo ha fatto con riferimento alla TIA 1 nell'importante sentenza 238 del 2009⁴⁶, ove: si svalutano giustamente il *nomen iuris* («i tributi vanno individuati indipendentemente dal *nomen iuris*... Inoltre, il termine “tariffa” - nella tradizione propria della legislazione tributaria - ha un valore semantico neutro, nel senso che non si contrappone necessariamente a termini quali “tassa” e “tributo”, tanto che anche l'art. 58 del D.lgs. n. 507/1993 testualmente prevede che la TARSU (cioè una “tassa” e, quindi, un “tributo”) si applica “in base a tariffa”»), come altri aspetti esteriori; si evidenziano le continuità tra TARSU e TIA, soprattutto per quanto attiene all'identità del «fatto generatore dell'obbligo del pagamento» e dei «soggetti obbligati», alla «medesima struttura autoritativa e non sinallagmatica», alla sovrapponibilità delle basi imponibili («sono analoghi i criteri di commisurazione dei due prelievi ... il suddetto “metodo normalizzato” per la determinazione della TIA è pienamente coerente con i criteri fissati dalla legge per la commisurazione della TARSU») anche in relazione ai costi da coprire («coprire anche le pubbliche spese afferenti a un servizio indivisibile, reso a favore della collettività e, quindi, non riconducibili a un rapporto sinallagmatico con il singolo utente», «l'unica sostanziale differenza sul punto tra i due prelievi si riduce al fatto che, mentre per la TARSU il gettito deve corrispondere ad un ammontare

⁴³ Il virgolettato è tratto da C. Cost. 11 ottobre 2012, n.223, ma le stesse parole sono usate da C. Cost. 28 ottobre 2011, n. 280. Tali pronunce a loro volta si rifanno a diversi precedenti espressamente richiamati nelle stesse.

⁴⁴ La nozione di tributo, come è noto, pur ricorrendo in numerose previsioni di legge, anche con aggettivazioni, non è da queste fornita. Si conviene, però, nell'attribuirvi una genesi extra-giuridica, essenzialmente economica e sociologica, alla quale fare riferimento, che, in estrema sintesi, può riassumersi nella prestazione pecuniaria coattiva in favore di un ente impositore e per il finanziamento delle sue attività istituzionali, fermo restando che la nozione deve il più possibile aderire ai contesti in cui ricorre e può anche assumere un'ampiezza variabile. Si veda ad esempio ad esempio S. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, Torino, 2020, p.1 ss., ma similiter già A. D. GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, cit., p.58: «i tributi hanno la triplice caratteristica: che sono dovuti ad ente pubblico; che trovano il loro fondamento giuridico nel potere d'impero dello Stato; che sono imposti allo scopo di apprestare i mezzi per il fabbisogno finanziario dello stesso».

⁴⁵ Spicca, andando alle codificazioni più recenti, la definizione data dall'art.2 della spagnola *Ley general tributaria* del 2003: «Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos». Oppure, andando oltre oceano, si può ricordare la definizione recata dall'art.2 del *Model Tax Procedure Code* del 2015 dei Paesi dell'America Latina: «Taxes are the pecuniary considerations that the State demands by virtue of its tax enforcement power, which arises from the occurrence of the taxable event as set forth by law, and such law binds said taxable event to the duty of paying taxes aimed at meeting public needs».

⁴⁶ Cfr. *supra* nota 7.

compreso tra l'intero costo del servizio ed un minimo costituito da una percentuale di tale costo determinata in funzione della situazione finanziaria del Comune ... per la TIA il gettito deve, invece, assicurare sempre l'integrale copertura del costo dei servizi»); si conclude che «le ... caratteristiche strutturali e funzionali della TIA ... rendono evidente che tale prelievo presenta tutte le caratteristiche del tributo ... e che ... costituisce una mera variante della TARSU ..., conservando la qualifica di tributo propria di quest'ultima». Ciò, poi, è in linea con altre pronunce della stessa Corte sempre con riferimento alla TIA 1 (e nel solco della cennata sentenza), ma anche con riferimento ad altri tributi⁴⁷; e nel senso della natura tributaria della TIA 1 è consolidata la giurisprudenza della Corte di Cassazione⁴⁸.

Piuttosto in un quadro siffatto ci si dovrebbe domandare di che tipo di tributo si tratta. Infatti, nonostante le denominazioni di tassa o tariffa si può ragionevolmente pensare di essere in presenza di un'imposta. Valga osservare che: la TARI è dovuta al semplice verificarsi del presupposto («il possesso o la detenzione a qualsiasi titolo di locali o di aree scoperte, a qualsiasi uso adibiti, suscettibili di produrre rifiuti urbani») senza che da essa ci si possa sottrarre; la correlazione tra tributo e servizio di smaltimento dei rifiuti esprime una situazione di normalità, non anche di effettività, tant'è che il tributo è dovuto anche laddove il servizio di smaltimento non venga prestato (di ciò prendono atto i commi 656 e 657 dell'art.1 della legge 147/2013, prevedendo apposite riduzioni) e che usufruiscono del servizio anche coloro che, non realizzando il presupposto, non pagano il tributo; il presupposto viene misurato pur sempre con criteri di normalità (che per quanto affinati, prescindono dalla fruizione o dall'intensità della fruizione del servizio) e in funzione di una presunta sottostante capacità contributiva, suscettibile di essere contaminata da elementi che nulla hanno a che vedere col servizio stesso (quali la capacità contributiva della famiglia o l'ISEE, di cui al comma 682 dell'art.1 della legge 147/2013). E ai fini della qualificazione del tributo in esame come tassa non giova di certo la considerazione che esso coprirebbe i costi di servizi pubblici divisibili, giacché esso fa fronte anche a servizi indivisibili (quali lo spazzamento e la pulizia di spazi ed aree pubbliche o lo smaltimento dei rifiuti in essi rinvenuti), ammesso pure che si possa importare *sic et simpliciter* nel diritto tributario una distinzione, quella tra servizi pubblici indivisibili e servizi pubblici divisibili, che è tipica della scienza delle finanze.

4.2. Di fronte al quadro così tracciato stranisce che il legislatore nel 2010 abbia emanato una norma interpretativa: l'art.14, comma 33, del DL 31 maggio 2010, n.78 (come convertito nella legge 30 luglio 2010, n. 122). Ivi si stabilisce: «Le disposizioni di cui all'articolo 238 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, si interpretano nel senso che la natura della tariffa ivi prevista non è tributaria. Le controversie relative alla predetta tariffa, sorte successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria».

⁴⁷ Cfr. le ordinanze n.64 del 24 febbraio 2010 e 300 del 20 novembre 2009. Più spesso, come nella vicenda decisa dalla sentenza 238/2009, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla nozione del tributo in funzione o anche in funzione dell'individuazione della giurisdizione cui devolvere le relative controversie; si ricordano ad esempio le pronunce: n. 64 del 14 marzo 2008, n. 130 del 14 maggio 2008, n. 34 del 1° febbraio 2006, n. 141 dell'8 maggio 2009. Ma, naturalmente, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla natura tributaria o meno di varie entrate a prescindere da vicende di giurisdizione, come ad esempio nelle sentenze: n. 256 del 20 giugno 2007; n. 335 del 10 ottobre 2008. Ripercorre la giurisprudenza della Corte sulla nozione del tributo A. FEDELE, *La definizione di tributo nella giurisprudenza costituzionale*, in Riv. dir. trib. 2018, I, p.1 ss.

⁴⁸ Si è citata in precedenza Cass. SS. UU. 8313/2010 (*supra* nota 7), ma davvero numerose sono le pronunce della Corte di Cassazione nella stessa direzione (di recente cfr. ad esempio n. 7187 del 15 marzo 2021; n. 22901 del 21 ottobre 2020; n. 16994 del 13 agosto 2020; n. 6149 del 5 marzo 2020), anche se non manca qualche isolata voce contraria (così Cass. 27 gennaio 2020, n. 1839, con nota critica di A. GIOLO, *Con un "corto circuito" la Cassazione crea la giurisdizione "a tempo" sulla Tia1* in Dir. Prat. Trib. 2021, II, p.374 ss.).

Stranisce siffatto intervento non solo perché alla luce di quanto si è detto, e alla stregua di quanto avvenuto per la TIA 1, non avrebbero dovuto esserci dubbi circa la natura tributaria della TIA 2, ma anche perché della legge interpretativa difettavano i requisiti. Infatti, non si era di fronte ad una formulazione equivoca del testo di legge, né vi erano dubbi circa l'esegesi da attribuirvi; per di più la TIA 2 non era ancora entrata in vigore (visto che la sua adozione da parte dei comuni era condizionata all'emanazione di un apposito regolamento mai emanato⁴⁹) e il testo che si introduce risulta - esso sì - equivoco (se la TIA 2 non è tributo non occorre affermare la giurisdizione ordinaria sulle relative controversie e meno che mai a partire da una certa data!)⁵⁰.

La giurisprudenza di legittimità, ancorché non tenuta, reagisce in maniera decisa, criticando siffatto intervento e qualificando la norma non interpretativa, ma innovativa, vale a dire con effetti *ex nunc* e non *ex tunc*: si ricordano gli *obiter dicta* presenti in Cass. nn. 3293 e 3294 del 2 marzo 2012⁵¹. Pur tuttavia, con riferimento alla TIA 2 si ripropongono innanzi al giudice civile le liti circa l'assoggettabilità ad IVA della stessa, le quali portano la Corte di Cassazione ad affermarne la natura di mero corrispettivo: risolutivamente con la sentenza delle Sezioni Unite 8631/2020 citata in principio, che si allinea ad un criticato precedente della stessa Corte, la sentenza n. 16332 del 21 giugno 2018⁵², discostandosi da (quanto statuito dal giudice di appello, ma anche da) quanto esposto dall'ordinanza di rimessione⁵³.

La pronuncia non è affatto condivisibile, dal momento che glissa sulle perplessità avanzate

⁴⁹ Era fatta salva per i Comuni la possibilità, introdotta in un secondo momento, di adottare la TIA 2 sulla base dei regolamenti esistenti: cfr. il comma 2 *quater* dell'art.5 del DL 30 dicembre 2008, n. 208 (aggiunto dalla legge di conversione 27 febbraio 2009, n. 13), nonché - per il differimento dei termini - il comma 21 dell'art.23 del DL 1° luglio 2009, n. 78 (come convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102) e il comma 3 dell'art. 8, comma 3, del DL 30 dicembre 2009, n. 194 (come convertito dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25).

⁵⁰ Il senso dell'intervento legislativo può probabilmente cogliersi nel tentativo di assoggettare ad IVA la TIA 1, come emerge dalla circolare n. 3/DF dell'11 novembre 2010 del Ministero dell'economia e delle finanze (cfr. in particolare il passaggio: «si esprime ... il parere che la TIA1 debba continuare ad essere assoggettata all'IVA, come già sostenuto dall'Amministrazione finanziaria nei diversi interventi che si sono succeduti nel tempo ... La circostanza che la TIA2 possa in definitiva essere regolata dalle disposizioni inerenti la TIA1, conduce a concludere che i prelievi presentano analoghe caratteristiche e che la volontà del Legislatore è stata, con l'art. 14, comma 33, anche quella di dare una nuova veste alla TIA1, nelle more dell'emanazione del regolamento di cui all'art. 238, comma 6. Pertanto, se alla luce delle nuove disposizioni i due prelievi sono regolati ormai dalle stesse fonti normative, non appare razionale attribuire alla TIA1 una natura giuridica diversa da quella della TIA2. Di conseguenza, se la TIA2 ha natura di corrispettivo, ed in quanto tale è assoggettabile all'IVA, non può affermarsi diversamente per la TIA1»). Il tentativo, però, non è riuscito, giacché ad esso la giurisprudenza ha reagito in maniera decisa: oltre alle sentenze richiamate nel testo e nella nota successiva, si vedano ad es. Cass. n. 3756 del 9 marzo 2012, n. 5831 del 13 aprile 2012. Sulla genesi dell'art.14, comma 33, DL 78/2010 cfr. anche A. GIOLO, *Con un "corto circuito" la Cassazione crea la giurisdizione "a tempo" sulla Tia1*, cit., p.384 ss.

⁵¹ Nelle sentenze si legge: che la «disposizione che appare piuttosto contorta e intimamente contraddittoria: se la "tariffa" "non è tributaria" la giurisdizione sembra non possa essere assegnata al giudice tributario neanche per le controversie sorte anteriormente alla entrata in vigore del decreto 78»; «è possibile che attraverso la citata norma la Amministrazione, che ha elaborato il provvedimento, intendesse sottoporre ad IVA le somme versate, in passato, a titolo di TIA ... Si deve però costatare che, se questa era l'intenzione, l'*intentio legislatoris* non si è tradotta in una *voluntas legis*, cioè un contenuto normativo adeguato»; che «la giurisprudenza della Corte Costituzionale e di questa Corte era ... pacificamente orientata nel senso di ritenere la natura tributaria e non di corrispettivo della TIA 1. E dunque la disposizione sulla TIA 2 ha carattere innovativo, o - meglio - istituisce una tariffa che nell'intenzione del legislatore dovrebbe essere ontologicamente diversa rispetto alla "prima TIA"». Cfr. anche la nota precedente.

⁵² La sentenza è in maniera condivisibile criticata da più parti: cfr. C. SCALINCI, *La Tariffa integrata ambientale, la cd. TIA 2, non sarebbe un tributo ma un corrispettivo soggetto a IVA* in Riv. Dir. Trib. on line, 26 luglio 2018 (<https://www.rivistadirittotributario.it/2018/07/26/la-tariffa-integrata-ambientale-la-cd-tia-2-non-un-tributo-un-corrispettivo-soggetto-iva/>); A. GIOLO, *TIA1 e TIA2: gemelli diversi sotto il profilo dell'iva* in Dir. Prat. Trib. 2019, II, p.2593 ss. Cfr. anche *infra* nota 54.

⁵³ Si tratta dell'ordinanza n. 23949 del 25 settembre 2019. Conformi alle pronunce delle Sezioni Unite 8631 e 8632 del 2020 sono le più recenti pronunce della Cassazione: 28 agosto 2020, n. 18013; 1° giugno 2021, n. 15284.

dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (che neppure segue nell'iter argomentativo) e fonda l'affermazione della natura privatistica della TIA 2 solo su argomenti letterali⁵⁴.

Per un verso, si richiama la norma interpretativa di cui all'art.43, comma 33, DL 78/2010, malfatta e criticata da altre pronunce della stessa Corte, che (ora) viene difesa con "equilibrismi", giungendosene ad affermare «effetti temporali *pro futuro*» (che, però farebbero venir meno il senso dell'interpretazione autentica). Per altro verso, si richiamano alcuni passaggi dell'art.238 D.lgs. 152/2006 - i riferimenti alla «produzione di rifiuti», la qualificazione della tariffa quale «corrispettivo per lo svolgimento del servizio», la parametrizzazione della tariffa «a quantità e qualità dei rifiuti prodotti» - i quali, però, sono letti isolatamente e trascurando altri collegati/complementari passaggi, che ne completano il significato: infatti è evidente che l'art.238 si riferisce ai rifiuti producibili e non a quelli prodotti; di ciò però non si fa cenno alcuno nella sentenza ed addirittura nei riferimenti alla disciplina si omettono parole decisive (la tariffa, infatti, è parametrata non «alle quantità e qualità di rifiuti prodotti», ma «alle quantità e qualità medie ordinarie di rifiuti prodotti per unità di superficie in relazione agli usi e alla tipologia di attività svolte, sulla base di parametri, determinati con il regolamento ... che tengano anche conto di indici reddituali articolati per fasce di utenza e territoriali», come recita il comma 2 dell'art.238 cit.). E la debolezza degli argomenti letterali è tanto più evidente, perché (al di là dell'uso discutibile degli stessi e della conducenza dei ragionamenti) contrasta con la svalutazione dei *nomina iuris* affermata proprio in materia di tassazione dei rifiuti, ma non solo, da pressoché tutti i giudici coinvolti⁵⁵, oltre che dall'ordinanza di remissione.

Per completezza si aggiunge che la sentenza richiama altri precedenti della Corte di Cassazione. Non si può dire, però, di essere in presenza di precedenti particolarmente significativi, perché: vi sono pure pronunce che esprimono una diversa impostazione⁵⁶; i precedenti richiamati provengono per lo più da sezioni non tributarie e aderiscono nella sostanza all'unica sentenza che affronta *funditus* il problema della natura della TIA 2, ossia la n.16332/2018 cit.; quest'ultima, che pure proviene da una sezione non tributaria, in definitiva si limita a valorizzare argomenti letterali, tant'è che è stata criticata da più parti⁵⁷.

5. Perplessità sulla TARIP.

5.1. Aver indugiato nelle critiche alla qualificazione privatistica della TIA 2 è importante perché il discorso *mutatis mutandis* rischia di riproporsi con riferimento alla TARIP⁵⁸, tant'è che vi è stata una recente importante sentenza in questa direzione: si tratta di Cass. SS. UU. n. 11290/2021, richiamata in principio, che ha contribuito a sollecitare le riflessioni di chi scrive.

La sentenza risolve in favore del giudice ordinario un regolamento di giurisdizione per una controversia nata innanzi al giudice tributario (ma) a seguito della contestazione di una fattura avente ad oggetto la TARIP, che viene dalla Corte di Cassazione qualificata come corrispettivo di diritto privato: dal che consegue, appunto, l'affermazione della giurisdizione ordinaria.

⁵⁴ Tra le critiche si segnala F. FICHERA, *La c.d. TIA-2, natura giuridica e assoggettabilità all'IVA* in Rass. Trib. 2020, p.838 ss., da leggere insieme a ID., *Giurisdizione tributaria e nozione di tributo. Il caso della c.d. TIA-2* in Rass. Trib. 2020, p. 72 ss., ove si critica Cass. 16332/2018, ma anche la più recente e sbrigativa Cass. SS. UU. 27 gennaio 2020, n. 1839. Si aggiunge come la dottrina a mo' di esperimento dimostri la riferibilità alla TIA 2 delle ragioni addotte dalla Corte Costituzionale (nella sentenza 238/2009) con riferimento alla TIA 1 per dimostrarne la natura tributaria: cfr. A. GIOLO, *TIA1 e TIA2: gemelli diversi sotto il profilo dell'iva*, cit., p.2594 ss.

⁵⁵ Cfr. *in primis* C. Cost. 238/2009 e Cass. SS. UU. 8313/2010, richiamate in precedenza. Più di recente si vedano ad esempio: C. Cost. 14 dicembre 2017, n. 269; Cass. SS. UU. 4 giugno 2020, n. 10577. Anche nel diritto UE si prescinde dalle etichette e si guarda alla sostanza ai fini della qualificazione di un'entrata come tributo: cfr. ad esempio e di recente C. GUE 18 gennaio 2017, causa C-189/15, *Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS)*.

⁵⁶ Cfr. Cass. SS. UU. n. 17113 dell'11 luglio 2017, intervenuta sull'addizionale alla TIA 2, di cui si dichiara la natura tributaria.

⁵⁷ Cfr. *supra* nota 52.

5.2. La pronuncia: muove dal precedente sulla TIA 2, la citata sentenza 8631/2020, che richiama e di cui mostra di condividere impostazione e contenuti; matura nella consapevolezza della natura tributaria della TARI, dalla quale distingue la TARIP; basa la decisione su quattro ordini di ragioni, su cui è bene soffermarsi in questa sede.

Due paiono sin da subito inconferenti: la compatibilità della IVA con i pagamenti obbligatori *ex lege* (suscettibili di essere ricompresi nella nozione delle prestazioni di servizi di cui all'art.3 del DPR 26 ottobre 1972, n.633); la previsione, nei regolamenti comunali di adozione della TARIP, di devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario. Va da sé, infatti, che: la doverosità o meno dell'IVA e l'individuazione del giudice competente, ordinario e tributario, dovrebbero conseguire all'affermazione della natura privatistica o tributaria della pretesa; il carattere autoritativo di quest'ultima vale ad escludere il profilo soggettivo del presupposto IVA, chiamando in causa la nozione dell'imprenditore di cui all'art.4 DPR 633/1972 (e quella correlata di soggetto passivo recata dalla direttiva europea n. 2006/112 del 28 novembre 2006, come precisata dall'art.13)⁵⁹, non già quello di prestazione di servizi o di attività economica (nell'ordine, nel diritto nazionale e nel diritto UE); di certo, una fonte secondaria, per di più locale, qual è il regolamento comunale, non può incidere sul riparto di giurisdizione, ossia su una materia, che la Costituzione riserva alla legge, per di più dello Stato ex art. 117, comma 1, Cost..

Gli altri due ordini di ragioni sembrano avere un peso maggiore. Per un verso, si evidenziano la qualificazione legislativa della tariffa come corrispettivo e la previsione, sempre legislativa, di alternatività alla TARI (nell'art.1, comma 668, legge 147/2013)⁶⁰. Per altro verso, e in continuità con tali affermazioni, si richiama: la previsione che demanda ad un Decreto ministeriale la fissazione dei «criteri per la realizzazione da parte dei comuni di sistemi di misurazione puntuale della quantità di rifiuti conferiti al servizio pubblico o di sistemi di gestione caratterizzati dall'utilizzo di correttivi ai criteri di ripartizione del costo del servizio» (di cui al comma 667 della legge 147/2013); il Decreto ministeriale applicativo, 20 aprile 2017, laddove si stabilisce che «la misurazione puntuale della quantità di rifiuti conferiti si ottiene determinando, come requisito minimo, il peso o il volume della quantità di RUR conferito da ciascuna utenza al servizio pubblico di gestione dei rifiuti» (RUR sta per «rifiuto urbano residuo»).

⁵⁸ La rilevanza ai fini della TARIP è colta dall'ordinanza della Cassazione 23949/2019 cit., che rimette alle Sezioni Unite la questione della natura della TIA 2 (ma non ha sviluppo nella pronuncia delle Sezioni Unite 8631/2020, che ne è seguita). L'ordinanza, infatti, conclude: «ritiene il Collegio che la questione relativa alla natura giuridica della tariffa integrata ambientale, cd T.I.A. 2 e l'assoggettabilità ad Iva della stessa, esiga un pronunciamento della Corte nella sua più tipica espressione di organo della nomofilachia: si versa, invero, in questione di massima di particolare importanza, in ragione degli assai incidenti (ed immediatamente percepibili) riverberi di natura pratico-applicativa che da essa scaturiscono, sia con riferimento alla predetta tariffa integrata ambientale, sia riguardo alla istituzione della (successiva) TARI, regolata dalla L. n. 147 del 2013, art. 1, commi 641 e seguenti che prevede che i Comuni, ove sia operante un sistema di misurazione puntuale dei rifiuti, possano applicare una tariffa corrispettiva in alternativa alla Tari classica. La nuova normativa - come si è precisato in premessa - è strutturata in maniera tale che si ripresenteranno le medesime problematiche affrontate a proposito della T.I.A.2 riguardo alla qualificazione tributaria o privatistica della stessa».

⁵⁹ Significativa è, ad esempio, la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 5076 del 15 marzo 2016, ove con riferimento alla TIA 1, si esclude appunto il profilo soggettivo del presupposto IVA proprio ai sensi dell'art.13 della direttiva n. 2006/112 e richiamandosi alcuni precedenti della Corte di Giustizia (invero la sentenza esclude anche il profilo oggettivo del presupposto IVA: esclude appunto che vi sia una prestazione di servizi, ragionando sull'assenza di un rapporto di sinallagmaticità tra prestazione e controprestazione). Decisamente più approfondite le considerazioni espresse, soprattutto con riferimento al diritto UE e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in A. GIOLO, *TIA1 e TIA2: gemelli diversi sotto il profilo dell'iva*, cit., p.2611 ss.

⁶⁰ Si veda il passaggio: «Nondimeno, di là anche dal *nomen iuris* assegnato a detta prestazione dal comma in oggetto (tariffa avente natura corrispettiva), appare incontrovertibile che la norma primaria in esame, nello stabilire che “(i) comuni che hanno realizzato sistemi di misurazione puntuale della quantità di rifiuti conferiti al servizio pubblico possono, con regolamento di cui al D.Lgs. n. 446 del 1997, art. 52, prevedere l'applicazione di una tariffa avente natura corrispettiva, in luogo della TARI”, debba essere intesa nel senso di delineare l'ambito di detta tariffa in termini alternativi alla tassa sui rifiuti, di cui, come si è visto, è pacifica la natura tributaria».

Sennonché, il primo è un argomento letterale: che non regge a fronte della svalutazione dei *nomina iuris* affermata proprio dalla sentenza in esame, oltre che in materia di tassazione dei rifiuti (ma non solo) da pressoché tutti i giudici intervenuti (diverse pronunce sono richiamate dalla stessa sentenza); che anzi cozza con l'approccio sostanzialistico che, ove si controverta della giurisdizione (come, appunto, nella vicenda decisa da Cass. 11290/2021 cit.), è espressamente stabilito dal legislatore, il quale devolve «alla giurisdizione tributaria tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie comunque denominati» (così l'art.2 D.lgs. 546/1992, che ribadisce nel prosieguo l'irrelevanza della denominazione). Né vale osservare che la TARIP è prevista dalla legge «in luogo della TARI», giacché la prima non sostituisce la seconda, ne sostituisce solo una parte, quella variabile; ma non potrebbe essere diversamente, tant'è che in tal senso, si esprimono le fonti secondarie, nazionali e locali, e in tal senso si esprimeva la disciplina del TARES, che, come si è detto, introduce nell'ordinamento la tariffa puntuale⁶¹.

Ma anche il secondo ordine di ragioni è di tipo letterale. Si valorizzano pur sempre *litterae legis*, che attengono alla misurazione puntuale, alla quantità dei rifiuti conferiti, alla tipologia di rifiuti (cc.dd. RUR), al peso e al volume degli stessi. E al di là delle riproponibili critiche circa il significato del dato letterale, di cui si è detto, sorprende che la pronuncia in esame guardi soltanto ad alcuni passaggi normativi e li legga isolatamente, trascurando od omettendo altri collegati/complementari passaggi, che ne completano il significato: sorprende, cioè, che la pronuncia in esame persista nell'errore presente nella sentenza 8631/2020 cit..

A smontare tale ragionamento valga osservare che già per il decreto ministeriale 20 aprile 2017, che ex art.1, comma 667, della legge 147/2013 sta alla base della TARIP: la misurazione puntuale riguarda solo una parte dei rifiuti conferiti, il rifiuto urbano residuo o RUR, che è quello che residua dai rifiuti oggetto di raccolta differenziata e che neppure costituisce la maggior parte dei rifiuti urbani (tant'è che i Comuni possono *ex lege* continuare ad avvalersi del metodo normalizzato di cui di cui al DPR 158/1999⁶²); difficilmente la misurazione dei rifiuti è effettiva, essendo prevista una pesatura indiretta dei rifiuti in alternativa alla pesatura diretta (anche in concomitanza e per gli stessi rifiuti) ed essendo possibili le utenze aggregate (quali i condomini), in cui quantità e volumi sono attribuiti *pro capite* (in funzione del numero di componenti del nucleo familiare riferito a ciascuna utenza) o secondo parametri (di cui al DPR 158/1999)⁶⁴; l'entità della TARIP può essere commisurata (anche) al numero dei servizi che vengono messi a disposizione e alla qualità degli stessi, a prescindere dalla loro fruizione⁶⁵; non viene meno l'approvazione delle tariffe da parte del Comune.

Si aggiunge che la realizzazione di sistemi di misurazione puntuale dei rifiuti, non implica il passaggio alla tariffa avente natura corrispettiva, di cui all'art.1, comma 668, cit., dal momento che, come recita quest'ultimo articolo, «i comuni possono prevedere» tale passaggio; ma possono anche mantenere - come è verosimile che accada e la prassi sembra confermare - lo *status quo*, rimanendo così in regime tributario.

⁶¹ Infatti, nell'ipotesi di introduzione della tariffa puntuale l'art.14, comma 33, DL 201/2011 prevedeva la persistenza del tributo limitatamente alla componente diretta alla copertura dei costi relativi ai servizi indivisibili.

⁶² Si ricorda, infatti, che ex art.1, comma 668, della legge 147/2013 «il comune nella commisurazione della tariffa può tenere conto dei criteri determinati con il regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 1999, n. 158».

⁶³ Cfr. art.4 DM 20 aprile 2017. Possono essere misurate le quantità di altre frazioni o flussi di rifiuto oggetto di raccolta differenziata, ma è una scelta rimessa ai Comuni e la misurazione, in ogni caso, avviene in maniera semplificata.

⁶⁴ La pesatura indiretta si basa sui volumi dei rifiuti, che però sono quelli dei contenitori, dei quali si stima il peso. Essa in ogni caso riguarda i rifiuti diversi dal rifiuto urbano residuo (per le quali le differenze di peso sono notevoli), sempre che i Comuni deliberino in tal senso (cfr. *supra* nota precedente). Le utenze aggregate (di cui agli artt.7 e 8 del DM 20 aprile 2017) sono quelle per le quali non sia possibile o conveniente la misurazione diretta della quantità conferita da ciascuna utenza. Esse sono domestiche, ma può accadere che vi confluiscono utenze non domestiche: in tal caso i rifiuti di queste ultime devono essere conferiti in maniera separata oppure essere determinati in base a parametri (di cui al DPR 158/1999)

⁶⁵ Cfr. art.9 del DM 20 aprile 2017.

E naturalmente non si può sottacere che ad oggi, a prescindere da una eventuale decisione comunale di passaggio, alla TARIP non è possibile sottrarsi; come pure non si può trascurare che tra i costi che anche essa è chiamata a coprire ci sono quelli dei crediti inesigibili relativi agli esercizi e, addirittura, ai tributi precedenti⁶⁶. Sicché l'affermazione della natura privatistica della TARIP, cui perviene la citata sentenza n. 11290/2021, non è affatto convincente.

5.3. Invero, argomenti letterali si possono rinvenire *aliunde*. Così nel linguaggio normativo, come nella prassi, si distingue e/o si tende a distinguere tra tariffa-tributo e tariffa-corrispettivo⁶⁷, avallandosi o volendosi avallare per questa via la qualificazione della seconda come un'entrata di diritto privato. Ciò, però, desta non poche perplessità: si è pur sempre in presenza di poche espressioni, ambigue o comunque suscettibili di diverse declinazioni; il quadro normativo in cui esse si collocano è scarno e non giustifica la transizione dal diritto pubblico al diritto privato, specialmente se si considera che la materia è coperta dalla riserva di legge ex art.23 Cost.; ove anche siffatta transizione fosse possibile, esso comunque non offrirebbe garanzie di un'adeguata tutela degli interessi pubblici coinvolti nella gestione dei rifiuti; non si rinvergono (né si adducono) reali ragioni per arrivare a tanto.

Piuttosto si constata, *de iure condito* e al di là delle etichette impiegate, che la TARIP non è altro che una componente della TARI, che si connota per una diversa determinazione della base imponibile (*rectius* di una parte della stessa) con criteri che tendono ad una maggior effettività, ma che sono permeati ancora da misurazioni parziali, da forfettizzazioni, da parametri, da presunzioni. In altre parole, ci si muove pur sempre - sia pure con i doverosi adattamenti e gli apprezzabili miglioramenti - nel solco di quanto già avviato per la TARSU dall'art.65, comma 1, D.lgs. 507/1993⁶⁸. Inoltre mancano già nella genesi del rapporto i caratteri del sinallagma, che lega prestazione e controprestazione e che rappresenta l'essenza del contratto, e permangono piuttosto quelli autoritativi del tributo (essendosi pur sempre in presenza di una prestazione pecuniaria coattiva in favore di un ente impositore), alla stregua di quanto affermato più volte dalla Corte Costituzionale⁶⁹: con riferimento alla tassazione dei rifiuti si ricorda la sentenza 238/2009 relativa alla TIA 1⁷⁰.

Ciò non vuol dire escludere *tout court* che la TARIP possa avere natura privatistica, significa soltanto che allo stato non sembrano esserci le condizioni per giungere a tanto.

⁶⁶ Anche per la TARIP vale il disposto dell'art.654 bis della legge 147/2013 («tra le componenti di costo vanno considerati anche gli eventuali mancati ricavi relativi a crediti risultati inesigibili con riferimento alla tariffa di igiene ambientale, alla tariffa integrata ambientale, nonché al tributo comunale sui rifiuti e sui servizi (TARES)»), come si rileva ad esempio in: Risposte a quesiti, Telefisco 2019, 8 febbraio 2019, Ministero dell'Economia e delle Finanze, § 3 (https://www.finanze.it/export/sites/finanze/.galleries/Documenti/Varie/RIV_Telefisco_2019_quesiti_Mef_tributi_locali.pdf); G. SELICATO-A. SORRISO CHIECO, *La Tassa sui rifiuti in I tributi comunali dentro e oltre la crisi*, cit., p.191 ss. In tema cfr. anche M. AULENTA, *Ambiente: piccoli tributi crescono* in Riv. Dir. Fin. Sc. Fin. 2020, I, p.99 ss.

⁶⁷ Di recente si veda ad esempio l'art.1, comma 48, della legge 30 dicembre 2020, n.178, ove si dispone: «A partire dall'anno 2021 per una sola unità immobiliare a uso abitativo, non locata o data in comodato d'uso, posseduta in Italia a titolo di proprietà o usufrutto da soggetti non residenti nel territorio dello Stato che siano titolari di pensione maturata in regime di convenzione internazionale con l'Italia, residenti in uno Stato di assicurazione diverso dall'Italia, l'imposta municipale propria di cui all'articolo 1, commi da 739 a 783, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, è applicata nella misura della metà e la tassa sui rifiuti avente natura di tributo o la tariffa sui rifiuti avente natura di corrispettivo, di cui, rispettivamente, al comma 639 e al comma 668 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2013, n. 147, è dovuta in misura ridotta di due terzi». Sempre di recente e in via meramente esemplificativa si vedano anche: la deliberazione dell'ARERA n. 443 del 31 ottobre 2019; la nota IFEL (Istituto per la Finanza e l'Economia Locale) del 2 marzo 2020 di commento alla predetta delibera ARERA; la circolare n. 37259 del 12 aprile 2021 del Ministero della Transizione Ecologica.

⁶⁸ Ai comuni non di grande dimensione, infatti, l'art. 65, comma 1, D.lgs. 507/1993 consentiva di scegliere qualità e quantità effettivamente prodotta dei rifiuti. Cfr. *supra* paragrafo 3 e nota 29.

⁶⁹ Cfr. *amplius* quanto esposto *supra* nel paragrafo 4.1.

⁷⁰ E possono riprendersi alcune delle considerazioni svolte da Cass. 23949/2019 cit. con riferimento alla TIA 2: cfr. *supra* nota 58.

Sembra piuttosto di essere davanti ad un traguardo verso il quale si tende, ma al quale ancora non si è giunti. Il futuro probabilmente sarà quello in cui ciascuno decida dei propri rifiuti (come smaltirli, a chi affidarli, fare da sé, vendere quelli di valore, ecc.) ed agisca con logiche e strumenti del diritto privato: in questa direzione sembra muoversi il legislatore, ma non si può negare che ancora devono essere compiuti passi importanti, nonostante l'enfasi che da più parti si possa manifestare; peraltro non possono sottovalutarsi una serie di problemi concreti, di non facile soluzione, che vanno al di là della misurazione puntuale dei rifiuti (e che sono legati, ad esempio, alla realizzazione di adeguati ed opportunamente distribuiti punti di conferimento, all'organizzazione della raccolta porta a porta, ai tempi e alle modalità di pagamento, alle diverse tecnologie impiegabili). La situazione non cambia se si accede alla distinzione tra TARI presuntiva, TARI (tributo) puntuale e Tariffa corrispettiva, presente in alcuni regolamenti locali e avallata dalla deliberazione n.443/2019 dell'ARERA (Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente), a seconda delle modalità di tariffazione usate⁷¹; semmai da tale distinzione possono trarsi conferme della diversità di declinazione del principio "chi inquina paga", della compatibilità della tariffazione puntuale con la natura tributaria della pretesa, delle difficoltà di giungere ad una tariffa di diritto privato.

6. Principi di riferimento.

6.1. Le considerazioni svolte, pur con le perplessità nutrite, consentono di trarre alcune conclusioni circa le possibili differenze di disciplina a seconda che si tratti della "TARI tributo", sia "presuntiva" che "puntuale", o della TARI che diventa "tariffa corrispettiva".

L'intento è quello di fare chiarezza, innanzi tutto, circa i principi di riferimento, ma anche ed inevitabilmente su alcune ricadute concrete, allo scopo di consentire l'avvio di valutazioni più ampie circa la percorribilità delle alternative possibili agli enti locali, alternative: che non si appiattiscano sui *nomina iuris*, come è accaduto con la TIA 2, ma anche con riferimento alla TARIP nella criticata sentenza della Cassazione n. 11290/2021 cit.; che, fintanto che non si formino orientamenti (come è avvenuto per la TIA 2), possano far emergere nella giurisprudenza posizioni critiche (rispetto ai pochi precedenti) sull'esempio di quanto avvenuto nella richiamata ordinanza della Cassazione n. 23949/2019 (e di quanto già avvenuto con l'affermazione della natura tributaria della TIA 1: definitivamente invalsa con le citate C. Cost. 238/2009 e Cass. SS. UU. 8313/2010).

⁷¹ L'intervento dell'ARERA - di cui si è richiamata nel testo la deliberazione n.443/2019, già richiamata in precedenza (cfr. *supra* nota 67) - deriva dall'attribuzione alla stessa Autorità, ad opera del comma 527 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2017, delle funzioni di regolazione e controllo del ciclo dei rifiuti urbani e assimilati (per come segue: «a) emanazione di direttive per la separazione contabile e amministrativa della gestione, la valutazione dei costi delle singole prestazioni, anche ai fini della corretta disaggregazione per funzioni, per area geografica e per categorie di utenze, e definizione di indici di valutazione dell'efficienza e dell'economicità delle gestioni a fronte dei servizi resi; b) definizione dei livelli di qualità dei servizi, sentiti le regioni, i gestori e le associazioni dei consumatori, nonché vigilanza sulle modalità di erogazione dei servizi; c) diffusione della conoscenza e della trasparenza delle condizioni di svolgimento dei servizi a beneficio dell'utenza; d) tutela dei diritti degli utenti, anche tramite la valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentati dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati; e) definizione di schemi tipo dei contratti di servizio di cui all'articolo 203 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152; f) predisposizione ed aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione, a copertura dei costi di esercizio e di investimento, compresa la remunerazione dei capitali, sulla base della valutazione dei costi efficienti e del principio «chi inquina paga»; g) fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento; h) approvazione delle tariffe definite, ai sensi della legislazione vigente, dall'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale per il servizio integrato e dai gestori degli impianti di trattamento; i) verifica della corretta redazione dei piani di ambito esprimendo osservazioni e rilievi; l) formulazione di proposte relativamente alle attività comprese nel sistema integrato di gestione dei rifiuti da assoggettare a regime di concessione o autorizzazione in relazione alle condizioni di concorrenza dei mercati; m) formulazione di proposte di revisione della disciplina vigente, segnalandone altresì i casi di gravi inadempienze e di non corretta applicazione; n) predisposizione di una relazione annuale alle Camere sull'attività svolta»).

Naturalmente si procede per cenni.

6.2. Così non vi sono dubbi che la “TARI tributo” soggiaccia alla riserva di legge ex art.23 Cost. («nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge»), che appunto vuole che le scelte in materia di tributi li faccia il legislatore. Più esattamente: trattandosi di una riserva relativa, alla legge compete la disciplina degli aspetti essenziali delle prestazioni imposte, potendo gli aspetti ulteriori essere regolati da fonti secondarie (come appunto accade nella materia *de qua* ove ad integrazione/specificazione della disciplina legislativa intervengono i regolamenti comunali); all’amministrazione non spettano margini di scelta (individuazione, ponderazione e composizione degli interessi coinvolti) su *an* e *quantum debeatur*, mentre margini di scelta si aprono (nella riscossione e) sugli aspetti attinenti al *quomodo* e al *quando debeatur*. Le cose non dovrebbero cambiare più di tanto con la “tariffa corrispettiva”, che pur sempre ricade nel novero delle prestazioni patrimoniali imposte (soggette alla riserva ex art.23 Cost.), a meno di non ipotizzare scenari futuri in cui ciascuno sia libero di scegliere se riciclare i rifiuti o smaltirli da sé, a chi affidarli, a quali condizioni farlo ovvero scenari utopistici in cui si possano non produrre rifiuti.

Del pari la “TARI tributo” soggiace al dovere di contribuzione secondo capacità contributiva ex art.53 Cost. («tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva»): a maggior ragione se si propende per una qualificazione della stessa come imposta, piuttosto che come tassa, alla stregua di quanto si è detto in precedenza⁷². Mentre il passaggio alla “tariffa corrispettiva” segnerebbe l’abbandono del principio in esame, che è proprio dei tributi, per giungere a corrispettivi delle prestazioni ricevute, basati essenzialmente su quantità e qualità dei rifiuti conferiti. Sennonché la disciplina attuale è saldamente ancorata ad indici di capacità contributiva, quali il possesso o la detenzione di locali ed aree, la misura delle loro superfici, le loro destinazioni, le attività in essi svolta, il numero degli utenti del servizio; e tali indici sono suscettibili di essere contaminati da elementi che nulla hanno a che vedere con la gestione dei rifiuti (quali la capacità contributiva della famiglia o l’ISEE, di cui al comma 682 dell’art.1 della legge 147/2013). Ne deriva un quadro normativo articolato e difficile da superare *sic et simpliciter* con una delibera del Consiglio Comunale⁷³: probabilmente sono necessari ulteriori interventi legislativi e sicuramente più tentativi e riscontri applicativi di quelli finora registrati⁷⁴.

6.3. Se si guarda ai principi del diritto europeo, la distinzione tra “tributo” e “tariffa corrispettiva” in sé assume poca importanza, dal momento che il principio europeo «chi inquina paga», di cui all’art.191, comma 2, TFUE (ma non solo⁷⁵), richiamato più volte dalle norme in

⁷² Cfr. *supra* paragrafo 4.

⁷³ Infatti, occorre procedere all’individuazione delle previsioni legislative, cogenti e speciali, che sono insuscettibili di essere derogate; nel rispetto delle stesse e per quanto da esse non regolato possono legittimamente avvenire le scelte dei Comuni nell’esercizio della loro potestà regolamentare; queste ultime poi devono risultare compatibili con le prime e, più in generale, ne deve risultare un quadro coerente e sistematico.

⁷⁴ Tra le previsioni speciali, specificamente impattanti sulla disciplina della “Tariffa corrispettiva”, si segnalano: l’art. 1, comma 838, della legge 27 dicembre 2019, n.160; l’art. 1, comma 48, della legge 30 dicembre 2020, n. 178 (richiamato *supra* nella nota 67).

⁷⁵ Tra le previsioni europee che espressamente menzionano tale principio si ricorda l’art.14 della più volte richiamata (cfr. *supra* note 5, 26, 37) direttiva n. 98/2008 (come sostituito dall’art. 1, par. 1, punto 15 della direttiva n. 851/2018 cit.). Cfr. anche *supra* nota 32).

tema di tassazione dei rifiuti⁷⁶, è compatibile con entrambe le qualificazioni della TARI⁷⁷; piuttosto, per apprezzarne la compatibilità si dovrebbe guardare al complessivo assetto degli interessi volta per volta coinvolti e garantiti ora dalla soluzione pubblicistica ora da quella privatistica. Analogamente può dirsi se si si guarda più in generale alle previsioni del titolo XX del TFUE, dedicato all'ambiente, cui l'art.191 cit. si ascrive: tant'è che i tributi sono uno degli strumenti per realizzare gli obiettivi della politica ambientale di cui all'art.191 cit.⁷⁸. Appare, invece, utile domandarsi se la TARI sia riconducibile ai tributi ambientali, cioè ai quei tributi che colpiscono direttamente i fattori inquinanti⁷⁹. Quella dei tributi ambientali è una categoria di costruzione europea, peraltro relativamente recente e con tratti ancora incerti: la sua gestazione può rinvenirsi in una Comunicazione della Commissione europea del 1997, ove si dice che «per essere considerato “ambientale” un tributo dovrebbe avere una base imponibile che abbia manifesti effetti negativi sull'ambiente», ma anche che «potrebbe peraltro essere considerato ambientale anche un tributo i cui effetti positivi sull'ambiente sono meno evidenti, ma ancora chiaramente individuabili»⁸⁰; il suo approdo è dato da un Regolamento del 2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio, ove si definisce l'imposta ambientale come «un'imposta la cui base imponibile è costituita da una unità fisica (o un equivalente di un'unità fisica) di qualcosa che

⁷⁶ Così nella legge 147/2013 il principio è richiamato espressamente nei commi 652 e 667 dell'art.1.

⁷⁷ Cfr. nota successiva.

⁷⁸ Cfr. ad esempio la Comunicazione della Commissione “tasse e imposte ambientali nel mercato unico” 97/C 224/04, pubblicata il 23 luglio 1997, ove appunto si dice che: «Per conseguire gli obiettivi ambientali, sempre più integrati nella legislazione comunitaria, gli Stati membri dispongono, oltre che delle disposizioni armonizzate a livello comunitario, di tutta una serie di strumenti economici, tecnici e facoltativi, fra i quali le tasse e le imposte ambientali, che, includendo i costi ambientali nei prezzi delle merci e dei servizi, permettono di applicare il principio «chi inquina paga». In tal modo i consumatori ed i produttori possono essere indotti ad assumere un comportamento più compatibile con le esigenze ecologiche». Si ricorda ancora, e sempre in via esemplificativa, come la Corte di Giustizia nella decisione C-254/08 del 16 luglio 2009 (procedimento) abbia ritenuto la TARSU compatibile col principio “chi inquina paga” e più in generale con la normativa europea («48. ... allo stato attuale del diritto comunitario, non vi è alcuna normativa adottata in base all'art. 175 CE che imponga agli Stati membri un metodo preciso quanto al finanziamento del costo dello smaltimento dei rifiuti urbani, di modo che tale finanziamento può, a scelta dello Stato membro interessato, essere indifferentemente assicurato mediante una tassa, un canone o qualsiasi altra modalità»).

⁷⁹ Si fa riferimento ai tributi ambientali in senso stretto, se nella categoria dei tributi ambientali si ricomprendono anche i tributi “con finalità ambientale” o “con funzione ambientale”, definibili per converso tributi ambientali in senso lato. Tuttavia, che il tributo possa avere o abbia un fine ambientale, di disincentivo/incentivo di attività, usi, produzioni che riguardino l'ambiente, non acquista particolare rilievo dal momento che i tributi si prestano a perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quello di procacciare le risorse per far fronte alle spese pubbliche: anzi, l'elemento finalistico che connota il tributo si caratterizza per la generalità dei suoi contenuti, tranne casi particolari quali i tributi di scopo. Del resto, già da tempo la dottrina evidenzia come l'ente pubblico introduca i tributi «allo scopo di apprestare i mezzi per il fabbisogno finanziario dello stesso» (cfr. A. D. GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, cit., p.58); tant'è che in quegli ordinamenti in cui si è realizzata una codificazione tributaria, come la spagnola *Ley General Tributaria*, si dice espressamente che «los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución» (cfr. *supra* nota 46). Sicché appare poco proficuo distinguere, come pure si fa (cfr. ad esempio e di recente M. A. ICOLARI, *Per una dogmatica dei tributi ambientali*, cit., p.68 ss.), i tributi “con finalità ambientale” o “con funzione ambientale”, i quali nella sostanza si risolvono pur sempre in tributi per così dire tradizionali. Sui tributi ambientali vi sono parecchi contributi, tra i quali in via esemplificativa e più di recente si segnalano, anche per i riferimenti: F. GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale* in Rass. Trib. 2010, p.303 s.; R. ALFANO, *I tributi ambientali*, cit.; S. DORIGO-P. MASTELLONE, *La fiscalità per l'ambiente*, Roma, 2013; L. PEVERINI, *I tributi ambientali* in L. Salvini-G. Melis, *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Padova, 2014, p. 719 ss.; F. PITRONE, *Would environmental taxes by any other name smell as sweet?* in L. Salvini-G. Melis, *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, cit., p.763 ss.; A. BUCCISANO, *Fiscalità ambientale tra principi europei e costituzionali* in Dir. Prat. Trib. 2016, I, p.590 ss.; V. FICARI (a cura di), *I nuovi elementi di capacità contributiva. L'ambiente*, Roma, 2016; A. DI PIETRO (a cura di), *La fiscalità ambientale in Europa*, cit.; A. URICCHIO, *I tributi ambientali e la fiscalità circolare* in Dir. Prat. Trib. 2017, I, p.1849 ss.; M. A. ICOLARI, *Per una dogmatica dei tributi ambientali*, cit.; M. AULENTA, *Ambiente: piccoli tributi crescono*, cit., p.71 ss. Si vedano anche gli studi richiamati nelle note successive.

⁸⁰ Cfr. la Comunicazione della Commissione “tasse e imposte ambientali nel mercato unico” 97/C 224/04, richiamata *supra* nella nota 78.

produce sull'ambiente un impatto negativo specifico e dimostrato»⁸¹. Ciò vuol dire che: presupposto del tributo ambientale è l'atto o l'attività inquinante, al verificarsi dei quali sorge il debito tributario (attingendo alle richiamate fonti europee si potrebbe dire "il manifestare effetti negativi sull'ambiente" o "produrre sull'ambiente un impatto negativo specifico e dimostrato"); soggetti passivi sono coloro che realizzano il riferito presupposto, vale a dire inquinano (ossia, e sempre attingendo alle fonti europee, "manifestano effetti negativi sull'ambiente", "producono su di esso un impatto negativo specifico e dimostrato"); base imponibile del tributo ambientale è ciò che inquina, la cui misurazione appunto consente di quantificare il tributo (la base imponibile ha una espressa definizione nel regolamento UE nell'«unità fisica (o nell'equivalente di un'unità fisica) di qualcosa che produce sull'ambiente un impatto negativo specifico e dimostrato»⁸²).

Ebbene è pacifico che i rifiuti "manifestano effetti negativi sull'ambiente" e/o "producono sull'ambiente un impatto negativo specifico e dimostrato". Inoltre essi: integrano il presupposto e i soggetti passivi della TARI, sia pure in potenza (locali e aree scoperte sono tassati in quanto «suscettibili di produrre rifiuti urbani» ex art.1, comma 641, della legge 147/2013 e sono tenuti al pagamento coloro che li posseggono o detengono); costituiscono la base imponibile, in quanto si ripartiscono i costi relativi al servizio di gestione dei rifiuti, anche se la misurazione avviene con criteri che, per quanto affinati nel tempo, sono ancora e in larga parte di normalità (peraltro, diversamente declinata a seconda delle soluzioni scelte dagli enti locali). È vero che si tassano situazioni di potenzialità e/o di normalità, ma ciò non deve meravigliare più di tanto, visto che: avviene anche in altri tributi, come ad esempio per i redditi fondiari o nell'IRAP (imposta regionale sulle attività produttive); per il diritto UE gli effetti ambientali dei tributi (che si qualificano ambientali) possono anche essere stimati; vengono in essere peculiarità della produzione e della gestione dei rifiuti, che allo stato difficilmente possono essere diversamente regolati; si esprime una visione che probabilmente è ancora *in itinere*, ma che tende verso obiettivi (di tassazione dei rifiuti) piuttosto chiari. Sicché non vi dovrebbero dubbi a ricondurre la TARI tra i tributi ambientali e, come quest'ultimi, a qualificarla un'imposta (e non una tassa)⁸³. Il che in uno con l'assenza o con la difficile configurabilità di un rapporto sinallagmatico dovrebbe (contribuire a) escludere o rendere marginale la "tariffa corrispettiva".

7. Conseguenze in punto di giurisdizione e di doverosità dell'IVA.

7.1. Infine, si vuole guardare a due importanti conseguenze della scelta tra la soluzione pubblicistica e quella privatistica: il problema dell'individuazione del giudice cui devolvere le relative controversie; e il problema della doverosità o meno dell'IVA. Si tratta di problemi impostisi all'attenzione sin da subito, già con l'introduzione della TIA 1, che hanno alimentato ed alimentano un notevole contenzioso.

7.2. Le discussioni sulla natura tributaria o meno delle diverse pretese legate ai rifiuti impattano innanzi tutto sull'affermazione o sulla negazione della giurisdizione tributaria, in alternativa alla quale si profila la giurisdizione ordinaria. In molte occasioni le controversie sono giunte innanzi alla Corte di Cassazione o alla Corte Costituzionale, che sono state chiamate a decidere della giurisdizione o della legittimità costituzionale delle norme sulla giurisdizione, come appunto è accaduto nelle più volte citate C. Cost. 238/2009 e Cass. SS. UU. 8313/2010 (con riferimento alla TIA 1), ma anche nelle sentenze 8631/2020 e 11290/2021 delle Sezioni Unite della Cassazione (con riferimento alla TIA 2 e alla TARIP), in precedenza criticate.

⁸¹ Cfr. art.2 del Regolamento n. 691/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 luglio 2011.

⁸² Il corsivo è una modifica di chi scrive.

Il problema non è tanto rivolgersi ad un giudice piuttosto che ad un altro (tributario o ordinario), ma guardare alle diversità dell'oggetto dei processi e delle tutele possibili innanzi a tali giudici; ed è strettamente correlato al rilievo degli interessi pubblici coinvolti e alla qualificazione dell'azione (autoritativa o meno) che li persegue: di più non si può dire in questa sede, ma se si guarda ai risultati già *ictu oculi* appaiono preferibili potestà amministrative e giurisdizione tributaria⁸⁴. Come si è detto, per la soluzione del problema l'approccio non può che essere sostanzialistico, visto che la legge processuale tributaria devolve «alla giurisdizione tributaria tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie comunque denominati» (così l'art.2 D.lgs. 546/1992, che ribadisce nel prosieguo l'irrelevanza delle denominazioni)⁸⁵.

7.3. Il problema della doverosità dell'IVA si è specificato in due grossi filoni di controversie, a seconda che l'IVA sia pretesa sulla tariffa (sul presupposto della sua natura privatistica) o che sia richiesta in restituzione (una volta acclarata la natura tributaria della stessa). La giurisprudenza, che finora è intervenuta, lo ha risolto nel senso dell'esclusione dell'IVA sulla TARI che è tributo, ma ne ha per converso affermato la doverosità su quella che è corrispettivo, sull'esempio di quanto accaduto per la TIA 2.

Tuttavia, mentre non vi sono dubbi sulla prima soluzione, la seconda soluzione non convince più di tanto, giacché l'affermazione della doverosità dell'IVA non è adeguatamente messa a fuoco: spesso diventa una mera conseguenza dell'asserita natura corrispettiva della pretesa (che come si è detto è basata su argomenti letterali); non si esamina il profilo soggettivo delle operazioni IVA, che probabilmente diventa dirimente ai fini dell'esclusione dall'IVA (a fronte delle possibili incertezze sui profili oggettivi delle operazioni ex art. 3 DPR 633/1972)⁸⁶.

⁸³ Non vi possono essere dubbi che i tributi ambientali appartengano alla categoria delle imposte, piuttosto che a quella delle tasse, in quanto, come opportunamente osservato da più parti, i loro scopi sono di prevenzione e/o riduzione del danneggiamento dell'ambiente e non certo di risanamento dello stesso, in linea del resto con i principi europei in cui si articola la tutela ambientale ex art.191 TFUE (laddove al secondo paragrafo si recita: «La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio “chi inquina paga”»). Cfr. ad esempio F. GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale*, cit., p.304 s., ove efficacemente si rileva anche quanto segue: «la funzione di risanamento del danno ambientale indubbiamente esiste, ma si risolve in un compito fondamentale dello stato e degli enti regionali o locali deputati alla tutela dell'ambiente, da finanziare attraverso la fiscalità generale, e non è riducibile ad una prestazione specifica resa da tali enti a fronte del pagamento di un tributo. ... costruire un tributo come tassa, vale a dire come uno strumento di finanziamento del servizio di risanamento ambientale, avrebbe l'effetto, inaccettabile per l'ordinamento, “di autorizzare” il soggetto inquinatore ad inquinare, salvo poi sopportare le spese dell'attività di risanamento» (cfr. *amplius* p.303 ss.). Ma già, ad esempio: F. GALLO-F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale* in Rass. Trib. 1999, p.137 ss.; C. VERRIGNI, *La rilevanza del principio comunitario “chi inquina paga” nei tributi ambientali*, cit., p.1626 ss. Così il principio “chi inquina paga”, di cui al cit. articolo del TFUE, non si traduce di certo in una licenza onerosa ad inquinare (dietro la corresponsione del tributo), ma va letto piuttosto in stretta connessione con le finalità preventive proprie dei principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente, che lo precedono nell'elencazione di cui all'art.191, comma 2, cit.; peraltro se riferito alle tasse esso non troverebbe applicazione in assenza del servizio pubblico di risanamento dell'ambiente, che delle tasse ambientali sarebbe il verosimile presupposto. Ed è inevitabile che esso, laddove assuma contenuti risarcitori (o ripristinatori), pur sempre possibili, sia pure in via residuale in forza del «principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente», che lo precede nell'art.192, comma 2, TFUE, non percorre affatto la via dei tributi, cui tali contenuti sono estranei. Si aggiunge che alla preferita (cfr. ad es. R. ALFANO, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, cit., p. 295 ss.; M. PROCOPIO, *La natura non commutativa dei tributi ambientali e la loro compatibilità con il principio di capacità contributiva* in Dir. Prat. Trib. 2013, I, p. 1168 ss.; A. PERRONE, *I profili di armonizzazione riscontrabili nella tassazione a livello nazionale*, cit., p. 64 s.), e preferibile, riconduzione della tassa sui rifiuti ai tributi ambientali si affiancano posizioni che ne sfumano le caratteristiche ambientali per accentuarne quelle patrimoniali (cfr. ad es. A. URICCHIO, *La riforma dei tributi comunali in I tributi comunali dentro e oltre la crisi*, cit., p.53 ss.).

⁸⁴ Sull'oggetto del processo tributario e sulle tutele possibili innanzi al giudice tributario si veda, ad esempio e di recente, A. GUIDARA, *Gli “oggetti” del processo tributario* in Il Processo, 2021, di prossima pubblicazione, ove ampi riferimenti.

⁸⁵ Cfr. paragrafo 5.2.

⁸⁶ Il profilo soggettivo viene invece esaminato con riferimento alla TIA 1, come si è detto in precedenza nella nota 60.

Inoltre - nel passaggio dalla “TARI tributo” alla “tariffa corrispettiva” - diventerebbero difficilmente giustificabili *de iure condito* le disparità di trattamento tra quanti pagano per la gestione dei rifiuti, visto che: l’incremento della tariffa, conseguente all’applicazione dell’IVA, sarebbe sopportato da alcuni soltanto (i consumatori finali, che non possono detrarre l’IVA loro addebitata); le evasioni, per esperienza purtroppo elevate, aggraverebbero/distorcerebbero la situazione (visto che tra i costi che la tariffa è chiamata a coprire ci sono quelli dei crediti inesigibili relativi agli esercizi precedenti).

Il presente articolo si ascrive al progetto di ricerca progetto di ricerca “PRO.PO.S.T.E. - PROCessi, POteri, Soggetti: Tradizione ed Evoluzione” del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Catania.

PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ E VALORIZZAZIONE “CONDIVISA” DEL PATRIMONIO CULTURALE: quali coordinate giuridiche per un museo locale “partecipativo”?

Davide Gambetta*

ABSTRACT [ITA]: Il presente lavoro indaga le possibili soluzioni giuridiche per la valorizzazione “condivisa” del patrimonio culturale in un contesto geografico ristretto con il contributo sinergico di enti locali e società civile. Il contributo delinea preliminarmente le coordinate fondamentali del concetto di valorizzazione del patrimonio culturale, anche nella sua declinazione economica, evidenziandone i fondamenti normativi e teorici, per poi soffermarsi sulla possibilità per i privati (singoli e associati) di rendersi parte attiva nei processi di *governance* “condivisa” dei beni culturali in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4 della Costituzione) e alle nuove direttrici offerte dalla Convenzione di Faro. Date queste premesse, si esaminano le possibili formule anche soggettive per la costituzione e gestione di un “museo locale partecipativo” su iniziativa degli enti territoriali, e costantemente aperto al dialogo con il tessuto socio-politico-economico locale. L’analisi riguarda in particolare possibili modelli di *governance* dell’iniziativa museale che consentano di coniugare il lavoro di enti pubblici e amministrazioni con il contributo della società civile, dei privati e dell’imprenditoria del territorio, realizzando la *ratio* del principio di sussidiarietà nelle dimensioni sia verticale che orizzontale. Il lavoro esamina le condizioni per la costituzione del museo e valuta le caratteristiche di ciascun modello organizzativo, guardando con particolare attenzione alle esigenze della comunità locale e cercando di rintracciare una soluzione sostenibile ed efficace, anche nella prospettiva di attrarre le risorse economiche necessarie al progetto reperendole in parte presso il tessuto economico-sociale preesistente. Lo scopo è offrire una sinossi aggiornata per le amministrazioni locali che intendano valutare consapevolmente la costituzione di un museo al fine di valorizzare le risorse culturali con il minimo dispendio di risorse.

ABSTRACT [ENG]: *The essay aims to investigate what is the best solution for the establishment and management of a local museum. In particular, a museum management model is sought that allows public bodies and administrations to work together with the contribution of civil society, individuals, local companies and businesses. The essay therefore examines the possible alternatives for the establishment of the museum and evaluates the strengths and weaknesses of each, taking into consideration the needs of the local community and looking for the best and most effective solution, also to attract the economic resources necessary for the project. The aim is to offer an analysis of characteristics and elements to consciously evaluate the constitution of a local museum that allows to enhance the resources present in the place with the minimum expenditure of resources.*

SOMMARIO **1.** Premessa: il museo locale “partecipativo” come modulo organizzativo di cooperazione sussidiaria multi-livello per la promozione delle risorse culturali. - **2.** La valorizzazione del patrimonio culturale: coordinate fondamentali e nuove prospettive. - **3.** L’attuale assetto delle competenze legislative e amministrative in materia di beni culturali. - **4.** *Governance* e valorizzazione “condivisa” del patrimonio culturale nel Codice dei beni culturali e del paesaggio. - **5.** La nuova *governance* del patrimonio culturale alla luce della Convenzione di Faro:

la centralità della persona e il ruolo della comunità. - **6.** Il ruolo dei privati in un museo locale “partecipativo”: imprenditoria, terzo settore, singoli. - **7.** Il perimetro concettuale del principio di sussidiarietà orizzontale: la “questione” dei privati animati da logiche *profit*. - **8.** Le migliori soluzioni giuridiche per la costituzione e gestione di iniziative museali partecipative: il ricorso a strumenti privatistici. - **9.** Caratteri rilevanti del modello fondazionale per la gestione di un’iniziativa museale a livello locale. - **10.** Cura “mediata” di interessi pubblici e strumenti privatistici: l’evoluzione dell’esperienza delle fondazioni. - **11.** L’efficacia di altre possibili formule gestionali, in particolare società e trust. - **12.** I limiti della fondazione patrimoniale e la possibile opzione per il modello atipico della “fondazione di partecipazione”. - **13.** La struttura organizzativa interna di una fondazione di partecipazione “aperta” per le esigenze di un museo locale collaborativo - **14.** Criticità e problematiche aperte. - **15.** Conclusioni.

1. Premessa: il museo locale “partecipativo” come modulo organizzativo di cooperazione sussidiaria multi-livello per la promozione delle risorse culturali.

Nel multiforme universo fenomenologico dei soggetti giuridici impegnati per la tutela e la valorizzazione delle risorse culturali¹, va affermandosi un nuovo possibile modello organizzativo per veicolare iniziative museali in ambiti territoriali ristretti, soprattutto in relazione a beni di natura etnoantropologica: si tratta del cosiddetto museo locale “partecipativo”² o “collaborativo”³. Nel museo locale partecipativo si coniugano i contributi di enti pubblici multi-livello⁴, imprenditori privati, istituzioni del terzo settore e cittadini operosi in sussidiarietà⁵, armonicamente impegnati in un’iniziativa per la conservazione e promozione di un patrimonio

¹ * Dottore di ricerca in Scienze giuridiche e politiche presso l’Università degli Studi “Guglielmo Marconi” e avvocato del foro di Roma.

La dottrina ha rilevato come nel settore culturale manchi una “unità di organizzazione”, al cospetto di «una molteplicità di enti e di competenze amministrative, afferenti a diversi centri di responsabilità politico-amministrativa», così A.L. TARASCO, *La gestione del patrimonio culturale: profili giuridici, economici e contabili*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Atti del Convegno di Studi Ville Tuscolane 16-18 novembre 2006, Milano, Giuffrè, 2006, p. 342.

² Nell’economia della presente indagine per museo locale “partecipativo” vuole intendersi un’iniziativa museale aperta al dialogo e alla collaborazione attiva di soggetti pubblici e privati, ossia un progetto “partecipato” in cui anche la società civile possa conferire attivamente le proprie risorse materiali e le proprie energie umane. In generale si tratta di una nozione di recente elaborazione, i cui contorni semantici e concettuali sono ancora in corso di definizione. Cfr., nella letteratura straniera, N. SIMON, *The participatory museum*, Museum 2.0., USA, 2010, in quella domestica E. BONACINI, *Il museo partecipativo sul web: forme di partecipazione dell’utente alla produzione culturale e alla creazione di valore culturale*, in *Il Capitale Culturale*, 2012, n. 5, pp. 94 ss. e A. BOLLO, *I musei italiani e le sfide dell’approccio partecipativo. I musei dono realmente interessati a mettersi in gioco*, in *Giornale delle Fondazioni online*, 2011, in <http://www.ilgiornaledellefondazioni.com/content/le-sfide-dell%E2%80%99approccio-partecipativo-i-musei-sono-realmente-interessati-mettersi-gioco>.

³ Al concetto di “museo collaborativo” e ai progetti partecipati per musei inclusivi sono dedicate ampie riflessioni in V. LATTANZI, *Musei e antropologia*, Carocci, Roma, 2021.

⁴ Sulla difficile sorte dei beni culturali nel costituzionalismo multi-livello, diffusamente S. MABELLINI, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multi-livello*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁵ Sul ruolo della sussidiarietà per la valorizzazione dei beni culturali, cfr. E. VANNUCCI ZAULI, *I beni culturali come bene comune: come garantirne una tutela adeguata a tale natura tra vincoli e sussidiarietà orizzontale*, in U. BRECCIA - G. COLOMBINI - E. NAVARRETTA - R. ROMBOLI (a cura di), *I beni comuni*, Pisa University Press, Pisa, 2015, pp. 398 ss.

aperto di beni culturali, materialmente localizzati in un territorio circoscritto e già in parte nella disponibilità degli attori coinvolti.

Un tale progetto richiede un modello organizzativo strutturalmente e funzionalmente in grado di attrarre, veicolare e gestire in modo dialogico, flessibile e dinamico capitali, energie e contributi di soggetti pubblici multi-livello e privati.

A tal proposito, se è pur vero che le singole ipotesi dell'esperienza empirica richiedono aggiustamenti e finiture in ragione delle peculiari esigenze del territorio e del contesto di riferimento (sociale, economico, antropologico)⁶, non mancano coordinate generali con una comune prospettiva finalistica: individuare un'opzione sostenibile per la gestione di un museo locale, che per un verso assicuri piena garanzia agli interessi pubblici sottesi, per l'altro si apra alla collaborazione del settore privato, anche al fine di redistribuire parte del costo umano ed economico dell'iniziativa⁷. In particolare, un modello gestionale efficace per un museo locale partecipativo non soltanto deve assicurare un impiego di risorse pubbliche contenuto, ma - in prospettiva più ampia - deve conformarsi ai principi recentemente consolidatisi in materia di impresa museale⁸, canalizzando efficacemente contributi ed energie provenienti dall'imprenditoria e dalle comunità locali⁹.

2. La valorizzazione del patrimonio culturale: coordinate fondamentali e nuove prospettive.

Il tema del museo locale "collaborativo" ruota intorno alla più ampia questione della valorizzazione "condivisa" del patrimonio culturale e, in particolare, della possibilità per i privati (singoli e associati) di inserirsi attivamente nei processi di *governance* "partecipativa"¹⁰ in

⁶ In termini ideali, l'iniziativa museale dovrà essere localizzata in un'area mediamente antropizzata, ove la comunità locale vanti un significativo legame identitario con il territorio e comunque sia sensibile alla tutela e valorizzazione del patrimonio culturale entoantropologico. L'iniziativa sarà evidentemente favorita dalla presenza di operatori del terzo settore e di imprese private economicamente stabili, storicamente inserite nel tessuto sociale, potenzialmente interessate al coinvolgimento in iniziative di utilità sociale. Ancora, l'ente locale di riferimento potrà idealmente essere individuato in un comune di medio-piccole dimensioni, con ogni conseguente peculiarità in punto di disponibilità di risorse economiche e di sofisticazione della macchina amministrativa interna.

⁷ Come rileva G. SCIULLO, *I beni culturali quale risorsa collettiva da tutelare - una spesa, un investimento*, in *Aedon*, 2017, n. 3, la valorizzazione e la tutela del patrimonio culturale, pur continuando a richiedere un «*ruolo di governo del pubblico* [...] *non potranno più fare a meno dell'apporto dei privati (anche profit)*». Non a caso, la cooperazione pubblico-privato per la valorizzazione del patrimonio culturale è oggetto, in tempi recenti, di sempre maggiore attenzione, come testimonia anche l'istituzione presso il gabinetto del ministro per i Beni e le Attività Culturali (ora della cultura) di un apposito gruppo di studio «*sulla disciplina dei rapporti tra "pubblico e privato" nel settore dei beni culturali*» (Decreto Ministeriale 20 ottobre 2018, n. 449), tra i cui compiti rientra appunto «*precisare, sul piano giuridico, gli ambiti, le condizioni e le modalità di coinvolgimento di soggetti privati, per l'esercizio di funzioni, per la gestione di servizi e per il finanziamento di interventi incidenti sul patrimonio culturale*» (art. 1, comma 2, lett. A, D.M. cit.). A livello sovranazionale, la Commissione Europea ha tra l'altro promosso già dal 2014 il *Programma Interreg Central Europe*, nel quadro dell'obiettivo "cooperazione territoriale europea", con lo scopo di attivare iniziative in materia di innovazione, energia, risorse naturali e culturali e trasporti in otto Stati, tra i quali l'Italia (coinvolta con nove regioni). Tra le attività previste dal programma rientra la redazione delle «*Linee guida per il coinvolgimento dei cittadini nei percorsi di valorizzazione dei beni appartenenti al patrimonio storico culturale*» (Doc. T1.5.4), destinate a costituire una *workmap* per gli operatori del settore.

⁸ Di recente ricostruiti in C. BARBATI, *L'impresa museale: la prospettiva giuridica*, in *Aedon*, 2010, n. 1.

⁹ Nel settore dei beni culturali, infatti, le difficoltà organizzative discendenti dalla scarsità delle risorse possono essere in parte affrontate grazie all'impiego di forme di collaborazione pubblico-privato, cfr. G. MANFREDI, *Rigenerazione urbana e beni culturali*, in F. DI LASCIO - F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 288. Il concetto di comunità, come si vedrà *infra*, richiede oggi ulteriori riflessioni alla luce dei principi programmatici affermati dalla Convenzione di Faro.

¹⁰ La *governance partecipativa* è una «*una forma di gestione del patrimonio culturale che coinvolge tutti i portatori di interessi, ivi comprese le autorità pubbliche, gli attori privati e le organizzazioni della società civile*» e che scaturisce da una visione olistica del patrimonio culturale, così E. MOTTESE, *La Convenzione di Faro e la governance partecipativa del patrimonio culturale*, in *Fogli di lavoro per il diritto internazionale*, 2019, n. 1.6, p. 3.

ambito culturale in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4 della Costituzione). Lo scopo ultimo di una tale iniziativa museale è infatti veicolare una collaborazione multi-livello di soggetti pubblici e privati per la gestione, appunto, “condivisa”¹¹ delle risorse culturali locali, anche al fine di generare esternalità positive sulle economie circostanti e sull’intero territorio.

Prima di procedere all’indagine specifica sui moduli organizzativi potenzialmente spendibili per un museo collaborativo, è dunque opportuno delineare alcune coordinate essenziali del concetto di “valorizzazione” dei beni culturali, anche nella sua particolare declinazione “economica”.

L’art. 9 della Costituzione - in parte¹² raccogliendo il lascito della normativa antecedente¹³, in parte sviluppando prospettive nuove¹⁴ - prescrive: «*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*». Rispetto al fine programmatico della promozione della cultura¹⁵, la “valorizzazione” ha in concreto una fondamentale funzione di “mezzo” e una dimensione dinamica complementare rispetto alla mera conservazione e alla tutela¹⁶.

La valorizzazione¹⁷, secondo la definizione del Codice dei beni culturali e del paesaggio¹⁸, comprende in particolare quelle attività che mirano «*a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso*»¹⁹.

¹¹ L’amministrazione condivisa dei beni culturali ha radici profonde in letteratura, come ricorda V. DI CAPUA, *La Convenzione di Faro. Verso la valorizzazione del patrimonio culturale come bene comune?*, in *Aedon*, 2021, n. 3, p. 162.

¹² Le due dimensioni dell’art. 9 sono apprezzate in G. MARI - M.C. SPENA, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione*, in M.C. SPENA (a cura di), *Beni culturali: i nuovi approcci strategici a livello italiano ed europeo*, Edicampus, Roma, 2017, p. 66.

¹³ In particolare le leggi Bottai (Legge 1° giugno 1939, n. 1089 e Legge 29 giugno 1939, n. 1497), incentrate prevalentemente sul profilo della conservazione del patrimonio culturale, tanto che la dottrina le ricollega a una «*concezione totalizzante della tutela*», come definita da G. SCIULLO, *Beni culturali e principi della delega*, in *Aedon*, 1998, n. 1, di recente ripreso da G. MANFREDI, *Rigenerazione urbana e beni culturali*, cit., pp. 277 ss.

¹⁴ Nella parte in cui prevede la “promozione” della cultura, consacrando in sostanza la necessità dell’attività di valorizzazione, cfr. M.C. CAVALLARO, *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica*, in *Aedon*, 2018, n. 3.

¹⁵ Si tratta di una finalizzazione “imposta”. In effetti, il combinato disposto degli artt. 9 e 97 della Costituzione rende la valorizzazione (con ogni probabilità anche economica) dei beni culturali una “dinamica obbligatoria” al pari della tutela, così M. CAMMELLI, *Immateriale economico e profilo pubblico del bene culturale*, in G. MORBIDELLI - A. BARTOLINI (a cura di), *L’immateriale economico nei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 94 ss.

¹⁶ A.L. TARASCO, *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura*, in *Aedon*, 2018, n. 1. Tutela e valorizzazione, che appaiono «*distinte, se non contrapposte*», sono però «*profili necessariamente complementari e interdipendenti*», G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazioni in atto e tendenze*, in *Aedon*, 2004, n. 3.

¹⁷ Sulla nozione di valorizzazione la dottrina è assai vasta, basti *ex multis* richiamare S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, n. 7, pp. 673 ss., L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, n. 3, pp. 651 e ss., G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze*, cit., diffusamente N. AICARDI, *L’ordinamento amministrativo dei beni culturali: la sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 20 ss., L. DEGRASSI, *Cultura e Istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008, D. VAIANO, *La valorizzazione dei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2011. Sul tema, con specifico riferimento alla realtà dei musei, M. MONTELLA, P. DRAGONI, *Musei e valorizzazione dei beni culturali*, Atti della Commissione per la definizione dei livelli minimi di qualità delle attività di valorizzazione, Clueb, Bologna, 2010. Dal punto di vista storico, la nozione di valorizzazione si sviluppa nella sensibilità della dottrina già nel secondo dopoguerra, in coincidenza con un superamento della concezione estetizzante dei beni culturali e con una maturata consapevolezza che il loro valore intrinseco sia preservato in modo effettivo e funzionale unicamente se promosso e condiviso, come rileva G. MANFREDI, *Rigenerazione urbana e beni culturali*, cit., p. 278. L’A. ricorda poi come la nozione sia entrata nel lessico normativo con la Legge 26 aprile 1964, n. 310 di «*Costituzione di una Commissione d’indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*».

¹⁸ Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, cui nel prosieguo si farà riferimento anche semplicemente come “Codice”, specificando invece espressamente quando si tratti di altri testi normativi.

¹⁹ Art. 6 del Codice, che in parte riprende e in parte sviluppa l’art. 148 del Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112.

Si tratta di una nozione polisensa²⁰, in cui si annida un vasto spettro fenomenologico²¹ ed è “diluata” anche l’attività più propriamente detta “di gestione”²² e *governance* del patrimonio culturale²³, dunque anche - per quanto qui rileva - l’organizzazione di mezzi e risorse²⁴ per la costituzione di un’iniziativa museale²⁵.

Le relative attività hanno una evidente finalizzazione intimamente pubblicistica²⁶, ma possono ben essere anche a iniziativa privata, seppur con una differente disciplina e qualificazione²⁷.

La valorizzazione ha poi un fondamentale rilievo in una prospettiva più strettamente economica, che qui particolarmente rileva perché la realizzazione di un’iniziativa museale locale “collaborativa” non ha infatti soltanto lo scopo di migliorare fruizione e godimento dei beni culturali in sé, ma anche di promuovere la loro redditività, innescare processi di sviluppo sociale ed economico e generare positive ricadute sul territorio.

In questa direzione, andando al di là della pure articolata disciplina codicistica²⁸, secondo le elaborazioni più recenti la nozione di valorizzazione può essere declinata in una duplice accezione: oltre alla storica dimensione “culturale”, di natura *extraeconomica* e “funzionale”²⁹,

²⁰ La valorizzazione si distingue contenutisticamente in modo netto dalla tutela, nonostante come detto le due nozioni siano concettualmente avvinte da un legame di coimplicazione. Efficace descrizione del rapporto strutturale e ontologico tra tutela e valorizzazione si rinviene in Corte costituzionale, 17 luglio 2013, n. 194, ove si riferisce di «*ideale contiguità, nei limiti consentiti, fra le due distinte funzioni di “tutela” e di “valorizzazione”*».

²¹ Una elencazione, chiaramente non tassativa, delle attività che rientrano nella sfera della valorizzazione si rinviene nell’art. 111 del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Secondo un’efficace immagine, la cultura in senso lato si evolve attraverso una triplice fase: viene prodotta, conservata e consumata, così G. PIPERATA, *Cultura, sviluppo economico e... di come addomesticare gli scoiattoli*, in *Aedon*, 2018, n. 3 e più sistematicamente sul tema W. SANTAGATA, *La fabbrica della cultura*, Il Mulino, Bologna, 2007. La valorizzazione include principalmente le attività ricomprese nella fase di “consumo”.

²² L’art. 111 del Codice, che descrive le attività riconducibili alla valorizzazione, al primo comma riflette in sostanza la definizione che l’art. 148 del Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 112, alla lett. d) dava dell’attività di gestione. Quest’ultima è concettualmente e tassonomicamente scindibile da quella di valorizzazione in senso proprio, ma non è specificamente menzionata né nel Codice stesso, né in Costituzione, come rileva C. BARBATI, *L’attività di valorizzazione (art. 111)*, in *Aedon*, 2004, n. 1. In ogni caso, alla gestione è ricondotto il complesso delle attività organizzative che precedono la valorizzazione dei beni culturali in senso stretto e che tendono a incrementare il grado di efficienza nella fruizione e ottimizzare il rapporto tra risorse utilizzate e risultati ottenuti.

²³ S. CAVALIERE, *La valorizzazione/gestione del patrimonio culturale in funzione dello sviluppo economico: l’esperienza degli strumenti collaborativi*, in *Amministrazione in cammino*, 2020, p. 2, nt. 2, ove si richiamano, tra i principali commenti al Codice dei beni culturali e del paesaggio: G. SEVERINI, *sub Artt. 6-7*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 53 ss., C. BARBATI, *Articolo 6. Valorizzazione del patrimonio culturale*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 74 ss., G. LEONE, A.L. TARASCO (a cura di), *sub Art. 6*, in ID. (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, CEDAM, Padova, 2006, pp. 66 ss.

²⁴ Il Codice medesimo, nel delineare in dettaglio il “contenuto” della valorizzazione, vi riconduce la «*costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti*» (art. 111) e ancor più nitidamente «*le forme di gestione e cioè i modelli di coordinamento, direzione, esecuzione ed esternalizzazione della valorizzazione*» (art. 115).

²⁵ In generale sugli strumenti giuridici per la valorizzazione M. DUGATO, *Strumenti giuridici per la valorizzazione dei beni culturali immateriali*, in *Aedon*, 2014, n. 1.

²⁶ Mirando a promuovere la cultura e a innalzarne i livelli di fruizione e godimento, nell’interesse dell’intera collettività.

²⁷ In generale, il Codice disciplina la valorizzazione dei beni in modo differenziato in base alla natura del soggetto proprietario e, quanto all’attività *in sé*, qualifica la valorizzazione a iniziativa pubblica come servizio pubblico doveroso, mentre accoglie e incentiva quella a iniziativa privata come attività socialmente utile, ai fini anche fiscali. In argomento G. SEVERINI, *L’immateriale economico nei beni culturali*, in G. MORBIDELLI - A. BARTOLINI (a cura di), *L’immateriale economico nei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 35 s.

²⁸ I principi fondamentali della valorizzazione sono oggetto del Capo II, Titolo II del Codice, come ricorda C. BARBATI, *L’attività di valorizzazione (art. 111)*, cit.

²⁹ Chiaramente evincibile dall’art. 6 del Codice, nei termini qui delineati.

essa ha anche una potenziale declinazione “economica”³⁰, in cui si ha invece specifico riguardo alla redditività e alle economie circostanti³¹.

A tentare una sintesi, la valorizzazione nella sua declinazione “culturale” è funzionalizzata a promuovere la conoscenza attraverso interventi diretti su beni e persone, mentre nella sua declinazione “economica” è diretta a incrementare la redditività³² e creare ricchezza anche all'esterno³³ con conseguente «sviluppo delle economie circostanti»³⁴. La valorizzazione economica mira quindi a utilizzare il bene culturale come attrattore e attivatore³⁵ per stimolare dinamiche di fruizione che richiamano capitali e risorse, incentivando anche la fruizione³⁶ e facendo emergere un «valore strategico e essenziale per l'economia»³⁷.

La valorizzazione “economica” appare conforme all'art. 9 della Costituzione e compatibile con l'azione dei soggetti pubblici³⁸, ma - considerando che la stretta interazione dei beni culturali con capitali e finalizzazioni redditive può potenzialmente generare effetti distorsivi pregiudizievoli per gli interessi generali sottesi - le due declinazioni della valorizzazione, contigue ma sostanzialmente distinte, devono pur sempre essere coniugate in modo che quella economica rispetti e ossequi quella - predominante e prioritaria - strettamente culturale³⁹.

Nella prospettiva della valorizzazione economica, particolare rilievo ha proprio l'utilizzazione “aggregata” di beni culturali e, dunque, la realtà dei musei, che costituiscono tanto un servizio quanto un “mercato rilevante” e, ove adeguatamente organizzati, producono un non trascurabile indotto esterno⁴⁰, attraendo un eterogeneo insieme di attori e capitali e generando virtuose dinamiche di crescita e sviluppo del territorio. a comunità, ma anche di utilizzarli come vettore economico⁴¹.

³⁰ La dimensione più strettamente economica dei beni culturali ha ricevuto attenzione soltanto in una seconda fase storica, dopo il superamento di una certa visione storica concentrata sul valore “extraeconomico” del patrimonio culturale, ossia sulla sua dimensione immateriale “funzionale”. In materia G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, cit., pp. 17 ss., G. PIPERATA, *Cultura, sviluppo economico e... di come addomesticare gli scoiattoli*, cit.

³¹ E si aprono a tal fine anche prospettive collaborative con i soggetti privati mossi da finalità egoistiche e lucrative, tema su cui si tornerà *infra*, cfr. in ogni caso G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, loc. ult. cit.

³² Per una disamina G. SCIULLO, *I beni culturali quali risorsa collettiva da tutelare - una spesa, un investimento*, in *Aedon*, 2017, n. 3.

³³ Cfr. in argomento V. DI CAPUA, *op. cit.*, p. 163 e G. PIPERATA, *Cultura e sviluppo economico nella riflessione del giurista*, in AA.VV., *AIPDA. Annuario 2018. Arte, cultura e ricerca scientifica. Costituzione e amministrazione*, Atti del convegno annuale, Reggio Calabria, 4-6 ottobre 2018, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, pp. 26 ss. La valorizzazione economica crea una ricchezza che non necessariamente resta internamente confinata nel settore dei beni culturali, ma è anzi fisiologicamente destinata a riverberarsi all'esterno, sulle altre economie del territorio.

³⁴ M.C. CAVALLARO, *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica*, cit.

³⁵ La qualità di attivatore diventa oggi rilevante nella prospettiva offerta dalla Convenzione di Faro, su cui si tornerà diffusamente. In ogni caso, su tale terminologia cfr. M. MODULO, *La riproduzione del bene culturale pubblico tra norme di tutela, diritto d'autore e diritto al patrimonio*, in *Aedon*, 2021, n. 1, p. 31.

³⁶ Su tali aspetti V. DI CAPUA, *op. loc. ult. cit.*

³⁷ G. PIPERATA, *Cultura, sviluppo economico e... di come addomesticare gli scoiattoli*, cit.

³⁸ L'art. 9 non esclude, da parte dell'amministrazione pubblica, la ricerca di strumenti di valorizzazione atti a garantire sostenibilità economica e redditività, pur sempre preservando prioritariamente gli interessi generali coinvolti. Anzi, le attività di valorizzazione economica attiva si rivelano coerenti con i principi di buon andamento e di garanzia dell'equilibrio dei bilanci pubblici di cui all'art. 97 della Costituzione. Sulla questione V. DI CAPUA, *op. cit.*, p. 164, A.L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, FrancoAngeli, Milano, 2019, p. 9.

³⁹ G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, cit., pp. 35 s. Per M.C. CAVALLARO, *I beni culturali tra tutela e valorizzazione economica*, cit., la valorizzazione economica non deve «comprimere la finalità intrinseca della stessa funzione di valorizzazione, vale a dire la promozione della cultura»: in tale ricostruzione si evidenzia una sovraordinazione ontologica della valorizzazione in senso tradizionale (“culturale”). La compatibilità tra le due forme di valorizzazione è ben possibile, come testimonia ad esempio la prassi della rigenerazione urbana, G. MANFREDI, *Rigenerazione urbana e beni culturali*, cit., *passim*.

⁴⁰ G. SEVERINI, *op. ult. cit.*, pp. 32 s.

⁴¹ Come rileva anche G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze*, cit.

Più in generale, infatti, l'evolversi del concetto di valorizzazione in senso economico implica anche un ripensamento degli strumenti di azione e dei modelli di organizzazione⁴² spendibili nel settore dei beni culturali⁴³, anche con specifico riferimento alle realtà museali.

3. L'attuale assetto delle competenze legislative e amministrative in materia di beni culturali.

Date queste premesse sul contesto generale dei rapporti tra pubblico e privato in relazione alla valorizzazione del patrimonio culturale, l'indagine non può ora prescindere da una ricognizione delle competenze legislative e soprattutto amministrative in materia di cultura⁴⁴, necessaria per definire l'esatto ruolo degli agenti pubblici in un museo locale collaborativo. Dopo la riforma del Titolo V della Costituzione⁴⁵, la valorizzazione⁴⁶ dei beni culturali rientra nella competenza legislativa concorrente di Stato e regioni⁴⁷, mentre resta riservata in via esclusiva allo Stato la tutela⁴⁸, pur prevedendosi espressamente in materia forme di intesa e coordinamento⁴⁹ e financo la possibilità di riconoscere «*ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*» alle regioni⁵⁰.

In ogni caso, come chiarito dalla Corte Costituzionale, la tutela dei beni culturali è una materia "trasversale" - o «*materia-attività*»⁵¹, che esige necessariamente un concorso di competenze, essendo il patrimonio culturale affidato dalla Costituzione «*alla cura della Repubblica nelle sue varie articolazioni*» senza «*arbitrarie frantumazioni*»⁵². Le norme statali e regionali devono quindi pur sempre esprimere unità di scopi e di intendimenti⁵³, in ragione anche della sostanziale continuità ontologica tra tutela e valorizzazione⁵⁴ che ne implica l'armonica regolazione. In definitiva, la valorizzazione (e, per estensione, almeno in certa misura la gestione⁵⁵) del patrimonio culturale è oggi affidata alla cura legislativa condivisa di Stato e regioni, così che si possano eventualmente valorizzare in modo ragionevolmente differenziato le singole realtà territoriali.

⁴² Sui profili organizzativi con riferimento alle politiche di valorizzazione anche economica dei beni culturali, diffusamente A. IACOPINO, *op. cit.*

⁴³ Testualmente G. PIPERATA, *Cultura, sviluppo economico e... di come addomesticare gli scoiattoli*, cit.

⁴⁴ Il tema è intimamente legato anche al principio di sussidiarietà, nella duplice accezione orizzontale e verticale. M.C. CAVALLARO, *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica*, cit.

⁴⁵ La riforma del Titolo V è stata attuata con Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. Per una ricostruzione dell'assetto costituzionale dopo la riforma, G. SCIULLO, *Il nuovo Titolo V della Costituzione e la finanziaria 2002: note*, in *Aedon*, 2002, n. 1.

⁴⁶ Unitamente alla promozione e organizzazione di attività culturali.

⁴⁷ Art. 117, comma 3, della Costituzione.

⁴⁸ Art. 117, comma 2, lett. s), della Costituzione.

⁴⁹ Tra Stato e regioni, come dispone il novellato terzo comma dell'art. 118 della Costituzione, che tiene evidentemente conto della capillare diffusione a livello territoriale del patrimonio storico-artistico italiano e della conseguente necessità di garantire una regolazione plastica per far fronte alle eterogenee caratteristiche delle specifiche realtà locali.

⁵⁰ Art. 116 della Costituzione, che richiama l'art. 117, lett. s), recante tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

⁵¹ G. SOBRINO, *Gli Enti territoriali possono sottoporre a tutela gli immobili di interesse culturale presenti nel loro territorio? Il rapporto tra i poteri in tema di beni culturali in una recente decisione del Consiglio di Stato (con uno sguardo al d.d.l. costituzionale Renzi - Boschi) (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 519/2016)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2016, n. 3, p. 7, che richiama in materia le pronunce della Corte Costituzionale n. 94 del 2003, nn. 9 e 26 del 2004, nn. 232 e 388 del 2005, n. 367 del 2007, n. 193 del 2010, n. 194 del 2013, n. 140 del 2015.

⁵² Corte Costituzionale, n. 140 del 2015, sempre richiamata da G. SOBRINO, *op. loc. ult. cit.*

⁵³ Ricorrendo ove opportuno allo strumento dell'intesa.

⁵⁴ Come ha rilevato Corte Costituzionale, 16 giugno 2005, n. 232, ripresa anche da 9 luglio 2015, n. 140. In quest'ultima pronuncia, la Corte ha poi anche evidenziato una natura sostanzialmente unitaria delle esigenze di tutela e valorizzazione, che esige sempre l'applicazione del principio di leale collaborazione. In dottrina, V. DI CAPUA, *La Convenzione di Faro*, cit., p. 162 ricorda come sia da tempo acquisito che gli ambiti di tutela e valorizzazione non possano essere disgiunti e anzi siano integrati nella proiezione dell'art. 9 della Costituzione.

⁵⁵ Sulla specifica questione della gestione "innominata" si veda C. BARBATI, *L'attività di valorizzazione (art. 111)*, cit.

In questo quadro si inserisce la complessa questione delle competenze amministrative, snodo problematico qui d'interesse. La riforma del Titolo V⁵⁶ ha superato il principio del parallelismo tra competenze legislative e amministrative, aprendo alla possibilità di una distribuzione disuniforme⁵⁷ e creando così «un'intricata selva di rapporti tra la legislazione statale e quella regionale, nonché l'attività amministrativa degli enti locali»⁵⁸, foriera di non poche conflittualità interpretative⁵⁹.

In generale, in ossequio al principio di cui all'art. 118 primo comma della Costituzione⁶⁰, le competenze amministrative appartengono, almeno di default⁶¹, al Comune⁶², nell'ottica di una gestione decentrata e "sartoriale" delle realtà territoriali, pur ferma l'esigenza di assicurare equilibri e bilanciamenti che consentano apporti da parte di tutti i livelli di governo⁶³. Soprattutto in materia di beni culturali, assume però decisivo rilievo il principio di leale collaborazione⁶⁴, che pretende dialogo e cooperazione interistituzionale⁶⁵ tra gli enti interessati⁶⁶, spesso consentendo in concreto di prescindere da puntigliose regolazioni confinarie.

Più in particolare, l'iniziativa alla valorizzazione, in ossequio a una sorta di criterio dominicale⁶⁷, spetterebbe in via principale a chi ha la materiale disponibilità dei beni interessati⁶⁸.

⁵⁶ Nel tentativo di ricomporre la (già all'epoca) delicata complessità del quadro di riferimento, l'art. 48 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, nell'ambito della c.d. seconda regionalizzazione, aveva rinviato a successiva legge la distribuzione delle funzioni amministrative «in ordine alla tutela e valorizzazione del patrimonio storico, librario, artistico, archeologico, monumentale, paleo-etnologico ed etno-antropologico».

⁵⁷ G. MANFREDI, *Il riparto delle competenze in tema di beni culturali e la leale collaborazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2017, n. 3, p. 791. In effetti con la riforma del Titolo V si è creata una «doppia generalità di attribuzioni alle regioni (sul piano legislativo) e ai comuni (su quello amministrativo)» con «la fine del parallelismo tra competenze legislative e amministrative», così G. SCIULLO, *Il nuovo Titolo V della Costituzione e la finanziaria 2002*, cit. La dottrina ha rilevato come, nonostante il superamento del parallelismo tra competenze legislative e amministrative offrisse un'occasione irripetibile per incentivare un sostanziale decentramento delle funzioni amministrative in materia di beni culturali, in realtà le logiche del centralismo hanno finito sostanzialmente per prevalere, 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 *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, n. 7, p. 6.

⁵⁸ F. DONÀ, *Partecipazione e sussidiarietà nella valorizzazione dei beni culturali: strumenti disponibili e prospettive future*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 25 p. 51.

⁵⁹ A. POGGI, *La difficile attuazione del Titolo V: il caso dei beni culturali*, in *Federalismi.it*, 2003, n. 8.

⁶⁰ La norma costituzionale, che implica una sostanziale devoluzione verso il basso, non manca di concrete difficoltà applicative, A. MITROTTI, *op. cit.*, p. 8.

⁶¹ Le funzioni amministrative sono infatti attribuite al livello più vicino ai cittadini, ossia al Comune, salvo non debbano essere esercitate in modo unitario in ossequio ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

⁶² G. SCIULLO, *Il nuovo Titolo V della Costituzione e la finanziaria 2002*, cit.

⁶³ Sul tema A. PAPA, *Strumenti e procedimenti della valorizzazione del patrimonio culturale. Ruolo dei livelli di governo e promozione delle identità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

⁶⁴ Così G. MANFREDI, *Il riparto delle competenze in tema di beni culturali e la leale collaborazione*, cit., p. 808. Tale principio ha infatti «portata dirimente», come rileva A. MITROTTI, *Il riparto di competenze in materia di beni culturali*, cit., p. 15. Ciò nella consapevolezza che la materia dei beni culturali e in particolare della loro valorizzazione, pur ispirata a un forte decentramento, sia in linea generale difficilmente allocabile in modo univoco. Non a caso il legislatore costituzionale ha ritenuto opportuno, nell'art. 118, prevedere che la legge statale disciplini forme di intesa e coordinamento tra Stato e Regioni. Su leale collaborazione, concertazione e consensualità tra enti territoriali nella valorizzazione dei beni culturali, MARI - M.C. SPENA, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione*, cit., p. 82.

⁶⁵ G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazioni in atto e tendenze*, cit.

⁶⁶ Diffusamente D. SORACE, *L'amministrazione pubblica del patrimonio culturale tra Stato e Regioni: dalla sussidiarietà al "principio dell'intesa" (una prima lettura del Codice dei beni culturali e ambientali)*, in *Le Regioni*, 2005, pp. 315 ss. In particolare in materia di valorizzazione, cfr. art. 112 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

⁶⁷ Questa prospettiva è ancorata a una concezione dogmatica tradizionale dei beni culturali, fondata sulla preminenza concettuale della loro "materialità" e valorizzata anche in certa misura nel Codice. Già da tempo, questa impostazione va però perdendo progressivamente consistenza e, di recente, la Convenzione di Faro ha dato nuovo risalto alla dimensione metafisica e identitaria dei beni. Resta poi vero che il Codice modella la disciplina dell'attività di valorizzazione (e la sua qualificazione) anche in ragione del regime proprietario.

⁶⁸ G. MANFREDI, *Rigenerazione urbana e beni culturali*, cit., p. 285.

In realtà le autonomie locali, in ragione della loro prossimità al territorio e vicinanza geografica e ontologica alle comunità di base, sono titolari di patrimoni e identità culturali specifiche, da cui discende un naturale impegno alla loro valorizzazione⁶⁹.

Ferme queste premesse, l'idea di un'iniziativa condivisa e collaborativa, che veicoli un armonico contributo multi-livello dell'amministrazione pubblica e dei privati, consente in parte di superare le pure complesse diatribe sugli esatti confini delle reciproche competenze, nel segno di una sinergia operativa sostanziale.

4. Governance e valorizzazione "condivisa" del patrimonio culturale nel Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Così delineato il quadro delle competenze amministrative, occorre però ribadire che la valorizzazione del patrimonio culturale (soprattutto in prospettiva economica) non è attività riservata in via esclusiva ai soggetti pubblici, bensì aperta alla cooperazione - e all'iniziativa - dei privati e della società civile.

Anzi, l'importanza assunta di recente dalla valorizzazione per lo sviluppo sociale ed economico ha rinnovato l'interesse proprio su strategie, metodi e strumenti «attraverso cui il coinvolgimento dei privati, nella cornice giuridica del principio di sussidiarietà orizzontale enunciato dall'art. 118, comma 4, Cost. trova concreta attuazione»⁷⁰, tema che costituisce uno snodo centrale della presente indagine.

È dunque ora necessario esaminare l'esatto ruolo dei privati nella *governance* dei beni culturali e, più nello specifico, in che misura e con quali modalità possano essere attivamente acquisiti i relativi apporti in un'iniziativa partecipativa per la promozione di beni culturali locali.

La valorizzazione può infatti certamente essere "condivisa", ossia aperta a sinergie con i privati⁷¹, in modo tale che le energie della società civile si intersechino fisiologicamente per garantire l'ottimizzazione degli obiettivi di "messa a valore" dei beni⁷². Sul piano del diritto positivo interno, il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali è evidenziato dal Codice dei beni culturali e del paesaggio già all'art. 6 comma terzo⁷³ e poi all'art. 111, qui in duplice prospettiva: sia nell'ambito di collaborazioni con agenti pubblici, che di iniziative indipendenti⁷⁴. Più in generale, il Codice è strutturalmente informato al "principio consensuale"⁷⁵ e a una logica collaborativa⁷⁶, aperta al coinvolgimento dei privati⁷⁷, singoli e

⁶⁹ M.C. CAVALLARO, *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica*, cit.

⁷⁰ V. DI CAPUA, *op. cit.*, pp. 162 ss.

⁷¹ Sul contributo dei privati in ordine alla valorizzazione, tra i tanti L. CASINI, *Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, n. 7, pp. 98 ss. e, con rilievi critici, F. MERUSI, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali*, in *Dir. amm.*, 2007, n. 1, pp. 13 ss.

⁷² In generale la valorizzazione si presta «*secondamente all'apporto partecipativo dei privati*», V. DI CAPUA, *op. cit.*, p. 162.

⁷³ Ove si prescrive che la Repubblica favorisca e sostenga proprio «*la partecipazione dei privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale*».

⁷⁴ Evincibili, rispettivamente, dall'ultimo capoverso del primo comma e dal secondo comma. Evidenzia entrambe le prospettive C. BARBATI, *L'attività di valorizzazione (art. 111)*, cit. Dunque la società civile non è relegata a compiti meramente ancillari e di supporto, ma può farsi vettrice e promotrice di iniziative.

⁷⁵ S. CAVALIERE, *La valorizzazione/gestione del patrimonio culturale in funzione dello sviluppo economico: l'esperienza degli strumenti collaborativi*, cit., p. 4. Sul principio consensualistico in materia di valorizzazione, specificamente G. SEVERINI, *Art. 112, Valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 851 ss.

⁷⁶ F. DONÀ, *op. cit.*, p. 58 ove si osserva incidentalmente come la logica collaborativa possa riguardare precipuamente alcune categorie di privati.

⁷⁷ E. FOLLIERI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio. I beni culturali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 31.

associati⁷⁸, nonostante secondo certa dottrina più nel senso di una mera partecipazione, quasi soltanto procedimentale, dei cittadini piuttosto che di una effettiva amministrazione “condivisa”⁷⁹.

Con specifico riguardo alle realtà museali locali e alle attività di valorizzazione connesse, rilevante è anche l’art. 112 secondo comma del Codice⁸⁰, che introduce l’accordo come «*modalità ordinaria della valorizzazione dei beni culturali*»⁸¹. Nonostante non sia mancata in concreto qualche resistenza⁸², a livello locale la spendibilità di formule istituzionalizzate di valorizzazione condivisa dei beni culturali rappresenta un possibile strumento virtuoso, sia per alimentare la coesione territoriale che per generare un volano economico che benefici l’intera comunità.

5. La nuova *governance* del patrimonio culturale alla luce della Convenzione di Faro: la centralità della persona e il ruolo della comunità.

Le direttrici espresse dal Codice domestico devono ora essere sviluppate e in parte riconsiderate alla luce delle fondamentali linee programmatiche dettate dalla Convenzione di Faro⁸³, che segna un passaggio decisivo nell’evoluzione della sensibilità internazionale in materia di cultura. In Italia, il tema della *governance* (e valorizzazione) condivisa dei beni culturali è tornato di assoluta attualità proprio a seguito della ratifica della Convenzione, avvenuta soltanto di recente con Legge 1° ottobre 2020, n. 133⁸⁴. La Convenzione contiene essenzialmente una dichiarazione di principi⁸⁵, non immediatamente precettiva⁸⁶ ma comunque foriera a livello concettuale e sistematico di una «*ventata di novità*»⁸⁷, se non di una vera e propria rivoluzione, e destinata a incidere sulla *governance* del patrimonio culturale.

⁷⁸ Secondo l’esatta formula del suo art. 6, comma terzo. In generale il Codice presenta una certa apertura anche verso i moduli atipici, come si desume, tra gli altri, all’art. 117. Le forme atipiche in questa sede rilevano particolarmente perché possono essere oggetto di attenzione nella concreta valutazione dei paradigmi organizzativi spendibili per un’iniziativa museale locale.

⁷⁹ F. DONÀ, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁰ La norma, che riprende e sviluppa la *ratio* del previgente art. 152 del Decreto Legislativo n. 31 marzo 1998, n. 112, prescrive: «*la legislazione regionale disciplina le funzioni e le attività di valorizzazione dei beni presenti negli istituti e nei luoghi della cultura non appartenenti allo Stato*», statuendo poi che Stato, Regioni ed enti territoriali possano stipulare accordi in ordine a strategie comuni di sviluppo e relativi piani strategici ma soprattutto (comma nono) che anche al di fuori di tali ipotesi si possano stipulare accordi tra Stato, autonomie locali e privati per regolare servizi strumentali alla fruizione e valorizzazione di beni culturali.

⁸¹ G. MANFREDI, *Rigenerazione urbana e beni culturali*, cit., p. 286, con particolare riferimento ai comuni (p. 287), che nel prisma della presente indagine rappresentano il soggetto pubblico d’elezione per l’attivazione dell’iniziativa museale. Cfr. anche S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, n. 2, pp. 403 ss.

⁸² In generale, M. CAMMELLI, *Cooperazione*, in C. BARBATI - M. CAMMELLI - L. CASINI - G. PIPERATA - G. SCIULLO (a cura di), *Diritto del patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 293 ss. Sembra infatti esservi una scarsa fiducia dell’amministrazione centrale verso le autonomie territoriali, desumibile anche dalla rarità in concreto dei trasferimenti di beni ai sensi dell’art. 5 del Decreto Legislativo 28 maggio 2010, n. 85.

⁸³ Convenzione quadro del Consiglio d’Europa sul valore dell’eredità culturale per la società, firmata a Faro il 27 ottobre 2005. Sul tema V. DI CAPUA, *op. cit.*, cit., pp. 162 ss., A. GUALDANI, *Italia ratifica la convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?*, in *Aedon*, 2020, n. 3, pp. 272 ss., C. CARMOSINO, *La Convenzione quadro del Consiglio d’Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in *Aedon*, 2013, n. 1, P. CARPENTIERI, *La Convenzione di Faro sul valore dell’eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 4, pp. 2 ss..

⁸⁴ A quasi sette anni dalla sottoscrizione nel 2013, come rileva, presentandone poi i contenuti e i profili rilevanti G. SCIULLO, *La ratifica della convenzione di Faro: un cammino da avviare*, in *Aedon*, 2020, n. 3, pp. 186 ss.

⁸⁵ Riportano di questo entusiasmo G. SEVERINI - P. CARPENTIERI, *La ratifica della Convenzione di Faro «sul valore del patrimonio culturale per la società»: politically correct vs. tutela dei beni culturali?*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 8, pp. 226 ss., evidenziandone le criticità.

⁸⁶ È la Convenzione medesima che esclude l’immediata configurazione di “*diritti azionabili*” all’art. 6, lett. c. In ogni caso, sul punto si veda E. MOTTESE, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁷ A. D’ALESSANDRO, *La Convenzione di Faro e il nuovo Action Plan del Consiglio d’Europa per la promozione di processi partecipativi. I casi di Marsiglia e Venezia*, in L. ZAGATO, M. VECCO (a cura di), *Citizens of Europe. Culture e diritti*, Edizioni Ca’ Foscari, Venezia, 2015, p. 77, che ne sottolinea l’“audacia” e il potenziale attuativo anche dal punto di vista delle politiche partecipative.

La Convenzione tratteggia anzitutto un concetto innovativo di “patrimonio culturale” (art. 2, lett. a)⁸⁸, concepito in modo non elitario⁸⁹ bensì accessibile e condiviso, come “risorsa”⁹⁰ (in senso economico, sociale e ambientale⁹¹) funzionalizzata alla costruzione di una società autenticamente democratica e allo sviluppo sostenibile, nel rispetto della diversità e della qualità della vita⁹². La Convenzione considera il patrimonio ontologicamente intriso della storia della comunità⁹³ e, applicandogli logiche tipiche dei “beni comuni”⁹⁴, adotta una visione meno materialistica⁹⁵ e più concentrata sulla dimensione identitaria⁹⁶ rispetto al Codice domestico.

In armonia con questa impostazione di fondo, la Convenzione riconosce alla società civile un ruolo fondamentale nella produzione, gestione e valorizzazione delle risorse culturali⁹⁷, in consonanza con il principio di sussidiarietà⁹⁸, consacrando una prevalenza ontologica della *governance* democratica⁹⁹ su superate logiche gestionali panpubblicistiche¹⁰⁰.

Mentre il Codice domestico guarda ai privati come “contributori” nella valorizzazione¹⁰¹, la Convenzione attribuisce quindi loro una posizione (originaria) di centralità nelle dinamiche di

⁸⁸ Il patrimonio culturale è l’«insieme di risorse ereditate dal passato che alcune persone considerano, a prescindere dal regime di proprietà dei beni, come un riflesso e un’espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni in continua evoluzione. Esso comprende tutti gli aspetti dell’ambiente derivati dall’interazione nel tempo fra le persone e i luoghi». Sul punto, si è più volte ribadito in dottrina che traduzione più efficace (e fedele) dal testo inglese sarebbe stata “eredità culturale”.

⁸⁹ A tal punto che il bene culturale come oggetto passa in secondo piano rispetto all’uomo, alle sue azioni e alle sue interrelazioni, A. D’ALESSANDRO, *La Convenzione di Faro e il nuovo Action Plan del Consiglio d’Europa*, cit., pp. 77 s.

⁹⁰ Così esplicitamente anche l’art. 7, lett. c della Convenzione

⁹¹ In particolare in ordine al «rafforzamento del senso di appartenenza a una comunità, la costruzione della propria identità e l’uso più sostenibile delle risorse», C. CARMOSINO, *La Convenzione quadro del Consiglio d’Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, cit.

⁹² Per una nitida ricostruzione M.L. GUALANDI, *Comunicare l’archeologia*, in *MapPapers*, 2014, n. 1-IV, p. 39.

⁹³ F. LARENA, *Le opportunità della Convenzione di Faro*, in *labsus.org*, 2021, disponibile al link <https://www.labsus.org/2021/01/le-opportunita-della-convenzione-di-faro/>.

⁹⁴ Più in generale, la Convenzione riprende la prospettiva che considera cultura e sapere come beni comuni, come evidenzia V. DI CAPUA, *La convenzione di Faro*, cit., pp. 164 ss. Per un inquadramento dei beni culturali nella prospettiva teorica dei “beni comuni”, S. MAROTTA, *Per una lettura sociologico-giuridica dei beni culturali come beni comuni*, in *Munus*, 2016, n. 2, pp. 439 ss. ma anche E. VANNUCCI ZAULI, *I beni culturali come bene comune*, cit., pp. 398 ss. In senso più ampio, per M.L. GUALANDI, *op. loc. ult. cit.* che il patrimonio sia un bene comune risulterebbe già dall’art. 9 della Costituzione.

⁹⁵ In particolare, più rivolta alla dimensione identitaria e immateriale e meno improntata alla realtà, A. MONTANARI, *Il sostegno dei beni culturali: riflessioni per una strategia “altruistica”*, in *Aedon*, 2021, n. 2, p. 124.

⁹⁶ Sicché sarà necessaria, secondo alcuni, una riforma del Codice che allinei la relativa disciplina a questa nuova concezione, come prospetta L. VENTURA, *Le parole chiave della Convenzione di Faro e il ruolo dell’Istituto Centrale per il Patrimonio Immateriale*, in *Dialoghi mediterranei*, 2020, n. 46, disponibile online al link <http://www.istitutoeuroarabo.it/DM/le-parole-chiave-della-convenzione-di-faro-e-il-ruolo-dellistituto-centrale-per-il-patrimonio-immateriale/>.

⁹⁷ Che consente di superare anche il “dilemma sociale” della sottoproduzione di stimoli culturali, V. DI CAPUA, *op. cit.*, cit., p. 165.

⁹⁸ A. MONTANARI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁹ Cfr. A. D’ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 77 che parla di «revisione in senso democratico delle politiche culturali».

¹⁰⁰ La Convenzione, sin dai suoi obiettivi (art. 1) obbliga gli Stati firmatari a prendere misure per garantire «maggiore sinergia di competenze fra tutti gli attori pubblici» (art. 1, lett. d, secondo trattino), e riconosce il diritto di chiunque, singolo e associato, di «trarre beneficio dal patrimonio culturale e a contribuire al suo arricchimento» (art. 4, lett. a), pur con certe limitazioni «necessarie per la protezione dell’interesse pubblico e degli altrui diritti e libertà» (art. 4, lett. c).

¹⁰¹ Restando per i pubblici poteri la valorizzazione doverosa e la tutela riservata.

creazione e sviluppo del valore culturale¹⁰², veicolata mediante l'innovativo¹⁰³ e trasversale concetto¹⁰⁴ di "comunità patrimoniale"¹⁰⁵, con cui si descrive anche l'intimo collegamento

identitario tra beni e persone¹⁰⁶. In questa direzione va poi il riconoscimento di un vero e proprio diritto alla cultura¹⁰⁷, inteso non soltanto come diritto a beneficiare del patrimonio culturale, ma anche ad arricchirlo¹⁰⁸: non a caso è incentivata anche la creazione di processi culturali nuovi. Ne deriva, in conclusione, un copernicano¹⁰⁹ «rovesciamento di approccio»¹¹⁰, con la riscoperta dell'importanza assoluta della persona¹¹¹ come motore per l'identificazione (e la costruzione attiva) del patrimonio (e, più in generale, dell'esperienza) culturale.

Questa impostazione comunque non ostracizza i soggetti pubblici, dato che la gestione dell'identità culturale è improntata a un approccio integrato tra le «*istituzioni pubbliche in tutti i settori e a tutti i livelli*»¹¹², nell'ambito di un quadro giuridico che «*permetta l'azione congiunta di autorità pubbliche, esperti, proprietari, investitori, imprese, organizzazioni non governative e società civile*»¹¹³.

Dal punto di vista operativo, la Convenzione incide sulla distribuzione delle funzioni¹¹⁴, investendo proprio le comunità patrimoniali (e, in definitiva, la società civile e i privati) di fondamentali compiti di tutela e valorizzazione¹¹⁵.

¹⁰² Sull'assunto, di più ampio respiro, che «*il patrimonio culturale materiale sia il lievito della vita culturale di una comunità e non debba essere "mummificato" in una logica di pura conservazione statica*», P. CARPENTIERI, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, cit., p. 29.

¹⁰³ F. LARENA, *Le opportunità della Convenzione di Faro*, cit., ritiene la nuova nozione in linea con alcune tendenze virtuose già manifestatesi in Italia: in particolare i regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni e i patti di collaborazione, che hanno contribuito a realizzare una rete per la protezione e valorizzazione delle risorse culturali, cfr. G. ARENA, *I custodi della bellezza*, in *labsus.org*, 2020, disponibile al link <https://www.labsus.org/2020/08/i-custodi-della-bellezza/>.

¹⁰⁴ L. VENTURA, *Le parole chiave della Convenzione di Faro e il ruolo dell'Istituto Centrale per il Patrimonio Immateriale*, cit.

¹⁰⁵ Infatti la Convenzione «*erige a figura istituzionale nella gestione del bene culturale la "comunità di cultura" ritenendo che la stessa si riferisca a quella particolare collettività che crea un legame biunivoco con il patrimonio ad essa riferito*», G. BIASUTTI, *Brevi note intorno alla nozione di servizio pubblico culturale. Nomina sunt consequentia rerum?*, in *Aedon*, 2021, n. 3, p. 180, nt. 37.

¹⁰⁶ È attribuito rilievo preminente alla dimensione immateriale e identitaria dei beni culturali, che nasce e si alimenta proprio nella prospettiva relazionale con la comunità. Tra l'altro, la convenzione consacra anche un fondamentale diritto individuale «*alla cultura*», valorizzando la dimensione personale della fruizione del patrimonio.

¹⁰⁷ Con una incisiva affermazione di C.A. D'ALESSANDRO, *La ratifica della Convenzione di Faro e il difficile inserimento del cultural heritage nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Società e diritti*, 2020, n. 10, p. 209: «*i diritti culturali diventano in Faro diritti fondamentali al pari del diritto alla vita*».

¹⁰⁸ Art. 4, lett. a della Convenzione.

¹⁰⁹ Proponendo una visione antropocentrica o quanto meno antropologica del «*cultural heritage*», per utilizzare un'espressione di A. MONTANARI, *op. cit.*, p. 124. Si tratta quindi di una «*rivoluzione copernicana*» per A. D'ALESSANDRO, *La Convenzione di Faro e il nuovo Action Plan del Consiglio d'Europa*, cit., p. 77.

¹¹⁰ V. DI CAPUA, *La Convenzione di Faro*, cit., p. 164.

¹¹¹ E. MOTTESE, *op. cit.*, p. 6. Nella Convenzione «*l'individuo è, pertanto, punto di partenza e punto di arrivo, finalizzazione ultima di ogni norma sulla protezione dei beni culturali*» (p. 8).

¹¹² Art. 11, lett. a della Convenzione.

¹¹³ Art. 11, lett. b della Convenzione. A tal fine gli Stati devono sviluppare metodi innovativi (lett. c), incentivando iniziative volontarie (lett. d) e organizzazioni non governative (lett. e). Sulle organizzazioni di volontariato in particolare, la Convenzione torna all'art. 12, lett. c, ove prescrive di riconoscere il ruolo, sia come *partner* nelle attività, che come portatori di critica costruttiva.

¹¹⁴ In quest'ottica, sembra mutare proprio la prospettiva: la cura attiva dei beni culturali non è più geneticamente di competenza dell'autorità pubblica e «*condivisibile*» con i privati, bensì originariamente e identitariamente di pertinenza della società civile.

¹¹⁵ V. DI CAPUA, *La Convenzione di Faro*, cit., p. 167, che rileva però come resti in parte oscuro il concetto in sé di comunità patrimoniale.

Ne deriva anche una rinnovata geografia¹¹⁶ della responsabilità¹¹⁷, che, nella prospettiva convenzionale¹¹⁸, rappresenta oggi un onere multi-livello ad ampio respiro¹¹⁹, non più circoscritto in via esclusiva all'amministrazione ma riferito anche agli individui e alla comunità¹²⁰.

Per quanto qui rileva, la Convenzione postula tra l'altro l'utilizzabilità del patrimonio culturale per incentivare in senso multi-prospettico lo sviluppo economico, politico e sociale del territorio¹²¹, in ossequio al principio della "gestione sostenibile"¹²².

In questa cornice si inserisce l'attività di valorizzazione in senso proprio, che, secondo la definizione convenzionale consiste nella «*identificazione, studio, interpretazione, protezione, conservazione e presentazione*»¹²³ del patrimonio culturale. La nozione non è particolarmente innovativa¹²⁴ quanto al contenuto, dovendo rintracciarsi l'originalità piuttosto in punto di metodo e approccio: la valorizzazione, alla luce delle coordinate suesposte, diventa attività imprescindibile¹²⁵ per conservare in modo autentico il valore culturale e soprattutto per divulgarlo e trasmetterlo alle generazioni future¹²⁶. Il che implica anche la necessità di una valorizzazione "partecipata"¹²⁷, veicolata attraverso un ruolo fondamentale delle comunità patrimoniali¹²⁸.

In conclusione, la Convenzione - cui dovrà seguire una normativa attuativa¹²⁹ che ne chiarisca la portata applicativa concreta¹³⁰ - pretende oggi un ripensamento di saperi, competenze e

¹¹⁶ L. VENTURA, *Le parole chiave della Convenzione di Faro*, cit.

¹¹⁷ La condivisione delle responsabilità, che innerva già a livello teorico la *governance* partecipativa domestica dei beni culturali, trova ulteriore sviluppo nella visione olistica del patrimonio culturale proposta dalla Convenzione, come rileva E. MOTTESE, *op. loc.*, p. 3.

¹¹⁸ Introdotta negli artt. 1 e 4, è disciplinata analiticamente nella Sezione III (artt. 11-14).

¹¹⁹ Significativo in questo senso anche l'art. 8, lett. c che invita le parti contraenti a utilizzare il patrimonio culturale per «*rinforzare la coesione sociale promuovendo un senso di responsabilità condivisa nei confronti dei luoghi di vita comune*», definizione in cui si intersecano il tema della coesione sociale, della condivisione attiva della responsabilità e in certa misura dei beni comuni (applicandosi le relative logiche ai luoghi di vita comune).

¹²⁰ Concetto che rappresenta quindi una sostanziale innovazione rispetto agli assetti dell'ordinamento nazionale, ancorati a una concezione della tutela quale esclusiva responsabilità pubblica. Con l'art. 1 della Convenzione, gli Stati contraenti si impegnano tra l'altro «*a riconoscere una responsabilità individuale e collettiva nei confronti del patrimonio culturale*» (lett. b). Tra le parti vi è poi una responsabilità intesa nel senso di reciproco rispetto del patrimonio culturale (art. 4, lett. b).

¹²¹ Art. 8, lett. a della Convenzione, disciplinando specificamente le prospettive della dimensione economica, nel rispetto dell'integrità dell'eredità culturale e senza comprometterne i valori intrinseci (art. 10).

¹²² Art. 9, lett. b della Convenzione.

¹²³ Art. 5, lett. b della Convenzione.

¹²⁴ Cfr. sulla innovatività delle nozioni introdotte dalla Convenzione rispetto al Codice, P. CARPENTIERI, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale*, cit., p. 7.

¹²⁵ Almeno al pari della tutela, se quest'ultima è intesa come una mera passiva conservazione della fisicità del bene. In effetti, emancipandosi in certa misura dal dogma della realtà del bene culturale, la Convenzione guarda a una dimensione più profonda dell'identità culturale, la cui trasmissione richiede indefettibilmente un'attività intensa di sensibilizzazione e valorizzazione. In questo la Convenzione si discosta anche dal Codice domestico, che invece si concentra, nonostante qualche pure apprezzabile sforzo evolutivo, prioritariamente sulla tutela, a cui la valorizzazione si accompagna soltanto in via accessoria, quando compatibile.

¹²⁶ Per riprendere l'espressione di cui all'art. 1, lett. b della Convenzione.

¹²⁷ M. MONTELLA, *La Convenzione di Faro e la tradizione culturale italiana*, in P. FELICIATI (a cura di), *La valorizzazione dell'eredità culturale in Italia*. Atti del convegno di studi in occasione del 5° anno della rivista, Macerata, 5-6 novembre 2015, supplemento n. 5/2016 a *Il Capitale Culturale. Studies on the Value of Cultural Heritage*, p. 15.

¹²⁸ Per V. DI CAPUA, *op. cit.*, p. 164 - che sottolinea l'ampiezza del concetto di valorizzazione proposto in Convenzione - la previsione forse più innovativa sarebbe l'art. 1, lett. b, ove si attribuisce alla comunità patrimoniale un ruolo decisivo nei processi di individuazione, tutela e valorizzazione del patrimonio culturale.

¹²⁹ Nell'attuale stato dell'arte essa però si affianca, senza sostituirsi, alla normativa interna, pur creando possibili conflitti soprattutto sull'identità definitoria di alcune nozioni (come patrimonio culturale) P. CARPENTIERI, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale*, cit., p. 7.

¹³⁰ La progressiva attuazione degli impegni presi con la Convenzione è la vera sfida che attende ora le istituzioni, come ricorda C.A. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 212.

strumenti per la *governance* dei beni culturali¹³¹ e costituisce una fondamentale *policy* per la Pubblica Amministrazione¹³². Tale aspetto è qui particolarmente rilevante perché investe anche gli istituti della cultura, nel tentativo di trasformarli da attrattori culturali in attivatori culturali¹³³.

6. Il ruolo dei privati in un museo locale “partecipativo”: imprenditoria, terzo settore, singoli.

L’iniziativa di un museo locale “partecipativo”, mettendo a sistema le coordinate generali sino ad ora prospettate, intende coniugare contributi ed energie pubbliche e private in un territorio ristretto con l’obiettivo di promuovere risorse culturali¹³⁴ (destinate altrimenti a rimanere improduttive¹³⁵) e di generare così un ritorno di valore anche all’esterno¹³⁶ in termini di benessere sociale ed economico¹³⁷ per la collettività¹³⁸.

L’esigenza di pensare un modello “collaborativo” anche in ambito museale si impone a maggior ragione alla luce di una complessiva evoluzione dell’assetto sociale, in cui le dinamiche classiche delle interrelazioni istituzionali e la stessa gestione dell’utilità pubblica vanno subendo profondi mutamenti¹³⁹.

Nell’ultima fase storica, infatti, si documenta una riscoperta della solidarietà e della sussidiarietà, con una significativa espansione del terzo settore e una proliferazione dei moduli organizzativi privatistici con scopi di utilità sociale, tra cui fondazioni¹⁴⁰ e associazioni, in particolare nel settore della cultura.

¹³¹ Su queste esigenze G. SCIULLO, *La ratifica della Convenzione di Faro: un cammino da avviare*, cit., pp. 186 s. A. D’ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 77 rileva come operatori e istituzioni del settore si muovano verso una revisione in senso democratico.

¹³² D. MANACORDA, *L’immagine del bene culturale pubblico tra lucro e decoro: una questione di libertà*, in *Aedon*, 2021, n. 1, p. 25.

¹³³ In argomento, M. MODULO, *La riproduzione del bene culturale pubblico tra norme di tutela, diritto d’autore e diritto al patrimonio*, cit., p. 31.

¹³⁴ Obiettivo non necessariamente redditizio per gli attori coinvolti, collegato piuttosto all’interesse generico a un miglioramento della realtà territoriale, G. MARI - M.C. SPENA, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione*, cit., p. 87.

¹³⁵ Si è ormai consolidata una generalizzata consapevolezza per cui i beni culturali non debbano essere soltanto conservati ma impiegati (e valorizzati) attivamente, G. MANFREDI, *Rigenerazione urbana e beni culturali* cit., p. 278.

¹³⁶ Nel territorio di riferimento, anche con riguardo ad altri settori non strettamente connessi ai beni culturali. Si pensi, come ricorda G. SEVERINI, *L’immaterialità economica dei beni culturali*, cit., pp. 34 ss., ai flussi turistici e più in generale al «virtuoso volano economico locale» (non privo di potenziali ricadute negative), che interessa l’intera comunità e che costituisce oggetto di una sorta di interesse diffuso dei terzi. In generale sul tema dello sviluppo territoriale, A. IACOPINO, *op. cit.* Lo scopo ultimo del museo locale collaborativo è proprio costituire un modello gestionale redditivo che possa fungere da attrattore e catalizzatore di risorse e capitali.

¹³⁷ La valorizzazione dei beni culturali è «considerata fattore generativo e conformativo dello sviluppo economico e sociale dell’area» in quanto «fattore di attrazione di un territorio, e in questo effetto, difficilmente quantificabile, risiede la sua convenienza economica, considerata anche in ragione del c.d. benessere economico, o sviluppo sociale: non in quanto bene produttivo in sé (non sarebbe valorizzazione del bene culturale, ma da bene culturale)», così G. SEVERINI, *sub artt. 6-7*, cit., p. 63. In effetti, secondo autorevole dottrina, tra cultura ed economia vi è un intimo legame (soprattutto a livello locale), tanto che la domanda di offerta culturale incide sullo sviluppo economico, G. PIPERATA, *Cultura, sviluppo economico e... di come addomesticare gli scoiattoli*, cit. e diffusamente B. ACCETTURA, *Valorizzazione del patrimonio culturale e nuovi modelli per lo sviluppo dei territori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

¹³⁸ Come efficacemente rilevato da B. ACCETTURA, *Politiche di valorizzazione e funzione sociale dei beni culturali. Pratiche di cittadinanza attiva*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 15, p. 2. i vantaggi ritratti dalle attività di valorizzazione del patrimonio culturale devono essere ricercati ad ampio raggio nel «benessere della collettività in cui i beni sono collocati».

¹³⁹ Sul caso dei musei civici, G. MORBIDELLI, *I musei civici italiani fra tradizione e innovatività*, in *Aedon*, 2021, n. 1, pp. 45 ss.

¹⁴⁰ Il modulo soggettivo della fondazione appare confacente alle iniziative azionate nello spettro del principio di sussidiarietà, in quanto formula privatistica geneticamente idonea a veicolare i corpi intermedi verso scopi di interesse generale. A tal proposito si rinvia alle storiche sentenze della Corte Costituzionale nn. 300 e 301 del 2003, depositate il 29 settembre 2003.

Proprio la floridità di questo rinnovato contesto ha stimolato la ricerca di nuove opzioni per la *governance* partecipativa dei beni culturali in ambito locale, che, in armonia con i principi della Convenzione di Faro, valorizzino la comunità proponendosi non soltanto come attrattori, ma come attivatori di processi culturali¹⁴¹. L'iniziativa di un museo locale collaborativo si fonda concettualmente in via principale proprio sulla catalizzazione del contributo attivo proveniente dal tessuto socio-economico-politico locale¹⁴², dunque sulla cooperazione - spontanea o interessata¹⁴³ - degli operatori economici del territorio¹⁴⁴ e ancor prima della popolazione locale¹⁴⁵. Il museo non si rivolge unicamente all'universo dell'imprenditoria, ma anche (e soprattutto) ai privati (singoli e organizzati in corpi sociali¹⁴⁶), che operano spontaneamente per la valorizzazione dei beni culturali al di fuori dai paradigmi istituzionali dell'azione amministrativa e, in certa misura, senza soffrirne i relativi limiti, potendo apportare così un contributo notevole in termini di efficienza¹⁴⁷. Più in concreto, mentre il coinvolgimento degli operatori economici consente di procacciare risorse ulteriori difficilmente immaginabili negli stringati limiti delle pubbliche finanze¹⁴⁸, così da evitare il rapido impoverimento dei bilanci¹⁴⁹, la partecipazione della comunità locale¹⁵⁰ si rivela funzionale a prevenire rapide sclerotizzazioni¹⁵¹,

¹⁴¹ Questa specifica terminologia si rinviene in M. MODULO, *La riproduzione del bene culturale pubblico tra norme di tutela, diritto d'autore e diritto al patrimonio*, cit., p. 31.

¹⁴² Per un'indagine casistica sul contributo dei singoli, dal basso, alla gestione del patrimonio culturale si vedano gli studi (l'ultimo dei quali significativamente intitolato *"Il bene nostro"*) di Giuliano Volpe, già presidente del Consiglio Superiore per i Beni Culturali e Paesaggistici del Ministero della Cultura: G. VOLPE, *Il bene nostro. Un impegno per il patrimonio culturale*, Edipuglia, Bari, 2018, ID., *Un patrimonio italiano. Beni culturali, paesaggio e cittadini*, UTET, Torino, 2016. Ancora sul tema, con riferimenti comparatistici, D. MESSINEO - R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, in *Aedon*, 2014, n. 3, nonché C. BARBATI, *Pubblico e privato per i beni culturali, ovvero delle "difficili sussidiarietà"*, in *Aedon*, 2001, n. 3, M. CAMMELLI, *Pubblico e privato nei beni culturali: condizioni di partenza e punti di arrivo*, in *Aedon*, 2007, n. 2.

¹⁴³ Sul tema dei contributi di privati mossi da logiche *profit* si tornerà *infra*.

¹⁴⁴ Non può sottacersi che, soprattutto per l'imprenditoria locale, la partecipazione a un'iniziativa museale (o comunque culturale) genera un ritorno reputazionale spendibile presso la comunità di riferimento, tale da costituire una sorta di implicita misura premiale.

¹⁴⁵ R. TUCCI, *Dibattito* in AA.VV., *Il museo verso una nuova identità*, Gangemi, Roma, 2011, p. 117 precisa che per poter svolgere la propria funzione educativa il museo (e in particolar modo il museo locale) deve necessariamente saper valorizzare «la centralità del territorio e il coinvolgimento delle comunità locali».

¹⁴⁶ Sul tema, ampie riflessioni con dati statistici a corredo in F. CAVAZZONI, *Il ruolo dei privati nella conservazione e nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Astrid online*, 2010, disponibile al link <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/ella/ella-conservazione-e-nella-valorizzazione-dei-beni-culturali.pdf>. Più in generale, E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, in AA.VV., *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma Tre Press, Roma, 2017, pp. 53 ss. La questione è stata ampiamente dibattuta in occasione del convegno "Cittadini e Istituzioni: insieme per la protezione del patrimonio culturale in Basilicata. Chi siamo e cosa possiamo fare" tenutosi a Potenza, Palazzo Loffredo, in data 17 giugno 2019. Su un piano internazionale, la *governance* partecipata dei beni culturali è stata oggetto della sessione di studi "*Participatory governance of built heritage conference*" organizzata dalla Heritage Cultural Heritage Agency a Piet Mondrian, in Olanda, il 3 e 4 novembre 2018.

¹⁴⁷ Per S. MAROTTA, *Per una lettura sociologico-giuridica dei beni culturali come beni comuni*, cit., p. 440, la tendenza dell'ordinamento all'apertura verso i privati anche nel settore dei beni culturali doveva «*restituire efficienza al settore di fronte all'immobilità degli apparati pubblici*».

¹⁴⁸ M.C. CAVALLARO, *I beni culturali tra tutela e valorizzazione economica*, cit. Sul tema G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, n. 6, pp. 322 ss. Il reperimento di risorse presso i privati, in passato talvolta sfavorevolmente attenzionato dalla giurisprudenza contabile, si ripropone come opportunità ineludibile nella cornice dell'attuale crisi delle risorse pubbliche (a maggior ragione durante e dopo la pandemia da Covid-19), soprattutto con riguardo alla realtà degli enti locali. Il rapporto Istat pubblicato nel gennaio 2019, riferito all'anno 2017, su "*I musei, le aree archeologiche e i monumenti in Italia*", disponibile al link <https://www.istat.it/it/archivio/226510#:~:text=I%20musei%20e%20altre,45%2C8%20milioni%20i%20> ha accertato che, all'epoca delle rilevazioni, meno della metà degli istituti italiani (47,9%) prevedeva l'ingresso a pagamento e che il 42,3% non vantava alcuna entrata economica derivante dalla vendita dei biglietti. Di questi, soltanto uno su dieci è un istituto statale, che può quindi alimentarsi con le risorse economiche derivanti dalla contabilità generale. Quanto ai musei privati, secondo l'inequivoca opinione di G. SEVERINI, *Musei pubblici e musei privati: un genere, due specie*, in *Aedon*, 2003, n. 2, «*un museo privato è sempre, finanziariamente, un'operazione in perdita: i costi superano sempre, e di molto, i ricavi*».

tristemente non estranee all'esperienza dei musei territoriali gestiti da soggetti pubblici¹⁵². Questo connubio di interessi assicura sul piano pratico appetibilità e riscontro all'iniziativa museale¹⁵³ che, circolarmente, genera utilità economica per il territorio e ne alimenta il benessere sociale: la riuscita sostanziale del progetto passa quindi necessariamente attraverso la sensibilizzazione della comunità di base¹⁵⁴, dunque dei *citizens*. Ciò vale a maggior ragione ove siano interessati dall'iniziativa beni etnoantropologici, nel qual caso la comunità è chiamata in sostanza a curare direttamente le "proprie" risorse culturali, ossia quelle che incarnano e narrano l'identità autoctona¹⁵⁵, sicché insorge in modo naturale un certo spirito collaborativo¹⁵⁶.

7. Il perimetro concettuale del principio di sussidiarietà orizzontale: la "questione" dei privati animati da logiche *profit*.

L'idea di un museo locale "partecipativo" costituisce dunque sostanzialmente espressione del principio di sussidiarietà orizzontale¹⁵⁷ di cui all'art. 118 quarto comma della Costituzione, particolarmente attenzionato in epoca recente in ragione della difficile congiuntura economica in cui versano le pubbliche amministrazioni¹⁵⁸, in particolare nel settore dei beni culturali¹⁵⁹.

La sussidiarietà¹⁶⁰ nella sua proiezione orizzontale¹⁶¹ valorizza essenzialmente le «*istituzioni spontanee di cittadini che intendono provvedere alla risoluzione dei problemi di interesse generale della collettività*»¹⁶² e dunque le iniziative dei privati volte al perseguimento di finalità pubblicistiche¹⁶³.

¹⁴⁹ Come rileva G. PIPERATA, *Cultura, sviluppo economico e... di come addomesticare gli scoiattoli*, cit. la valorizzazione economica obbedisce proprio all'esigenza pratica di procacciare risorse, considerando che la conservazione e gestione di beni culturali ha sovente impegnativi costi fissi, i quali implicano disponibilità di finanze difficilmente reperibili nei pubblici bilanci nel contesto della recente grave crisi economica.

¹⁵⁰ Tale partecipazione dovrebbe trovare conforto e conferma anche nel particolare legame della comunità locale con i beni culturali oggetto di musealizzazione, in ossequio al modello della c.d. "comunità patrimoniale" configurato dalla Convenzione di Faro e intimamente connesso proprio al tema della sussidiarietà, A. MONTANARI, *Il sostegno dei beni culturali: riflessioni per una strategia "altruistica"*, cit., p. 124.

¹⁵¹ Come rileva M.C. CAVALLARO, *I beni culturali*, cit., «*l'inventiva e la capacità dei privati di fare impresa possono offrire soluzioni e modalità di valorizzazione del bene che il soggetto pubblico spesso non è capace di mettere in atto*».

¹⁵² La letteratura specialistica ha rilevato da tempo come i piccoli musei promossi dagli enti locali spesso si trasformino patologicamente in sterili "magazzini di deposito", per la pericolosa tendenza delle amministrazioni a non alimentare persistentemente le iniziative culturali, esponendole all'obsolescenza e al disinteresse, cfr. sul punto F. FORTE - M. MANTOVANI, *Manuale di Economia e Politica dei Beni Culturali*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2004, p. 478. Gli stessi A. sottolineano anche come talvolta gli enti locali dispongano di ampi patrimoni culturali, non gestiti né valorizzati per difetto di risorse o d'interesse: «*ci sono anche archivi, con documenti del passato che hanno un notevole interesse né inventariati, né catalogati e spesso neppure registrati individualmente*».

¹⁵³ Dato che proprio la comunità locale costituisce anche il *target* privilegiato dell'offerta culturale. Per una indagine empirica sul rapporto tra museo e comunità si veda il report "*Quali politiche per un pubblico nuovo. Un percorso di ricerca e di azione per i musei di Torino e del Piemonte*" pubblicato a giugno 2009, che raccoglie gli esiti di una articolata e complessa ricerca promossa dalla fondazione FitzCarraldo, disponibile online al link http://www.fitzcarraldo.it/ricerca/pdf/nuovipubblici_report.pdf (in particolare pp. 20 ss.). Per un approfondimento E. FIDELBO, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini*, in *Aedon*, 2018, n. 3.

¹⁵⁴ Secondo il rapporto Istat 2017 già citato, al tempo delle rilevazioni quasi un museo su tre aveva collaboratori volontari. Tale dato assume maggior significato se si considera che circa il 58% dei musei censiti non aveva più di cinque addetti stabilmente inseriti in organico, sicché il maggior segmento del panorama museale appariva costituito proprio da micro-musei.

¹⁵⁵ In particolare quando la comunità vanta un collegamento particolare con i beni culturali assoggettati a tutela, per ragioni di tradizione, di etnia, di localizzazione geografica, secondo lo spirito della Convenzione di Faro e il connesso paradigma della comunità patrimoniale.

¹⁵⁶ In linea con l'idea che il patrimonio culturale del territorio «*fondi esso stesso l'identità collettiva di quella data comunità e che fra i due esista un rapporto dialettico in grado di porre in essere - nei fatti, prima che nelle norme - pratiche di "cittadinanza attiva"*», F. DONÀ, *Partecipazione e sussidiarietà nella valorizzazione dei beni culturali*, cit., p. 51.

Applicando il principio di sussidiarietà, nelle sue due estensioni, alle attività di valorizzazione e gestione del patrimonio culturale sono «*chiamati a partecipare e a collaborare, tanto le amministrazioni pubbliche, a vario titolo coinvolgibili, quanto i privati (in quanto singoli e in forma associata)*»¹⁶⁴. Con specifico riguardo agli enti territoriali e alle relative iniziative a carattere museale¹⁶⁵, tale principio può così offrire una prospettiva nuova per superare le non sempre entusiastiche esperienze classiche dei musei locali pubblici, che hanno rilevato profondi limiti¹⁶⁶. Gli esatti confini del principio di sussidiarietà orizzontale sono però ancora oggi in parte incerti. Secondo alcuni ricadrebbero infatti nella sfera della sussidiarietà orizzontale soltanto i privati che muovano a tutela del bene comune con logiche non utilitaristiche e «*non profit*»¹⁶⁷, restandone invece esclusi quelli che perseguano contestualmente anche interessi personali¹⁶⁸,

¹⁵⁷ Sul quale D. BOLOGNINO, *Il principio di sussidiarietà nell'art. 118, comma quarto: un'interpretazione*, in *Nuove autonomie*, 2003, pp. 663 ss., G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. I, Jovene, Napoli, 2008, M. ABRESCIA, *Il principio costituzionale di sussidiarietà*, Bonomo, Bologna, 2005. Per uno studio antecedente alla riforma dell'art. 118, cfr. A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 1997, pp. 603 ss. In tema D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2004, G. ARENA - G. COTTURRI, *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, Carocci, Roma, 2010, G. MANFREDI, *La sussidiarietà orizzontale e la sua attuazione*, in *Amministrazione in cammino*, 2016, pp. 1 ss. In prospettiva più ampia, P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 46 ss. Per indagini casistiche, G. MACDONALD, *Sussidiarietà orizzontale. Cittadini attivi nella cura dei beni comuni*, Aracne, Roma, 2018 e M. MUSELLA, *La sussidiarietà orizzontale: economia, politica, esperienze territoriali in Campania*, Carocci, Roma, 2012.

¹⁵⁸ Come osserva R. RANDAZZO, *La fondazione di partecipazione come modello di «business» sostenibile*, in *Enti non profit*, 2012, n. 3, p. 24 la «drastica riduzione di risorse» in capo alla pubblica amministrazione induce a «immaginare soluzioni alternative che vedano anche il coinvolgimento diretto degli enti del terzo settore». In termini E. BELLEZZA, *Ci sono tre criticità principali*, in *Giornale delle fondazioni*, 2011, disponibile al link <http://www.ilgiornaledellefondazioni.com/content/ci-sono-tre-criticita-C3%A0-principali> che evidenzia come la crisi delle risorse abbia aperto alla ricerca di soluzioni di partenariato, in particolare nel settore culturale, o comunque abbia imposto di attenzionare moduli partecipativi.

¹⁵⁹ Sul rapporto tra beni culturali e sussidiarietà, soprattutto nel senso dell'esigenza di ricercare innovativi modelli organizzativi e di governance, cfr. F. DONÀ, *Partecipazione e sussidiarietà nella valorizzazione dei beni culturali*, cit., pp. 51 ss., G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, cit., pp. 323 ss., C. BARBATI, *Pubblico e privato per i beni culturali, ovvero delle «difficili sussidiarietà»*, cit.

¹⁶⁰ L'esatto perimetro concettuale della nozione è assai incerto. S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, Atti del Convegno per il 40° anniversario della Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'amministrazione (Bologna, 1995), Maggioli, Rimini, 1997, pp. 73 ss. documenta oltre trenta diverse definizioni di sussidiarietà. Per alcune ricostruzioni G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, cit., *passim* nonché, dello stesso A., la relazione *Un nuovo modo di amministrare* alla Convenzione nazionale sulla sussidiarietà, tenutasi a Roma il 12 marzo 2004, disponibile online in www.cittadinanzattiva.it.

¹⁶¹ Sulla dimensione orizzontale del principio si veda L. MELICA, voce *Sussidiarietà*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5837 ss.

¹⁶² V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, 2004, pp. 1 ss. Diffusamente R. COTTURRI, *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Carocci, Roma, 2001.

¹⁶³ Tale principio trova conferma in una recente tendenza a ridurre il peso organizzativo gravante sulla macchina amministrativa, con devoluzione alla società civile di funzioni e compiti tradizionalmente riservati all'amministrazione pubblica, mediante individuazione e valorizzazione di formule organizzative e operative che garantiscano il coinvolgimento attivo dei privati, nel tentativo di stimolare forme partecipative e partecipate di cura del bene comune.

¹⁶⁴ S. CAVALIERE, *La valorizzazione/gestione del patrimonio culturale in funzione dello sviluppo economico*, cit., p. 3.

¹⁶⁵ Sul tema, N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali: la sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 20 ss.

¹⁶⁶ Corte dei conti, sez. autonomie, deliberazione n. 8/AUT/2005 del 30 novembre 2005, ha esemplificativamente rilevato una generalizzata inefficienza nelle iniziative di gestione museale in economia promosse dagli enti locali. Non diversa sorte hanno in generale i musei privati, come ricorda G. SEVERINI, *Musei pubblici e musei privati: un genere, due specie*, cit.

¹⁶⁷ Si tratta principalmente di associazioni, fondazioni ed enti del terzo settore, nonché assai sovente di cittadini singoli non organizzati.

¹⁶⁸ G. MANFREDI, *Rigenerazione urbana e beni culturali*, cit., p. 292.

senza avere quindi una disinteressata aspirazione altruistica¹⁶⁹. In effetti, i privati con logica *profit* perseguono finalità egoistiche che soltanto incidentalmente si allineano all'interesse pubblico e ben possono in alcuni casi discostarsene e persino confliggervi, creando una delicata questione "di priorità" (o "di lealtà") che può incidere in concreto su decisioni e strategie operative risolvendosi a detrimento del bene comune.

Secondo un'altra lettura, più elastica, si rientrerebbe sempre nella sfera della sussidiarietà orizzontale quando il privato realizzi un interesse pubblico, anche se contestualmente ne persegua (e massimizzi) uno proprio¹⁷⁰.

In ogni caso, a prescindere dalle diatribe teoriche sul perimetro concettuale astratto della nozione di sussidiarietà, non sembra necessario in concreto precludere il contributo dei privati animati da logiche *profit*¹⁷¹, purché siano attivate adeguate cautele a tutela del bene pubblico¹⁷², atte a discernere i casi in cui gli interessi economici privati «muovano in direzione antagonista»¹⁷³ da quelli in cui muovano «in senso convergente»¹⁷⁴ rispetto a quelli pubblici. Il «giusto governo delle occasioni di questa divergenza e contrasto»¹⁷⁵ è infatti la chiave di volta per aprire la sussidiarietà anche ai soggetti privati animati da logiche *profit* e, nel settore dei beni culturali, per coinvolgerli nella valorizzazione¹⁷⁶.

8. Le migliori soluzioni giuridiche per la costituzione e gestione di iniziative museali partecipative: il ricorso a strumenti privatistici.

¹⁶⁹ Ciò perché quelli animati da logiche non utilitaristiche hanno una «*attitudine dativa*», a differenza di quelli che operano con logiche *profit*, mossi da una «*acquisitiva*», che se non opportunamente modulata anche tramite la regolazione, può determinare pregiudizi per gli interessi pubblici, G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, pp. 35 ss.

¹⁷⁰ Anzi, nelle azioni "in sussidiarietà" vi sarebbe assai spesso «un mix di interesse personale e di solidarietà», così G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art.118, u.c. della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 2003, p. 17 e l'interesse personale del privato potrebbe persino essere trainante rispetto a quello pubblico, realizzato soltanto incidentalmente. Recentemente A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 188, nt. 41.

¹⁷¹ Sulla fattiva utilità dei contributi provenienti da privati impegnati parallelamente (e prioritariamente) nella cura dei propri interessi personali, si veda l'intervista a rilasciata nel 2011 da Marco Cammelli ad Aedon, G. CALDERONI - G. SAPORETTI - M. CAMMELLI, *La sussidiarietà in concreto: pubblico e privato negli spazi pubblici*, in *Aedon*, 2011, n. 2. Va anche considerato che il ruolo di questi privati spesso si rivela, in concreto, imprescindibile per la valorizzazione dei beni culturali, pur ferma una posizione di "governo" pubblico dell'interesse, cfr. G. SCIULLO, *I beni culturali quale risorsa collettiva da tutelare - una spesa, un investimento*, cit. L'apertura ai soggetti privati, tra cui le imprese, è infatti indubitabilmente rilevante «per dare nuova linfa agli esangui apparati della pubblica amministrazione», S. MAROTTA, *Per una lettura sociologico-giuridica dei beni culturali come beni comuni*, cit., p. 439.

¹⁷² In ragione di questi rischi, è richiesta una particolare cautela e una attenta valutazione *case by case*.

¹⁷³ Ipotesi in cui evidentemente l'intervento (*recte* l'ingerenza) del privato risulterà sgradita in quanto controproducente per l'interesse pubblico e andrà conseguentemente preclusa.

¹⁷⁴ G. SEVERINI, *op. loc. ult. cit.* Anzi, la sussidiarietà è alimentata anche dal fatto che interesse comune e interesse personale «spesso» (ma non sempre) coincidono in modo spontaneo e fisiologico, F. CIRILLO, *L'individualismo che crea legami. Solidarietà nell'era globale*, FrancoAngeli, Milano, 2010, pp. 57 ss.

¹⁷⁵ Cfr. G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, cit. Di recente il problema si è riproposto con la ratifica della Convenzione di Faro, a cui non ha fatto seguito un chiaro intervento riformatore di dettaglio del legislatore nazionale. In generale, il coinvolgimento dei privati viene reiteratamente proposto «a qualsiasi costo», anche senza opportune garanzie e attente valutazioni sull'efficienza e la rispondenza di ciascun contributo all'interesse generale, come rileva V. DI CAPUA, *op. cit.*, p. 167.

¹⁷⁶ Vigilando, anche attraverso la regolazione, «che la logica lucrativa di taluni non sopravanzi la corretta fruizione culturale da parte del pubblico» G. SEVERINI, *op. loc. ult. cit.* L'A. rileva però come vi sia una generale incertezza sul tema della regolazione in questa materia, pur nella condivisa consapevolezza che l'unico effettivo rimedio alle possibili derive egoistiche degenerative risiede in una effettiva disciplina, pur non tale da degenerare in iperregolazione come rammenta G. PIPERATA, *Cultura, sviluppo economico e... di come addomesticare gli scoiattoli*, cit.

Pur con i limiti prospettati *supra*, il museo “partecipativo” può costituire un’alternativa moderna, credibile ed efficace, alle formule tradizionali di *governance* locale dei beni culturali (essenzialmente la gestione in economia e l’affidamento diretto¹⁷⁷), rivelatesi soluzioni non sempre economicamente sostenibili¹⁷⁸, realizzando tra l’altro in modo concreto i principi della Convenzione di Faro.

Dal punto di vista della struttura giuridica, il museo locale collaborativo richiede dunque un modello organizzativo capace di accogliere e veicolare i contributi di interlocutori privati istituzionali economicamente predisposti all’erogazione di risorse, ma anche di privati cittadini interessati alla libera collaborazione¹⁷⁹ e di enti del terzo settore, preservando comunque la posizione di garanzia e controllo degli enti pubblici coinvolti.

Quanto alla tipologia di persona giuridica idonea latrice del progetto, si rivelano particolarmente congruenti i moduli geneticamente privatistici¹⁸⁰, dato che le soluzioni di natura pubblicistica non sempre appaiono egualmente adeguate agli scopi¹⁸¹, come evidenzia anche il dato esperienziale¹⁸².

La scelta di affidare l’iniziativa a un soggetto giuridico formalmente privatistico consente inoltre - almeno in certa misura - di emanciparsi dai limiti propri dell’azione amministrativa e dei suoi attori istituzionali: il museo conserva infatti, dal punto di vista strutturale e funzionale, una certa indipendenza rispetto agli enti pubblici territoriali coinvolti, il che garantisce maggiore elasticità di gestione, incidendo anche sull’applicabilità di alcune discipline pubblicistiche¹⁸³.

Nelle iniziative su territori ristretti, infine, è ben probabile che parte delle risorse, almeno nella fase iniziale, sia conferita dagli enti pubblici coinvolti¹⁸⁴ e la creazione di un soggetto gestore autonomo rispetto alla proprietà¹⁸⁵ garantisce un’alterità capace di produrre un ritorno in termini di efficienza¹⁸⁶.

¹⁷⁷ Sulla gestione dei servizi pubblici e in particolare dei musei a livello locale, cfr. C. BERTOLINI, *I musei pubblici*, in G. COLOMBINI (a cura di), *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di diritto interno ed internazionale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 454.

¹⁷⁸ In quanto non sempre idonee a fornire una cornice organizzativa per coniugare efficacemente e virtuosamente cultura e sviluppo economico, G. PIPERATA, *Cultura, op. ult. cit.*

¹⁷⁹ Per poterne catalizzare l’«interesse culturale specifico» e il «senso civico», risorse fondamentali al fine di efficientare il funzionamento di un museo, in particolare in una realtà territorialmente ristretta, come affermano F. FORTE - M. MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸⁰ Per una disamina ad ampio spettro del tema si veda P. BILANCIA (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato: studio dei modelli di gestione integrata*, FrancoAngeli, Milano, 2005.

¹⁸¹ Anzitutto, non può venire in rilievo la gestione in economia, che marginalizzerebbe il contributo dei privati ed esporrebbe l’iniziativa ai limiti propri dell’organizzazione amministrativa classica. Parimenti, non può accreditarsi l’opzione dell’affidamento a privati, atteso che, all’opposto, circoscriverebbe eccessivamente il ruolo degli enti pubblici coinvolti. Entrambe queste formule si basano essenzialmente su un rapporto tra parti pubbliche e private in rapporto di alterità (secondo dinamiche di dominanza), mentre il modello del museo collaborativo si fonda, in tutt’altra prospettiva, su logiche di cooperazione e sinergia, anche nello spirito proposto dalla Convenzione di Faro con il modello della “comunità patrimoniale”.

¹⁸² Le formule gestionali pubblicistiche classiche, almeno con riguardo ai piccoli musei degli enti locali, non sempre hanno retto la prova del tempo e anzi hanno frequentemente ceduto il passo ai moduli privatistici. Con riferimento all’azienda pubblica e allo specifico contesto dei piccoli musei degli enti locali, F. FORTE - M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 479 sostengono che «non appare una soluzione molto soddisfacente». Ben possono essere possibili buone riuscite, tra le quali sembrerebbe annoverabile l’esperimento avviato dalla Fiesole Musei nel 1996, oggetto di positivo riscontro.

¹⁸³ In particolare in materia di evidenza pubblica e di reclutamento del personale.

¹⁸⁴ Le iniziative museali locali, infatti, spesso nascono dall’esigenza di “mettere a valore” un patrimonio di beni già nella disponibilità di un ente pubblico territoriale e che altrimenti non sarebbe sfruttato. Si tratta, in una significativa parte dei casi, di beni di natura etnoantropologica.

¹⁸⁵ In particolare, ma non esclusivamente, quella del sito e dei locali.

¹⁸⁶ Almeno rispetto al modello pubblicistico di corrispondenza tra ente gestore ed ente proprietario. L’articolata riflessione è di A.L. TARASCO, *La gestione dei beni culturali degli enti locali: Profili di diritto dell’economia*, relazione tenuta al Convegno di studi “Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali” tenutosi nei giorni 30 giugno e 1° luglio 2006 a Copanello, organizzato dall’Università degli studi “Magna Grecia” di Catanzaro e dall’Università degli studi “Mediterranea” di Reggio Calabria, ora in *Foro amministrativo - Consiglio di Stato*, 2006, nn. 7-8, pp. 2382 ss. e in *Amministrazione in cammino*, 2007, pp. 1 ss. Con riguardo a tale ultima sede, cfr. in particolare pp. 10 ss.

9. Caratteri rilevanti del modello fondazionale per la gestione di un'iniziativa museale a livello locale.

Tra i modelli soggettivi privatistici potenzialmente utilizzabili per costituire un museo locale collaborativo, indubbio rilievo assume la fondazione. La fondazione è infatti un istituto¹⁸⁷, *rectius* «un'istituzione»¹⁸⁸, che, in virtù della sua morfologia e della sua fisiologica finalizzazione¹⁸⁹, può rendersi consono vettore soggettivo per la promozione di iniziative rivolte alla cura di interessi sovraindividuali e alla realizzazione di scopi altruistici¹⁹⁰, specialmente in ambito museale.

Secondo la dogmatica tradizionale, l'istituto della fondazione appartiene tassonomicamente al compendio strumentale del diritto privato¹⁹¹, sicché il suo impiego da parte di una pubblica amministrazione realizza una forma di cura mediata di interessi pubblici con formula soggettivamente privatistica¹⁹². Secondo parte della dottrina, invece, la fondazione sarebbe ontologicamente irriducibile al diritto privato, trattandosi piuttosto di «una vera e propria entità sociologica di ordine proprio»¹⁹³.

Al fine di comprendere in che misura la fondazione possa essere effettivamente utilizzata in concreto per la realizzazione di un progetto museale “collaborativo”, coinvolgendo amministrazioni e soggetti privati e attraendone le risorse¹⁹⁴, è decisiva una esatta individuazione di alcuni peculiari profili strutturali dell'istituto, da tracciarsi a confronto con l'alternativo modello dell'associazione¹⁹⁵.

¹⁸⁷ Sulla fondazione in generale, basti richiamare C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. I, *La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 309 ss., V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni e le fondazioni*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. II, UTET, Torino, 1982, pp. 254 ss., A. FUSARO, voce *Fondazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. VIII, UTET, Torino, 1992, pp. 360 ss. Più in generale, G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Giappichelli, Torino, 2000.

¹⁸⁸ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 84.

¹⁸⁹ Per ciò intendendosi la «naturale vocazione a perseguire finalità non lucrative (dunque analoghe a quelle perseguite da enti pubblici)», come ricorda A. NAPOLI, *Gli enti strumentali*, in G. ASTEGIANO (a cura di), *Ordinamento e gestione contabile-finanziaria degli enti locali*, Wolters Kluwer, Assago, 2011, p. 109. G. ALPA, A. FUSARO, *La costituzione di fondazione*, in G. BONILINI (a cura di), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. II, *La successione testamentaria*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 255 rilevano come l'istituto della fondazione «si intreccia spesso [...] con obiettivi filantropici, con slanci umanitari o caritatevoli», pur ammettendo altri scopi, esemplificativamente l'assistenza a favore di soggetti determinati.

¹⁹⁰ Il che la rende particolarmente idonea quale modulo organizzativo spendibile nell'ambito del terzo settore, cfr. L. BOCCACCIN, *Terzo settore. I mille volti del caso italiano*, Vita e Pensiero, Milano, 1997, p. 126. Le fondazioni amministrano in Italia un significativo numero di interventi, contribuendo fattivamente alla realizzazione del benessere sociale, come rilevano G. BOESSO - F. CERBIONI, *Managerialità solidale. Governance e strategia nelle fondazioni*, Wolters Kluwer, Assago, 2017, *passim*.

¹⁹¹ Si rinvia sul punto alle già citate sentenze della Corte Costituzionale nn. 300 e 301 del 2003. Tale qualificazione è rilevante perché se ne può inferire la piena applicabilità delle norme privatistiche in materia di fondazioni, come rileva N. LONGOBARDI, *Amministrazioni pubbliche e fondazioni di diritto privato*, in *Amministrazione in cammino*, 2015, pp. 1 ss.

¹⁹² L'opzione di segno contrario, pure accreditata in dottrina, trova resistenza nella dogmatica classica e nell'attuale stato dell'arte del diritto positivo. La qualificazione in termini pubblicistici, al di là delle complesse riflessioni di dottrina e giurisprudenza sugli “indici” della pubblicità, deve anche confrontarsi con il disposto dell'art. 4 della Legge 20 marzo 1975, n. 70 (c.d. legge sul parastato). In particolare, molto si è discusso sulla effettiva natura delle fondazioni ibride, considerando che il ricorso a tali formule può rappresentare un espediente per tentare di sottrarsi agli obblighi gravanti in via ordinaria sugli enti pubblici, in particolare in termini di evidenza pubblica per l'acquisizione delle risorse e di trasparenza nelle procedure selettive per i reclutamenti di personale.

¹⁹³ L. BOCCACCIN, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹⁴ Deve sin d'ora svolgersi una importante precisazione sul possibile conferimento di risorse private in capo a una fondazione costituita da soggetti pubblici, richiamando sul punto l'approfondimento di F. CAPONI, *Il comune non può costituire una fondazione per ricerca di finanziamenti*, in *Azienditalia*, 2014, n. 6, p. 446 nel quale si rileva l'atteggiamento perplesso della giurisprudenza contabile in materia. In particolare, la fondazione, secondo un orientamento (da ultimo Corte dei Conti, sezione giurisdizionale di controllo per la Sardegna, deliberazione 19/2014), non può essere costituita come ente strumentale al solo scopo di procacciare risorse private da destinare all'utilità pubblica.

In accordo con la tassonomia tradizionale¹⁹⁶, la fondazione ha come elemento dominante il patrimonio (*universitas bonorum*), a differenza dall'associazione che è invece caratterizzata dalla centralità dell'elemento personale (*universitas personarum*)¹⁹⁷.

Per l'esistenza della fondazione è quindi fondamentale la costituzione di un patrimonio, sicché rilievo centrale e decisivo riveste l'atto "di dotazione"¹⁹⁸, con cui vengono destinate risorse alle attività dell'ente.

Nel momento genetico dell'istituzione, il fondatore¹⁹⁹ conferisce i beni, cui contestualmente imprime con la propria volontà²⁰⁰ una destinazione specifica²⁰¹, che si risolve nello "scopo" della fondazione²⁰², al quale gli amministratori si rapporteranno poi da esecutori²⁰³. Lo scopo è dunque definito dal fondatore, che - nella geografia gestionale classica degli istituti fondazionali - può anche restare estraneo rispetto all'attività dell'organizzazione²⁰⁴, dando luogo alla universalmente riconosciuta «regola dogmatica, ma non normativa del distacco del fondatore dalle sorti dell'ente»²⁰⁵.

¹⁹⁵ Tale indagine, assecondando una consolidata pratica espositiva di impostazione tradizionale, si snoderà attraverso una sintetica valutazione comparativa con altro fondamentale modello di organizzazione plurisoggettiva configurato dal codice civile: l'associazione. Vedansi in proposito, tra i tanti, G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 23 ss., F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, CEDAM, Padova, 2010, pp. 263 ss.

¹⁹⁶ R. PIETRO, voce *fondazione* (dir. civ.), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 801 ss., F. GALGANO, *sub art. 15*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli - Società Editrice de Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1969, pp. 175 ss. Ancora, *ex multis*, A. CECCHINI, G. AMADIO, *Lezioni di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 113 e A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, in (a cura di) A. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 393.

¹⁹⁷ Tali espressioni, che hanno avuto notevole seguito nella letteratura scientifica, sono recentemente utilizzate, con ricostruzione storica della loro elaborazione anche sul piano internazionale, da G. ZANCHI, *Interpretazione e ruolo della prassi nella definizione dello statuto soggettivo della fondazione*, in *Jus Civile*, 2017, n. 6, p. 497, spec. nt. 10. Per il principio in generale, di recente vedasi in giurisprudenza Corte dei Conti, sezione controllo per il Piemonte, deliberazione 24/2012, in dottrina F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 365. Sul punto, A. LISERRE, *Lezioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 55 osserva però che tale differenziazione si fonda su un criterio meramente quantitativo e, in linea generale, le "rilevazioni quantitative" sono insignificanti per il diritto. La marginalità dell'elemento personale contribuisce ad alimentare una prospettiva di lungo periodo: la fondazione infatti vive e opera emancipandosi dall'identità dei propri membri, avvinata da una almeno potenziale perpetuità dello scopo, finché le risorse ne sorreggano il perseguimento. Si deve comunque sin d'ora osservare che tale carattere del modello fondazionale non può essere valorizzato fino all'estrema conseguenza di neutralizzare del tutto l'importanza dell'elemento soggettivo: la fondazione non si esaurisce nel solo patrimonio, ma richiede necessariamente un'organizzazione (di individui) che se ne serva per la realizzazione dello scopo, sicché l'elemento personale, pur in modo meno pregnante rispetto all'associazione, costituisce comunque unità funzionale (concettualmente ed empiricamente indefettibile) dell'istituto, cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 268.

¹⁹⁸ Come evidenzia anche S. FOÀ, *Lo statuto-tipo della fondazione museale: il caso del Museo egizio di Torino*, in *Aedon*, 2003, n. 2. La fondazione, infatti, trae origine da un atto di autonomia privata di destinazione di certi beni a uno scopo determinato, il c.d. atto di dotazione che fa "parte integrante" dell'atto di fondazione, come ribadisce F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 736. Sul tema, A. CASTIGLIONI - M. MACALLI, *Le persone giuridiche: Associazioni, fondazioni, comitati*, Key, Milano, 2019, p. 98.

¹⁹⁹ Si utilizza il singolare per esigenze narrative, ma i fondatori ben possono essere in numero plurale.

²⁰⁰ C'è dunque un "primato" della volontà del fondatore, come rileva A. BARBA, *Appunti sulla soggettività metaindividuale*, in AA.VV., *Liber amicorum per Paolo Pollice*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 33.

²⁰¹ F. PERRINI - C. VURRO, *Social Venture Capital & Venture Philanthropy: Modelli e processi d'investimento nell'innovazione sociale*, Egea, Milano, 2010, *sub* paragrafo 3.3.1.1. evidenziano che lo scopo costituisce un elemento funzionale irrinunciabile della fondazione, in assenza del quale il modello non può ontologicamente esistere.

²⁰² Sulla rilevanza e la natura dello scopo nella fondazione si veda anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., pp. 314 ss., nonché A. CASTIGLIONI - M. MACALLI, *op. loc. ult. cit.*

²⁰³ Se lo scopo fosse invece nella disponibilità diretta degli organi di amministrazione della fondazione, questi potrebbero modificarlo plasticamente, producendo l'effetto di distogliere i beni dalla destinazione loro impressa dal conferente-fondatore.

²⁰⁴ La fondazione può essere costituita anche per testamento e dunque il fondatore può persino non essere più in vita nel momento in cui l'istituzione entra effettivamente in attività.

Ciò determina rilevanti conseguenze sulla morfologia strutturale e funzionale del soggetto giuridico: mentre nell'associazione le finalità possono essere in certa misura trasformate nel tempo, nella fondazione per come disciplinata dal codice civile lo scopo resta «*relativamente immutabile*»²⁰⁶. Ne deriva che il ruolo degli amministratori è servente rispetto agli scopi nella fondazione²⁰⁷, dominante nell'associazione, conclusione che ben si concilia con il diverso calco ideale tracciato dal codice civile per le due forme di organizzazione²⁰⁸.

Lo scopo della fondazione può avere potenzialmente qualsivoglia contenuto non precluso dalla legge penale²⁰⁹ ma, secondo l'impostazione classica, dovrebbe anche essere necessariamente sociale o altruistico²¹⁰. In tempi recenti, certa dottrina ammette a tal proposito maggiore elasticità, nel presupposto che la fondazione sarebbe strumento geneticamente neutro e che gli scopi possano quindi esarginare oltre il rigido perimetro dell'utilità sociale²¹¹.

²⁰⁵ D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive di tecnica fondazionale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1975, n. 1, p. 309. La frase è riportata anche a proposito delle fondazioni di partecipazione da A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, loc. ult. cit. In realtà però, tale paradigma non sembra del tutto applicabile in modo analogo alle fondazioni di partecipazione A. CASTIGLIONI - M. MACALLI, *Le persone giuridiche: Associazioni, fondazioni, comitati*, cit., p. 59, ricostruito il dogma dell'estraneità del fondatore all'attività della fondazione, ne esaminano la crisi con particolare riguardo al nuovo modello della fondazione di partecipazione, sul quale si tornerà *infra*.

²⁰⁶ P. TRIMARCHI, op. loc. ult. cit. Con riguardo alla fondazione di partecipazione, la questione è esaminata da C. CROSETTA, *Lineamenti di diritto privato del terzo settore*, CEDAM, Padova, 2013, p. 58. Si è anche ritenuto che nelle fondazioni lo scopo possa essere qualificato come «*esterno*», quando eterodeterminato da un soggetto che non partecipa poi alla compagine degli amministratori. Ciò accade sempre nelle fondazioni costituite per testamento, ove l'ente viene ad esistenza proprio alla morte di chi ne ha individuato lo scopo, determinando una cristallizzazione potenzialmente perpetua delle finalità.

²⁰⁷ P. TRIMARCHI, op. loc. ult. cit., F. GALGANO, op. loc. ult. cit., L. GIANI, *L'organizzazione amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 151.

²⁰⁸ L'associazione è infatti concepita come raggruppamento di persone in costante evoluzione, per il perseguimento di scopi anche mutevoli, mentre la fondazione è invece un patrimonio stabilmente destinato alla realizzazione di una specifica finalità.

²⁰⁹ Non potrebbe essere altrimenti, scaturendo tale limite direttamente dalla norma del codice civile che disciplina il diritto di associazione (art. 13).

²¹⁰ Certamente A. CASTIGLIONI - M. MACALLI, *Le persone giuridiche: Associazioni, fondazioni, comitati*, cit., p. 48. Ancora, riferiscono di scopo «di pubblica utilità», sembrando implicitamente escluderne ogni altro, F. CARINGELLA - G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 123. Anche per F. PERRINI - C. VURRO, op. loc. ult. cit., lo scopo «*deve essere di pubblica utilità*». Sostanzialmente in linea L. GIANI, op. loc. ult. cit. L'opinione aveva trovato riscontro in giurisprudenza, tanto che un filone pretorio (Tribunale Genova, sentenza 9 luglio 1971, in *Rivista di diritto civile*, 1973, n. 2, pp. 297 ss.) riteneva, in assenza di un'effettiva utilità sociale intrinseca allo scopo, non poter darsi luogo al riconoscimento della personalità giuridica di una fondazione. In questa prospettiva, la fondazione con scopi non utilitaristici potrebbe quindi esistere soltanto «di fatto», eventualmente in forma atipica, ma mancherebbe dei presupposti essenziali per il riconoscimento giuridico. Più nettamente Cass., Sez. II, 10 luglio 1979, n. 3969, in *Giurisprudenza italiana*, 1980, n. 1, pp. 882 ss. ha affermato che «*imporre sui beni vincoli di indisponibilità tendenzialmente perpetui, come nel caso della fondazione, si giustifica unicamente nel caso di utilità pubblica*». È chiaro l'intento di limitare il ricorso a segregazioni patrimoniali con vincoli di destinazione perpetui in funzione di utilità meramente egoistiche, tema particolarmente attenzionato dalla giurisprudenza coeva alla sentenza richiamata. Si suole indicare come eccezione a questi principi la fondazione di famiglia, che per la sua particolare morfologia parrebbe sfuggire al dogma dell'utilità sociale. Contrariamente opinando, L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 53 ritiene che lo scopo di pubblica utilità sia imprescindibile in ogni tipo di fondazione, anche in quella di famiglia.

²¹¹ In quest'ordine di idee P. MANES, *Delle persone giuridiche*, in M. SESTA (a cura di), *Codice delle successioni e delle donazioni*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 43, nonché già prima R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1968, n. 1, pp. 1 ss., richiamato di recente anche da A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, n. 2, p. 365, nt. 1. Considerevole parte della dottrina ammette che la fondazione debba considerarsi modello in sé neutro, come tale utilizzabile per la realizzazione di ogni possibile scopo non contrario all'ordinamento giuridico, cfr. S. DE GOTZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 76. L'A. osserva in particolare che, nella prospettiva oggi dominante, l'eventuale natura dello scopo perseguito rileva semmai in punto di ulteriore sub-classificazione delle fondazioni, ma non può elevarsi a presupposto di esistenza o di operatività di tale persona giuridica in generale. In ogni caso, le fondazioni con scopi solidaristici rappresentano pur sempre la componente statistica di maggior rilevanza nella prassi. Infatti, il fine sociale, anche a ritenere che non sia in astratto l'unico possibile per la fondazione, ne è certamente quello naturale e ideale, a non dir d'altro per la naturale conformazione giuridica dell'istituto e per l'esperienza storica, che ha trovato conferma e conforto nel nuovo Codice del Terzo Settore (Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117).

Considerate queste caratteristiche strutturali, la fondazione rappresenta uno strumento soggettivo potenzialmente idoneo per veicolare una cooperazione pubblico-privata²¹², coniugando energie geneticamente diverse, procacciando risorse e redistribuendo responsabilità e rischi.

In particolare, la dominanza naturale dello scopo altruistico²¹³ rende l'istituto particolarmente adatto per l'esercizio di attività di interesse generale con formule privatistiche²¹⁴, soprattutto con riguardo alla multiforme realtà degli enti locali e al settore dei beni culturali²¹⁵.

L'assetto giuridico della fondazione garantisce infatti anche una significativa stabilità teleologica²¹⁶, affrancando gli scopi dalla mutevolezza ondivaga degli organi di gestione²¹⁷.

10. Cura "mediata" di interessi pubblici e strumenti privatistici: l'evoluzione dell'esperienza delle fondazioni.

Tali coordinate teoriche trovano conforto e conferma nell'esperienza concreta, che ha visto il modello fondazionale di recente sempre più attenzionato da parte degli enti pubblici per la realizzazione di iniziative di interesse generale, specialmente nel settore dei beni culturali.

In realtà, la fondazione non è modulo sconosciuto alla cura "mediata" degli interessi istituzionali da parte delle pubbliche amministrazioni fin da tempi remoti²¹⁸, come attestano studi anche risalenti²¹⁹. Il modello fondazionale in un primo momento non ha però goduto di particolare apprezzamento²²⁰, sospettato di essere talvolta fisiologicamente inidoneo alla concreta, celere ed efficace realizzazione di finalità pubblicistiche²²¹. In questa direzione, ha rilevato anche l'assenza di una definizione normativa di fondazione²²²: il vuoto positivo è risultato in principio in certa misura una criticità, esponendo il modello all'incertezza di una ermeneutica sistematica multiforme, di una prassi ondivaga²²³ e di una giurisprudenza non certo lineare.

²¹² Lo è anche per i musei statali, come ricorda L. CASINI, *Il "nuovo" statuto giuridico dei musei italiani*, in *Aedon*, 2014, n. 3.

²¹³ Secondo parte della dottrina, lo scopo è l'unico vero requisito d'esistenza di una fondazione, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 340.

²¹⁴ Per A. NAPOLI, *Gli enti strumentali*, cit., p. 109 la fondazione è la «persona giuridica più idonea per ridurre la sfera pubblica nei settori non economici».

²¹⁵ Secondo il rapporto Istat 2017 già citato, al momento delle rilevazioni il 5,3% dei musei in Italia era gestito da fondazioni, rispetto al 42% gestito dai Comuni e al comunque non trascurabile 9% gestito da associazioni.

²¹⁶ Ciò è particolarmente rilevante nel caso di un museo locale, in cui siano coinvolti anche enti pubblici territoriali che non sempre possono assicurare una costante compartecipazione alla ridefinizione dei fini.

²¹⁷ Il ruolo recessivo degli amministratori rispetto alla determinazione degli scopi consente di preservare questi ultimi da interferenze e di assicurare una visione di lungo periodo.

²¹⁸ G. ALPA - A. FUSARO, *op. cit.*, p. 255. Anche G. BARBETTA, *Le fondazioni*, in C. GORI (a cura di), *L'alternativa al pubblico? Le forme organizzate di finanziamento privato nel welfare sociale*, FrancoAngeli, Milano, 2012, p. 145 che menziona esemplificativamente i settori delle politiche sanitarie, sociali e dell'educazione.

²¹⁹ V.M. ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1935, *passim*.

²²⁰ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* (a cura di F. ANELLI - C. GRANELLI), Giuffrè, Milano, 2011, p. 167.

²²¹ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 167 rilevano come nella storia anche recente la fondazione sia spesso utilizzata da uomini facoltosi per devolvere a fini altruistici i propri beni e lasciti ereditari. Oggi questa tendenza si è in parte sviluppata lungo nuove direttrici: ad esempio molte iniziative di *found raising* si basano sulla intercettazione di lasciti ereditari, cfr. E.C. SHUMACHER, *Promuovere una fondazione dedicata alla raccolta fondi*, Philantropy, Forlì, 2007, p. 62 (traduzione da E.C. SHUMACHER, *Building your endowment*, John Wiley & Sons, Hoboken, 2003).

²²² R. SENIGAGLIA, voce *Fondazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, UTET, Torino, 2012, p. 514. Per di più, l'applicabilità delle norme codicistiche in materia parrebbe subordinata al riconoscimento, sicché la fondazione non riconosciuta resterebbe confinata nell'incertezza regolatoria, cfr. M.V. DE GIORGI, *Fondazioni e comitati*, in N. LIPARI (a cura di), *Il diritto civile*, vol. I, *Fonti, soggetti, famiglia*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 427. Oggi soccorre il Codice del Terzo Settore (Decreto Legislativo n. 117 del 2017), che relega la disciplina del codice civile a ipotesi residuale, cfr. A. BARBA, *Appunti sulla soggettività metaindividuale*, loc. ult. cit.

²²³ G. ZANCHI, *op. cit.*, pp. 494 s.

Nelle ricostruzioni più recenti, invece, la mancanza di coordinate definitorie univoche è valsa a dare all'istituto nuove latitudini: l'assenza di picchetti normativi e la conseguente elasticità del modulo rappresentano oggi fattori qualificanti in vista dell'utilizzazione da parte dei pubblici poteri²²⁴.

Con il diffondersi delle teorie aziendalistiche afferenti alla c.d. "amministrazione di risultato"²²⁵, infatti, la ricerca di duttilità e *smartness* è diventata per l'amministratore pubblico un'improcrastinabile esigenza²²⁶.

A tal proposito, non è asignificativo che l'assetto fondazionale sia nel tempo risultato l'approdo prediletto²²⁷ degli interventi positivi di privatizzazione di enti pubblici²²⁸, il che testimonia tangibilmente come lo stesso legislatore consideri con favore le caratteristiche strutturali della fondazione per veicolare un'esigenza pubblicistica in formule privatistiche strumentalmente più snelle e "leggere". La fondazione, pur concepita idealmente come veicolo per la filantropia privata, può quindi ben farsi strumento al servizio degli enti pubblici²²⁹, soprattutto per le iniziative che comportino interrelazioni sinergiche con la società civile²³⁰,

²²⁴ Lo si evidenzia chiaramente, con specifico riguardo al settore dei beni culturali, in U. MINNECI, *Il ricorso al (flessibile) modello fondazionale nella valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica*, in P. BILANCIA (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato: studio dei modelli di gestione integrata*, cit., pp. 161 ss. e anche, dello stesso A. nello stesso volume, in U. MINNECI, *Nuove entità e strutture tradizionali nella valorizzazione dei beni culturali. Attualità del tipo della fondazione per gli "appositi soggetti pubblici" di cui all'art. 112 comma quinto del codice dei beni culturali come riscritto dal d. lgs. 24 marzo 2006, n. 156*, in P. BILANCIA (a cura di), *op. cit.*, pp. 177 ss., ove si dedicano specifiche considerazioni ai «vantaggi connaturati alla flessibilità del modello» (in particolare pp. 179 ss.). Anche F. FORTE - M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 482, nel comparare i possibili moduli organizzativi, rilevano che la fondazione possa agire in modo «rapido e flessibile».

²²⁵ Massimo Severo Giannini contrappone l'amministrazione "di risultato" all'amministrazione "per atti", precisando come nella prima l'attenzione si concentri non sul singolo segmento dell'azione, ma sull'attività considerata nel suo complesso e sui suoi effetti esterni, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in V. MOLASCHI - C. VIDETTA (a cura di), *Scritto in onore di Elio Casetta*, Jovene, Napoli, 2001, p. 816. Oggi, dopo una significativa elaborazione dottrinale, per amministrazione di risultato si intende un «modello di organizzazione e di gestione dell'attività amministrativa orientato al raggiungimento del risultato» imperniato sul principio di buon andamento e, correlativamente, su quelli di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, come ricorda M.C. MIRANDA, *Amministrazione di risultato ed e.government*, in *Amministrazione in cammino*, 2010, pp. 1 ss. L'amministrazione di risultato si propone come modello sostanzialista, votato al definitivo superamento di certi idola della dottrina amministrativistica tradizionale, quali il culto della forma e l'incondizionata fiducia nel potere unilaterale autoritativo; cfr. per riflessioni F. SALVIA, *La buona amministrazione e i suoi miti*, in *Diritto e società*, 2005, n. 4, p. 560.

²²⁶ Il modello dell'amministrazione di risultato avrebbe spostato il baricentro dell'azione pubblica sull'efficienza, disormeggiando la P.A. dal "vincolo di legalità" per ancorarla a quello del "risultato", così V. VITI, *Di necessità, virtù: esigenze pubbliche e contratti atipici della pubblica amministrazione*, in *Italiappalti*, 2017, disponibile al link <https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=3447>. Alla complessa questione del rapporto tra amministrazione di risultato e principio di legalità è dedicato lo studio sistematico di M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004.

²²⁷ La trasformazione di alcuni enti pubblici operanti nell'universo socio-culturale in fondazioni o altri soggetti di diritto privato si iscrive nell'alveo di un più complessivo processo di compressione della sfera pubblica, con la sempre più intensa devoluzione di taluni interessi generali alla cura della società civile, V. CERULLI IRELLI, *Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, in *Aedon*, 2012, n. 3.

²²⁸ A. SIGNORINI, *op. loc. ult. cit.* L'ampiezza del fenomeno è stata tale da indurre parte della dottrina a riferire di una vera e propria «privatizzazione per fondazioni», così F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Diritto amministrativo*, 2004, n. 3, pp. 463 ss., più in generale ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007. In alcuni casi, intere categorie di enti pubblici sono state trasformate "in blocco" in soggetti formalmente privatistici: ad esempio gli enti lirico-sinfonici convertiti in fondazioni dal Decreto Legislativo 29 giugno 1996, n. 367 o gli ospedali di eccellenza con determinate caratteristiche, tramutati in IRCSS (Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico) dall'art. 13, comma 3, lett. d) del Decreto Legislativo 16 ottobre 2003 n. 288 oppure, ancora, le ex Ipab a seguito del Decreto Legislativo 4 maggio 2001, n. 207. Non è asignificativo che nei tre surrichiamati casi, come in molti altri, il legislatore abbia optato proprio per il modello della fondazione, pur avendo a disposizione non soltanto il già ampio ventaglio di moduli organizzativi privatistici approntati dall'ordinamento, ma anche i modelli pubblicistici e, più in generale, la potenzialità creatrice della norma giuridica.

valorizzando il coinvolgimento dei finanziatori privati²³¹ che, con il loro apporto di risorse e capitale, possano contribuire a manlevare, almeno in parte, l'oneroso costo gestionale della cura dell'interesse comune²³². Su questi presupposti, il modello va riscoprendo²³³, nell'ultimo ventennio²³⁴, una certa fioritura²³⁵, con una rilevante espansione statistica²³⁶, in armonia con una complessiva evoluzione dell'assetto sociale verso forme partecipate e partecipative di cura degli interessi pubblici. Con specifico riguardo alla valorizzazione del patrimonio culturale, la fondazione ha dimostrato nella prassi una certa efficacia²³⁷, in particolare per la solidità organizzativa, la stabilità degli scopi²³⁸ e la secondarietà dell'elemento strettamente personale²³⁹. La spendibilità della fondazione nel settore dei beni culturali è poi evidenziata a più riprese

²²⁹ Ponendosi potenzialmente anche quale mezzo ausiliario dell'azione amministrativa in forma privata e dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, così L. GIANI, *L'organizzazione amministrativa*, cit., p. 150. Sui rapporti tra fondazioni e amministrazioni pubbliche A. SANTURI, *Le fondazioni di partecipazione non sono "società in house"*, nota a Cass., Sez. Un., 2 febbraio 2018, n. 2584, in *irisonline.it*; in linea S. DE GOTZEN, *Le "fondazioni legali"*, cit., p. 29 e N. LONGOBARDI, *Amministrazioni pubbliche e fondazioni di diritto privato*, cit., pp. 1 ss. Per una visione d'insieme F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Diritto amministrativo*, 2014, nn. 1-2, pp. 45 ss.

²³⁰ La fondazione consente infatti di accogliere e valorizzare attivamente contributi privatistici ed è «opera di interesse collettivo a carattere perpetuo», secondo la definizione, riferita all'ordinamento tedesco, di M. SABBIONETTI, *Democrazia sociale e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 546.

²³¹ G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 219 rileva come, in alcuni casi, la trasformazione di enti pubblici in fondazioni sia stata attuata anche con lo scopo di consentire più agevolmente l'accesso diretto alle attività di privati e finanziatori.

²³² Sull'imprescindibilità del ruolo dei privati G. SCIULLO, *I beni culturali quale risorsa collettiva da tutelare - una spesa, un investimento*, cit.

²³³ In base ai dati Istat riportati su *Astrid online* al link http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/ISTA/ISTAT---Le-fondazioni-in-Italia-Anno-2005_18_10_07.pdf, le fondazioni, private e pubbliche, nel 2005 erano 4.720, indi 6.220 nel 2011 in occasione del nono censimento generale dell'industria e dei servizi e del censimento delle istituzioni non profit, dato rimasto pressoché immutato nel 2015 in occasione del successivo censimento permanente (pubblicato il 20 dicembre 2017). Rispetto ai dati statistici, sembrerebbe però esservi un ulteriore complesso universo di soggetti che comunque operano con modello fondazionale, per quanto non sempre compiutamente censiti. Già nel 2011, le fondazioni effettivamente attive sarebbero state circa diecimila secondo quanto riferisce E. BELLEZZA, *Ci sono tre criticità principali*, cit.

²³⁴ L'orizzonte temporale è delineato, con riguardo allo specifico ruolo delle fondazioni nella costruzione del *welfare*, in G. BARBETTA, *Le fondazioni*, cit., pp. 145 ss.

²³⁵ M.P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Quaderni della fondazione italiana del Notariato*, 2007, supplemento al n. 2, disponibile in <http://elibrary.fondazionenotariato.it/articolo.asp?art=06/0604&mn=3>. Per A. SIGNORINI, *Ospedale privato e non profit. Antagonista o alleato strategico all'assistenza pubblica*, Vita e Pensiero, Milano, 2007, p. 142, la rinnovata attenzione per l'istituto privatistico della fondazione è dovuta tanto all'impulso dell'ordinamento europeo quanto all'interesse del legislatore domestico (in particolare per le fondazioni bancarie). È significativo che di recente il Codice del Terzo Settore, Decreto Legislativo n. 117 del 2017, sia tornato a regolare la fondazione, introducendo una innovativa disciplina di alcuni suoi aspetti.

²³⁶ Non sono mancati casi di enti locali che abbiano costituito fondazioni allo scopo di organizzare e gestire servizi da destinare alla collettività locale, esemplificativamente per scopi di assistenza sociale (e.g. gestione di strutture residenziali). Nel settore dei beni culturali, gli enti locali si sono dimostrati un vero e proprio «laboratorio di successo», rispetto a un apparato centrale dominato da strutture talvolta letargiche e da strumenti in inarrestabile obsolescenza, cfr. M. MINUTI - S. D'ANNIBALE, *La gestione dei beni e delle attività culturali. Gli Enti Locali come laboratorio di innovazione*, in R. GROSSI (a cura di), *Politiche, strategie e strumenti per la cultura*, secondo rapporto annuale Federculture 2004, Allemandi & C., Torino, pp. 55 ss.

²³⁷ Nel settore pubblico, ne è un esempio la fondazione Museo del Tessuto di Prato, costituita dal Comune di Prato, dalla Provincia di Prato, dall'Unione industriale pratese e dalla C.C.I.A.A. locale, sulla cui attività si veda A. CAVICCHI, *Un'applicazione del modello del valore: la fondazione museo del tessuto di Prato* in I. SANESI, *Il valore del museo*, FrancoAngeli, Milano, 2014, pp. 277 ss. Nel settore privato si consideri l'esperienza, tra tutte, del Fondo Ambiente Italiano (Fai). Il Fai è una fondazione senza scopo di lucro costituita nel 1975, sul modello del National Trust, con il fine di tutelare e valorizzare il patrimonio storico, artistico e paesaggistico italiano. Sulle sue attività si veda lo studio di L. SUZZANI - F.P. TURATI, *Strumenti per la gestione del patrimonio culturale. La proposta del FAI*, Maggioli, Rimini, 2014. Anche a livello comparatistico il modello fondazionale ha incontrato il favore della prassi nel settore dei beni culturali, cfr. P. PAOLI, *Pianificazione e controllo delle organizzazioni culturali*, FrancoAngeli, Milano, 2006. Anche M. MACALLI, *Gestione dei beni culturali e trust*, FrancoAngeli, Milano, 2015.

²³⁸ O, quantomeno, la fisiologica resistenza alla loro mutevolezza.

²³⁹ Data dalla centralità del profilo patrimoniale. Su quest'ultimo aspetto, A. BARBA, *Appunti sulla soggettività metaindividuale*, loc. ult. cit.

anche dalla normativa primaria²⁴⁰. A livello locale era da tempo consentito l'affidamento diretto della gestione di servizi culturali a fondazioni e associazioni costituite o partecipate da enti territoriali²⁴¹, mentre a livello centrale è stato prima ammesso l'impiego della fondazione per la «gestione dei servizi relativi ai beni culturali di interesse nazionale»²⁴², poi formalmente regolata l'eventuale partecipazione del Ministero della Cultura²⁴³ a fondazioni²⁴⁴, infine, con il D.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171²⁴⁵, il modello fondazionale è stato anche inserito tra le forme giuridiche servibili per la costituzione di musei statali²⁴⁶.

Quanto alla disciplina del Codice, l'originario art. 115 prevedeva espressamente tra le forme di gestione indiretta per le attività di valorizzazione le fondazioni pubblico-private, espunte poi nella novella di cui al Decreto Legislativo 24 marzo 2006, n. 156. Come chiarito dalla dottrina successiva, tuttavia, il diritto comunitario ammette pur sempre la gestione di servizi anche culturali mediante organismi misti purché siano assicurate idonee garanzie sulla selezione dei privati, superando così in sostanza il silenzio del Codice²⁴⁷.

Da ultimo l'istituto della fondazione è stato anche profondamente interessato dal Codice del Terzo Settore²⁴⁸, che ne ha disciplinato molteplici aspetti²⁴⁹ e ha relegato in posizione sussidiaria la disciplina del codice civile²⁵⁰.

I dati pratici e normativi, complessivamente considerati, confermano quindi che, a maggior ragione in un contesto locale, la fondazione possa essere un congruo modello soggettivo per l'attivazione di un museo compartecipato che veicoli un'iniziativa multi-livello di tutela e valorizzazione dei beni culturali.

11. L'efficacia di altre possibili formule gestionali, in particolare società e trust.

²⁴⁰ Dal 1990 si sono succedute numerose leggi-quadro che hanno disciplinato in modo analitico alcune particolari categorie di fondazione: le fondazioni bancarie nel 1990, le fondazioni di volontariato nel 1991, gli enti lirici nel 1996. Contestualmente, non sono mancati interventi dedicati trasversalmente all'istituto fondazionale: si pensi esemplificativamente alle discipline organiche in materia di regime fiscale (1997) e di riconoscimento (2001). Da ultimo, come detto, il Codice del Terzo Settore ha regolato con molteplici norme proprio la fondazione (art. 21-30).

²⁴¹ Art. 113 *bis* del Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267, cfr. sul punto A. SERRA, *L'incidenza del regime dominicale dei beni culturali sulle modalità di gestione*, in *Aedon*, 2002, n. 3.

²⁴² Art. 10 del Decreto Legislativo 20 ottobre 1998, n. 368. Con l'introduzione di tale previsione espressa, la fondazione sarebbe diventata «strumento tipico di gestione dei beni culturali statali», S. FOÀ, *Lo statuto-tipo della fondazione museale: il caso del Museo egizio*, cit.. Sul tema, dello stesso A., ID., *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministro per i Beni e le Attività culturali*, in *Aedon*, 2002, n. 1, ID., *Il regolamento sulle fondazioni culturali a partecipazione statale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, n. 8, pp. 829 ss.

²⁴³ Già Ministero per i Beni e le Attività Culturali.

²⁴⁴ Decreto del ministro per i Beni e le attività culturali del 27 novembre 2001, sul quale si veda a commento S. FOÀ, *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate*, cit.

²⁴⁵ Il cui titolo completo è «Regolamento di organizzazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, degli uffici della diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance, a norma dell'articolo 16, comma 4, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89».

²⁴⁶ L. CASINI, *Il "nuovo" statuto giuridico dei musei italiani*, cit. Tale previsione è stata dettata anche per consentire di utilizzare sinergicamente risorse privatistiche e pubblicistiche per garantire sostenibilità economica alla realtà museale.

²⁴⁷ G. MANFREDI, *Rigenerazione urbana e beni culturali*, cit. Va però detto che la giurisprudenza contabile ha più volte sollevato perplessità sull'istituto fondazionale quando utilizzato come modulo soggettivo strumentale dagli enti locali F. CAPONI, *Il comune non può costituire una fondazione per ricerca di finanziamenti*, cit., p. 445.

²⁴⁸ Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 e ss.mm.ii.

²⁴⁹ Gli articoli da 21 a 30 disciplinano un vasto insieme di aspetti della fondazione: statuto, assemblea, organo di amministrazione, organo di controllo.

²⁵⁰ A. BARBA, *Appunti sulla soggettività metaindividuale*, cit., p. 33.

Per completezza, occorre sinteticamente evidenziare i caratteri peculiari della fondazione rispetto ad altri modelli privatistici potenzialmente spendibili per costituire un museo partecipativo.

Rispetto al modello societario, che anche potrebbe venire in considerazione²⁵¹, la fondazione presenta una morfologia più snella e flessibile²⁵² e una fisiologica estraneità al mercato con intima finalizzazione all'utilità pubblica²⁵³. Per converso, la società è intrinsecamente conformata verso il fine di lucro²⁵⁴ e si distanzia quindi in certa misura dal solco concettuale di un museo partecipativo multi-livello²⁵⁵ improntato alla cooperazione sussidiaria pubblico-privato²⁵⁶, in relazione al quale appaiono invece più adatti moduli ingegnerizzati per la canalizzazione di iniziative solidaristiche e non necessariamente lucrative, anche onde consentire e incentivare il coinvolgimento nella compagine soggettiva di enti pubblici e operatori del terzo settore²⁵⁷.

Infine, rispetto al *trust*, che comunque manifesta tratti morfologici comuni con la fondazione, quest'ultima vanta un quadro regolatorio più nitido e definito²⁵⁸, appartenendo alla tradizione storica dell'ordinamento domestico²⁵⁹. Per di più, il particolare modello della fondazione di partecipazione, di cui si dirà nel prosieguo, presenta ulteriori e più marcati isomorfismi con il *trust*²⁶⁰.

12. I limiti della fondazione patrimoniale e la possibile opzione per il modello atipico della "fondazione di partecipazione".

Se il modello fondazionale classico appare in linea generale potenzialmente confacente per un'iniziativa museale collaborativa, non mancano però alcune fisiologiche criticità, dovute principalmente alla predominanza dell'elemento patrimoniale e alla rigidità dei rapporti tra fondatore e amministratori²⁶¹.

²⁵¹ Nella realtà empirica, si pensi alle società Firenze mostre s.p.a., Palazzo ducale di Genova s.p.a., Mostra d'oltremare s.p.a.

²⁵² In particolare dal punto di vista gestionale e amministrativo e quanto alla base associativa, cfr. F. AMATUCCI, *Forme di esternalizzazione e di partnership pubblico-privato*, in F. AMATUCCI - S. MELE, *I processi di acquisto di beni e servizi nelle aziende sanitarie*, Egea, Milano, 2016, p. 81 che offre rilevanti spunti comparando la fondazione di partecipazione, su cui si tornerà *infra*, e la società mista.

²⁵³ Pur con le precisazioni già esposte. Sulle differenze ontologiche tra fondazione e società e sulle possibili interazioni tra i due modelli per la realizzazione di determinati scopi si vedano le riflessioni di A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. III, *Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 519 ss. L'A. si sofferma anche sulla natura giuridica dell'attività di una fondazione che si serva strumentalmente di una società per le proprie attività.

²⁵⁴ Evidenzia la differenza di scopo la sezione di controllo per il Lazio della Corte dei Conti nella deliberazione n. 151/2013, rimarcando che la fondazione si caratterizza «in negativo rispetto alla tipologia societaria, per la non lucratività dello scopo sociale che conseguentemente implica l'assenza di distribuzione degli utili».

²⁵⁵ È ben possibile attivare iniziative in sussidiarietà per la valorizzazione del patrimonio culturale servendosi di strumenti fisiologicamente improntati a finalità lucrative, ma questi appaiono concettualmente distanti nel particolare caso di un museo collaborativo multi-livello.

²⁵⁶ La società è comunque un modello di gestione tendenzialmente spendibile, da parte degli enti pubblici, per la valorizzazione del patrimonio culturale, come sottolinea M. AMARI, *Progettazione culturale metodologia e strumenti di cultural planning*, FrancoAngeli, Milano, 2006, p. 88, seppur con determinate accortezze e preclusioni. Ad esempio, sui limiti alla costituzione di società pubbliche per la valorizzazione dei beni culturali R. DE NICTOLIS, *I limiti alla costituzione e all'oggetto sociale delle società pubbliche*, in R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 89.

²⁵⁷ Assai più difficilmente enti pubblici e del terzo settore potrebbero invece partecipare in una realtà societaria con finalità lucrative.

²⁵⁸ A differenza del *trust*, che è stato nel tempo interessato da molteplici questioni ermeneutiche e ricostruttive. Per una disamina di alcune criticità sotto molteplici profili, AA.VV., *Il Trust: criticità, correzioni, sviluppi*, Giappichelli, Torino, 2017.

²⁵⁹ Sulla distinzione tra fondazione e *trust* nelle iniziative per la protezione e promozione dei beni culturali, si veda lo studio sistematico di M. MACALLI, *op. loc. ult. cit.*

²⁶⁰ D. JALLA, *Il museo contemporaneo: introduzione al nuovo sistema museale italiano*, UTET, Torino, 2000, p. 132.

²⁶¹ Su cui, pur in assenza di norme positive, è invalsa una "regola dogmatica" nella prassi, cfr. D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali*, *loc. ult. cit.*

Inoltre, la fondazione presenta una certa reticenza verso i contributori esterni, il che potrebbe limitare la forza attrattiva del progetto e l'effettività di quella cooperazione destinata a costituire l'ideale perno operativo di un museo locale partecipativo. Quest'ultimo pretende infatti una complessa e "aperta" sinergia di apporti - di natura non soltanto economica ma anche umana e sociale - ispirandosi alla logica "del comune"²⁶².

Per superare tali preoccupazioni²⁶³, si può fare ricorso al particolare modulo soggettivo della "fondazione di partecipazione"²⁶⁴, una *species* atipica di elaborazione dottrinale²⁶⁵ priva di addentellato normativo²⁶⁶, che innesta nel tessuto classico della fondazione alcuni elementi propri del modello associativo²⁶⁷ e ha trovato positivi riscontri proprio nel settore dei beni culturali²⁶⁸. Mentre nella fondazione classica un ruolo decisivo per la costituzione della massa patrimoniale e la determinazione degli scopi compete al fondatore, la fondazione "di partecipazione" rappresenta una formula istituzionalizzata dinamica di collaborazione attiva tra soggetti (pubblici e privati) che condividono gli stessi obiettivi²⁶⁹ e lavorano sinergicamente per realizzarli.

Nella fondazione di partecipazione è poi di norma consentito, in ossequio al principio della "porta aperta"²⁷⁰, l'accesso di nuovi contributori²⁷¹.

²⁶² Sulla "logica del comune" U. MATTEI, *Beni comuni: un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 61 s. secondo cui «nella logica del comune scoppiano le barriere fra soggetto e oggetto e tra natura e cultura». Sull'applicabilità dei principi elaborati in materia di "beni comuni" ai beni culturali, valga richiamare nuovamente S. MAROTTA, *Per una lettura sociologico-giuridica dei beni culturali come beni comuni*, cit., pp. 439 ss. ed E. VANNUCCI ZAULI, *I beni culturali come bene comune*, cit., pp. 398 ss. Come detto, la Convenzione di Faro sembra aver introdotto rilevanti spunti in questa prospettiva, in argomento V. DI CAPUA, *op. cit.*, pp. 164 ss.

²⁶³ Per D. JALLA, *op. loc. ult. cit.* la fondazione di partecipazione è un tentativo di dare risposta alle esigenze delle sempre più diffuse fondazioni "operative".

²⁶⁴ Sulle fondazioni di partecipazione in generale M. GORGONI, *Le fondazioni di partecipazione*, in L. BRUSCAGLIA - E. ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Atti del convegno tenutosi a Pisa il 18-19 gennaio 2001, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 532 ss., A. CASTIGLIONI - M. MACALLI, *Associazioni, fondazioni, comitati*, cit., p. 104, S. DI DIEGO, *La fondazione di partecipazione: un patrimonio di destinazione a struttura aperta*, in *Enti non profit*, 2005, pp. 99 ss., A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., pp. 393 ss.

²⁶⁵ G. ROMANO, *La fondazione di partecipazione per i servizi culturali: un modello ancora attuale?*, in *Giustamm.it*, 2013, n. 11, p. 3 ne riconduce la paternità scientifica a Enrico Bellezza e a Francesco Florian. Il modello ha avuto infatti una tra le prime teorizzazioni sistematiche in E. BELLEZZA - F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, La Tribuna, Piacenza, 2006. Degli stessi A., in una fase antecedente, E. BELLEZZA - F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio*, Passigli, Firenze, 1998, ove viene in qualche misura già immaginata la fondazione di partecipazione, non tanto come variante del modello fondazionale classico, ma come modulo organizzativo atipico, derivante da una calibrata ibridazione tra la fondazione e l'associazione. A. HINNA, *Misurazione e rendicontazione come strumenti di governance e accountability*, in ID. (a cura di), *Gestire e organizzare nel terzo settore*, Carocci, Roma, 2008, p. 109 include le fondazioni di partecipazione tra le persone giuridiche «individuate dalla prassi».

²⁶⁶ F. DONATO, *Le amministrazioni pubbliche verso logiche di governo partecipato*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 45. Essa trova quindi la propria legittimazione nella generale possibilità di costituzione di figure soggettive di diritto privato non normativamente tipizzate.

²⁶⁷ Si tratta quindi di un modello ibrido, come conferma F. DONATO, *Le amministrazioni pubbliche*, *loc. ult. cit.*, secondo cui la fondazione di partecipazione «miscela sapientemente alcune caratteristiche della fondazione (la gestione di un patrimonio, in questo caso un patrimonio culturale) con alcune caratteristiche dell'associazione (la pluralità di soggetti che partecipano alle scelte strategiche)».

²⁶⁸ Le fondazioni di partecipazione, infatti, oltre che per la gestione dei beni culturali, sono spesso utilizzate per le attività definite *charitables* nel mondo anglosassone (quindi, tra le altre: formazione, ricerca, sanità), cfr. F. NATALE, *Le fondazioni nelle relazioni pubblico privato*, McGraw-Hill Education, Milano, 2010, R. GIACINTI, *Gli enti per i servizi culturali. Fondazioni di partecipazione, fondazioni onlus, enti ecclesiastici*, Maggioli, Rimini, 2014.

²⁶⁹ In particolare, nella fondazione di partecipazione manca la predominanza di uno dei due elementi patrimoniale o personale, che convivono sinergicamente e con pari dignità, cfr. E. BELLEZZA - F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio*, cit., p. 66. A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 166 riferiscono di una evidente "contaminazione" tra i due modelli classici della fondazione e dell'associazione nella fondazione di partecipazione.

Per di più, oltre ai partecipanti “istituzionali”, che erogano stabilmente risorse garantendo la consistenza patrimoniale, sono ammessi anche partecipanti “occasionalisti”, che intervengono soltanto saltuariamente nelle attività²⁷².

Ciò consente di intercettare le iniziative spontanee in sussidiarietà dei singoli e delle organizzazioni locali, il cui contributo può essere acquisito senza generare un legame di dipendenza.

In estrema sintesi, la fondazione di partecipazione²⁷³ è un’organizzazione non lucrativa, concettualmente fondata sulla cooperazione dialogica, alla quale possono aderire enti pubblici e soggetti privati, contribuendo in modo costante o discontinuativo ed eventualmente ma non necessariamente erogando risorse economiche. Si caratterizza per un’estrema versatilità²⁷⁴ ed è l’esito di un’ibridazione alchemica di iniziativa dottrinale, tanto che ancora ne resta in parte incerta l’esatta natura²⁷⁵. Per queste sue caratteristiche, seppur dopo un’iniziale diffidenza²⁷⁶, la fondazione di partecipazione rientra oggi tra gli strumenti soggettivi stabilmente utilizzati per veicolare sodalizi pubblico-privati votati all’interesse generale, in particolare con riguardo alle iniziative culturali²⁷⁷.

13. La struttura organizzativa interna di una fondazione di partecipazione “aperta” per le esigenze di un museo locale collaborativo.

La struttura organizzativa interna delle fondazioni di partecipazione presenta tratti morfologici ricorrenti²⁷⁸: oltre ovviamente al presidente²⁷⁹ e ai revisori dei conti²⁸⁰, è tipicamente

²⁷⁰ Nella fondazione di partecipazione, i “partecipanti” possono decidere, nel corso della vita dell’ente, di devolvere contributi, pur nei limiti del dettato statutario, e possono incentivare in tal senso la collaborazione di altri, anche privati: questo meccanismo consente la continua rigenerazione del patrimonio fondazionale e garantisce la sopravvivenza e l’espansione dell’organizzazione. Sul punto, si veda anche R. RANDAZZO, *La fondazione di partecipazione*, p. 24, ove si afferma che la fondazione di partecipazione è connotata dal principio della «porta aperta, caratteristico degli enti associativi». Cfr. anche S. DI DIEGO, *La fondazione di partecipazione: un patrimonio di destinazione a struttura aperta*, loc. ult. cit.

²⁷¹ Attenuando quella resistenza che caratterizza invece il modello fondazionale classico per come normato dal codice civile. In questa prospettiva, la fondazione di partecipazione è più simile al modello della società mista, vantando però, come anticipato, una maggiore flessibilità gestionale e organizzativa, anche per quanto riguarda le variazioni della base associativa, come rileva F. AMATUCCI, *Forme di esternalizzazione e di partnership pubblico-privato*, cit., p. 81.

²⁷² La distinzione è riportata nitidamente in G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, cit., pp. 40 s.

²⁷³ Per una definizione e per riflessioni, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione, le fondazioni tradizionali, le fondazioni di origine bancaria e le associazioni: elementi distintivi*, in *Quaderni della fondazione italiana del Notariato*, 2007, supplemento al n. 2, pp. 63 ss.

²⁷⁴ R. RANDAZZO, *La fondazione di partecipazione*, p. 24.

²⁷⁵ M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Quaderni della fondazione italiana del Notariato*, 2007, supplemento al n. 2.

²⁷⁶ Si deve dar conto che - in un momento intermedio - l’istituto della fondazione di partecipazione aveva incontrato qualche resistenza nella prassi a causa di una duratura incertezza della giurisprudenza contabile sulla effettiva utilizzabilità da parte delle amministrazioni pubbliche.

²⁷⁷ G. ROMANO, *La fondazione di partecipazione per i servizi culturali*, cit., p. 1., A. SANTUARI, *Ma i comuni possono ancora costituire fondazioni di partecipazione?*, in *Persona&Danno*, 2013, disponibile al link <https://www.personaedanno.it/articolo/ma-i-comuni-possono-ancora-constituire-fondazioni-di-partecipazione-alceste-santuari>.

²⁷⁸ Per un esempio concreto si veda l’indagine di S. FOÀ, *Lo statuto-tipo della fondazione museale: il caso del Museo egizio di Torino*, cit.

²⁷⁹ E a eventuali altri uffici monocratici di carattere più schiettamente gestionale, quali il segretario, il tesoriere e il vicepresidente. Il “presidente” può assumere varie denominazioni, qui lo si intende come l’organo monocratico che ha di norma la rappresentanza verso l’esterno e riveste funzioni verticistiche nell’organigramma.

²⁸⁰ Questa struttura “ricorrente” è delineata, nelle sue componenti essenziali, in G. IORIO, *op. loc. ult. cit.* È significativo, in tale contesto, il meccanismo decisionale adottato da alcune fondazioni, basato su un sistema di “punti voto” attribuiti in differente misura ai soggetti partecipanti, così da poter “pesare” diversamente gli attori a vario titolo coinvolti nella gestione. Su uno specifico caso, v. diffusamente F. GUARINI, *Un’applicazione del modello del valore: la fondazione museo del tessuto di Prato*, cit., pp. 281 ss.

presente un organo di indirizzo, composto di norma dai fondatori e dai partecipanti istituzionali, e uno di gestione, dedito al *management*²⁸¹. Può poi aggiungersi un organismo di vigilanza²⁸² con funzioni di garanzia e controllo²⁸³ e - meno spesso - un comitato scientifico²⁸⁴. Dal punto di vista organicistico la fondazione di partecipazione appare per certi versi più simile a una società che non a una fondazione classica, fermo il divieto di distribuzione degli utili²⁸⁵.

Una tale struttura consente, per quanto qui rileva, di valorizzare specificamente le posizioni dei diversi attori coinvolti in un'iniziativa museale pubblico-privata multi-livello²⁸⁶: le amministrazioni²⁸⁷ potranno per un verso sedere nell'organo di indirizzo, orientando le attività dell'ente²⁸⁸, per l'altro assicurare una congrua attività di controllo attraverso l'organismo di vigilanza; l'imprenditoria finanziatrice potrà partecipare alle decisioni organizzative mediante l'organo di gestione (garantendo anche un *management* qualificato); gli enti del terzo settore potranno assicurare una cooperazione costante e fattiva, eventualmente sedendo nell'organo di indirizzo; i privati singoli e associati potranno relazionarsi anche occasionalmente e in modo non istituzionalizzato con l'ente come partecipanti "*occasionalisti*"; infine accademici e studiosi potranno essere chiamati a comporre l'eventuale comitato scientifico²⁸⁹.

La struttura della fondazione di partecipazione, in conclusione, ben si presta a veicolare progetti di cooperazione sinergica tra attori eterogenei²⁹⁰, anche con riguardo a iniziative museali o comunque di valorizzazione di beni culturali in un ambito locale²⁹¹. Anzi, secondo alcuni la fondazione di partecipazione sarebbe oggi la formula "tipica" per le iniziative di collaborazione pubblico-privato²⁹², in particolare nel settore dei beni culturali e con riferimento proprio alle iniziative museali²⁹³. Sicché tale modello parrebbe certamente idoneo agli scopi

²⁸¹ Dunque costituito anche da persone esterne, in particolare manager qualificati, oltre che presumibilmente da rappresentanti dei soggetti a vario titolo coinvolti.

²⁸² Lo menziona D. JELLA, *op. cit.*, p. 134. A. ZIRUOLO, *Contabilità e bilancio degli enti locali: tendenze evolutive e applicative*, Maggioli, Rimini, 2013, p. 348 ribadisce nella sostanza il richiamato schema di *governance*, indicando per l'organo di vigilanza la possibile denominazione di "consiglio di sorveglianza".

²⁸³ Si può ipotizzare che, nelle fondazioni munite di organi di vigilanza, la partecipazione degli enti pubblici possa essere ivi concentrata, ben potendo l'amministrazione assolvere efficacemente al proprio compito di tutela degli interessi generali senza necessariamente essere investita di un ruolo diretto di gestione. Una tale opzione organizzativa sarà evidentemente prediletta da quelle amministrazioni che intendano devolvere ai privati anche il sostanziale governo quotidiano dell'iniziativa.

²⁸⁴ Di norma composto da accademici, esperti e professionisti qualificati, con il compito di dettare le linee guida dell'attività scientifica, senza rivestire ruoli operativi diretti.

²⁸⁵ Questa assimilazione risale fino alla prima teorizzazione della fondazione di partecipazione in E. BELLEZZA - F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio*, cit., p. 66.

²⁸⁶ Viene qui prospettata una possibile distribuzione delle partecipazioni nei singoli organi, ma resta ferma la possibilità di modellare diversamente la struttura interna in base alle esigenze specifiche del caso concreto.

²⁸⁷ Le amministrazioni potranno contribuire in varia misura, apportando beni o semplicemente dando un contributo in termini di effettività della valorizzazione, cfr. incidentalmente sul tema G. SEVERINI, *L'immateriale economico dei beni culturali*, cit., pp. 34 ss.

²⁸⁸ Ferma la possibilità di partecipare anche, eventualmente, all'organo di gestione.

²⁸⁹ Il che particolarmente rileva nel caso di una fondazione votata alla cura dei beni culturali, settore nel quale l'apporto degli esperti scientifici si rivela determinante per tracciare un programma efficace e consapevole delle attività.

²⁹⁰ Secondo R. RANDAZZO, *op. cit.*, p. 24. D. JALLA, *op. cit.*, p. 133 il modello stesso della fondazione di partecipazione «*si ispira al principio costituzionale della cooperazione*».

²⁹¹ Alcuni esempi virtuosi, in tale ambito, sono la fondazione Torino Musei, la fondazione Brescia Musei e la fondazione Museo internazionale delle ceramiche di Faenza.

²⁹² F. DONATO, *Governance*, cit., p. 49, che comunque evidenzia consapevolmente le criticità del modello.

²⁹³ P.G. RINALDI, *op. loc. ult. cit.*, valorizza le fondazioni di partecipazione «*costituite da enti locali e partecipate da altri soggetti pubblici e da soggetti privati, le quali non si limitano ad assicurare la semplice fruizione da parte del pubblico dei beni culturali ma provvedono direttamente anche alla gestione di tutte quelle attività culturali di valorizzazione in senso ampio dei beni museali*».

definiti in premessa²⁹⁴, come dimostra anche l'esperienza recente²⁹⁵, in particolare nelle realtà territoriali ristrette²⁹⁶.

14. Criticità e problematiche aperte.

La scelta della fondazione di partecipazione - ma più in generale già della fondazione classica - come modulo organizzativo non risulta esente da possibili risvolti problematici.

Anzitutto, la commistione di soggetti e capitali pubblici e privati suscita perplessità sulla natura dell'istituzione²⁹⁷, anche alla luce del complesso quadro normativo e giurisprudenziale interno e comunitario²⁹⁸. La questione è di non poco momento, considerato che incide sul piano dei controlli, della gestione, nonché delle relazioni con altri enti e con il mercato²⁹⁹. A questa problematica si lega inoltre quella sul regime giuridico del personale, rilevante per la sostenibilità economica³⁰⁰. Sul tema, la giurisprudenza propende per un approccio sostanzialista, qualificando le fondazioni come organismi di diritto pubblico³⁰¹ al ricorrere di determinati indici e presupposti³⁰², senza considerare decisiva la partecipazione di enti pubblici nel momento istitutivo³⁰³ e poi nella base soggettiva.

²⁹⁴ Essendone riconosciuta l'efficacia ai fini dell'attivazione di un'iniziativa museale, cfr. S. FOÀ, *Lo statuto-tipo della fondazione museale: il caso del Museo egizio di Torino*, cit.

²⁹⁵ Dopo i primi tentativi di applicazione del modello (in particolare nel settore della lirica), le fondazioni di partecipazione si sono fisiologicamente diffuse in modo significativo, cfr. F. DONATO, *Governance e sostenibilità economica*, in B. SIBILIO - F. DONATO (a cura di), *Governare e gestire le aziende culturali*, FrancoAngeli, Milano, 2015, p. 38; G. BARRESI, *La rendicontazione economica e sociale nelle fondazioni. Profili di accountability e trasparenza nell'esperienza italiana*, FrancoAngeli, Milano, 2013, p. 38.

²⁹⁶ A. ZIRUOLO, *op. cit.*, cit., p. 349. Anche P.G. RINALDI, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi di valorizzazione dei beni culturali*, in L. DEGRASSI (a cura di), *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, cit., p. 225 rileva la capillare diffusione di fondazioni di partecipazione a livello locale. Per fare un esempio pratico, il modello è stato utilizzato nel 2004 per il Museo di Fotografia Contemporanea di Cinisello Balsamo, con lo scopo di incubare in un unico ambiente le migliori energie pubbliche e private del territorio, coinvolgendo vari livelli amministrativi (comune, regione, ministero), come evidenziato da G. GUERCI, *La scommessa del Museo di Fotografia Contemporanea*, in R. PERNA - I. SCHIAFFINI (a cura di), *Per un museo della fotografia a Roma*, Atti del convegno tenutosi a Roma il 24 novembre 2011 presso la facoltà di architettura dell'università di Roma Tre, Postmedia Books, Milano, 2012, pp. 91 ss. Al momento della costituzione del museo, la fondazione appariva ancora «un modello nuovo» che «fa leva su un'idea di forte partenariato pubblico privato e sulla semplificazione gestionale». Un caso diverso può rilevarsi con riguardo al complesso museale di Santa Maria della Scala, a Siena, che nel 2012 è stato oggetto di insistenti attenzioni per la trasformazione in fondazione di partecipazione, ma, all'esito di un complesso studio di fattibilità, l'idea risultò economicamente insostenibile, a riprova dell'utilità dirimente di un'attenta valutazione preliminare dei fattori ambientali e delle peculiarità territoriali.

²⁹⁷ Si ricordi che, in linea generale, la fondazione, anche laddove sia interessata dalla partecipazione e dai controlli di amministrazioni pubbliche, rappresenta pur sempre geneticamente un soggetto di diritto privato, come ricorda V. SARCONI, *Le fondazioni "pubbliche"*, in *Amministrativamente*, 2012, n. 2, p. 1, ma vedi *infra*. Tale saggio esamina anche i risultati della ricerca condotta nell'ambito del programma «Fondazioni e interesse pubblico: diversi modelli, uno scopo», a cura di Caterina Cittadino, realizzato nel 2011 per conto dell'Istituto di Studi Politici «S. Pio V». L'incidenza profonda dei profili pubblicistici apre però a una problematica tassonomica, su cui si sono concentrate le attenzioni della dottrina e della giurisprudenza, in particolare al fine di valutare l'applicabilità in concreto degli obblighi di evidenza pubblica negli approvvigionamenti e di selezione nel reclutamento del personale.

²⁹⁸ La natura delle fondazioni partecipate da soggetti pubblici deve essere vagliata anche alla luce degli indici «di pubblicità» enucleati dal diritto interno e comunitario (e dalle relative produzioni giurisprudenziali), come suggerisce A. NAPOLI, *Gli enti strumentali*, cit., p. 112.

²⁹⁹ In particolare sulla necessità o meno delle procedure concorsuali e dell'evidenza pubblica per gli approvvigionamenti.

³⁰⁰ Come dimostra l'esperienza delle fondazioni museali statali. Per un caso su tutti, si pensi al Museo Egizio che, dopo la trasformazione in fondazione, ha patito una travagliata riduzione del proprio personale. Cfr., sul tema, L. CASINI, *Valorizzazione e gestione*, in C. BARBATI - M. CAMMELLI - L. CASINI - G. PIPERATA, *Diritto del patrimonio culturale*, cit., p. 221.

³⁰¹ Conseguentemente applicato le norme in materia di evidenza pubblica.

³⁰² Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2018, n. 858 ha qualificato in termini di organismo di diritto pubblico una fondazione teatrale sulla base degli indici individuati dall'ordinamento comunitario.

Sotto altro profilo, la giurisprudenza contabile ha mosso ragionate critiche all'impiego del modello fondazionale da parte degli enti pubblici, in particolare locali, quando finalizzato a procacciare e acquisire risorse private³⁰⁴, degenerazione stigmatizzata anche in dottrina³⁰⁵. In realtà, si registra oggi più in generale una posizione tendenzialmente permissiva del giudice contabile quanto alla costituzione di fondazioni di partecipazione da parte di enti locali³⁰⁶, pur con comprensibili limiti. Concentrandosi sull'oggetto specifico dell'indagine, la riuscita di un'iniziativa museale "collaborativa" dipende poi sostanzialmente dalla robustezza del tessuto sociale locale e dalla sensibilità della comunità di base e dell'imprenditoria: spesso i privati presenti sul territorio non sono purtroppo interessati a partecipare, né tantomeno a conferire risorse e capitali³⁰⁷. A tal proposito, rileva anche la tendenziale perpetuità dei conferimenti in fondazione³⁰⁸ (salvo il recesso ove possibile³⁰⁹), che potrebbe in concreto scoraggiare l'apporto collaborativo anche degli enti pubblici³¹⁰. Restano inoltre ferme le preoccupazioni sul possibile ruolo dei privati animati anche da logiche "profit", dovendosi ribadire la necessità di adeguate cautele, eventualmente assistite da strumenti di monitoraggio e verifica³¹¹.

In conclusione, da una complessiva disamina dell'esperienza italiana, si è talvolta concluso che «*le fondazioni non hanno sempre dato prova nel nostro paese di un funzionamento ottimale*»³¹² almeno nel settore museale. In realtà, le criticità prospettate non sembrano però ostative all'impiego del modello fondazionale, dovendosi semmai di conseguenza modellare l'istituto nel caso concreto, anche attraverso la disciplina statutaria.

³⁰³ Le Sezioni Unite hanno infatti affermato che «*la natura pubblica degli enti che concorrono a formare un nuovo ente non è sufficiente ad attribuire natura pubblicistica a quest'ultimo*» (Cass., Sez. Un., 23 novembre 1993, n. 11541).

³⁰⁴ F. CAPONI, *op. cit.*, pp. 445 che richiama la deliberazione della Corte dei Conti, sezione giurisdizionale di controllo per la Sardegna, n. 19 del 10 aprile 2014, ove si afferma che la fondazione non può tradursi in un mero mezzo di procacciamento mediato di risorse private, dovendo evidentemente adempiere alla più complessa funzione di conciliare in un unico canale energie pubbliche e private per la realizzazione di scopi di interesse generale, sfruttando a tal fine la fluidità della propria struttura.

³⁰⁵ F. DONATI, *Governance*, cit., p. 49, che rileva come «*nella maggior parte dei casi i privati sono stati interpretati quali semplici finanziatori, ossia portatori di denaro fresco*», circostanza tanto ricorrente da indurre l'A. a un giudizio di sconforto: «*rispetto agli auspici, il modello non ha pienamente dato i frutti sperati*».

³⁰⁶ Più di recente, Corte dei conti, Sezione di controllo per la regione Friuli-Venezia Giulia, deliberazione FVG/22/2019/PAR, depositata il 26 settembre 2019 ha confermato, ad esempio, la possibilità per un Comune di costituire e partecipare una fondazione di partecipazione pur all'esito di una valutazione costi-benefici in cui si tenga comparativamente conto di altre possibili scelte istituzionali e fermo l'obbligo per il costituendo soggetto di osservare le procedure a evidenza pubblica. Su tale pronuncia si veda il commento di L. CAIANIELLO, *Le fondazioni di partecipazione al vaglio dei giudici contabili*, in *labsus.org*, 2020, disponibile al link <https://www.labsus.org/2020/05/le-fondazioni-di-partecipazione-al-vaglio-dei-giudici-contabili/>. Già prima vedasi in materia Corte dei Conti, sezione di controllo per il Veneto, parere del 28 maggio 2014, n. 345.

³⁰⁷ *Ivi*, p. 293.. L'A. osserva come gli interventi dei soggetti privati in tal senso siano in realtà abbastanza sporadici, essendo gli operatori che dispongono di maggiori risorse (fondazioni bancarie) spesso impegnati anche su altri fronti. Non mancano, di conseguenza, progetti ambiziosi poi non realizzati per il mancato apporto dei privati (e.g. la Fondazione 'La Grande Brera').

³⁰⁸ Sicché i soggetti coinvolti dovranno consapevolmente preventivare che le risorse erogate resteranno avvinte allo scopo. Tale consapevolezza, che talvolta può tradursi in una criticità decisiva nell'analisi costi-benefici condotta dall'amministrazione pubblica e dagli altri soggetti al momento della partecipazione, impone che non si conferiscano risorse e capitali potenzialmente necessari nel lungo periodo o comunque vincolati.

³⁰⁹ Su questa criticità insiste A. SANTUARI, *Gli enti locali possono costituire fondazioni di partecipazione*, nota a Corte Conti Veneto, n. 345/14, in *Persona&Danno*, 2014, disponibile al link <https://www.personaedanno.it/articolo/gli-enti-locali-possono-constituire-fondazioni-di-partecipazione-corte-conti-veneto-34514-alceste-santuari>, rilevando l'insussistenza di analoghi problemi nel modello societario.

³¹⁰ Considerate le ristrettezze di bilancio e la difficoltà di investire definitivamente somme nell'incertezza sulle esigenze future e al cospetto di un complesso ed eterogeneo combinato di vincoli sulla finanza pubblica.

³¹¹ G. MANFREDI, *Rigenerazione urbana e beni culturali*, cit., p. 292.

³¹² M. GIUSTI, *I musei autonomi: il caso delle Gallerie Nazionali di Arte Antica*, in *Aedon*, 2018, n. 1.

La matura consapevolezza del principio di sussidiarietà orizzontale induce a ricercare un bilanciato equilibrio tra gli apporti dei partecipanti all'iniziativa e una strategica distribuzione delle responsabilità e delle competenze in fase di gestione³¹³, il che impone di disegnare in concreto i singoli aspetti di dettaglio³¹⁴ avendo specifico riguardo al contesto di riferimento. Non si rinvencono infatti nell'ordinamento modelli organizzativi universalmente efficaci per la valorizzazione del patrimonio culturale, soprattutto in prospettiva economica, dovendosi piuttosto confezionare - anche mediante una consapevole autoregolazione statutaria prima e autogestione operativa poi - soluzioni "sartoriali" che tengano conto delle specificità del caso concreto³¹⁵.

15. Conclusioni.

In conclusione, un'iniziativa di valorizzazione del patrimonio culturale a carattere museale in un contesto territoriale circoscritto deve essere calibrata su un insieme complesso ed eterogeneo di fattori, nel tentativo di ottimizzare in modo ragionevolmente differenziato risorse ed energie delle pubbliche amministrazioni e della società civile (nella sua intrinseca multiformità: imprenditoria, enti del terzo settore, privati animati da logiche *profit* e non).

In quest'ambito, il museo locale "collaborativo" può rappresentare un'opzione efficace per la *governance* dei beni culturali in ossequio alla "logica del comune", mettendo "a valore" le potenzialità della comunità locale e alimentandosi mediante il costante apporto del tessuto socio-politico-economico del territorio. Potrebbero così trovare fecondo coniugio le accattivanti elaborazioni del concetto di valorizzazione in senso "economico", il principio di sussidiarietà (verticale e orizzontale) e le innovative linee programmatiche introdotte in materia dalla Convenzione di Faro.

Un tale museo locale dovrà fondare in concreto la propria efficacia gestionale e operativa sulla sensibilizzazione della popolazione, veicolando l'identità culturale anche mediante il paradigma della comunità patrimoniale, e nutrendosi della costante cooperazione pubblico-privato.

A tal fine, dovrà assumere una forma soggettiva idonea a garantire la partecipazione sinergica di attori strutturalmente e istituzionalmente diversificati.

Tra le molteplici opzioni organizzative spendibili, se la fondazione classica si rivela nel complesso efficace, pur non senza fisiologiche criticità, la fondazione di "partecipazione" consente di sfruttare alcuni aspetti tipici del modello associativo e alcune opportune inserzioni correttive che militano verso la logica del dialogo e della condivisione, rivelandosi pertanto particolarmente utili. La fondazione di partecipazione si propone quindi, in conclusione, come vettore ideale per una collaborazione dinamica tra enti pubblici che condividono un comune obiettivo di valorizzazione del patrimonio culturale a carattere museale in ambito locale e che intendano aprire l'iniziativa al contributo attivo di terzi.

³¹³ Non possono trascurarsi le considerazioni di Enrico Bellezza, ideatore e poi teorico della fondazione di partecipazione che, a distanza di alcuni anni dai primi scritti sull'argomento: «*laddove si costituisce una vera Fondazione di Partecipazione, nella quale i ruoli sono corretti e le persone sono scelte con criteri effettivamente funzionali, il progetto decolla e la gestione è, sotto tutti gli aspetti, migliorativa della gestione attraverso forme di diritto pubblico*», E. BELLEZZA, *Ci sono tre criticità principali*, loc. ult. cit. L'A., consapevole del potenziale deterioramento degli standard di garanzia della pubblica utilità quando si adotti il modello fondazionale, invita a «*una sana autoregolamentazione statutaria*» che responsabilizzi l'organizzazione.

³¹⁴ Occorre avere riguardo ai «*modelli amministrativi affermatasi nelle realtà locali*» per verificare in concreto in che misura il coinvolgimento dei privati possa effettivamente aprire all'idea di una nuova cittadinanza attiva, cfr. in argomento F. MOROLLO, *Valorizzazione del patrimonio culturale: sussidiarietà orizzontale e prospettive di "democrazia diretta" per lo sviluppo dei territori*, in DPCE online, 2019, n. 2, p. 1135.

³¹⁵ G. PIPERATA, *Cultura, sviluppo economico e... di come addomesticare gli scoiattoli*, cit.

QUALE ASPETTATIVA FUTURA PER UNA NUOVA DISCIPLINA IN MATERIA DI COMUNICAZIONE ELETTORALE SULLE PIATTAFORME ONLINE.

Gianluca Trenta

Abstract (it): Il presente articolo affronta il tema della parità di trattamento dei soggetti politici, auspicando una nuova regolamentazione in materia di comunicazione elettorale, includendo le piattaforme digitali. A tal proposito è opportuno che la nuova normativa integri nuovi istituti di propaganda politica, visto l'utilizzo considerevole di *internet* e dei *social network*, soprattutto durante la fase delle competizioni elettorali, che superi la legge n. 28/2000 (c.d. *par condicio*) considerata sin dalla sua origine figlia di altri tempi.

Abstract (eng): This article addresses the issue of equal treatment of political subjects hoping for a new regulation on communication also on digital platforms. In this regard, it is appropriate that the new legislation integrates new institutions of political propaganda, given the considerable use of the *internet* and *social networks*, especially during the phase of electoral competitions, which exceeds law no. 28/2000 (so-called *par condicio*) considered old-fashioned since its origin.

Parole chiave: Piattaforme digitali, propaganda politica, *par condicio*, *social network*, competizione elettorale.

Keywords: digital platforms, political propaganda, *par condicio*, *social network*, election competition.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La normativa di riferimento in tema di comunicazione politica elettorale. - 3. Il quadro normativo vigente in materia di comunicazione politica. - 4. La propaganda elettorale: opportunità o elusione? - 5. Quale scenario futuro per i *social network*. - 6. Note conclusive.

Premessa.

La libertà di espressione delle opinioni rappresenta una condizione necessaria nei regimi democratici, affinché venga riconosciuta la partecipazione di ciascun cittadino alla plurale

formazione dell'opinione pubblica¹.

I processi di legittimazione democratica delle istituzioni possono essere di tipo formale e quindi composti da regole e procedure² e di tipo informale, cioè basati su giudizi in continua mutazione che influenzano l'opinione pubblica e, quindi, il sistema politico³. Per tali ragioni, le dinamiche in gioco e le differenti normative, che ogni singolo Stato adotta, disciplinano la materia in maniera tale da far convivere la società civile e la politica attraverso, per l'appunto, i processi democratici⁴.

In ambito comunitario, le Costituzioni democratiche di ogni Paese membro tutelano la libera manifestazione del pensiero e il pluralismo dei *mass media*. In tale contesto, già dagli inizi degli anni '90, l'Unione europea ha svolto un ruolo determinante nelle dinamiche del pluralismo informativo innovando, dapprima, il settore della radiotelevisione e, successivamente quello delle comunicazioni⁵.

Il quadro normativo costituzionale italiano pone grande attenzione alla libertà di manifestazione del pensiero, definita in più occasioni dalla Corte Costituzionale "*pietra angolare dell'ordine democratico*"⁶. Sul tema, infatti, si è sviluppato un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si è soffermato sul bilanciamento tra le diverse situazioni giuridiche soggettive, secondo quanto previsto dall'art. 21 della Costituzione ed in particolare sulla disciplina dei mezzi di comunicazione⁷. Pertanto, in conseguenza della stretta relazione esistente tra democrazia e informazione politica, è stata dedicata grande attenzione alle garanzie a tutela di quest'ultima; ciò richiede inevitabilmente di confrontarsi con una serie di interrogativi scaturiti essenzialmente dal crescente utilizzo dei *social media* nella comunicazione politica, soprattutto durante le competizioni elettorali⁸.

¹ A. PAPA, "*Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica*", in *federalismi.it*, 2017, p. 2. La teoria del libero mercato delle idee, ideata da John Milton nel suo lavoro *Areopagitica* del 1644, rielaborata da John Stuart Mill nella sua opera *On liberty* del 1859 e riaffermata da Jeremy Bentham, «la concorrenza delle idee determina il meglio. Poiché tutte le verità sono verità parziali e non esistono verità assolute, dal confronto delle verità parziali viene fuori il progresso dell'umanità», contribuendo quindi alla formazione in ogni cittadino di una volontà politica più consapevole. P. BARCELLONA, *Nuove frontiere del diritto: dialoghi su giustizia e verità*, Bari, Dedalo, 2001, pp. 210 ss.

² Come ad es. le competizioni elettorali e il voto parlamentare.

³ G. SARTORI, *Opinione pubblica*, in *Enc. del Novecento*, Roma, Treccani, 1979, pp. 3 ss.

⁴ Per un maggiore approfondimento sul tema cfr. J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Bari-Roma, 2002. L'autore analizza, nelle società moderne, le crescenti interazioni del sistema dei media ossia per talune componenti capaci di influire sui media per influenzare la coscienza della collettività.

⁵ V. ZENO ZENCOVICH, *La nuova televisione europea. Commento al «Decreto Romani»*, Rimini, Maggioli, 2010. La Direttiva n. 65/2007 CE, che modifica la precedente Direttiva n. 552/1989 CE sul coordinamento del quadro legislativo, regolamentare e amministrativo dei Paesi membri della UE aventi per oggetto l'esercizio delle attività televisive. Nel 2018 la Direttiva è stata nuovamente modificata dalla n. 1808 UE "in considerazione dell'evoluzione del mercato" ed Italia recepitata con legge di delegazione europea 2019. V. ZENO ZENCOVICH, *Cosa intendiamo, oggi, per media?*, in M. MANETTI, R. BORRELLO (a cura di), *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, Modena, Mucchi, 2019, p. 11.

⁶ Numerose sono le sentenze della Corte Costituzionale che nel tempo se ne sono occupate, alcune sono: nn. 9 e 25 del 1965; n. 84 del 1969; n. 126 del 1985; n. 293 del 2000; n. 243 del 2001; n. 129 del 2009. Per ciò che riguarda, invece, il percorso storico in Italia dell'affermazione della libertà di stampa cfr. B. SANTORO, *La par condicio nell'evoluzione dei mezzi di comunicazione*, in *Gazzetta Amministrativa*, n. 3/2014, pp. 2 ss.

⁷ 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, pp. 200- 225. L'autore analizza taluni aspetti della libertà di manifestazione del pensiero nelle sue dimensioni più attuali, legate soprattutto all'avvento delle piattaforme informatiche e dei *social media*. La conseguenza di ciò ha portato alla creazione di un paradigma della libertà di manifestazione del pensiero nuovo rispetto ai suoi tratti tradizionali, codificati anche dalle costituzioni e dalla giurisprudenza costituzionale.

⁸ La rete *internet* alle sue origini era semplicemente considerato un nuovo mezzo di comunicazione con i primi servizi *e-mail* via via trasformatosi ai giorni d'oggi in veri portali d'informazione. Pertanto in ogni ordinamento costituzionale vengono individuate quelle norme preposte alla libertà di parola che nella Carta Costituzione italiana vengono individuate nell'artt. 15 e 21 rispettivamente riguardante la libertà di corrispondenza e di comunicazione e la libertà di manifestazione del proprio pensiero. M. OROFINO, *L'inquadramento costituzionale del web 2.0: da nuovo mezzo della libertà di espressione a presupposto per l'esercizio di una pluralità di diritti costituzionali*, in AA.VV., *Da internet ai social Network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013, pp. 36-37.

Per tale ragione, al fine di garantire a tutti i soggetti politici pari opportunità di accesso ai *media* e contribuire alla formazione dell'opinione pubblica, i legislatori, che si sono susseguiti nel tempo, si sono preoccupati di regolare la diffusione di contenuti di tipo politico-elettorale attraverso i mezzi di comunicazione tradizionali, quali stampa e radiotelevisione, tralasciando, però, una disciplina *ad hoc* per i *social network*⁹.

In numerose sentenze della Corte costituzionale è stato ribadito il diritto dei cittadini di ricevere informazioni quanto più possibile complete e attendibili, provenienti da una molteplicità di fonti, affinché possano costruirsi il proprio libero pensiero¹⁰, elemento essenziale e indefettibile della nostra democrazia. In tale prospettiva, è evidente come sia necessario che vengano garantite a tutti i soggetti politici pari opportunità di diffondere le proprie idee e le proprie istanze. Ma che dire dell'attuale disciplina che regola la comunicazione politica durante le campagne elettorali, approvata con la legge n. 28/2000 (c.d. *par condicio*), che da più di un ventennio dalla sua approvazione prende ancora in considerazione esclusivamente i *media* tradizionali¹¹, soprattutto la televisione e non i servizi resi da *internet* e dai *social network*?¹².

Tale vuoto legislativo all'interno delle regole sulla *par condicio* si pone quale questione di interesse giuspubblicistica e obiettivo del presente contributo è, pertanto, quello di tentare di fornire qualche spunto di riflessione alla tematica.

La normativa di riferimento in tema di comunicazione politica.

La prima normativa in tema di comunicazione politica è la legge 4 aprile 1956, n. 212¹³, tuttora in vigore¹⁴, che indica le forme «tipiche» di propaganda mediante affissioni, propaganda luminosa (fatta eccezione per le insegne indicanti le sedi dei partiti), figurativa o sonora, lancio di volantini, convocazione di comizi e riunioni elettorali ed il divieto di affiggere fuori da questi spazi elettorali, rivolto tanto ai partiti, ai gruppi politici, ai singoli candidati, quanto a coloro che non partecipano alla competizione elettorale (art. 1, co. 1). La legge a tal proposito pone limitazioni alla sola propaganda elettorale in modalità fissa in luogo pubblico, sia essa figurativa o luminosa, senza prendere in considerazione l'impiego di mezzi mobili, creando disparità tra i candidati in competizione.

⁹ M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, in *Riv. Italiana di informazione e diritto*, n. 2/2020, p. 43.

¹⁰ H. ALLCOTT, M. GENTZKOW, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in *Journal of Economic Perspectives*, n. 2/2017, pp. 211-236.

¹¹ L'art. 2, co. 1 della l. n. 28/2000 sancisce esplicitamente che le emittenti radiotelesive devono assicurare a tutti i soggetti politici con imparzialità ed equità l'accesso all'informazione e alla comunicazione politica. Per un maggior approfondimento in merito all'analisi della legge cfr. A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili: art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2006.

¹² Sulla nozione di *internet* cfr. M.R. ALLEGRI, *Ubi social ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 45 ss. A tal proposito è opportuno anche sottolineare come la Corte Cassazione Penale, Sez. I, con la sentenza n. 37596 del 12 settembre 2014 ha inteso la piattaforma *social Facebook* come luogo aperto al pubblico, affermando che «sembra innegabile che la piattaforma sociale Facebook (disponibile in oltre 70 lingue, che già ad agosto del 2008 contava i suoi primi cento milioni di utenti attivi, classificata come primo servizio di rete sociale) rappresenti una sorta di *ὄρυπά* virtuale. Una "piazza immateriale" che consente un numero indeterminato di "accessi" e di visioni, resa possibile da un'evoluzione scientifica, che certo il legislatore non era arrivato ad immaginare. Ma che la lettera della legge non impedisce di escludere dalla nozione di luogo e che, a fronte della rivoluzione portata alle forme di aggregazione e alle tradizionali nozioni di comunità sociale, la sua ratio impone anzi di considerare». Per una maggiore disamina sul tema cfr. M. MEZZANOTTE, *Facebook come "luogo aperto al pubblico"*, in *federalismi.it*, n.2/2016, pp. 2 ss.

¹³ Pubblicata in GU n. 87 del 11 aprile 1956.

¹⁴ La l. n. 212/1956, tuttora in vigore con le modifiche apportate dalla successiva l. n. 130 del 24 aprile 1975 avente per oggetto «Modifiche alla disciplina della propaganda elettorale ed alle norme per la presentazione delle candidature e delle liste dei candidati nonché dei contrassegni nelle elezioni politiche, regionali, provinciali e comunali». Per un maggior approfondimento cfr. M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, Milano, Franco Angeli, 2020, p. 83.

La legge in questione consente l'affissione di manifesti e stampati elettorali solamente all'interno di appositi spazi destinati a ciò da una deliberazione assunta dalla giunta comunale tra il 33° e il 30° giorno precedente le elezioni (art. 2, co. 1). A tal proposito qualche perplessità suscita la previsione del periodo di circa trenta giorni per il controllo del rispetto del divieto di affissioni al di fuori degli spazi predefiniti dal comune, in quanto le affissioni effettuate prima dell'inizio del divieto vengono esposte anche nei giorni del silenzio elettorale, creando anche in questo caso delle disparità tra i candidati.

La giunta municipale provvede a delimitare gli spazi con la corrispondente superficie per l'affissione e a ripartirli in tante sezioni quante sono le liste o le candidature uninominali ammesse. L'assegnazione delle sezioni è effettuata seguendo l'ordine di ammissione delle liste o delle candidature, mentre sono vietati gli scambi e le cessioni delle superfici assegnate tra le varie liste o i vari candidati (art. 3, co. 1 e 2).

Viene, inoltre, sanzionato chiunque sottrae o distrugge stampati, giornali murali od altri, o manifesti di propaganda elettorale o ne impedisce l'affissione o la diffusione ovvero stacca, lacera o rende comunque illeggibili quelli già affissi negli spazi riservati alla propaganda elettorale o ancora a chi affigge stampati, giornali murali negli spazi non autorizzati (art. 9, co. 1) ed è vietata ogni forma di propaganda elettorale entro il raggio di 200 metri dall'ingresso delle sezioni elettorali nei giorni destinati alla votazione (art. 9, co. 2). A tal proposito ci si interroga se la normativa in questione valga anche per l'invio di contenuti testuali mediante servizi di messaggistica istantanea e *post* pubblicati attraverso i *social network*¹⁵.

La regolamentazione in questione, tuttavia, nel tempo ha sollevato perplessità di ordine costituzionale in riferimento all'art. 21 Cost., afferente la libertà di manifestare il proprio pensiero attraverso ogni mezzo di diffusione.

A tal proposito, la Corte Costituzionale è intervenuta più volte in materia, giudicando legittimi i divieti disposti dalla l. 212/1956, affermando che l'articolo 21 Cost. riconosce non soltanto il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero ma anche quello del libero uso dei mezzi di divulgazione e che entrambi godono della stessa garanzia costituzionale. La Corte ha precisato che i divieti previsti non ledono il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, né comportano violazione del diritto di usare liberamente i mezzi che ne realizzano la diffusione, giacché la legge si limita a disciplinarne l'esercizio, quale estrinsecazione di un potere del legislatore ordinario del quale la Corte ha riconosciuto la piena legittimità. Inoltre la stessa Corte ritiene che la normativa in questione pone tutti in condizione di parità assicurando, in uno dei momenti essenziali per lo svolgimento della vita democratica, che l'eguaglianza tra i candidati non sia di fatto ostacolata da situazioni economiche di svantaggio o politiche di minoranza¹⁶.

Tale sentenza è ritenuta importante in quanto esprime «una sorta di *par condicio... ante litteram* ammettendo la possibilità per il legislatore di limitare, nel periodo elettorale, le manifestazioni effettuabili da parte di alcuni» ovvero di quei partiti o candidati con maggiori facoltà economiche, assicurando a tutti condizioni di uguaglianza¹⁷.

Anche la successiva sentenza n. 138 del 3 maggio 1985 della Corte costituzionale suscita particolare interesse in quanto è chiamata ad intervenire nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 7, cpv, della legge 24 aprile 1975, n. 130 riguardante le modifiche alla disciplina della propaganda elettorale ed alle norme per la presentazione delle candidature e

¹⁵ I *leaders* politici, durante il giorno dell'elezioni, tendono ad aggirare il divieto, optando per una propaganda *soft*, magari con semplici esortazioni a non astenersi e ad esercitare il diritto di voto o, ancora, facendosi riprendere con foto mentre inseriscono la propria scheda nell'urna elettorale. D. BELLACICCO, *L'applicabilità della disciplina del silenzio elettorale ai social media*, in *Cammino diritto*, n. 10/2021, p. 8.

¹⁶ La sentenza n.48 del 4 giugno 1964 della Corte Cost. conferma quanto precedentemente pronunciato dalla stessa Corte con la sentenza n. 1 del 5 giugno 1956. Proprio in applicazione del principio allora per la prima volta affermato, la Corte nella citata sentenza del 1956 ritenne che non fosse in contrasto con l'art. 21 della Costituzione il comma quinto dell'art. 113 del T.U. delle leggi di p. s. (R.D. 18 giugno 1931, n. 773), nel quale è disposto che "le affissioni non possono farsi fuori dei luoghi destinati dall'autorità competente". Tali principi sono stati ribaditi nella sentenza n. 49 del 16 giugno 1965 sempre della Corte Costituzionale.

¹⁷ G. GARDINI, *Libertà vs. eguaglianza: ovvero, la difficile regolamentazione della campagna elettorale*, in R. D'ALIMONTE, C. FUSARO (a cura di), *La legislazione elettorale in Italia. Come migliorarla e perché*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 201-202.

delle liste dei candidati nonché dei contrassegni nelle elezioni politiche, regionali, provinciali e comunali. In tale circostanza la Corte ha respinto la questione di legittimità costituzionale nella parte in cui, entro il termine di trenta giorni antecedenti la data delle elezioni, consente l'uso di altoparlanti su mezzi mobili soltanto per il preannuncio dell'ora e del luogo in cui si terranno i comizi e le riunioni di propaganda elettorale.

Una significativa regolamentazione delle campagne elettorali, per l'elezione alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica è la legge n. 515 del 10 dicembre 1993. Fino agli inizi degli anni novanta, la competizione elettorale tra le forze politiche in campo era considerata una regolamentazione focalizzata esclusivamente sulle sole tecniche tradizionali di diffusione del messaggio politico. In quegli anni caratterizzati dalla personalizzazione del dibattito politico, la centralità dei mezzi di comunicazione di massa e l'aumento esponenziale delle spese per le campagne elettorali hanno costretto il legislatore ad adottare una nuova significativa regolamentazione in tema elettorale¹⁸.

A tal proposito è stata dapprima approvata la l. n. 81 del 25 marzo 1993¹⁹ in materia di elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale e successivamente emanata la l. n. 515 del 10 dicembre 1993, riguardante la disciplina delle campagne elettorali per l'elezione alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica²⁰.

Quest'ultima disciplina fornisce ancora oggi l'ossatura portante della regolamentazione delle competizioni elettorali. Mentre la prima disciplina la campagna elettorale prettamente a livello locale, la seconda ha un carattere di portata generale sulla competizione tra gli attori politici e sui mezzi di comunicazione, dettando i principi fondamentali.

La prima parte della l. n. 515/1993 disciplina l'accesso ai mezzi di comunicazione di massa durante il periodo di campagna elettorale e sancisce che «la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi detta alla concessionaria del servizio pubblico le prescrizioni necessarie a garantire, in condizioni di parità fra loro, idonei spazi di propaganda nell'ambito del servizio pubblico radiotelevisivo» (art. 1, co. 1). In tale contesto viene affidata alla commissione Rai e all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) il controllo della parità di accesso agli spazi dedicati alla propaganda.

La legge precisa inoltre che dalla data di convocazione dei comizi per il rinnovo dei rappresentanti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica e fino alla chiusura delle operazioni di voto la presenza di candidati ed esponenti di partiti «deve essere limitata esclusivamente alla esigenza di assicurare la completezza e l'imparzialità dell'informazione. Tale presenza è vietata in tutte le altre trasmissioni» (art. 1, co. 5). A tal proposito è importante sottolineare come anche l'art. 6, co. 2, let. c) del «Testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato»²¹ definisce l'attività di informazione radiotelevisiva esercitata da qualsiasi emittente un servizio di interesse generale, garantendo «l'accesso di tutti i soggetti politici alle trasmissioni di informazione e di propaganda elettorale e politica in condizioni di parità di trattamento e di imparzialità, nelle forme e secondo le modalità indicate dalla legge».

La seconda parte si occupa del regime economico-finanziario delle campagne elettorali ed infine la terza e ultima parte si occupa delle sanzioni per la violazione delle norme riguardanti l'accesso ai mezzi di comunicazione, la trasparenza e la rendicontazione delle spese elettorali.

Il quadro normativo vigente in materia di comunicazione politica.

¹⁸ Bisogna tra l'altro ricordare che con la riforma introdotta dal referendum abrogativo del 1991, viene fissata la preferenza unica per le elezioni della Camera dei deputati con il sistema proporzionale a liste concorrenti, viene così accentuato il ruolo del candidato rispetto al partito politico. G. GARDINI, *Libertà vs. eguaglianza: ovvero, la difficile regolamentazione della campagna elettorale*, op.cit., p. 199.

¹⁹ Pubblicata in GU n.72 del 27 marzo 1993 ed entrata in vigore il 28 marzo 1993.

²⁰ Tale legge verrà poi in larga parte abrogata dalla l. n. 28/2000. Pubblicata in GU n. 292 del 14 dicembre 1993 ed entrata in vigore in data 29 dicembre 1993.

²¹ Il d.lgs n. 208 del 8 novembre 2021 in merito dell'attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato, ha abrogato il precedente d.lgs. 177 del 31 luglio 2005 riguardante il «Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici».

La normativa vigente in materia disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica è costituita dalla legge n. 28 del 22 febbraio 2000²², c.d. *par condicio*²³, modifica poi successivamente dalla l. n. 313 del 6 novembre 2003²⁴.

La legge 28/2000 tenta di colmare le lacune legislative della precedente l. 515/1993 ma, pur riconoscendo la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie, tralascia di regolamentare i nuovi *media*²⁵, conservando, comunque, il pregio di intervenire in modo capillare sull'accesso alle reti televisive durante le campagne elettorali.

Sin dalla sua approvazione è, però, apparsa non al passo con i tempi²⁶. In particolare la l. n. 28/2000 è considerata *lex specialis* e, in quanto tale, di stretta interpretazione e insuscettibile di interpretazione analogica o estensiva. Dunque, anche se disciplina la comunicazione elettorale in ogni sua forma nel sistema radiotelevisivo e nella stampa, non occupandosi delle piattaforme *online*, queste restano escluse dalla normativa, pur essendo considerate oggi di massimo *impact factor* sulle giovani generazioni²⁷.

La legge presa in esame disciplina la parità di *chances*, ovvero il diritto da parte di tutte le forze politiche, di presentarsi davanti al cittadino-elettore per invitarlo a sostenerle con il voto. A tal riguardo la legge distingue la comunicazione politica²⁸ (art. 2, co. 2)²⁹ dall'informazione politica³⁰ (art. 5) in maniera tale che la prima sia «sottoposta alla disciplina blindata della *par condicio*, cui si sottrae invece la seconda»³¹.

Pertanto, il fine della *par condicio* è quello, da una parte, di assicurare a tutte le forze politiche le medesime *chance* di esercizio della propaganda elettorale e, dall'altra, di garantire all'elettore il diritto di voto libero e nella sua genuinità.

Novità interessante e significativa appare l'art. 8 in riferimento ai sondaggi politici ed elettorali: «nei quindici giorni precedenti la data delle votazioni è vietato rendere pubblici o, comunque, diffondere i risultati di sondaggi demoscopici sull'esito delle elezioni e sugli orientamenti politici e di voto degli elettori, anche se tali sondaggi sono stati effettuati in un periodo precedente a quello del divieto»³².

Pur con evidenti lacune bisogna, comunque, riconoscere che la l. 28/2000 ha apportato numerose novità sia dal punto di vista dei punti di forza che di debolezza.

²² Pubblicata in GU n. 43 del 22 febbraio 2000. In merito alla *ratio* della disciplina in tema di *par condicio* cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Esiste ancora la "par condicio"? Contenuto e limiti della legge n. 28/2000*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2018, pp. 2-5.

²³ Il termine *par condicio* viene utilizzato per la prima volta dall'allora presidente della Repubblica Oscar Luigi Scalfaro, in occasione del decreto Gambino con cui veniva regolamentata in Italia la parità di accesso ai mezzi di comunicazione durante le campagne elettorali. Con l'espressione latina *par condicio*, tradotta letteralmente parità di trattamento oppure pari condizioni, vengono intesi quei criteri adottati dai *mass-media* nel garantire un'appropriata visibilità a tutti i soggetti politici.

²⁴ Pubblicata in GU n. 268 del 18 novembre 2003 avente per oggetto le disposizioni per l'attuazione del principio del pluralismo nella programmazione delle emittenti radiofoniche e televisive locali.

²⁵ B. SANTORO, *La par condicio nell'evoluzione dei mezzi di comunicazione*, *op.cit.*, p. 10. Per un maggiore approfondimento sul ruolo che ancora svolgono televisione e *media* tradizionali in contrapposizione al peso della comunicazione politica attraverso le piattaforme digitali cfr. F. DONATI, *Internet e campagne elettorali*, in *federalismi.it*, 2019, pp. 1-6. In merito allo sviluppo di *internet* tra il passaggio da strumento di libertà a elemento di potenziale ostacolo all'esercizio delle libertà cfr. O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali*, in *Media Laws*, 2019 pp. 92-130.

²⁶ F. BIONDI DAL MONTE, *Esiste ancora la "par condicio"? Contenuto e limiti della legge n. 28/2000*, *op.cit.*, p. 2.

²⁷ B. SANTORO, *La par condicio nell'evoluzione dei mezzi di comunicazione*, *op.cit.*, p. 19.

²⁸ Per comunicazione politica sono intese le tribune politiche e le altre trasmissioni dedicate alla presentazione in contraddittorio di opinioni e valutazioni politiche.

²⁹ In riferimento all'art. 2 in cui «le emittenti radiotelevisive devono assicurare a tutti i soggetti politici con imparzialità ed equità l'accesso all'informazione e alla comunicazione politica» è intervenuta la Corte cost. n. 155/2002 affermando che «Il diritto alla completa ed obiettiva informazione del cittadino appare dunque [...] tutelato in via prioritaria soprattutto in riferimento a valori costituzionali primari, che non sono tanto quelli [...] alla pari visibilità dei partiti, quanto piuttosto quelli connessi al corretto svolgimento del confronto politico su cui in permanenza si fonda, indipendentemente dai periodi di competizione elettorale, il sistema democratico».

³⁰ Per informazione politica si intende quell'insieme di programmi a rilevante presentazione giornalistica, caratterizzati dalla correlazione ai temi dell'attualità e della cronaca.

³¹ G. DE MINICO, *Silenio elettorale e costituzione*, in *Diritto e società*, n. 2/2010, p. 221.

Tra gli aspetti positivi è importante notare in *primis* l'aggregazione delle regole riguardanti l'uso dei mezzi di comunicazione durante le consultazioni politiche ed elettorali, come si evince dall'art. 1 in cui la normativa «promuove e disciplina altresì, allo stesso fine, l'accesso ai mezzi di informazione durante le campagne per l'elezione al Parlamento europeo, per le elezioni politiche, regionali e amministrative e per ogni referendum».

Altra novità è la parità di trattamento dei competitori tramite la concessione di spazi di propaganda elettorale totalmente gratuiti da parte delle emittenti nazionali, evitando che l'attività di comunicazione politica venga lasciata nelle mani del libero mercato e quindi di creare disuguaglianze economiche tra i candidati.

Peculiare appare l'apparato sanzionatorio che non interviene con sanzioni pecuniarie bensì con sanzioni specifiche; in caso di violazione vi è l'immediata sospensione delle trasmissioni programmate e la messa a «disposizione di spazi per la trasmissione di messaggi politici autogestiti in favore dei soggetti danneggiati o illegittimamente esclusi, in modo da ripristinare l'equilibrio tra le forze politiche»³².

Tra gli aspetti negativi è opportuno sottolineare l'incerto criterio di assegnazione degli spazi di comunicazione politica secondo quanto normato dall'art. 2, co. 1, ovvero se l'assegnazione debba essere di tipo proporzionale in base alla rappresentatività o se debba essere in forma uguale tra le forze politiche che partecipano alla competizione elettorale. Appare sul punto alquanto anomalo che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) sia intervenuta³⁴ interpretando il concetto di «parità» in maniera proporzionale rispetto al consenso elettorale ottenuto nelle precedenti elezioni, in quanto è la stessa legge a prevedere all'art. 4, co. 2, che, per il tempo intercorrente la convocazione dei comizi elettorali e la presentazione delle candidature, i soggetti politici tra cui operare la ripartizione degli spazi di comunicazione politica sono solo quelli presenti nelle assemblee da rinnovare; invece, nel tempo intercorrente la presentazione delle candidature e la chiusura della campagna elettorale, gli spazi vanno ripartiti secondo il principio della pari opportunità tra le coalizioni e le liste che hanno presentato candidature in collegi e circoscrizioni che interessino almeno un quarto degli elettori chiamati alla consultazione³⁵.

Altro aspetto da sottolineare è da ricercare nell'art. 5, co. 1 in merito ai programmi d'informazione nei mezzi radiotelevisivi: «la Commissione e l'Autorità, previa consultazione tra loro e ciascuna nell'ambito della propria competenza, definiscono, non oltre il quinto giorno successivo all'indizione dei comizi elettorali, i criteri specifici ai quali, fino alla chiusura delle operazioni di voto, debbono conformarsi la concessionaria pubblica e le emittenti radiotelevisive private nei programmi di informazione, al fine di garantire la parità di trattamento, l'obiettività, la completezza e l'imparzialità dell'informazione». In tale contesto, in riferimento all'informazione, la legge non disciplina se le regole siano valide in egual modo tanto per le emittenti private che per la concessionaria pubblica nelle trasmissioni di programmi informativi.

³² A tal proposito è utile ricordare che il divieto è esteso anche a quei sondaggi realizzati prima dei quindici giorni come sancito dall'art. 1, co. 6, lett. b), della l. n. 249 del 31 luglio 1997. E' compito dell'AGCOM di verificare che «la pubblicazione e la diffusione dei sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa siano effettuate rispettando i criteri contenuti nell'apposito regolamento che essa stessa provvede ad emanare».

³³ La disciplina della *par condicio* affida le funzioni di controllo e quelle sanzionatorie all'Agcom. Bisogna sottolineare che il regime sanzionatorio non è disciplinato, come sarebbe auspicabile, «sulla base di una impostazione unitaria, ma risulta invece incomprensibilmente frammentato». Sul tema cfr. G. SIRIANNI, *Par condicio: i complessi rapporti tra potere politico e potere televisivo*, in *Politica del diritto*, n. 4/2005, pp. 49-55.

³⁴ Delibera n. 200/00/CSP dell'Agcom integrata dalla delibera n. 22/06/CSP riguardante le disposizioni di attuazione della disciplina in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione nei periodi non elettorali. L'Autorità, tenendo in conto delle indicazioni della Corte Cost. n. 155/2002, prevede un criterio di carattere qualitativo per il monitoraggio della *par condicio* nei programmi di informazione. In particolare la stessa Autorità ritiene che la rappresentazione delle diverse posizioni politiche nei programmi di informazione non debba essere regolata, a differenza della comunicazione politica, dal rigido criterio della ripartizione matematicamente paritaria degli spazi attribuiti, ma piuttosto debba orientarsi al criterio della «parità di trattamento»; pertanto, «situazioni analoghe devono essere trattate in maniera analoga, nel senso che nei programmi di informazione occorre assicurare l'equa rappresentazione di tutte le opinioni politiche e il corretto svolgimento del confronto politico, necessari alla formazione della coscienza pubblica e al controllo democratico». M. AVVISATI, *Agcom e par condicio al tempo di internet*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2014, pp. 6-7.

³⁵ Per un maggior approfondimento nel merito cfr. G. GARDINI, *Libertà vs. eguaglianza: ovvero, la difficile regolamentazione della campagna elettorale*, *Op. cit.*, pp. 211 ss.

Altra lacuna da evidenziare riguarda la propaganda politica messa in atto dalle società professionistiche dell'informazione tramite servizi resi in *internet* durante le campagne elettorali quali *spamming*, *banner*, *pop-up* e *marketing* né tanto meno la legge in questione fa menzione dei servizi offerti dalle piattaforme digitali e dei *social network*. Bisogna, inoltre, sottolineare che l'intero impianto della l. 28/2000 è stato spesso fortemente dibattuto in dottrina in quanto, pur regolamentando la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica, presenta numerose prescrizioni e divieti a tal punto da poter ledere il principio della libertà di manifestazione del pensiero, mirando a salvaguardare un interesse, quale quello dell'elettore-cittadino di esprimere il proprio voto in maniera totalmente genuina³⁶, di dubbia protezione costituzionale³⁷.

La propaganda elettorale: opportunità o elusione?

Lo studio dei partiti politici è indispensabile oggetto di analisi da parte della scienza politica in quanto gli stessi sono attori fondamentali delle democrazie rappresentative moderne. Per tale ragione, nel tempo, molti studiosi li hanno definiti in maniera diversa. Taluni, come Anthony Downs, li consideravano come una «compagine di persone che cercano di ottenere il controllo dell'apparato governativo a seguito di regolari elezioni»³⁸, mentre altri, come Giovanni Sartori, li definivano come qualsiasi gruppo politico identificato da un'etichetta ufficiale che, presentandosi alle elezioni, diviene soggetto capace di collocare candidati alle cariche pubbliche attraverso le elezioni³⁹.

Il partito politico, dunque, durante la campagna elettorale, presentando il proprio manifesto o progetto politico, elabora la sua propria connotazione politica e ciò avviene solo attraverso la propaganda elettorale, massimizzando la sua visibilità per raggiungere il maggior numero di cittadini e raccogliendo intorno a sé il maggior peso in termini di consenso popolare⁴⁰. Per propaganda elettorale, quindi, s'intende l'insieme di tutte le attività volte a conquistare la fiducia degli elettori tentando di convincerli a concedergli il proprio voto. L'obiettivo di avere una normativa *ad hoc* è quello non soltanto di impedire che le pressioni sull'elettorato superino livelli tollerabili per l'effettuazione della libera scelta ma anche di limitare lo strapotere di taluni concorrenti a garanzia del principio di eguaglianza⁴¹.

L'elemento distintivo tra la propaganda politica, la propaganda elettorale e la pubblicità commerciale si pone dunque nelle «finalità e nell'intensità ed ampiezza dei mezzi utilizzati, ma non nella tecnica»⁴².

Prima della nascita dei partiti di massa tra '800 e primo decennio del '900, la propaganda politica era circoscritta o riservata ad una élite o meglio espressione dello Stato borghese.

³⁶ La sentenza 22/2002 della Corte cost. afferma che il diritto alla completa ed obiettiva informazione del cittadino appare dunque, alla luce delle ricordate pronunce, tutelato in via prioritaria soprattutto in riferimento a valori costituzionali primari, che non sono tanto quelli [...] alla "pari visibilità dei partiti", quanto piuttosto quelli connessi al corretto svolgimento del confronto politico su cui in permanenza si fonda, indipendentemente dai periodi di competizione elettorale, il sistema democratico. È in questa prospettiva di necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica, che occorre dunque valutare la congruità del bilanciamento tra principi ed interessi diversi attuato dalla disciplina censurata mediante la previsione di modalità e forme della "comunicazione politica". Attraverso di esse infatti, proprio al fine specifico di consentire - in ogni tempo e non solo nei periodi elettorali - la più ampia informazione del cittadino per formare la sua consapevolezza politica, si esplica la libertà di espressione delle singole emittenti private.

³⁷ F. FURLAN, *Art. 48*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, II ed., 2008, p. 495.

³⁸ A. DOWNS, *Teoria economica della democrazia*, Bologna il Mulino, 1988, p. 25. Si deve sottolineare che in tale definizione i partiti politici formulano proposte politiche per vincere le elezioni e non al contrario di vincere le elezioni per realizzarle. Cfr. G. BIANCHI DI CASTELBIANCO, *Le forze politiche dell'arco parlamentare sammarinese nella XXIX Legislatura*, in *Quaderni CRRI*, Centro di Ricerca per le Relazioni Internazionali, Università degli Studi della Repubblica di San Marino, 2020, p. 5.

³⁹ G. SARTORI, *Parties and Party Systems: a Framework of Analysis*, New York, Cambridge University Press, 1976, p. 63.

⁴⁰ F. LANCHESTER, *C. Mortati, Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, s. l., 1949, in *Nomos*, 2015, p. 9.

⁴¹ F. LANCHESTER, *Propaganda elettorale*, in *Enc. del diritto*, vol. XXXVII, Milano, Giuffrè, p. 131.

⁴² *Ibidem*, p. 128 ss. L'autore in tale circostanza allude all'esperienza americana anche se il concetto è generale.

Con l'avvento della democrazia pluralistica si assiste ad una concorrenza dei mezzi d'informazione, avviando così un radicale cambiamento in tema dell'uguaglianza delle *chances* elettorali sia dei candidati che dei partiti politici⁴³.

Nell'Italia repubblicana la prima legge volta alla disciplina del silenzio elettorale è la n. 212 del 4 aprile 1956, che all'art. 9, modificato dalla l. n. 130 del 24 aprile 1975, definisce un limite temporale netto alla propaganda elettorale, indicandone una pausa che va mantenuta il giorno prima e il giorno stesso delle elezioni. In particolare sono «vietati i comizi, le riunioni di propaganda elettorale diretta o indiretta, in luoghi pubblici o aperti al pubblico, la riaffissione di stampati, giornali murali o altri e manifesti di propaganda» (co. 1) ed inoltre nei giorni destinati alla votazione è «vietata ogni forma di propaganda elettorale entro il raggio di 200 metri dall'ingresso delle sezioni elettorali» (co. 2), ad eccezione della «nuova affissione di giornali quotidiani o periodici nelle bacheche previste all'art. 1 della presente legge» (co. 3).

La *ratio* è di consentire al cittadino-elettore di potersi formare un'opinione secondo coscienza sul voto che dovrà esprimere sulla base di una serena riflessione. Pertanto, l'elettore, dopo aver ascoltato l'offerta politica, le idee e le proposte esposte dalle forze politiche in campo durante la competizione elettorale deciderà con razionalità a chi affidare il proprio voto. Difatti è proprio l'art. 9 bis del d.l. n. 807/1984 in tema di divieto di propaganda elettorale, a prevedere che "nel giorno precedente ed in quelli stabiliti per le elezioni è fatto divieto anche alle emittenti radio-televisive private di diffondere propaganda elettorale". Con la norma in questione il legislatore, nell'estendere la previgente regola del "silenzio elettorale" anche a tutte le «emittenti di radiodiffusione sonora e televisiva private (la concessionaria pubblica è tenuta ad osservarlo)», ha inteso porre fine ad una situazione di incertezza. Da tale normativa tuttavia restano escluse le «imprese radiofoniche di partiti politici», in quanto l'art. 6 della L. n. 28/2000 non si applica alle imprese di radiodiffusione sonora di cui all'articolo 11, comma 2, della legge 25 febbraio 1987, n. 67, e successive modificazioni.

A ben vedere, però, il silenzio elettorale non risulta sufficiente in quanto l'elettore viene influenzato da altri fattori esterni definiti secondo le strategie di *marketing*, focalizzate sulle preferenze e sulle abitudini dei clienti potenziali. A tal proposito Philip Kotler, sostiene che il *marketing* «spera di capire il cliente obiettivo così bene da fare in modo che la vendita non sia necessaria»⁴⁴.

Nella letteratura giuridico-economica americana in ambito politologico viene definita *neuro-marketing elettorale* la scienza che fonda insieme economia, neurologia e psicologia. Attraverso l'impiego di metodologie e strumenti mutuati dalle neuroscienze, il *neuro-marketing* tenta di comprendere il comportamento di un soggetto a un dato stimolo esterno, per poi potere giovare della situazione. A tal proposito Franca Meola sostiene che ogni comportamento politico viene fondato su determinate emozioni quali la paura, la speranza e il rifiuto e per tale ragione possono influenzare le scelte politiche di un qualsiasi cittadino-elettore, «spostandole su un piano diverso dal razionale, verso le emozioni»⁴⁵.

Al contrario John Stuart Mill e Walter Bagehot ritengono che, in democrazia, le politiche pubbliche devono essere decise con dibattito pubblico secondo il modello di *government by discussion* in cui gli attori intesi quali i cittadini, legislatori, esperti, amministratori, partiti politici e associazioni, partecipano al confronto pur con ruoli diversi ma tra loro collegati⁴⁶.

⁴³ Lo Stato di democrazia pluralista, che si fonda sul suffragio universale, la segretezza e le libertà del voto, le elezioni periodiche e il pluripartitismo, contiene all'interno della costituzione norme con le più ampie garanzie del pluralismo politico, sociale, economico, religioso e culturale.

⁴⁴ P. KOTLER, *Il marketing dalla A alla Z. Gli 80 concetti indispensabili per ogni manager*, trad. A. GUARALDO (a cura di), Milano, Il Sole 24 Ore, 2015, p. XIV.

⁴⁵ F. MEOLA, *Tecnologie digitali e "neuro-marketing" elettorale. A proposito di una possibile regolamentazione delle nuove forme di propaganda politica*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, pp. 88 ss. L'autore si sofferma sull'uso di metafore e il ricorso allo *storytelling* necessari per trasmettere quei messaggi elettorali capaci di influenzare la scelta del voto di ogni singolo elettorale, come nel motto di Barack Obama "Yes, we can" durante la sua campagna elettorale presidenziale.

⁴⁶ Il modello usato dai liberali inglesi, che trascura i conflitti di interesse e i rapporti di forza, viene criticato dai neopluralisti, ma il modello coglie aspetti importanti della «dialettica democratica e della dinamica delle politiche pubbliche». A tal proposito cfr. G. MAJONE, *Politiche pubbliche*, in *Enc. delle scienze sociali*, Roma, Treccani, 1996, p. 4.

L'ordinamento costituzionale italiano garantisce il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione⁴⁷ e ciò determina che la scelta da parte dell'elettore si svolga in maniera personale ed eguale, libera e segreta⁴⁸; compito della costituzione è, quindi, quello di tutelare la naturalezza del voto di ogni singolo elettore, rimuovendo ogni forma di sopraffazione diretta o indiretta⁴⁹.

A tal proposito Giovanni Sartori affermava che «Il nesso costitutivo tra pubblica opinione e democrazia è di solare evidenza: la prima è il fondamento sostantivo e operativo della seconda. Quando asseriamo che la democrazia si fonda sulla sovranità popolare ne indichiamo soltanto, o comunque soprattutto, il principio di legittimazione. Resta che un sovrano vuoto, un sovrano che non sa e non dice, è un sovrano da nulla, un re di coppe. Per essere in qualche modo sovrano il popolo deve dunque possedere ed esprimere un "contenuto": e l'opinione pubblica è appunto il contenuto che dà sostanza e operatività alla sovranità popolare»⁵⁰.

Pertanto, affinché una democrazia si possa definire compiuta è necessario che il voto sia non soltanto personale, libero e segreto ma che sia disciplinato da una legislazione elettorale *ad hoc* volta a regolare per l'appunto la propaganda elettorale. Tale regolamentazione se da un lato assicura che l'elettore sia posto nelle condizioni di esprimere una libera scelta dall'altro garantisce eguali *chance* fra i candidati⁵¹.

Ad oggi, però, si può osservare una grave lacuna che mina proprio tale assunto in quanto mentre per i mezzi di comunicazione tradizionali esiste una disciplina sulla materia elettorale ancora non esiste alcuna regolamentazione soprattutto per ciò che riguarda il silenzio elettorale in relazione ai *social network* per cui, durante tutte le tornate elettorali, assistiamo di continuo ad abusi del vuoto legislativo.

A tal proposito, è bene ricordare, che già il D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, riguardante l'approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati, all'articolo 97, sanziona la condotta di chi esercita pressioni «con raggiri od artifici, ovvero con qualunque mezzo illecito atto a diminuire la libertà degli elettori»⁵². Inoltre, bisogna sottolineare come le informazioni durante le campagne elettorali oggi vengono veicolate in maniera istantanea in *internet* attraverso semplici operazioni, eludendo, dunque, tutte le normative vigenti in materia di regolamentazione delle campagne elettorali.

L'art. 1 della citata l. 212/1956 sancisce il divieto di comizi e riunioni di propaganda elettorale diretta o indiretta in luoghi pubblici o aperti al pubblico, la nuova affissione di stampati, giornali murali o altri e manifesti di propaganda nel giorno precedente ed in quelli stabiliti per le elezioni e, in questi ultimi, il divieto di ogni forma di propaganda elettorale entro il raggio di 200 metri dall'ingresso delle sezioni elettorali; l'art 9-bis della successiva l. 10/1985 ha aggiunto il divieto anche alle emittenti radiotelevisive private di diffondere propaganda elettorale nel giorno precedente ed in quelli stabiliti per le elezioni.

L'art. 1 della l. 515 del 10 dicembre 1993⁵³, in riferimento all'accesso ai mezzi di informazione, prevede che «Non oltre il quinto giorno successivo all'indizione dei comizi elettorali per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi detta alla concessionaria del servizio pubblico le prescrizioni necessarie a garantire, in condizioni di parità fra loro, idonei spazi di propaganda nell'ambito del servizio pubblico radiotelevisivo, nonché l'accesso a tali spazi alle liste ed ai gruppi di candidati a livello regionale, e ai partiti o ai movimenti politici di riferimento a livello nazionale.

⁴⁷ Art. 21, co. 1 Cost.

⁴⁸ Art. 48, co. 2. Cost.

⁴⁹ A. FRICANO, *Per una nuova disciplina del silenzio elettorale: brevi considerazioni costituzionali*, in *federalismi.it*, 2021, p. 6.

⁵⁰ G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 180.

⁵¹ F. FURLAN, *Art. 48, op.cit.*, pp. 495 ss. Già la Corte. Cost. con la sentenza n. 148 del 14 luglio 1981 affermava che «per la sua notoria capacità di immediata e capillare penetrazione nell'ambito sociale attraverso la diffusione nell'interno delle abitazioni e per la forza suggestiva della immagine unita alla parola, dispiega una peculiare capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione pubblica nonché sugli indirizzi socio-culturali, di natura ben diversa da quella attribuibile alla stampa».

⁵² La sanzione prevista è la pena della reclusione da un anno a cinque anni e con la multa da lire 3000 a lire 20.000.

⁵³ La l. 515/1993 in tema di «Disciplina delle campagne elettorali per l'elezione alla Camera dei Deputati e al Senato della Repubblica» è stata in larga parte abrogata dalla l. n. 28 del 22 febbraio 2000.

La Commissione disciplina inoltre direttamente le rubriche elettorali ed i servizi o i programmi di informazione elettorale della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo nel periodo elettorale, in modo che siano assicurate la parità di trattamento, la completezza e l'imparzialità rispetto a tutti i partiti ed i movimenti presenti nella campagna elettorale»; sempre nel medesimo articolo ma al co. 5 si dispone che «Dalla data di convocazione dei comizi per le elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica e fino alla chiusura delle operazioni di voto, nelle trasmissioni informative riconducibili alla responsabilità di una specifica testata giornalistica [...] la presenza di candidati, esponenti di partiti e movimenti politici, membri del Governo, delle giunte e consigli regionali e degli enti locali deve essere limitata esclusivamente alla esigenza di assicurare la completezza e l'imparzialità dell'informazione. Tale presenza è vietata in tutte le altre trasmissioni». Alcun riferimento viene fatto, però, ai *social network*.

A garanzia del rispetto di «accesso di tutti i soggetti politici alle trasmissioni di informazione in condizioni di parità di trattamento e di imparzialità, nelle forme e secondo le modalità indicate dalla legge»⁵⁴, vige oggi l'art. 6 del d.lgs. 208 dell'8 novembre 2021 proprio perché l'attività di informazione mediante servizio di *media* audiovisivo o radiofonico è un servizio di interesse generale.

Quale scenario futuro per i *social network*.

L'art. 6 del d.lgs n. 208 dell'8 novembre 2021, dunque, definisce l'informazione del pubblico servizio nel settore dei servizi di *media* audiovisivi e radiofonici un servizio di interesse generale⁵⁵. Tale normativa garantisce la presentazione veritiera dei fatti e degli avvenimenti, in modo tale da favorire la libera formazione delle opinioni dando libero accesso a tutti i soggetti politici alle trasmissioni di informazione in condizioni di parità di trattamento e di imparzialità, nelle forme regolamentate dalla legge⁵⁶. Continuando si afferma, inoltre, il «divieto di utilizzare metodologie e tecniche capaci di manipolare in maniera non riconoscibile allo spettatore il contenuto delle informazioni»⁵⁷.

Considerato che gli strumenti utilizzati dai *social network* hanno una capacità superiore di influenzare le idee dei cittadini rispetto a quella elaborata dalla radiotelevisione e dai giornali, una parte della dottrina sostiene che le *fake news* debbano essere controllate responsabilizzando gli stessi *social network*⁵⁸ che, attraverso il filtraggio dei *post* messi in rete, devono garantire l'educazione dei cittadini all'utilizzo corretto di *internet*, favorendo, al contempo, la trasparenza, il pluralismo e la libertà di informazione⁵⁹.

Oggigiorno, la maggior parte dei cittadini-elettori utilizza *internet* e *social network* per reperire in tempo reale le informazioni grazie anche alla semplice accessibilità tramite comuni *smartphone*; è, però, possibile sempre ed in qualsiasi momento che tali informazioni possano agire concretamente sulla psiche del singolo tanto da condizionare in modo significativo perfino la sua preferenza al voto⁶⁰.

⁵⁴ Il d.lgs 208 dell'8 novembre 2021 ha abrogato il precedente d.lgs 177 del 31 luglio 2005, in attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/ UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato. Pubblicato in GU, n. 293 del 10 dicembre 2021.

⁵⁵ Art. 6, co. 1.

⁵⁶ Art. 6, co. 2, let. a) e c).

⁵⁷ Art. 6, let. e).

⁵⁸ Tuttavia, con una normativa *ad hoc* anche le piattaforme *internet* possono adottare autoregolamentazioni, come ad esempio quanto è avvenuto per *facebook* nel caso dei contenuti d'odio lesivi e successivamente nel 2019 istituendo un organismo indipendente di vigilanza (*Oversight Board*) preposto per le controversie con gli utenti, capace di vincolare con le sue decisioni lo stesso *social network*. Oppure il caso *Twitter* che ha censurato il Presidente Statunitense Donald Trump dopo i fatti di Capitol Hill.

⁵⁹ F. DONATI, *Internet e campagne elettorali*, op.cit., 2019, pp. 1-6.

⁶⁰ F. MEOLA, *Tecnologie digitali e "neuro-marketing" elettorale. A proposito di una possibile regolamentazione delle nuove forme di propaganda politica*, op.cit., p. 109.

La base di partenza, quindi, per poter regolamentare la materia è chiarire innanzitutto se i giganti tecnologici debbano essere considerati piattaforme “*para-pubbliche*” o al contrario spazi virtuali in cui ogni utente può esprimere le proprie idee e, dunque, successivamente individuare forme di responsabilità ad ogni livello⁶¹.

Appaiono importanti a riguardo le linee guida per la parità di accesso alle piattaforme *online* adottate in occasione della campagna elettorale per le elezioni politiche del 2018 da parte dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom)⁶². Tali linee costituiscono un intervento di autoregolamentazione promosso dall’Autorità nell’ambito del Tavolo Tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell’informazione sulle piattaforme digitali⁶³.

Esse possono essere considerate un primo tentativo di regolamentazione anche per le piattaforme digitali e luogo ove vengono identificati i principi generali che informano la materia. In tale occasione, l’Autorità competente, però, si è semplicemente limitata ad estendere alle piattaforme *internet* quanto già normato dalla l. n. 28/2000, stabilendo che le norme che regolamentano il sistema radiotelevisivo devono essere applicate anche alle piattaforme digitali, in quanto è possibile riadattarle uniformandosi ai principi che animano il dettato normativo⁶⁴.

Nella stessa delibera viene indicata la necessità di regolare le modalità di utilizzo degli strumenti secondo quanto già disposto dal d.lgs n.70 del 2003 di attuazione della c.d. direttiva “*e-commerce*”⁶⁵ in modo da assicurare un intervento tempestivo in caso di diffusione di messaggi o videomessaggi in violazione di legge⁶⁶. Importante il richiamo alla necessità, anche per le piattaforme *online*, del divieto di diffondere contenuti aventi ad oggetto sondaggi nei quindici giorni antecedenti il voto come sancito dall’ art. 8 della l. n. 28 del 2000 e del divieto di cui all’art. 9 della l. 28/2000⁶⁷.

Infine, viene ribadita la necessità del rispetto del silenzio elettorale in ogni forma di propaganda elettorale (in tv e attraverso comizi pubblici) nel giorno del voto e in quello precedente secondo quanto previsto dalla normativa, anche per le piattaforme *online*, da parte dei soggetti politici per evitare di influenzare con pressioni indebite l’elettorato ancora indeciso.

Così come avvenuto per le elezioni politiche del 2018 anche in occasione della campagna elettorale per l’elezione del Parlamento europeo del 2019, l’Autorità per le garanzie delle comunicazioni e il Garante per la protezione dei dati personali hanno adottato specifiche disposizioni relative alla propaganda elettorale sul web⁶⁸, promuovendo un secondo intervento di autoregolamentazione delle disposizioni di attuazione della disciplina in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione volte a contrastare la diffusione in rete di contenuti in violazione dei principi sanciti dalla l. 28/2000.

L’Agcom nella sua delibera dedica il Titolo VI alle piattaforme per la condivisione di video e *social network*⁶⁹; in particolare l’art. 28 raccomanda la tutela del pluralismo sulle piattaforme di condivisione di video, individuando ogni utile iniziativa al fine di promuovere l’adozione di misure di contrasto ai fenomeni della disinformazione e lesione del pluralismo informativo

⁶¹ G. DONATO, *Il potere senza responsabilità dei social media nelle campagne elettorali*, in *Diritto dei media*, 2020, pp. 359 ss.

⁶² La l. n. 249 del 1997 e il d.lgs n. 177 del 2005 individuano nella tutela del pluralismo uno dei compiti principali dell’Autorità nel settore radiotelevisivo.

⁶³ Il Tavolo tecnico Pluralismo e piattaforme digitali è stato istituito con la delibera n. 423/17/CONS dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom) in cui i principali *social network* si sono impegnate volontariamente a rendere effettivi i principi generali in materia di *par condicio*.

⁶⁴ Delibera n. 423/17/CONS dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom).

⁶⁵ Riferita all’ attuazione della direttiva 2000/31/CE.

⁶⁶ La stessa direttiva chiarisce le fattispecie considerate di diffusione illecita quali ad esempio messaggi con contenuti illeciti, messaggi lesivi dell’onore e della reputazione di altri candidati o messaggi che, con montature artefatte di interventi o dichiarazioni di un soggetto, attribuiscono a questi false affermazioni o posizioni non rispondenti al vero (diffamazione).

⁶⁷ In tale contesto, in occasione delle competizioni elettorali, la Presidenza del Consiglio ha invitato le amministrazioni a utilizzare i propri canali di comunicazione via *internet* in modo rispettoso dei principi espressi dalla legge.

⁶⁸ Per un maggiore approfondimento riguardante le disposizioni relative alla propaganda elettorale sul web, cfr. Camera dei Deputati, *Social network e campagna elettorale*, in *Focus Documentazione parlamentare*, 13 maggio 2019, reperibile *online* al sito <https://temi.camera.it/leg18/post/social-network.html>

⁶⁹ Delibera n. 94/19/CONS dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom).

online. Continuando, invita le piattaforme ad impegnarsi per assicurare il rispetto dei divieti sanciti dalla disciplina legislativa e regolamentare in materia di comunicazione e diffusione dei sondaggi⁷⁰.

Contestualmente alla delibera dell'Agcom il Garante per la protezione dei dati personali ha emanato «gli impegni assunti dalle società esercenti le piattaforme *online* per garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia - 2019».

Infine nel 2020 vi è stato il terzo intervento di autoregolamentazione per le campagne elettorali promosso dall'Autorità nell'ambito del «Tavolo Tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali». Anche in questa occasione le società esercenti le piattaforme *online* si sono impegnate nel garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante le campagne per il referendum popolare confermativo relativo al testo della legge costituzionale recante «Modifiche degli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari»⁷¹, e per le «elezioni del Presidente della Giunta Regionale e del Consiglio Regionale delle Regioni Liguria, Veneto, Toscana, Marche, Campania, Puglia e Valle d'Aosta, indette per i giorni 20 e 21 settembre 2020»⁷². In tale circostanza, è stato riproposto il Titolo VI rubricato «Piattaforme per la condivisione di video e *social network*». Le indicazioni che vengono fornite mirano a promuovere l'adozione condivisa di misure di contrasto ai fenomeni di disinformazione *online* nell'ambito del Tavolo tecnico Pluralismo e piattaforme digitali, nonché l'impegno delle piattaforme digitali ad adottare strumenti volontari per garantire il pluralismo dell'informazione per la campagna referendaria e regionale 2020.

Pur pregevole il tentativo svolto dall'Agcom prima delle ultime tornate elettorali, tali linee guida rimangono mere indicazioni alquanto insufficienti che hanno, d'altro canto, fatto emergere l'impegno e lo sforzo assunto dai principali *social network* nel recepirle; forse un primo passo verso l'ambizione di una regolamentazione legislativa *ad hoc*.

Note conclusive.

Come si è avuto modo di analizzare nel presente lavoro, affrontare oggi la materia della comunicazione politica e della propaganda elettorale richiede necessariamente di confrontarsi con una serie di interrogativi dovuti essenzialmente alla rivoluzione tecnologica di *internet* e dei nuovi media⁷³.

La reciproca influenza tra comunicazione politica e democrazia impone una regolamentazione di nuove categorie di partecipazione pubblica⁷⁴. In particolare appare del tutto evidente che le normative di riferimento dalle leggi nn. 212 del 1956 e 28 del 2000 sono del tutto superate dall'avvento dei nuovi media⁷⁵.

La rete di *internet* e i nuovi media sono mezzi straordinari in grado di rivoluzionare la vita di ogni cittadino, descritti come uno spazio di libertà che possono, però, prestare il fianco a nuove minacce soprattutto a quei diritti acquisiti nel tempo e riconosciuti dalle carte costituzionali sui diritti umani⁷⁶. Così come per le televisioni private nate dapprima come elemento di incremento della libertà di espressione e divenute in seguito un fenomeno prettamente commerciale, anche i

⁷⁰ Per un maggior approfondimento sul tema cfr. F. DI GIORGI, *Agcom pubblica gli impegni assunti dalle società esercenti le piattaforme online in vista delle elezioni europee 2019*, in *diritto di internet*, 21 Maggio 2019.

⁷¹ Delibera n. 322/20/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom).

⁷² Delibera n. 323/20/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom).

⁷³ O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali*, op.cit., p. 93.

⁷⁴ A. FRICANO, *Per una nuova disciplina del silenzio elettorale: brevi considerazioni costituzionali*, op.cit., p. 14.

⁷⁵ B. CARAVITA, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *federalismi.it*, n. 2/2019, p. 4. L'autore indica come la strada è ormai solcata dalle nuove tecnologie e che indietro, purtroppo o per fortuna, non si può più tornare. In particolare indica come si possono stringere le regole, fissare paletti più severi per il rispetto della *privacy*, per impedire la circolazione incontrollata delle informazioni personali, responsabilizzare gli operatori dei *social network* ma «la strada per la creazione del consenso, presupposto non aggirabile per il funzionamento degli ordinamenti democratici, non tornerà più ai comizi in piazza del dopoguerra, ma nemmeno alla carta stampata o alle televisioni tradizionali. Certo, la presenza sul territorio o sui giornali o sugli schermi televisivi non potrà essere abbandonata, ma da lì non passerà più la formazione delle opinioni pubbliche».

nuovi *media* hanno determinato una radicale trasformazione nella comunicazione politica e nelle strategie delle competizioni elettorali⁷⁷.

Importanti agli occhi di tutti le potenzialità delle nuove tecnologie che, se impiegate con accortezza e professionalità, possono essere determinanti nel successo elettorale di un determinato candidato o di una forza politica. Per tali motivi, tutti i partiti o movimenti politici usufruiscono delle nuove tecnologie in rete oltre che per veicolare velocemente il proprio messaggio politico anche per abbattere i costi della competizione elettorale. Ed è proprio in tale contesto, privo di ogni regola che tutte le forze politiche agiscono per acquisire un maggiore consenso elettorale. Negli anni, i vari legislatori che si sono succeduti, hanno tentato di regolare l'utilizzo dei mezzi di comunicazione, cercando di intuire le distorsioni che avrebbe potuto determinare nel dibattito politico ma con pochi risultati⁷⁸.

Con l'avvento di *internet* e dei *social network*, il legislatore resta però inerte, probabilmente carente nel mediare un equilibrio tra «la garanzia della libertà di espressione nel libero mercato delle idee e quella dei diritti individuali» risultante pregiudizievole dalla propagazione di messaggi prettamente politici senza alcun tipo di regole⁷⁹. Pertanto, sarebbe opportuno che i pubblici poteri riuscissero a regolamentare le nuove tecnologie per essere compatibili con la compiuta auto-determinazione degli individui⁸⁰. A tal proposito, per avere una genuina libera concorrenza delle idee risulta di vitale importanza che la libertà venga «protetta, inquadrata, regolata e, in fin dei conti, anche limitata, precipuamente al fine di evitare che divenga licenza»⁸¹.

In conclusione, non è sufficiente lo sforzo da parte dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom) di emanare delle raccomandazioni nell'ambito della promozione di un Tavolo Tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali, anche se poi quest'ultime si impegnano volontariamente a renderle effettive. Ma è preciso e specifico compito della politica riformulare le obsolete normative vigenti, figlie di altre generazioni superate oramai dagli strumenti tecnologici delle piattaforme digitali, con il fine di legiferare nuove norme di comunicazione elettorale e *par condicio*.

Tale problematicità è stata evidenziata anche in ambito europeo, dove le diverse democrazie devono affrontare la sfida della trasformazione digitale; ma, anche qui, le attuali garanzie riguardanti la tutela della trasparenza e della parità delle risorse e dei tempi di trasmissione durante le campagne elettorali non sono state elaborate in relazione ai *social network*⁸².

Tant'è che il diritto dell'Unione Europea è lacunoso in questo campo e gli Stati si trovano a dover fronteggiare i problemi che scaturiscono dall'ambiente digitale in continua evoluzione. Senza dimenticare che i partiti politici hanno di fronte a loro e, dunque, possono sfruttare, tutta una serie di strumenti e servizi digitali definiti per lo più tramite condizioni di servizio aziendali in grado di eludere la regolamentazione nazionale e comunitaria quando resi dall'esterno della giurisdizione elettorale, ossia al di fuori del territorio nazionale o comunitario, a causa della localizzazione dei server in territori extraeuropei⁸³.

⁷⁶ La teoria liberale presuppone, quale condizione procedurale della democrazia, una libera e corretta competizione tra i partiti funzionale alla formazione di un'opinione pubblica autonoma. Per tale ragione in dottrina si discute sui numerosi pericoli che possono derivare sia per la tutela dei diritti individuali sia per il buon funzionamento del sistema democratico dalla diffusione di un modello politico c.d. "sondocratico" ovvero che si affidi in misura sempre maggiore alla sorveglianza e a strategie di comunicazione basate sempre più sulla persuasione subliminale. G. GORI, *Social media ed elezioni. I limiti del diritto e il rischio di una modulated democracy*, in *Informatica e diritto*, XLIII annata, vol. XXVI, n. 1-2/2017, pp. 216-219.

⁷⁷ A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili: art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, op.cit., pp. 575 ss.

⁷⁸ M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, op.cit., pp. 81 ss.

⁷⁹ A. PAPA, "Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica, op. cit., pp. 21-22.

⁸⁰ P. PASSAGLIA, *Fake news e fake democracy: una convergenza da scongiurare*, in *federalismi.it*, 2020, pp. 134 ss.

⁸¹ *Ibidem*, p. 137.

⁸² Per un maggiore approfondimento riguardante il piano d'azione per la democrazia europea cfr. la comunicazione n. COM(2020)790 final, del 3 dicembre 2020, della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni.

⁸³ Mappatura delle sedi di alcuni *social network* che operano sul territorio europeo: *Facebook* in California (Stati Uniti); *MySpace* in Santa Monica in California (Stati Uniti); *Linkedin* in Palo Alto, California (Stati Uniti); *Twitter* in San Francisco, California (Stati Uniti); *Friendfeed* in Mountain View, California (Stati Uniti). *Tik Tok* in Pechino (Cina) e *Telegram* in Dubai (Emirati Arabi Uniti).

IL FINANZIAMENTO PUBBLICO E PRIVATO DELL'*EUROPEAN GREEN DEAL*: la tassonomia delle attività economicamente ecosostenibili e la proposta di regolamento europeo sugli *euro-pean green bonds*.

Beatrice Bertarini

Abstract (IT): L'articolo si prefigge di analizzare come siano necessari ingenti finanziamenti sia pubblici, sia privati per poter raggiungere gli ambiziosi obiettivi delineati nell'*European Green Deal*. In particolare i finanziamenti privati devono essere orientati ad attività economicamente sostenibile che generino un impatto positivo e significativo sull'ambiente. Tali attività possono anche essere finanziate attraverso nuove forme di finanziamento denominati *European Green bond*.

Abstract (EN): The study aims to analyse how substantial public and private funding is needed to achieve the ambitious goals outlined in the *European Green Deal*. In particular, private financing must be oriented towards economically sustainable activities that generate a positive and significant impact on the environment; these activities can also be financed through *European Green Bonds*.

SOMMARIO: **1.** Osservazioni introduttive. - **2.** Necessità di finanziamento dell'*European Green Deal*. - **3.** La finanza sostenibile: la definizione della Tassonomia europea e la Proposta di Regolamento in tema di *European Green Bond*. - **4.** Considerazioni conclusive. La tutela ambientale al centro del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e della libertà d'iniziativa economica.

1. Osservazioni introduttive.

Il tema del cambiamento climatico riveste oggi un ruolo centrale nella definizione di tutte le politiche pubbliche, poiché esso, assieme alla tematica della digitalizzazione, costituisce il *focus* della cosiddetta *twin transition*, infatti, la duplice transizione «ecologica e digitale, toccherà ogni componente dell'economia, della società e dell'industria. Richiederà nuove tecnologie, cui dovranno corrispondere gli investimenti e l'innovazione necessari. Creerà nuovi prodotti, servizi, mercati e modelli di business. Darà forma a nuovi tipi di figure professionali inedite, che richiederanno competenze non ancora disponibili. E richiederà il passaggio dall'attuale produzione lineare all'economia circolare. La duplice transizione avverrà in un momento di spostamento delle placche geopolitiche che ha ripercussioni sulla natura della concorrenza. La necessità per l'Europa di affermare la propria voce, di difendere i propri valori e di battersi per condizioni di parità è più importante che mai»¹.

Il raggiungimento degli obiettivi internazionali di adattamento e mitigazione dei cambiamenti climatici pone una serie di sfide al regolatore pubblico che richiedono interventi non solo in tema di nuovi strumenti giuridici ma anche in tema di finanziamento necessario per raggiungere gli obiettivi prefissati: la sola definizione di politiche pubbliche virtuose non pare infatti potersi considerare sufficiente per il conseguimento dei suddetti obiettivi in assenza di specifiche azioni di sostegno.

¹ COM (2020) 102, del 10 marzo 2020, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, p. 1.

Come noto, a livello internazionale l'atto fondamentale che definisce gli obiettivi di tipo ambientale è rappresentato dall'Accordo di Parigi adottato il 12 dicembre 2015 nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici² all'interno del quale l'art. 2 riveste un ruolo centrale poiché, unitamente agli obiettivi di “*pursuing efforts to limit the temperature increase to 1.5°C above pre-industrial levels*”³ e di “*increasing the ability to adapt to the adverse impacts of climate change*”⁴, evidenzia come i flussi finanziari siano essenziali per raggiungere gli obiettivi a lungo termine⁵.

Il focus è da porre in particolare alla lettera c, dell'art. 2, comma 1, che costituisce un *input* essenziale in merito al finanziamento necessario per raggiungere i suddetti obiettivi stabilendo che «*this Agreement, in enhancing the implementation of the Convention, including its objective, aims to strengthen the global response to the threat of climate change, in the context of sustainable development and efforts to eradicate poverty, including by: (c) making finance flows consistent with a pathway towards low greenhouse gas emissions and climate-resilient development*»⁶.

Anzitutto si deve osservare che il termine *finance* utilizzato nel succitato articolo «*has two original meanings in the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC, hereafter 'convention'). The first meaning is 'indicative contributions', which is predominantly administrative and is related to operational costs of the UNFCCC. The second meaning, which became known as 'climate finance', refers to the support to developing countries (non-Annex I) to prepare their national communications to the UNFCCC and to implement measures to combat climate change (Art. 4.3 of the convention). Climate finance has played an important role in the UN climate negotiations and evolved into Art. 9 of the Agreement*»⁷.

² L'Accordo di Parigi è stato siglato 12 Dicembre 2015 ed entrato in vigore il 4 Novembre 2016, trentesimo giorno successivo alla data in cui almeno 55 parti dell'UNFCCC, che rappresentino un totale stimato di almeno il 55 % delle emissioni totali di gas a effetto serra, hanno depositato i loro strumenti di ratifica, accettazione, approvazione o adesione. La dottrina in tema è sterminata, si rinvia a: M. MAGRI, *Il 2021 è stato l'anno della "giustizia climatica"?*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021, n. 4; E. FASOLI, *Responsabilità dello Stato e riparazione delle perdite non economiche connesse ai cambiamenti climatici ai sensi dell'Accordo di Parigi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, n. 1; J. MORAND - J. DEVILLER, *Cop. 21. L'Accordo di Parigi e l'irresistibile principio di solidarietà*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, n. 1; M. MONTINI, *Riflessioni critiche sull'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, n. 3; S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, n. 1; M. GERVAZI, *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, n. 1; M. Montini, *L'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2015, n. 4.

³ Art. 2, comma 1, lett. a dell'Accordo di Parigi.

⁴ Art. 2, comma 1, lett. b dell'Accordo di Parigi.

⁵ Per una compiuta analisi dell'art. 2 dell'Accordo di Parigi si rinvia per tutti a: N. S. GHALEIGH, *Paris Agreement, Article 2: Aims, Objectives and Principles*, in G. VAN CALSTER, - L. REINS (a cura di), *The Paris Agreement on Climate Change*, Edward Elgar Publishing, 2021.

⁶ Il testo completo dell'art. 2 dell'Accordo di Parigi stabilisce «*This Agreement, in enhancing the implementation of the Convention, including its objective, aims to strengthen the global response to the threat of climate change, in the context of sustainable development and efforts to eradicate poverty, including by: (a) Holding the increase in the global average temperature to well below 2°C above pre-industrial levels and pursuing efforts to limit the temperature increase to 1.5°C above pre-industrial levels, recognizing that this would significantly reduce the risks and impacts of climate change; (b) Increasing the ability to adapt to the adverse impacts of climate change and foster climate resilience and low greenhouse gas emissions development, in a manner that does not threaten food production; and (c) Making finance flows consistent with a pathway towards low greenhouse gas emissions and climate-resilient development*».

⁷ L. ZAMARIOLI - P. PAUW - M. KÖNIG - H. CHENET, *The climate consistency goal and the transformation of global finance*, in *Nature Climate Change*, 2021, n. 7, p. 578. In tema si rinvia altresì a: L. GIFFORD - C. KNUDSON, *Climate finance justice: international perspectives on climate policy, social justice, and capital*, in *Climatic Change*, 2020, n. 1; S. WHITLEY - J. THWAITES - H. WRIGHT - C. OTT, *Making Finance Consistent with Climate Goals: Insights for Operationalising Article 2.1c of the UNFCCC Paris Agreement*, in *Overseas Development Institute*, 2018; W. PAUW - R. KLEIN - P. VELLINGA - F. BIERMANN, *Private finance for adaptation: Do private realities meet public ambitions?*, in *Climatic Change*, 2016, n. 2; L. GOMEZ-ECHEVERRI, *The changing geopolitics of climate change finance*, in *Climate Policy*, 2013, n. 3; R. JACHNIK - M. MIRABILE - A. DOBRINEVSKI, *Tracking Finance Flows Towards Assessing their Consistency with Climate Objectives: Proposed Scope, Knowns and Unknowns*, OECD, 2019, Environment Working Papers, n. 146.

Parimenti viene rilevato che «*the text of Art. 2.1(c) refers neither to the traditional terms related to climate finance nor to its providers and recipients. Instead, it adopts new terminology such as finance 'flows', 'consistent' and 'pathway' that is not further defined. This vague word choice, which may reflect a common practice of hard-negotiated treaties or simply signal a long-term direction, precludes the full understanding of Art. 2.1(c) from its text alone. In terms of its context, the first part of the chapeau of Art. 2.1 provides another key source for ambiguity. When read alone, the understanding could be that the Paris Agreement cannot go beyond 'enhancing the implementation' of previously agreed commitments under the convention. In this case, 'finance (flows)' under Art. 2.1(c) could only refer to the provision by developed countries of new and additional financial resources to developing countries (Art. 4.3 of the convention). However, the following mention of the convention's 'objectives' opens up the agreement to new scopes and collective purposes, allowing for a broader interpretation of its goals*»⁸.

Emerge così come siano presenti due interpretazioni contrapposte in merito alla rilevanza che l'art. 2.1(c) assume nella finanza per il clima: «*the first of two opposing interpretations frames Art. 2.1(c) within climate finance. It fully subordinates the climate-consistent finance goal to Art. 4.3 of the convention and Art. 9 of the agreement, and thus requires 'finance flows' to be mobilized by developed countries, to be public and private, to be balanced between mitigation and adaptation, and to prioritize particularly vulnerable developing countries. However, a second and more far-reaching interpretation has been consolidating in practice. It stresses linkages between the broader financial system and climate change, and looks at the consistency of domestic and global investments with climate goals. This view was reflected by the UNFCCC's Standing Committee on Finance in its 2018 Biennial Report*»⁹.

Non va certo dimenticato che il tema del finanziamento è da sempre centrale per poter concretamente attuare gli obiettivi connessi alla lotta al cambiamento climatico; infatti, ad esempio, già all'interno dell'Accordo di Copenaghen del 2009¹⁰ si evidenziava come «*it is therefore of the utmost importance to build a realistic climate policy firmly grounded on the actions that countries have unilaterally promised in Copenhagen. The two pillars of climate policy in the years to come are the two important outcomes from Copenhagen. First, a non-binding, but politically relevant, declaration of national emissions targets for 2020. Second, the definition of the resources that will be transferred to developing countries for mitigation and adaptation actions (the Copenhagen Green Climate Fund - CGCF)*»¹¹. Più nel dettaglio nell'Accordo di Copenaghen si rinviene la necessità di sollecitare varie fonti di finanziamento, sia pubbliche, sia private¹², tanto da prevedere all'interno di esso la costituzione di un apposito *Copenhagen Green Climate Fund* quale «*fast track fund that will consist of \$10 billion per year from 2010 to 2012 (totalling \$30 billion). If there is sufficient and transparent action towards mitigation, developed countries*

⁸ L. ZAMARIOLI - P. PAUW - M. KÖNIG - H. CHENET, *The climate consistency goal and the transformation of global finance*, in *Nature Climate Change*, 2021, n. 7, p. 579.

⁹ L. ZAMARIOLI - P. PAUW - M. KÖNIG - H. CHENET, *The climate consistency goal and the transformation of global finance*, in *Nature Climate Change*, 2021, n. 7, p. 578.

¹⁰ In tema si rinvia a: L. LEE CHUNG - L. KEAT TEONG, *Global warming mitigation and renewable energy policy development from the Kyoto Protocol to the Copenhagen Accord-A comment*, in *Renewable & Sustainable Energy Reviews*, 2012, n. 7; R. MARSCHINSKI - M. JAKOB, *Policy: Reconsidering Copenhagen*, in *Nature Climate Change*, 2011, n. 1; B. SAVEYN - D. VAN REGEMORTER - J. C. CISCAR, *Economic analysis of the climate pledges of the Copenhagen Accord for the EU and other major countries*, in *Energy economics*, 2011, n. 1; L. MASSAI, *The Long Way to the Copenhagen Accord: Climate Change Negotiations in 2009*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 2010, n. 1; D. MCGOLDRICK - S. WILLIAMS - L. RAJAMANI, *The making and unmaking of the Copenhagen Accord*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2010, n. 3; M. D'AURIA, *Il Copenhagen Accord: un passaggio interlocutorio verso l'assunzione di responsabilità "globali"*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2010, n. 1.

¹¹ Ricordano C. CARRARO - E. MASSETTI, *Beyond Copenhagen: a realistic climate policy in a fragmented world*, in *Climatic Change*, 2012, n. 3-4, p. 524.

¹² Cfr. art. 8 dell'Accordo di Copenaghen.

have committed to mobilise, jointly, \$100 billion dollars a year by 2020. A significant portion of such funding will flow through a newly established Copenhagen Green Climate Fund (CGCF)»¹³.

La individuazione di specifiche ed apposite fonti di finanziamento da parte degli Stati diviene quindi parte essenziale nel raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità ambientale.

2. Necessità di finanziamento dell'European Green Deal.

Il percorso di affermazione di strumenti finanziari finalizzati a sostenere la realizzazione concreta di una finanza realmente sostenibile a livello europeo si snoda negli anni più recenti attraverso alcuni atti fondamentali che conducono, da ultimo, alla emanazione della Proposta di Regolamento europeo relativa agli *European green bonds*¹⁴, di cui si dirà *infra*.

Nel contesto europeo il problema del finanziamento necessario per raggiungere gli obiettivi climatici ed ambientali trova nell'economia di mercato un punto di snodo fondamentale al fine di identificare investimenti che siano in grado di generare un contesto produttivo ed una società di tipo sostenibili.

In questo senso la Decisione del Consiglio del 2016 relativa all'Accordo di Parigi sottolineava come *«la transizione mondiale verso l'energia pulita richiede mutamenti nei comportamenti di investimento e incentivi nell'intero spettro delle politiche. Per l'Unione è di primaria importanza la creazione di un'Unione dell'energia resiliente, capace di garantire un approvvigionamento energetico sicuro, sostenibile, competitivo e a prezzi ragionevoli ai propri cittadini»¹⁵.*

Più recentemente, come noto, il documento centrale nella definizione della strategia europea a favore del clima e dell'ambiente è rappresentato dal Green Deal europeo¹⁶, una *«tabella di marcia multisettoriale»¹⁷*, che mira *«a trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia*

¹³ C. CARRARO - E. MASSETTI, *Beyond Copenhagen: a realistic climate policy in a fragmented world*, in *Climatic Change*, 2012, n. 3-4, p. 532, gli A. suggeriscono che *«the financial resources mobilised in Copenhagen should be used primarily to mitigate greenhouse gas emissions. The CGCF could be transformed into the International Bank for Emissions Allowance Acquisition (IBEAA) envisaged by Bradford (2008). The resulting climate architecture would not follow a pure “purchase of a global public good approach” (Bradford 2008) because there would still be a multilateral, non-binding but official, set of emissions reductions pledges that countries need to fulfil. The second difference is that the CGCF is meant to finance adaptation and mitigation in Non-Annex I countries alone, while the IBEAA proposed by Bradford (2008) has a global scope. The resulting climate architecture would be similar to the “No Cap but Trade” proposal put forward by Tol and Rehdanz (2008) and proposed again in Tol (2010)»*.

¹⁴ COM (2021) 391 del 6 luglio 2021.

¹⁵ Punto 8 della Decisione (UE) 2016/1841 del Consiglio del 5 ottobre 2016 relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, dell'accordo di Parigi adottato nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici.

¹⁶ COM (2019) 640 dell'11 dicembre 2019. Vastissima la dottrina in materia, più recentemente si rinvia a: A. BONGARDT - F. TORRES, *The European Green Deal: More than an Exit Strategy to the Pandemic Crisis, a Building Block of a Sustainable European Economic Model*, in *Journal of Common Market Studies*, 2022, n. 1; A. BONOMO, *L'amministrazione di fronte alle nuove sfide della transizione ecologica*, in *Quaderni amministrativi*, 2021, n. 2; M. FISICARO, *Il Green Deal europeo*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2021, n. 2-3; J. SAMPER - A. SCHOCKLING - M. ISLAR, *Climate Politics in Green Deals: Exposing the Political Frontiers of the European Green Deal*, in *Politics and Governance*, 2021, n. 2; S. VERSCHUUR - C. SBROLLI, *The European Green Deal and State Aid: Regions, State Aid and the Just Transition*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2021, n. 1; S. WOLF - J. TEITGE - J. MIELKE - F. SCHÜTZE, *The European Green Deal - More Than Climate Neutrality*, in *Inter economics*, 2021, n. 2; S. CAVALIERE, *Il progetto "Green New Deal" e gli incentivi verdi: è tutto oro quello che luccica?*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, 2020, n. 1.

¹⁷ P. CUCUMILE, *Il "Green Deal" europeo*, in *www.AmbienteDiritto.it*, 2021, n. 1, p. 2, che ricorda che il Green Deal europeo *«riformula, su nuove basi, l'impegno europeo ad affrontare i problemi legati al clima e all'ambiente e, in tal senso, è destinato ad incidere sui target della Strategia per l'energia ed il clima, già fissati a livello legislativo nel Clean Energy Package»*. Ricorda l'A. che la legislazione volta all'attuazione delle azioni per il clima *«è costituita, tra l'altro, dalla direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell'Unione, dal regolamento (UE) 2018/842 del Parlamento europeo e del Consiglio, che ha introdotto traguardi nazionali di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra entro il 2030, nonché dal regolamento (UE) 2018/841 del Parlamento europeo e del Consiglio che impone agli Stati membri di bilanciare le emissioni e gli assorbimenti di gas a effetto serra risultanti dall'uso del suolo, dal cambiamento di uso del suolo e dalla silvicoltura»*.

moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse»¹⁸.

Ciò sarà possibile solo se «tutte le azioni e le politiche dell'UE dovranno contribuire agli obiettivi del Green Deal europeo. Si tratta di problemi complessi e interconnessi. La risposta politica deve essere coraggiosa e completa e cercare di massimizzare i benefici per la salute, la qualità della vita, la resilienza e la competitività. Essa richiederà un intenso coordinamento per valorizzare le sinergie possibili in tutti i settori d'intervento»¹⁹.

Tali sinergie sono considerate indispensabili se si vuole raggiungere una «trasformazione del sistema del c.d. capitalismo finanziarizzato verso un nuovo sistema basato sulla consapevolezza che la finanza, l'economia e l'ecosistema sono strettamente interconnessi e devono essere modificati congiuntamente»²⁰.

Il raggiungimento di tali obiettivi richiede, come già sottolineato, un ingente fabbisogno di investimenti²¹ che sono stimati in «investimenti supplementari dell'ordine di 260 miliardi di euro l'anno, equivalenti a circa l'1,5 % del PIL 2018, il cui flusso dovrà essere mantenuto costante nel tempo», ciò richiede «la mobilitazione sia del settore pubblico sia di quello privato»²².

Dal punto di vista degli investimenti pubblici la Commissione propone di «portare al 25 % l'obiettivo di integrazione degli aspetti climatici in tutti i programmi dell'UE», di destinare almeno il 30% del Fondo InvestEU alla lotta contro i cambiamenti climatici²³, nonché l'adozione di «un meccanismo e un fondo per una transizione giusta, volti a non lasciare indietro nessuno»²⁴. In senso più ampio la necessità di attuare una transizione che sia «socialmente giusta deve trovare riscontro anche nelle politiche a livello dell'UE e dei singoli Stati. Ciò significa ad esempio favorire gli investimenti volti ad offrire soluzioni economicamente accessibili, quali i trasporti pubblici, a coloro che risentono delle politiche di fissazione dei prezzi del carbonio, nonché le misure intese a contrastare la povertà energetica e a promuovere la riqualificazione professionale»²⁵.

Con riferimento al ruolo svolto dal settore privato, invece, la Commissione sottolinea la necessità di «indirizzare i flussi finanziari e di capitale verso gli investimenti verdi»²⁶ pervenendo quindi anzitutto alla

¹⁸ COM (2019) 640, p. 2.

¹⁹ COM (2019) 640, p. 3.

²⁰ S. CAVALIERE, *Il progetto "Green New Deal" e gli incentivi verdi: è tutto oro quello che luccica?*, in *Diritto Pubblico Europeo*, 2020, n. 1, p. 3 che riprende A. PETTIFOR, *Prefazione I, Green deal un progetto per la giusta transizione europea*, in www.gndforeurope.com, 2019, p. 1 ss e M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente, tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Il Diritto dell'economia*, 2019, n. 2, p. 159.

²¹ COM (2019) 640, p. 17.

²² COM (2019) 640, p. 17.

²³ COM (2019) 640, p. 17. Si ricorda che il Fondo InvestEU è stato istituito con Regolamento 2021/523 del 24 marzo 2021; a norma dell'art. 3 l'obiettivo generale del programma InvestEU è «sostenere gli obiettivi delle politiche dell'Unione mediante operazioni di finanziamento e di investimento che contribuiscano: a) alla competitività dell'Unione, ivi comprese la ricerca, l'innovazione e la digitalizzazione; b) alla crescita e all'occupazione nell'economia dell'Unione, alla sostenibilità dell'economia dell'Unione e alla sua dimensione ambientale e climatica, contribuendo al conseguimento degli OSS e degli obiettivi dell'accordo di Parigi e alla creazione di posti di lavoro di alta qualità; c) alla resilienza e all'inclusione sociali e alla capacità di innovazione sociale dell'Unione; d) alla promozione del progresso scientifico e tecnologico, della cultura, dell'istruzione e della formazione; e) all'integrazione dei mercati dei capitali dell'Unione e al rafforzamento del mercato interno, comprese soluzioni per affrontare la frammentazione dei mercati dei capitali dell'Unione, per diversificare le fonti di finanziamento delle imprese dell'Unione e per promuovere la finanza sostenibile; f) alla promozione della coesione economica, sociale e territoriale; o g) alla ripresa sostenibile e inclusiva dell'economia dell'Unione dopo la crisi COVID-19, anche attraverso il sostegno al capitale delle PMI che hanno risentito negativamente degli effetti della crisi COVID-19 e che non si trovavano già in difficoltà in termini di aiuti di Stato alla fine del 2019, alla difesa e al rafforzamento delle catene di valore strategiche esistenti di attivi materiali o immateriali, allo sviluppo di nuove catene di tale tipo, e al mantenimento e al rafforzamento delle attività di importanza strategica per l'Unione, tra cui gli importanti progetti di comune interesse europeo, in relazione alle infrastrutture critiche, sia fisiche che virtuali, alle tecnologie trasformatrici, alle innovazioni rivoluzionarie e ai fattori di produzione per le imprese e i consumatori, nonché a sostegno di una transizione sostenibile».

²⁴ COM (2019) 640, p. 18.

²⁵ COM (2019) 640, p. 18.

²⁶ COM (2019) 640, p. 19.

individuazione di quegli investimenti che possono essere qualificati come investimenti sostenibili.

Gli importanti e rilevanti obiettivi prefissati dal Green Deal europeo poggiano su tre basi finanziarie, «la prima coincide con un Piano di investimenti per un'Europa sostenibile (COM (2020)21), con l'obiettivo principale di mobilitare, attraverso il bilancio unionale e altri strumenti finanziari dell'Unione europea capitali pubblici e privati. La seconda base finanziaria è il Fondo per la transizione giusta (COM (2020)22), con una dotazione di 7,5 miliardi di euro che rappresenta uno dei pilastri del “Meccanismo per una transizione giusta”, volto a mobilitare investimenti per almeno 100 miliardi di euro, nel periodo 2021-2027, a favore delle regioni più esposte alle ripercussioni negative della transizione a causa della loro dipendenza dai combustibili fossili o da processi industriali ad alta intensità di gas a effetto serra. La terza base fa riferimento alla revisione dei fondi europei attuati in regime di gestione concorrente (COM (2020)23), con particolare riguardo agli strumenti europei in materia di politica di coesione, al Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, al Fondo Asilo e migrazione, al Fondo per la Sicurezza interna e allo Strumento per la gestione delle frontiere e i visti»²⁷.

Con specifico riferimento alle necessità di finanziamento per attuare il Green Deal europeo la Comunicazione del 14 gennaio 2020, n. 21, intitolata “Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo”, definisce necessari investimenti in tutti i settori dell'economia²⁸.

In questo contesto anche la digitalizzazione assume un ruolo centrale all'interno del Green Deal poiché «ingenti investimenti nelle capacità digitali strategiche europee nonché nello sviluppo e nell'ampliamento della diffusione delle principali tecnologie digitali consentiranno di trovare soluzioni intelligenti, innovative e su misura per far fronte ai problemi legati al clima»²⁹.

Nel 2020 la Commissione stima che per raggiungere gli obiettivi climatici ed energetici stabiliti per il 2030 sarà necessario prevedere investimenti supplementari per un ammontare di 260 miliardi di euro l'anno³⁰ e che il Piano di investimenti per un'Europa sostenibile «permetterà di mobilitare, attraverso il bilancio dell'UE e gli strumenti associati, investimenti sostenibili privati e pubblici per almeno 1000 miliardi di EUR»³¹.

Queste prospettive di investimento non paiono però più sufficienti tanto che la Commissione ritiene necessario dar vita ad ulteriori azioni per poter sostenere la transizione verso un'economia verde e climaticamente neutra attraverso un piano che si incentra su *tre dimensioni*, segnatamente «in primo luogo, nel prossimo decennio il piano mobiliterà, attraverso il bilancio dell'UE, almeno 1000 miliardi di EUR di investimenti sostenibili»³²; in secondo luogo «esso creerà un quadro favorevole per gli investitori

²⁷ P. CUCUMILE, *Il "Green Deal" europeo*, in *Ambientedititto.it*, 2021, n. 1, p. 6.

²⁸ COM (2020) 21, p. 1.

²⁹ COM (2020) 21, p. 4.

³⁰ La COM (2020) 21, p. 1 specifica che «i principali obiettivi per il 2030 sono: una riduzione delle emissioni di gas a effetto serra pari almeno al 40 % rispetto ai livelli del 1990, la produzione di almeno il 32 % dell'energia da fonti rinnovabili e un miglioramento dell'efficienza energetica pari almeno al 32,5 %». Prosegue la Comunicazione «la cifra riguarda principalmente gli investimenti nel settore dell'energia e dell'edilizia e un segmento del settore dei trasporti (veicoli). Il settore che evidenzia il fabbisogno medio maggiore è quello della ristrutturazione degli edifici. È opportuno che tali flussi di investimenti siano costanti nel tempo. Investimenti significativi saranno necessari anche in altri settori, in particolare in agricoltura, per affrontare problemi ambientali più ampi, tra cui la perdita di biodiversità e l'inquinamento, la protezione del capitale naturale, il sostegno all'economia circolare e all'economia blu, così come a livello di capitale umano e di investimenti sociali collegati alla transizione» (p. 4).

³¹ COM (2020) 21, p. 1.

³² COM (2020) 21, p. 2, chiarisce che «il bilancio dell'UE destinerà al clima e all'ambiente la più ingente porzione di spesa pubblica mai assegnata finora. Fornendo adeguate garanzie, attirerà i fondi privati e attraverso il meccanismo per una transizione giusta favorirà gli investimenti pubblici nelle regioni più esposte alle ripercussioni della transizione». La Commissione indica che le fonti di finanziamento necessarie per mobilitare 1000 miliardi sono molteplici: «una combinazione di fondi erogati dal bilancio dell'UE proposto dalla Commissione e di ulteriori investimenti pubblici e privati che il bilancio dell'UE può sbloccare»; per una analisi di dettaglio degli impegni finanziari previsti si rinvia a p. 6 ss. della Comunicazione.

privati e il settore pubblico»³³; in terzo luogo «il piano fornirà un sostegno su misura alle amministrazioni pubbliche e ai promotori di progetti per quanto riguarda l'individuazione, la strutturazione e la realizzazione di progetti sostenibili.

Saranno rafforzati il sostegno alle capacità delle autorità pubbliche di valutare il fabbisogno finanziario e pianificare i successivi investimenti, così come il sostegno diretto ai promotori di progetti pubblici e privati»³⁴.

Nel quadro sopra descritto anche la Banca Europea per gli Investimenti³⁵ assumerà un ruolo centrale quale *Banca dell'Unione per il clima* proprio col fine di finanziare la transizione attraverso il progressivo aumento della «percentuale dei suoi finanziamenti destinata all'azione per il clima e alla sostenibilità ambientale, portandola, entro il 2025, al 50 % delle operazioni»³⁶; per questi fini «una quota consistente di questi finanziamenti sarà erogata attraverso il programma InvestEU, che consentirà alla BEI di impegnarsi in progetti più innovativi e con un maggior valore aggiunto strategico coprendo una parte del rischio delle operazioni di finanziamento e investimento.

Il gruppo BEI allineerà inoltre tutte le sue attività di finanziamento ai principi e agli obiettivi dell'accordo di Parigi entro la fine del 2020»³⁷.

In generale diviene quindi essenziale sia realizzare in tutti i settori dell'economia³⁸ investimenti sostenibili, sia diffondere tra gli investitori pubblici e privati pratiche di investimento sostenibili che siano

³³ COM (2020) 21, p. 2 che chiarisce che il Piano «si prefigge di garantire una transizione efficace sotto il profilo dei costi, giusta, equilibrata dal punto di vista sociale ed equa. Gli istituti finanziari e gli investitori privati devono disporre di strumenti adeguati che permettano loro di individuare con precisione gli investimenti sostenibili. In particolare la tassonomia dell'UE, il principio dell'efficienza energetica al primo posto e le verifiche della sostenibilità saranno fondamentali per potenziare, grazie all'effetto leva, la capacità di intervento. Per quanto riguarda il settore pubblico, il semestre europeo, il riesame dell'attuazione delle politiche ambientali, i piani nazionali per l'energia e il clima previsti nel quadro dell'Unione dell'energia e i piani di cui alla legislazione ambientale settoriale (ad esempio in materia di rifiuti, acqua, biodiversità e aria) consentiranno di individuare correttamente il fabbisogno di investimenti».

³⁴ COM (2020) 21, p. 2.

³⁵ Per una compiuta analisi del ruolo storico della Banca europea per gli Investimenti si rinvia a: E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2021, p. 159.

³⁶ COM (2020) 21, p. 4. Per una compiuta analisi dell'evoluzione del ruolo della Banca europea per gli investimenti al fine di sostenere gli obiettivi climatici si rinvia per tutti a H. KAVVADIA, *The European Investment Bank's 'Quantum Leap' to Become the World's First International Climate Bank*, in *Politics and Governance*, 2021, n. 2.

³⁷ COM (2020) 21, p. 9, che sottolinea come «nel 2018, quasi il 30 % delle operazioni della BEI ha contribuito all'azione per il clima, sostenendo gli investimenti a favore della mitigazione dei cambiamenti climatici, dell'adattamento agli stessi e di una crescita a basse emissioni di carbonio e resiliente al clima. Secondo le stime della BEI, nel 2019 questo contributo è stato pari al 28-31 %. Per la durata decennale del piano di investimenti per un'Europa sostenibile, la BEI dovrebbe finanziare, al di fuori dei mandati dell'UE, circa 600 miliardi di EUR di investimenti per il clima in tutti gli Stati membri».

³⁸ Particolare attenzione viene posta a quei territori che dipendono fortemente dalla ricerca e dall'estrazione di combustibili fossili, settori che invece «andranno incontro a un notevole declino e le attività ad alta intensità di gas a effetto serra saranno oggetto di una trasformazione radicale», cosicché «questi comparti dovranno ristrutturare il proprio settore industriale, preparare il terreno a nuove attività economiche in grado di garantire la coesione socioeconomica e assicurare ai lavoratori coinvolti la formazione necessaria per trovare un nuovo impiego. La transizione non può realizzarsi senza le necessarie misure di accompagnamento, in quanto non sarebbe né giusta né socialmente sostenibile. In risposta alle sfide specifiche con cui devono misurarsi alcune regioni, la Commissione propone un meccanismo per una transizione giusta che fornirà sostegno mirato al fine di mobilitare gli investimenti necessari in questi territori. Il meccanismo per una transizione giusta conterà di tre pilastri: un Fondo per una transizione giusta; un regime specifico per una transizione giusta nell'ambito di InvestEU; un nuovo strumento di prestito per il settore pubblico su cui farà leva la Banca europea per gli investimenti per mobilitare investimenti supplementari» (p. 17 ss). In tema di Meccanismo per una transizione giusta si rinvia alla compiuta analisi proposta da S. VERSCHUUR - C. SBROLLI, *The European Green Deal and State Aid: Regions, State Aid and the Just Transition*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2021, n. 1, p. 588 che sottolineano «while the European Green Deal aims to be a holistic, far-reaching project, tackling a variety of aspects, the JTM Just Transition Mechanism in particular aims primarily to ensure that all the EU Member States will be able to withstand the climate transition. To this end, the JTM will finance projects in the most impacted regions, aimed at, for example, helping workers to find new employment, assisting with the re-skilling of those workers who lost employment due to the transition, the renovation of buildings or investments in renewable energy».

basate su indicatori climatici definiti al fine di «*misurare il contributo delle specifiche operazioni di finanziamento e investimento agli obiettivi climatici e ambientali del programma*»³⁹.

Gli obiettivi di finanziamento che vengono definiti richiedono, quindi, un quadro strategico condiviso a tutti i livelli di governo dell'Unione europea che ponga la finanza sostenibile al centro del sistema finanziario al fine di dare vero e concreto impulso agli investimenti in questo settore.

3. La finanza sostenibile: definizione della Tassonomia europea e Proposta di Regolamento in tema di *European Green Bond*.

Il tema del finanziamento necessario per raggiungere gli obiettivi di un'economia sostenibile, che mira ad una transizione verso un'economia a basso contenuto di carbonio, è già al centro della Comunicazione della Commissione europea del 2018⁴⁰ *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, quale primo piano d'azione, che pone in stretta connessione gli obiettivi dell'Accordo di Parigi e dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile, affermando come sia oggi imprescindibile considerare nelle scelte di investimento anche i fattori ambientali e sociali, definendo così una «*finanza sostenibile*»⁴¹.

Più precisamente, per *finanza sostenibile*⁴² si intende «*generalmente il processo di tenere in debita considerazione, nell'adozione di decisioni di investimento, i fattori ambientali e sociali, per ottenere maggiori investimenti in attività sostenibili e di più lungo termine. Più precisamente, le considerazioni di ordine ambientale fanno riferimento all'attenuazione dei cambiamenti climatici e all'adattamento a questi nonché in senso lato all'ambiente e ai rischi connessi, come per es. le catastrofi naturali. Le considerazioni di ordine sociale possono fare riferimento a questioni di ineguaglianza, inclusività, rapporti di lavoro, investimenti in capitale umano e comunità. Le considerazioni di ordine ambientale e sociale sono spesso interconnesse, in particolare poiché i cambiamenti climatici possono esacerbare i sistemi di ineguaglianza in essere. La governance delle istituzioni pubbliche e private, comprese le strutture di gestione, le relazioni con i dipendenti e la retribuzione dei manager, svolge un ruolo fondamentale nel garantire l'inclusione delle considerazioni ambientali e sociali nel processo decisionale*»⁴³.

Più recentemente è la *Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy*⁴⁴ che evidenzia come la finanza sostenibile riveste all'interno dell'Unione europea un ruolo fondamentale per conseguire gli obiettivi climatici ma anche per sostenere la ripresa dalla pandemia di Covid-19⁴⁵; la portata degli investimenti necessari è però tale che «*è ben oltre la capacità del settore pubblico*» per cui «*l'obiettivo principale del quadro della finanza sostenibile è di indirizzare i flussi finanziari privati nelle attività economiche pertinenti*»⁴⁶.

Tale finalità è perseguita attraverso tre elementi di base: la tassonomia dell'UE; il regime di

³⁹ COM (2020) 21, p. 8.

⁴⁰ COM (2018) 97 dell'8 marzo 2018. In tema si rinvia a E. FRANZA, *Il Piano d'azione europeo sulla finanza sostenibile: il punto sullo stato di realizzazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, n. 3.

⁴¹ COM (2018) 97, p. 2.

⁴² In tema di finanza sostenibile, si rinvia per tutti a: N. DI FAUSTO, *Investimenti sostenibili: analisi empirica e tradizionale dei fattori ESG*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2021, n. 3; L. LAZZAROLI, *Sviluppare la finanza sostenibile: Sfide e priorità europee e il ruolo della Bei*, in *Bancaria*, 2020, n. 1; M. SIRI - S. ZHU, *L'integrazione della sostenibilità nel sistema europeo di protezione degli investitori*, in *Banca Impresa Società*, 2020, n. 1; G. SABATINI, *Finanza d'impatto e Action Plan sulla finanza sostenibile: il percorso delle banche europee*, in *Bancaria*, 2019, n. 4; I. Basile, *Esiste un modello di finanza sostenibile?*, in *Bancaria*, 2017, n. 6.

⁴³ COM (2018) 97, p. 2.

⁴⁴ COM (2021) 390 del 6 luglio 2021.

⁴⁵ COM (2021) 390, p. 1.

⁴⁶ COM (2021) 390, p. 2.

informativa obbligatorio sia per le imprese finanziarie che per quelle non finanziarie, ed infine un insieme di strumenti di investimento, compresi indici di riferimento, norme e marchi⁴⁷.

Accanto ad essi la *Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy* inserisce ulteriori «quattro settori principali in cui sono necessarie ulteriori azioni affinché il sistema finanziario sostenga pienamente la transizione dell'economia verso la sostenibilità»⁴⁸, e cioè: finanziare la transizione dell'economia reale verso la sostenibilità⁴⁹; un quadro della finanza sostenibile più inclusivo⁵⁰, migliorare la resilienza del settore finanziario e il contributo alla sostenibilità⁵¹; nonché promuovere l'ambizione globale⁵². Il quadro di riferimento che si sta attualmente delineando in tema di finanza sostenibile trova una prima e fondamentale attuazione nel Regolamento 2020/852, del 18 giugno 2020, relativo proprio all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili, cosiddetto Regolamento Tassonomia, che perviene ad un sistema di classificazione per gli investimenti ecosostenibili. Ciò diventa particolarmente rilevante se si considera che «when appropriately designed, sustainable finance definitions and taxonomies can bring potential benefits. These include improving market clarity. More precise and consistent definitions of which investments are “green” and “sustainable” could facilitate investment by giving confidence and assurance to investors. Other potential benefits include easier tracking of sustainable finance flows in order to measure them, and/or in order to take a policy action such as setting incentives»⁵³.

Il Regolamento, infatti, sottolinea come «la messa a disposizione di prodotti finanziari che perseguono obiettivi ecosostenibili è un modo efficace di incanalare gli investimenti privati verso le attività sostenibili. I requisiti per commercializzare prodotti finanziari o obbligazioni societarie come investimenti ecosostenibili, inclusi i requisiti posti dagli Stati membri e dall'Unione per consentire ai partecipanti ai mercati finanziari e agli emittenti di usare marchi nazionali, puntano ad aumentare la fiducia degli investitori e a sensibilizzarli maggiormente agli impatti ambientali di tali prodotti finanziari o obbligazioni societarie, creare visibilità e affrontare le preoccupazioni legate alla pratica della «verniciatura verde» (greenwashing)»⁵⁴.

⁴⁷ COM (2021) 390, p. 4.

⁴⁸ COM (2021) 390, p. 5.

⁴⁹ COM (2021) 390, p. 6 ss.

⁵⁰ COM (2021) 390, p. 9 ss.

⁵¹ COM (2021) 390, p. 13 ss.

⁵² COM (2021) 390, p. 21 ss.

⁵³ L'Oecd, *Developing Sustainable Finance Definitions and Taxonomies*, Parigi, 2020, p. 5, che prosegue «taxonomies or definitions (henceforth “taxonomies”) can cover a diverse range of environmental objectives, from climate mitigation to a broader set of environmental objectives (adaptation, water, circular economy, pollution, biodiversity...), and can include social and governance objectives (or not do so). Such environmental and other objectives may be independent or interdependent. For instance, an activity may only qualify on one dimension if it also fulfils criteria relating to other dimensions, such as the “Do no significant harm” condition in the EU Taxonomy. Taxonomies can also have diverse “colours”. For example, they may identify economic activities and/or financial products that are already compliant with environmental objectives (“green” or “dark green”). Additionally, or alternatively, they may identify activities that are on a transition pathway to become green (“transition” or “light green”). There may be a role for “brown taxonomies” as well, i.e. taxonomies identifying activities which are not judged compatible with environmental objectives».

⁵⁴ Considerando 11 del Reg. 2020/852, che specifica che greenwashing «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».

Per far sì che si crei un mercato virtuoso è necessario anzitutto definire criteri uniformi a livello europeo per stabilire se un'attività economica possa essere considerata ecosostenibile; ciò permetterà *«di rimuovere le barriere al funzionamento del mercato interno per quanto riguarda la raccolta dei fondi per i progetti di ecosostenibilità e impedire che emergano in futuro barriere per tali progetti. Grazie a tale armonizzazione sarebbe più facile per gli operatori economici raccogliere oltrefrontiera dei fondi per le loro attività ecosostenibili, poiché le attività economiche potrebbero essere confrontate sulla base di criteri uniformi prima di essere selezionate come attivi sottostanti destinati a investimenti ecosostenibili. Tale armonizzazione agevolerebbe quindi gli investimenti sostenibili transfrontalieri nell'Unione»*⁵⁵.

Attraverso una serie di rimandi a vari articoli contenuti nel suddetto Regolamento si perviene alla definizione di *investimento ecosostenibile* quale *«investimento in una o più attività economiche considerate ecosostenibili»*⁵⁶. Un'attività economica è considerata ecosostenibile in alcuni definiti casi: anzitutto se *«contribuisce in modo sostanziale al raggiungimento di uno o più degli obiettivi ambientali»*⁵⁷ quali *«a) la mitigazione dei cambiamenti climatici; b) l'adattamento ai cambiamenti climatici; c) l'uso sostenibile e la protezione delle acque e delle risorse marine; d) la transizione verso un'economia circolare; e) la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento; f) la protezione e il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi»*⁵⁸; in secondo luogo se *«non arreca un danno significativo a nessuno degli obiettivi ambientali»*⁵⁹; in terzo luogo se *«è svolta nel rispetto delle garanzie minime di salvaguardia previste all'articolo 18»*⁶⁰; infine se *«è conforme ai criteri di vaglio tecnico fissati dalla Commissione ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 3, dell'articolo 11, paragrafo 3, dell'articolo 12, paragrafo 2, dell'articolo 13, paragrafo 2, dell'articolo 14, paragrafo 2, o dell'articolo 15, paragrafo 2»*⁶¹.

Il Regolamento sulla tassonomia diviene rilevante per poter meglio inquadrare la nuova Proposta di Regolamento della Commissione europea relativa agli *European green bonds*, del 7 luglio 2021, che mira a porre *«le basi per un quadro comune di norme relative all'uso della denominazione "obbligazione verde europea" o "EuGB" per le obbligazioni che perseguono obiettivi ecosostenibili»*⁶².

⁵⁵ Considerando 12 del Reg. 2020/852. Il successivo considerando 16 chiarisce che *«una classificazione delle attività economiche ecosostenibili a livello dell'Unione dovrebbe consentire lo sviluppo delle politiche future dell'Unione a sostegno della finanza sostenibile, in particolare di norme a livello dell'Unione per prodotti finanziari ecosostenibili, per pervenire, da ultimo, alla creazione di marchi che riconoscono formalmente la conformità a tali norme in tutta l'Unione. Potrebbe anche fungere da base per altre misure economiche e normative. Requisiti giuridici uniformi volti a stabilire il grado di ecosostenibilità degli investimenti, basati su criteri uniformi di ecosostenibilità delle attività economiche, sono necessari come riferimento per il futuro diritto dell'Unione inteso ad agevolare lo spostamento degli investimenti verso attività economiche ecosostenibili»*.

⁵⁶ Art. 2, comma 1 del Reg. 2020/852.

⁵⁷ Art. 3, comma 1, lett. a, Reg. 2020/852.

⁵⁸ Art. 9 del Reg. 2020/852. Va precisato che l'art. 10 del Regolamento specifica i casi in cui un'attività economica dà un contributo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici; l'art. 11 definisce i casi in cui un'attività economica dà un contributo sostanziale all'adattamento ai cambiamenti climatici; l'art. 12 identifica i casi in cui un'attività economica dà un contributo sostanziale all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine; l'art. 13 si riferisce invece ai casi in cui un'attività economica dà un contributo sostanziale alla transizione verso un'economia circolare, compresi la prevenzione, il riutilizzo e il riciclaggio dei rifiuti; l'art. 14 statuisce i casi in cui un'attività economica dà un contributo sostanziale alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento se contribuisce in modo sostanziale alla protezione dell'ambiente dall'inquinamento mediante specifiche azioni; l'art. 15 specifica i casi in cui un'attività economica dà un contributo sostanziale alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi; infine l'art. 16 stabilisce che *«un'attività economica contribuisce in modo sostanziale a uno o più degli obiettivi ambientali enunciati all'articolo 9 se consente direttamente ad altre attività di apportare un contributo sostanziale a uno o più di tali obiettivi, a condizione che: a) non comporti una dipendenza da attivi che compromettono gli obiettivi ambientali a lungo termine, tenuto conto della vita economica di tali attivi; e b) abbia un significativo impatto positivo per l'ambiente, sulla base di considerazioni relative al ciclo di vita»*.

⁵⁹ Art. 3, comma 1, lett. b, del Reg. 2020/852; l'art. in parola rinvia all'art. 17 per una dettagliata classificazione del danno significativo agli obiettivi ambientali.

⁶⁰ Art. 3, comma 1, lett. c, del Reg. 2020/852.

La definizione di un preciso strumento finanziario denominato *obbligazione verde europea* mira a rendere «più facile per investitori e imprese individuare gli investimenti ecosostenibili e garantire che siano credibili»⁶³, nonché fornisce «un quadro per tutti gli emittenti di obbligazioni verdi, compresi quelli del settore pubblico e privato, nonché le imprese finanziarie e non finanziarie. Il quadro mira altresì ad essere utilizzabile per gli emittenti di obbligazioni garantite e cartolarizzazioni, i cui titoli sono emessi da una società veicolo»⁶⁴.

⁶¹ Art.3, comma 1, lett. d, del Reg. 2020/852; i criteri di vaglio tecnico sono specificati all'art 19. Va precisato che l'art. 20 del Regolamento in parola prevede l'istituzione di una "Piattaforma sulla finanza sostenibile" composta da «a) rappresentanti: i) dell'Agenzia europea dell'ambiente; ii) delle AEV; iii) della Banca europea per gli investimenti e del Fondo europeo per gli investimenti; e iv) dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali; b) esperti che rappresentano pertinenti portatori di interessi del settore privato, compresi i partecipanti ai mercati finanziari e non finanziari e i settori economici, che rappresentano le industrie interessate e soggetti con competenze in materia contabile e di rendicontazione; c) esperti che rappresentano la società civile, compresi soggetti con competenze nel settore ambientale, sociale, del lavoro e della governance; d) esperti nominati a titolo personale, in possesso di conoscenze e di comprovata esperienza nei settori interessati dal presente regolamento; e) esperti che rappresentano il mondo accademico, compresi le università, gli istituti di ricerca e altre organizzazioni scientifiche, compresi soggetti con competenze globali». La Piattaforma (art. 20, comma 2) ha l'obiettivo di «a) fornisce consulenza alla Commissione riguardo ai criteri di vaglio tecnico di cui all'articolo 19 e sull'eventuale necessità di aggiornarli; b) analizza l'impatto dei criteri di vaglio tecnico in termini dei potenziali costi e benefici derivanti dalla loro applicazione; c) assiste la Commissione nell'analisi delle richieste, provenienti dai portatori di interessi, di elaborazione o revisione dei criteri di vaglio tecnico inerenti a una determinata attività economica; d) fornisce consulenza alla Commissione, ove opportuno, sul possibile ruolo della contabilità e delle norme di rendicontazione in materia di sostenibilità nel sostenere l'applicazione dei criteri di vaglio tecnico; e) monitora le tendenze, a livello dell'Unione e degli Stati membri, riguardanti i flussi di capitali diretti verso investimenti sostenibili e ne dà conto periodicamente alla Commissione; f) fornisce consulenza alla Commissione sull'eventuale necessità di sviluppare ulteriori misure volte a migliorare la disponibilità e la qualità dei dati; g) fornisce consulenza alla Commissione sull'utilizzabilità dei criteri di vaglio tecnico, tenendo conto della necessità di evitare indebiti oneri amministrativi; h) fornisce consulenza alla Commissione sull'eventuale necessità di modificare il presente regolamento; i) fornisce consulenza alla Commissione sulla valutazione e lo sviluppo di politiche in materia di finanza sostenibile, anche riguardo a questioni di coerenza delle politiche; j) fornisce consulenza alla Commissione sulla realizzazione di altri obiettivi legati alla sostenibilità, compresi gli obiettivi sociali; k) fornisce consulenza alla Commissione sull'applicazione dell'articolo 18 e sull'eventuale necessità di integrarne le prescrizioni».

⁶² COM (2021) 391, p. 1.

⁶³ COM (2021) 391, p. 1.

⁶⁴ COM (2021) 391, p. 3.

L'emissione di obbligazioni verdi è già presente all'interno del mercato finanziario pur in assenza di un preciso perimetro di riferimento armonizzato⁶⁵; a livello europeo viene infatti stimato che «l'emissione annuale globale di obbligazioni verdi è triplicata rispetto al 2016, attestandosi nel 2019 su valori prossimi a 225 miliardi di EUR»⁶⁶, nonché più recentemente «l'emissione di obbligazioni verdi rimane a una frazione dell'emissione complessiva di obbligazioni, rappresentando circa il 4 % dell'emissione complessiva di obbligazioni societarie nel 2020»⁶⁷. A livello internazionale infatti «green bonds and, in particular, green bond funds (i.e., funds that dominantly hold green bonds in their portfolios) represent an asset class that promises to meet changing investor demands. First and most important, these funds have a dedicated environmental theme, one of the critical elements of ESG considerations. Second, adherence to one of the international standards (e.g., Green Bond Standards, Climate Bond Standards, etc.) and an external review to underpin the green label are inherent characteristics of the underlying assets, making the funds holding them a relatively safe choice for scrupulous investors. Third, the specific use of proceeds, commitments, and impact reports of green bonds lend themselves well to investors who are particularly interested in the positive environmental impacts of their investments»⁶⁸.

La Proposta di Regolamento mira a stabilire «prescrizioni uniformi per gli emittenti di obbligazioni che desiderino utilizzare la denominazione "obbligazione verde europea" o "EuGB" (European green bond) per le obbligazioni ecosostenibili da loro messe a disposizione di investitori nell'Unione, e istituisce un sistema di registrazione e un quadro di vigilanza per i revisori esterni di obbligazioni verdi europee»⁶⁹. Sia emittenti interni all'Unione europea che all'esterno potranno utilizzare la denominazione purché soddisfino i requisiti contenuti nella Proposta di Regolamento. Anzitutto la Proposta di Regolamento pone in diretta connessione le obbligazioni verdi europee con la tassonomia delle attività economiche ecosostenibili stabilendo che i proventi delle obbligazioni verdi europee siano utilizzati per finanziare attività economiche ecosostenibili, come definite nel Regolamento 2020/852⁷⁰.

⁶⁵ Per una ampia analisi in tema di green bond si rinvia a: Y. ANTONIUK - T. LEIRVIK, *Climate Transition Risk and the Impact on Green Bonds*, in *Journal of Risk and Financial Management*, 2021, n. 12; S. FATCA - R. PANZICA, *Green bonds as a tool against climate change?*, in *Business Strategy and the Environment*, 2021, n. 5; M. IMMEL - B. HACHENBERG - F. KIESEL - D. SCHIERECK, *Green bonds: shades of green and brown*, in *Journal of Asset Management*, 2021, n. 2; K. YEOW - S. NG, *The impact of green bonds on corporate environmental and financial performance*, in *Managerial Finance*, 2021, n. 10; F. TAGHIZADEH-HESARY - Y. FARHAD - P. NAUYUKI, *Analyzing the Characteristics of Green Bond Markets to Facilitate Green Finance in the Post-COVID-19 World*, in *Sustainability*, 2021, n. 10; P. DESCHRYVER - F. DE MARIZ, *What Future for the Green Bond Market? How Can Policymakers, Companies, and Investors Unlock the Potential of the Green Bond Market?*, in *Journal of Risk and Financial Management*, 2020, n. 3; H. SUK - D. PARK - S. TIAN, *The price of going green: the role of greenness in green bond markets*, in *Accounting and Finance*, 2020, n. 1. Nel contesto internazionale analizza E. SARTZETAKIS, *Green bonds as an instrument to finance low carbon transition*, in *Economic Change and Restructuring*, 2021, n. 3, p. 776 che «the most important challenge though, is to bridge demand and supply in the green bonds market. That is, it is extremely important to further develop international guidelines and standards, so as to incentivize investing in green bonds, overcoming the lack of historic data and the risks of greenwashing. The benefits of using these international standards should be widely communicated so as to improve awareness and increase participation. Furthermore, external reviews and third-party certification should be promoted in order to improve the green bonds market's transparency and credibility. However, since for the further expansion of the green bonds market it is important that small and medium size entities participate in the market, significant consideration should be placed in reducing costs of green bonds standardization, reporting and reviewing».

⁶⁶ COM (2020) 21, p. 1.

⁶⁷ COM (2021) 391, p. 1.

⁶⁸ G. GYURA, *Green Bonds and Green Bond Funds: The Quest for the Real Impact*, in *The Journal of Alternative Investments*, 2020, n. 1, p. 72.

⁶⁹ Art. 1 della Proposta di Regolamento sugli *European green bonds*.

Fondamentale per l'emissione dell'obbligazione verde è la *scheda informativa* che deve essere compilata dall'emittente prima dell'emissione nonché sottoposta al parere pre-emissione da parte di un revisore esterno⁷¹. La scheda informativa contiene nel dettaglio tutte le informazioni che caratterizzano il prodotto finanziario dedicando in particolare il punto n. 2 all'“Adesione ai requisiti del regolamento sulle obbligazioni verdi europee”; il punto n. 3 alla “Strategie e logica ambientale” (in cui vengono fornite informazioni sulle modalità con cui l'obbligazione si allinea alla strategia ambientale più ampia dell'emittente, nonché sugli obiettivi ambientali di cui all'articolo 9 del regolamento (UE) 2020/852 perseguiti dall'obbligazione), il punto n. 4 invece alla “Assegnazione prevista per i proventi delle obbligazioni” (il punto 4 è disarticolato in 4 sotto sezioni: 4.1. Tempo stimato fino all'assegnazione integrale dei proventi; 4.2 Processo di selezione di progetti verdi e impatto ambientale stimato; 4.3 Progetti verdi ammissibili previsti; 4.4 Proventi non assegnati)⁷².

Il ruolo dei revisori esterni appare centrale sia in fase di pre-emissione, come analizzato, sia in fase di post-emissione poiché è assegnato ad essi il compito di redigere una relazione sull'assegnazione dei proventi.

La Proposta di Regolamento sugli *European green bonds* dedica l'intero Titolo III ai revisori esterni delle obbligazioni verdi europee, definendo condizioni per l'esercizio dell'attività di revisore esterno delle obbligazioni verdi europee⁷³; requisiti organizzativi, processi e documenti di *governance*⁷⁴; modalità di predisposizione della revisione pre-emissione e post-emissione⁷⁵; nonché chiarendo le modalità di prestazione di servizi da parte di revisori esterni di paesi terzi⁷⁶; è ulteriormente stabilito che i revisori esterni sono obbligati ad iscriversi presso apposito registro tenuto dall'European Securities and Markets Authority (ESMA) che provvede all'iscrizione allorquando siano soddisfatti una serie di condizioni⁷⁷.

⁷⁰ Art. 6 della Proposta di Regolamento sugli *European green bonds*. Il considerando n. 9 della Proposta sottolinea che «i proventi delle obbligazioni verdi europee dovrebbero essere utilizzati per finanziare attività economiche che presentano un impatto positivo duraturo sull'ambiente. Tale impatto positivo duraturo può essere ottenuto in diversi modi. Dato che le immobilizzazioni sono attività a lungo termine, una prima modalità consiste nell'utilizzare i proventi di tali obbligazioni verdi europee per finanziare immobilizzazioni materiali o immateriali che non sono attività finanziarie, a condizione che tali immobilizzazioni riguardino attività economiche che soddisfino i criteri previsti per le attività economiche ecosostenibili di cui all'articolo 3 del regolamento (UE) 2020/852 ("criteri di tassonomia"). Dato che le attività finanziarie possono essere utilizzate per finanziare attività economiche aventi un impatto positivo duraturo sull'ambiente, una seconda modalità consiste nell'utilizzare tali proventi per finanziare attività finanziarie, a condizione che i proventi di queste ultime siano destinati ad attività economiche che soddisfano i criteri di tassonomia. Poiché le attività delle famiglie possono anch'esse presentare un impatto positivo a lungo termine sull'ambiente, dette attività finanziarie dovrebbero comprendere anche le attività delle famiglie. Dato che le spese in conto capitale e spese operative selezionate possono essere utilizzate per acquisire, ammodernare o mantenere immobilizzazioni, un terzo modo consiste nell'utilizzare i proventi di tali obbligazioni per finanziare spese in conto capitale e operative relative ad attività economiche che soddisfano i criteri di tassonomia o che soddisfano tali criteri entro un termine ragionevolmente breve dall'emissione dell'obbligazione in questione, prorogabile tuttavia ove debitamente giustificato dalle specificità delle attività economiche e degli investimenti interessati. Per le ragioni di cui sopra, le spese in conto capitale e le spese operative dovrebbero includere anche le spese delle famiglie».

⁷¹ Art. 8 della Proposta di Regolamento sugli *European green bonds*.

⁷² Allegato I alla Proposta di Regolamento sugli *European green bonds*.

⁷³ Titolo III, capo I, della Proposta di Regolamento sugli *European green bonds*.

⁷⁴ Titolo III, capo II della Proposta di Regolamento sugli *European green bonds*.

⁷⁵ Titolo III, capo III della Proposta di Regolamento sugli *European green bonds*.

⁷⁶ Titolo III, capo IV, della Proposta di Regolamento sugli *European green bonds*.

⁷⁷ L'art. 15, comma 1, specifica le informazioni che devono essere contenute nella domanda di registrazione del revisore esterno, mentre l'art. 15, comma 2 della Proposta di Regolamento sugli *European green bonds* chiarisce che «l'ESMA registra un richiedente in qualità di revisore esterno soltanto se sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: (a) l'alta dirigenza del richiedente: i) gode di sufficiente buona reputazione; ii) dispone di competenze sufficienti per assicurare che il richiedente possa svolgere i compiti richiesti ai revisori esterni ai sensi del presente regolamento; iii) dispone di qualifiche professionali sufficienti; iv) ha esperienza in materia di garanzia della qualità, controllo della qualità, svolgimento di revisioni pre e post-emissione, nonché servizi finanziari; (b) il numero di analisti, dipendenti e altre persone coinvolti direttamente in attività di valutazione e il loro livello di esperienza e formazione sono sufficienti per lo svolgimento dei compiti richiesti ai revisori esterni ai sensi del presente regolamento; (c) le disposizioni interne attuate per assicurare il rispetto dei requisiti di cui al capo II della presente sezione sono appropriate ed efficaci».

La Proposta di Regolamento ha sicuramente il merito di disegnare un perimetro di emissione per gli *European green bond* che mira a incrementare la fiducia del risparmiatore in questo particolare mercato finanziario, rimane però da valutare quanto queste forme di investimento siano attrattive per gli emittenti, ovvero quanto siano facilmente identificabili attività economicamente sostenibili alle quali connettere l'emissione degli strumenti finanziari affinché si crei un mercato che possa generare un impatto veramente positivo sull'ambiente⁷⁸.

4. Osservazioni conclusive. La tutela ambientale al centro del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e della libertà d'iniziativa economica.

Il tema del finanziamento connesso ad obiettivi ambientali non può in ultima analisi tralasciare gli ingenti investimenti definiti nei Piani nazionali di Ripresa e Resilienza dagli Stati Membri dell'Unione europea che vanno ad incrementare l'ammontare di risorse disponibili per sostenere una *trasformazione verde* della società e delle imprese⁷⁹.

Il Regolamento 2021/241, del 12 febbraio 2021, che istituisce il *Recovery and Resilience Facility* (il Dispositivo) chiaramente identifica nella *Transizione verde* uno dei sei Pilastri su cui si poggia⁸⁰, considerando proprio come «*la transizione verde dovrebbe essere sostenuta da riforme e investimenti in tecnologie e capacità verdi, tra cui la biodiversità, l'efficienza energetica, la ristrutturazione degli edifici e l'economia circolare, contribuendo al tempo stesso al raggiungimento degli obiettivi climatici dell'Unione, promuovendo la crescita sostenibile, creando posti di lavoro e preservando la sicurezza energetica*»⁸¹.

⁷⁸ Analizza L. PHAM, *Frequency connectedness and cross-quantile dependence between green bond and green equity markets*, in *Energy Economics*, 2021, n. 1, p. 2 che «*a growing literature examines the relationship between green bonds and other markets. Specifically, several studies have examined whether there is a premium on green bonds. Zerbib (2019) shows that investors' pro-environmental preferences have insignificant impact on bond prices and that green bonds earn on average two basis points less than similar conventional bonds. In contrast, Baker et al. (2018) study the U.S. green bond market and find a premium of municipal green bonds over other bonds of similar characteristics and the premium is larger for green bonds that are externally certified. Bachelet et al. (2019) find that green bonds issued by institutional investors are more liquid than their non-green counterparts. Another theme in this literature explores the dependence between green bond and other factors, such as movements in other assets or investor attention. Pham (2016) documents the relationship between green and conventional bonds and finds evidence of volatility clustering in these markets. Reboredo (2018) studies the tail dependence between green bond and the general stock, energy and bond markets and finds that green bond can be an effective diversification tool for stock and energy markets. Reboredo and Ugolini (2020) analyze the connectedness between green bond and other assets and find that green bond is under significant influences from the corporate and Treasury bond markets. Broadstock and Cheng (2019) and Pham and Huynh (2020) investigate the role of investor attention on green bond market performance. Both of the above strands of literature have extensively explored the interdependence of green bond and green equity on conventional assets, for example, stock, bond, energy commodities. However, the relationship between green bond and green equity has largely been unexplored. As the transition to a low-carbon economy requires substantial financial resources towards environmentally friendly activities and since the market for sustainable finance has experienced fast growth in both scope and depth in recent years, understanding how different environmentally friendly assets influence one another will be a relevant concern for pro-environmental investors and policymakers*».

⁷⁹ Sottolinea P. CUCUMILE, *Il "Green Deal" europeo*, in *Ambientediritto.it*, 2021, n. 1, che «*sull'attuazione del Green Deal europeo e sulle risorse finanziarie destinate a realizzarlo ha inciso la crisi pandemica e la correlata necessità dell'Unione europea di predisporre un piano di ripresa dell'economia europea per far fronte ai danni economici e sociali causati dall'epidemia. A tal riguardo, il Piano Next Generation E.U. e il Quadro finanziario pluriennale (QFP) 2021-2027 sono gli strumenti destinati sui quali è stato raggiunto un accordo in sede di Consiglio europeo nella riunione del 17-21 luglio scorso. Si tratta di un pacchetto articolato di 1.824,3 B€ che combina le risorse del QFP 2021-2027, pari a 1.074,3 B€, con le risorse del Recovery Fund. In base all'accordo, la Commissione sarà in grado di contrarre prestiti sui mercati fino a 750 B€. Le risorse del programma Next generation E.U. saranno destinate a sette programmi distinti: dispositivo per la ripresa e la resilienza (Resilience and Recovery Fund - RRF), REACT-EU, Orizzonte Europa, InvestEU, Sviluppo rurale, Fondo per una transizione giusta (JTF) e RescEU: del totale, 390 miliardi di euro del pacchetto saranno distribuiti sotto forma di sovvenzioni agli Stati membri e 360 miliardi di euro sotto forma di prestiti*» (p. 5).

Il Regolamento si prefigge un obiettivo generale che si concentra sul futuro dell'Europa mirando a «promuovere la coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione migliorando la resilienza, la preparazione alle crisi, la capacità di aggiustamento e il potenziale di crescita degli Stati membri, attenuando l'impatto sociale ed economico di detta crisi, in particolare sulle donne, contribuendo all'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali, sostenendo la transizione verde, contribuendo al raggiungimento degli obiettivi climatici dell'Unione per il 2030 stabiliti nell'articolo 2, punto 11, del regolamento (UE) 2018/1999, nonché al raggiungimento dell'obiettivo della neutralità climatica dell'UE entro il 2050 e della transizione digitale, contribuendo in tal modo alla convergenza economica e sociale verso l'alto, a ripristinare e a promuovere la crescita sostenibile e l'integrazione delle economie dell'Unione e a incentivare la creazione di posti di lavoro di alta qualità, nonché contribuendo all'autonomia strategica dell'Unione unitamente a un'economia aperta, e generando un valore aggiunto europeo»⁸². In attuazione di quanto disposto dal Regolamento gli Stati membri devono elaborare i propri Piani nazionali definendo un programma sia di riforme che di investimenti, comprendendo «misure per l'attuazione di riforme e investimenti pubblici, strutturati in un pacchetto completo e coerente, che può anche includere regimi pubblici finalizzati a incentivare gli investimenti privati»⁸³.

Nella definizione dei Piani nazionali di Ripresa e Resilienza che i singoli Stati membri hanno sottoposto alla Commissione europea la trasformazione ambientale doveva essere declinata nel dettaglio, e doveva essere motivata e giustificata in modo che «il piano per la ripresa e la resilienza garantisce che nessuna misura per l'attuazione delle riforme e degli investimenti in esso inclusi arrechi un danno significativo agli obiettivi ambientali ai sensi dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2020/852 (principio «non arrecare un danno significativo»)»⁸⁴; nonché il 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; la metodologia è utilizzata di conseguenza per le misure che non possono essere direttamente assegnate a un campo d'intervento elencato nell'allegato VI; i coefficienti di sostegno per gli obiettivi climatici possono essere aumentati fino a un totale del 3 % delle assegnazioni del piano per la ripresa e la resilienza per i singoli investimenti al fine di tenere conto delle misure di riforma correlate che ne aumentano credibilmente l'impatto sugli obiettivi climatici, come illustrato nel piano per la ripresa e la resilienza»⁸⁵. Con specifico riferimento all'Italia l'emanazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, nel definire le 6 missioni fondamentali non manca di dedicarne una specifica, la n. 2, intitolata «Rivoluzione verde e transizione ecologica», con un ammontare di risorse destinate pari a 59,46 miliardi di euro⁸⁶.

⁸⁰ L'art. 3 del Reg. 2021/241 stabilisce che «l'ambito di applicazione del dispositivo fa riferimento alle aree di intervento di pertinenza europea strutturate in sei pilastri: a) transizione verde; b) trasformazione digitale; c) crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, che comprenda coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione, e un mercato interno ben funzionante con PMI forti; d) coesione sociale e territoriale; e) salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, al fine, fra l'altro, di rafforzare la capacità di risposta alle crisi e la preparazione alle crisi; e f) politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani, come l'istruzione e le competenze». Pare opportuno ricordare che l'art. 16 del Regolamento in parola specifica che entro il 31 luglio 2021 la Commissione dovrà presentare una relazione di riesame al Parlamento europeo ed al Consiglio nella quale dovrà essere compresa «una valutazione quantitativa del contributo dei piani per la ripresa e la resilienza al raggiungimento dei seguenti obiettivi: i) l'obiettivo climatico per almeno il 37 %; ii) l'obiettivo digitale per almeno il 20%; iii) ciascuno dei sei pilastri di cui all'articolo» (art. 16, comma 2, lett. b).

⁸¹ Considerando 11 del Regolamento 2021/241.

⁸² Art. 4, comma 1 del Regolamento 2021/241.

⁸³ Art. 17, comma 1 del Regolamento 2021/241.

⁸⁴ Art. 17, comma 4, lettera d, del Regolamento 2021/241.

Tale missione ha il generale fine di realizzare «la transizione verde ed ecologica della società e dell'economia per rendere il sistema sostenibile e garantire la sua competitività. Comprende interventi per l'agricoltura sostenibile e per migliorare la capacità di gestione dei rifiuti; programmi di investimento e ricerca per le fonti di energia rinnovabili; investimenti per lo sviluppo delle principali filiere industriali della transizione ecologica e la mobilità sostenibile. Prevede inoltre azioni per l'efficientamento del patrimonio immobiliare pubblico e privato; e iniziative per il contrasto al dissesto idrogeologico, per salvaguardare e promuovere la biodiversità del territorio, e per garantire la sicurezza dell'approvvigionamento e la gestione sostenibile ed efficiente delle risorse idriche»⁸⁷.

Le 4 Componenti della missione *Rivoluzione verde e transizione ecologica* permettono di comprendere più nel dettaglio quali sono i settori nei quali si intende maggiormente incidere: la componente 1 è dedicata alla “Agricoltura sostenibile ed Economia circolare”, la componente 2 all’“Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile”, la componente 3 all’“Efficienza energetica e riqualificazione degli edifici”, infine, la componente 4 alla “Tutela del territorio e della risorsa idrica”⁸⁸; ognuna delle componenti è disarticolata in diversi ambiti di intervento ed azioni cui è associata una specifica dotazione finanziaria⁸⁹.

Come si ha avuto modo di evidenziare in questo studio il tema della tutela ambientale appare declinato in una serie articolata e poliedrica di settori di intervento che divengono fondamentali per identificare un'azione pubblica inclusiva e sostenibile.

Il tema della tutela ambientale appare sempre più centrale e strategico nella definizione delle politiche di crescita economica sia a livello europeo, sia a livello nazionale, come dimostra altresì la recente modifica della nostra Carta Costituzionale degli artt. 9 e 41.

Tale modifica relativamente all'art. 9, parte dei Principi Fondamentali della Costituzione, ha esplicitamente inserito la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni, all'interno del comma 3, ove già era prevista la tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico della Nazione.

⁸⁵ Art. 17, comma 4, lettera e, del Regolamento 2021/241. Sul punto si rinvia all'analisi proposta da S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia Domani»*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'ambiente*, 2021, n. 1, p. 201 ss. La rilevanza che il Piano nazionale di Ripresa e Resilienza riveste è analizzata da diverse prospettive, *ex multis*, si rinvia a: S. BIANCARDI, *L'intervento sostitutivo nel 'decreto Semplificazioni II', per l'esecuzione dei contratti pubblici legati ai finanziamenti PNRR e PNC*, in *Appalti e Contratti*, 2021, n. 10; L. CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica all'attuazione del piano nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, in *www.AmbienteDiritto.it*, 2021, n. 2; M. CHITI, *La burocrazia tra nomorrea e anomia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, n. 3; F. CONTE, *L'evoluzione dei principi contabili nazionali nella prospettiva di riforma del Piano Nazionale Ripresa e Resilienza - PNRR*, in *federalismi.it*, 2021, n. 20; A. DIDONE, *Il processo esecutivo nel prisma degli obiettivi del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2021, n. 2; L. FIORENTINO, *Il piano di ripresa e il Sud*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, n. 2; M. C. MANCA, *Le linee d'intervento e le missioni nel PNRR "Piano nazionale di ripresa e resilienza"*, in *Finanza e tributi locali*, 2021, n. 7; R. MOSCATI, *L'università nel PNRR*, in *Il Mulino*, 2021, n. 3; M. PIANTA, *La politica industriale al tempo del PNRR*, in *Il Mulino*, 2021, n. 2; G. RIVOSECCHI, *Il cambiamento climatico e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR): un'introduzione al tema*, in *Diritto e società*, 2021, n. 2; S. STAIANO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *federalismi.it*, 2021, n. 14; V. TEVERE, *Il regolamento europeo "Next generation EU": una nuova sfida per l'Unione Europea*, in *Lo Stato Civile Italiano*, 2021, n. 3.

⁸⁶ P. 120 del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza, Italia Domani.

⁸⁷ P. 16 del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza, Italia Domani.

⁸⁸ Per una disamina dettagliata degli ambiti di intervento, delle azioni e delle dotazioni finanziarie si rinvia all'interno del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza a p. 119 ss. per la componente 1, a p. 125 ss. per la componente 2, a p. 139 ss. per la componente 3; ed a p. 143 ss. per la componente 4.

⁸⁹ P. 123 ss. del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza, Italia Domani. Pare anche opportuno ricordare che con d. l. del 6 maggio 2021, n. 59, “Misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti”, convertito con modificazioni dalla l. 1° luglio 2021, n. 10, è stato approvato il *Il Piano Nazionale degli investimenti complementari* finalizzato «ad integrare con risorse nazionali gli interventi del Piano nazionale di ripresa e resilienza per complessivi 30.622,46 milioni di euro per gli anni dal 2021 al 2026» (art. 1, comma 1).

La seconda modifica riguarda, invece, l'art. 41 della nostra Carta Costituzionale, il cui testo novellato prevede ora al secondo comma che l'iniziativa economica non possa svolgersi in danno alla salute e all'ambiente, ampliando così i limiti precedentemente previsti che richiamavano, come noto, unicamente la sicurezza, la libertà e la dignità umana. Inoltre, il terzo comma del medesimo art. 41 novellato stabilisce che ogni attività economica debba essere indirizzata e coordinata non solo a fini sociali, ma anche a fini ambientali⁹⁰.

La novella costituzionale pone al più alto livello dei Principi Costituzionali la rilevanza assunta oggi dalla tematica ambientale rendendo così vincolanti, anche a livello nazionale, i fini di tutela ambientale necessari per uno sviluppo realmente sostenibile oramai consolidati a livello internazionale ed europeo.

⁹⁰ Il rinvio è per tutti a G. LEMME, *L'art. 41 Cost. e il multiforme concetto di "utilità sociale"*, in G. LEMME (a cura di), *Diritto ed economia del mercato*, Milano, 2021.

L'ECONOMIA CIRCOLARE NEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA*

Viviana Molaschi

Abstract: Lo scritto è dedicato al ruolo giocato dall'economia circolare, pilastro del "futuro sostenibile" del nostro Paese, nel Piano nazionale di ripresa e resilienza. Inquadrato tale modello di sviluppo nel contesto dei rapporti tra economia ed ecologia, di cui la dottrina evidenzia la comune radice etimologica, il contributo offre una panoramica delle principali previsioni in materia recate dal Piano. Si evidenziano alcune criticità sia dal punto di vista del metodo di elaborazione del Piano che da quello dei suoi contenuti. Sul piano metodologico, si pensi alla carente partecipazione pubblica, aspetto particolarmente problematico quando a venire in considerazione sono le questioni ambientali. Sul piano delle misure, si può osservare la sostanziale riduzione dell'economia circolare al tema rifiuti, soprattutto per quanto attiene alla dotazione impiantistica deputata alla relativa gestione.

This paper is devoted to the role played by circular economy, pillar of the "sustainable future" of our Country, in the National Recovery and Resilience Plan. After having framed this development model within the relationship between economy and ecology, which have a common etymological root, the article gives an overview of the main provisions of the Plan. The paper highlights some criticalities: as to the method of elaboration of the Plan, a lack of public participation, which, as to the environmental field, is particularly problematic; as to the contents, a strict conception of circular economy, which essentially consists of interventions regarding waste treatment plants.

SOMMARIO: **1.** Verso la convergenza di ecologia ed economia. Lo sviluppo dell'economia circolare. - **2.** Alcuni elementi di contesto: economia circolare e lotta ai cambiamenti climatici. - **3.** L'economia circolare nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. - **4.** Osservazioni di metodo e contenuto. Partecipazione ed economia circolare.

1. Verso la convergenza di ecologia ed economia. Lo sviluppo dell'economia circolare.

Come evidenziato da importanti studi in materia di diritto dell'ambiente, ecologia ed economia hanno la stessa radice¹. Soprattutto negli ultimi anni all'antagonismo che a lungo ne ha connotato i rapporti - l'economia vista come nemica dell'ambiente; la tutela dell'ambiente concepita come un ostacolo all'economia - si sta sostituendo la consapevolezza che condividere una "casa" comune non possa che portare a un percorso di "riconciliazione"².

Tale riconciliazione, d'altra parte, è consustanziale allo stesso sviluppo sostenibile³.

¹* Questo contributo è destinato agli Scritti in onore di Maria Immordino.

V. R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, a cura di R. FERRARA-C.E. GALLO, vol. I del *Trattato di diritto dell'ambiente* diretto da R. FERRARA-M.A. SANDULLI, Milano, 2014, 34.

² La necessità, fondata sulla natura stessa delle cose, di «conciliare e coniugare, là ove possibile e nei limiti di ciò che appaia realisticamente praticabile, economia ed ecologia» è evidenziata da R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2021, 14-15.

Varie sono state le tappe di questa progressiva convergenza, che qui si possono solo brevemente accennare.

Semplificando, si potrebbe dire che in una prima fase si sono avuti singoli momenti di incontro, occasioni di reciproca “convenienza”. Soprattutto a causa delle rigidità e dei limiti dell’approccio di *command and control*, si sono diffusi strumenti *market based*, che perseguono obiettivi di protezione ambientale utilizzando le dinamiche del mercato⁴.

Un primo ordine di interventi le modifica, correggendole e orientandole in direzione *green*. Si punta a conseguire una miglior tutela dell’ambiente premiando e incentivando comportamenti virtuosi di imprenditori e consumatori e, contemporaneamente, disincentivando quelli dannosi. Si pensi alla tassazione delle emissioni inquinanti o, per citare un esempio recente e non poco osteggiato, a quella di imballaggi e contenitori di plastica monouso. Un altro tipo di strumento è rappresentato dalle detrazioni fiscali per la riqualificazione energetica degli edifici. Rientrano nei *market based tools* i sistemi di certificazione ed etichettatura quali, rispettivamente, *Emas* ed *Ecolabel* nonché il *green public procurement*.

Una diversa tipologia di azione, invece, non opera su mercati preesistenti, ma ne crea artificialmente di nuovi. Risponde a questa logica l’*emission trading system*, inaugurato dal Protocollo di Kyoto con la finalità di ridurre le emissioni inquinanti nell’atmosfera.

Vi sono poi modelli economici innovativi che hanno grandi potenzialità in termini di sostenibilità. È il caso della *sharing economy*, in relazione alla quale si parla anche di economia collaborativa⁵.

La condivisione incrementa il grado di utilizzo dei beni, specialmente di quelli maggiormente suscettibili di riuso, allungandone il ciclo di vita. Sono noti i benefici ambientali della *mobility sharing* (*car sharing*, *car pooling*, ecc.).

Si tratta quindi di un tipo di economia che si presta a ridurre gli impatti sull’ambiente e a preservare le risorse per le generazioni presenti e future⁶.

Il progresso più significativo nei rapporti tra ecologia ed economia risiede nell’evoluzione dall’utilizzo di singoli strumenti di mercato in funzione di protezione dell’ambiente oppure, in senso più generale, dalla curvatura di alcuni processi economici in chiave di sostenibilità allo sviluppo di un modello economico - quello dell’economia circolare⁷ - in cui la tutela ambientale è finalità, elemento costitutivo e fattore di conformazione.

L’economia circolare costituisce una via alternativa al paradigma di crescita lineare, rivelatosi insostenibile.

³ In tal senso v. C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all’economia circolare*, in *Dir. amm.*, 2020, 847. Sul concetto di sviluppo sostenibile v., per tutti, F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell’altro tra protezione dell’ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

⁴ Per una panoramica degli strumenti di mercato a tutela dell’ambiente v. F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell’ambiente*, Napoli, 2013, 60 ss.

⁵ Fondamentali gli scritti di R. BOTSMAN, secondo cui la *sharing economy* è «an economic system that unlocks the value of underused assets through platforms that match “needs” with “haves” in ways that create greater efficiency and access»: v. Id., *Who Can You Trust?: How Technology Brought Us Together - and Why It Could Drive Us Apart*, Londra, 2018. In tema v. altresì R. BOTSMAN-R. ROGERS, *What’s mine is yours*, Londra, 2010. Più in generale, sulle tendenze in atto verso il nuovo paradigma della condivisione v. *L’età della condivisione. La collaborazione tra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, a cura di G. ARENA-C. IAIONE, 2017.

⁶ Per una lettura dell’apporto offerto dall’economia della condivisione alla promozione dello sviluppo sostenibile nella peculiare prospettiva del c.d. “diritto alla città” o alla “co-città” sia consentito rinviare a V. MOLASCHI, *Economia collaborativa e beni comuni: analogie, differenze e intersezioni nella prospettiva di uno sviluppo urbano sostenibile*, in Aa.Vv., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, vol. III, 3369 ss. e in *Dir. economia*, 2020, 345 ss.

⁷ In tema v., *ex multis*, M. COCCONI, *La regolazione dell’economia circolare*, Milano, 2020; ID., *Un diritto per l’economia circolare*, in *Dir. economia*, 3/2019, 159 ss.; P. LOMBARDI, *Il Patto mondiale per l’ambiente tra economia circolare e discipline di settore*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2019, 350 ss. Degna di nota è l’opera collettanea *Studi in materia di economia circolare*, a cura di F. DE LEONARDIS, Macerata, 2019, nell’ambito della quale si segnalano, per quanto qui rileva, i contributi di F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell’economia circolare*, 16 ss. e di R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l’economia circolare e il diritto dell’ambiente*, 39 ss., pubblicato altresì in *Il Piemonte delle Autonomie*, 3/2018, <https://www.piemonteautonomie.it/> (ultimo accesso: 2 dicembre 2021). In argomento v. altresì F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163 ss.

Quest'ultimo, riassumibile nella sequenza "estrazione, produzione, consumo, smaltimento", si basa sull'idea, dimostratasi fideistica e fallace, dell'illimitatezza delle risorse del Pianeta e dell'inesauribilità della sua capacità di assorbimento degli "scarti". L'economia circolare propone un diverso modello rigenerativo, in cui l'economia sia in grado di rigenerare se stessa.

La finalità ultima è quella di non avere alcun rifiuto (*zero waste*): «tutte le attività, a partire dall'estrazione e dalla produzione, sono strutturate in modo tale che i rifiuti di qualcuno diventino risorse per qualcun altro»⁸. Come efficacemente affermato, l'economia circolare ricomprende, con uno sguardo olistico, «l'intero processo industriale di progettazione e di produzione dei beni e i profili sociali e formativi a questo connessi»⁹.

Gli ambiti intercettati vanno oltre la gestione dei rifiuti, che per primi sono stati interessati da questo nuovo paradigma economico¹⁰. L'economia circolare abbraccia settori che spaziano dall'*eco-design* agli appalti verdi, per arrivare alle energie rinnovabili, ecc. La stessa *sharing economy*, basata sulla condivisione, può esserne un significativo volano.

L'economia circolare, quindi, riconduce a sistema tutta una serie di interventi, alcuni dei quali, come si è visto, hanno già contrassegnato la "storia" dei rapporti tra economia e ambiente. Inoltre, non è solo una questione di cambiamento dei modelli di produzione e di consumo, ma comporta profondi mutamenti sociali e culturali, che investono istituzioni e cittadini.

Per il suo approccio multidimensionale e trasversale l'economia circolare si salda con il principio di integrazione, secondo cui le esigenze relative alla protezione dell'ambiente debbono essere integrate tanto nella definizione quanto nell'attuazione di tutte le altre politiche e azioni dell'Unione Europea, nella prospettiva dello sviluppo sostenibile¹¹. Lo stesso principio di integrazione è stato indicato in dottrina come uno «strumento di riconciliazione» con specifico riferimento al rapporto tra ambiente ed attività industriali¹².

La coscienza dell'interdipendenza tra economia ed ambiente e la fiducia nelle sue potenzialità in termini di crescita e occupazione permeano il *Next Generation Eu* (NGEU)¹³, che, ponendosi in continuità con il *Green Deal* europeo¹⁴, ha individuato nella transizione ecologica uno dei pilastri della ricostruzione dell'Europa devastata dalla pandemia da Covid 19. Il perseguimento di tale obiettivo non può prescindere, proprio per il suo valore e impatto sistemico, dall'evoluzione verso un'economia circolare.

Pur nella consapevolezza del carattere preliminare che, in questa fase, ha necessariamente qualsiasi riflessione, può essere di interesse cominciare ad interrogarsi su quale sia il ruolo di tale modello di sviluppo prefigurato dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) italiano recentemente approvato¹⁵, impegno finanziario senza precedenti da cui dipenderà il «futuro sostenibile» del nostro Paese¹⁶.

⁸ Così R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, cit., 3, che riprende la nota definizione della Ellen MacArthur Foundation. Per approfondimenti v. il sito della Fondazione: <https://ellenmacarthurfoundation.org/>.

⁹ Così M. COCCONI, *Un diritto per l'economia circolare*, cit., 159.

¹⁰ Il passaggio dal *focus* sui rifiuti al *focus* sul sistema è sottolineato, tra gli altri, da F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell'economia circolare*, cit., 6 ss.

¹¹ Sul «carattere trasversale» del principio di integrazione v. M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, 1-2, 73. Su tale principio v. altresì, *ex multis*, R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, cit.; M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 467 ss. Per una panoramica degli ambiti di applicazione del principio di integrazione, visto anche nei suoi rapporti con l'economia circolare v. C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, cit., in partic. 871 ss.

¹² In questi termini v. C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, cit., 843 ss.

¹³ V. la Comunicazione della Commissione COM(2020) 456 final: «Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione».

¹⁴ V. la Comunicazione della Commissione europea sul *Green Deal* europeo dell'11 dicembre 2019, COM(2019) 640 final.

¹⁵ Il PNRR dell'Italia è stato definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio 10160/2021, che ha recepito la proposta di decisione della Commissione europea, COM(2021) 344 final del 22 giugno 2021.

¹⁶ La declinazione del concetto di sviluppo sostenibile quale «futuro sostenibile» si deve a R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, cit., 33.

2. Alcuni elementi di contesto: economia circolare e lotta ai cambiamenti climatici.

Prima di addentrarsi nell'analisi delle previsioni del PNRR in tema di economia circolare può essere di utilità tratteggiare il quadro in cui esse si inseriscono, anche per valutarne la coerenza con la precedente traiettoria di sviluppo.

Il primo riferimento è senz'altro rappresentato dal *Green Deal* europeo, che si colloca nella strategia della Commissione europea per attuare l'Agenda 2030 recante gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite, primo fra tutti quello del contrasto ai cambiamenti climatici (obiettivo 13).

Giova al riguardo ricordare che l'Accordo di Parigi, adottato alla COP 21 del 2015, ha individuato quale obiettivo di lungo termine il contenimento del riscaldamento globale ben al di sotto dei 2° C rispetto ai livelli pre-industriali, puntando però a ridurlo a 1,5° C. Il proseguimento degli sforzi a limitare l'incremento a 1,5° C è stato genericamente riaffermato dal recente "Patto sul clima", approvato il 13 novembre 2021 a Glasgow (COP 26), invero senza compiere gli sperati passi avanti rispetto all'obiettivo precedente.

Scopo del *Green Deal* è «trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse». Con il *Green Deal* il futuro sociale ed economico dell'Unione si lega a finalità di tutela ambientale e, in particolare, climatica¹⁷.

I traguardi dell'UE in materia, peraltro, sono divenuti sempre più ambiziosi con la c.d. "legge europea sul clima"¹⁸, che ha dato forma giuridica agli impegni politici del *Green Deal*. Con tale regolamento si è stabilito che entro il 2030 l'Unione debba conseguire una riduzione interna netta delle emissioni di gas a effetto serra pari ad almeno il 55 % rispetto ai livelli del 1990. Si tratta di un rilevante progresso rispetto alla percentuale del 40% individuata nel 2014 dal precedente «Quadro Clima-Energia 2030»¹⁹. Nel luglio 2021 la Commissione ha presentato il pacchetto climatico «Fit for 55» per consentire all'UE di raggiungere tale *target*²⁰.

All'obiettivo della neutralità climatica il *Green Deal* accompagna quello, coessenziale, di realizzare una crescita economica disgiunta dall'utilizzo delle risorse. Il che chiama in causa la transizione verso un'economia circolare, che il *Green Deal* si propone di sostenere e accelerare.

Nel nuovo Piano d'azione per l'economia circolare del 2020²¹ la circolarità è vista come un elemento fondamentale per il contrasto ai cambiamenti climatici. A questo riguardo il Piano ricorda che l'estrazione e la trasformazione delle risorse sono all'origine della metà delle emissioni totali di gas a effetto serra e di oltre il 90% della perdita di biodiversità, nonché dello stress idrico. Nello stesso ordine di idee si pone la contemporanea nuova Strategia industriale europea²², aggiornata nel 2021 alla luce delle conseguenze della crisi pandemica da Covid 19²³, la quale, egualmente, ha tra i propri obiettivi il passaggio da un'economia lineare a un'economia circolare.

¹⁷ In tal senso v. già, in precedenza, la Comunicazione della Commissione COM(2018) 773 final: «Un pianeta pulito per tutti-Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra».

¹⁸ Trattasi del 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»).

¹⁹ V. la Comunicazione della Commissione COM(2014) 15 final: «Quadro per le politiche dell'energia e del clima per il periodo dal 2020 al 2030».

²⁰ V. la Comunicazione della Commissione del 14 luglio 2021, COM(2021) 550 final, «Pronti per il 55 %: realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica».

²¹ V. la Comunicazione della Commissione dell'11 marzo 2020, COM(2020) 98 final: «Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva».

²² V. la Comunicazione della Commissione del 10 marzo 2020: COM(2020) 102 final: «Una nuova strategia industriale per l'Europa».

²³ V. la Comunicazione della Commissione del 5 maggio 2021, COM(2021) 350 final: «Aggiornamento della nuova strategia industriale 2020: costruire un mercato unico più forte per la ripresa dell'Europa».

In virtù di questa forte spinta verso la circolarità, in Italia, nel corso del 2020, sono entrati in vigore i decreti legislativi di recepimento delle direttive europee del secondo “pacchetto” sull’economia circolare²⁴.

Il *Green Deal*, come anticipato, è divenuto anche un’opportunità per ricostruire l’Europa travolta dalla pandemia da Covid 19: il programma *Next Generation EU* e, in particolare, il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza (*Recovery and Resilience Facility* - RRF)²⁵, individuano in esso «la strategia di crescita dell’Europa».

La transizione verde ne è uno degli assi portanti²⁶. Il sostegno a tale transizione e il contributo alla biodiversità devono guidare anche i Piani nazionali per la Ripresa e la Resilienza, impegnandone almeno il 37 per cento delle risorse²⁷. Tale evoluzione deve essere sostenuta da riforme e investimenti in tecnologie e capacità verdi, tra i quali quelle correlate all’economia circolare²⁸. Quest’ultima, oltre a contribuire alla lotta al cambiamento climatico, rappresenta un’opportunità per rafforzare la resilienza dell’UE al problema, ormai globale, dell’approvvigionamento delle risorse, diminuendone la dipendenza da fornitori esterni. Essa può costituire altresì un motore per l’occupazione: il *Next Generation EU* stima che proprio l’investimento in un’economia più circolare renda possibile la creazione di almeno 700.000 posti di lavoro.

3. L’economia circolare nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano fa del contrasto ai cambiamenti climatici una delle sue principali sfide, cui dedicare il 40 per cento delle risorse.

Per comprendere il ruolo che in esso gioca l’economia circolare, qui oggetto di analisi, occorre guardare alla Missione 2, dedicata a «Rivoluzione verde e Transizione ecologica»²⁹, nell’ambito della quale è presente una specifica Componente, la n. 1, relativa ad «Agricoltura sostenibile ed Economia circolare»³⁰. Riferimenti all’economia circolare sono peraltro presenti anche in altre Componenti della stessa Missione 2: ad esempio nell’ambito della Componente 2, che si occupa di energia, viene sostenuto il ricorso al biometano, nodale per il raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione europei.

²⁴ Cfr. l’emanazione dei seguenti decreti legislativi: d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116, recante «Attuazione della direttiva (UE) 2018/851 che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti e attuazione della direttiva (UE) 2018/852 che modifica la direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio»; d.lgs. 3 settembre 2020, n. 118, recante «Attuazione degli articoli 2 e 3 della direttiva (UE) 2018/849, che modificano le direttive 2006/66/CE relative a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori e 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche»; d.lgs. 3 settembre 2020, n. 119, recante «Attuazione dell’articolo 1 della direttiva (UE) 2018/849, che modifica la direttiva 2000/53/CE relativa ai veicoli fuori uso»; d.lgs. 3 settembre 2020, n. 121, recante «Attuazione della direttiva (UE) 2018/850, che modifica la direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti».

²⁵ V. il regolamento UE 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza (*Recovery and Resilience Facility* - RRF). Il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza è, per quantità di risorse allocate, il maggiore tra i programmi finanziati da NGEU. La sua dotazione è stata fissata in sede di Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 in 672,5 miliardi di euro, 360 dei quali destinati a prestiti e 312,5 a sovvenzioni.

²⁶ L’art. 3 del regolamento UE 2021/241 cit. riconduce le aree di intervento finanziabili a sei pilastri: 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.

²⁷ V. il Considerando n. 23 e l’art. 16.

²⁸ V. il Considerando n. 11.

²⁹ Per una disamina dei contenuti di tale Missione v. S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* «Italia Domani», in *Riv. quadr. dir. amb.*, <https://www.rqda.eu/>, 1/2021, 198 ss.

³⁰ Il PNRR si articola in 6 Missioni: 1) Digitalizzazione, Innovazione, Competitività, Cultura, 2) Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica, 3) Infrastrutture per una Mobilità Sostenibile, 4) Istruzione e Ricerca, 5) Inclusione e Coesione, 6) Salute. Le 6 Missioni sono a loro volta suddivise in 16 Componenti, funzionali a realizzare gli obiettivi economico-sociali definiti nella strategia del Governo. Le Componenti, a loro volta, si articolano in 43 ambiti di intervento per progetti omogenei e coerenti.

Il fulcro degli investimenti per la circolarità è rappresentato senz'altro dai rifiuti, prevedendosi sia la realizzazione di nuovi impianti di gestione che l'ammodernamento di quelli esistenti. Tali interventi si prefiggono il miglioramento della rete di raccolta differenziata dei rifiuti urbani, la realizzazione di nuovi impianti di trattamento/riciclaggio e la costruzione di impianti innovativi per particolari flussi.

Poiché in Italia le carenze nella dotazione impiantistica e i più bassi *standard* qualitativi sono ravvisabili soprattutto nel Centro-Sud è proprio nei Comuni di tali aree che si concentrano gli investimenti, allo scopo di colmare i divari esistenti. Così operando, ci si propone di recuperare i ritardi rispetto agli obiettivi di raccolta, riuso e recupero previsti dalla normativa europea ed interna.

Risorse decisamente meno rilevanti sono destinate, in forma di prestiti da assegnare tramite procedure di evidenza pubblica, ai c.d. progetti "faro" di economia circolare. Si tratta di progetti volti a promuovere tecnologie e processi ad alto contenuto innovativo per incentivare il riciclo dei rifiuti provenienti da filiere strategiche, individuate dallo stesso Piano d'azione europeo sull'economia circolare del 2020, quali le apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE, inclusi pannelli fotovoltaici e pale eoliche), l'industria della carta e del cartone, il tessile, le plastiche. Anche in questi ambiti l'Italia è ben lontana dai *target* europei: se si prendono ad esempio i rifiuti plastici, si può osservare come più della metà di essi, anziché essere riciclata, venga usata per il recupero energetico o semplicemente finisca in discarica³¹. Fanno parte degli interventi in materia di economia circolare anche gli investimenti, sempre in prestiti, per le c.d. Isole Verdi: diciannove piccole isole diverranno "laboratori" per lo sviluppo di modelli "100 per cento *green*" e autosufficienti.

Sulla scorta di una filosofia analoga sono previsti prestiti anche per favorire la nascita e la crescita nei territori rurali e di montagna di *Green communities*. Il progetto risponde all'esigenza di implementare la Strategia Nazionale in materia già prevista dall'art. 72, l. 28 dicembre 2015, n. 221, c.d. collegato ambientale.

La Componente «Agricoltura sostenibile ed Economia circolare» contempla anche sovvenzioni per accrescere la coscienza e la cognizione pubbliche su tematiche e sfide ambientali, con particolare riferimento agli scenari del cambiamento climatico. È altresì prevista un'azione di tipo educativo rivolta ad individui, famiglie e comunità affinché siano edotti in merito a stili di vita e di consumo più sostenibili.

Come anticipato, il PNRR non consta solo di investimenti ma anche di previsioni di riforma: tale duplicità di prospettive caratterizza anche l'economia circolare. Anzitutto viene in considerazione l'adozione, entro giugno 2022, di una nuova Strategia nazionale per l'economia circolare. Il precedente documento di inquadramento e di posizionamento strategico, «Verso un modello di economia circolare per l'Italia», risale al 2017. La necessità di rivederne le linee di indirizzo deriva dalla maggiore urgenza della questione climatica, dai passi compiuti a livello europeo per la transizione verso modelli circolari - si pensi al già citato nuovo Piano del 2020 - nonché dai balzi compiuti dallo sviluppo tecnologico nel settore.

Il processo di aggiornamento ha visto lo svolgimento di una consultazione pubblica che si è appena conclusa³².

La nuova Strategia dovrà interessare aree di intervento quali eco-progettazione ed innovazione di prodotto, bioeconomia, *blue economy*, materie prime critiche.

Comporterà inoltre misure quali un nuovo sistema digitale di tracciabilità dei rifiuti che permetta, da un lato, lo sviluppo di un mercato delle materie prime seconde, dall'altro, un più incisivo supporto a organi di controllo e forze dell'ordine nella prevenzione e repressione della gestione illecita dei rifiuti.

³¹ Il dato è riportato da <https://italiadomani.gov.it/it/investimenti/progetti-faro-di-economia-circolare.html> (ultimo accesso: 2 dicembre 2021).

³² La consultazione si è tenuta dal 30 settembre al 30 novembre 2021: <https://www.mite.gov.it/comunicati/mite-conclusa-la-consultazione-pubblica-sulla-strategia-l-economia-circolare> (ultimo accesso: 2 dicembre 2021).

Si prevede altresì che un ruolo significativo al servizio dell'economia circolare sia giocato dalla fiscalità, grazie a meccanismi di incentivazione per sostenere l'utilizzo di materiali derivanti dalle filiere del riciclo e a una revisione del sistema di tassazione affinché il riciclo sia più conveniente dello smaltimento in discarica³³.

Tra le riforme che debbono accompagnare il PNRR un ruolo di primo piano spetta senza ombra di dubbio al Programma nazionale per la gestione dei rifiuti (PNGR), invero già previsto dall'art. 198 *bis* del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, Codice dell'ambiente, introdotto dal d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116, in attuazione del secondo "pacchetto" europeo sull'economia circolare.

Si è già avuto modo di menzionare i ritardi dell'Italia sul fronte della raccolta e del trattamento dei rifiuti: tra le ragioni alla base di tale situazione deficitaria, all'origine anche di procedure di infrazione, vi è un'insufficiente capacità di pianificazione delle regioni e, più in generale, una debolezza della *governance* a livello statale. Che la pianificazione delle regioni sia stata inefficace, anche a causa di un carente coordinamento, emerge dai frequenti momenti emergenziali che hanno interessato varie parti del nostro Paese, specie del Centro e del Sud, e dalle onerose migrazioni di rifiuti lungo l'asse che porta al Nord d'Italia e verso l'estero. Attraverso il Programma nazionale per la gestione dei rifiuti, il Ministero della Transizione ecologica, in collaborazione con l'Ispira, si prefigge la fissazione di macro-obiettivi, criteri e linee strategiche a cui le Regioni e le Province autonome dovranno attenersi nell'elaborazione dei propri Piani regionali.

Il supporto tecnico alle amministrazioni è uno dei capisaldi dell'attuazione del PNRR per quanto riguarda sia gli investimenti che le stesse riforme. Tale tipologia di sostegno, finalizzata anche a colmare eventuali mancanze in termini di competenze tecnologiche e amministrative, è prevista anche in vista degli obiettivi inerenti all'economia circolare, con particolare riferimento alla materia dei rifiuti.

Il PNRR prevede altresì che il Ministero della transizione ecologica sviluppi uno specifico piano d'azione per supportare le stazioni appaltanti nell'applicazione alle procedure di gara dei Criteri Ambientali Minimi (CAM)³⁴, importante strumento per la promozione di modelli di produzione e consumo circolari.

Last but not least, tra le riforme indicate dal PNRR, cui in questa sede si può solamente accennare, vi sono l'accelerazione e la semplificazione dei procedimenti di valutazione di impatto ambientale e valutazione ambientale strategica nonché modifiche al provvedimento unico ambientale, prevedendone l'ampliamento dell'operatività. A queste previsioni è stata data attuazione con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, c.d. Decreto semplificazioni *bis*, che si occupa anche della *governance* del PNRR. In tal senso si era già mosso il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, per i progetti ricompresi nel Piano Nazionale Integrato Energia e Clima (PNIEC), peraltro in larga parte inattuato.

Il d.l. 77/2021 reca anche previsioni che riguardano specificamente l'economia circolare, oggetto di un apposito capo, in cui, ancora una volta, grande attenzione è rivolta ai rifiuti. Si pensi alle previsioni volte a razionalizzare e snellire la procedura per la cessazione della relativa qualifica (art. 34), alla scomparsa dei rifiuti assimilati agli urbani (art. 35), ovvero all'inserimento, a determinate condizioni, delle ceneri vulcaniche nell'elenco dei materiali esclusi dall'ambito di applicazione della normativa sui rifiuti prevista dal Codice dell'ambiente (art. 35).

³³ Per completezza occorre precisare che la nuova Strategia sottoposta a consultazione ricomprenderà altresì le seguenti misure: la promozione del diritto al riuso e alla riparazione; la riforma dei sistemi di *Extended Producer Responsibility* (EPR) e dei consorzi; il rafforzamento di strumenti normativi quali la legislazione *End of Waste* e i Criteri Ambientali Minimi (CAM) e la loro applicazione a settori strategici come costruzioni, tessile, plastiche, RAEE; il supporto allo sviluppo di progetti di simbiosi industriale, anche attraverso strumenti normativi e finanziari.

³⁴ L'applicazione obbligatoria dei CAM da parte di tutte le stazioni appaltanti è stata prevista, dapprima, dall'art. 18, l. 28 dicembre 2015, n. 221 e, successivamente, dall'art. 34, recante «Criteri di sostenibilità energetica e ambientale», d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice degli appalti, come modificato dall'art. 23, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

Infine, sono previste misure di semplificazione per la riconversione dei siti industriali così da poterli destinare alla realizzazione di progetti individuati nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (art. 37).

4. Osservazioni di metodo e contenuto. Partecipazione ed economia circolare.

Un primo ordine di osservazioni riguarda l'iter di approvazione del PNRR, in relazione al quale si sono lamentati deficit democratici, soprattutto dal punto di vista della democrazia partecipativa³⁵, ossia della partecipazione pubblica al processo di elaborazione. Tale problematica tocca in maniera trasversale i vari ambiti di intervento del Piano, compresa la transizione ecologica e quindi, nel contesto di quest'ultima, anche quella verso un'economia circolare. Il coinvolgimento attivo dei cittadini è mancato proprio in un momento, cruciale e delicatissimo, in cui il Paese, messo in ginocchio dalla pandemia, ha progettato il proprio futuro³⁶.

Le criticità sul piano partecipativo che hanno connotato la costruzione del Piano hanno spostato l'attenzione sulla possibilità di garantire una maggiore partecipazione "a valle", nella fase attuativa.

Si propone di rispondere a questa esigenza il nuovo Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri con il d.p.c.m. 14 ottobre 2021, ai sensi dell'art. 3, d.l. 77/2021³⁷. Tale organismo esercita una funzione consultiva nelle materie connesse all'attuazione del PNRR e può segnalare alla Cabina di regia, che deve guidarne l'implementazione³⁸, ogni profilo ritenuto rilevante per la sua realizzazione. Ne fanno parte i rappresentanti delle parti sociali, del Governo, delle Regioni, delle Province autonome, degli Enti locali, di Roma capitale, delle categorie produttive e sociali, del sistema dell'università e della ricerca, della società civile e delle organizzazioni della cittadinanza attiva.

Fermo restando che si è qui al cospetto di una diversa partecipazione - la partecipazione organica³⁹ - è interessante osservare come il riferimento alle organizzazioni della cittadinanza attiva, inizialmente neglette, sia stato inserito nella norma a seguito di un ripensamento in sede di conversione del decreto legge. L'esame della composizione del Tavolo, inoltre, mostra una presenza minoritaria della rappresentanza della società civile.

Le lacune partecipative che hanno segnato il PNRR appaiono evidenti soprattutto se si guarda ai progetti e agli interventi in materia ambientale, ove stridono con i principi della democrazia ambientale, che lega il livello di protezione dell'ambiente al tasso di democraticità delle decisioni⁴⁰.

³⁵ In materia sono fondamentali gli studi di U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. Dir.-Annali IV*, Milano, 2011, 295 ss.; *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, a cura di ID., Firenze, 2010; ID., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009.

³⁶ Sul punto v. E. PROFUMI, *Il Recovery plan? Una grande occasione in cui i cittadini sono relegati a semplici spettatori* (9 giugno 2021), in <http://economicicircolare.com> (ultimo accesso: 2 dicembre 2021).

³⁷ Nella Proposta della Commissione 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 del 22 giugno 2021) vi era una esplicita raccomandazione nel senso di una maggiore partecipazione, con particolare attenzione, sul versante dei soggetti privati, agli *stakeholder*: si auspicava pertanto la creazione di «un organo consultivo con la partecipazione delle parti economiche e sociali».

³⁸ La Cabina di regia, istituita dall'art. 2, d.l. 77/2021, è una delle articolazioni della *governance* del PNRR.

³⁹ La partecipazione organica non opera sul piano dell'attività dei pubblici poteri ma su quello organizzativo, prevedendo l'inserimento di rappresentanti di gruppi sociali o di categorie, oltre che esperti, in organi pubblici. Sulla distinzione tra democrazia partecipativa e partecipazione organica v. A. ALBANESE, *Partecipazione organica e democrazia partecipativa*, in *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, a cura di U. ALLEGRETTI, cit., 345 ss.

⁴⁰ In questi termini D. SICLARI, *La democrazia ambientale nel quadro dei diritti partecipativi e dell'accesso all'informazione ambientale*, in *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, a cura di S. GRASSI-M.A. SANDULLI, vol. II del *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. FERRARA-M.A. SANDULLI, cit., 475-476, secondo cui «con la Convenzione di Aarhus la tutela dell'ambiente viene parametrata al tasso di democraticità presente in sede di adozione delle scelte amministrative».

Proprio per quanto attiene a tale ambito, la stima della dimensione partecipativa del Piano e delle sue misure non può prescindere dalla considerazione delle riforme che lo accompagnano: occorre valutare quanto queste siano partecipate e se il *gap* che si è sottolineato sia “recuperabile”.

Circoscrivendo l’analisi al tema del presente contributo, si è già visto come la Strategia nazionale per l’economia circolare, in via di approvazione, sia stata oggetto di una consultazione, che si è svolta tramite l’invio di contributi scritti all’indirizzo del Ministero della Transizione ecologica.

Per ciò che concerne il Programma Nazionale per la Gestione dei Rifiuti⁴¹, la partecipazione è regolata dalla disciplina in materia di valutazione ambientale strategica, secondo cui essa consiste in mere osservazioni scritte (art. 14, comma 2, d.lgs. 152/2006). Si tratta di forme di coinvolgimento della popolazione senz’altro apprezzabili, ma che non hanno l’intensità partecipativa di altri strumenti quali, ad esempio, quelli espressione di democrazia deliberativa, *in primis* il dibattito pubblico⁴². L’Italia, diversamente dalla Francia, non prevede la possibilità di esperire il dibattito pubblico né per le politiche né per gli strumenti di pianificazione in materia ambientale, la partecipazione ai quali si rivela quindi qualitativamente debole⁴³.

Il nesso tra questione ecologica e questione democratica, riassunto nella democrazia ambientale, è particolarmente manifesto in tema di economia circolare, implicando la circolarità una trasformazione sociale e culturale profonda, a partire dagli stili di vita delle persone. L’efficacia delle politiche e degli strumenti in materia dipende fortemente dai cittadini chiamati ad attuarle ed è quindi di primaria importanza che questi abbiano voce nella relativa definizione⁴⁴. La circolarità “corre” anche tra istituzioni e società e pertanto “passa” attraverso la partecipazione⁴⁵.

Entrando nel merito dei contenuti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, il più importante rilievo riguarda il fatto che l’economia circolare sia soltanto una delle quattro componenti strutturali del processo di transizione ecologica delineato dal PNRR, mentre dovrebbe essere il paradigma del futuro modello di sviluppo e delle correlate politiche di tutela dell’ambiente⁴⁶.

Comprendere il ruolo dell’economia circolare nel Piano, peraltro, risulta non semplice, in quanto alcuni degli interventi si ritrovano frammentati in altre linee di azione, il che fa in qualche modo perdere la misura della circolarità degli stessi.

Le misure, inoltre, si concentrano sostanzialmente sui rifiuti, soprattutto dal punto di vista della dotazione impiantistica deputata alla relativa gestione. Probabilmente sull’elaborazione del PNRR ha pesato anche un approccio di tipo emergenziale: il Governo si è occupato in primo luogo di quelle che considera urgenze da affrontare nel breve termine e tra queste sicuramente spicca quella dei rifiuti. Lo stesso Piano d’azione europeo per l’economia circolare, però, ha un orizzonte ben più ampio degli interventi in materia di rifiuti. Perché si inneschino e si

⁴¹ Per quanto riguarda l’iter di approvazione del Piano, in data 7 dicembre 2021 è stato predisposto il Rapporto preliminare ambientale, ai sensi dell’art. 13, comma 1, d.lgs. 152/2006.

⁴² In argomento sia consentito rinviare a V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018 e alla bibliografia ivi citata. Sull’introduzione del dibattito pubblico in Italia si segnala, tra gli altri, M. IMMORDINO, *Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico. Commento all’art. 22, in Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G. ESPOSITO, vol. I, Torino, 2017, 192 ss.

⁴³ Per i concetti di «quantità» e «qualità» della partecipazione v. S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000.

⁴⁴ Sull’importanza di coinvolgere i *policy takers* ai fini dell’effettività delle politiche pubbliche volte a realizzare uno sviluppo improntato alla sostenibilità v. L. BOBBIO, *Le arene deliberative*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 3/2002, 17.

⁴⁵ Spunti in tal senso possono leggersi in E. PROFUMI, *Circularità è partecipazione* (8 novembre 2021), in <https://economiecircolare.com>.

⁴⁶ Perplesità sono sollevate anche da R. FERRARA, *Il cambiamento climatico e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR): un’introduzione al tema*, in *Diritto e società*, 2021, in partic. 289.

consolidino significativi cambiamenti socio-economici nel senso della circolarità non sono sufficienti misure puntuali⁴⁷.

L'approccio all'economia circolare deve essere sistemico in quanto l'essenza di tale modello economico è l'«interconnessione»⁴⁸.

Per costruire il nostro “futuro sostenibile” sarà quindi cruciale la nuova Strategia nazionale per l'economia circolare. E a questo proposito sorge spontanea un'ulteriore osservazione dal punto di vista del metodo, che ha significativi riflessi sulla direzione che si intende percorrere e quindi anche in termini di risultati da raggiungere: gli interventi a sostegno dell'economia circolare - e i relativi finanziamenti - sono stati decisi nel PNRR prima della definizione della Strategia nazionale in materia.

⁴⁷ L'insufficienza di un'azione basata su meri interventi puntuali è rimarcata da P. LOMBARDI, *Il Patto mondiale per l'ambiente tra economia circolare e discipline di settore*, cit., 355.

⁴⁸ Così F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell'economia circolare*, cit., 2.

LE COMUNITÀ ENERGETICHE RINNOVABILI: RIFLESSIONI SULL' "AFFIDABILITÀ" DEL SISTEMA DI INCENTIVAZIONE DI CUI AL DECRETO RED II

Giuseppe La Rosa*

Ita.: il contributo analizza il regime di incentivazione previsto dal decreto *red II* a favore delle cer, considerando anche la necessità dell'adozione dei regolamenti attuativi, l'analisi è condotta da una prospettiva sistemica volta ad individuare il grado di affidabilità, sia sotto il profilo normativo che amministrativo. considerati i limiti del sistema sul piano amministrativo, si sono individuati alcuni correttivi da implementare nei regolamenti attuativi al fine di mitigare i rischi di inaffidabilità.

Eng.: the essay aims at analysing the new regime provided by the decreto red ii to incentive the development of the cer. keeping into consideration that some regulatory acts are to be implemented for the fully effectiveness of the regime, the essay analyse the issue from a general and systematic perspective, with the purpose to ascertain the reliability of the regime from a legislative and administrative side. since the regime seems to be not fully reliable, from the administrative side, some possible mitigation measures are highlighted.

SOMMARIO: **1.** Introduzione al tema. Finalità (e limiti) dell'indagine. - **2.** Le comunità energetiche rinnovabili e il sistema di incentivazione. - **3.** La stabilità (normativa) degli incentivi alle CER. - **4.** La stabilità (amministrativa) degli incentivi alle CER. - **5.** Considerazioni conclusive.

1. Introduzione al tema. Finalità (e limiti) dell'indagine.

In recepimento della direttiva (UE) 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, è stato adottato il decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199 (Decreto RED II), il quale, con la finalità di raggiungere - in linea con gli obiettivi del PNIEC e del PNRR⁸⁴ - la decarbonizzazione⁸⁵, è intervenuto su plurimi concorrenti fronti. In particolare, il Decreto RED II

⁸⁴* Professore Straordinario a tempo determinato di diritto amministrativo nell'Università Telematica Pegaso.

Sui principali obiettivi, nonché sui profili relativi alla natura giuridica del PNRR, si v. B. CARAVITA, *PNRR e Mezzogiorno: la cartina di tornasole di una nuova fase dell'Italia*, in (a cura di L. Bianchi e B. Caravita) *Il PNRR alla prova del Sud*, Napoli, 2021; M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *ASTRID-Rassegna*, 2021, 11; G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in www.costituzionalismo.it, 2021, n. 2, 113; M. GUIDI, M. MOSCHELLA, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: dal Governo Conte II al Governo Draghi*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2021, 405.

⁸⁵ A tal fine e, segnatamente, sul collegamento agli obiettivi di cui al PNIEC e PNRR si richiama l'art. 3, secondo cui «1. L'Italia intende conseguire un obiettivo minimo del 30 per cento come quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo. L'Italia intende inoltre adeguare il predetto obiettivo percentuale per tener conto delle previsioni di cui al regolamento (UE) n. 2021/1119, volte a stabilire un obiettivo vincolante, per l'Unione europea, di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra di almeno il 55 per cento rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030. 2. Nell'ambito dell'obiettivo di cui al comma 1, è assunto un obiettivo di incremento indicativo di energia da fonti rinnovabili nei consumi finali per riscaldamento e raffrescamento pari a 1,3 punti percentuali come media annuale calcolata per i periodi dal 2021 al 2025 e dal 2026 al 2030. 3. Gli obiettivi di cui ai commi 1 e 2 sono perseguiti in coerenza con le indicazioni del Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima e tenendo conto dell'evoluzione e dell'aggiornamento dei consumi statisticamente rilevanti».

introduce la disciplina relativa ai regimi di sostegno e strumenti di promozione (Titolo II), alle procedure autorizzative (Titolo III), alle comunità energetiche rinnovabili (Titolo IV) e all'utilizzo dell'energia rinnovabile nei trasporti (Titolo V).

Oggetto del presente studio è l'indagine sui regimi di sostegno previsti per le comunità energetiche rinnovabili condotta attraverso lo specifico spettro della loro stabilità, sia rispetto a possibili successive modifiche legislative deteriori sia quanto all'adozione di poteri amministrativi decadenziali che incidano sui sostegni in corso di erogazione. La recente introduzione della disciplina positiva, in uno con la sua parzialità - dovendo essere implementata attraverso un decreto ministeriale, allo stato non adottato - inducono, dunque, ad affrontare il tema da una prospettiva sistematica, volta a isolare le cifre distintive della regolazione rispetto al contesto più generale nel quale si colloca. Da diversa concorrente prospettiva, del resto, si ritiene che la maggiore o minore efficacia degli strumenti di sostegno dipendano, in principalità, dal livello di "affidabilità" degli stessi, ossia dalla loro stabilità nella duplice prospettiva sopra tratteggiata.

2. Le comunità energetiche rinnovabili e il sistema di incentivazione.

Come anticipato, il Decreto RED II ha, tra l'altro, introdotto un'organica disciplina in materia di comunità energetiche rinnovabili (CER), a cui è stato da tempo riconosciuto un ruolo cruciale nella transizione energetica⁸⁶.

La CER - già disciplinata dall'art. 42-*bis* d.l. 162/19 (conv. con l. 8/2020), seppur in via transitoria e con riferimento ai nuovi impianti alimentati da fonti rinnovabili di potenza singolarmente non superiore ai 200 kW⁸⁷ - è definita quale *soggetto giuridico*⁸⁸ sottoposto al rispetto di determinati requisiti di costituzione e condizioni di funzionamento.

Quanto ai requisiti di costituzione, l'art. 31, comma 1, Decreto RED II specifica che la CER:

- deve tendere ad apportare benefici ai suoi membri, non essendo direttamente finalizzata a scopi di natura finanziaria;
- è un soggetto giuridico autonomo sottoposto ai poteri di controllo di persone fisiche, PMI, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse quelle comunali, gli enti ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale, nonché le amministrazioni pubbliche di cui all'elenco dell'ISTAT;
- può essere partecipata anche da imprese purché tale partecipazione non costituisca attività commerciale e industriale principale;
- può essere partecipata da tutti i consumatori, compresi i soggetti a basso reddito e vulnerabili.

Il successivo comma 2 prevede, invece, le condizioni di funzionamento dalla CER, specificando che:

- ai fini dell'energia condivisa rileva solo la produzione di energia rinnovabile degli impianti che risultano nella disponibilità e sotto il controllo della CER;
- l'energia autoprodotta è utilizzata prioritariamente per l'autoconsumo istantaneo in sito ovvero per la condivisione con i membri della comunità, fermo restando che l'energia eventualmente eccedentaria può essere accumulata e venduta anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile, direttamente o mediante aggregazione;
- i membri della comunità utilizzano la rete di distribuzione per condividere l'energia prodotta, anche ricorrendo a impianti di stoccaggio;

⁸⁶ Si v. C. ACOSTA, M. ORTEGA, T. BUNSEN, B. KOIRALA, A. GHORBANI, *Facilitating energy transition through energy commons: an application of socio-ecological systems framework for integrated community energy systems*, in *Sustainability*, 2018, 366.

⁸⁷ Per una approfondita analisi critica dell'art. 42-*bis* e delle sottese questioni interpretative, si v. M. MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy sharing*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2020, 630.

⁸⁸ Così l'art. 2, comma 1, lett. p.

- gli impianti a fonti rinnovabili per la produzione di energia elettrica realizzati dalla CER devono essere entrati in esercizio dopo la data di entrata in vigore del Decreto RED II, salva la possibilità che alla stessa aderiscano impianti già in esercizio ma entro il limite del trenta per cento della potenza complessiva;
- i membri delle comunità possono accedere agli incentivi di cui al Titolo II alle condizioni e con le modalità ivi stabilite;
- la CER può produrre altre forme di energia da fonti rinnovabili finalizzate all'utilizzo da parte dei membri, può promuovere interventi integrati di domotica, interventi di efficienza energetica, nonché offrire servizi di ricarica dei veicoli elettrici ai propri membri e assumere il ruolo di società di vendita al dettaglio e può offrire servizi ancillari e di flessibilità.

Le disposizioni che precedono, dunque, disvelano con ogni evidenza la natura e la finalità della CER, nonché la funzione che alla stessa il legislatore intende riconoscere ai fini della transizione energetica, ponendosi l'obiettivo di fornire energia rinnovabile a prezzi accessibili ai propri membri, piuttosto che dare la priorità al profitto economico⁸⁹.

Venendo ai sistemi di incentivazione di cui le CER hanno diritto di godere, il Decreto RED II, dopo aver previsto che gli impianti di potenza pari o inferiore a 1 MW facenti parte delle CER possono accedere a forme di incentivo diretto (art. 5, comma 4), demanda a un regolamento ministeriale - da adottarsi entro 180 giorni - l'aggiornamento dei meccanismi di incentivazione, individuando i criteri a cui tale decreto dovrà attenersi. Innanzitutto, possono accedere all'incentivo gli impianti a fonti rinnovabili che hanno singolarmente una potenza non superiore a 1 MW e che entrano in esercizio in data successiva a quella di entrata in vigore del decreto. L'incentivo, che viene erogato in via diretta (ossia senza necessità di partecipazione ad aste o iscrizione in registri) fino al raggiungimento di contingenti di potenza stabiliti su base quinquennale, fa unicamente riferimento alla quota di energia condivisa da impianti e utenze di consumo all'interno della stessa configurazione, ossia connesse sotto la stessa cabina primaria. Nelle more dell'adozione del predetto decreto ministeriale, l'art. 8, comma 2, del Decreto RED II prevede che continui a trovare applicazione il decreto adottato in attuazione dell'art. 42-*bis*, cit., ossia il d.m. 16 settembre 2020, a cui si farà *infra* più approfondito riferimento.

3. La stabilità (normativa) degli incentivi alle CER.

La "affidabilità" del meccanismo incentivante previsto per le CER deve essere verificata da una duplicità di prospettive: da un lato, quale stabilità normativa, intesa come ragionevole previsione circa la intangibilità delle erogazioni in corso da parte di sopravvenienze normative; dall'altro, quale stabilità amministrativa, considerata come il progressivo consolidamento di posizioni di vantaggio rispetto all'esercizio di poteri di verifica e di autotutela da parte dell'Autorità competente.

Prendendo abbrivio dalla stabilità normativa, si ritiene utile richiamare le indicazioni che sono state elaborate dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con riferimento all'annosa vicenda che ha originato l'art. 26 del d.l. 24 giugno 2014, n. 911, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 11 (c.d. decreto spalmaincentivi).

In particolare, tale norma ha previsto che, a decorrere dal 2015, le tariffe incentivanti in corso di erogazione per l'energia prodotta dagli impianti fotovoltaici con potenza nominale superiore a 200 kW fossero rimodulate sulla base di tre prefissate opzioni, tutte peggiorative dei regimi anteriori regolati dalle convenzioni stipulate con il Gestore dei servizi energetici (GSE)⁹⁰.

⁸⁹ Tale carattere è marcatamente evidenziato nella direttiva 2018/2001 che individua la CER come un soggetto giuridico fondato sulla "partecipazione aperta e volontaria", il cui scopo prioritario non è la generazione di profitti finanziari, ma il raggiungimento di benefici ambientali, economici e sociali per i suoi membri o soci o al territorio in cui opera. A tal fine, proprio per garantire il carattere no profit delle CER, non ne è ammessa la partecipazione di aziende del settore energetico (fornitori e ESCO) che possono, invece, prestare servizi di fornitura e di infrastruttura.

Investita della questione di costituzionalità da numerose ordinanze del TAR Lazio, Roma, per violazione degli artt. 3 e 41 Cost. 5 e degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1, Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU e all'art. 6, par. 3, del TUE⁹¹, la Corte costituzionale, con sentenza 24 gennaio 2017, n. 16, ne ha dichiarato l'infondatezza. Per la Corte, in particolare, sono risultate prive di fondamento le doglianze relative alla violazione del legittimo affidamento riposto dai fruitori degli incentivi nella conservazione delle posizioni di vantaggio consolidate e loro riconosciute nelle convenzioni stipulate con il GSE. E ciò perché la norma impugnata non avrebbe inciso all'interno dei rapporti di durata, riconducibili alle convenzioni stipulate dai fruitori degli incentivi di che trattasi con il GSE, in modo irragionevole, arbitrario e imprevedibile. Per le finalità che interessano la presente analisi si ritiene utile isolare gli argomenti posti dal Giudice delle leggi a fondamento della propria decisione. In primo luogo, del decreto spalmaincentivi è stata valorizzata la finalità pubblicistica, consistente, sostanzialmente, nel coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica, posto che, come noto, gli incentivi al fotovoltaico rientrano tra i cosiddetti oneri generali del sistema elettrico e sono posti (anche) a carico del cliente finale, che li paga direttamente, in ragione della copertura di cui alla componente A/3 della bolletta elettrica⁹². In secondo luogo, la modifica normativa al sistema incentivante non avrebbe inciso in modo «improvviso e imprevedibile», considerando che un «operatore economico prudente e accorto» avrebbe potuto tener conto della possibile evoluzione normativa, considerate le caratteristiche di

⁹⁰ In particolare, l'art. 26, comma 3, cit., dispone che «[a] decorrere dal 1° gennaio 2015, la tariffa incentivante per l'energia prodotta dagli impianti di potenza nominale superiore a 200 kW è rimodulata, a scelta dell'operatore, sulla base di una delle seguenti opzioni da comunicare al GSE entro il 30 novembre 2014: a) la tariffa è erogata per un periodo di ventiquattro anni, decorrente dall'entrata in esercizio degli impianti, ed è conseguentemente ricalcolata secondo la percentuale di riduzione indicata nella tabella di cui all'allegato 2 al presente decreto; b) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è rimodulata prevedendo un primo periodo di fruizione di un incentivo ridotto rispetto all'attuale e un secondo periodo di fruizione di un incentivo incrementato in egual misura. Le percentuali di rimodulazione sono stabilite con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sentita l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, da emanare entro il 1° ottobre 2014 in modo da consentire, nel caso di adesione di tutti gli aventi titolo all'opzione, un risparmio di almeno 600 milioni di euro all'anno 2015-2019, rispetto all'erogazione prevista con le tariffe vigenti; c) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è ridotta di una quota percentuale dell'incentivo riconosciuto alla data di entrata in vigore del presente decreto, per la durata residua del periodo di incentivazione, secondo le seguenti quantità: 1) 6 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 200 kW e fino alla potenza nominale di 500 kW; 2) 7 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 500 kW e fino alla potenza nominale di 900 kW; 3) 8 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 900 kW. In assenza di comunicazione da parte dell'operatore il GSE applica l'opzione di cui alla lettera c)».

⁹¹ In particolare, il Giudice amministrativo ha ritenuto non manifestamente infondata la violazione degli artt. 3 e 41 Cost., per irragionevolezza, sproporzione e violazione del legittimo affidamento, atteso che la disposizione incide ingiustificatamente sulle consolidate posizioni di vantaggio, riconosciute da negozi di «diritto privato» e sul legittimo affidamento dei fruitori degli incentivi, considerando che il sistema degli incentivi perde la sua stabilità nel tempo nonostante lo stesso sia stato già individuato e predeterminato in una convenzione o contratto di diritto privato (art. 24 comma 2 lettera D d. lgs. n. 28/2011); gli investimenti effettuati non sono salvaguardati; viene meno l'equa remunerazione degli investimenti effettuati; il periodo di tempo per la percezione dell'incentivo, invariato nella misura complessiva, viene prolungato indipendentemente dalla vita media convenzionale degli impianti (lett. a); l'incentivo non è più costante per tutto il periodo di diritto, ma si riduce in assoluto per tutto il periodo residuo (lett. c) o varia in diminuzione nell'ambito del ventennio originario di durata della convenzione (lett. a) o per cinque anni (lett. b). Esso violerebbe anche l'art. 117, co. 1, Cost. in relazione, quali norme interposte, all'art. 1, Prot. addizionale n. 1, alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di cui è stata autorizzata la ratifica e disposta l'esecuzione con l. 4 agosto 1955, n. 848) e all'art. 6, par. 3, Trattato UE, che introduce nel diritto dell'Unione «in quanto principi generali», i «diritti fondamentali» garantiti dall'anzidetta Convenzione, considerando che l'ingerenza costituita dalla sottrazione di parte dei crediti spettanti ai produttori di energia in forza delle convenzioni stipulate con il GSE non appare giustificata ed è in contrasto con il principio di proporzionalità, non risultando l'intervento ablatorio adeguatamente bilanciato dalla finalità di diminuire le tariffe elettriche in favore di alcune categorie di consumatori. Ancora, è stata ritenuta dubbia la costituzionalità dell'art. 26, co. 3, d.l. n. 91/2014, rispetto all'art. 3 Cost., eventualmente anche in relazione all'art. 41 Cost., nella parte in cui prevede che la rimodulazione si applichi soltanto agli «impianti di potenza nominale superiore a 200 kW» (*recte*: ai soggetti fruitori di tariffe incentivanti per l'energia elettrica prodotta da tali impianti), atteso che tale restrizione del campo applicativo comporta la creazione, all'interno dell'insieme dei titolari degli impianti fotovoltaici incentivati, di due sottoinsiemi di imprese distinte in base alla «potenza nominale» (dell'impianto), destinatarie di un trattamento differenziato. Infine, è stata apprezzata la non manifesta infondatezza della violazione dell'art. 77 Cost.

temporaneità e mutevolezza dei regimi di sostegno». A tale conclusione, la Corte giunge valorizzando due concorrenti profili: sul piano normativo, viene in rilievo il d.lgs. n. 28 del 2011 che coniuga espressamente l'obiettivo della «stabilità nel tempo dei sistemi di incentivazione» con quelli di «armonizzazione con altri strumenti di analoga finalità e [...] riduzione degli oneri di sostegno specifici in capo ai consumatori»; sul piano regolamentare/contrattuale, partendo dalla considerazione che «le convenzioni stipulate con il Gestore non sono riducibili a contratti finalizzati ad esclusivo profitto dell'operatore – che dovrebbe vedere ferme le condizioni iniziali, per vent'anni, anche ove le condizioni tecnologiche mutino profondamente – ma costituiscono strumenti di regolazione, volti a raggiungere l'obiettivo dell'incentivazione di certe fonti energetiche nell'equilibrio con le altre fonti di energia rinnovabili, e con il minimo sacrificio per gli utenti che pure ne sopportano l'onere economico», viene sottolineato come nella Convenzione-tipo, approvata con delibera dell'AEEG del 6 dicembre 2012, si legge, testualmente (sub art. 17, punto 17.3), che «il GSE si riserva di modificare unilateralmente le clausole della presente Convenzione che, per effetto di eventuali evoluzioni normative e regolamentari, siano in contrasto con il vigente quadro di riferimento».

A seguito della ridetta pronuncia della Corte costituzionale, il Giudice amministrativo, ritenendo ancora irrisolti alcuni profili di compatibilità europea, ha rimesso⁹² la questione alla Corte di Giustizia, la quale, tuttavia, con sentenza 15 aprile 2021, causa C-798/18 e C-799/18, ha ritenuto non sussistenti ragioni di contrasto con l'ordinamento europeo. In particolare, per quanto qui più direttamente rileva, la Corte è partita dall'assunto secondo cui «l'articolo 3, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2009/28 non osta a una normativa nazionale, quale l'articolo 26, commi 2 e 3, del decreto-legge n. 91/2014, che modifica un regime di sostegno riducendo le tariffe e modifica le modalità di pagamento di incentivi alla produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici, purché tale normativa rispetti detti principi [*ndr*, ossia il principio della certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento]».

Sebbene sia affidato al Giudice nazionale di valutare, sulla base di un concreto approccio se tali principi fossero rispettati, la Corte europea rileva, da un lato, che «il decreto legislativo n. 28/2011 disponeva, al suo articolo 25, che l'incentivo alla produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici è disciplinato da un decreto ministeriale che fissa un limite annuale della potenza elettrica cumulata di simili impianti ammissibili a beneficiare delle tariffe incentivanti e che prevede tali tariffe tenendo conto della riduzione del costo delle tecnologie e degli impianti nonché delle misure incentivanti applicate negli altri Stati membri e della natura del sito degli

⁹² Nel dettaglio, la pronuncia in parola ha sottolineato che «il legislatore del 2014 è intervenuto, infatti, in un contesto congiunturale nel quale - a fronte della remuneratività delle tariffe incentivanti per l'energia solare prodotta da fonte fotovoltaica, rivelatasi progressivamente più accentuata, sia rispetto anche ai costi di produzione (in ragione del repentino sviluppo tecnologico del settore), sia rispetto al quadro complessivo europeo - era venuto specularmente in rilievo il crescente peso economico di tali incentivi sui consumatori finali di energia elettrica (in particolare sulle piccole e medie imprese costituenti il tessuto produttivo nazionale)», rilevando che «ha operato, con logica perequativa, al dichiarato fine di «favorire una migliore sostenibilità nella politica di supporto alle energie rinnovabili» (art. 26, comma 1, d.l. n. 91 del 2014) e di «pervenire ad una più equa distribuzione degli oneri tariffari fra le diverse categorie di consumatori elettrici», prevedendo a tal proposito che i minori oneri per l'utenza derivanti dalla rimodulazione degli incentivi per gli impianti fotovoltaici siano, appunto, «destinati alla riduzione delle tariffe elettriche dei clienti di energia elettrica in media tensione e di quelli in bassa tensione [...]» (art. 23 d.l. citato)»; in definitiva, «è, dunque, quello in esame un intervento che risponde ad un interesse pubblico, in termini di equo bilanciamento degli opposti interessi in gioco, volto a coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica».

⁹³ Si v. TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, ordd. 20 novembre 2018, n. 11206 e 16 novembre 2018, n. 11124, con cui è stata posta la seguente questione pregiudiziale: «Se il diritto dell'Unione europea osti all'applicazione di una disposizione nazionale, come quella di cui all'art. 26, commi 2 e 3, del d.l. 91/2014, come convertito dalla legge 116/2014, che riduce ovvero ritarda in modo significativo la corresponsione degli incentivi già concessi per legge e definiti in base ad apposite convenzioni sottoscritte dai produttori di energia elettrica da conversione fotovoltaica con il Gestore dei Servizi Energetici S.p.A., società pubblica a tal funzione preposta; in particolare se tale disposizione nazionale sia compatibile con i principi generali del diritto dell'Unione europea di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di leale collaborazione ed effetto utile; con gli artt. 16, 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; con la direttiva n. 2009/28/CE e con la disciplina dei regimi di sostegno ivi prevista; con l'art. 216, par. 2, TFUE, in particolare in rapporto al Trattato sulla Carta europea dell'energia».

impianti»; dall'altro, «le convenzioni concluse tra i gestori di impianti fotovoltaici interessati e il GSE erano firmate sulla base di contratti-tipo, che esse non assegnavano, di per sé, incentivi agli impianti stessi, ma fissavano unicamente le modalità della loro erogazione, e che, quanto meno per quanto riguarda le convenzioni concluse dopo il 31 dicembre 2012, il GSE si riservava il diritto di modificare unilateralmente le condizioni di queste ultime a seguito di eventuali sviluppi normativi, come espressamente indicato in tali convenzioni». In ragione di quanto precede, dunque, il Giudice europeo ritiene che vi fossero indicazioni sufficientemente chiare per gli operatori economici nel senso che gli incentivi in questione potevano essere modificati o, addirittura, soppressi.

Tralasciando le condivisibili critiche⁹⁴ cui i richiamati precedenti prestano il fianco, ai fini del presente studio si ritiene di limitare le considerazioni unicamente alla valutazione circa l'applicabilità dei principi ivi espressi al sistema di incentivazione ora previsto per le CER. E ciò con il dichiarato obiettivo di apprezzare se lo stesso goda di una adeguata garanzia di stabilità normativa ossia, se - utilizzando i criteri ermeneutici della giurisprudenza costituzionale ed euro-unitaria - il quadro regolatorio in cui esso è collocato rende imprevedibile, a un operatore diligente, la possibilità di una modifica normativa peggiorativa, tale, in ipotesi, da comportare la decurtazione o la rimodulazione dell'incentivo già in corso di erogazione.

La risposta, a parere di chi scrive, deve essere calibrata in considerazione delle specificità caratterizzanti il sistema in analisi e il (nuovo) contesto normativo, anche europeo. Certamente non può trascurarsi come le convenzioni che le CER stipuleranno con il GSE conterranno una clausola con cui quest'ultimo si riserva il diritto di modificare unilateralmente le condizioni a seguito di eventuali sviluppi normativi. Infatti, in virtù di quanto indicato nell'art. 8, comma 2, Decreto RED II - nelle more dell'adozione del nuovo decreto ministeriale - trova applicazione il d.m. 16 settembre 2020⁹⁵, il quale richiama la delibera ARERA n. 318/2020/R/eel del 4 agosto 2020 (art. 4) e per la cui attuazione il GSE ha adottato le Regole tecniche per l'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa del 22 dicembre 2020. L'allegato 5 del predetto documento⁹⁶, dopo avere chiarito che «il Contratto è formato inderogabilmente dalle condizioni contrattuali generali sotto riportate», tra queste condizioni inderogabili, specifica che «il GSE si riserva di modificare unilateralmente il Contratto in conformità alle eventuali modifiche ed aggiornamenti della normativa di riferimento». Sembra, dunque, che anche con riferimento al sistema incentivante di cui ci occupiamo il rapporto tra le parti (GSE-CER) potrebbe essere considerata soggetta alla medesima instabilità già sperimentata con il decreto spalmaincentivi e che, come visto, ha trovato (una) giustificazione in ragione della sussistenza di una clausola di tale tenore presente nelle convenzioni modificate dal decreto in parola.

Tuttavia, ciò che muta è il contesto generale nel quale gli incentivi alle CER sono collocati e la cui attenta analisi sembra poter condurre ad opposta conclusione.

In primo luogo, deve essere valorizzato il quadro normativo sul quale il sistema incentivante CER si poggia. E ciò è possibile attraverso due principali considerazioni, in un certo modo, innovative rispetto al sistema regolatorio su cui il decreto spalmaincentivi si è innestato.

. Da un lato, viene in rilievo l'art. 6 della direttiva 2018/2001, recante «stabilità del sostegno finanziario», che, dopo avere previsto che «gli Stati membri provvedono affinché il livello e le condizioni del sostegno concesso ai progetti relativi alla produzione di energia rinnovabile non subiscano revisioni tali da incidere negativamente sui diritti conseguiti e minare la sostenibilità

⁹⁴ Si v. F. SCALIA, *Dopo la Corte Costituzionale, anche la Corte di giustizia promuove la rimodulazione degli incentivi alle fonti rinnovabili*, in *Dir. agr.*, 2021, 397.

⁹⁵ Recante «Individuazione della tariffa incentivante per la remunerazione degli impianti a fonti rinnovabili inseriti nelle configurazioni sperimentali di autoconsumo collettivo e comunità energetiche rinnovabili, in attuazione dell'articolo 42-bis, comma 9, del decreto-legge n. 162/2019, convertito dalla legge n. 8/2020».

⁹⁶ Contenente il «contratto per la regolazione delle partite economiche relative all'energia elettrica condivisa da un gruppo di autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente o da una comunità di energia rinnovabile».

economica dei progetti che già beneficiano del sostegno» (comma 1), ha precisato che «gli Stati membri possono adeguare il livello di sostegno in base a criteri oggettivi, a condizione che tali criteri siano stabiliti nella concezione originaria del regime di sostegno» (comma 2).

Dall'altro lato, il Decreto RED II stabilisce che «l'accesso all'incentivo è garantito fino al raggiungimento di contingenti di potenza stabiliti, su base quinquennale, in congruenza con il raggiungimento degli obiettivi di cui all'articolo 3» (art. 7, comma 1, lett. f).

Ebbene dall'articolato normativo sopra richiamato sembra emergere un chiaro contesto volto a garantire la stabilità - e, dunque, la immutabilità - del sistema incentivante, al fine di mantenere la intangibilità dei diritti conseguiti. Eventuali esigenze di modifica, che dovrebbero comunque essere circoscritte dalla necessità di una programmazione quinquennale, sarebbero consentite solo a condizione che ciò avvenga sulla base di criteri oggettivi e che tali criteri siano stabiliti nella concezione originaria del regime di sostegno.

In secondo luogo, giova valorizzare la natura stessa della CER e, segnatamente, la sua configurazione non già quale strumento con finalità imprenditoriale e lucrativa, ma quale sistema sostanzialmente rivolto all'autoconsumo tra privati o soggetti per i quali l'adesione alla CER non costituisca attività commerciale e industriale principale, ossia che non possa trattarsi di soggetti che partecipano nella loro qualità di produttori di impianti di fotovoltaico o di altri mezzi di produzione dell'energia rinnovabile⁹⁷. Il profilo è tutt'altro che secondario se si tiene conto che, come visto, la Corte costituzionale, nel considerare come non impreveduto, né imprevedibile il mutamento sotteso allo spalmaincentivi, ha fatto riferimento al livello di diligenza richiesto, nel comprendere il quadro normativo di riferimento (e, dunque, anche la sua instabilità), all' «operatore economico prudente e accorto», figura nel cui ambito i membri delle CER per definizione non possono essere ricondotti.

In terzo luogo, un'eventuale modifica peggiorativa del regime di sostegno sembra non potersi giustificare neanche con la finalità di conseguire una maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica (ragione che, come sopra visto, è stata valorizzata dalla Corte costituzionale per affermare la legittimità del decreto spalmaincentivi). E ciò perché da una lettura sistematica del Decreto RED II sembra potersi apprezzare come il legislatore delegato abbia inteso garantire che le ridette esigenze possano mantenersi in costante equilibrio nel corso del tempo. In particolare, viene previsto che gli incentivi abbiano «lo scopo di assicurare un'equa remunerazione dei costi di investimento ed esercizio» (art. 4, comma 2, lett. a), dovendo essere «proporzionato all'onerosità dell'intervento» (art. 5, comma 1, lett. c). Esso, tuttavia, deve trovare copertura sulle componenti delle tariffe dell'energia elettrica e del gas, la cui incidenza, tuttavia, viene «calmierata» dalla previsione dell'art. 15, secondo cui «a decorrere dall'anno 2022, una quota dei proventi annuali derivanti dalla messa all'asta delle quote di emissione di CO₂ ... è destinata alla copertura dei costi di incentivazione delle fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica mediante misure che trovano copertura sulle tariffe dell'energia». In tal modo, dunque, sembra potersi delineare una chiara consapevolezza del legislatore circa la possibile difficile frizione tra le due esigenze e, dunque, la puntuale previsione normativa circa il meccanismo per garantire un accettabile punto di equilibrio.

4. La stabilità (amministrativa) degli incentivi alle CER.

Il profilo circa il grado di affidabilità del meccanismo incentivante deve ora essere analizzato con riferimento allo spettro dei poteri amministrativi in virtù dei quali il GSE può, pur a distanza di molto tempo, disporre la decadenza (rectius l'annullamento del) dal beneficio e la restituzione delle somme già erogate.

⁹⁷ Così M. MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy sharing*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2020, 640.

La questione si innesta nella più complessa vicenda relativa alla portata e allo spettro di applicazione dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28/2011, che, a seguito del d.l. Semplificazioni, subordina l'adozione dei provvedimenti di decadenza alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990⁹⁸. In particolare, il nuovo comma 3 dell'art. 42, cit., subordina la possibilità di disporre la decadenza integrale dell'incentivo (nonché l'annullamento dei titoli di efficienza energetica) alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990, secondo cui «il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge». Superando definitivamente l'orientamento giurisprudenziale maggioritario⁹⁹, il Legislatore ha, dunque, ricondotto il potere attribuito al GSE dal primo capoverso del comma 3 all'alveo dell'autotutela amministrativa (in specie di annullamento d'ufficio) non assumendo, a parere di chi scrive, alcun ostativo rilievo la circostanza che la norma continui a fare riferimento alla *decadenza*, dovendosi valorizzare unicamente i profili sostanziali e, quindi, l'espresso richiamo ai presupposti dell'annullamento d'ufficio¹⁰⁰. In sintesi, ai sensi del comma 3, primo cpv., il GSE può disporre la decadenza dell'incentivo (*rectius* annullare d'ufficio il provvedimento di attribuzione del beneficio) nel rispetto dei presupposti posti dall'art. 21-*nonies*, cit., ossia, oltre alla accertata illegittimità del provvedimento originario e alla sussistenza di ragioni di interesse pubblico, adeguatamente motivate e bilanciate con i contrapposti interessi privati, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dall'adozione del provvedimento annullando¹⁰¹. Tuttavia, sul presupposto che non è meritevole di tutela l'affidamento del privato che abbia indotto in errore l'amministrazione¹⁰², il comma 2-*bis* stabilisce che i provvedimenti amministrativi «conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato»¹⁰³, possono essere annullati anche oltre i dodici mesi. La portata applicativa della disposizione è strettamente connessa al rilievo se l'inciso «per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato» vada riferito esclusivamente alle «dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci» ovvero anche alle «false rappresentazioni dei fatti». Infatti, laddove si accedesse alla seconda impostazione, la possibilità di superare i dodici mesi sarebbe

⁹⁸ Sul punto, sia consentito rinviare a 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 *AmbienteDiritto*, 1/2021.

⁹⁹ Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali si v. L. ANIBALLI, *Il controllo del Gestore dei Servizi Energetici sugli incentivi alle fonti rinnovabili*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 221.

¹⁰⁰ Sui criteri di qualificazione di un provvedimento amministrativo, si v. Cons. Stato, ad. plen., 23 gennaio 2003, n. 3, secondo cui «un atto amministrativo non va qualificato in base alla definizione datane dall'autorità amministrativa che lo ha emanato, ma in relazione al suo effettivo contenuto», in *Foro it.*, 2006, 7, con nota di richiami di G. SIGISMONDI. In termini, cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6316; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 12 novembre 2007, n. 2876, che ha chiarito come «la qualificazione come revoca di un provvedimento di autotutela motivato in relazione non già alla inopportunità, ma alla illegittimità, configura una imprecisione emendabile e non invalidante»; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 10 agosto 2010, n. 2098; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2010, n. 2244. In dottrina, sull'attività di interpretazione del provvedimento amministrativo, si v. P. M. VIPIANA, V. CINGANO, *L'atto amministrativo*, Padova, 2012, 106, secondo cui «gli atti amministrativi vanno interpretati non solo in base al tenore letterale, ma anche risalendo alla effettiva volontà dell'amministrazione ed al potere concretamente esercitato, cosicché occorre prescindere dal *nomen iuris* adottato ai fini dell'inquadramento degli stessi all'interno delle tradizionali categorie dell'annullamento, che opera per vizi di legittimità, con effetto *ex tunc*, e della revoca, in presenza di vizi di merito, che opera *ex nunc*»; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 197 ss.; G. MELE, *Interpretazione dei contratti e interpretazione degli atti amministrativi*, in *Giur. Cass. civ.*, 1955, IV, 207 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Interpretazione giudiziaria degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1956, II, 1, 175 ss. Sugli elementi distintivi, anche ai fini della qualificazione, tra revoca e annullamento si v. G. PIPERATA, *Il ritiro del provvedimento amministrativo tra annullamento e revoca* (Nota a Cons. Stato sez. VI 14 gennaio 2009, n. 136), in *Gior. dir. amm.*, 2009, 1191.

maggiormente circoscritta dalla necessità che anche le *false rappresentazioni dei fatti* siano oggetto di accertamento penale con sentenza passata in giudicato. Tale questione, la cui rilevanza è stata opportunamente segnalata dal Consiglio di Stato¹⁰⁴, senza tuttavia ricevere adeguato componimento in sede legislativa, ha dato adito a un contrasto interpretativo. Sebbene non siano mancate posizioni difformi¹⁰⁵, l'orientamento oggi prevalente è nel senso che il presupposto accertamento giudiziale in sede penale riguarda unicamente il caso delle dichiarazioni sostitutive, non estendendosi anche alle false rappresentazioni dei fatti¹⁰⁶. Ne consegue che il superamento dei dodici mesi è consentito sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerente i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive): nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale; sia nel caso in cui l'acclarata erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso - non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva - si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco. Su questo crinale, peraltro, la giurisprudenza è giunta finanche ad equiparare la falsa rappresentazione alla erronea¹⁰⁷ od omessa¹⁰⁸ indicazione di rilevanti circostanze di fatto e di diritto¹⁰⁹. È stata avvertita¹¹⁰, condivisibilmente, la preoccupazione che un siffatto approccio giunga a dare rilievo anche alla valutazione che di una circostanza di fatto o di diritto il privato possa avere compiuto, con la conseguenza che, per tale via, si giungerebbe a un sostanziale svuotamento

¹⁰¹ Tale previsione era in linea con le indicazioni europee che pur richiedendo il necessario rispetto di termini di annullamento ragionevoli, non ne fissavano la concreta portata. In questo senso, si v. Corte di Giustizia, 12 luglio 1957, cause riun. 7/56, 3/57, 7/57, *Algera Dineke*, e altri c. Alta Autorità in *Racc.* 1957, 81 ss., punto III; Tribunale di primo grado, sez. II, 12 settembre 2007, cause T-25/04, *González y Díez*, SA c. Commissione; Tribunale di primo grado, sez. I ampliata, 16 ottobre 1996, causa T-336/94, *Efisol SA* c. Commissione, secondo cui «Il Tribunale ricorda inoltre che la Corte ha precisato nella sua giurisprudenza che, se l'atto idoneo a fondare il legittimo affidamento è revocato dall'amministrazione entro un termine ragionevole, il sorgere del legittimo affidamento non può essere accertato (cfr. *ex multis* Corte di Giustizia, 26 febbraio 1987, causa 15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo* c. Commissione, *Racc.* pag. 1005, punti 12-17) ». Sulla determinazione della ragionevolezza del termine cfr. Tribunale della funzione pubblica, sez. II, 11 settembre 2008, causa F-51/07, *Philippe Bui Van* c. Commissione, secondo cui «da una giurisprudenza costante risulta che la revoca di un atto amministrativo illegittimo deve avvenire entro un termine ragionevole. [...] Per quanto riguarda la revoca di un atto amministrativo, dalla giurisprudenza discende che la ragionevolezza del termine di revoca deve essere valutata in funzione delle circostanze proprie di ciascuna causa e, in particolare, della rilevanza della controversia per l'interessato, della complessità della causa nonché del comportamento delle parti coinvolte». Nell'ottica di garantire una maggiore stabilità dei provvedimenti e più appagante tutela al legittimo affidamento dei privati, la l. n. 124/2015 ha modificato l'articolo, prevedendo il limite temporale dei diciotto mesi. Tale limite, da ultimo, è stato portato a dodici mesi dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

¹⁰² Per un'analisi critica del profilo circa la tutela del legittimo affidamento in relazione al comportamento tenuto dal privato, anche alla luce dei principi espressi da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2017, si v. G. TROPEA, *Autotutela in edilizia: a piccoli passi verso la legalità*, in *Giur. It.*, 2020, spec. 652.

¹⁰³ Così il comma 2-bis dell'art. 21-*nonies*, cit.

¹⁰⁴ Il riferimento è al parere del Cons. Stato n. 839/2016, sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) e n. 1784/2016 sullo schema di decreto legislativo in materia di individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'art. 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

¹⁰⁵ Cfr. TAR Campania, Salerno, Sez. II, 16 gennaio 2019, n. 95.

¹⁰⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2019, n. 6975; id., Sez. VI, 4 febbraio 2019, n. 849; id., Sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940; id., Sez. IV, 8 novembre 2018, n. 6308.

¹⁰⁷ Si v. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 25 settembre 2018, n. 1604.

¹⁰⁸ Così TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 16 giugno 2020, n. 2441; Cons. Stato, Sez. IV, 18 luglio 2018, n. 4374.

¹⁰⁹ Parla espressamente della «prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo» Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2017.

della garanzia rappresentata dalla previsione del termine di esercizio del potere di annullamento.

Tale ultimo profilo è di dirimente rilievo nella materia che ci occupa, atteso che l'art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 241/1990 ha previsto che nei procedimenti avviati su istanza di parte aventi ad oggetto l'erogazione di benefici economici i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento sono comprovati mediante dichiarazioni sostitutive ovvero la diretta acquisizione dei documenti da parte dell'amministrazione procedente. Come è stato osservato¹¹¹, invero, le inefficienze dell'organizzazione amministrativa hanno determinato la sempre maggiore centralità delle autodichiarazioni, spostando così in capo al privato l'onere di ricostruire (e dichiarare) l'esistenza/inesistenza di situazioni di fatto o di diritto spesso attraverso la valutazione e l'interpretazione di un quadro normativo non lineare. Il profilo è rilevante in considerazione delle conseguenze che il d.p.r. n. 445/2000 prevede laddove le rese dichiarazioni dovessero essere *non veritiere*. Infatti, l'art. 75 d.p.r. cit. stabilisce che, qualora «emerge la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera». La portata afflittiva della disposizione è stata ulteriormente acuita a opera del d.l. n. 34/2020 che, aggiungendo il comma 1-*bis*, ha previsto che «la dichiarazione mendace comporta, altresì, la revoca degli eventuali benefici già erogati nonché il divieto di accesso a contributi, finanziamenti e agevolazioni per un periodo di 2 anni decorrenti da quando l'amministrazione ha adottato l'atto di decadenza». L'irrilevanza che la giurisprudenza ha attribuito all'elemento soggettivo¹¹² e all'accertamento penale della falsità¹¹³, in uno con il carattere automatico e vincolato della decadenza¹¹⁴ inducono a ritenere come la blanda protezione della stabilità del provvedimento (come risultante dalla richiamata lettura dell'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, fornita dalla giurisprudenza) si sposti sulla strutturale instabilità dei rapporti amministrativi fondati su presupposte dichiarazioni rese dal privato, laddove se ne dovesse accertare la non veridicità. Instabilità che, nella materia dell'erogazione degli incentivi pubblici, diventa particolarmente sensibile dal momento che gli atti assentivi si basano, prevalentemente, sulle autodichiarazioni della parte circa i requisiti soggettivi, le caratteristiche strutturali dell'impianto, la data di entrata in esercizio, la data di ultimazione dei lavori, etc. In sostanza, posto che l'erogazione degli incentivi viene assentita in ragione delle autodichiarazioni rese dalla parte l'eventuale accertamento dell'insussistenza di un requisito necessario per accedere al beneficio comporta la contestuale contestazione della non veridicità della dichiarazione e, dunque, la decadenza del beneficio ai sensi dell'art. 75 d.p.r. n. 445/2000, la cui applicazione è significativamente «fatta salva» dal comma 2-*bis* l. n. 241/1990¹¹⁵.

Di tale quadro, generale, si ha una diretta evidenza proprio con riferimento al sistema di incentivazione CER di cui in questa sede ci occupiamo. In ossequio agli obiettivi di massima semplificazione (obiettivi ribaditi dall'art. 4, comma 2, lett. e del Decreto RED II), la deliberazione 4 agosto 2020, 318/2020/R/EEL, Allegato A, prevede che, ai fini dell'accesso agli incentivi, l'interessato deve presentare, tra l'altro, la dichiarazione sostitutiva *ex* dpr 445/00, circa la sussistenza dei requisiti per l'accesso ai benefici¹¹⁶.

¹¹⁰ Sul punto, si v. M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in (a cura di M.A. SANDULLI) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, spec. 88, la quale stigmatizza il rischio che tale approccio valorizzi «errori di valutazione e/o ricostruzione del quadro normativo e/o tecnico di riferimento».

¹¹¹ M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in (a cura di M.A. SANDULLI) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 183.

¹¹² *Ex multis*, cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I *bis*, 23 luglio 2020, n. 8622. In argomento si consideri che il TAR Puglia, Lecce, ord. 17 settembre 2018, n. 1346 ha sollevato questione di illegittimità costituzionale che, tuttavia, con sentenza Corte cost. n. 199/2019 è stata dichiarata inammissibile.

¹¹³ Così TAR Puglia, Bari, Sez. II, 3 luglio 2020, n. 968.

¹¹⁴ Ad esempio, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 20 luglio 2020, n. 4634.

L'utilizzo della dichiarazione sostitutiva circa la sussistenza dei requisiti di legge per accedere all'incentivo - fondandosi spesso su riferimenti opinabili o non sempre di immediata comprensione, specie laddove si ricordi che la CER è costituita ontologicamente non da esperti operatori di settori ma da "semplici" cittadini - finisce con l'addossare su questi ultimi gli effetti di una possibile errata interpretazione delle condizioni di fatto e di diritto.

A parere di chi scrive, tali conseguenze potrebbero essere mitigate prevedendo in capo al GSE una più penetrante attività di controllo e verifica di quanto dichiarato nella fase antecedente l'erogazione dell'incentivo. A tale conclusione potrebbe pervenirsi valorizzando, in chiave di collaborazione amministrativa, quanto la ridetta delibera prevede al pt. 4.6, secondo cui «il GSE verifica che siano rispettati tutti i requisiti necessari per l'ammissibilità al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa e, nei soli casi in cui la predetta verifica abbia esito positivo: a) stipula la convenzione». Ebbene, tale verifica dovrebbe propriamente riguardare non già il mero controllo formale circa la sussistenza/insussistenza delle dichiarazioni sostitutive, ovvero la completezza formale delle stesse, ma dovrebbe estendersi a una verifica sostanziale e contenutistica sulla reale sussistenza delle condizioni di ammissibilità; il che potrebbe darsi laddove - nella fase di verifica - fosse prevista una apposita attività di comprova dei requisiti (auto-dichiarati), mediante la richiesta di documentazione a sostegno, alla stessa stregua di quanto avviene per le procedure a evidenza pubblica. Certamente il profilo si scontra con le ragioni di efficienza e celerità della procedura che sarebbero compromesse da una attività di verifica che - a fronte di una pluralità di richieste - potrebbe apparire particolarmente onerosa e lunga e, comunque, incompatibile con le sottese ragioni di speditezza. Il punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze, dunque, potrebbe essere rintracciato in una diversa condivisione di responsabilità tra la parte pubblica e l'istante privato, nel senso di prevedere, sul primo, l'onere di procedere - anche a campione - alla comprova di quanto autodichiarato dall'istante e, su quest'ultimo, le conseguenze deteriori della decadenza/annullamento dal beneficio unicamente laddove la falsità della dichiarazione fosse unicamente accertata giudizialmente.

5. Considerazioni conclusive.

La previsione di un regime di sostegno, consistente nell'erogazione di incentivi tariffari, rappresenta certamente un valido strumento per contribuire allo sviluppo delle CER e, anche per il loro tramite, al raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione.

¹¹⁵ Sulla circostanza che il comma 2-bis fa salva l'applicazione dell'art. 75 d.p.r. n. 445/2000 e, quindi, sulla applicabilità della decadenza alle ipotesi di falsità della dichiarazione si v. P. CERBO, *Brevi note sul potere di autotutela "tardivo"*, in *Giur. it.*, 2020, spec. 657. Sui problematici profili di compatibilità tra le due disposizioni, si v. M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in (a cura di M.A. SANDULLI) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 193. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 dicembre 2019, n. 8920, secondo cui l'art. 75 d.p.r. n. 445/2000 prevede «forme ben definite d'autotutela doverosa, poste a garanzia di supremi valori ed interessi dell'ordinamento contro la consolidazione degli effetti d'un atto illegittimo ed ingiusto e non tempestivamente revocato o annullato - aventi dunque una copertura costituzionale di forza superiore all'autotutela discrezionale ed un'efficacia parimenti generale e concorrente con i casi ordinari dell'autotutela discrezionale, oltre ad esser basate sulla delibazione predefinita del pubblico interesse a tal rimozione -, tant'è che l'art. 21-nonies, co. 2-bis, recato dalla novella ex art. 6, co. 1, lett. d), n. 2) della l. 7 agosto 2015 n. 124 (quindi, ben prima dei fatti di causa), ha fatto salve, tra le altre, le sanzioni previste dal capo VI del DPR 445/2000, tra cui, appunto, quelle dettate dal ripetuto art. 75», con la conseguenza che «non è vero dunque che esista solo l'autotutela discrezionale e che, comunque, essa vada esercitata nel termine di diciotto mesi di cui all'art. 21-nonies, co. 1, I per. della l. 241/1990, poiché è la stessa norma a prevedere le vicende in cui prevale l'esigenza di provvedere in autotutela doverosa o, il che negli effetti è lo stesso, dichiarare la decadenza dai benefici secondo la formula del ripetuto art. 75».

¹¹⁶ In particolare, viene richiesto, al pt. 4.3., che l'istante alleggi «una dichiarazione, resa ai sensi del DPR 445/00, in relazione al rispetto, da parte dei soggetti che intendono far parte della configurazione, di tutte le condizioni di cui al comma 3.1, lettere da a) a c)» e «d) allega una dichiarazione, resa ai sensi del DPR 445/00, in relazione al rispetto, da parte di tutti gli impianti di produzione presenti nella configurazione, dei requisiti previsti dal comma 3.1, lettera e); e) allega una dichiarazione, resa ai sensi del DPR 445/00, in relazione alla non sussistenza delle condizioni di incompatibilità dell'incentivazione per l'autoconsumo collettivo di cui all'articolo 42bis, comma 7, del decreto-legge 162/19».

La validità concreta di un tale sistema, tuttavia, non può essere apprezzata attraverso un'analisi atomistica della consistenza economica della tariffa ovvero delle modalità di erogazione, ma mediante una più ampia prospettiva volta a verificarne il grado di affidabilità. Soltanto se il sostegno economico è inteso come affidabile, ossia in grado di garantire un supporto stabile e omogeneo per ripagare le spese di investimento, allora può effettivamente acquisire un ruolo centrale per indurre gli investimenti volti allo sviluppo delle CER. Diversamente, a prescindere dall'entità e dalla misura dell'incentivo, laddove lo stesso fosse dalla collettività inteso come instabile, perché soggetto a possibili modifiche normative deteriori ovvero all'esercizio di poteri decadenziali *sine die*, un siffatto sistema dovrebbe definirsi strutturalmente incapace di perseguire i risultati sottesi.

L'indagine condotta ha consentito di apprezzare un diverso livello di stabilità del regime incentivante, a seconda della diversa prospettiva di rilevanza. Infatti, mentre il contesto normativo, europeo e nazionale, nel quale il nuovo regime è collocato sembra rendere non giustificabile, e quindi non ragionevole o logico, un mutamento normativo in senso peggiore in corso di erogazione dell'incentivazione, a diversa conclusione sembra doversi giungere con riferimento alla stabilità amministrativa, ossia alla estensione temporale del potere caducatorio attribuito al GSE. Infatti, ai fini dell'accesso agli incentivi, l'istante è tenuto a dichiarare - mediante dichiarazione sostitutiva *ex* dpr 445/00 - la sussistenza dei requisiti per l'accesso ai benefici. Gravano, dunque, sull'istante le conseguenze di una dichiarazione non veritiera, anche perché fondata su riferimenti opinabili o non di immediata comprensione. E ciò perché una tale ipotesi, allo stato delle interpretazioni giurisprudenziali sull'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990 e dell'art. 75 d.p.r. n. 445/2000, determinerebbe la possibilità per il GSE di controllare la veridicità delle dichiarazioni *sine die* e, in caso di difformità, di comminare la decadenza del beneficio, richiedendo la restituzione di quanto già erogato. Come si è evidenziato, tali conseguenze potrebbero essere mitigate prevedendo, anche con adeguate specificazioni nell'adottando decreto ministeriale, che la verifica nella fase precedente all'attribuzione dell'incentivo non si limiti unicamente a un controllo formale, ma si estenda a una verifica sostanziale e contenutistica sulla reale sussistenza delle condizioni di ammissibilità. E ciò potrebbe essere perseguito laddove fosse prevista un'apposita attività di comprova dei requisiti (auto-dichiarati), mediante la richiesta di documentazione a sostegno, alla stessa stregua di quanto avviene per le procedure a evidenza pubblica. La fisiologica frizione con le ragioni di efficienza e celerità della procedura potrebbe essere attenuata prevedendo una diversa condivisione di responsabilità tra la parte pubblica e l'istante privato, nel senso di limitare le conseguenze deteriori della decadenza/annullamento dal beneficio unicamente laddove la falsità della dichiarazione fosse accertata giudizialmente.

LA TUTELA DEL LUPO IN SPAGNA.

Riflessioni intorno alla recente svolta protezionistica spagnola.

Silvia Zanini¹

Abstract. Il presente contributo offre un'analisi del sistema spagnolo di gestione del lupo, che per decenni ha funzionato, geograficamente ed amministrativamente, "a singhiozzo", permettendo la caccia del predatore nelle Comunità Autonome situate a nord del fiume Duero (dove vive circa il 95% della popolazione di lupi spagnola). In questo panorama si è inserita, il 22 settembre 2021, l'ordinanza TED/980/2021, che ha introdotto il generale divieto di caccia al lupo su tutto il territorio spagnolo. Dopo una attenta analisi dell'iter logico-normativo che ha portato a questa storica svolta protezionistica, nella seconda parte dell'elaborato si riflette circa il più ampio panorama europeo in cui questa si inserisce, esaminando gli elementi di continuità che caratterizzano l'atteggiamento della più recente giurisprudenza europea in materia. In tal senso, si evidenzia come i concetti di spazio, di convivenza e di tempo paiano assumere nuove sfumature, aprendo la strada ad *input* di tutela sempre più audaci e che con sempre meno remore si affidano alle scienze ecologiche.

This article offers an analysis of the Spanish wolf management system, which for decades has functioned, geographically and administratively, 'in hiccups', allowing hunting of the predator in the autonomous communities located north of the Duero river (where about 95% of the Spanish wolf population lives). In this context, Ordinance TED/980/2021 was introduced on 22 September 2021, introducing a general ban on wolf hunting throughout Spain. After a careful analysis of the logical-normative process that led to this historic protectionist turn, the second part of the work reflects on the broader European panorama in which it is inserted, examining the elements of continuity that characterize the attitude of the most recent European jurisprudence on the matter. In this sense, it is highlighted how the concepts of space, coexistence and time seem to take on new nuances, paving the way for increasingly daring protection inputs that rely more and more on ecological science.

SOMMARIO: **1.** La distribuzione del lupo della penisola iberica. - **2.** Lo *status* giuridico del lupo in Spagna. - **2.1.** Il quadro di riferimento sovranazionale. - **2.2.** Il quadro di riferimento nazionale. - **2.3.** Lo spartiacque del 2021: la svolta protezionistica spagnola. - **2.3.1.** Le argomentazioni di ASCEL. - **2.3.2.** L'ordinanza ministeriale TED/980/2021 del 20 settembre 2021. - **3.** Non solo Spagna. Da che parte sta andando l'Europa. - **4.** Conclusioni. - Bibliografia.

¹ Ricercatrice post-dottorato presso l'ICALP (International Center for Animal Law and Policy), dell'Universitat Autònoma de Barcelona, e cultrice della materia in Diritto Amministrativo presso l'Università Ca' Foscari di Venezia. - Il presente lavoro è un'anticipazione tratta da un capitolo del volume "Il lupo tra mito e realtà" a cura del Prof. Marco Olivi edito da AmbienteDiritto.it in corso di pubblicazione. Ringrazio Marita Giménez-Candela, professoressa dell'Universitat Autònoma de Barcelona e direttrice dell'ICALP (International Center for Animal Law and Policy), per i preziosi suggerimenti ed il consueto sostegno, così come per l'attenta lettura di questo lavoro.

La distribuzione del lupo della penisola iberica.

Il rapporto tra uomo e lupo è da sempre complesso e fortemente condizionato dal contesto culturale ed economico delle realtà sociali che condividono spazi di vita col predatore². Per quanto riguarda l'Europa, si può affermare che al lupo è stata sempre associata una connotazione negativa, di pericolo, e la sua persecuzione -effettuata con tutti gli strumenti disponibili nel tempo, dalle trappole, al veleno, alle armi da fuoco- è stata per decenni una costante molto diffusa, per non dire organizzata e generalizzata. Questo ha determinato, dal XX sec., un drastico declino delle popolazioni di lupo, che ha portato quasi all'estinzione della specie in gran parte della geografia europea.

Fino a metà del XIX secolo, il lupo è stato presente in gran parte della penisola iberica, con una stima di 7.000-9.000 esemplari distribuiti su circa 440.000 km² di territorio spagnolo³. La sua presenza non ha subito particolari pressioni antropiche fino all'inizio del XX secolo, quando, come accaduto in numerosi Paesi europei, il predatore, nonostante sia una specie chiave per il ruolo che gioca nella regolazione degli ecosistemi, è stato considerato specie "parassita", e quindi nociva. Da qui, una repentina opera di eradicazione su tutto il territorio.

La presenza del predatore ha subito quindi un graduale ma drastico declino che ha raggiunto la sua massima espressione tra gli anni '50-'70, quando la popolazione di lupi residua si concentrava in un territorio di circa 82.000 km² situato nel nord-ovest della penisola (67% in Spagna, 23% in Portogallo), con alcune enclavi isolate nel centro e nel sud della Spagna⁴.

Verso gli anni '70, una serie di tappe normative ha permesso una -parziale- inversione di rotta.

Nel 1968 sono state soppresse le c.d. "Commissioni provinciali per l'estinzione degli animali nocivi e la protezione della caccia" (uno strumento amministrativo creato nel 1953 dal Ministero dell'Agricoltura che, attraverso i Comuni, si occupava di pagare i "premi agli uccisori di animali nocivi"), mentre nel 1970, con l'approvazione della legge spagnola sulla caccia (Legge 1/1970, 4 aprile), lo *status* legale del lupo è stato modificato da specie parassita a specie venatoria, non più sottoposta quindi ad una persecuzione sistematica e selvaggia, ma ad una gestione venatoria regolata nei tempi e nelle forme. Queste circostanze, unite alla graduale proibizione dell'uso di esche avvelenate⁵ e allo spopolamento dell'ambiente rurale -con la conseguente diminuzione degli allevamenti estensivi e aumento delle prede (soprattutto ungulati) - hanno portato, dalla fine del XX secolo, ad un lento e parziale recupero della popolazione iberica del lupo e alla ricolonizzazione da parte di questa di diverse aree della penisola.

Negli anni successivi, la ratifica della Convenzione di Berna sulla conservazione della vita selvatica e degli habitat naturali europei (nel 1986) e il recepimento della direttiva *Habitat* (nel 1995), hanno condotto alla classificazione del lupo come specie protetta anche in buona parte del

² Sul tema, L. BOITANI, *Ecological and cultural diversities in the evolution of wolf-human relationships*. In *Ecology and conservation of wolves in a changing world*: 3-12. Carbyn, L. N., Fritts, S. H., and Seip, D. R. (Eds.). Edmonton: Canadian Circumpolar Institute, 1995; S. H. FRITTS, R. O. STEPHENSON, R. D. HAYES, L. BOITANI, *Wolves and Humans*, in *Wolves: Behavior, Ecology, and Conservation*, ed. by L. David Mech and Luigi Boitani, Chicago & London: University of Chicago Press, 2003.

³ M. RICO, J. P. TORRENTE, *Caza y rarificación del lobo en España, investigación histórica y conclusiones biológicas*, GALEMYS, 2000, 12 (NE): 167-179.

⁴ G. CHAPRON, P. KACZENSKY ET AL., *Recovery of large carnivores in Europe's modern human-dominated landscapes.*, *Science*, 2014, 346: 1517-1519.

⁵ Inizialmente la legge sulla caccia lasciava aperta la possibilità di utilizzare esche avvelenate per la cattura della fauna selvatica a seguito dell'ottenimento di una autorizzazione amministrativa. Successivamente, la legge 4/1989, del 27 marzo 1989, sulla conservazione degli spazi naturali e della flora e fauna selvatiche Flora e fauna selvatica, ha vietato il possesso, l'uso e la commercializzazione di tutte le tecniche massive o non selettive finalizzate alla cattura o all'uccisione di animali, e in particolare i veleni (art. 34). Dal 1995 l'uso del veleno contro la fauna è un reato (*Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, art. 336).

territorio spagnolo (nello specifico, dei territori a sud del fiume Duero, come si illustrerà nel proseguo).

In questo rinnovato panorama di protezione più o meno rigorosa (la gestione del lupo, come si dirà, differiva molto a seconda della Comunità Autonoma di riferimento), si è assistito ad un parziale recupero della popolazione di lupo che si è poi arrestato -a causa della frammentata gestione amministrativa della specie e al fattore concernente l'alto tasso di mortalità non naturale⁶- a partire dall'inizio del XXI secolo, stagnandosi a livello numerico e di distribuzione delle popolazioni, sia in Spagna che in Portogallo⁷.

A tal riguardo, si vuole fare riferimento ai due principali studi realizzati sul tema, entrambi coordinati dall'amministrazione centrale (l'Istituto per la Conservazione della Natura e il Ministero dell'Agricoltura, Alimentazione Ambiente).

Tra il 1986 e il 1988, su incarico dell'allora Istituto per la Conservazione della Natura (ICONA), è stato realizzato il primo studio nazionale per valutare la distribuzione, lo stato e le problematiche del lupo in Spagna⁸. Secondo questo studio, l'area di distribuzione della popolazione spagnola di lupi -che costituiva circa l'80% della popolazione di lupi iberici-, stimata in 294 gruppi familiari, copriva circa 100.000 km², ed era concentrata per più del 90% nel quadrante nord-occidentale del Paese, dove la popolazione mostrava una tendenza positiva. Nella metà meridionale della Spagna⁹ erano localizzati invece due nuclei residui e isolati con tendenza regressiva, tanto da essere considerati come popolazioni in pericolo.

Più di recente, tra il 2012 e il 2014, è stata condotta dal Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (MAPAMA) una seconda indagine nazionale sui lupi in Spagna¹⁰, che ha stimato la presenza di 297 gruppi distribuiti su 91.620 km². Come è evidente, la comparazione dei due studi¹¹ testimonia che non sono stati riscontrati cambiamenti significativi dagli anni '80 ad oggi, né rispetto al numero di gruppi di riproduzione (sceso da 294 a 297), né rispetto all'area di distribuzione (passata da 100.000 km² a 91.620 km², con una concentrazione di lupi quasi totale a nord).

E' in tale panorama distributivo che si inserisce, il 20 settembre 2021, l'ordinanza TED/980/2021 del Ministero spagnolo per la Transizione Ecologica e la Sfida Demografica, che include il lupo (*Canis lupus*) nella Lista delle specie protette (Listado/LESRPE) in tutto il territorio spagnolo, eliminando la storica distinzione tra territori a sud e a nord del fiume Duero.

Per completezza espositiva si specifica che anche in Portogallo si riscontra una presenza di lupi debole e frammentata a sud ed una popolazione più robusta e compatta nei territori settentrionali (collegata alla popolazione di lupi spagnola).

⁶ La descritta espansione, infatti, ha incontrato un mondo rurale in regressione, disabituato a convivere coi predatori, in quel momento storico ormai quasi scomparsi. Da qui il conflitto sociale, tutt'oggi molto acceso, che ha fatto riemergere l'idea del lupo come animale pericoloso e dannoso, da eliminare, che ha portato ad un aumento del bracconaggio e dell'uso di veleno. Nello specifico, l'uso illegale del veleno è una pratica che, sebbene purtroppo ancora diffusa in tutta l'Europa, risulta estremamente radicata nel territorio spagnolo. Sul punto si segnala, per approfondimenti, il recente studio del Wwf "El veneno en España evolución del envenenamiento de fauna silvestre (1992-2017)", di D. DE LA BODEGA, C. CANO Y E. MÍNGUEZ, del 2020.

⁷ M. QUEVEDO, J. ECHEGARAY, A. FERNÁNDEZ-GIL, J. A. LEONARD, J. NAVES, A. ORDIZ, E. REVILLA & C. VILÀ, *Lethal management may hinder population recovery in Iberian wolves*, BIODIVERSITY & CONSERVATION, 2019, 28 (2): 415-432.

⁸ J. C. BLANCO, S. REIG & L. DE LA CUESTA, EL LOBO EN ESPAÑA. SITUACIÓN, PROBLEMÁTICA Y APUNTES SOBRE SU ECOLOGÍA. ICONA, 1990, Madrid, p. 118. J. C. BLANCO, S. REIG, *Distribution, status and conservation problems of the Canis lupus in Spain*, December 1992, *Biological Conservation*, 60(2):73-80

⁹ Ci si riferisce alla Estremadura e alla Sierra Morena.

¹⁰ MAGRAMA (2016). *Censo 2012-2014 de lobo ibérico (CANIS LUPUS, Linnaeus, 1758) en España*. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Madrid. Consultabile su https://www.miteco.gob.es/en/biodiversidad/temas/inventarios-nacionales/inventario-especies-terrestres/ieet_mamiferos_censo_lobo.aspx

¹¹ I due studi possono essere comparati dal momento che sono stati entrambi promossi e coordinati dall'amministrazione centrale e sono stati realizzati prendendo in considerazione i medesimi criteri spaziali (l'intero territorio spagnolo) e temporali (un periodo di tempo di 2-3 anni). Per approfondimenti: www.loboiberico.com

A livello giuridico, però, tutti i lupi sono soggetti ai regimi dell'allegato II (istituzione di aree Natura 2000) e dell'allegato IV (protezione rigorosa) della Direttiva Habitat. Inoltre, il lupo è catalogato come *taxon* «in pericolo di estinzione» dal 1988 (Legge 90/88), *status* cui corrisponde il massimo grado di protezione legale a livello nazionale.

Anche in Portogallo le indagini nazionali effettuate sulla distribuzione del lupo (la prima nel 1994-1996, che ha stimato la presenza di 55-60 gruppi di lupi¹², e la seconda nel 2002-2003, che ne ha stimati tra 51 e 63¹³) suggeriscono che non ci sono prove significative circa il recupero del lupo nel Paese negli ultimi decenni¹⁴. Tale dato -che, a ben vedere, cozza con il livello di protezione alto riservato alla specie e, anzi, ne suggerisce l'inefficacia- deriverebbe dalla mortalità innaturale cui la specie è sottoposta (caccia illegale, avvelenamento, ecc.), dalla scarsa presenza di ungulati selvatici (presenza che però sta aumentando notevolmente negli ultimi anni) e - elemento centrale ai fini del presente contributo- dall'influenza che la confinante (e, come anticipato, frammentata) gestione spagnola del lupo ha da decenni sulla popolazione portoghese.

Lo status giuridico del lupo in Spagna.

La distribuzione del lupo sul territorio spagnolo -disomogenea sia a livello numerico che territoriale- è sempre stata strettamente interconnessa con le scelte legislative concernenti la gestione delle sue popolazioni. Come accennato, infatti, si è passati da uno *status* giuridico che promuoveva l'eradicazione del lupo ad uno che garantisce una piena protezione dello stesso, passando per decenni di regolamentazione assolutamente non uniforme, che ha segnato la vita e la presenza di questo predatore sul territorio dell'intera penisola iberica, rendendo la Spagna, fino a tempi recentissimi, l'unico Paese dell'Europa occidentale che permetteva, su parte del suo territorio, la caccia al lupo. Nonostante oggi si possa ritenere interrotta la frammentazione della gestione giuridica spagnola del lupo grazie alla citata ordinanza ministeriale TED/980/2021, pare utile ricostruire l'*iter* storico e giuridico che ne ha caratterizzato la gestione negli ultimi decenni e che ha portato alla recente virata protezionistica, così da poterla meglio contestualizzare, comprendere ed analizzare.

Il quadro di riferimento sovranazionale.

Per quanto d'interesse, rilevano principalmente tre strumenti sovranazionali che hanno avuto un importante ruolo nella regolamentazione del lupo in Spagna:

- C.I.T.E.S., *Convention on International Trade of Endangered Species* (Convenzione sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate di estinzione), firmata a *Washington* nel 1973, cui la Spagna ha aderito il 16 maggio 1986.

Questa Convenzione impone una stringente regolazione del commercio, importazione ed esportazione delle specie minacciate a livello globale.

¹² IUCN (1997). CONSERVAÇÃO DO LOBO EM PORTUGAL. *Projeto realizado ao abrigo do programa Life. Relatório final*. Lisboa, p. 231.

¹³ V. PIMENTA, I. BARROSO, F. ÁLVARES, J. CORREIA, G. FERRÃO DA COSTA, L. MOREIRA, J. NASCIMENTO, F. PETRUCCI-FONSECA, S. ROQUE & E. SANTOS, SITUAÇÃO POPULACIONAL DO LOBO EM PORTUGAL, RESULTADOS DO CENSO NACIONAL 2002/2003. *Relatório Técnico*, Instituto da Conservação da Natureza/Grupo Lobo, 2005.

¹⁴ R. TORRES, C. FONSECA, *Perspectives on the Iberian wolf in Portugal: population trends and conservation threats*. BIODIVERSITY AND CONSERVATION. 25(3), Springer, 2016, p. 411-423. 6

Nella Convenzione, il *canis lupus* è inserito nell'Appendice II (specie potenzialmente minacciate, il cui commercio è severamente controllato), salvo le popolazioni di lupo di *Bhutan*, *India*, *Nepal* e *Pakistan*, che sono inserite nell'Appendice I (specie minacciate) e che sono soggette ad una regolamentazione più rigida.

Il regolamento (CE) 338/97 del 9 dicembre 1996, di applicazione della CITES, alza il livello di protezione¹⁵ della specie *canis lupus* all'interno della Comunità Europea includendola nell'allegato A (che vieta l'acquisto, l'offerta di acquisto, l'acquisizione in qualunque forma a fini commerciali, l'esposizione in pubblico per fini commerciali, l'uso a scopo di lucro e l'alienazione, nonché la detenzione, l'offerta o il trasporto a fini di alienazione di esemplari della specie, ad eccezione delle deroghe previste dall'art. 8 del medesimo regolamento) ad esclusione delle popolazioni della Spagna a nord del fiume Duero e della Grecia a nord del 39° parallelo, che sono invece incluse nell'Allegato B¹⁶, avendo tali Paesi formulato apposita parziale riserva (l'introduzione nella Comunità di esemplari di specie elencate in questo allegato a fini commerciali è subordinata alla presentazione di una licenza di esportazione rilasciata dallo Stato esportatore e dall'emissione di una licenza di importazione da parte dello Stato membro di destinazione rilasciata dall'autorità scientifica competente).

Allegato A - *Canis lupus* (I/II)

*(Tutte le popolazioni ad eccezione di quelle della Spagna a nord del Duero e della Grecia a nord del 39° parallelo. Le popolazioni di Bhutan, India, Nepal e Pakistan figurano nell'appendice I; tutte le altre popolazioni figurano nell'appendice II. Esclude la forma addomesticata e il dingo, denominati *Canis lupus familiaris* e *Canis lupus dingo*);*

Allegato B - *Canis lupus* (II)

*(Popolazioni della Spagna a nord del Duero e della Grecia a nord del 39° parallelo. Esclude la forma addomesticata e il dingo, denominati *Canis lupus familiaris* e *Canis lupus dingo*)*

Si è optato quindi per una regolamentazione differenziata, basata sulla collocazione geografica delle popolazioni di lupo.

- La Convenzione di Berna, del Consiglio d'Europa, sulla conservazione della vita selvatica e degli habitat naturali europei, firmata nel 1979 per promuovere la cooperazione tra i Paesi firmatari al fine di conservare la flora e la fauna selvatiche e il loro ambiente naturale e proteggere le specie migratorie in via di estinzione (art. 1). Il *canis lupus*, nello specifico, risulta

¹⁵ Il regolamento (CE) 338/97 del 9 dicembre 1996, di applicazione della CITES, non rappresenta una mera normativa di applicazione. Esso, infatti, si discosta parzialmente dalle previsioni della Convenzione in modo da rispondere al meglio alle esigenze particolari degli Stati dell'Unione europea. Nello specifico, adotta misure più restrittive rispetto a quelle imposte dalla Convenzione CITES.

¹⁶ L'allegato B comprende le specie che figurano nell'appendice II della Convenzione, le specie elencate nell'appendice I per le quali è stata avanzata una riserva dagli stati membri della Comunità, le specie somiglianti ad altre specie presenti negli allegati A o B (questo per garantire l'efficacia dei controlli) e le specie la cui introduzione nell'ambiente naturale della Comunità costituisca un pericolo ecologico per le specie indigene. L'introduzione nella Comunità di esemplari di specie elencate nell'allegato B del presente regolamento è subordinata all'attuazione delle verifiche necessarie e alle previa presentazione, presso l'ufficio doganale frontaliere d'introduzione, di una licenza d'importazione rilasciata da un organo di gestione dello Stato membro di destinazione nell'osservanza delle restrizioni imposte ai sensi del paragrafo 6 e nel rispetto dei seguenti presupposti: a) l'autorità scientifica competente, previo esame dei dati disponibili e tenendo conto di ogni parere del gruppo di consulenza scientifica, è del parere che non vi siano indicazioni che l'introduzione nella Comunità non abbia effetti negativi sullo stato di conservazione della specie o sull'estensione del territorio occupato dalla popolazione della specie interessata, dato il livello attuale o previsto del commercio. Tale parere rimane valido per le importazioni ulteriori finché i suddetti elementi non siano variati in modo significativo; b) il richiedente fornisce la prova documentale che la sistemazione prevista nel luogo di destinazione di un esemplare vivo è attrezzata adeguatamente per conservarlo e trattarlo con cura; c) ricorrono i presupposti di cui al paragrafo 1, lettera b), punto i), e lettere e) e f).

incluso nell'allegato II («specie di fauna rigorosamente protette») ed è quindi assoggettato ad un rigido sistema di divieti rispetto alla sua cattura, uccisione, detenzione e commercio¹⁷.

La Spagna, alla ratifica della Convenzione, avvenuta nel 1986, ha formulato espressa riserva ex art. 22¹⁸, escludendo quindi il lupo dall'allegato II e includendolo invece nell'allegato III («Specie di fauna protette»): qualsiasi sfruttamento della fauna selvatica inclusa in questo allegato deve essere regolamentato «in modo da non comprometterne la sopravvivenza» (regolamentazione dello sfruttamento, del trasporto o della vendita, ecc. - art. 7¹⁹).

- Possono essere previste delle deroghe a tali divieti (così come ai divieti previsti per le specie elencate negli Allegati I e II) nel caso in cui non ci siano alternative e a condizione che tali deroghe non rechino danno alla sopravvivenza della popolazione in oggetto, nonché: - nell'interesse della protezione della flora e della fauna; - per prevenire importanti danni a colture, bestiame, zone boschive, riserve di pesca, acque ed altre forme di proprietà; - nell'interesse della salute e della sicurezza pubblica, della sicurezza aerea o di altri interessi pubblici prioritari; - per fini di ricerca e educativi, per il ripopolamento, per la reintroduzione e per il necessario allevamento; - per consentire, sotto stretto controllo, su base selettiva ed entro limiti precisati, la cattura, la detenzione o altro sfruttamento giudizioso di taluni animali e piante selvatiche in pochi esemplari (art. 9). In tal caso, si specifica, è vietato il ricorso a mezzi non selettivi di cattura e di uccisione, nonché il ricorso a mezzi suscettibili di provocare localmente la scomparsa o di compromettere la tranquillità degli esemplari di una data specie (art. 8).

- A livello europeo, infine, è stata adottata la fondamentale Direttiva 92/43/CEE (c.d. Direttiva Habitat), che inserisce il *canis lupus* tra le «Specie d'interesse comunitario», (lasciando in capo agli Stati membri il trasferimento del concetto in una equivalente categoria nazionale di protezione). Lo scopo della Direttiva è «contribuire a garantire la conservazione degli habitat naturali e della fauna e flora selvatiche nel territorio europeo degli Stati membri», intendendo per «conservazione» tutte le misure necessarie per mantenere o ripristinare gli habitat naturali e le popolazioni di specie di fauna e flora selvatiche in uno «stato favorevole», ovvero in una situazione indubbiamente in grado di garantire ottime possibilità di persistenza nel lungo periodo.

¹⁷ E' assoggettato alla previsione dell'art. 6, secondo il quale è vietato: «a) qualsiasi forma di cattura intenzionale, di detenzione e di uccisione intenzionale; b) il deterioramento o la distruzione intenzionali dei siti di riproduzione o di riposo; c) il molestare intenzionalmente la fauna selvatica, specie nel periodo della riproduzione, dell'allevamento e dell'ibernazione, nella misura in cui tali molestie siano significative in relazione agli scopi della presente convenzione; d) la distruzione o la raccolta intenzionali di uova dall'ambiente naturale o la loro detenzione quand'anche vuote; e) la detenzione ed il commercio interno di tali animali, vivi o morti, come pure imbalsamati, nonché di parti o prodotti facilmente identificabili ottenuti dall'animale, nella misura in cui il provvedimento contribuisce a dare efficacia alle disposizioni del presente articolo.»

¹⁸ Art. 22, co.1, Convenzione di Berna. «Qualsiasi Stato può, al momento della firma o del deposito del suo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione, formulare una o più riserve nei confronti di talune specie elencate negli allegati da I a II e/o, per talune delle specie indicate nella o nelle riserve, formulare riserve nei confronti di taluni mezzi o metodi di caccia e di altre forme di sfruttamento contemplate all'allegato IV. Non sono ammesse riserve di carattere generale [...]».

¹⁹ Art. 7, co. 1. «Ogni parte contraente adotterà le necessarie e opportune leggi e regolamenti onde proteggere le specie di fauna selvatica enumerate all'allegato III. 2. Qualsiasi sfruttamento della fauna selvatica elencata all'allegato III sarà regolamentato in modo da non compromettere la sopravvivenza di tali specie, tenuto conto delle disposizioni dell'articolo 2. 3. Le misure da adottare comprendono segnatamente: a) periodi di chiusura e/o altri provvedimenti atti a regolare lo sfruttamento; b) il divieto temporaneo o locale di sfruttamento, ove necessario, onde ripristinare una densità soddisfacente delle popolazioni; c) la regolamentazione, ove necessario, di vendita, detenzione, trasporto o commercializzazione di animali selvatici, vivi o morti.»

Per la maggior parte degli stati membri (tra cui l'Italia), il lupo è inserito negli Allegati II e IV: la sua caccia non è consentita, ma occasionalmente, in circostanze eccezionali (ci si riferisce per lo più a casi di lupi ritenuti particolarmente problematici per la pressione predatoria sul bestiame in particolari aree o situazioni sociali), possono essere temporaneamente applicate alcune deroghe *ex art.* 16 della Direttiva, purché sia mantenuto il citato «stato di conservazione favorevole» della specie interessata nella sua «area di ripartizione naturale». Per la richiesta di deroga è necessaria la dimostrazione della corretta e scrupolosa applicazione delle misure preventive e delle altre soluzioni alternative al prelievo. Anche questa Direttiva prevede espressamente (art. 2, co, 3) la possibilità per gli Stati membri di formulare specifiche riserve tenendo conto delle peculiarità regionali, sempre assicurando che la rigorosa protezione della specie interessata non entri comunque in conflitto con la protezione di altre specie.

Per i Paesi europei che hanno deciso di formulare espressa riserva per il lupo, il *taxon canis lupus* è invece inserito nell'Allegato V della Direttiva: la sua caccia è legale, sebbene regolata (ci si riferisce ad alcune zone della Grecia, della Spagna e della Finlandia, nonché Bulgaria, Lettonia, Lituania, Polonia, e Slovacchia).

Per quanto concerne specificatamente il caso della Spagna, anche la direttiva Habitat prende il fiume Duero come riferimento geografico per effettuare il distinguo relativo al livello di protezione del lupo:

Lupi a sud del Duero: inclusi nell'allegato II («specie animali e vegetali di interesse comunitario per la cui conservazione devono essere designate zone speciali di conservazione»), e nell'allegato IV («specie animali e vegetali di interesse comunitario che richiedono una protezione rigorosa»);

Lupi a nord del Duero: inclusi nell'allegato V («specie animali e vegetali di interesse comunitario, la cui raccolta in natura e il cui sfruttamento possono essere oggetto di misure di gestione»).

Il quadro di riferimento nazionale.

La Direttiva *Habitat* è stata recepita nel diritto spagnolo dalla Legge 42/2007 sul patrimonio naturale e la biodiversità, in seno alla quale sono stati creati la Lista delle specie selvatiche in regime di protezione speciale (LESPRE, da ora Lista) ed il Catalogo spagnolo delle specie minacciate (CEEAA, da ora Catalogo). Entrambi gli strumenti, approvati col Regio Decreto 139/2011 del 4 febbraio, implicano misure di protezione amministrativa e l'applicazione del Codice penale rispetto ai *taxa* interessati.

Nello specifico, la Lista include specie, sottospecie e popolazioni che sono degne di particolare attenzione (protezione preventiva) in base al loro valore scientifico, ecologico o culturale, alla loro unicità, rarità o grado di minaccia, nonché le specie elencate come protette negli allegati delle direttive e convenzioni internazionali ratificate dalla Spagna (art. 56). Il Catalogo è riservato invece a *taxa* la cui sopravvivenza è, o può diventare, improbabile a causa di fattori avversi. Queste specie, rispetto alle quali è obbligatoria l'approvazione di piani di conservazione e di recupero (protezione proattiva), sono classificate come (art. 58): a) *in pericolo*: *taxa* o popolazioni la cui sopravvivenza è improbabile se i fattori causali della loro situazione attuale continuano ad agire; o b) *vulnerabili*: *taxa* o popolazioni che rischiano di passare alla categoria precedente nell'immediato futuro se i fattori avversi che agiscono su di loro non vengono corretti.

Il *canis lupus* non è mai stato incluso in nessuna delle sottocategorie del Catalogo delle specie minacciate, mentre nel giugno 2019 (e solo da giugno 2019) è stato incluso nella Lista, ma limitatamente alle popolazioni situate a sud del fiume Duero²⁰. La disomogeneità del rappresentato quadro normativo è stata inoltre incrementata dalle Comunità Autonome che, dal canto loro, hanno optato negli anni per gestioni del lupo differenti, mostrando una disparità di criteri e di approcci che variavano considerevolmente da un territorio all'altro, creando un caotico intreccio di normative. Per meglio rendere l'idea, si tenga presente che il sistema di regolamentazione nelle diverse comunità autonome, all'entrata in vigore dell'ordinanza del settembre 2021, era il seguente: Il lupo come *specie cinegetica*: Comunità Autonome a nord del fiume Duero (Galizia²¹, Cantabria²², Castilla y León²³, La Rioja²⁴); Il lupo come *specie non cinegetica* ma che comunque poteva essere *oggetto di interventi di controllo* delle popolazioni: Principato delle Asturie²⁵. Bassa o assente considerazione del lupo. Si tratta di Comunità dove si riscontra una presenza solo sporadica (se non assenza) di popolazioni di lupo: il *taxon* non era considerato come cinegetico ma, al contempo, vi era una *assenza di piani di gestione e/o recupero* dello stesso

²⁰ Precedentemente, solo i lupi di Andalusia, Castilla La Mancha ed Extremadura (BOE-A-2011-3582, pag. 28) erano coperti dalla legislazione nazionale (in violazione, a ben vedere, del citato art. 56 e degli obblighi derivanti dalla Convenzione di Berna e dalla direttiva Habitat).

²¹ Legge 9/2001, del 21 agosto, sulla conservazione della natura in Galizia; Decreto 284/2001, dell'11 ottobre, che include il lupo come specie cinegetica nell'allegato IV; piano di gestione del lupo in Galizia regolato dal Decreto 297/2008, del 30 dicembre. Gli ordini di caccia annuali fissavano i periodi venatori; si autorizzava la caccia al lupo a seguito del verificarsi di danni. Non venivano rilasciati permessi per la caccia sportiva della specie, ma i cacciatori partecipavano alle operazioni di caccia autorizzate per controllare i danni.

²² Ordinanza MED/5/2019, del 28 marzo, approva il piano di gestione del lupo in Cantabria. Controlli di popolazione autorizzati sia durante che fuori la stagione di caccia ed effettuati con la partecipazione del personale amministrativo (agenti forestali "T.A.M.N.") e dei cacciatori autorizzati.

²³ Legge sulla caccia 9/2019 de Castilla y León. La gestione del lupo prevedeva l'esercizio della caccia nelle riserve private e nelle riserve regionali di caccia, tramite un sistema di aste. In questa Comunità Autonoma chiunque poteva liberamente acquistare un permesso per cacciare il lupo. Ciò attirava cacciatori provenienti da tutto il mondo, incrementando un vero e proprio circuito di business (il prezzo di un trofeo all'asta variava da 3.000 a 7.500 euro). Si segnala che, nel dicembre 2019, l'Alta Corte di Giustizia di Castilla y León (TSJCyL), a seguito di un ricorso di ASCEL, Associazione per la conservazione e lo studio del lupo iberico, ha annullato il Piano regionale di sfruttamento del lupo nelle stagioni 2016/2017, 2017/2018 e 2018/2019 e ha dichiarato illegittima l'uccisione dei 173 lupi uccisi nel suddetto periodo. La Corte ha imposto alla Junta de Castilla y León una sanzione di 842.751 euro al fine di "riparare i danni causati all'ambiente dalla caccia al lupo". La sentenza ha inoltre richiesto all'amministrazione la presentazione di un "programma che, come minimo, deve includere le azioni necessarie per il recupero del lupo iberico, la sua conservazione e per la diffusione dell'importanza della specie [...] tenendo sempre presente che l'obiettivo è quello di riparare i danni causati all'ambiente dalla caccia al lupo". Questa decisione, con ben pochi precedenti internazionali, ha avuto molta risonanza e ha costretto la Junta de Castilla y León a sospendere la caccia al 60% della popolazione di lupi per più di un anno, nelle more del procedimento.

²⁴ Legge sulla caccia 9/1998; Decreto 17/2004, del 27 febbraio, che approva il regolamento di caccia di *La Rioja*. Venivano stabiliti ordini di caccia annuali che regolavano le stagioni di caccia (da ottobre a febbraio). Al di fuori di dette stagioni di caccia e in caso di danni al bestiame nella Riserva Regionale di Caccia, la Giunta Regionale rilasciava autorizzazioni eccezionali per il controllo della popolazione. Anche nel resto del territorio, in caso di danni sul bestiame, poteva comunque essere autorizzato l'abbattimento di lupi.

²⁵ Il lupo era una specie con status giuridico "non classificato" (Decreto 23/2015). Nonostante ciò, era oggetto di importanti e mirati piani biennali di gestione e di controllo della popolazione basati sulla soppressione, ai quali partecipavano anche i cacciatori. In detti piani veniva inoltre individuata la zona di esclusione del lupo (c.d. zona di presenza sporadica), ovvero un'area dove tutti gli esemplari di lupo presenti potevano essere abbattuti in qualsiasi momento dell'anno.

(come invece avrebbe dovuto essere²⁶): Aragon, Madrid, Catalogna, Comunità Valenciana²⁷, Murcia e Navarra²⁸, Extremadura e Castilla-La Mancha²⁹, Andalusia³⁰.

Il caso a sé dei *Paesi Baschi*. Storicamente, nonostante la specie non fosse classificata cinegetica e la sua presenza fosse sporadica, la caccia veniva autorizzata per controllare i danni, soprattutto al bestiame. Le operazioni di caccia, che hanno impedito l'insediamento del lupo nel territorio, sono terminate in seguito all'inclusione del *taxon canis lupus* nel catalogo basco delle specie minacciate, nella categoria «interesse speciale», con l'ordinanza del 2 marzo 2020 (pubblicata in BOPV n° 51, 13 marzo 2020)³¹.

In sintesi, quindi, la caccia al lupo nelle Comunità Autonome a nord del fiume Duero (ovvero quelle dove vive quasi la totalità dei lupi spagnoli) è stata utilizzata fondamentalmente come strumento di controllo delle popolazioni per esercitare, almeno sulla carta, un'azione preventiva sui danni, specialmente al bestiame (ad eccezione della Galizia, che applicava questa misura principalmente quando il danno si era già verificato).³²

Tale sistema di gestione ha avuto un effetto particolarmente negativo sulla conservazione della popolazione di lupi su tutto il territorio spagnolo, così come constatato dalla IUCN (INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE) nella Lista Rossa³³ per la Spagna del 2019³⁴.

Lo spartiacque del 2021: la svolta protezionistica spagnola.

Ricapitolando, quindi, fino a settembre 2021, solo i lupi spagnoli situati a sud del fiume Duero

²⁶ Il "Piano d'azione europeo per il lupo" del 2000 e i rapporti di revisione sullo "stato delle popolazioni di grandi carnivori in Europa" elaborati tra il 2012 e il 2016 dalla "*Large Carnivore Conservation Initiative for Europe*" (LCIE) contemplano, infatti, come obiettivi primari il mantenimento ed il ripristino di popolazioni vitali di lupi, così come l'estensione delle loro aree di distribuzione "quando possibile". Per approfondimenti: www.lcie.org.

²⁷ In queste Comunità Autonome il lupo non era incluso nel Catalogo Regionale delle specie di fauna e flora selvatiche in pericolo di estinzione, né esisteva un piano per il suo recupero.

²⁸ In queste Comunità Autonome il lupo era catalogato a livello regionale come specie "estinta", non esistevano studi di fattibilità relativi alla sua reintroduzione o piani di recupero.

²⁹ Il lupo è una specie «in pericolo», secondo il Catalogo Regionale delle Specie Minacciate (rispettivamente: Decreto 57/2018 e Decreto 33/1998) ma, ciò nonostante, non esisteva un piano di recupero della specie.

³⁰ La specie è inclusa nella Lista Andalusia di Specie Selvatiche in Regime di Protezione Speciale, approvata con Decreto 23/2012, allegata al Catalogo Andaluso di Specie Minacciate. Il Libro Rosso dei Vertebrati Minacciati dell'Andalusia (che, si precisa, è un documento senza implicazioni legali) include il lupo come *taxon* in "pericolo critico di estinzione". Nonostante ciò, mancava un piano di recupero e/o gestione della specie.

³¹ Questa catalogazione regionale risulta essere il primo riconoscimento di protezione regionale per la frazione di popolazione di lupi situata a nord del fiume Duero -conquista da associare alle azioni amministrative e giudiziarie del *Grupo Lobo de Euskadi*.

³² Nel concreto, il lupo veniva cacciato nelle battute ordinarie di altre specie, come il cinghiale o il cervo, con costi aggiuntivi quasi inesistenti e, soprattutto, con nessun valore aggiunto (ad eccezione le Riserve di Caccia di Castilla y León, dove, come si è visto, esisteva un vero e proprio sistema di sfruttamento commerciale intorno alla caccia al lupo).

³³ I "Libri rossi e le Liste rosse" sono cataloghi di *taxa* che assegnano una valutazione rispetto allo stato di conservazione e vulnerabilità delle varie specie, seguendo le raccomandazioni delle categorie di protezione dell'Unione internazionale per la conservazione della natura (IUCN). Tali strumenti, per quanto preziosi e affidabili, non hanno valore giuridico.

³⁴ Secondo la Lista Rossa globale dell'IUCN (2018), infatti, il lupo è una specie della categoria "LC" (Least Concern/Minima preoccupazione) e ha una tendenza «Stabile», non essendo in «Espansione». La più recente analisi delle specie della Lista Rossa IUCN per la Spagna realizzata nel 2019, evidenzia però la "speciale attenzione" richiesta dal lupo in Spagna a causa delle minacce di conservazione esistenti. Il Libro Rojo de los Mamíferos Terrestres de España, infatti, include il lupo nella categoria "NT" (Near Threatened/Casi Amenazado). Le ragioni per l'inclusione di questa specie in questa categoria sono l'alta mortalità non naturale come conseguenza dell'azione umana (veleni, caccia, uccisioni stradali, ecc.) e, come anticipato, la frammentazione amministrativa che per decenni ha caratterizzato la sua gestione nel Paese, come supra illustrata (IUCN, *Libro Rojo de los Mamíferos Terrestres de España*, p. 275 ss.).

erano inclusi nella Lista, mentre rispetto al resto della popolazione questa copertura legale nazionale minima di carattere speciale non operava³⁵.

Come anticipato, con l'ordinanza TED/980/2021, emanata a seguito dell'azione amministrativa e giudiziaria dell'Associazione per la Conservazione e lo Studio del Lupo (di seguito ASCEL), il lupo è stato incluso nel Real Decreto 139/2011 (nella Lista) come specie protetta in tutto il territorio nazionale.

Si ricostruisce di seguito l'evoluzione del percorso logico-giuridico che ha portato a tale esito.

Le argomentazioni di Ascel.

Per risolvere il *deficit* di protezione e la frammentazione amministrativa che negli anni hanno deteriorato la protezione del lupo in Spagna, ASCEL ha proposto nell'ottobre 2019 di includere l'intera popolazione di lupo presente in Spagna nel Catalogo (categoria «Vulnerabile») o, in mancanza, nella Lista³⁶.

Si espone di seguito per punti l'argomentazione giuridica sulla quale si è basata tale proposta³⁷.

Sia la Lista che il Catalogo, previsti dalla legge 42/2007, sono strumenti dinamici soggetti ad aggiornamento permanente. Quanto all'inclusione, in detti strumenti, di nuovi *taxa*, rilevano le seguenti fonti:

- Il Regio Decreto 139/2011, del 4 febbraio, che all'art. 6 determina la procedura per l'inclusione, il cambio di categoria e l'esclusione di specie, sottospecie e popolazioni nella Lista e nel Catalogo. In particolare, il co. 4 stabilisce che la modifica della catalogazione delle specie deve essere giustificata attraverso l'elaborazione di una relazione tecnica che deve aver tenuto conto dei criteri guida per l'inclusione dei *taxa* e delle popolazioni nei cataloghi di specie minacciate approvati dalla Commissione Nazionale per la Protezione della Natura il 17 marzo 2004, e qualsiasi altra informazione ritenuta necessaria.

- la Risoluzione del 6 marzo 2017 della Direzione generale per la qualità e la valutazione ambientale e naturale pubblicata nel BOE n° 65, del 17/03/2017 (9743-19756) stabilisce i criteri guida per l'inclusione di *taxa* e popolazioni nel Catalogo³⁸. Detta risoluzione aggiorna i criteri guida del 2004.

Ai sensi del RD 139/2011, una specie, sottospecie o popolazione dovrebbe essere considerata come «Vulnerabile (V)» (Catalogo) quando le migliori informazioni disponibili di qualità adeguata e sufficiente sul *taxon*, le minacce e l'effetto di queste minacce sul declino della popolazione, soddisfano uno dei criteri (e sottocriteri) indicati³⁹.

³⁵ Per un approfondimento circa le più sottili implicazioni giuridiche connesse alla scelta di tale specifico riferimento geografico, si consiglia A. TROUWBORST, *The EU Habitats Directive and Wolf Conservation and Management on the Iberian Peninsula: A Legal Perspective*, Galemys Spanish Journal of Mammalogy 26:15-30, 2014, pp. 1-16.

³⁶ La procedura per l'inclusione o la modifica di una specie nel catalogo è aperta a qualsiasi cittadino o organizzazione, dietro presentazione di una relazione con sufficiente giustificazione scientifica, ecologica e culturale circa il grado di minaccia per la specie.

³⁷ Fonti di riferimento: *Consejo de Estado, Dictámen 733/2021 (Transición ecológica y el reto demográfico), Proyecto de Orden por la que se modifica el anexo del Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del listado de especies silvestres en régimen de protección especial y del catálogo español de especies amenazadas*, CARLOS JAVIER DURÁ ALEMÁN, *Aspectos; egales de la solicitud de inclusión del lobo ibérico (canis lupus signatus) en el catálogo español de especies amenazadas en la categoría de "vulnerable" y subsidiariamente, la inclusión de toda su población española en el listado de especies silvestres en régimen de protección especial*, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 11 ottobre 2021, n. 116.

³⁸ *Criterios orientadores para la inclusión de taxones y poblaciones en el Catálogo Español de Especies Amenazadas (CEEa), aprobados por Resolución de 6 de marzo de 2017, de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de febrero de 2017 (BOE N° 65 del 17 de marzo de 2017).*

³⁹ (a) *Diminuzione della dimensione della popolazione; aderendo a uno dei seguenti sottocriteri:*

La specie *Canis Lupus*, sostiene ASCEL nella sua richiesta, soddisfa, nello specifico, il sottocriterio B.3 relativo alla riduzione dell'area di distribuzione storica durante gli ultimi 100 anni e al non soddisfacente recupero della distribuzione storica:

B) Riduzione dell'area di distribuzione, considerando l'area di occupazione, con 3 sottocriteri:[...]3. Taxon che ha subito una riduzione molto importante ($\geq 50\%$ della sua area di distribuzione storica, intesa come quella conosciuta all'inizio del XX secolo) durante gli ultimi 100 anni, e che, sebbene sia in fase di recupero, non ha ancora recuperato il 50 % della sua distribuzione storica, supponendo che ci sia un habitat adatto disponibile per lui.

- Quanto alla riduzione della popolazione di lupi negli ultimi 100 anni sul territorio spagnolo.

Al fine di sostenere il sottocriterio B.3, non esistendo, al momento, studi scientifici in grado di quantificare i mutamenti concernenti la distribuzione del lupo a livello nazionale nel tempo, ASCEL, per chiarire l'intervallo di distribuzione della specie a livello nazionale, ha preso in considerazione tre tipi di fonti: rapporti governativi, pubblicazioni scientifiche e pubblicazioni digitali⁴⁰.

Per soddisfare i requisiti temporali stabiliti nel sottocriterio B.3, invece, si è fatto riferimento alla distribuzione del lupo in Spagna all'inizio del XX secolo, e, nello specifico, negli anni 1900 e 1920, quando il predatore occupava rispettivamente 374.771 km² e 273.621 km² di territorio peninsulare⁴¹.

L'analisi di tali dati ha permesso di stimare la diminuzione dell'area di distribuzione del lupo in Spagna: i risultati ottenuti mostrano una perdita percentuale media di area (in km²) di 71,0 ±

1. una riduzione della popolazione osservata o stimata $\geq 50\%$ negli ultimi 10 anni o tre generazioni, a seconda di quale sia la più lunga.

2. Una riduzione della popolazione $\geq 30\%$ che è dimostrata da un'analisi statistica appropriata per essere raggiunta entro i prossimi 10 anni o tre generazioni, quello che è più lungo secondo la biologia della specie.)

b) Riduzione dell'area di distribuzione, considerando l'area di occupazione, con 3 sottocriteri:

1. Una riduzione dell'area di occupazione $\geq 25\%$ negli ultimi 30 anni.

2. Una riduzione dell'area di occupazione $\geq 25\%$ che è dimostrata da un'analisi statistica appropriata per essere raggiunta entro i prossimi 20 anni o tre generazioni, quella che è più lunga secondo la biologia della specie.

3. Taxon che ha subito una riduzione molto importante ($\geq 50\%$ della sua area di distribuzione storica, intesa come quella conosciuta all'inizio del XX secolo) durante gli ultimi 100 anni, e che, sebbene sia in fase di recupero, non ha ancora recuperato il 50 % della sua distribuzione storica, supponendo che ci sia un habitat adatto disponibile per lui.

c) Un'analisi comprovata di vitalità della popolazione che mostra che la probabilità di estinzione in natura è almeno del 15% entro 20 anni o quattro generazioni, a seconda della biologia della specie.

d) Giudizio degli esperti. Criterio di applicazione eccezionale, nei casi in cui le informazioni disponibili per applicare i criteri di cui sopra sono insufficienti, ma c'è accordo tra i conservazionisti e gli esperti in biologia della specie (gruppo tassonomico) che lo stato del taxon è "Vulnerabile".

⁴⁰ Si tratta, nello specifico, delle seguenti fonti:

a) GTL-MAGRAMA (2016), l'attuale MITECO, ha stimato che il lupo ha occupato una superficie di 91.620 km² nel periodo 2012-2014 (durante il "secondo censimento nazionale").

b) Il Centro tematico sulla biodiversità, che lavora per l'AEA (Agenzia europea dell'ambiente), nel suo ultimo rapporto semestrale (2013-2018) sulla valutazione delle specie di interesse comunitario, in conformità con l'articolo 17 della direttiva Habitat, ha quantificato l'area di distribuzione del lupo in Spagna in 120.700 km² (ETCBD 2019).

c) due pubblicazioni di riviste scientifiche internazionali di alto impatto (*Science e Biological Conservation*) di esperti della specie (alcuni dei quali membri del Comitato di esperti sui canidi dell'Unione Internazionale per la Conservazione della Natura), secondo le quali hanno stabilito un'area di 100.831 km² per il lupo in Spagna tra il 2010 e il 2012 e di circa 121.500 km² attualmente, rispettivamente.

d) due riferimenti digitali corrispondenti a pubblicazioni di ricercatori esperti nella specie:

- BLANCO (2017), in una pubblicazione digitale nell'ambito della "*Enciclopedia Virtual de los Vertebrados Españoles*" (*Sociedad de Amigos del Museo de Ciencias Naturales - MNCN-CSIC*), afferma che l'area di distribuzione del lupo in Spagna copre 115.000 km², sebbene senza fornire una mappa.

- SÁNCHEZ ET AL. (2017), offre un rapporto sulla mortalità del lupo, in seno al quale viene pubblicata una mappa dell'area di distribuzione del lupo in Spagna per il 2018, dalla quale si può dedurre un'area occupata di circa 80.275 km².

⁴¹ Fonte indicata: R. GRANDE DEL BRÍO, *El lobo ibérico. Biología y Mitología*, H. Blume, Madrid, 1984.

4,0% (Range=67,6-75,6) per il periodo 1900-2018, e una perdita media di $60,3 \pm 5,4\%$ (Range=55,6-66,5) per il periodo 1920-2018⁴².

Si conclude quindi che, a prescindere dal confronto (fonti e periodi), la riduzione dell'area di distribuzione del lupo in Spagna risulta sempre comunque superiore al 50% richiesto.

- Relativamente alla disponibilità di habitat adeguato

L'altra condizione del sottocriterio B.3. è legata al fatto che, «sebbene (la specie) sia in processo di recupero, non ha ancora recuperato il 50% della sua distribuzione storica, contando sul fatto che ci sia un habitat adatto disponibile per lei». Numerose ricerche confermano che la specie è in fase di recupero rispetto ai minimi storici conosciuti (nonostante, dopo il citato aumento numerico iniziato negli anni '70, ci si trovi da anni in una fase di stasi).

Relativamente alla questione concernente l'habitat adatto alla ricolonizzazione del lupo in Spagna in relazione all'area storicamente occupata dallo stesso, ASCEL ha fatto riferimento ad uno studio (Grilo et al. 2018) secondo il quale il territorio peninsulare spagnolo ha una superficie di habitat potenziale (e quindi adatto) che risulta essere tra le 2,5 e le 3,5 volte maggiore rispetto a quella attualmente abitata dal predatore. Questi dati sono coerenti con le stime relative alle aree occupate dal lupo nei decenni precedenti alla sua persecuzione legale e sistematica. Lo studio della IUCN del 2018 (vedi *supra*) lo conferma.

Sulla base di tutto quanto esposto, ASCEL afferma quindi che la specie *Canis Lupus* soddisfa le condizioni stabilite nel sottocriterio B.3, e può quindi essere inclusa nel Catalogo nella categoria Vulnerabile ("V") in tutto il territorio nazionale.

La specie, si aggiunge, deve essere inclusa d'ufficio come *taxon* nella Lista rispetto a tutto il territorio nazionale, ai sensi del RD 139/2011, secondo il quale:

- «nel caso di specie elencate come protette negli allegati dei regolamenti o direttive dell'Unione europea e delle convenzioni internazionali ratificate dalla Spagna, la loro inclusione nella Lista sarà fatta d'ufficio dal MARM (ora MITECO), con notifica preventiva di tale inclusione alla Commissione statale per il patrimonio naturale e la biodiversità» (art. 6, co. 2⁴³).

Si rammenta, a riguardo, che il lupo in Spagna è una specie di fauna selvatica protetta da un regime di protezione internazionale (Convenzione di Berna), europeo (Direttiva Habitat) e nazionale (recepimento della Convenzione di Berna e della Direttiva Habitat, e legge 42/2007, del 13 dicembre, sul patrimonio naturale e la biodiversità): il lupo, quindi, avrebbe dovuto essere incluso nella Lista in tutto il territorio nazionale già da molti anni.

A ciò si aggiunga, inoltre, che nella Lista «saranno incluse le specie, sottospecie e popolazioni che meritano particolare attenzione e protezione in base alla loro scientificità, ecologia, cultura, unicità, rarità o grado di minaccia [...]» (art. 5).

In relazione al criterio del «valore culturale e di unicità», si afferma, rilevano, quindi, tutta una serie di valori culturali ed emotivi riconducibili al lupo (etnografia, letteratura, etnografia, araldica, detti popolari) che costituiscono un ulteriore elemento sufficiente ed accreditato per promuovere l'inclusione dello stesso nella Lista.

⁴² Altre analisi scientifiche simili con riferimento alle dimensioni della superficie ottenute e pubblicate in altri tipi di fonti bibliografiche (Blanco e Sánchez, vedi nota 28), per categoria e tra periodi, confermano i dati.

⁴³ *Artículo 6. Procedimiento de inclusión, cambio de categoría o exclusión de especies en el Listado y en el Catálogo. 2. En el caso de especies que figuran como protegidas en los anexos de las normas o decisiones de la Unión Europea y los convenios internacionales ratificados por España, su inclusión en el Listado se efectuará de oficio por el MARM, notificando previamente tal inclusión a la Comisión Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad. En este supuesto, sin perjuicio de su inclusión en el Listado, a efectos del régimen concretamente aplicable y de la inclusión, en su caso, en el Catálogo se podrá considerar la singularidad de la distribución geográfica y el estado de conservación de la especie en nuestro país, previa consulta a las comunidades autónomas o ciudades con estatuto de autonomía afectadas.*

E' scientificamente indiscussa, infine, la fondamentale funzionalità ecologica del lupo, che, oltre ai valori culturali, giustifica ulteriormente la sua classificazione dal punto di vista giuridico. Come si evidenzia, infatti, il lupo è il predatore apicale per eccellenza e occupa la parte superiore della catena trofica, fornendo indubbi servizi ecosistemici.

Tutto quanto esposto, si conclude, conferisce alla specie un alto valore intrinseco, il cui mantenimento dovrebbe tradursi in assoluta priorità per tutte le amministrazioni statali.

L'Ordinanza ministeriale TED/980/2021 del 20/09/2021.

La proposta di ASCEL per l'inclusione di tutte le popolazioni del lupo (*Canis lupus*) presenti in Spagna nel Catalogo nella categoria «Vulnerabile» o, in mancanza, nella Lista è stata quindi presentata alla Direzione Generale per la Biodiversità, le Foreste e la Desertificazione del Ministero per la Transizione Ecologica e la Sfida Demografica che, dopo averla valutata, ha confermato il fondamentale valore ecologico e culturale del lupo e ha riconosciuto gli esemplari presenti sul territorio spagnolo come appartenenti ad un'unica popolazione, che deve quindi essere conservata e gestita come tale.

Sulla base di ciò, quindi, ha risolto la richiesta con parere (parzialmente) favorevole nel febbraio 2020, acconsentendo all'inclusione del lupo nella Lista (ma non nel Catalogo, dal momento che, secondo il Comitato scientifico, le informazioni relative alla dimensione della popolazione all'inizio del 20° secolo risultavano inconcludenti⁴⁴).

Il 21 settembre 2021 è stata quindi pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dello Stato l'ordinanza TED/980/2021 del 20 settembre⁴⁵, che ha ufficialmente modificato l'allegato del Real Decreto 139/2011, del 4 febbraio, includendo il *taxon Canis Lupus* nella Lista.

Tale ordinanza, quanto alle "disposizioni aggiuntive", prevede:

1. Le misure di estrazione e cattura di esemplari che sono state adottate dagli organi competenti delle comunità autonome prima dell'entrata in vigore della presente ordinanza, possono continuare ad essere applicate, purché rispettino le condizioni e le limitazioni previste nell'articolo 61.1.b), c) e d) della Legge 42/2007, del 13 dicembre, sul patrimonio naturale e la biodiversità e nella Strategia di conservazione e gestione del lupo («*Canis lupus*») in Spagna prevista nella seconda disposizione aggiuntiva della presente ordinanza.
2. In particolare, possono essere applicate misure di estrazione e cattura di esemplari che abbiano un'autorizzazione amministrativa concessa dall'autorità competente della Comunità Autonoma, a condizione che soddisfino i seguenti criteri: a) Non c'è altra soluzione soddisfacente, cioè è stato dimostrato che le misure preventive o di protezione del bestiame sono state applicate adeguatamente dalle aziende colpite, e queste si sono rivelate inefficaci [...]; b) Le migliori conoscenze disponibili dimostrano che la misura di estrazione e cattura degli esemplari non influisce negativamente sullo stato di conservazione favorevole della specie. c) L'esistenza di danni significativi al bestiame nelle aziende colpite è giustificata sulla base di possibili danni ricorrenti o significativi.

⁴⁴ Questa sfumatura non è affatto secondaria dal momento che la 'Lista' richiede solo una protezione preventiva, al contrario del 'Catalogo', che implica invece una protezione attiva. L'iscrizione nel "Catalogo" comporta maggiori garanzie, poiché comprende una prima classificazione secondo la categoria di minaccia (vulnerabile o in pericolo) nonché misure che spaziano da "informazioni sui sistemi di controllo delle catture, raccolta e campionamento e statistiche sulle morti accidentali che le comunità autonome" fino al "riferimento alle strategie e piani di conservazione e recupero" elaborati e pubblicati dalle varie amministrazioni.

⁴⁵ Orden TED/980/2021, de 20 de septiembre, por la que se modifica el Anexo del Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas. Publicado en «BOE» núm. 226, de 21 de septiembre de 2021, páginas 115283 a 115287. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Su: <https://www.boe.es/eli/es/o/2021/09/20/ted980>.

Le misure devono essere selettive, eseguite il più vicino possibile al danno e alle aziende agricole colpite, e l'efficacia delle misure di rimozione deve essere monitorata.

In sintesi, quindi, ad oggi, in Spagna, il lupo ha cessato di essere una specie cacciabile ed il suo controllo è relegato ad un sistema assolutamente eccezionale, puntuale e scientifico.

Così come disposto dall'articolo 57 della Ley 42/2007, infatti, l'inclusione di una specie nella Lista comporta il divieto: di qualsiasi azione intrapresa allo scopo di uccidere, catturare, inseguire o disturbare gli animali, così come la distruzione o il deterioramento dei loro nidi, delle loro tane e dei loro luoghi di riproduzione, svernamento o riposo; di possedere, naturalizzare, trasportare, vendere, commerciare o scambiare, offrire in vendita o scambio, importare o esportare esemplari vivi o morti, così come i loro propaguli o resti (anche se con delle eccezioni).

In tal modo, le misure di gestione che potranno essere adottate dagli organi competenti delle Comunità Autonome in applicazione del regime di eccezioni previsto dall'art. 61 della L. 42/2007 (ovvero: in modo giustificato; quando tutte le misure di prevenzione si sono dimostrate inefficaci; con garanzia scientifica che non verrà compromesso lo stato di conservazione favorevole della specie; al verificarsi di una delle circostanze espressamente perviste -danni significativi alla salute, alla sicurezza umana, alle colture, al bestiame, alle foreste, alle acque; motivi di interesse pubblico; ai fini di ricerca e reintroduzione; per la protezione della fauna, della flora e degli habitat) devono sottostare a specifici criteri, in conformità con la prima disposizione aggiuntiva.

L'inclusione del lupo nella Lista, oltre a permettere al sistema di protezione della specie di essere uniforme in tutto il territorio, rende inoltre omogenei i processi di compensazione e controllo delle specie adottati per prevenire e mitigare i danni causati dai lupi, nonché le misure preventive.

A tal riguardo, così come disposto nell'ordinanza, le Comunità autonome e il Ministero per la transizione ecologica e la sfida demografica, stanno preparando una nuova Strategia per la Conservazione e la Gestione del lupo in Spagna (*ex art. 60 della legge 42/2007*), che aggiornerà e sostituirà la precedente, approvata nel 2005⁴⁶.

Tale nuova Strategia, si specifica, è finalizzata al recupero della specie a 350 branchi nel 2030, a un aumento del territorio di distribuzione dal 10% al 20% e alla riduzione della (purtroppo molto diffusa) persecuzione illegale.

Altro punto importante di tale piano -particolarmente ambizioso ma necessario- è il cambio di paradigma sociale nella percezione del lupo, sul quale si tornerà: è necessario trasmettere con forza il concetto di coesistenza, dandogli un contenuto reale e diffondendo le buone pratiche agricole e di allevamento, puntando su misure preventive efficaci finalizzate al superamento dei conflitti.

⁴⁶ *Estrategia para la conservación y la gestión del lobo (canis lupus) en España. Elaborada por el Grupo de Trabajo del Lobo Aprobada por la Comisión Nacional de Protección de la Naturaleza 16 de Diciembre de 2004, aprobada por la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente 29 de enero de 2005 ---- La necesidad de una estrategia nacional de conservación y gestión 1.1. justificación. Las estrategias nacionales de conservación de especies aprobadas hasta ahora en España se han ocupado de especies catalogadas "En Peligro de Extinción", para las que la legislación vigente asigna a la Comisión Nacional de Protección de la Naturaleza las funciones de coordinación y unificación de las políticas cuyo desarrollo corresponde a las Comunidades Autónomas. No es éste el caso del lobo (Canis lupus), especie que en una buena parte de su área de distribución no está catalogada, y en varias CCAA está considerada como cinegética. Sin embargo, existen algunos factores que aconsejan la elaboración de una estrategia nacional, entre los que se encuentran su amplia distribución y sus extensas áreas de campeo, el elevado perfil social y las implicaciones socioeconómicas de la especie y su valor ecológico, científico, cultural y simbólico. Por ello, las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias, han considerado que sería útil disponer de un documento común que recoja las líneas maestras que enmarquen las acciones de gestión y conservación, correspondiendo al Ministerio de Medio Ambiente las funciones de elaboración e impulso al desarrollo del citado documento, así como las de coordinación en lo relativo a cuestiones básicas y orientadoras.*

Non solo Spagna. Da che parte sta andando l'Europa.

Si vuole ora volgere lo sguardo oltre i confini spagnoli, provando ad inserire l'*iter* finora descritto nel più vasto panorama europeo, al fine di meglio contestualizzarlo e soprattutto per capire se questo si colloca in una posizione di singolarità o se invece può rappresentare il tassello di una prospettiva di più ampio respiro.

Come si è già evidenziato, la Spagna, fino alla sua recente svolta protezionistica, era un'eccezione rispetto al generale approccio europeo al lupo, abbastanza omogeneo e basato sulla protezione rigorosa e sul controllo preventivo delle popolazioni, che contempla l'abbattimento solo come *extrema ratio*.

Da questo punto di vista, quindi, la scelta di proteggere il lupo su tutto il territorio spagnolo può esser letta come un passaggio non certo innovatore e progressista quanto piuttosto dovuto, che ha semplicemente permesso al Paese di allinearsi -sebbene in ritardo- al resto dei Paesi membri⁴⁷.

Oltre a tale questione, strettamente connessa al controverso livello di protezione interno, si vuole però avanzare una riflessione rispetto al clima in cui la stessa è maturata, che, a ben vedere, sicuramente ha condizionato -incalzandola- la scelta spagnola.

In tempi recenti, infatti, la questione relativa al lupo e alla sua gestione non ha interessato solo la Spagna, ma diversi Paesi europei, dal momento che negli ultimi anni il predatore ha ripreso a popolare i territori di numerosi Stati, tra cui l'Italia. Tale "ritorno sulle scene" del lupo ha interessato anche il piano giurisprudenziale, portando all'attenzione dei giudici nazionali e sovranazionali numerose questioni incentrate per lo più sulla ricerca di un equilibrio in grado di rendere possibile una convivenza più pacifica tra l'uomo e il predatore. Proprio a tal riguardo si ritiene interessante richiamare due recenti pronunce della Corte di Giustizia europea che hanno affrontato la questione relativa all'interazione, ormai inevitabile, tra uomo e lupo, facendo emergere -pare- una rinnovata concezione di condivisione degli spazi, abbandonando la ormai obsoleta visione settoriale che riconduce la protezione dell'animale ad aree o habitat specifici.

Si ritengono tali pronunce particolarmente attinenti ai contenuti dell'elaborato in oggetto dal momento che toccano due tematiche nodali nel contesto spagnolo pre-ordinanza 2021, ovvero:

1. la giustificazione scientifica alla base dell'attività venatoria
2. l'inadeguatezza della concezione di protezione di *taxa* (diversificata e) connessa ad un territorio circostanziato.

Pare ragionevole quindi chiedersi che ripercussioni avrebbero avuto tali pronunce sul sistema spagnolo di gestione del lupo, se l'ordinanza del settembre 2021 non fosse intervenuta⁴⁸.

1. La giustificazione scientifica alla base dell'attività venatoria

Come è stato osservato, negli ultimi decenni la Spagna ha optato per una gestione del lupo incentrata sulla caccia in assenza della giustificazione scientifica relativa alla sua efficacia rispetto agli obiettivi da perseguire (per lo più il controllo dei danni agli allevamenti) e spesso senza rispondere ai requisiti previsti per le eccezioni che la giustificerebbero nel regime di tutela delineato dalla Direttiva *Habitat*.

⁴⁷ Si evidenzia, inoltre, che essere rimasto uno degli ultimi paesi dell'Unione europea dove era ancora consentita la caccia sportiva del lupo cominciava a generare anche problemi di "riconoscimento" per la Spagna, circostanza affatto trascurabile nel piatto della bilancia dell'amministrazione.

⁴⁸ Queste sentenze, si vuole rammentare, determinano parametri legali che hanno rilevanza su tutto il territorio europeo, dal momento che vincolano gli organi giudiziari nazionali che si trovano a dover affrontare situazioni simili a quelle oggetto delle pronunce stesse.

Proprio rispetto a questo tema si è espressa la Corte di Giustizia dell'Unione europea con una **sentenza del 10 ottobre 2019**⁴⁹. Con tale pronuncia la Corte è intervenuta in via pregiudiziale su una richiesta proveniente dalla Finlandia, dove negli anni passati erano stati uccisi 43 Lupi su una popolazione totale di 275-310 esemplari (il 15%) al fine (dichiarato) di combattere il fenomeno del bracconaggio.

La Corte di Giustizia per risolvere la questione ha interpretato gli articoli 12, par. 1, e 16, par. 1, lett. E), della Direttiva Habitat, riguardanti il regime di massima tutela delle specie faunistiche rientranti nell'Allegato IV (fra cui il lupo) e le eventuali deroghe che consentono - in particolari circostanze - la cattura di un numero limitato di esemplari ben determinati, optando chiaramente per una interpretazione assolutamente restrittiva e giustificata di quest'ultime.

In particolare, affinché risulti legittima, una tale deroga: deve essere chiaramente e precisamente motivata alla luce di dati scientifici rigorosi; deve perseguire un obiettivo che non può essere raggiunto con nessun'altra soluzione alternativa soddisfacente; non deve pregiudicare il mantenimento dello stato di conservazione favorevole delle popolazioni delle specie interessate nella loro area di ripartizione naturale; deve soddisfare tutti i requisiti relativi al criterio selettivo e alla forma del prelievo di un numero limitato e determinato di esemplari in condizioni strettamente controllate (tenendo conto, in particolare, del livello della popolazione, del suo stato di conservazione e delle sue caratteristiche biologiche).

A tal riguardo, la Corte ha affermato che tra gli strumenti di gestione esistenti non ci si può affidare alla caccia come metodo principale (e quindi non eccezionale): una corretta interpretazione della normativa Habitat, infatti, richiede la considerazione (ed il *favor*) di ulteriori e differenti misure inclini ad un approccio basato sulla coesistenza e sulla tutela della biodiversità che si traduce nell'adozione di misure preventive "coerenti e coordinate".

Quanto affermato, risulta totalmente in linea con la direttiva Habitat e non fa altro che ribadire i requisiti e i limiti già noti che, come si constata, nel caso di specie non sono stati rispettati dalla Finlandia. Nello specifico, infatti, la Corte ha affermato che le deroghe finlandesi di cui trattasi contengono solo alcune indicazioni sulle *tipologie* di esemplari selezionati -in particolare giovani o problematici- ma nessun obbligo e «non sono state oggetto di una valutazione dello stato di conservazione delle popolazioni delle specie in questione o dell'impatto che la deroga prevista potrebbe avere sul territorio di tale Stato membro o, eventualmente, sulla regione biogeografica interessata». Una situazione, a ben vedere, sovrapponibile a quella delle comunità autonome spagnole situate a nord del fiume Duero, che per decenni non hanno valutato le soluzioni alternative al controllo letale del lupo, e soprattutto - così come dimostrano i citati studi della IUCN- non hanno garantito il requisito legale minimo previsto dalla normativa europea, ovvero lo stato di conservazione favorevole delle popolazioni di lupi sul territorio nazionale, andando, se ciò non bastasse, ad incidere negativamente anche sulla conservazione delle popolazioni di lupo portoghesi.

Quest'ultimo punto risulta di particolare interesse per lo sviluppo della riflessione: la Corte, infatti, ha espresso delle specificazioni importanti relativamente ai livelli geografici con riferimento ai quali dev'essere valutato lo stato di conservazione delle popolazioni delle specie interessate.

Tale stato di conservazione, che la deroga deve garantire si mantenga soddisfacente, deve essere valutato con riferimento a livelli geografici che, a ben vedere, non vengono esplicitati dalla Direttiva. Lo stesso significato di «popolazione» e di «area di ripartizione naturale», non essendo precisato, può e deve essere estrapolato e ricostruito analizzando la *ratio* della Direttiva che consiste, in particolare, nell'assicurare il mantenimento e il ripristino in uno stato di conservazione soddisfacente delle specie di interesse comunitario «nel territorio degli Stati membri».

⁴⁹ Corte Giust. UE, Sez. II, 10 ottobre 2019, causa C-674/17.

Alla luce di tali considerazioni, continua la Corte, la nozione di «popolazione» non può essere ridotta al branco locale oggetto di deroga ma deve fare riferimento (nel caso di specie) al territorio nazionale e deve essere concepita da un punto di vista dinamico, cioè «come comprensiva di un gruppo di esemplari della medesima specie che vivono simultaneamente in una stessa area geografica e che possono riprodursi tra loro». La nozione di «area di ripartizione naturale» circoscrive, per parte sua, i confini spaziali entro i quali la popolazione vive ed evolve (punto 81).

Lo stato di conservazione delle popolazioni e l'impatto che la deroga può avere su quest'ultimo, si afferma, devono essere quindi valutati con riferimento al territorio dello Stato membro o, se del caso, alla regione biogeografica interessata allorché le frontiere di tale Stato membro coprono più regioni biogeografiche (punto 82). Oltre al livello del territorio locale interessato dalla deroga, è quindi necessario fare riferimento «all'intero territorio dello Stato membro, o addirittura a livello transfrontaliero allorché l'area di ripartizione naturale della popolazione in questione si estende nel territorio di più paesi» (punto 78).

La Corte rammenta inoltre che, nonostante le deroghe si riferiscano a situazioni locali, bisogna sempre ricordare che lo stato di conservazione di una popolazione a livello nazionale o biogeografico dipende dall'impatto cumulativo delle differenti deroghe che incidono su territori, oltre che dalle altre cause di mortalità dovute all'uomo che intervengono localmente (punto 83). Ne deriva quindi che le scelte di gestione devono sempre prendere in considerazione i possibili impatti a catena che possono aversi su popolazioni ed equilibri anche non strettamente riferibili alla popolazione locale oggetto d'intervento, soprattutto se ci si riferisce ad animali che, come il lupo, hanno una mobilità alta e coprono quindi territori potenzialmente molto vasti.

Si predilige pertanto un approccio di tutela dinamico, che pone l'accento sull'elemento comportamentale dell'animale e che valorizza l'importanza dello stesso a livello di compimento dei cicli vitali ed ecosistemici.

Quanto esposto, a ben vedere, è particolarmente rilevante per le popolazioni di lupi situate a nord del fiume Duero, dal momento che, come anticipato, condividono la regione biogeografica con le popolazioni di lupi del Portogallo.

Si può quindi ritenere che tale sentenza avrebbe senza dubbio avuto ripercussioni importanti sulla gestione del lupo spagnola pre-ordinanza.

2. La connessione come priorità: l'inadeguatezza della concezione di protezione di taxa (diversificata e) connessa ad un territorio circostanziato.

La seconda sentenza della Corte di giustizia europea che si vuole analizzare è la C-88/19 dell'11 giugno 2020, concernente un caso di cattura (con seguente fuga accidentale) di un esemplare di lupo avvenuta in un paese della Romania⁵⁰. La questione presentata alla Corte verteva sulla possibilità o meno di estendere la protezione legale del lupo anche al di fuori dell'habitat naturale strettamente inteso e, più nello specifico, se potesse spingersi a coprire zone popolate dall'uomo.

⁵⁰ Nel 2016, il personale di un'associazione per la protezione degli animali ha proceduto, con l'ausilio di una veterinaria ma senza autorizzazione specifica, alla cattura e al trasporto di un lupo che soleva "frequentare" la proprietà di un residente in un villaggio rumeno situato tra due grandi aree protette. Il lupo, durante il trasporto (evidentemente effettuato con modalità poco consone), è riuscito però a fuggire. A seguito di tale episodio è stata presentata denuncia per reati connessi alla cattura e al trasporto del lupo in condizioni non idonee. Nell'ambito di tale procedimento penale, il giudice del rinvio si è chiesto se le disposizioni di tutela contenute nella direttiva Habitat siano applicabili anche alla cattura di lupi nella periferia di un agglomerato urbano o nel territorio di un ente locale.

La Corte ha quindi analizzato l'art. 12, par. 1, lett. a), della Direttiva Habitat che, oltre ad obbligare gli Stati membri a adottare i provvedimenti necessari atti ad istituire un regime di rigorosa tutela per le specie animali protette nel loro habitat, vieta qualsiasi forma di cattura o di uccisione deliberata di esemplari di tali specie «nell'ambiente naturale».

Relativamente all'ambito di applicazione territoriale di questo divieto, la Corte ha ribadito che, per quanto riguarda specie animali protette che, come il lupo, sono caratterizzata da alta mobilità e occupano quindi territori potenzialmente molto vasti, la nozione di «area di ripartizione naturale» deve essere interpretata in modo da comprendere una zona ben più ampia rispetto allo spazio geografico che presenta gli elementi fisici o biologici essenziali per la loro vita e riproduzione, dovendo farla corrispondere allo spazio geografico in cui la specie animale in questione è presente o si diffonde secondo il suo comportamento naturale (punto 38).

Ne deriva che la tutela prevista dall'art. 12, par.1, della Direttiva, non presentando «frontiere», si applica anche ad un esemplare che si trovi in prossimità o all'interno di zone popolate dall'uomo, non potendo lo stesso essere considerato un animale che ha abbandonato la sua «area di ripartizione naturale».

L'espressione «nell'ambiente naturale», evidenzia la Corte, vuole solo precisare che i divieti previsti non necessariamente si applicano agli esemplari oggetto di una forma legale di cattività, ma non v'è dubbio che coprano «tutti gli esemplari delle specie animali protette che vivono nell'ambiente naturale o in stato selvatico e che svolgono, quindi, una funzione negli ecosistemi naturali, senza limitazioni connesse a «luoghi specifici» (punto 44) ma anzi comprendendo tutti i territori attraversati dagli animali⁵¹.

La Corte, a conclusione del suo ragionamento, ha quindi confermato che la cattura e il trasporto di un esemplare di una specie animale protetta come il lupo che, come nel caso di specie, ha sconfinato da un'area naturale protetta, possono essere effettuati solo ed esclusivamente nel contesto di una deroga (inesistente nel caso di specie) adottata dall'autorità nazionale competente ai sensi dell'articolo 16, par. 1, lett. b) e c), della direttiva Habitat, e fondata, in particolare, per quanto riguarda il caso di specie, su un motivo di sicurezza pubblica.

Nonostante la pronuncia faccia riferimento specificatamente alle aree protette, il concetto più ampio che emerge, a ben vedere, è il seguente: è impossibile concepire la conservazione del lupo vincolandola ad aree circoscritte.

La sentenza riconosce l'importanza fondamentale della connessione tra gli spazi affinché la specie possa compiere il suo ciclo ecologico vitale. Come si afferma, infatti, separare nettamente le zone protette dove vivono questi animali da quelle antropizzate non è fattibile ai fini di tutela. Proteggere il lupo significa anche estendere la sua tutela ai territori che condivide con l'uomo (ovviamente mitigando i danni al bestiame e promuovendo il miglioramento della percezione che gli attori sociali più vicini all'animale hanno dello stesso). Tale ragionamento, si vuole evidenziare, non dovrebbe stupire dal momento che la concezione protezionistica «settoriale» è stata ampiamente superata dal moderno concetto di conservazione e dalla consapevolezza, mutuata dalle scienze ecologiche, che la frammentazione e l'isolamento delle popolazioni faunistiche sono la prima causa di estinzione delle specie e di perdita di biodiversità (*in primis* intesa come variabilità genetica).

Viene quindi promosso il concetto di popolazione inteso non solo dal punto di vista *dinamico* ma anche *evolutivo*, che esige una tutela il cui elemento spazio-temporale deve necessariamente prendere in considerazione anche fattori che vanno oltre lo *status quo* e la dimensione locale.

⁵¹ Per quanto riguarda situazioni che possono insorgere quando un esemplare di una specie animale protetta entra in contatto con l'uomo o con i suoi beni (e relativi conflitti), la Corte ha poi ricordato che è compito degli Stati membri adottare gli strumenti normativi ritenuti più consoni, tra cui misure destinate a prevenire danni gravi, segnatamente, alle colture o all'allevamento, o misure adottate nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica (art. 16, par. 1, lett. b) e c), della direttiva Habitat).

Il medesimo approccio dinamico-evolutivo emerge anche in altre due recenti pronunce della Corte di Giustizia che, sebbene non parlino specificatamente del lupo, vertono sull'applicazione dell'art. 12 della Direttiva Habitat ed offrono interessanti assunti circa la tutela dei siti di riproduzione delle specie protette (All. IV) che di seguito si delineano, seppur brevemente:

- Il divieto di distruggere o deteriorare i siti di riproduzione di animali *ex art.* 12, lett. d) Dir. Habitat, non può essere subordinato alla circostanza che lo stato di conservazione della funzionalità ecologica dell'habitat abbia già iniziato a deteriorarsi, né la sua applicazione può essere influenzata dallo stato di conservazione soddisfacente della specie interessata. E' necessario, al contrario, «agire in una prospettiva di dinamicità che consideri, anche a livello di tempistiche, l'evoluzione che una popolazione può avere, non limitandosi a valutare la *status quo*» (CdG UE, Sez. II 4 marzo 2021, in cause riunite C-473-19 e C-474/10).
- I siti di riproduzione di specie animali tutelate (All. IV) comprendono anche l'ambiente circostante «allorché esso si riveli necessario a consentire alle specie di riprodursi con successo». I siti di riproduzione devono essere tutelati per tutto il tempo necessario a consentire alla specie di riprodursi con successo e la tutela si estende anche ai siti di riproduzione che non sono più occupati, «laddove esistano probabilità sufficientemente elevate che la specie animale interessata vi faccia ritorno». Si estende quindi la tutela anche ai siti di riproduzione abbandonati ma potenzialmente riutilizzabili dalla specie e agli ambiti ad essi funzionali (CdG UE, sez. II 28 ottobre 2021, causa C-357/20).

Andando oltre la questione specifica relativa alla tutela dei siti di riproduzione e tralasciando volutamente le questioni -seppur particolarmente stimolanti- che emergono da queste pronunce, si può notare come la *ratio* di tutela venga anche in questi casi orientata verso una dimensione dinamica, ecologicamente funzionale e incentrata sul funzionamento e sulla durevolezza dei cicli vitali.

Ciò, a ben vedere, risulta perfettamente in linea con il citato concetto di «stato di conservazione soddisfacente»: la valutazione di un tale obiettivo di conservazione -in grado di rappresentare una situazione indubbiamente favorevole per una data specie, in grado di garantirle sufficienti possibilità di persistenza nel lungo periodo- non può infatti limitarsi alla considerazione di un mero elemento di “diagnosi” delle condizioni esistenti, ma deve necessariamente considerare anche un elemento di “prognosi” basato sulla conoscenza e valutazione delle possibili minacce esistenti, così da poter effettivamente determinare se ci si trova o meno in una situazione in cui esistono buone prospettive future circa il prosperare (sia in qualità che in estensione) di un habitat o una specie protetti⁵².

Provando ora a proiettare la situazione spagnola nella cornice europea che si è venuta così a delineare, si possono facilmente avanzare delle supposizioni che conducono alla constatazione di una ormai raggiunta insostenibilità del sistema spagnolo pre-ordinanza.

E' indubbio, infatti, che le pronunce analizzate si sarebbero potute applicare alle popolazioni di lupi a sud del Duero. Ma non solo. A ben vedere, infatti, i concetti emersi avrebbero potuto (e dovuto) essere applicati anche ai lupi che vivono a nord del fiume, dal momento che le popolazioni del sud e quelle del Portogallo sono chiaramente connesse tra loro e interdipendenti da quelle facenti parte del nucleo principale del nord.

⁵² Per approfondimenti: A. TROUWBORST, L. BOITANI & J.D.C. LINNELL, *Interpreting 'favourable conservation status' for large carnivores in Europe: how many are needed and how many are wanted?*, *Biodiversity and Conservation* 26(1), 2017, pp. 37-61.

Il peculiare mosaico spagnolo di regimi giuridici e amministrativi territoriali, così come descritto, contrastava quindi con la minima coerenza scientifica e tecnica nel mantenimento (ed espansione) della specie e con i concetti (soprattutto spaziali) indicati dalla Corte, dal momento che non garantiva la vitalità, l'espansione e la distribuzione naturale delle popolazioni di lupi, soprattutto, come accennato, su scala biogeografica.

Si può così presumere che le pronunce esaminate avrebbero potuto avere una forte ripercussione sul sistema spagnolo pre-ordinanza, per lo meno a livello potenziale (ma visto l'alto livello di attivismo sul punto, è ragionevole pensare che non sarebbero tardate iniziative e proposte di riforma in chiave protezionistica).

Si può quindi affermare che quella spagnola è stata una scelta, se non dovuta, perlomeno stimolata dalla necessità di uscire da un sistema ormai inadeguato.

Circostanza, questa, che emerge con ancor più forza se si guarda ai Paesi confinanti con la Spagna⁵³ e al differente sistema di gestione e protezione per il quale optavano e optano, che creava una incoerenza di approccio poco sensata e, anzi, controproducente, partendo dal presupposto -ribadito dalla stessa Corte- che il lupo è un animale transfrontaliero che non conosce confini amministrativi e che quindi transita attraverso territori appartenenti a Paesi diversi (come giustamente osservato, infatti, in diversi casi i lupi stanziati in Stati diversi fanno parte di una unica popolazione).

Conclusioni.

Concludendo, tutto quanto esposto testimonia l'incongruenza e l'anacronismo del sistema spagnolo operante fino a settembre 2021 e porta a dubitare fortemente della fattibilità di un suo ipotetico mantenimento a lungo termine, soprattutto alla luce del descritto atteggiamento della recente giurisprudenza europea.

Come si è constatato, infatti, la virata protezionistica spagnola si inserisce in un più ampio percorso europeo -il cui arresto è difficilmente ipotizzabile- in seno al quale i concetti di spazio, di convivenza e di tempo assumono nuove sfumature (sebbene ancora da sviluppare) che aprono la strada ad *input* di tutela sempre più audaci e che con sempre meno remore si affidano alle scienze ecologiche.

I principali *focus* emersi, complessi da tradurre in termini giuridici ma con un alto potenziale a livello di specificazione e aumento qualitativo della tutela (la normativa, infatti, resta la medesima ma viene interpretata in maniera sempre più ecologicamente orientata e scientificamente giustificata), risultano essere i seguenti.

Guardando *in primis* all'enfasi posta sulla libertà dell'animale di comportarsi secondo natura, tramite la centralità riconosciuta alla possibilità di mobilità delle popolazioni (fondamentale per lo scambio genetico e per gli equilibri ecosistemici), non si può che giungere ad affermare che è necessario disegnare la regolamentazione protezionistica attorno alla **preservazione dei cicli vitali, biologici ed ecosistemici**. Ciò si traduce nella tutela del loro *funzionamento*, ovvero nel permettere ai cicli di continuare a funzionare secondo le loro regole interne⁵⁴.

⁵³ *Portogallo* - Il lupo è rigorosamente protetto ed è classificato come specie "in pericolo" nel 1988. *Francia* - Il piano di gestione del lupo include una lista di azioni non letali da intraprendere prima di abbattere un esemplare problematico. Questi sono quelli specificati dall'Unione Europea: recinzione, un piano di gestione del bestiame e un cane da guardia. Se queste tre azioni falliscono, il governo può autorizzare l'abbattimento degli esemplari problematici. *Italia* - La specie è rigorosamente protetta dal 1971. Ci possono essere permessi eccezionali per abbattere individui particolarmente problematici, ma, come in Francia, devono prima essere prese misure alternative e preventive come: recinzione, un piano di gestione del bestiame e un cane da guardia.

⁵⁴ La "tutela dell'ecosistema" si sostanzia quindi nel mantenimento della funzionalità dello stesso, della sua capacità prestazionale, da intendersi come l'attitudine a riassetarsi e rigenerarsi, assorbendo i disturbi esterni e mantenendo le funzioni e la struttura chiave che forniscono allo stesso la sua identità. Per approfondimenti, S. ZANINI, *La tutela dell'ecosistema, tra scienza e diritto*, in Rivista AIC, vol. Rivista N° 3/2019.

Non è quindi sufficiente garantire che una popolazione sia vitale demograficamente e geneticamente, ma è anche necessario garantire che la stessa sia *funzionale* in termini ecosistemici - questione che, va da sé, risulta molto più complessa e rilevante della mera stima numerica di una popolazione.

Si è quindi giunti a parlare di popolazione dinamica e in evoluzione (e quindi di durevolezza biologica), optando per una prospettiva funzionale che mira alla protezione non solo della risorsa ma anche -e soprattutto- del ruolo che questa ricopre nei cicli ecosistemici in cui è inserita (in vista dei servizi ecosistemici che la stessa concorre a produrre).

Ciò richiede un approccio alla gestione faunistica sempre più ecologicamente orientato e sempre più incentrato sul **valore di esistenza** dell'animale, anche singolarmente inteso (parlando specificatamente di gestione delle popolazioni di lupi, si pensi, ad esempio, al peso del ruolo giocato dall'esemplare all'interno del branco, che è un elemento essenziale da prendere in considerazione, o alla questione relativa agli esemplari vaganti).

Su tale scia, la stessa attività venatoria, laddove autorizzata, deve essere concepita esclusivamente come strumento di tutela degli equilibri ecosistemici e delle soglie di resilienza del territorio, come coefficiente di tutela, retto, in quanto tale, da tecnicismo e scientificità.

Si viene così a delineare un rinnovato concetto di **condivisione durevole degli spazi tra uomo e fauna**, che arricchisce il dogma della sostenibilità cogliendo l'essenza più autentica dell'*ambiente*, da intendersi oggi come *biosfera*, ovvero come sistema complesso di *relazioni ecologiche tra fattori posti in interconnessione tra loro*⁵⁵.

Partendo da tale presupposto, segue a ruota la considerazione circa il valore aggiunto che un **approccio transfrontaliero** potrebbe assumere nel quadro spagnolo ed europeo delineato.

Oltre ad una omogeneità a livello di regolamentazione protezionistica emerge, infatti, una l'ulteriore necessità di rafforzare (e, ancor prima, sviluppare) una efficace cooperazione intergovernativa per coordinare la conservazione e la gestione del lupo a livello di popolazioni. Tale esigenza è già emersa nel 2008 quando la Commissione Europea ha approvato delle specifiche linee guida -alle quali ci si rifà-, elaborate dal *Large Carnivore Conservation Initiative for Europe* (da ora LCIE)⁵⁶ per promuovere l'adozione, da parte dei Paesi membri, di un piano di gestione a livello di popolazione dei grandi carnivori.

In tale rapporto viene indicata come premessa il fatto che la gestione basata sulla popolazione dei grandi carnivori richiede una cooperazione inter-amministrativa su larga scala. Si ribadisce il concetto⁵⁷ secondo il quale «gli approcci armonizzati e transfrontalieri sono preziosi per l'attuazione della direttiva quando per esempio due Stati membri condividono una popolazione di una certa specie e possono valutare la situazione completa (e di conseguenza definire misure efficaci) solo se tengono conto della situazione dall'altra parte del confine» (p. 10, traduzione dell'autrice).

Le linee guida LCIE, specifica la Commissione, costituiscono inoltre un punto di riferimento rispetto al quale [la stessa Commissione] monitorerà le azioni intraprese dagli Stati membri in adempimento dei loro obblighi ai sensi della direttiva *Habitat*. Sul punto, si osserva, la Direttiva *Habitat* stabilisce doveri di conservazione che si rivolgono agli Stati membri individualmente, senza stabilire alcun dovere esplicito di cooperazione transfrontaliera.

⁵⁵ Sulla ricostruzione dottrinale, normativa e giurisprudenziale dell'ambiente come ecosistema si rimanda a M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Giappichelli, 2007.

⁵⁶ Nel 1995 il WWF ed il Consiglio d'Europa hanno istituito un gruppo di esperti "*Large Carnivore Initiative for Europe*" (LCIE) dedicato alla gestione e conservazione dei grandi carnivori in Europa, con lo scopo di "conservare, in coesistenza con l'uomo, popolazioni vitali di grandi carnivori come parte integrante degli ecosistemi e dei paesaggi europei". Il gruppo è successivamente diventato uno degli *Specialist Groups della Species Survival Commission* dell'IUCN. Ad oggi è composto da 40 esperti indipendenti e riguarda cinque specie: Orso bruno (*Ursus arctos*), Lince eurasiatica (*Lynx lynx*), Ghiottone (*Gulo gulo*), Lince pardina (*Lynx pardinus*) e Lupo (*Canis lupus*).

⁵⁷ Già riconosciuto dalla Commissione nel "Documento di orientamento sulla protezione rigorosa delle specie animali di interesse comunitario ai sensi della direttiva Habitat 92/43/CEE", febbraio 2007, p. 17.

Nonostante ciò, però, si può agevolmente sostenere che gli Stati membri hanno comunque il dovere di coordinarsi e cooperare con gli Stati vicini quando ciò è necessario per il raggiungimento o il mantenimento di uno stato di conservazione favorevole di particolari popolazioni, alla luce dell'art. 2 e della *ratio* generale della Direttiva. E questo non può che essere il caso dei grandi predatori, come il lupo, dal momento che questi si spostano naturalmente su aree molto ampie e si presentano con densità relativamente basse. Questo implica che la maggior parte dei Paesi non saranno mai in grado di ospitare un numero di individui sufficiente a costituire una popolazione che possa raggiungere uno stato di conservazione favorevole. Come specificato nel Considerando 4⁵⁸, quindi, affinché l'intenzione della direttiva sia effettivamente raggiunta è necessario considerare scale spaziali che attraversano i confini amministrativi tra Stati.

Si rammenta, infine, che la Direttiva Habitat nasce al fine di attuare la Convenzione di Berna, la quale, agli articoli 1, 10 e 11, prevede un dovere di cooperazione transfrontaliera richiedendo alle parti di «cooperare ogniqualvolta sia opportuno e in particolare quando ciò possa migliorare l'efficacia» delle misure di conservazione richieste (p. 26 linee guida).

Tutto quanto esposto dovrebbe quindi portare a riconoscere l'obbligo generale, in capo ai Paesi membri, di sviluppare piani di gestione transfrontalieri per le specie faunistiche rispetto alle quali una tale misura si rende opportuna, e, più nello specifico e per quanto di interesse, un obbligo per le autorità portoghesi, spagnole, italiane e francesi di avviare una cooperazione transfrontaliera per quanto riguarda le popolazioni di lupi iberici nord-occidentali (nonché alpini).

Tale ulteriore step di tutela, a ben vedere, risulta non solo auspicabile ma fondamentale per garantire il mantenimento e soprattutto il ripristino di popolazioni di lupi che possano dirsi davvero vitali⁵⁹ nei termini *supra* esposti, rafforzando e dando completezza al percorso europeo tracciato e rendendo più efficace la tutela nel concreto.

Ed è proprio guardando al piano pratico che si vogliono tirare le fila dell'elaborato. Tenendo a mente la descritta evoluzione europea -che pone su un piano di *complementarietà funzionale* la gestione faunistica e la protezione delle risorse naturali (*in primis*, la fauna)- si può affermare che la Spagna, con la sua ordinanza, ha optato giustamente per un modello conforme ai più recenti sviluppi europei, basato sulla conoscenza scientifica e in grado di garantire l'espansione e l'insediamento (per decenni ostacolati) di questa specie protetta nella penisola. Volendo volgere lo sguardo agli sviluppi pratici e concreti che questa scelta porta necessariamente con sé nel futuro più immediato, si può osservare quanto segue.

L'inclusione del lupo nella Lista, oltre a porre fine all'incongruenza e all'incertezza giuridica preesistente, implica non solo l'introduzione del generale divieto di caccia ma anche l'unificazione dei criteri per la conservazione e la gestione della specie (tenendo comunque conto delle peculiarità dei vari territori) tramite, come anticipato, la formulazione di una nuova Strategia per la conservazione e gestione del lupo.

Questa Strategia, inutile dirlo, verrà alla luce in un complesso scenario caratterizzato da forti tensioni che l'ordinanza di settembre 2021 ha scatenato nel settore sociale e tra gli *stakeholder* (soprattutto tra gli allevatori delle comunità autonome a nord del fiume Duero): passare da un sistema decennale di controllo del lupo quasi "selvaggio" ad uno in cui l'abbattimento è relegato

⁵⁸ «Considerando che, nel territorio europeo degli Stati membri, gli habitat naturali non cessano di degradarsi e che un numero crescente di specie selvatiche è gravemente minacciato; che gli habitat e le specie minacciati fanno parte del patrimonio naturale della Comunità e che i pericoli che essi corrono sono generalmente di natura transfrontaliera, per cui è necessario adottare misure a livello comunitario per la loro conservazione».

⁵⁹ Il ripristino di popolazioni vitali di lupi e l'estensione delle loro aree di distribuzione è uno degli obiettivi primari del "Piano d'azione europeo per il lupo" e della "Large Carnivore Conservation Initiative for Europe" (LCIE).

ad *extrema ratio* è una questione che, a livello sociale, verrà metabolizzata solo col tempo e con una capace e attenta opera di mediazione statale⁶⁰.

Ciò che si auspica è quindi l'elaborazione di una Strategia diretta ad un cambio di paradigma, con l'obiettivo fondamentale di aumentare l'accettazione sociale del lupo e la comprensione del suo ruolo nella natura, così da creare un nuovo tempo per la specie, diffondendo una concezione diversa da quella che per anni gli è stata affibbiata e in grado di garantire la coesistenza tra questo animale e gli uomini⁶¹, ridimensionando il concetto di conflitto e dando enfasi, invece, a quello di convivenza⁶².

La percezione sociale, lungi dall'essere relegata a tematica secondaria che sta sullo sfondo, deve quindi essere riconosciuta e considerata come una questione cruciale: cambiare l'approccio che la società ha nei confronti del lupo, infatti, se da una parte rappresenta la sfida più ardua, dall'altra risulta essere un tassello assolutamente imprescindibile per il successo del disegno protezionistico.

D'altronde, come evidenzia attenta dottrina, il lupo scatena passioni ed ispira rappresentazioni diverse per persone diverse, da sempre. Il recupero e la gestione dell'animale sono fattibili. La vera sfida è saper gestire i simboli⁶³.

BIBLIOGRAFIA

- Blanco J.C., *La gestión del lobo en España. Controversias científicas en torno a su caza*, Arbor, 193 (786): a418, 2017
- Blanco J.C., *Lobo - Canis lupus*, Enciclopedia Virtual de los Vertebrados Españoles. Salvador A., Barja I. (Eds.), Museo Nacional de Ciencias Naturales, Madrid, 2017
- Blanco J.C., Cortés, Y., *Ecología, censos, percepción y evolución del lobo en España: Análisis de un conflicto*, Sociedad Española para la Conservación y Estudio de los Mamíferos (SECEM), Málaga, 2002
- Blanco J.C., Reig S., *Distribution, status and conservation problems of the Canis lupus in Spain*, Biological Conservation 60(2):73-80, December 1992
- Boitani L., *Ecological and cultural diversities in the evolution of wolf-human relationships. In Ecology and conservation of wolves in a changing world*: 3-12. Carbyn, L. N., Fritts, S. H., and Seip, D. R.(Eds.), Edmonton: Canadian Circumpolar Institute, 1995
- Cafagno M., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Giappichelli, 2007
- Chapron G., Kaczensky P. ET AL., *Recovery of large carnivores in Europe's modern human-dominated landscapes*. SCIENCE, 346: 1517-1519, 2014
- De la Bodega D., Cano C., Mínguez E., *El veneno en España evolución del envenenamiento de fauna silvestre (1992-2017)*, Wwf, 2020
- Durá Alemañ C.J., *Aspectos legales de la solicitud de inclusión del lobo ibérico (canis lupus signatus) en el catálogo español de especies amenazadas en la categoría de "vulnerable" y subsidiariamente, la inclusión de toda su población española en el listado de especies silvestres en régimen de protección especial*, Actualidad Jurídica Ambiental, n. 116, Sección Comentarios legislativos, 11 ottobre 2021
- Fernandez-Gil A. et al., *Large carnivore management plans of protection: best practices in EU member state*, European Parliament PETI committee, 2018
- Grossmann C.M., Patkó L., Ortseifen D., Kimmig E., Cattoen E.-M. and Schraml U., *Human-Large Carnivores Co-existence in Europe - A Comparative Stakeholder Network Analysis*. Front. Ecol. Evol, 8:266, 2020

⁶⁰ Sull'importanza del dialogo e il sostegno delle autorità competenti rispetto a conflitti sociali intorno ai grandi carnivori in Europa: V. SALVATORI, E. BALIAN, J.C. BLANCO, X.CARBONELL, P. CIUCCI, L. DEMETER, A. MARINO, A. PANZAVOLTA, A. SÓLYOM, Y. VON KORFF, ET AL., *Are Large Carnivores the Real Issue? Solutions for Improving Conflict Management through Stakeholder Participation. Sustainability*, 13, 2021, p. 4482.

⁶¹ Sull'importanza della coesistenza e della diffusione di *best practices*, A. FERNANDEZ-GIL ET AL., *Large carnivore management plans of protection: best practices in EU member states*, European Parliament PETI committee, 2018, pp. 40 ss.

⁶² Sul punto, un interessante studio che si basa sul distinguo tra il concetto di *conflitto* e il concetto di *impatto*, partendo dal presupposto che gli animali possono essere solo l'oggetto di un conflitto, ma non una parte di esso, poiché gli animali non entrano consapevolmente in un conflitto in senso umano. C.M. GROSSMANN, L. PATKÓ, D. ORTSEIFEN, E. KIMMIG, E.-M. CATTOEN AND U. SCHRAML, *Human-Large Carnivores Co-existence in Europe - A Comparative Stakeholder Network Analysis*. Front. Ecol. Evol., 2020, 8:266.

⁶³ J.C. BLANCO, *La gestión del lobo en España. Controversias científicas en torno a su caza*. Arbor, 193 (786), 2017, p. 13: a418.

- IUCN, CONSERVAÇÃO DO LOBO EM PORTUGAL. Projeto realizado ao abrigo do programa Life. Relatório final, Lisboa, 1997
- MAGRAMA, *Censo 2012-2014 de lobo ibérico (CANIS LUPUS, Linnaeus, 1758) en España*. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Madrid, 2016
- Pimenta V., Barroso I., Álvares F., Correia J., Ferrão da Costa G., Moreira L., Nascimento J., Petrucci-Fonseca F., Roque S. & Santos E., SITUACÃO POPULACIONAL DO LOBO EM PORTUGAL, RESULTADOS DO CENSO NACIONAL 2002/2003. Relatório Técnico. Instituto da Conservação da Natureza/Grupo Lobo, 2005
- Quevedo M., Echegaray J., Fernández-Gil A., Leonard J.A., Naves J., Ordiz A., Revilla E. & Vilà C., *Lethal management may hinder population recovery in Iberian wolves*. BIODIVERSITY & CONSERVATION, 28 (2): 415-432, 2019
- Rico M. & Torrente J.P., *Caza y rarificación del lobo en España: investigación histórica y conclusiones biológicas*. Galemys, 12: 163-179, 2000
- Salvatori V., Balian E., Blanco J.C., Carbonell X., Ciucci P., Demeter L., Marino A., Panzavolta A., Sólyom A., Von Korff Y., et al., *Are Large Carnivores the Real Issue? Solutions for Improving Conflict Management through Stakeholder Participation*. Sustainability 2021
- Torres R., Fonseca C., *Perspectives on the Iberian wolf in Portugal: population trends and conservation threats*. BIODIVERSITY AND CONSERVATION. 25(3), Springer, 2016
- Trouwborst A., *The EU Habitats Directive and Wolf Conservation and Management on the Iberian Peninsula: A Legal Perspective*, Galemys Spanish Journal of Mammalogy, 26:15-30, 2014
- Trouwborst A., Boitani L., Linnell J.D.C., *Interpreting 'favourable conservation status' for large carnivores in Europe: how many are needed and how many are wanted?*, Biodiversity and Conservation, 26 (1), 37-61, 2017
- Zanini S., *La tutela dell'ecosistema, tra scienza e diritto*, in Rivista AIC, vol. Rivista N° 3/2019

Sitografia:

www.lcie.org
www.loboiberico.com

“PROBLEMATICHE” INERENTI ALLA REALIZZAZIONE DI IMPIANTI PER LA PRODUZIONE DI ENERGIA DA FONTI RINNOVABILI.

Commento a Consiglio di Stato sez. 2^a - 3 novembre 2021, n. 7357

Avv. Salvatore Nanè

Master in Diritto dell'ambiente e gestione del territorio, Università di Catania

Massime:

"È infondata la tesi secondo cui la procedura di PAS, al pari dell'autorizzazione unica ex art 12 D. lgs. 387/2003, assorbirebbe e renderebbe superflua ogni problematica relativa ai titoli edilizi. Infatti, solo l'autorizzazione unica può costituire, ove occorra, variante allo strumento urbanistico, mentre l'effetto della PAS non può essere quello di consentire l'intervento in deroga agli strumenti urbanistici, perché è proprio la compatibilità urbanistico-edilizia del progetto a costituire il presupposto per la legittima realizzazione a mezzo di procedura semplificata".

"La produzione di energia elettrica destinata alla cessione sul mercato è indice dell'autonomia funzionale di un impianto alimentato a fonti energetiche rinnovabili e conduce a qualificare l'intervento come volto alla realizzazione di un impianto autonomo piuttosto che di un mero volume tecnico".

"L'individuazione regionale di siti non idonei agli impianti, sulla base della previsione dell'art. 17 D.M. 10 settembre 2010 non ha l'effetto di determinare, in via automatica e presuntiva, la compatibilità urbanistica dell'intervento da realizzare nei siti esclusi dal piano regionale. La funzione del sopra indicato piano regionale, infatti, non è quella di predeterminare l'idoneità, sul piano generale e a prescindere dalla compatibilità urbanistico-edilizia, di tutti i siti non esclusi, ma è quella, più limitata, di offrire agli operatori un quadro certo e chiaro di riferimento e orientamento per la localizzazione dei progetti".

*(Massime tratte dalla **Banca Dati di Giurisprudenza** della **Rivista** www.AmbienteDiritto.it)*

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato chiarisce sostanzialmente tre “problematiche” inerenti alla realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

La parte preponderante di tutte le argomentazioni riguarda l'importante rapporto che intercorre tra le procedure di autorizzazione degli impianti suddetti e gli strumenti urbanistici. Si sofferma, poi, sul concetto di volume tecnico, per concludere, infine, con la specificazione della funzione propria del Piano regionale nel momento in cui individua i siti non idonei agli impianti.

La vicenda prende le mosse da una richiesta di PAS (Procedura abilitativa semplificata) presentata al fine di sostituire un impianto termico alimentato ad olio combustibile funzionale al riscaldamento di serre, con quattro impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili che avrebbero prodotto, oltre al calore e all'energia termica per il riscaldamento ed il funzionamento delle serre, anche ulteriore energia elettrica che sarebbe stata poi ceduta ad ENEL.

Il fondo su cui sarebbero sorti gli impianti, ubicato in adiacenza alle serre, sarebbe stato oggetto di una cessione del diritto di superficie da parte del proprietario alle società costruttrici che avrebbero in tal modo conseguito la disponibilità del suolo.

L'intervento ricadeva in una sottozona per la quale il Regolamento urbanistico del Comune sanciva che ogni nuovo intervento edificatorio fosse subordinato alla preventiva approvazione di un accordo di pianificazione tra Regione, Provincia e Comune, mentre per gli edifici già compresi all'interno dell'area erano ammessi esclusivamente interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria e di restauro conservativo. Poiché il Regolamento edilizio qualificava espressamente come manutenzione straordinaria "l'installazione di impianti relativi alle fonti rinnovabili di energia", la richiesta di PAS veniva presentata sul presupposto di ammissibilità dell'intervento.

Il Comune, tuttavia, ordinava di non iniziare i lavori, in quanto, comportando un'alterazione di volumi e superfici, l'intervento non era riconducibile, né assimilabile, alla manutenzione straordinaria.

Avverso tale provvedimento di diniego veniva proposto ricorso al TAR che, uniformandosi alle valutazioni del Comune (nel senso di non poter qualificare l'intervento come manutenzione straordinaria), lo respingeva.

Il Consiglio di Stato, ritenendo corrette le valutazioni del giudice di prime cure, dichiara l'appello infondato.

Quest'ultimo si sostanzia di due motivi.

Relativamente al primo, si deduceva che la sentenza impugnata fosse errata nella parte in cui escludeva la riconducibilità dell'intervento alla categoria della manutenzione straordinaria, nonché la natura di mero volume tecnico dell'impianto da realizzare. Lamentavano, infatti, i ricorrenti, che il Regolamento edilizio, tra gli interventi di manutenzione straordinaria, prevedeva proprio l'installazione di impianti relativi alle fonti rinnovabili di energia e, inoltre, che la realizzazione dell'impianto aveva ad oggetto volumetria tecnica strettamente funzionale ad uno stabilimento produttivo. Si precisava che la natura di volume tecnico non fosse esclusa né dalla circostanza che una parte di energia elettrica sarebbe stata ceduta ad ENEL, né dalla cessione del diritto di superficie dell'area alle società costruttrici, in quanto meramente funzionale a consentire a queste ultime di avere la disponibilità dell'area medesima.

Si sottolineava, infine, che l'indicazione di opere complementari per cui è necessario il permesso di costruire, da parte dell'Autorità di bacino, non era di ostacolo alla qualificazione dell'intervento come manutenzione straordinaria, rappresentando la PAS un meccanismo mediante il quale verrebbe assorbita ogni problematica relativa ai titoli edilizi.

Il Consiglio di Stato, nel dichiarare infondato tale motivo di appello, coglie l'occasione per chiarire la natura giuridica della Procedura abilitativa semplificata, la relativa disciplina ed i conseguenziali effetti.

Preliminarmente è opportuno chiarire che, in materia di regimi autorizzativi degli impianti da fonti rinnovabili, i principi fondamentali sono contenuti nel D. Lgs. n. 387/2003 (di attuazione della Direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili) e nel D. Lgs. 28/2011 (di attuazione della Direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili). Il quadro della disciplina dettata da queste norme statali di principio è, poi, completato dal Decreto del Ministero dello Sviluppo economico 10 settembre 2010, con cui sono state adottate le Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili.

Il succitato D. Lgs. n. 387/2003 prevede, all'art. 12, un regime autorizzatorio unificato, denominato Procedimento unico di autorizzazione, che sfocia nell'Autorizzazione unica (Au), ed un meccanismo, ancora più semplificato, applicabile agli impianti di potenza inferiore alle soglie previste dalla Tabella A allegata al decreto. Quest'ultimo procedimento autorizzatorio, nella sua versione originaria, prevedeva il meccanismo della Denuncia di inizio attività (DIA), prevista dal c.d. Testo unico edilizia; con il D. Lgs. n. 28/2011 esso è stato sostituito dal procedimento in Procedura abilitativa semplificata (PAS), che è quello oggetto della sentenza in commento.

E nel prendere in esame la PAS, il Consiglio di Stato rigetta il primo motivo sostenendo che, per gli impianti alimentati da energia rinnovabile, rappresenta presupposto indispensabile per l'utilizzo di tale procedura (e non di quella, più gravosa, dell'Autorizzazione unica) la compatibilità urbanistica ed edilizia dell'intervento, la cui verifica in concreto è demandata al Comune.

Come già anticipato, nella zona di realizzazione dell'impianto, il regolamento urbanistico comunale consentiva solo interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria e di restauro conservativo. Vero è che il regolamento edilizio includeva, tra gli interventi di manutenzione straordinaria, l'installazione di impianti relativi a fonti rinnovabili di energia, tuttavia, il Consiglio di Stato rileva come tale fonte secondaria non può introdurre una nuova categoria di interventi di manutenzione straordinaria. Questi ultimi, infatti, sono previsti dall'art. 3 D.p.r. 380/2001 e dall'art. 79 L.r. 1/2005.

Rifacendosi a specifiche posizioni giuridiche della Corte Costituzionale, i giudici di Palazzo Spada precisano come la definizione delle categorie di interventi edilizi (a cui si collega il regime dei titoli abilitativi) appartiene alla materia concorrente del "governo del territorio" e, pertanto, pur potendo il legislatore regionale chiarire gli interventi edilizi che rientrano nelle definizioni statali, tale chiarimento è comunque vincolato a quanto previsto da queste ultime.

Si produrrebbe, infatti, un sistema di norme non coeso e disomogeneo se si consentisse ad un regolamento comunale di disciplinare le categorie di interventi edilizi in contrasto con la legge regionale o, addirittura, con quella nazionale.

Non potendo, dunque, il regolamento edilizio prevedere norme contrastanti con l'art. 3 D.p.r. 380/2001, la previsione, nel primo contenuta, deve essere esclusivamente intesa come mera specificazione di una particolare tipologia di interventi (impianti da fonti rinnovabili) già sussumibili nella manutenzione straordinaria disciplinata dall'art. 3, comma 1, lett. b), D.p.r. 380/2001. Sulla base di quest'ultima disposizione, il Consiglio di Stato conclude che la realizzazione di centrali alimentate a biomasse costituisce un intervento di manutenzione straordinaria a condizione che non alteri i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari e non comporti modifiche delle destinazioni di uso.

L'impianto, cioè, non deve dar luogo a variazioni essenziali dell'originaria costruzione, potendo al massimo determinare la creazione di un c.d. volume tecnico. Fatte queste premesse di carattere strettamente giuridico, il Consiglio di Stato, nel prendere in esame l'impianto oggetto dell'appello, afferma che, per le sue caratteristiche strutturali e funzionali, non può sicuramente qualificarsi come mero volume tecnico.

In questa parte della motivazione, i giudici amministrativi riprendono la costante giurisprudenza sviluppatesi intorno alla nozione di volume tecnico, precisando che essa fa riferimento solo ai volumi necessari a contenere e a consentire l'accesso a quelle parti degli impianti tecnici che non possono essere collocati dentro il corpo dell'edificio realizzabile nei limiti imposti dalle norme urbanistiche.

In altri termini, con l'espressione "volume tecnico" si fa riferimento ad opere edilizie di consistenza volumetrica circoscritta e del tutto prive di una propria autonomia funzionale, in quanto destinate esclusivamente a contenere impianti serventi di una costruzione principale.

Il volume tecnico, sostanzialmente, esaurisce la sua finalità nel rapporto tecnico-funzionale con la costruzione principale.

Esaminando tale specificazione giurisprudenziale può dirsi, quindi, con certezza, che dalla nozione di "volume tecnico", sotto il profilo strutturale, esulano tutti quegli interventi che comportino un aumento della volumetria dell'immobile.

Fatta questa precisazione, il Consiglio di Stato verifica se l'intervento in oggetto possa rientrare in questa nozione. Dal punto di vista strutturale, il progetto ha una ampiezza complessiva di quasi 1.500 mq, è costituito da quattro impianti, oltre ad una cabina di trasformazione per la cessione dell'energia, ed è profondamente diverso dal precedente.

Sotto il profilo funzionale, l'impianto non è esclusivamente finalizzato al riscaldamento delle serre, in quanto destinato a produrre energia elettrica che verrà ceduta ad ENEL. Tale circostanza, in virtù di quanto detto sopra, è considerata dai giudici indice dell'autonomia funzionale dello stesso.

La concomitante valutazione dell'intervento sotto i due profili (strutturale e funzionale) fa propendere il Consiglio di Stato per l'esclusione della qualifica di mero volume tecnico, in quanto palesemente volto alla realizzazione di un impianto del tutto autonomo.

Tra l'altro, osservano i giudici sempre ai fini della non possibile qualificazione come volume tecnico, anche la cessione del diritto di superficie del terreno alle società realizzatrici dell'impianto è sintomatica dell'assenza del requisito di esclusiva funzionalità di quest'ultimo rispetto al primo. La PAS, infatti, può, ex art. 6 del D. Lgs. n. 28/2011, essere richiesta direttamente dal proprietario del fondo interessato dall'impianto, sicché il diritto reale di superficie è stato costituito proprio al precipuo fine di farne acquisire alle società realizzatrici la disponibilità, strumentale alla successiva ed autonoma gestione dell'impianto stesso. Si arriva così alla parte, a mio avviso, più interessante della decisione, riguardante il rapporto tra la procedura abilitativa semplificata e l'autorizzazione unica, i diversi presupposti applicativi e la conseguente diversità di effetti giuridici.

Il Consiglio di Stato dichiara non fondato il motivo di appello in base al quale la PAS, al pari dell'autorizzazione unica, assorbirebbe ogni problematica relativa ai titoli edilizi. Sostenere ciò è sintomo della mancata comprensione dei due moduli procedimentali che hanno natura e presupposti evidentemente diversi.

La PAS, infatti, non è assimilabile all'autorizzazione unica prevista dall'art. 12 del D. Lgs. 387/2003 già per il solo e semplice motivo che non può mai costituire variante allo strumento urbanistico. E ciò, non per interpretazione giurisprudenziale delle norme, ma per il contenuto proprio delle stesse. Trattandosi di procedura, appunto, semplificata, essa è stata pensata dal legislatore come modulo procedimentale snello atto a consentire uno sviluppo ed una incentivazione degli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili. Tale semplificazione, tuttavia, non si spinge fino al punto di consentire l'intervento progettato anche in deroga agli strumenti urbanistici, perché è proprio questo il limite cogente (a garanzia di superiori interessi pubblici) posto dal legislatore.

Presupposto per la legittima realizzazione del progetto a mezzo di procedura abilitativa semplificata è, infatti, proprio la sua compatibilità urbanistico-edilizia. Se, pertanto, come nel caso in esame, al fine di autorizzare il progetto, venga richiesto (anche solo per alcune opere) il premesso di costruire, ciò determina l'inutilizzabilità del modulo procedimentale semplificato e la necessaria applicazione del più oneroso (perché più garantista) procedimento autorizzativo unico.

Ed è proprio tale finalità di tutela e garanzia di superiori interessi pubblici, aggiungo io, a rendere legittima la richiesta di autorizzazione del progetto tramite procedimento unico e non con procedura abilitativa semplificata: l'autorità competente, infatti, imponendo l'Autorizzazione unica in mancanza di tale presupposto, incorrerebbe nella violazione del principio di non aggravamento del procedimento amministrativo previsto dall'art. 1, comma 2, della L. 241/1990. Veniamo adesso all'ultimo aspetto trattato dalla sentenza in commento, relativo al secondo motivo proposto dalla parte appellante, respinto anch'esso dal Consiglio di Stato perché giudicato infondato.

La pronuncia ha qui ad oggetto l'individuazione, da parte del Piano regionale, dei siti non idonei agli impianti, in base all'art. 17 delle Linee guida per l'autorizzazione (D.m. 10.09.2010). Gli appellanti sostenevano che tale individuazione determinasse, per esclusione, la conseguente ammissibilità degli interventi nelle aree non indicate nel piano. Con l'individuazione delle aree e dei siti non idonei all'installazione degli impianti si determinava, cioè, a detta degli appellanti, una vera e propria presunzione di ammissibilità degli interventi nelle aree residue e ciò a prescindere dalla destinazione urbanistica e dai vincoli localmente previsti.

Il Consiglio di Stato precisa qui la funzione del Piano regionale sul punto.

Partendo dall'Allegato 3 alle Linee guida, il quale dispone, all'evidente scopo di evitare moratorie, che "l'individuazione delle aree e dei siti non idonei mira non già a rallentare la realizzazione degli impianti, bensì ad offrire agli operatori un quadro certo e chiaro di riferimento e orientamento per la localizzazione dei progetti", afferma che è proprio quest'ultima la funzione specifica dell'individuazione regionale dei siti non idonei agli impianti e non quella di predeterminare l'idoneità, anche a prescindere dalla compatibilità urbanistico-edilizia, di tutti i siti non esclusi.

Quest'ultima, infatti, sempre per la funzione di garanzia di interessi pubblici rilevanti di cui è portatrice, sfugge necessariamente a qualunque tipo di presunzione e condiziona l'ammissibilità stessa della PAS. Vero è che, la giurisprudenza amministrativa ritiene oramai che anche nelle aree indicate come non idonee non viga il divieto assoluto di installazione degli impianti e che, cioè, sarà sempre possibile proporre un progetto anche in tali aree e pretendere una obiettiva valutazione dei costi e dei benefici che esso determina, ma ciò non vuol dire che le aree escluse da tale individuazione siano, all'opposto, idonee tout court. A conferma di ciò, sottolinea il Supremo Consesso amministrativo, si veda proprio la disciplina della PAS: l'art. 6, comma 2, del D. Lgs. 28/2011 richiede, infatti, che la dichiarazione da presentare al Comune debba essere accompagnata da una relazione dettagliata a firma di un progettista abilitato che attesti "la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici approvati e i regolamenti edilizi vigenti e la non contrarietà agli strumenti urbanistici adottati". E, inoltre, aggiungo, anche il comma 4 della stessa norma suffraga tale interpretazione: nel prevedere l'ipotesi dell'assenza di una o più delle condizioni previste o della falsa attestazione del professionista abilitato, il legislatore fa salva la facoltà di ripresentare la dichiarazione ma "con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia". Dunque, come già anticipato, l'accesso alla procedura semplificata è condizionata dalla conformità urbanistica ed edilizia del progetto, la quale sfugge a qualunque tipo di presunzione, non può ammetterne alcuna, e deve essere, ex lege, specificamente accertata e garantita.

È proprio tale conformità che giustifica, infatti, la semplificazione procedimentale di cui è portatrice la PAS, la quale, ragionando in modo contrario, determinerebbe il rischio di compromissione di preminenti interessi pubblici. All'esito di tale commento, mi sembra di poter dire che i giudici del Consiglio di Stato pervengano ad un epilogo decisamente condivisibile.

La coerenza logico-giuridica del ragionamento è resa palese dall'ampio sforzo argomentativo che coniuga brillantemente le necessarie esigenze di semplificazione delle procedure autorizzative (e, dunque, di incentivazione) degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, in ossequio al principio comunitario della massima diffusione delle stesse, con la tutela di interessi pubblici primari cui qualsiasi amministrazione è tenuta a dare particolare rilievo quando viene chiamata ad esercitare la propria imprescindibile discrezionalità amministrativa.

FOCUS

Focus: IL **MOBBING** DI GENERE IN AMBITO LAVORATIVO.

Giusi Bartolozzi

Comp. Commissione Giustizia alla Camera e Giudice in aspettativa parlamentare.

Pur persistendo l'assenza di una completa definizione legislativa nel diritto nazionale può affermarsi, quale consolidata configurazione giurisprudenziale, che il *mobbing*¹ consiste in una serie di comportamenti aggressivi e vessatori, che si protraggono nel tempo, nei confronti delle lavoratrici o dei lavoratori (il fenomeno è assolutamente trasversale), posti in essere dal datore di lavoro, nonché da colleghi o superiori, e tali da caratterizzarsi come una forma di terrore psicologico sul posto di lavoro².

Se è ormai pacifico in sede giuslavoristica che "sono tollerabili e possibili disparità e differenziazioni di trattamento, sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli" (cfr. Corte Cost. n. 103 del 1989) risulta tuttavia statisticamente accertato che in ambito lavorativo, le donne sono frequentemente i soggetti più a rischio di *mobbing* e/o di marginalizzazione, specialmente al rientro dalla maternità o a seguito di matrimonio: si parla in questi casi, di *mobbing* di genere³.

SOMMARIO: **1.** Quadro normativo a livello europeo. **2.** Cornice costituzionale. **3.** *De iure condito*. **4.** *De iure condendo*. **4.1.** Definizione di *mobbing* e di molestie morali e violenze psicologiche. **4.2.** Obblighi del datore di lavoro e accertamento delle responsabilità. **4.3.** Tutela giudiziale. **4.4.** Pubblicità del provvedimento del giudice. **4.5.** Responsabilità disciplinare e nullità delle azioni discriminatorie. **4.6.** Modifiche al codice penale: introduzione di un nuovo delitto. **4.7.** Misure di prevenzione, vigilanza e informazione nei luoghi di lavoro. **5.** Obiettivi da perseguire.

§1. Quadro normativo a livello europeo.⁴

Tra le iniziative specificamente adottate a livello europeo, si segnalano:

1. la firma, il 3 marzo 1996, da parte di nove Stati membri del Consiglio d'Europa, della nuova versione della Carta Sociale Europea⁵;

2. l'approvazione, da parte del Parlamento Europeo, il 20 settembre 2001, della risoluzione (2001/2339(INI)) riguardante il *mobbing* sul posto di lavoro⁶;

¹ Sui fondamenti Leymann H., *Mobbing and Psychological Terror at Workplaces, Violence and Victims* 5, 1990, 119 ss.; Ege H., *La valutazione peritale del danno da mobbing*, Milano, 2002 nonché <https://www.leymann.se/English/frame.html>, più di recente, Ege H., *Oltre il mobbing. Mobbing, Straining, stalking e altre forme di conflittualità sul posto di lavoro*, Milano, 2016.

² Cfr per tutte, Cass. ord. N. 12364/2020; sent. 29767/2020)

³ Per la dottrina giuridica cfr., tra gli altri, Tullini P., *Mobbing e rapporto di lavoro, una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 255 ss. Viscomi A., *Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti*, in *Lav. Dir.*, 2002, 45 ss.; Tosi P. (a cura di), *Il mobbing*, Torino, 2004; Mazzamuto S., *Il mobbing*, Milano, 2004; Id., *Ancora sul mobbing*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 1360 ss.; AA. VV., *Mobbing, organizzazione, malattia professionale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006

⁴ Raffi A., *Il mobbing nell'ordinamento comunitario*, ivi 2006, 259 e ss.; Russo A., *Il mobbing tra esigenze preventive e tecniche risarcitorie. Profili comparati*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, 1051 ss.;

3. l'approvazione, da parte del Parlamento europeo, della Risoluzione (2004/2205(INI)) sulla promozione della salute e della sicurezza sul lavoro, nella quale si invita la Commissione ad includere nel programma di azione alcune problematiche di genere, quali il *mobbing*⁷.

§2. Cornice costituzionale.

Nella Carta Costituzionale del 1948 il lavoro è un diritto personale ma anche un dovere sociale;

- all'articolo 2, la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale;

- all'articolo 32 riconosce il diritto alla salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività;

- all'articolo 35 riconosce e garantisce il diritto al lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni e prevede che la Repubblica riconosce la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori e promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro;

- all'articolo 41 sancisce il principio di libertà dell'iniziativa economica privata, che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

§3. De iure condito.

Nel nostro ordinamento, il fenomeno del *mobbing*, in assenza di provvedimenti legislativi di rango primario, è stato oggetto di attenzione e di esame prevalentemente in sede dottrinale e giurisprudenziale. Invero, in mancanza di un riconoscimento del *mobbing* nel diritto positivo, la dottrina, la giurisprudenza, la contrattazione collettiva e la prassi amministrativa hanno cercato di dare una sistemazione concettuale al fenomeno descrivendone gli aspetti caratteristici, senza mai giungere a una definizione omnicomprensiva ed a indirizzi consolidati⁸.

I primi passi volti a disciplinare normativamente il fenomeno sono stati compiuti, seppur indirettamente, attraverso l'emanazione di due provvedimenti:

- il D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 215, attuativo della direttiva 2000/43/CE del 26 settembre 2000, del Consiglio, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica;

⁵ Articolo 26 con l'impegno degli Stati allo scopo di assicurare l'esercizio effettivo del diritto di ogni lavoratore alla protezione della loro dignità al lavoro, a promuovere la sensibilizzazione, l'informazione e la prevenzione in materia di "atti condannabili o esplicitamente ostili ed offensivi, diretti in modo ripetuto contro ogni lavoratore sul luogo di lavoro o in relazione con il lavoro", nonché ad adottare le misure appropriate al fine di proteggere i lavoratori contro tali comportamenti

⁶ In particolare, nel documento si esortano gli Stati membri: rivedere e a completare la propria legislazione sotto il profilo della lotta contro il *mobbing* e le molestie sessuali sul posto di lavoro; a verificare e ad uniformare la definizione delle fattispecie di *mobbing*; a elaborare, con l'ausilio delle parti sociali, idonee strategie di lotta contro il *mobbing* e, in generale, contro la violenza sul posto di lavoro. Il documento conteneva anche un invito alla Commissione a presentare, entro il mese di marzo 2002, un Libro verde recante un'analisi approfondita della situazione relativa al *mobbing* in Italia e in ogni Stato membro e, successivamente, entro il mese di ottobre 2002, un "Programma d'azione" contenente le misure comunitarie contro il *mobbing*. Nonostante ciò, sia il Libro verde sia il Programma d'azione, ad oggi, non sono stati presentati.

⁷ Nella Risoluzione, in particolare, si invita la Commissione ad analizzare più attentamente la possibilità di presentare un approccio globale alla salute sul luogo di lavoro che comprenda tutte le forme di rischio, come, tra le altre, il *mobbing*.

⁸ Pedrazzoli, M. (a cura di), *Vessazioni e angherie sul lavoro: tutele, responsabilità e danni nel mobbing*, Bologna, 2007; Calafà, L., *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (e organizzativo) in Italia*, in *Lav. dir.*, 2012, 262 ss; Giubboni, S.-Borelli, S., *Discriminazioni, molestie, mobbing*, in Marazza, M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in Persiani, M.-Carinci, F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, tomo II, Padova, 2012, 1897 e ss.; Pellicchia, R., *Il Mobbing: fattispecie e tutele*, in Natullo, G. (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2015, 966 ss.; Cogliando A., *Il mobbing nella pubblica amministrazione aspetti: sociali, psicologici e giuridici anche alla luce della recente sentenza della Cassazione n. 10037/2015*, in <https://www.ambientediritto.it/dottrina/il-mobbing-nella-pubblica-amministrazione-aspetti-sociali-psicologici-e-giuridici-anche-alla-luce-della-recente-sentenza-della-cassazione-n-10037-2015/>

- il D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, attuativo della direttiva 2000/78/CE, del 27 novembre 2000, del Consiglio, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, fornendo altresì una precisa definizione delle discriminazioni dirette e indirette, alle quali ha assimilato le molestie, ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere con lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo.

In assenza, quindi, di una disciplina organica del fenomeno del *mobbing*, la giurisprudenza è intervenuta in funzione di "supplenza" del legislatore, riscontrando non poche difficoltà ai fini della tipizzazione delle condotte, configurabili attraverso una varietà di atti e comportamenti in cui elementi soggettivi di carattere psicologico rendono più complessa l'analisi probatoria.

Le fattispecie di *mobbing* sono state inizialmente ricondotte, ai fini del risarcimento del danno, prevalentemente:

- all'art. 2087 c.c. (tutela delle condizioni di lavoro), ai sensi del quale «l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure ... necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro», interpretato come fonte di responsabilità anche contrattuale del datore di lavoro;

- all'articolo 2043 c.c. (in materia di responsabilità extracontrattuale del datore di lavoro e di responsabilità oggettiva dello stesso per gli illeciti commessi dai dipendenti);

- in caso di *mobbing* e demansionamento, all'articolo 2103 c.c. per il settore privato e all'articolo 52 del D.Lgs. n. 165/2001 per il settore pubblico.

Ai fini della configurabilità di una fattispecie di *mobbing*, l'evoluzione giurisprudenziale ha portato a individuare una serie di elementi essenziali costitutivi della condotta.

In particolare, per *mobbing* si intende comunemente una condotta sistematica e protratta nel tempo, tenuta nei confronti del lavoratore nell'ambiente di lavoro, che si risolve in sistematici e reiterati comportamenti ostili, che assumono gli estremi della prevaricazione o della persecuzione psicologica, da cui può conseguire la mortificazione morale e l'emarginazione del dipendente, con effetto lesivo del suo equilibrio fisiopsichico e del complesso della sua personalità⁹.

Gli episodi di aggressione, esclusione o emarginazione del lavoratore sono posti in essere da parte dei colleghi (*mobbing* orizzontale), da parte di superiori gerarchici (*mobbing* verticale), o da parte di sottoposti nei confronti di un superiore (*mobbing* ascendente).

La condotta lesiva è caratterizzata da:

- a) una molteplicità di comportamenti di carattere persecutorio, illeciti o anche leciti se considerati singolarmente, posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente con intento vessatorio: gli episodi, ripetuti e costanti nel tempo, sono volti a ottenere l'estromissione dall'azienda del lavoratore (c.d. *bossing*) o, più in generale, la sua distruzione psicologica, sociale e professionale;

- b) l'evento lesivo della salute o della personalità del dipendente;

- c) il nesso eziologico tra la condotta del datore o del superiore gerarchico e il pregiudizio all'integrità psico-fisica del lavoratore;

- d) la prova dell'elemento soggettivo, cioè dell'intento persecutorio¹⁰.

Incombe sul lavoratore che si affermi vittima di *mobbing* l'onere di provare le condotte vessatorie, con le caratteristiche sopra descritte, la lesione alla sua integrità psicofisica, il nesso causale tra l'evento dannoso e l'espletamento della prestazione lavorativa.

§4. De iure condendo.

Anche nel corso della XVIII legislatura sono stati presentati molteplici disegni di legge che tentano di dare una risposta di giustizia concreta ai lavoratori e alle lavoratrici vittime di *mobbing*, prevedendo una tutela giuridica specifica, nonché l'introduzione di un apposito

⁹ cfr. Cass., sentenze nn. 3785/2009, 12048/2011, 2711/2012, 12725/2013, 19872/2014, 10285/2018, 26495/2018, 21464/2019 e 24883/2019.

¹⁰ cfr. Cass. n. 3785 del 17 febbraio 2009, Cass. n. 898 del 17 gennaio 2014 e, in senso analogo, Cass. n. 17698 del 6 agosto 2014, nonché, tra le tante, Cass. 10 novembre 2017, Cass. 21 maggio 2018, n. 12437.

procedimento giurisdizionale che si caratterizza per la celerità del procedimento e per l'agevolazione probatoria a favore del lavoratore, superando così l'ostacolo della *probatio diabólica* a suo carico dell'intento persecutorio.

Le proposte di legge (AC. 1722, AC. 1741, ed altre similari AC 2311, AC 3328), presentate alla Camera dei Deputati e già assegnate nelle competenti commissioni di merito, recano disposizioni volte a prevenire e contrastare il fenomeno del *mobbing* poste in essere nei confronti dei lavoratori da parte del datore di lavoro o di un suo preposto, nonché da altri dipendenti, applicandosi a qualsiasi rapporto di lavoro e in tutti i settori di attività privati e pubblici, indipendentemente dalla mansione svolta o dalla qualifica ricoperta dagli interessati.

§4.1. Definizione di *mobbing* e di molestie morali e violenze psicologiche.

Vengono definite e specificate le condotte che configurano fattispecie di *mobbing* e di molestie morali e violenze psicologiche nell'ambito del posto di lavoro.

In particolare, l'art. 2 della proposta di legge C.1741 qualifica fattispecie di *mobbing* sul posto di lavoro le molestie morali e le violenze psicologiche di carattere persecutorio, esercitate con intento vessatorio, iterativo e sistematico.

La norma specifica, poi:

- quanto alle modalità di realizzazione di tali condotte, che esse possono essere poste in essere esplicitamente o implicitamente, nonché direttamente o indirettamente;
- quanto agli effetti delle condotte medesime, che esse sono tali da determinare eventi lesivi dell'integrità psico-fisica o della dignità sociale e lavorativa della vittima.

La disposizione individua, altresì, un'ampia casistica delle condotte in questione, il cui elenco corrisponde sostanzialmente alle condotte individuate nella proposta di legge C. 1722.

L'art. 2, c. 1, della proposta di legge C. 1722 qualifica molestie morali e violenze psicologiche nell'ambito del posto di lavoro le azioni, esercitate esplicitamente con modalità lesiva, che sono svolte con carattere iterativo e sistematico e che hanno il fine di emarginare, discriminare, screditare o, comunque, recare danno alla lavoratrice o al lavoratore in relazione alla sua carriera, alla sua autorevolezza e al suo rapporto con gli altri.

Entrambe le proposte di legge individuano un'ampia casistica delle condotte in questione, con una sostanziale differenza: per l'AC. 1722 si tratta di condotte meramente esemplificatorie di una molestia morale o violenza psicologica (che "possono avvenire anche attraverso...") mentre per l'AC. 1741 le condotte elencate sono esaustive.

Si tratta della:

- a) rimozione da incarichi;
- b) esclusione dalla comunicazione e dall'informazione aziendali;
- c) svalutazione sistematica dei risultati, attraverso il sabotaggio del lavoro, svuotato dei contenuti o privato degli strumenti necessari al suo svolgimento (l'AC. 1722 specifica che svalutazione sistematica dei risultati attraverso cui avvengono le molestie morali e psicologiche si spinge "fino a" un sabotaggio del lavoro, che può essere svuotato dei suddetti contenuti);
- d) sovraccarico di lavoro o attribuzione di compiti impropri o inattuabili in concreto (l'AC. 1722 parla di compiti "impossibili o inutili"), che acuiscono il senso di impotenza e di frustrazione;
- e) attribuzione di compiti inadeguati rispetto alla qualifica e alla preparazione professionale o alle condizioni fisiche e di salute;
- f) abuso del potere disciplinare, attraverso l'esercizio da parte del datore di lavoro o dei dirigenti di azioni sanzionatorie, quali reiterate visite fiscali o di idoneità, contestazioni o trasferimenti in sedi lontane, rifiuto di permessi, di ferie o di trasferimenti, finalizzate all'estromissione del soggetto dal posto di lavoro;
- g) atti persecutori e di grave maltrattamento di fronte a terzi, nonché, come previsto dalla sola proposta di legge C. 1722, le "comunicazioni verbali o scritte e le tesi a critica, anche di fronte a terzi";
- h) molestie sessuali;
- i) squalificazione dell'immagine personale e professionale;
- l) offese alla dignità personale, attuate da superiori, da pari grado o da subordinati ovvero dal datore di lavoro.

§4.2 Obblighi del datore di lavoro e accertamento delle responsabilità.

Le proposte di legge dispongono l'obbligo del datore di lavoro, pubblico o privato, di accertare tempestivamente le suddette condotte, qualora esse siano state denunciate da singoli lavoratori o da gruppi di lavoratori, ovvero su di esse vi sia stata segnalazione da parte delle rappresentanze sindacali aziendali o del rappresentante per la sicurezza, nonché del medico competente¹¹.

In sede di lavori parlamentari sarebbe opportuno delimitare temporalmente i termini dell'accertamento "tempestivo" delle condotte da parte del datore di lavoro, nonché specificare i requisiti della citata denuncia delle condotte in questione ad opera di singoli lavoratori o di gruppi di lavoratori¹².

Le proposte di legge equiparano, poi, alla commissione dei fatti di *mobbing* la condotta di colui che istighi a commetterli, con due rilevanti differenze:

- la pdl 1722¹³ afferma tale equiparazione in generale, nell'ambito delle definizioni di *mobbing* (art. 2, co. 2);

- la pdl 1741 inserisce questa previsione nell'ambito degli obblighi di accertamento delle responsabilità da parte del datore di lavoro (art. 3, comma 2) prevedendo che egli debba considerare equivalenti alla realizzazione dei fatti di *mobbing*, oltre all'istigazione a commetterli anche "l'omissione consapevole dei soggetti denunciati" ed introducendo sanzioni a carico del datore di lavoro - pubblico o privato - che per dolo o negligenza violi gli obblighi di accertamento delle responsabilità¹⁴.

La proposta di legge C. 1741 dispone, altresì, la comunicazione alla procura della Repubblica, da parte dell'autorità gerarchica competente, previo onere della prova contraria, del danno all'integrità psico-fisica provocato dalle azioni di cui all'articolo 2 sopra descritte, quando esso comporti una riduzione della capacità lavorativa (art. 3, c. 4)¹⁵.

La norma esemplifica, poi, taluni di questi disturbi psico-fisici, specificando che essi possano

¹¹ Cfr. art. 3, c. 1, della proposta di legge C. 1741, e art. 4, c. 1, della proposta di legge C. 1722

¹² Si ricorda, in proposito, con riferimento al solo settore pubblico, che i compiti e le funzioni di accertamento delle condotte in questione sono già svolti dal Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni (CUG), istituito all'interno delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 57 del D.lgs. n. 165/2001. Il Comitato ha composizione paritetica ed è formato da un componente designato da ciascuna delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello di amministrazione e da un pari numero di rappresentanti dell'amministrazione in modo da assicurare nel complesso la presenza paritaria di entrambi i generi. Il Comitato, all'interno dell'amministrazione pubblica, ha compiti propositivi, consultivi e di verifica e opera in collaborazione con la consigliera o il consigliere nazionale di parità. Contribuisce all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico, migliorando l'efficienza delle prestazioni collegata alla garanzia di un ambiente di lavoro caratterizzato dal rispetto dei principi di pari opportunità, di benessere organizzativo e dal contrasto di qualsiasi forma di discriminazione e di violenza morale o psichica per i lavoratori. La mancata costituzione del Comitato comporta responsabilità dei dirigenti incaricati della gestione del personale, da valutare anche al fine del raggiungimento degli obiettivi. La direttiva del 4 marzo 2011 del Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione e del Ministro per le pari opportunità reca indicazioni riguardanti i CUG.

¹³ A tale riguardo, la proposta di legge C. 1722 specifica soltanto che il danno all'integrità psicofisica sussiste quando le azioni di cui al comma 1 (v. infra, paragrafo "Definizione di mobbing e di molestie morali e psicologiche") determinano una riduzione della capacità lavorativa per disturbi psicofisici di qualsiasi entità, quali depressione, disturbi psicosomatici conseguenti a stress lavorativo, come l'ipertensione, l'ulcera e l'artrite, disturbi allergici, disturbi della sfera sessuale, nonché tumori (art. 2, c.3).

¹⁴ A suo carico sono previsti: l'interdizione dai pubblici uffici di cui all'art. 28 c.p. Si tratta di una pena accessoria che il giudice penale applica a seguito di una sentenza di condanna; il licenziamento; in via subordinata, rispetto alle precedenti misure, le misure previste per i diversi livelli di responsabilità dal Testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (D.Lgs. n. 81/2008), per la violazione di taluni obblighi posti a carico del datore di lavoro e del dirigente, del preposto e del medico competente.

¹⁵ La disposizione non definisce l'autorità competente ad accertare la violazione da parte del datore di lavoro; peraltro, l'applicazione della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici e il riferimento al dolo sembrerebbe prefigurare un intervento del giudice penale e dunque una qualificazione della condotta come reato. Va valutato inoltre l'esigenza di specificare l'ambito di applicazione e le modalità applicative del licenziamento, con particolare riguardo al datore di lavoro privato.

essere di qualsiasi entità: depressione; disturbi psico-somatici conseguenti a stress lavorativo come l'ipertensione, l'ulcera e l'artrite; disturbi allergici; disturbi della sfera sessuale; tumori¹⁷.

§4.3 Tutela giudiziale.

Le proposte di legge¹⁸ individuano nel giudice del lavoro (tribunale territorialmente competente, e applicazione del rito del lavoro di cui all'art. 413 c.p.c.) l'autorità competente a ricevere il ricorso nel quale sono denunciate le azioni di *mobbing*.

Mentre l'AC. 1722 consente di rivolgersi al giudice del lavoro per denunciare tutte le condotte di *mobbing*, come definite dalla proposta stessa, l'A.C. 1741¹⁹ circoscrive il ricorso alle seguenti condotte:

- rimozione da incarichi;
- esclusione dalla comunicazione aziendale;
- sovraccarico di lavoro o attribuzione di compiti impropri;
- attribuzione di compiti inadeguati rispetto alla qualifica;
- squalificazione dell'immagine personale e professionale.

Rispetto alla definizione di *mobbing* fornita dalla stessa proposta di legge, restano escluse dalla possibile denuncia al giudice del lavoro le condotte di: svalutazione sistematica dei risultati attraverso il sabotaggio del lavoro; abuso del potere disciplinare; atti persecutori e di grave maltrattamento di fronte a terzi; molestie sessuali; offese alla dignità personale.

E' previsto, poi, che il giudice del lavoro possa, entro 5 giorni dalla denuncia, ordinare al responsabile la cessazione del comportamento, determinando altresì una misura di coercizione indiretta con obbligo del responsabile al pagamento di una somma per ogni giorno di mancata esecuzione del provvedimento. Contro la decisione del tribunale monocratico è ammessa - entro 15 giorni - l'opposizione davanti al tribunale in composizione collegiale.

Le due proposte di legge, invece, divergono quanto a onere della prova e conseguenze economiche della decisione del giudice.

In particolare, l'AC. 1722, senza modificare le regole generali sull'onere probatorio, stabilisce che sia dovuto al lavoratore danneggiato un risarcimento del danno che comprende comunque anche una somma a titolo di indennizzo del danno biologico, da determinare in via equitativa.

L'AC. 1741 invece, introduce una inversione dell'onere della prova stabilendo che a fronte della denuncia del lavoratore, spetti a colui che è accusato dimostrare l'inesistenza della condotta; qualora sia chiamato in causa il datore di lavoro, egli dovrà dimostrare di essersi adeguatamente attivato a fronte di una lamentela circostanziata del lavoratore.

§4.4 Pubblicità del provvedimento del giudice.

Le proposte di legge²⁰ consentono al giudice, su istanza della parte interessata, di disporre che, a cura del datore di lavoro, pubblico o privato, sia data informazione della sentenza di accoglimento o di rigetto. Tale informazione ha luogo mediante lettera ai lavoratori interessati dell'unità produttiva o amministrativa nella quale è stato denunciato l'atto o il comportamento di *mobbing* oggetto dell'intervento giudiziario, con omissione del nome della persona che ha subito l'atto o il comportamento.

¹⁶ Sembrerebbe opportuno, al riguardo, chiarire come si configuri tale comunicazione nell'ipotesi in cui le azioni di *mobbing* siano state poste in essere dal datore di lavoro, che è anche l'autorità gerarchica competente. Più in generale occorre chiarire l'ambito di applicazione della disposizione con particolare riferimento al coinvolgimento dell'autorità giudiziaria penale e al "previo onere della prova inversa" ed in particolare, quali siano i fatti da provare e chi debba provarli posto che in campo penale la presunzione di innocenza impone all'accusa di provare la colpevolezza.

¹⁷ Sarà opportuno specificare, al riguardo, se l'esemplificazione in questione abbia o meno carattere tassativo, nonché quali siano i soggetti abilitati a rilasciare le certificazioni necessarie.

¹⁸ AC. 1722, art. 5; AC. 1741, art. 4

¹⁹ Si osserva che, mentre per alcune di queste condotte la p.d.l. prevede la possibilità di rivolgersi al giudice penale (v. infra, art. 7), le offese alla dignità personale (lett. l) appaiono sfornite di tutela giudiziaria.

²⁰ AC. 1722, art. 6; AC 1741, art. 5

Il giudice dispone in ogni caso la pubblicazione della sentenza di condanna su almeno due quotidiani a tiratura nazionale, qualora la condotta sia imputabile al datore di lavoro, pubblico o privato, o si evinca una sua complicità.

In tal caso la pubblicazione ha luogo con omissione del nome della persona oggetto di *mobbing* e che le eventuali spese sono a carico del condannato.

§4.5 Responsabilità disciplinare e nullità delle azioni discriminatorie.

L'art. 7 della proposta di legge C. 1722 prevede l'applicazione nei confronti di coloro che pongono in essere le molestie morali e le violenze psicologiche descritte all'articolo 2 del provvedimento, da parte del datore di lavoro, pubblico o privato, ovvero del loro diretto superiore, di una sanzione disciplinare stabilita in sede di contrattazione collettiva.

Quanto agli effetti degli atti o dei comportamenti posti in essere, l'articolo 6 della proposta di legge C. 1741 dispone la nullità: degli atti o dei comportamenti di *mobbing* accertati secondo le procedure sopra descritte (comma 1), delle dimissioni presentate dal lavoratore vittima di atti o di comportamenti di *mobbing* (comma 2), mentre l'art. 8 della proposta di legge C. 1722 dispone la nullità degli atti e dei provvedimenti discriminatori ai sensi dell'art. 2.

§4.6 Modifiche al codice penale: introduzione di un nuovo delitto.

Per quanto attiene la tutela e la responsabilità penale, il *mobbing* non ha una specifica collocazione nel diritto quale autonoma e precipua fattispecie criminosa, dal momento che la legislazione vigente non prevede alcuna ipotesi di reato a carico del datore di lavoro per le condotte di vessazione morale e di dequalificazione professionale da lui tenute nell'ambiente di lavoro in danno del lavoratore²¹.

Allo stato attuale, infatti, i fatti di *mobbing* possono assumere specifica rilevanza solo ove la condotta vessatoria integri gli estremi di specifici reati, quali: ingiuria (art. 594 c.p.), ossia l'offesa all'onore o al decoro di una persona presente, anche commessa attraverso comunicazione telefonica o scritta; diffamazione (art. 595 c.p.), vale a dire la lesione della reputazione di un soggetto; molestia o disturbo alle persone (660 c.p.), corrispondente alla condotta di chi, in luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, rechi a taluno molestia o disturbo; violenza privata (art. 610 c.p.), ossia il comportamento di chi, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa; atti persecutori (art. 612-bis) consistenti in condotte reiterate di minaccia o molestia tale da cagionare in una persona un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero ingeneri e un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto ovvero da costringere la stessa ad alterare le proprie abitudini di vita; abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), nell'ambito di un rapporto d'impiego all'interno della Pubblica Amministrazione; lesioni (artt. 582-583 c.p.), in ragione, quando meno, dell'indebolimento permanente della funzione psichica; maltrattamenti (art. 572 c.p.).

Le proposte di legge²² introducono nel codice penale, tra i delitti contro la libertà morale, una nuova fattispecie volta a punire le azioni di *mobbing*.

²¹ In tal senso si è altresì espressa la Corte di Cassazione sottolineando «la difficoltà di inquadrare la fattispecie in una precisa figura incriminatrice, mancando in seno al codice penale questa tipicizzazione» (Cass., Sez. V, 9 luglio 2007, n. 33624).

²² AC. 1722, art. 10; AC. 1741, art. 7.

In particolare, l'AC. 1722 introduce l'art. 610-bis c.p. (subito dopo la fattispecie di violenza privata), con il quale punisce gli atti di discriminazione o di persecuzione psicologica in ambito lavorativo con la reclusione da 6 mesi a 4 anni e con la multa da 30.000 a 100.000 euro. La pena si applica a chiunque, in ambito lavorativo, reiteratamente o in modo sistematico o abituale, vessa, discrimina, compie atti di violenza morale o di persecuzione psicologica tali da degradare le condizioni di lavoro compromettendo la salute fisica o psichica ovvero la professionalità o la dignità del lavoratore. La fattispecie si applica "salvo che il fatto costituisca più grave reato". Il reato è aggravato (pena aumentata di un terzo) se le condotte sono tenute dal superiore gerarchico o in accordo da più persone; se gli stessi atti (tanto la fattispecie base quanto quella aggravata) sono commessi nei confronti di una donna in stato di gravidanza o nel corso dei primi quattro anni di vita del figlio²³, ovvero nei confronti di un minore o di un disabile, le pene sono aumentate della metà. Il reato è procedibile a querela, da proporsi entro 6 mesi dai fatti di reato. Si procede d'ufficio nelle ipotesi aggravate.

L'AC. 1741 introduce nel codice penale l'art. 612-ter²⁴ con il quale punisce gli atti vessatori in ambito lavorativo con la reclusione da sei mesi a cinque anni. La pena si applica al datore di lavoro, al dirigente o al lavoratore che nell'ambito lavorativo, reiteratamente, compie atti, omissioni o comportamenti di vessazione o di persecuzione psicologica tali da compromettere la salute o la professionalità o la dignità del lavoratore. La fattispecie si applica "salvo che il fatto costituisca più grave reato". Se dal fatto deriva una malattia nel corpo o nella mente la pena è aggravata fino ad un terzo; è aumentata invece fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità. Il reato è procedibile a querela, da proporsi entro 6 mesi dai fatti di reato. Nelle ipotesi aggravate si procede d'ufficio.

§4.7 Misure di prevenzione, vigilanza e informazione nei luoghi di lavoro.

La proposta di legge C. 1741 (articolo 8, comma 1) prevede che le amministrazioni dello Stato e i datori di lavoro pubblici e privati, d'intesa con le rappresentanze sindacali o con i consigli centrali, intermedi e di base dell'Esercito italiano, della Marina militare, dell'Aeronautica militare, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, adottano una serie di misure di prevenzione e contrasto delle azioni di *mobbing* e cioè:

a) adottano iniziative periodiche di informazione dei dipendenti, anche al fine di individuare immediatamente eventuali sintomi o condizioni di discriminazioni, come descritti e individuati nell'articolo 2;

b) organizzano, ogni sei mesi, di corsi specifici di gestione delle relazioni interpersonali o del *mobbing*. La norma specifica che tali corsi sono affidati a soggetti, anche esterni, in qualità di consulenti, muniti: di abilitazione all'esercizio della professione di psicologo; di ampia e comprovata esperienza specifica nel settore della psicologia del lavoro;

c) accertano azioni di *mobbing* nei confronti dei lavoratori, avvalendosi dei suddetti consulenti;

d) organizzano corsi obbligatori di prevenzione e di informazione sulle azioni di *mobbing* nei confronti dei lavoratori, a carico del datore di lavoro, per le seguenti categorie: dirigenti; medici competenti; responsabili della sicurezza aziendale; rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;

e) iniziative per la risoluzione delle controversie tramite la stipulazione di appositi accordi transattivi o conciliativi;

f) denuncia alle autorità competenti.

²³ Andrà valutata l'opportunità di specificare che l'aggravante opera non soltanto quando vittima del reato sia una madre con prole di età inferiore a 4 anni ma anche quando la vittima sia un padre nelle medesime condizioni.

²⁴ Si osserva che l'articolo 612-ter è già presente nel codice penale (Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti): si valuti pertanto l'esigenza di introdurre un nuovo articolo 612-quater.

La stessa proposta di legge C. 1741 (art. 8, co. 2) prevede l'istituzione, da parte di ciascuna azienda sanitaria locale del comune capoluogo di provincia, nell'ambito della propria organizzazione amministrativa, di un centro di riferimento per il benessere organizzativo nei luoghi di lavoro, costituito da specialisti di salute mentale, anche interni alla medesima azienda sanitaria locale, quali: a) un medico specialista in medicina del lavoro, con funzioni di coordinamento; b) un esperto in test psicodiagnostici; c) un esperto in psicologia del lavoro e delle organizzazioni; d) un medico specialista in psichiatria; e) uno psicoterapeuta.

Relativamente alle funzioni di tali specialisti, il successivo comma 3 dispone che essi provvedono: all'accertamento dello stato di disagio psico-sociale o di malattia del lavoratore; all'eventuale indicazione del percorso terapeutico di sostegno, cura e riabilitazione; all'individuazione delle eventuali misure di tutela da parte dei datori di lavoro, qualora siano rilevati casi di disagio lavorativo.

La norma prevede inoltre, al comma 4, che il sopra citato centro di riferimento per il benessere organizzativo nei luoghi di lavoro organizza una conferenza annuale al fine di valutare i risultati del lavoro svolto, nonché di individuare le opportune iniziative per la riduzione o l'eliminazione delle azioni di *mobbing*.

Sempre con riferimento alle misure di prevenzione e informazione, la proposta di legge C. 1722, all'art. 3, prevede che, al fine di prevenire i casi di molestie morali e violenze psicologiche, i datori di lavoro, pubblici e privati, in collaborazione con le organizzazioni sindacali aziendali e con i servizi di prevenzione e protezione della salute dei lavoratori nei luoghi di lavoro (SPRESAL) delle aziende sanitarie locali, unitamente ai centri regionali per la prevenzione, la diagnosi e la terapia dei disturbi da disadattamento lavorativo di cui al successivo articolo 9 (v. infra), organizzano iniziative periodiche di informazione dei dipendenti, anche al fine di individuare immediatamente eventuali sintomi o condizioni di discriminazione (comma 1)²⁵.

A tale riguardo, il successivo comma 2 dispone che, in concorso con i suddetti centri regionali per la prevenzione, la diagnosi e la terapia dei disturbi da disadattamento lavorativo, gli SPRESAL organizzano annualmente corsi di prevenzione e di informazione sulle molestie morali e sulle violenze psicologiche, obbligatori e a carico del datore di lavoro, per i dirigenti, i medici competenti e i responsabili della sicurezza aziendale, nonché per i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza.

Ai sensi del comma 3, in ogni azienda il servizio di prevenzione e protezione dai rischi, previsto dal D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, è competente in materia di molestie morali e di violenze psicologiche e può svolgere le proprie funzioni in materia anche avvalendosi di appositi consulenti²⁶.

Il comma 4 dispone che in ogni azienda, nell'ambito dei processi informativi e formativi previsti dal D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, sono previste apposite riunioni aziendali periodiche, improntate alla trasparenza e alla correttezza nei rapporti aziendali e professionali, atte a fornire alle lavoratrici e ai lavoratori informazioni sugli aspetti organizzativi, anche attinenti all'attribuzione di ruoli e mansioni, agli avanzamenti di carriera e ai processi di mobilità²⁷.

Il comma 5 prevede lo svolgimento di un'attività di informazione generale sulle molestie

²⁵ In proposito si sottolinea che le Aziende sanitarie locali possono dotarsi, in base a determinati standard relativi al numero di posti letto (se aziende ospedaliere) ovvero alla popolazione residente nel territorio regionale (se aziende non ospedaliere), di strutture complesse per la prevenzione, tra le quali quella negli ambienti di lavoro. La finalità è garantire la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori esercitando funzioni di controllo, vigilanza e promozione della salute e sicurezza, anche con l'obiettivo di prevenire gli infortuni e le malattie professionali e di promuovere il benessere negli ambienti di lavoro. Comunque, questo tipo di Servizi di prevenzione delle ASL concorrono all'obiettivo di favorire la diffusione della cultura della prevenzione, coinvolgendo le parti sociali ed istituzionali. In particolare, le unità SPRESAL intervengono con attività di polizia giudiziaria o di rilascio di pareri e autorizzazioni, oltre che attività di notifica e di informazione, formazione ed assistenza per le imprese sui rischi degli ambienti di lavoro e sul modo di ridurli o eliminarli.

²⁶ Si ricorda in proposito che il datore di lavoro ha l'obbligo di organizzare all'interno dell'azienda, o dell'unità produttiva, il servizio di prevenzione e protezione. Nei casi di aziende con più unità produttive nonché nei casi di gruppi di imprese, può essere istituito un unico servizio di prevenzione e protezione. Gli addetti e i responsabili dei servizi devono essere in numero sufficiente rispetto alle caratteristiche dell'azienda e disporre di mezzi e di tempo adeguati per lo svolgimento dei compiti loro assegnati. Essi non possono subire pregiudizio a causa della attività svolta nell'espletamento del proprio incarico (art. 33 ss del D. Lgs. n. 81/2008).

morali e sulle violenze psicologiche per tutte le lavoratrici e tutti i lavoratori. A tale scopo sono dedicate due ore di assemblea annuali, oltre a quelle previste dallo Statuto dei lavoratori²⁸.

Le riunioni - che possono riguardare la generalità dei lavoratori o gruppi di essi - sono indette, singolarmente o congiuntamente, dalle rappresentanze sindacali aziendali nell'unità produttiva, con ordine del giorno su materie di interesse sindacale e del lavoro e secondo l'ordine di precedenza delle convocazioni, comunicate al datore di lavoro.

Alle riunioni possono partecipare, previo preavviso al datore di lavoro, dirigenti esterni del sindacato che ha costituito la rappresentanza sindacale aziendale.

Ulteriori modalità per l'esercizio del diritto di assemblea possono essere stabilite dai contratti collettivi di lavoro, anche aziendali.

L'articolo 9 della proposta di legge C. 1722, infine, prevede l'istituzione in ogni regione, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, di un centro regionale per la prevenzione, la diagnosi e la terapia dei disturbi da disadattamento lavorativo, dotato di adeguato organico, diretto da uno psichiatra della dirigenza sanitaria in possesso dei requisiti per l'attribuzione di un incarico di direzione di struttura complessa, che abbia seguito appositi corsi di formazione.

La disposizione prevede che il centro - che, anche ai fini contrattuali, ha carattere di struttura complessa - è organizzato quale organismo tecnico di consulenza degli SPRESAL.

La norma enumera i seguenti compiti del centro: ricerca e prevenzione delle molestie morali e delle violenze psicologiche; informazione dei lavoratori; formazione degli operatori dei servizi degli SPRESAL; formazione dei medici competenti, dei datori di lavoro, dei dirigenti e dei preposti; monitoraggio delle molestie morali e delle violenze psicologiche (comma 1).

Ai sensi del comma 2, il centro in questione organizza una conferenza annuale per valutare i risultati dell'attività svolta e individuare le opportune iniziative per la riduzione o l'eliminazione del fenomeno delle molestie morali e delle violenze psicologiche.

§5. Obiettivi da perseguire.

Contrastare il *mobbing* significa prima di tutto incidere sulla fase che precede l'isolamento o l'esclusione dall'ambiente di lavoro della vittima e quindi immaginare una serie di azioni concrete, riconducibili alle tecniche di tutela del c.d. "diritto prevenzionistico", che anticipino il fenomeno o comunque siano in grado di percepirne immediatamente l'insorgenza e lo facciano cessare tempestivamente.

La leva penale dovrebbe essere sempre l'*extrema ratio*, così come più volte ribadito anche dalla Corte costituzionale, e dunque si potrebbe semplicemente ipotizzare un'aggravante per tutte quelle condotte che solitamente concretizzano il *mobbing* e che hanno già una rilevanza penale, piuttosto che creare una nuova fattispecie penale *ad hoc*.

Ciò renderebbe la tutela penale più pervasiva e consentirebbe una graduazione della pena a partire dalla gravità delle condotte su cui è fondato il *mobbing*²⁹.

²⁷ Si ricorda, al riguardo, che il citato Testo unico prevede l'obbligo del datore di lavoro di fornire a ciascun lavoratore una adeguata informazione: sui rischi per la salute e sicurezza sul lavoro connessi all'attività dell'impresa in generale; sulle procedure che riguardano il primo soccorso, la lotta antincendio, l'evacuazione dei luoghi di lavoro; sui nominativi dei lavoratori incaricati di applicare le misure di primo soccorso e di prevenzione incendi, nonché del responsabile e degli addetti del servizio di prevenzione e protezione e del medico competente; sui rischi specifici cui è esposto; sui pericoli connessi all'uso delle sostanze e dei preparati pericolosi; sulle misure e le attività di protezione e prevenzione adottate.

²⁸ Si ricorda in proposito che l'art. 20 dello Statuto dei lavoratori (L. 20 maggio 1970, n. 300) prevede il diritto dei lavoratori di riunirsi, nell'unità produttiva in cui prestano la loro opera, fuori dell'orario di lavoro, nonché durante l'orario di lavoro, nei limiti di dieci ore annue, per le quali è corrisposta la normale retribuzione. Migliori condizioni possono essere stabilite dalla contrattazione collettiva.

²⁹ Audizione prof. Marina Brollo, 18 febbraio 2020, XI commissione camera dei deputati.

Focus: FONDAZIONI E CODICE TERZO SETTORE, PROBLEMATICHE DI DIRITTO INTERTEMPORALE.

Gianni Cortigiani

Abstract- La disposizione dell'art.90 CTS secondo la quale i poteri prefettizi ex art.25, 26, 28 c.c. sono esercitati dall'Ufficio del Registro Terzo Settore e sono sospese la iscrizione al registro prefettizio e l'applicazione del dpr 361/2000 si applica solo a seguito della effettiva iscrizione al RUNTS delle fondazioni, fino a tale momento continuano ad essere esercitabili i poteri attribuiti al Prefetto, anche per quanto riguarda eventualmente riguardi la legittimità delle delibere che optano per la iscrizione al RUNTS, salva la necessità di coordinamento fra istituzioni. In mancanza di espressa previsione statutaria non vi è una norma di legge utilizzabile ai fini della individuazione di quorum e maggioranze per l'adozione delle modifiche statutarie necessarie ai fini della iscrizione al Runts, ma possono essere comunque oggetto di controllo sulla base dei principi di correttezza e buona fede le modalità di convocazione dell'organo deliberante.

Abstract- The provision under article 90 CTS, according to which the powers of the Prefetto provided for in articles 25, 26, 28 c.c. are exercised by the Office "Ufficio del Registro del Terzo Settore" and are suspended the registration to the prefectural register and the application of the dpr 361/2000, is applied only after the actual registration to the RUNTS of the foundations, until that moment the powers attributed to the Prefect can still be exercised, also with regard to the legitimacy of the resolutions that opt for the registration to the RUNTS, except for the need of coordination between institutions. In the absence of express provisions in the foundation's statutes, there is no statutory provision that can be used for the purposes of identifying quorums and majorities for the adoption of the modifications to statutes that are necessary for registration to the RUNTS, but the manner in which the deliberating body is convened can nevertheless be subject to control on the basis of the principles of correctness and bona fide.

SOMMARIO: **a)** Iscrizione delle fondazioni al RUNTS e iscrizione al registro ex dpr 361/00, il problema del doppio binario; **b)** La soluzione di cui all'art.90 CTS, applicabilità della norma solo successivamente alla iscrizione al RUNTS; **c)** La sovrapposizione fra poteri prefettizi e poteri degli uffici del registro terzo settore; **d)** Le modifiche statutarie per l'iscrizione fra gli ETS delle fondazioni già esistenti: alcune problematiche tecniche.

A) Iscrizione delle fondazioni al RUNTS e iscrizione al registro ex dpr 361/00, il problema del doppio binario.

Il Codice del Terzo Settore (d.lgs.117/17) contempla fra i soggetti che possono assumere la qualifica di Ente del Terzo Settore (v.art.4, artt.20 e segg.) anche le Fondazioni di cui al Titolo II, Capo II del I Libro del Codice Civile.

La recente attivazione del RUNTS (Registro unico nazionale terzo settore) rende di stringente attualità alcune problematiche già presenti sin dalla pubblicazione del d.lgs.

Tali problematiche riguardano in primo luogo la coesistenza fra regolamentazione di cui al Codice Terzo Settore e disciplina di cui al dpr 361/00, esattamente è stato sin dal primo momento osservato al riguardo (v.Ceolin M. *Il c.d. Codice del Terzo Settore: un'occasione mancata?* In Nuove leggi civili commentate, 2018.I, 29) che il sistema attuale prevede un "doppio binario" per il riconoscimento della personalità giuridica, quello "classico" della iscrizione al registro prefettizio di cui al dpr 361/00 e quello "nuovo" della iscrizione al RUNTS.

Al contempo sorge il problema della permanenza o meno dei poteri prefettizi di controllo di cui all'art.25 c.c.

B) La soluzione di cui all'art.90 CTS, applicabilità della norma solo successivamente alla concreta iscrizione dell'Ente al RUNTS.

L'art.90 del Codice Terzo Settore è volto, appunto, alla risoluzione dei detti problemi.

In concreto il detto art.90 del Codice del Terzo Settore prevede che i controlli e i poteri di cui agli artt.25, 26, 28 c.c. sono esercitati sulle fondazioni del terzo settore dall'Ufficio del Registro unico nazionale (nello stesso senso si veda ad es. l'art.6 della L.R.Toscana 53/21). Sorge peraltro il dubbio se tale previsione si riferisca esclusivamente alle fondazioni iscritte al RUNTS, oppure se con l'attivazione del registro, avvenuta il 23/11 scorso, si sia già verificato lo "spossamento" dei poteri prefettizi.

Altrettanto rilevante e problematico è il disposto dell'art.22 comma 1 bis CTS, secondo la quale l'iscrizione al RUNTS sospende l'efficacia della iscrizione nel registro di cui al dpr 361/2000, nonché la applicazione delle disposizioni dello stesso dpr.

A favore della tesi che riconosce la permanenza di poteri prefettizi fino al momento della concreta iscrizione potrebbe deporre la considerazione che pur essendo vero che non vi è completa identità fra i poteri di vigilanza di cui all'art.25 c.c. e i controlli di cui al dpr 361/00, sembrerebbe del tutto illogico ritenere che possano esservi casi in cui non vi sia coincidenza fra le due tipologie; in senso contrario potrebbe richiamarsi la invero ambigua espressione contenuta nella Circ Min.Lavoro 27/12/18 n.20 secondo la quale "fino alla istituzione del RUNTS e alla conseguente possibilità di applicare l'art.22 le modifiche statutarie continuano a richiedere l'approvazione ex art.2 dpr 361/00" espressione che potrebbe interpretarsi come ricollegante il trasferimento di competenze alla possibilità astratta di iscrizione anziché alla iscrizione concreta: potrebbe altresì osservarsi che il dato letterale dell'articolo 90 riporta alle fondazioni in genere, senza formalmente distinguere fra iscritte e non iscritte e che (come del resto visto in precedenza) i poteri dell'art.25 c.c. sono esercitabili nei confronti di tutte le fondazioni e non solo di quelle iscritte nel registro di cui al dpr 361/00.

Più in generale, assume rilevanza per la risoluzione del problema la individuazione della efficacia della iscrizione al RUNTS, dichiarativa (v.in tal senso Natale G., *Il Terzo Settore, un nuovo esempio di plurimorfismo nella soggettività giuridica*, in Rass.Avviso Stato 2019, 324 che assimila la iscrizione alla pubblicità dichiarativa ex art.2193 c.c.) o costitutiva.

Sembra peraltro decisivo al riguardo il disposto dell'art.7 DM 106/20, secondo il quale l'iscrizione al RUNTS ha effetto costitutivo relativamente alla acquisizione della qualifica di Ente del Terzo Settore (esattamente negli stessi termini si esprime il Preambolo della L.R. Toscana 53/21); in base a tale espressa previsione non si ha "fondazione del terzo settore" prima della iscrizione nel Registro, e poiché l'art.90 dispone il trasferimento di competenze in relazione alle "fondazioni del terzo settore", ne consegue che fino alla concreta iscrizione i poteri di cui agli artt.25, 26, 28 c.c. restano al Prefetto.

Non solo, anche l'art.22 c. 1 bis fa riferimento alle fondazioni del terzo settore, con la conseguenza che fino alla concreta iscrizione resta in capo al Prefetto il potere/dovere di approvazione delle modifiche statutarie di cui all'art.2 dpr 361/2000.

C) La sovrapposizione fra poteri prefettizi e poteri degli uffici del registro terzo settore.

Sono peraltro evidenti le possibili problematiche (anche di rapporti fra Istituzioni) connesse alla riscontrata sussistenza del "doppio binario" previsto dal legislatore. La delibera con cui una fondazione già esistente e iscritta nel registro prefettizio opta per la iscrizione al RUNTS adottando a tal fine modifiche statutarie sarebbe a rigor di termini inefficace ove non trasmessa al Prefetto e da questi approvata ex art.2 dpr 361/00, ma ciò non toglie che la stessa delibera, una volta inviata all'ufficio competente per la istruttoria volta alla iscrizione al RUNTS, apra un procedimento che, salvo un immediato intervento prefettizio potrebbe giungere alla conclusione della iscrizione, con le conseguenze dettate dall'art.90. appare evidente la necessità di un coordinamento fra autorità, coordinamento che potrebbe anche sostanziarsi, nella ipotesi minimale, nella segnalazione da parte della Prefettura all'ufficio chiamato alla istruzione della pratica di iscrizione di eventuali dubbi di legittimità riscontrati o riscontrabili: Cons. Stato 4288/18 ammette espressamente, nell'ottica dell'interesse alla preservazione del vincolo di destinazione del patrimonio della fondazione, sollecitazioni e segnalazioni ab extra dirette all'uso del potere di annullamento.

D) Le modifiche statutarie per l'iscrizione fra gli ETS delle fondazioni già esistenti: alcune problematiche tecniche.

Sussistono anche, per le fondazioni già esistenti, ulteriori problemi "tecnici" per il completamento della iscrizione al RUNTS. Presumibilmente sarà necessaria una modifica statutaria, quanto meno per la introduzione nella denominazione della indicazione ETS e soprattutto per la previsione dell'organo di controllo che l'art.30 CTS rende obbligatorio per tutte le fondazioni (e che ai sensi dell'art.31 può assumere anche le funzioni di revisione dei conti).

Ebbene, in passato la dottrina (Ferrara, *Le persone giuridiche*, 230; Liguori in Commentario Cod. Civile UTET, I, 207) giungeva a dubitare, stante la mancanza per le fondazioni di una norma analoga agli artt.16 ss c.c., della possibilità stessa della modifica dello Statuto delle fondazioni, ma come esattamente osservato da Tar Lombardia-Brescia (sent. 41/16), l'introduzione dell'art.2 dpr 361/00 ha superato ogni dubbio al riguardo, avendo in sostanza spostato il problema dalla modificabilità in astratto alla individuazione in concreto del limite alle possibili modifiche.

Tale limite viene evidenziato, nella stessa decisione, nella intangibilità del fine dell'Ente, mentre sono possibili le modifiche "organizzative" strumentali ed utili al miglior perseguimento del detto fine. A sua volta, peraltro, anche l'esercizio dei poteri di cui all'art.25 c.c. (e indirettamente di quelli di cui all'art.2 dpr 361/00) incontra dei limiti. Insegna la giurisprudenza del Cons. Stato (v. la già citata sent. 4288/18) che la ragione di tali poteri è la sostanziale assenza di un controllo interno analogo a quello esercitato dai soci nelle associazioni, e che tali poteri non integrano un controllo "di merito", non possono aver riguardo alla "opportunità" delle determinazioni assunte dalla fondazione nell'ambito della sua autonomia privata, ma assumono una funzione di vigilanza, e cioè di un controllo di legittimità rispetto alla legge e all'atto di fondazione, controllo funzionale alla salvaguardia dell'interesse istituzionale dell'Ente "in rapporto a quanto giustifica la sua esistenza giuridica come tale, cioè alla preservazione del vincolo di destinazione del patrimonio allo scopo voluto dal fondatore".

Tenendo conto di tale principio, un intervento ex art.25 (da chiunque effettuato) , o una risposta negativa alla richiesta di iscrizione sarebbero giustificati solo ove nelle delibere della fondazione fosse ravvisabile un *vulnus* alla legge, oppure al vincolo di destinazione istituito al momento della costituzione della fondazione.

Tale *vulnus* potrebbe in astratto essere ravvisato anche nelle modalità formali attraverso le quali la delibera di iscrizione è stata assunta. E' ben vero che l'art.22 del Codice Terzo Settore demanda in sostanza ai Notai il controllo della regolarità formale delle delibere costitutive e, sia pur con riferimento alle particolari associazioni di cui all'art.101 c.2, la nota 19.3.21 n.3877 Min. Lavoro esclude che rientri fra i compiti dell'Ufficio il riscontro della regolarità formale delle Assemblee che hanno portato alla approvazione degli atti costitutivi e statutari e della loro convocazione (per vero dire la nota sembra dettata fundamentalmente dalla esigenza di evitare un accumulo di ricorsi e segnalazioni da parte di singoli associati nei confronti dell'Ufficio), ma in ogni caso, come visto sopra, fino alla concreta iscrizione non è applicabile l'art.22 Codice TS, ma l'art.2 dpr 361/00 e l'art.25, e siamo di fronte ad una fondazione e non ad una associazione ex art.101 CTS, per cui si ritiene che anche la regolarità "formale" della delibera possa essere oggetto di valutazione (sia da parte della Prefettura che da parte dell'Ufficio RUNTS (non a caso ai sensi dell'art.4 L.R.Toscana 53/21 la regolarità formale della documentazione costituisce uno degli aspetti della istruttoria ai fini della iscrizione).

Tale valutazione- che si ripete può essere esclusivamente di legittimità -deve avvenire alla luce delle eventuali previsioni statutarie in punto di modifica dello Statuto stesso, ma non può escludersi (ed anzi è ben possibile per le fondazioni più risalenti nel tempo costituite all'epoca in cui la dottrina escludeva la possibilità stessa di modifiche) che né l'atto costitutivo, né lo Statuto originario prevedano alcunché riguardo alle modalità per la modifica dello Statuto, né relativamente alla convocazione del Consiglio, né relativamente alle maggioranze necessarie.

Il difetto di previsioni statutarie non può essere nemmeno integrato con disposizioni legislative atteso che, come visto in precedenza, tali disposizioni non sussistono per le fondazioni ed è assai dubbia la possibilità di una applicazione analogica dell'art.21 cc che prevede come necessaria la presenza dei 3/4 degli associati e il voto favorevole della maggioranza dei presenti (la disposizione è derogata per le associazioni di cui all'art.101 c.2 CTS, dove sono sufficienti il quorum e la maggioranza ordinari).

In questa ottica possono però essere comunque rilevanti le modalità di convocazione dell'organo che ha assunto la delibera; pur in mancanza di specifiche norme statutarie di riferimento, sembra di poter far ricorso al principio generale di correttezza e buona fede, tante volte applicato dalla giurisprudenza a tutela delle minoranze societarie (Cass.4967/16, Cass.29792/17). Insegna in particolare la giurisprudenza, in relazione alla Assemblea delle società (art.2366 cc, 2479 bis cc), ma con considerazioni che appaiono estensibili a qualsiasi collegio deliberante, che le convocazioni devono essere tali da rendere edotti i convocati degli argomenti da trattare, così da consentire loro la partecipazione con la necessaria preparazione ed evitare che sia sorpresa la loro buona fede.

A tale proposito, non è da escludere che, nel caso in cui le suddette modalità "garantiste" non siano state in concreto adottate, il Notaro che ha ricevuto e inoltrato all'ufficio RUNTS la delibera possa essere incorso nella violazione degli artt.138 bis e 28 della Legge Notarile.

OSSERVATORIO DIRITTO DELL'ENERGIA

OSSERVATORIO DI DIRITTO DELL'ENERGIA

a cura di Cesare Mainardis

Prof. Assoc. di Istit. di Diritto Pubblico nell'Università di Ferrara, avvocato.

*[nb: le considerazioni dell'autore, a commento delle pronunce segnalate, sono riportate in corsivo. Per trasparenza nei confronti del lettore, l'asterisco * segnala pronunce all'esito di giudizi che hanno coinvolto l'autore di questa rubrica]*

CORTE COSTITUZIONALE 23.3.2021, Sentenza n. 46 - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Proventi in favore degli Enti Locali e produzione di energia da FER, nella prospettiva della Corte costituzionale.

La sentenza affronta la tematica degli accordi stipulati tra produttori di energia da FER ed Enti Locali, ed aventi ad oggetto la corresponsione di proventi economici da parte dei primi in favore dei secondi. A fronte infatti di indirizzi giurisprudenziali che sancivano la nullità e/o l'inefficacia di tali accordi (ex multis, TAR Puglia, Bari, n. 737/2018; TAR Puglia, Lecce, n. 1361/2013; Cons. St., sez. III, n. 2849/2008 T.R.A.P. di Torino, n. 139/2013; T.S.A.P. n. 23/2016), è intervenuto il Legislatore statale con la previsione di cui all'art. 1, comma 953 della L. 145/2018: la disposizione ha stabilito, in primo luogo, che gli accordi liberamente pattuiti, purché anteriori al 3.10.2010 (data di entrata in vigore delle Linee Guida in materia di impianti FER, di cui al D.M. 10.9.2010, in attuazione dell'art. 12 del D.Lgs 387/2003) conservino "piena efficacia", ed i relativi proventi economici restino acquisiti ai bilanci degli Enti Locali; in secondo luogo che, per il futuro, salva la libertà negoziale delle parti siffatti accordi debbano essere rivisti alla luce dei criteri di cui all'Allegato 2 al D.M. 10.9.2010.

Le svariate questioni di legittimità costituzionale della disposizione legislativa, sollevate dal Consiglio di Stato, vengono rigettate dal giudice costituzionale in forza di una articolata motivazione, che muove: **a)** dalla denunciata violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo del difetto di ragionevolezza, giacché la disposizione introdurrebbe una sanatoria generalizzata - per il passato - di accordi contrari alle Linee Guida del 2010. L'approccio non è condiviso dal Giudice costituzionale: il divieto di tali accordi è stato introdotto solamente con le Linee Guida del 2010; la disposizione censurata introduce un obbligo per le parti di rinegoziare il contenuto di siffatti accordi, e stipulati anteriormente; i proventi corrisposti sono deducibili a fini fiscali, anche quando riconducibili a misure di compensazione e riequilibrio ambientale di contenuto meramente patrimoniale; l'obiettivo del Legislatore, in conclusione, è quello di garantire la concorrenza, riallineando le condizioni degli operatori del settore, quanto all'onere delle misure compensative e di riequilibrio ambientale, nonché di promuovere la tutela dell'ambiente e del paesaggio con misure compensative specifiche e non già (solo) per equivalente: da ciò la ragionevolezza complessiva della norma.

Un tanto dedotto, trovano agevole confutazione le ulteriori censure, relative: **b)** alla violazione del diritto di azione *ex art. 24 Cost.*, poiché non vi è una nullità degli accordi da far valere; **c)** alla separazione dei poteri (artt. 3, 97, 101, 102, 113 Cost.) e al giusto processo (artt. 111, 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU - *profilo di particolare delicatezza, nel caso in esame, alla luce di una consolidata giurisprudenza sulla nullità di tali accordi*). La Corte costituzionale non pare negare in assoluto l'incidenza della disposizione sui processi in corso, "in assenza, peraltro, di contrasti quanto alla ritenuta invalidità" degli accordi; nondimeno, prevalgono una valutazione di complessiva ragionevolezza della norma censurata, ed il ricorrere di "motivi imperativi d'interesse generale" (tutela del mercato, dell'ambiente, della tenuta dei bilanci dei Comuni) che, anche nella giurisprudenza della CEDU, escludono un eccesso di potere legislativo con riferimento ai contenziosi in corso; infine, la Corte costituzionale richiama il proprio ruolo, diverso dalla Corte di Strasburgo, poiché chiamata ad una valutazione "sistemica e non frazionata" dei diritti e dei principi coinvolti nelle singole fattispecie; **d)** con riferimento all'art. 41 Cost., posto che vengono in gioco accordi liberamente pattuiti con gli Enti Locali dagli operatori economici; **e)** con riferimento all'art. 117, comma 1 Cost. in rapporto all'art. 1 del Prot. Add. n. 1 alla CEDU, poiché nella prospettiva del Giudice costituzionale non si sarebbe formato un diritto vivente in grado di ingenerare un affidamento tutelabile in capo ai privati; **f)** con riferimento all'art. 117, comma 1 Cost., in relazione agli obblighi assunti sul piano internazionale ed europeo, anche sotto il distinto profilo del contrasto con il preminente principio di massima diffusione delle energie rinnovabili, in ragione della natura convenzionale e non obbligatoria degli accordi in esame.

TRIBUNALE CIVILE DI TRIESTE, 16.3.2022, Sentenza n. 143.*

Proventi in favore degli Enti Locali e produzione di energia da FER, nella giurisprudenza successiva a Corte cost. n. 46/2021.

I principi enunciati da Corte cost. n. 46/2021 paiono chiari, in astratto: accordi stipulati tra produttori di energia da FER ed Enti Locali, ed aventi ad oggetto la corresponsione di proventi economici da parte dei primi in favore dei secondi (commisurati sulla produzione), sono nulli e/o non produttivi di effetti se successivi al 3.10.2010; validi, alle condizioni stabilite dall'art. 1, comma 953 della L. 145/2018, se antecedenti a tale data. Tuttavia, è con riferimento alle concrete fattispecie che continuano a porsi incertezze applicative.

Ad esempio: una P.A. statale (il Fondo Edifici di Culto) affida ad un privato, in "concessione", dei manufatti formanti l'opera di presa di un impianto idroelettrico, individua il "canone" dovuto e propone una clausola aggiuntiva, accettata dall'operatore economico, che stabilisce un "indennizzo" ulteriore e commisurato direttamente sulla produzione dell'energia elettrica dell'impianto autorizzato. *Siamo di fronte alla corresponsione di proventi economici non dovuti, seppure liberamente pattuiti tra le parti, oppure alla previsione di un "canone supplementare/indennizzo", per il godimento di un bene dato in concessione (clausola lecita)?* Secondo il Giudice prevale la seconda prospettazione, non essendo previsto "un corrispettivo per l'utilizzazione delle acque pubbliche"; non configurandosi, tale corrispettivo, condizione per il rilascio della A.U. (cfr. art. 12, comma 6 del D.Lgs 387/2003); non ricorrendo infine una forma di "compartecipazione ai proventi di un'attività imprenditoriale senza apporti patrimoniali e senza concorso alle perdite sociali", in violazione dell'art. 2265 C.C.

CORTE COSTITUZIONALE 30.7.2021, Sentenza n. 177 - Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Localizzazione degli impianti FER e modello autorizzatorio: i limiti alla autonomia legislativa regionale.

La pronuncia ribadisce principi affermati in ordine al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di produzione di energia (da FER in particolare), e ciò nonostante periodicamente disattesi dalle singole Regioni.

Sotto un primo profilo, è illegittima la disposizione di legge della Regione Toscana (art. 2, comma 1 della L. Reg. 82/2020) che prevede la realizzazione, nelle zone rurali, di impianti fotovoltaici a terra fino alla potenza massima, per ciascun impianto, di 8.000 kW. Valgono infatti, nel rispetto dell'art. 117, comma 3 Cost., i principi fissati dalla legislazione statale, e quindi dal D.Lgs 387/2003 integrato dalle norme di cui alle *Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili* (D.M. 10.9.2010): disposizioni queste ultima approvate in forza dell'art. 12, comma 10 del D.Lgs 387 cit. in sede di Conferenza Unificata, espressione della leale collaborazione tra Stato e Regioni e, pertanto, vincolanti in quanto costituiscono, in settori squisitamente tecnici, il completamento della normativa primaria. La Regione, pertanto, non può introdurre divieti generali con la forma della legge, ma deve rispettare la riserva di procedimento amministrativo introdotta dallo Stato: provvedendo alla adozione dell'atto pianificatorio con cui individuare i limiti alla localizzazione di impianti FER, al fine di operare un bilanciamento in concreto degli interessi, strettamente aderente alla specificità dei luoghi, nel rispetto del principio di massima diffusione delle energie rinnovabili (*ex multis*, C. cost. 106/2020, 286/2019, 69/2018, 13/2014, 44/2011).

Sotto un secondo profilo, è illegittima anche la disposizione di legge della Regione Toscana (art. 2, comma 2 della L. Reg. 82/2020) che prevede, per il rilascio della autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di impianti per la produzione di energia nelle aree rurali, il raggiungimento di una intesa con il/i Comune/i interessato/i dall'opera. L'art. 12 del D.Lgs 387/2003, norma di principio ai sensi dell'art. 117, comma 3 Cost., delinea un modello autorizzatorio non derogabile in sede regionale, ed incentrato sulla conferenza di servizi nella quale devono concentrarsi tutti gli apporti amministrativi necessari al fine di approvare o meno la costruzione e l'esercizio degli impianti. (*ex multis*, C. cost. 106/2020, 177/2018, 267/2016, 156/2016).

CORTE COSTITUZIONALE 20.1.2022, Sentenze n. 11 - Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Limitazioni agli impianti FER adottate (correttamente) in sede amministrativa, ma anticipate con legge regionale.

Nel caso in cui una Regione abbia adottato, nel rispetto dei principi di cui al D.Lgs 387/2003 e di cui alle Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili (D.M. 10.9.2010), un atto pianificatorio volto ad individuare le aree non idonee alla localizzazione di impianti FER, è possibile anticipare l'efficacia di alcune limitazioni - individuate all'esito di opportuna istruttoria in sede amministrativa - con una previsione di legge che si connota quale norma di salvaguardia ambientale, avente natura transitoria.

Non sono fondate, infatti, le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Governo contro l'art. 2 della L. Reg. Toscana n. 73/2020 che prescrive l'immediata efficacia di una delibera del Consiglio regionale (n. 41/2020) che individua le aree non idonee per l'installazione di impianti di produzione di energia geotermica, anticipando gli effetti della modifica del Piano ambientale ed energetico regionale (PAER), non ancora approvata. A fronte della non ancora intervenuta conclusione del procedimento amministrativo, la disposizione di legge assume valenza cautelare, a salvaguardia dell'ambiente, limitatamente agli impianti geotermici di competenza regionale.

TAR SARDEGNA, CAGLIARI, 23.10.2020, Sentenza n. 573.

La localizzazione degli impianti FER ed la valenza dei divieti introdotti con atti regionali (secondo la giurisprudenza amministrativa).

La valutazione di inidoneità di determinate aree del territorio regionale ad ospitare impianti FER, nel rispetto delle prescrizioni statali (art. 12, comma 10 D.Lgs 387/2003 e Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili - D.M. 10.9.2010), non ha valenza preclusiva in assoluto, ma deve essere confermata con un provvedimento amministrativo puntuale (ad es., in sede di VIA o di A.U.). Il principio ha due conseguenze per gli operatori economici: in senso favorevole, poiché, in sede procedimentale, può essere superata la presunzione negativa contenuta nell'atto programmatico - pianificatorio regionale; in senso sfavorevole, poiché ciò comporta un sindacato "a maglie larghe" sui divieti introdotti in prima battuta dalla Regione, anche se estesi alla quasi totalità del territorio regionale.

La qualificazione dell'area come "non idonea", compiuta in via amministrativa dalla Regione, costituisce - secondo il TAR - una "prevalutazione" operata "in astratto"; l'"alta probabilità di diniego" della futura istanza, in realtà, può mutare configurazione giuridica in quanto la previsione definita a livello generale non rappresenta un divieto assoluto, ma solo una presunzione semplice negativa, che può essere superata grazie ad eventuali elementi idonei che emergano all'esito della istruttoria, da svolgersi "in concreto" su uno specifico progetto; pertanto, la previsione del 98,8% del territorio regionale quale area "non idonea" alla installazione di impianti eolici non è di per sé illegittima, se adottata in coerenza con le previsioni del par. 17.3, Allegato 3 delle Linee Guida e poiché esplicitamente una valutazione "di primo livello". D'altra parte, nella prospettiva del TAR, la stessa giurisprudenza costituzionale ammette divieti introdotti a tutela di rilevanti interessi regionali, ad esempio di natura paesaggistico-archeologica, a bilanciare così il principio di massima diffusione delle FER - *va tuttavia osservato che la pronuncia richiamata dal TAR (C. cost. 224/2012) ammette "eccezioni" introdotte dalle Regioni ed ispirate alla tutela di altri interessi costituzionalmente protetti e di competenza regionale; mentre il rapporto regola / eccezione pare invertirsi nel nostro caso, con una previsione negativa di primo livello estesa alla quasi totalità del territorio regionale per la fonte eolica, e comportante pur sempre - come osserva il TAR - una "alta probabilità di diniego" al progetto presentato.*

CORTE DI CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE 16.2.2022, Sentenza n. 5048.

Localizzazione degli impianti FER, inerzia regionale e divieti introdotti con legge.

L'inerzia regionale nell'adozione dell'atto amministrativo di individuazione delle aree "non idonee" ad ospitare impianti FER non può essere aggirata da divieti puntuali introdotti con singole disposizioni di legge: il principio enunciato dalle S.U. della Cassazione (quale giudice dell'impugnazione di una sentenza del T.S.A.P.), in linea con i precedenti della Corte costituzionale, è noto e ribadito con nettezza. Ciò che colpisce è semmai un profilo processuale, per cui non viene sollevata questione di legittimità costituzionale della norma di legge regionale - possibile parametro di legittimità dei provvedimenti autorizzativi e concessori rilasciati; ma tale norma di legge viene in sostanza disapplicata dal Giudice (e prima ancora dalla P.A. nel rilascio dei titoli autorizzativi e concessori), restando priva di effetti.

Il combinato disposto dell'art.12, comma 10 del D.Lgs 387/2003 e delle *Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili* (D.M. 10.9.2010, Allegato 3, par. 17 in particolare) fissa il punto di equilibrio tra competenze statali esclusive in materia di tutela dell'ambiente e competenze concorrenti in materia di produzione di energia, con una ponderazione concertata tra Stato e Regioni in ossequio al principio di leale collaborazione (*ex multis*, C. cost. 192/2011). Ne consegue che il legislatore regionale non può procedere autonomamente all'individuazione dei siti nei quali non è consentita la costruzione di impianti FER, potendo ciò avvenire solo sulla base del procedimento amministrativo previsto dalle Linee Guida cit. (ad es., C. cost. 119 e 124/2010). Ciò premesso, il fatto che una disposizione di legge regionale (art. 2, comma 2 della L. Reg. Molise 22/2009) qualifichi come aree non idonee alla realizzazione di impianti FER i "*parchi e preparchi o zone contigue e riserve regionali*", non vale ad annullare i provvedimenti autorizzativi e concessori relativi ad un impianto idroelettrico localizzato in una di quelle aree. La Regione Molise, in recepimento del D.M. 10.9.2010, ha approvato le nuove linee guida per la Valutazione di incidenza ambientale, ma non l'atto di programmazione - pianificazione che, nel rispetto delle norme statali, individui le aree non idonee alla installazione di impianti FER sul territorio regionale. Pertanto, la autorizzabilità di ogni singolo impianto, indipendentemente dalla natura della fonte utilizzata e/o dalla sua dimensione, dovrà discendere dagli esiti del procedimento unico, nel rispetto di tutte le normative settoriali volte alla verifica di compatibilità delle proposte con la disciplina d'uso del territorio.

TAR PUGLIA, LECCE, 11.2.2022, Sentenza n. 248.

Impianti fotovoltaici e agro-fotovoltaici, pari non sono.

Prima pronuncia, a quanto consta, che valorizza la distinzione tra impianti fotovoltaici in senso stretto, ed impianti agro-fotovoltaici disciplinati dall'art. 31, comma 5 del D.L. 77/2021, conv. nella L. 108/2021, ed oggetto di significativi incentivi nelle previsioni del PNRR: mentre i primi rendono il suolo impermeabile, impediscono la crescita della vegetazione e comportano la perdita, per il terreno agricolo, di tutta la sua potenzialità produttiva i secondi vedono invece posizionati i pannelli su pali più alti e distanziati tra loro, in modo da consentire la coltivazione sul terreno sottostante senza impedimenti per la produzione agricola.

Il diniego alla realizzazione di un impianto agri-fotovoltaico va annullato se la relativa valutazione è condotta assumendo, quali norme - parametro, prescrizioni (nel caso, previste dal Piano Paesaggistico Territoriale Regionale della Puglia) riferite ad impianti fotovoltaici *tout court* e non aggiornate alla nuova tipologia di impianto FER. Anche le valutazioni relative all'indice di pressione cumulativa, che sarebbe superato nel caso di specie stante l'insistenza di altri impianti (fotovoltaici) in zona, sono errate: poiché presuppongo l'assimilabilità delle due tipologie di impianti, che va invece negata anche sotto questo specifico profilo.

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 3.2.2022, Sentenza n. 778.

Conferenza di servizi, procedimento di A.U., valutazione conclusiva.

La sentenza ribadisce alcuni principi noti in materia di conferenza di servizi volta al rilascio della A.U. alla costruzione e all'esercizio di impianti FER, con alcuni corollari interessanti.

In particolare, osserva il Consiglio di Stato come: **a)** le diverse P.A. intervengano in conferenza di servizi poiché interessate dal progetto, "e dunque con competenza propria in materia ... esprimendo i pareri di cui sono investite per legge (aventi, come tali, sostanza e funzione propriamente codecisionale e non meramente consultiva) secondo le dinamiche collaborative proprie dello strumento normativo di semplificazione procedimentale" - *il che introduce il tema del provvedimento codeciso da più P.A., e correlata legittimazione passiva in caso di impugnazione*; **b)** l'ARPA costituisca semplicemente "un organo tecnico-consultivo della Regione, che - fuori dei casi in cui risulti espressamente e legalmente attribuita di funzioni di supporto per l'esame e l'istruttoria tecnica dei progetti sottoposti alle procedure di V.I.A. ... non ha competenze specifiche in materia di opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili" - *distinzione formulata con riferimento alla legislazione regionale in esame, valevole tuttavia in generale ma, forse, poco produttiva di effetti alla luce di quanto infra, sub d)*; **c)** la Regione possa, a fini di completezza ed adeguatezza istruttoria, e con il limite del divieto di aggravio procedimentale, acquisirne e valorizzarne le valutazioni di ordine tecnico, correlate alla funzione ausiliaria di ordine consultivo; **d)** un eventuale diniego di autorizzazione risulti tuttavia illegittimo qualora non discenda "da una motivata valutazione espressa dalla Regione (elaborata, come tale, all'esito di una autonoma ponderazione dei fatti rilevanti e di una comparazione degli interessi a confronto)", bensì "da un mero ed anodino recepimento del parere reso dall'organo consultivo ... acriticamente assunto quale posizione pregiudizialmente ostativa": viene infatti a mancare, così, "l'elaborazione dialettica di una posizione prevalente" in seno alla conferenze di servizi, esercizio di un potere discrezionale orientato al "ragionato bilanciamento" dei diversi interessi - *bilanciamento compiuto dalla Regione, che pare contraddire un ruolo di "codecisione" delle altre P.A. intervenienti.*

Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT

La rivista è aperta, in particolare, ad accademici, a studiosi ed esperti delle discipline giuridiche; la collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT è gratuita e volontaria. Può consistere nell'invio di testi e/o di documentazione giuridica (sentenze, ordinanze etc.). Gli scritti e quant'altro inviato, anche se non pubblicati, non verranno restituiti.

Le proposte di collaborazione, per l'espletamento della procedura di valutazione, possono essere sottoposte alla redazione di AD a questo indirizzo E-mail: **rivista @ ambientediritto.it**.

I riferimenti agli autori dei lavori pubblicati (articoli, commenti, interventi...) saranno citati all'interno del testo ed in una pagina appositamente creata. È inoltre possibile, previo accordo, creare e gestire nuove sezioni del Portale.

L'esubero di nuove informazioni continuamente prodotte ed acquisite determina un istintivo atteggiamento collettivo di difesa, come segnalano la frantumazione dei linguaggi scientifici in un gran numero di settori e sottosectori spesso scarsamente comunicanti e, nel più vasto riferimento sociale, una cultura sempre più frammentata in tanti interessi particolari e quasi mai tesa alla ricerca con prospettive globali.

La cultura fortemente frammentata e accelerata è sfociata sul piano intellettuale e su quello sociale nel senso dell'effimero, è diventata cultura dell'effimero e ha aumentato l'incapacità di creare sintesi come risposte ai problemi giuridici, sociali e del diritto. Occorre articolare collegamenti e interdipendenze capaci di mettere in relazione e valorizzare a pieno tutta la ricchezza, la fecondità e la capacità autoprogettuale di ogni singola disciplina e sottodisciplina. Occorre una ricerca interdisciplinare che sia ricerca di globalità come ricerca di relazione fra diversi frammenti e quindi come ricerca di orizzonti di significati.

Una comunicazione "certificata del diritto" è il tentativo complesso di localizzare nella storia l'istante dell'originalità primitiva, di indicare lo stadio larvale di ciò che verrà. Le nostre difficoltà, ovviamente, non alla sola effimera modernità sono imputabili: arduo è imparare a farsi esperti, a vivere.

AMBIENTEDIRITTO.it - EDITORE ©®

<https://www.ambientediritto.it/>

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.