

ISSN 1974-9562

ANNO - XXII



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

All'interno i contributi dei seguenti autori:

EDITORIALE Giuliano Scarselli, **SAGGI** Giulia Mattioli, Luana Leo, Stefano Salvatore Scoca, Gabriella Marcatajo, Mario Tocci, Antonio Persico, Cristiano Celone, Giovanni Giannotti, Antonio Gusmai, Chiara Clini, Chiara Scissa, Giuseppe Franchina, Domenico D'Orsogna - Annarita Iacopino, Costanza Nicolosi, Mario Caterini - Alberto D'Aiello, Marianna Sorbilli, Andrea Patanè, **RECENSIONE** Armando Lamberti.

ISSN 1974-9562

AMBIENTEDIRITTO – EDITORE®®

Anno 2022

*Rivista Scientifica Giuridica inserita nell'Area 12 - Classe A - **ANVUR**
Testata registrata presso il Tribunale di Patti (Reg. n. 197 del 19/07/2006)*





ORGANIGRAMMA 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) Università 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 Flávio Oliveira Passos** Professor Adjunto de Administração, Universidade Estadual de Paraíba – **Marco Olivi** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Ca' Foscari di Venezia – **Gabriel Doménech Pascual** Profesor Titular de Derecho Administrativo (IUS/10) Universitat de Valencia – **Paolo Passaglia** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università di Pisa – **Aristide Police** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma Tor Vergata – **Nicoletta Rangone** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma LUMSA – **Cecilia Ricci** Professoressa Associata di Storia Romana (L-ANT/03) Università degli Studi del Molise – **Maurizio Riverditi** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli Studi di Torino – **Raffaele Guido Rodio** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli studi di Bari – **Roberto Romboli** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pisa – **Tulio Raul Rosembuj** Professore Ordinario di Diritto Tributario IUS/12 (Universidad de Barcelona) e Prof. a contratto in LUISS – **Gianluca Ruggiero** Professore Associato di Diritto penale (IUS/17) Università del Piemonte Orientale – **Antonio Saitta** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Messina – **Ugo Salanitro** Professore Ordinario di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania – **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 (Dottore di Ricerca in Diritto penale, Università degli Studi di Napoli "Parthenope") – **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*) – **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 Agnoletto** (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 Giroto** (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 Toscana) – **Antonio Saporito** (Università degli Studi Niccolò Cusano) – **Ciro Sbailò** (Università degli Studi internazionali di Roma) – **Maria Stefania Scardigno** (Università degli Studi di Bari) – **Franco Sciarretta** (Unitelma Sapienza Roma) – **Andrea Sticchi Damiani** (Cultore di diritto amministrativo Avv. Foro di Lecce) – **Anna Tacente** (Università degli Studi di Bari) – **Alma Lucia Tarantino** (Università degli Studi di Bari) – **Marco Terrei** (Centrale di committenza del Comune di Lanciano) – **Grazia Maria Vagliasindi** (Università degli Studi di Catania) – **Tommaso Ventre** (LUISS Guido Carli) – **Marcello Vernola** (Università di Cassino e del Lazio Meridionale) – **Donato Vese** (Università degli Studi di Torino).

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

Indice generale

<i>Rivista Scientifica Giuridica inserita nell'Area 12 - Classe A - ANVUR</i>	1
ORGANIGRAMMA DELLA RIVISTA.....	2
EDITORIALE.....	11
L'ADEMPIMENTO DEI DOVERI INDEROGABILI DI SOLIDARIETÀ DI CUI ALL'ART. 2 COST. TRA STATO DI DIRITTO E STATO ETICO.....	11
Giuliano Scarselli.....	11
SAGGI.....	32
L'ORDINE DI RIMOZIONE E SMALTIMENTO DEI RIFIUTI ABBANDONATI: LEGITTIMATI PASSIVI E STRUMENTI D'IMPOSIZIONE.....	32
Giulia Mattioli.....	32
NOTE SUL POTERE DI GRAZIA. L'INCIDENZA DELLA SENTENZA N. 200/2006 A DISTANZA DI ANNI.....	61
Luana Leo *	61
LA TUTELA INDIRETTA DEL BENE CULTURALE. IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA TUTELA DELLA CULTURA E GARANZIA DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE DEI <i>CIRCUMCOLENTES</i>	80
Stefano Salvatore Scoca.....	80
LA RIFORMA DEGLI ARTICOLI 9 E 41 DELLA COSTITUZIONE E LA VALORIZZAZIONE DELL'AMBIENTE.....	118
Gabriella Marcatajo.....	118
LA GUERRA GIUSTA NEL DIRITTO ROMANO, ANCHE IN PARALLELO CON LA REALTÀ GIURIDICA ATTUALE.....	138
Mario Tocci*	138
LE COMUNITÀ ENERGETICHE E IL RUOLO SUSSIDIARIO DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI TERRITORIALI.....	153
Antonio Persico*	153
PER UNA CLASSE DIRIGENTE AUTONOMA,.....	176
PERFORMANTE E RESPONSABILE. *	176
Cristiano Celone**	176
<i>GREAT REFORM ACT</i> DEL 1832.....	201
Giovanni Giannotti*	201

SPAZI URBANI, SPAZI DI INCLUSIONE. *	221
Antonio Gusmai**	221
UN'ANALISI COMPARATA SULLA REGOLAZIONE GIURIDICA DELLE <i>NEW BREEDING TECHNIQUES</i> .	243
Chiara Clini.	243
VULNERABLE STATES, THREATENING MIGRANTS. THE PARADOXICAL END OF THE RIGHT TO ASYLUM.	294
Chiara Scissa*	294
CONTRATTI PUBBLICI E CRITERI AMBIENTALI MINIMI.	314
Giuseppe Franchina.	314
EL PATRIMONIO CULTURAL EN EL MARCO DE LA TEORÍA DE LOS BIENES COMUNES. ¿DE LO PÚBLICO "INSTITUCIONAL" A LO PÚBLICO "COMÚN"?	334
Domenico D'Orsogna - Annarita Iacopino.	334
HEALTH PROTECTION, PUBLIC POLICIES FOR SMOKING CESSATION AND REGULATION OF ELECTRONIC CIGARETTES IN BRAZIL AND THE UK: A STUDY OF COMPARATIVE PUBLIC LAW*	356
Costanza Nicolosi**	356
LA 'DIVERSIONE' PENALE NEL DIRITTO DELL'AMBIENTE: SPUNTI COMPARATISTICI PER IL SISTEMA ITALIANO.	410
Mario Caterini e Alberto D'Aiello*	410
LA FINANZA ISLAMICA A SOSTEGNO DELLA TRANSIZIONE ENERGETICA NEL CONTESTO GIURIDICO ED ECONOMICO ITALIANO: GREEN SUKUK.	425
Marianna Sorbilli*	425
LA FUNZIONE GIUSTIZIALE DELL'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE ENERGIA RETI E AMBIENTE TRA ESIGENZE DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE E GARANZIE COSTITUZIONALI.	443
Andrea Patanè *	443
RECENSIONE	468
OLTRE LA PANDEMIA: BREVI RIFLESSIONI.	468
Armando Lamberti*	468
Collabora con la Rivista.	474

EDITORIALE

L'ADEMPIMENTO DEI DOVERI INDEROGABILI DI SOLIDARIETÀ DI CUI ALL'ART. 2 COST. TRA STATO DI DIRITTO E STATO ETICO.

Giuliano Scarselli

"Inter dominos Liber"

Seneca, *De tranquillitate animi*

"Per me la libertà è fine a sé stessa e, per dirla alla kantiana, non può essere assunta a valore di mezzo.

La libertà è l'essenza stessa dello spirito umano e non può quindi essere costretta a muoversi entro i limiti della legge, perché è la libertà stessa che foggia le leggi. Ma noi non vogliamo limitare la libertà, vogliamo orientarla verso il bene, dicono i sostenitori dello Stato etico. Ma quale bene è più grande, quale bene è più sommo, della stessa libertà?"

Francesco De Vita in *Assemblea costituente*, 13 marzo 1947

SOMMARIO: 1. Premessa. L'esegesi dell'art. 2 Cost. in punto di adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale; la necessità di porre qualche distinzione e quella di tornare alle nozioni di Stato di diritto e Stato etico. 2. Lo Stato di diritto tra giusnaturalismo e illuminismo. 3. Lo Stato etico e il pensiero di Hegel. 4. Lo Stato etico fascista. 5. La negazione dello Stato etico e l'affermazione dello Stato di diritto nel dibattito costituente; 9 settembre 1946. 6. Segue: 10, 11 settembre 1946 e 13, 24 marzo 1947; la definitiva approvazione dell'attuale art. 2 Cost. 7. I diritti e i doveri dei consociati nello Stato etico e nello Stato di diritto. 8. Segue: la conferma di queste distinzioni in due grandi italiani, seppur fra loro diversi: Cesare Beccaria e Giuseppe Mazzini. 9. Il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. nell'ambito dello Stato di diritto. 10. Il rischio di un ritorno allo Stato etico.

1. Premessa. L'esegesi dell'art. 2 Cost. in punto di adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale; la necessità di porre qualche distinzione e quella di tornare alle nozioni di Stato di diritto e Stato etico.

Come è noto, l'art. 2 Cost. da una parte riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, e dall'altra richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Nella sua semplicità questa disposizione può apparire addirittura banale, perché è chiaro che la Repubblica riconosca a tutti i diritti inviolabili della persona e tuttavia richieda a tutti l'adempimento di quei doveri che, parimenti, sono coesenziali alla vita democratica di un paese.

Ogni cittadino sa bene, infatti, che l'esercizio dei diritti non può non comportare anche l'adempimento dei pari doveri, se non altro perché ognuno ha il dovere di rispettare i diritti degli altri, e questo rispetto costituisce così, per ognuno di noi, proprio il primo dovere.

Volendo, si potrebbe addirittura affermare che l'art. 2 Cost. fissa solo un principio generalissimo e meramente programmatico della Costituzione, cosicché, anche se la norma non esistesse, probabilmente, forse, nulla cambierebbe.

Ora, però, se è scontato che in fronte ai diritti stiano i doveri, non è scontato invece determinare il rapporto che tra diritti e doveri deve darsi: poiché, par evidente, all'interno di questa formula del tutto elastica, si può immaginare sia una società dove al centro stanno i diritti inviolabili della persona e i doveri sono solo quelli strettamente necessari affinché la convivenza tra i consociati sia pacifica ed equa; oppure, al contrario, si può immaginare una società imperniata di una infinità di doveri di ogni genere e tipo, e dove i diritti sono solo concessioni dello Stato.

Entrambe queste società affermano che a fronte dei diritti stanno i doveri; ma per chiaro che non si tratta affatto di società eguali e corrispondenti.

Così, direi, l'art. 2 Cost., facendo riferimento tanto ai diritti quanto ai doveri, in realtà è disposizione che non indica niente di preciso se non si ha chiaro l'ordine e la ponderazione che al rapporto tra diritti e doveri deve darsi.

E poiché mi sembra che da un po' di tempo a questa parte questo ordine e questa ponderazione non siano affatto chiari, ritengo necessario affrontare questo tema, che magari in altri momenti storici sarebbe stato da considerare del tutto scontato o del tutto inutile.

1.2. Preliminarmente vorrei osservare che nell'art. 2 Cost., quanto meno a mio sommosso parere, i diritti inviolabili dell'uomo da una parte, e i doveri inderogabili di solidarietà sociale dall'altra parte, non stanno sullo stesso piano.

L'art. 2 Cost. riconosce in primo luogo *"I diritti inviolabili dell'uomo"*, e solo dopo prosegue affermando: *"e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà"*.

I *"diritti inviolabili dell'uomo"* sono poi riconosciuti e garantiti, mentre gli adempimenti dei doveri inderogabili di solidarietà sono solo richiesti; ed ancora, i diritti inviolabili dell'uomo sono riconosciuti con priorità *"come singolo"*, e solo dopo nelle *"formazioni sociali"*, in ciò aderendo la norma a quel principio di centralità dell'uomo che risale alla nostra tradizione umanista.

E nessuno, credo, vorrà mettere in dubbio che i nostri costituenti, nello scrivere l'art. 2 Cost., non pesarono bene, e dopo lunghe discussioni, le parole da usare e soprattutto il loro ordine.

E l'ordine, a me sembra, non poteva che essere quello qui evidenziato, poiché il fascismo aveva infatti negato i diritti della persona secondo quella visione centrista e autoritaria dello Stato che tutti noi conosciamo, e v'era così in primo luogo da superare quella visione di Stato.

In questi termini è chiaro che per i nostri costituenti il precetto primo che l'art. 2 Cost. doveva contenere non consisteva tanto nella richiesta dell'adempimento dei doveri di solidarietà sociale, perché l'adempimento di quei doveri era già stato con rigore energicamente predicato dal fascismo; l'art. 2 Cost. doveva al contrario contenere soprattutto il riconoscimento dei diritti inalienabili della persona, poiché quelli erano i diritti che il fascismo aveva negato.

E dunque la *ratio* prima, storica, dell'art. 2 Cost. è questa: superare l'ideologia fascista e assicurare a tutti il riconoscimento dei diritti fondamentali, dapprima della persona individualmente intesa, e poi della persona nelle sue formazioni sociali.

1.3. Ora, sia chiaro, nel porre questa precisazione non si intende sottovalutare l'importanza dell'adempimento dei doveri di solidarietà.

Il problema è che il tema della solidarietà, per sfuggire ad ogni retorica, deve esser affrontato tenendo conto di almeno alcune distinzioni.

Si tratta, infatti, in primo luogo, di distinguere una solidarietà orizzontale, che io chiamerei anche *libera*, da una solidarietà verticale, che potremmo definire *imposta*.

a) La solidarietà orizzontale è quella che, senza obbligo giuridico, si ha tra persona e persona, orizzontalmente, in modo spontaneo.

Essa lega liberamente gli uni agli altri in un concetto di *prossimo* di tipo cristiano, ed è da ritenere la più alta e nobile forma di solidarietà; ed è a questo tipo di solidarietà, che, direi, pensavano i nostri costituenti quando approvarono l'art. 2 Cost.

Questa solidarietà si esplica soprattutto nel c.d. volontariato, che nel nostro ordinamento ha una legge specifica che lo regola (l. 11 agosto 1991 n. 266; oggi v. anche d.lgs. 3 luglio 2017 n. 102), e che la nostra stessa Corte costituzionale ha già ritenuto: *“la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un’ autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l’originaria connotazione dell’uomo “uti socius”, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell’ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, dall’art. 2 della Costituzione come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente”* (così Corte Cost. 28 febbraio 1992 n. 75).

Ovviamente su questa solidarietà, libera e prestata in senso orizzontale da taluni per il soddisfacimento dei bisogni degli altri, non v’è niente da eccepire; una società è tanto più evoluta e civile, quanto più riesce a caratterizzarsi per la presenza estesa di forme di solidarietà di questo genere.

b) Completamente diversa è la solidarietà c.d. verticale, che si ha viceversa in tutte le ipotesi in cui questa non sorga spontaneamente tra le persone, ma sia al contrario data dallo Stato nella forma dell’obbligo giuridico, e quindi sostanzialmente imposta dall’alto verso il basso.

E, con riferimento a questa solidarietà verticale o imposta, potremmo fare subito una nuova distinzione, a seconda che questa sia finalizzata alla promozione dei diritti civili e sociali o alla rimozione degli squilibri che possano esservi tra persone o territori, anche ai sensi dell’art. 3, 2° comma, Cost., oppure sia imposta più incisivamente in pregiudizio dei diritti delle persone a cui questa solidarietà è richiesta.

ba) Questa prima solidarietà, ancorché verticale, risponde a quegli adempimenti oggi regolati dall’art. 117, lettera m) Cost.: *“determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”*; e dell’art. 119, 5° comma Cost. per il quale: *“per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l’effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, province, città metropolitane e Regioni”*.

Si tratta di compiti che lo Stato si divide con gli Enti locali, ed anche in questo caso non v’è niente da eccepire, poiché è evidente che è compito dello Stato quello di intervenire per migliorare e promuovere i diritti della popolazione e per cercare, nei limiti del possibile, di rimuovere gli squilibri esistenti al riguardo.

bb) Il problema si pone, al contrario, con riferimento all’ultima ipotesi di solidarietà, che è quella che *da una parte* è imposta, e *dall’altra* comprime un diritto.

A fronte di questa solidarietà, le reazioni potrebbero essere due:

- una prima, più radicale, potrebbe essere quella di escludere che nel nostro sistema possa darsi una simile solidarietà.

- Una seconda potrebbe essere meno radicale, e potrebbe consistere non nel negare in assoluto la possibilità di avere una solidarietà verticale imposta che pregiudichi i diritti, bensì di ammetterla solo in ipotesi circoscritte, e solo con taluni paletti insuperabili.

Pertanto, da sottolineare, che solo in questi casi il termine “dovere” usato dall’art. 2 Cost. acquista il suo autentico significato di “dovere giuridico”, ovvero fissato dalla legge, poiché negli altri casi il dovere di solidarietà è piuttosto un “dovere morale”, la cui violazione non può che avere conseguenze di rimprovero e non già di sanzione.

1.4. Dunque, nel prestarsi all’esegesi dell’art. 2 Cost., credo si possa subito affermare che, mentre nessun problema interpretativo pone la norma con riguardo alla solidarietà orizzontale oppure alla solidarietà verticale finalizzata alla promozione dei diritti civili o sociali, problemi viceversa sussistono con riguardo alla solidarietà imposta in grado di comprimere i diritti.

Ciò è evidente, direi, per almeno due buone ragioni: a) perché, pur ammessa la legittimità costituzionale di una solidarietà di quest’ultimo tipo, in queste ipotesi vi sarebbe comunque, e quanto meno, da fare un bilanciamento tra la bontà dello scopo solidare che si intende perseguire e il diritto che si comprime o si annulla per il raggiungimento di detto fine; b) e perché, in questi casi, la solidarietà potrebbe altresì essere usata in modo strumentale e deviato dal potere politico.

Ed infatti, si comprende, il principio di solidarietà è tanto nobile quanto pericoloso: è nobile, perché trova origine in uno spirito di fratellanza tra gli uomini comune a tutte le ideologie politiche; ma al tempo stesso è pericoloso, perché il potere politico potrebbe usarlo in modo dispotico, trasformando, con un gioco fin troppo facile, quella che è la funzione della solidarietà: non più mezzo di promozione di diritti e di equità, bensì strumento che, seppur promosso sempre per fini che si dichiarano sociali, di fatto ha l’obiettivo indiretto di comprimere i diritti della persona.

In questo modo, addirittura, la solidarietà sociale si trasformerebbe in strumento di negazione dei diritti, e l’art. 2 Cost. potrebbe rappresentare il mezzo perfetto per il raggiungimento di quel fine; e si ricadrebbe, così, in meccanismi non dissimili a quelli già sperimentati nei sistemi totalitari: il potere fissa i doveri; i cittadini devono prestare ubbidienza; la rivendicazione dei diritti contro i doveri è considerata atto asociale di disubbidienza; e conseguentemente i diritti inviolabili della persona non ci sono più, e si trasformano in mere concessioni dello Stato.

Per ogni negazione di diritti, per ogni soppressione di libertà, basterebbe dire che

tutto è dovuto ai sensi dell'art. 2 Cost., e il discorso sarebbe chiuso.

Da qui, dunque, l'importanza del tema.

1.5. E, nell'affrontare l'esegesi dell'art. 2 Cost., credo sia infine necessario riprendere non solo il dibattito che su tale norma vi fu in seno all'Assemblea costituente, bensì anche rispolverare talune nozioni apprese da studenti all'università: tra queste, trovo centrale quella che contrappone lo Stato di diritto allo Stato etico, poiché è evidente che il rapporto tra diritti e doveri, ovvero il nucleo dei precetti che si trovano nell'art. 2 Cost., muta a seconda che questi si situino in uno Stato di diritto oppure in uno Stato etico.

E una analisi per me oggi di nuovo doverosa, e quindi mi siano consentite le divagazioni vagamente liceali che vado a sviluppare, poiché, alle volte, non è del tutto inutile tornare su concetti che già fanno parte del nostro bagaglio culturale se questi servono per ribadire valori che non si vogliono smarrire.

E così: premesse alcune nozioni elementari circa lo Stato di diritto e lo Stato etico, e ripercorso il dibattito avutosi in Assemblea costituente sull'art. 2 Cost., si intende poi focalizzare il diverso atteggiarsi dei diritti in rapporto ai doveri di solidarietà sociale tanto nello Stato di diritto quanto nello Stato etico, per infine fornire, almeno a parere di chi scrive, i corretti limiti entro i quali l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale può essere legittimamente richiesto ai sensi dell'art. 2 Cost.

In alcuni momenti l'analisi che segue potrà sembrare eccessiva, e di questo mi scuso; tuttavia ho preferito, evidentemente, *abundare quam deficere*.

2. Lo Stato di diritto tra giusnaturalismo e illuminismo.

L'espressione *Stato di diritto* nasce tra il XVIII e il XIX secolo, e tuttavia i concetti che ne costituiscono l'essenza trovano origine nella nostra più antica tradizione, tra giusnaturalismo, umanesimo e illuminismo.

Con il giusnaturalismo, o diritto naturale, si afferma, come è noto, che l'uomo ha dei diritti che il potere politico non può né coartare né negare, poiché gli discendono direttamente dalla natura, e come tali sono inviolabili.

Le origini più remote di questa concezione si trovano, se si vuole, già in Aristotele, che nell'*Etica Nicomachea* contrapponeva il "giusto per natura" al "giusto per legge"; e parimenti sono presenti nel *De legibus* di Cicerone, e soprattutto in Ulpiano, per il quale: "il diritto naturale è quello che la natura ha insegnato a tutti gli essere animati".

L'idea del diritto naturale, poi, veniva fatta propria dal cristianesimo e dalla scolastica di Tommaso D'Aquino, e prendeva infine nuovo sviluppo e nuova consistenza nel c.d. giusnaturalismo moderno, dapprima con Ugo Grozio e di

seguito, e soprattutto per noi, con John Locke.

Da premettere che l'elaborazione moderna del giusnaturalismo risentiva del pensiero umanista, per il quale, e sempre come è noto, l'uomo è al centro dell'universo ed è l'artefice assoluto del proprio destino tramite il libero arbitrio.

E' questo il manifesto dell'umanesimo contenuto nella celeberrima *Oratio de hominis dignitate*, del 1486, di Pico Della Mirandola: *"Ti posi nel mezzo del mondo perché di là meglio tu potessi scorgere tutto quello che è nel mondo, perché di te stesso, libero e sovrano artefice, ti plasmassi e ti scolpissi nella forma che avresti prescelto"*.

La filosofia di John Locke, in questo contesto, è chiara: lo Stato non concede alcun diritto all'uomo, poiché i diritti fondamentali gli discendono dalla natura; conseguentemente l'unico potere che ha lo Stato a fronte dei diritti che l'uomo ha per natura è quello semplicemente di salvaguardarli e proteggerli, non certo quello di crearli, concederli o condizionarli.

Per Locke: *"Il potere politico può dirsi legittimo solo se rispetta il diritto naturale.....e gli uomini non avrebbero rinunciato alla libertà dello stato di natura, né si sarebbero sottoposti al governo se non per conservare la propria vita, libertà e fortuna e garantire la propria pace e tranquillità con norme dichiarate"*.

Queste idee, fatte proprie anche dall'illuminismo, trovavano infine consacrazione nella dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, con la quale, *"I rappresentanti del popolo francese costituiti in Assemblea Nazionale, considerando che l'ignoranza, l'oblio o il disprezzo dei diritti dell'uomo sono le uniche cause delle sciagure pubbliche e della corruzione dei governi, hanno stabilito di esporre, in una solenne dichiarazione, i diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo"*.

E tale dichiarazione infatti statuiva all'art. 1 che: *"Gli uomini nascono liberi e uguali nei diritti"*; e all'art. 2 che: *"Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione"*.

Ebbene, lo Stato di diritto fa propria l'insieme di questa tradizione politica e culturale.

Lo Stato di diritto riconosce infatti che l'uomo gode di diritti preesistenti a una qualunque organizzazione politico/istituzionale, e si assoggetta esso stesso al rispetto di essi in norme giuridiche generali ed astratte.

Il compito primario dello Stato è la salvaguardia di questi valori, e questo compito costituisce per lo Stato un vero e proprio dovere giuridico.

3. Lo Stato etico e il pensiero di Hegel.

Allo Stato di diritto si contrappone lo Stato etico.

Per Stato etico si intende invece quella organizzazione sociale che non attribuisce

all'individuo alcun valore se non in quanto parte di una comunità più grande che è incarnata e rappresentata dallo Stato.

Lo Stato è la fonte prima e assoluta di tutto, e ogni diritto sta nello Stato e sorge dallo Stato.

L'individuo non ha diritti propri che preesistono allo Stato, poiché nello Stato etico la persona ha solo quei diritti che lo Stato gli riconosce, e solo nella misura in cui questi gli vengono attribuiti. E lo Stato attribuisce questi diritti alla persona nei limiti in cui questi sono funzionali al soddisfacimento di esigenze della collettività, escluso ogni interesse individuale.

Questa idea di piena subordinazione della persona allo Stato veniva soprattutto elaborata da Georg Wilhelm Friedrich Hegel nei suoi celeberrimi *Lineamenti di filosofia del diritto*.

Hegel scriveva espressamente che: *“Lo stato è la realtà dell'idea etica, lo spirito etico, in quanto volontà manifesta, evidente a sé stessa, che si pensa e si conosce, e compie ciò che sa e in quanto lo sa”*.

Dal che, a seguito di questa nozione dello Stato, in una certa misura può parlarsi indifferentemente di Stato etico o di Stato hegeliano facendo riferimento ai medesimi concetti.

Per Hegel, ancora, e come è noto, lo Stato si pone arbitro assoluto del bene e del male; né dinanzi allo Stato la persona può rivendicare propri diritti di libertà, poiché la libertà delle persone deve essere incanalata negli obiettivi pubblici ed esercitata all'interno del raggiungimento del bene comune, il quale, in quanto bene etico, si proietta parimenti verso l'Assoluto.

Ancora Hegel: *“Lo Stato è la sintesi assoluta della razionalità dei singoli, che riconoscono in esso il luogo della piena realizzazione della libertà individuale. La libertà, infatti, è vera soltanto quando riesce ad essere oggettiva, e lo Stato garantisce l'oggettività della libertà. L'oggettività dello Stato nella relazione dialettica con gli altri Stati, all'interno della storia universale, proietta lo Spirito verso l'Assoluto”*.

Dunque, la libertà è solo quella oggettiva dello Stato, e le virtù del cittadino all'interno dello Stato etico sono il sentimento di obbedienza verso i comandi del governo, che proietta lo spirito verso l'assoluto.

4. Lo Stato etico fascista.

E' poi storicamente vero che questa idea di Stato etico fu ripresa nel novecento da tutti i sistemi totalitari, poiché è evidente che una simile filosofia ben si presta all'instaurazione di una dittatura.

In Italia, infatti, l'idea di Stato etico fu ripresa dal fascismo, il quale teorizzò la supremazia dello Stato proprio facendo forza sulla filosofia hegeliana.

Sia consentito riportare alcuni passi de *La dottrina del fascismo* di Benito Mussolini (Hoepli, 1936).

Si legge: *“Il mondo per il fascismo non è questo mondo materiale che appare alla superficie in cui l’uomo è un individuo separato da tutti gli altri e per sé stante, ed è governato da una legge naturale che istintivamente lo trae a vivere una vita di piacere egoistico e momentaneo. L’uomo del fascismo è individuo che è nazione e patria, legge morale che stringe insieme individui e generazioni in una tradizione e in una missione, che sopprime l’istinto della vita chiusa nel breve giro del piacere per instaurare nel dovere una vita superiore libera da limiti di tempo e di spazio; una vita in cui l’individuo attraverso l’abnegazione di sé, il sacrificio dei suoi interessi particolari, la stessa morte, realizza quell’esistenza tutta spirituale in cui è il suo valore di uomo.....”*.

Ovviamente, qui, l’idea dello Stato etico è portata alle estreme conseguenze; i diritti della persona, immaginati nella loro individualità, non hanno spazio rispetto alla dimensione pubblica dello Stato, cosicché l’individuo deve, necessariamente, *instaurare nel dovere una vita superiore*, e deve esser pronto alla stessa abnegazione di sé, allo stesso sacrificio individuale, alla stessa morte, per la realizzazione di quei valori spirituali superiori che costituiscano l’essenza della vita dell’uomo e che vengono incarnati nello Stato.

Si legge ancora: *“La concezione fascista è per lo Stato ed è per l’individuo in quanto esso coincide con lo Stato, coscienza e volontà universale dell’uomo nella sua esistenza storica. E’ contro il liberalismo classico; il liberalismo negava lo Stato nell’interesse dell’individuo particolare; il fascismo riafferma lo Stato come realtà vera dell’individuo. E se la libertà dev’essere l’attributo dell’uomo reale, e non di quello astratto fantoccio a cui pensava il liberalismo individualistico, il fascismo è per la libertà, è per la sola libertà che possa essere una cosa seria, la libertà dello Stato e dell’individuo nello Stato. Giacché, per il fascismo, tutto è nello Stato, e nulla di umano o spirituale esiste, e tanto meno ha valore fuori dello Stato”*. Dunque, il fascismo contrappone, addirittura, l’uomo fantoccio all’uomo reale: chi rivendichi libertà per sé, è un uomo fantoccio; al contrario solo la persona che eserciti la sua libertà nella libertà dello Stato, la sola libertà che possa seriamente essere presa in considerazione, è una persona reale.

E la libertà, nello Stato etico fascista, e solo *la libertà dello Stato e dell’individuo nello Stato*, in quanto, infatti, *tutto è nello Stato, e nulla di umano o spirituale esiste, e tanto meno ha valore, fuori dello Stato*.

5. La negazione dello Stato etico e l’affermazione dello Stato di diritto nel dibattito costituente; 9 settembre 1946.

Ora, è evidente, che la prima precisa volontà dei nostri costituenti fu proprio quella di negare lo Stato etico per come il fascismo lo aveva imposto, e riaffermare al

contrario lo Stato di diritto.

V'era, prima di tutto, da affermare che la persona ha diritti inalienabili che discendono dalla natura e non dallo Stato; v'era da affermare che, con riguardo ai diritti inalienabili dell'uomo, lo Stato ha solo il dovere di riconoscerli e tutelarli, non altro; e c'era, poi, più in generale, da negare lo Stato di hegeliana memoria, per ritornare a quello Stato coesistente alla democrazia e alla libertà dei popoli.

Il compito di delineare questi principi della nuova Repubblica veniva affidato in primo luogo a Giorgio La Pira, e mi sia consentito riportare qui con una certa estensione gli interventi dei nostri costituenti al fine di documentare con completezza quanto sto sostenendo.

Giorgio La Pira, già nella sottocommissione del 75, in data 9 settembre 1946, dichiarava infatti: *“E' necessario che alla costituzione sia premessa una dichiarazione dei diritti dell'uomo, ciò in conformità anche a tutta la tradizione giuridica cosiddetta occidentale. Ma oltre che in omaggio alla tradizione, una dichiarazione dei diritti dell'uomo deve essere ammessa soprattutto come affermazione solenne della diversa concessione dello Stato democratico, che riconosce i diritti sacri, inalienabili, naturali del cittadino, in opposizione allo Stato fascista, che con l'affermazione dei diritti riflessi, e cioè con la teoria che lo Stato è la fonte esclusiva del diritto, negò e violò alla radice i diritti dell'uomo”*.

E quanto alla negazione dello Stato etico hegeliano La Pira ancora esprimeva: *“Esiste una base filosofica, che sia a fondamento di questa teoria dei diritti riflessi? Alla domanda si può rispondere affermativamente, in quanto la teoria dei diritti riflessi corrisponde alla concezione hegeliana, che vede lo Stato come un tutto e l'individuo come elemento integralmente subordinato alla collettività, in contrapposizione all'altra concezione che, pur rispettando l'esigenza della collettività, vede la persona come un ente dotato di una sua interiore autonomia e quindi considera la libertà e i diritti subiettivi non come concessione, ma come conseguenza di questa interiore autonomia”*.

L'affermazione dello Stato di diritto contro lo Stato etico era necessità poi condivisa da tutta la Commissione.

Ricordo qui gli interventi di Ottavio Mastrojanni: *“Ha seguito con compiacimento la dotta relazione del collega La Pira e non ho nulla da obiettare in ordine alla necessità di creare una netta antitesi tra la concezione dello Stato fascista e quella dello Stato democratico. L'affermazione dei diritti dell'individuo, secondo la tradizione del 1789, è stata esattamente posta in evidenza e logicamente deve costituire il preambolo della nuova Costituzione”*. e soprattutto di Giuseppe Dossetti: *“Si vuole o non si vuole affermare l'anteriorità della persona di fronte allo Stato? Questo concetto fondamentale dell'anteriorità della persona, che dovrebbe essere gradito alle correnti progressiste qui rappresentate, può essere affermato con il consenso di tutti”*.

Ed infatti, l'idea dell'anteriorità dei diritti dell'uomo allo Stato e la negazione dello Stato etico di tipo hegeliano, venivano approvate anche dalle sinistre, e

significativo fu in questo contesto proprio l'intervento di Palmiro Togliatti, che così veniva verbalizzato: *“Non vede perché ci si dovrebbe differenziare dalla tendenza che vede affiorare dalle spiegazioni dell'onorevole La Pira e da quanto ha detto l'onorevole Dossetti. Per suo conto lo Stato è un fenomeno storico, storicamente determinato, e la dottrina che egli rappresenta sostiene che lo Stato, ad un certo momento, dovrebbe scomparire; mentre sarebbe assurdo si pensasse che debba scomparire la persona umana. E' d'accordo anche che un regime politico, economico e sociale, è tanto più progredito, quanto più garantisce lo sviluppo della personalità umana”*.

Dai diritti della persona intesa nella sua individualità, (o, se si vuole, nella sua solitudine), si passava poi a trattare dei diritti della persona in relazione con gli altri, e quindi dei diritti delle comunità, e quindi ancora del pluralismo giuridico.

Anche questi aspetti venivano sottolineati da Giorgio La Pira: *“Può con questo dirsi completato il quadro dei diritti dell'uomo? Evidentemente no; per completarlo è necessario tener conto delle comunità fondamentali, nelle quali l'uomo si integra e si espande, cioè dei diritti delle comunità.....si arriva così alla teoria del c.d. pluralismo giuridico, che riconosce i diritti del singolo e i diritti delle comunità e con questo dà una vera integrale visione dei diritti imprescrittibili dell'uomo”*.

L'impostazione trovava, di nuovo, il consenso di tutta la Commissione (ricordo ancora l'intervento di Mastrojanni: *“E' necessario seguire l'evoluzione dei tempi, che ai diritti dell'individuo sia da aggiungere la serie dei diritti sociali”*), e si arrivava in tal modo all'approvazione dell'ordine del giorno di Dossetti, che aveva questo contenuto:

“a) Riconoscere la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella;

b) riconoscere ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale;

c) affermare l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato”.

6. Di tutto questo, si continuerà a parlare nella giornata successiva del 10 settembre 1946.

Ad esempio Roberto Lucifero: *“La costituente deve dar vita ad uno Stato nel quale non si possa ripetere la tragedia del fascismo. Occorre fare un'analisi delle cause che hanno portato al fascismo e gli hanno permesso di esistere per venti anni. E queste cause possono compendiarsi indubbiamente nella compressione avvenuta della libertà dell'uomo, perché in un paese in cui l'uomo fosse rimasto libero il fascismo non avrebbe mai potuto sorgere. Quindi un'affermazione chiara di quelle che sono le libertà dell'uomo, dirette o derivate, è necessaria”*.

Ancora Mastrojanni: *“Si dichiara senz'altro d'accordo sulla affermazione della priorità*

dei diritti della persona sullo Stato"; ancora Dossetti: *"lo Stato non costituisce questi diritti ma semplicemente li dichiara, li riconosce"*; e soprattutto Aldo Moro: *"Non va dimenticato che lo Stato che si vuole costruire è uno Stato democratico e non totalitario. Ed egli respinge, con l'affermazione dell'autonomia e della priorità della persona umana, l'idea di uno Stato totalitario in senso stretto, come una entità a sé stante che determini essa stessa i criteri di moralità ai quali l'uomo deve ispirarsi. Non si tratta di limitare il potere esecutivo soltanto, si tratta di limitare anche il potere legislativo di fronte a determinate aberrazioni"*.

6.2. E, credo si possa asserire, in tutto questo dibattito il tema dei doveri rimaneva sullo sfondo.

Esso, infatti, non emergeva nell'ordine del giorno di Dossetti sopra richiamato, e nemmeno nel dibattito avutosi in sottocommissione; un cenno a ciò veniva fatto nella giornata del 10 settembre 1946 solo da De Vita: *"Osserva che si parla troppo di diritti e poco di doveri. A suo avviso occorre equilibrare diritti e doveri"*, ma il richiamo non aveva seguito, e anche la giornata del 10 settembre 1946 si chiudeva senza alcuna discussione in ordine ai doveri dell'uomo.

L'argomento veniva introdotto con qualche maggiore energia nella giornata dell'11 settembre 1946, nella quale si chiedeva di approvare un ordine del giorno con cui: *"La presente costituzione, al fine di assicurare l'autonomia e la dignità della persona umana e di promuovere ad un tempo la necessaria solidarietà sociale, economica e spirituale, in cui le persone debbono contemplarsi a vicenda, riconosce e garantisce i diritti inalienabili e sacri dell'uomo, sia come singolo, sia come appartenente alle forme sociali, nelle quali esso organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona"*.

In esso, tuttavia, si nota come il termine *"dovere"* non comparisse, e come la solidarietà sociale non fosse qualcosa che si contrapponga ai diritti inalienabili, bensì qualcosa che la Costituzione si impegnava a promuovere.

Il tema della solidarietà sociale, peraltro, si presentava alla Commissione controverso, poiché le stesse sinistre trovavano detta solidarietà un concetto in contrasto con la lotta di classe.

Al riguardo l'intervento di Giovanni Lombardi veniva così verbalizzato: *"Non può sottoscrivere l'affermazione che la legge debba promuovere la solidarietà sociale. Una simile locuzione non è ammissibile, salvo che tutto il mondo non diventi una classe sola; finché vi sono varie classi sociali la solidarietà è un nome vago"*.

A ciò tuttavia rispondeva Lelio Basso: *"Parlando di solidarietà sociale non si intende affermare che in concreto non ci saranno lotte di classe, ma il dovere della Costituzione è quello di mirare ad un massimo sforzo di solidarietà sociale. Vi sono dei diritti che derivano dal principio della libertà ed altri che derivano dal principio della uguaglianza e della solidarietà sociale. Si tratta di uno sforzo verso la solidarietà sociale, in senso antiindividualista"*.

6.3. Il tema dei doveri veniva infine ripreso in Assemblea, ma sempre in modo molto contenuto; basta infatti leggere i verbali delle giornate dedicate ai principi fondamentali dello Stato per notare che l'argomento, in realtà, non godeva di una sua specifica trattazione.

Anzi, credo sia corretto dire che all'argomento dedicavano stringate riflessioni solo Francesco De Vita, che aveva già posta la questione in commissione, e poi Meuccio Ruini; nient'altro.

Richiamo questi interventi.

De Vita, nella giornata del 13 marzo 1947, ribadiva che il nuovo Stato repubblicano ripudia la visione fascista dello Stato etico: *"Poco conta, onorevoli colleghi, riaffermare il valore originario della persona umana, negare la riduzione hegeliana dell'individuo ad un momento accidentale della sostanza statale, se poi si arriva, fatalmente, al concetto dello Stato il quale vive per i propri fini"*.

E poi, sulla libertà, anche in rapporto ai doveri di solidarietà sociale, De Vita continuava: *"Per me la libertà è fine a sé stessa e, per dirla alla kantiana, non può essere assunta a valore di mezzo. La libertà è l'essenza stessa dello spirito umano e non può quindi essere costretta a muoversi entro i limiti della legge, perché è la libertà stessa che foggia le leggi. Ma noi non vogliamo limitare la libertà, vogliamo orientarla verso il bene, dicono i sostenitori dello Stato etico. Ma quale bene è più grande, quale bene è più sommo, della stessa libertà?"*

Ruini, al contrario, interveniva nella giornata del 24 marzo 1947: *"Vorrei aggiungere un rilievo, che è certamente nel pensiero stesso dei proponenti, i quali hanno aderito alla mia tenace insistenza perché in questo articolo si mettano insieme come dati inscindibili, i diritti e i doveri. Concetto tipicamente mazziniano, oramai accolto da tutti. Nello stesso tempo che si riconoscano i diritti inviolabili della personalità umana, si ricorda che vi sono dei doveri altrettanto imprescindibili dei quali lo Stato richiede l'adempimento"*.

A seguito di queste discussioni, e soprattutto sulla base di un compromesso tra cattolici (Amintore Fanfani) e comunisti (Giorgio Amendola) si giungeva infine all'approvazione dell'attuale art. 2 Cost.

Quindi, direi, in estrema sintesi:

a) lo Stato etico di hegeliana memoria veniva senz'altro rifiutato dalla nuova Repubblica, poiché nella nuova Costituzione i diritti di libertà dovevano rappresentare l'essenza prima dello spirito umano, e non potevano essere limitati o compressi per orientarli verso il bene, in quanto essi stessi erano al contrario da considerare il bene più grande e più sommo.

b) Tuttavia era necessario mettere in un unico articolo della Costituzione diritti e doveri, secondo un concetto tipicamente mazziniano, e per il quale non possono esservi diritti se non insieme ai doveri.

7. I diritti e i doveri dei consociati nello Stato etico e nello Stato di diritto.

A questo punto conviene dunque meglio focalizzare quali possono essere le differenze che corrono nel rapporto diritti/doveri tra Stato di diritto e Stato etico.

Sottolineerei quanto segue:

a) una prima differenza è quella che, mentre nello Stato etico solo l'uomo ha dei doveri nei confronti dello Stato, nello Stato di diritto anche lo Stato ha dei doveri nei confronti dell'uomo, ed anzi è lo Stato il primo e principale centro di doveri di tutta l'organizzazione sociale, dovendo questi infatti assicurare a tutti i consociati il rispetto dei loro diritti e garantire in ciò la supremazia della legge, anche e soprattutto a sé stesso.

Potremmo dire, spostando l'angolo visuale, che mentre nello Stato etico, libero è lo Stato e non il cittadino, nello Stato di diritto, libero è il cittadino e non lo Stato.

Dal che, nello Stato di diritto, non può essere affrontato il tema dei doveri senza in ogni momento valutare parimenti quali siano e debbano essere i doveri dello Stato.

b) Una seconda differenza è che mentre nello Stato di diritto i doveri di solidarietà sociale sono per lo più doveri morali, rimessi alla coscienza della persona e alla volontarietà dell'azione, nello Stato etico ogni dovere morale tende invece a trasformarsi in dovere giuridico, e lo Stato impone all'individuo il retto (o così considerato tale) comportamento con la forza dell'obbligo giuridico.

Ed anzi, poiché lo Stato etico considera il bene comune come unica sua finalità, la violazione del dovere di solidarietà è normalmente punita più severamente di ogni altra infrazione giuridica.

Si ha, in questo modo, e normalmente, nello Stato etico, un rovesciamento delle regole dello Stato di diritto, poiché lo Stato etico tende a punire comportamenti che lo Stato di diritto considera invece di norma espressione della libertà della persona.

c) Una terza differenza è data dalla circostanza che mentre nello Stato etico è lo Stato che statuisce liberamente quali siano i doveri dei cittadini, i quali possono essere di ogni tipo e natura, nello Stato di diritto i cittadini possono avere solo quei doveri che siano indispensabili ad assicurare la convivenza civile e la giustizia sociale, cosicché lo Stato non può crearne a suo piacimento, poiché ogni dovere che non rispondesse a questi scopi, sarebbe di per sé, e allora, da considerare illegittimo.

Nello Stato di diritto, pertanto, possiamo dire che vive il principio della misura minima dei doveri funzionale all'assicurazione della convivenza, principio che evidentemente non sussiste nello Stato etico, che anzi al contrario ritiene positiva l'esistenza di un elevato numero di doveri finalizzati all'inquadramento dei comportamenti della persona all'interno del raggiungimento del bene comune.

d) Ancora: nello Stato etico il cittadino ha il dovere di indirizzare la sua libertà al fine comune, tanto, appunto, che si asserisce che egli goda di una sola libertà qualificata come oggettiva, ovvero di una libertà indirizzata dallo Stato; nello Stato di diritto il cittadino può al contrario gestire la sua libertà senza oppressione, ed anzi ha il diritto di esercitarla nel suo proprio individuale interesse, e con il solo limite del *neminen ledere*.

e) Inoltre, nello Stato etico il cittadino accetta l'imposizione del dovere con un atto di fede che deve allo Stato e alla comunità, nello Stato di diritto l'adempimento del dovere non è viceversa mai un atto di fede, cosicché il cittadino ha, nei confronti di esso, prima di tutto il diritto di essere informato sulle ragioni che lo hanno determinato, e poi quello di diffidare, di manifestare dissenso, addirittura di immaginare che il potere pubblico possa essere stato esercitato in mala fede, o per fini devianti, o in modo ingiustificato, perché purtroppo, negli Stati etici, questo spesso avviene, visto che la storia ci insegna che la morale pubblica è normalmente stata lo strumento della tirannia.

Cosicché, diremmo, mentre nello Stato etico è potere indiscusso dello Stato quello di determinare il dovere, nello Stato di diritto la determinazione del dovere necessita di procedimenti di garanzia che ne assicurino la necessità e l'obiettività.

f) Infine, mentre nello Stato etico l'adempimento del dovere è considerato addirittura un piacere, ovvero il compimento di una dimensione spirituale che il cittadino pone in essere con orgoglio e soddisfazione, nello Stato di diritto l'adempimento del dovere non è mai considerato un piacere, ma solo un atto necessario alla convivenza civile.

8. Segue: la conferma di queste distinzioni in due grandi italiani, seppur fra loro diversi: Cesare Beccaria e Giuseppe Mazzini.

Credo che queste puntualizzazioni possano trovare conferma nel pensiero di due grandi italiani, seppur fra loro diversi, ed esattamente di Cesare Beccaria e di Giuseppe Mazzini.

8.2. Di Cesare Beccaria ricordo il celeberrimo *Dei delitti e delle pene*.

Scrivendo Beccaria: *"Nessun uomo ha fatto il dono gratuito di parte della propria libertà in vista del bene pubblico; questa chimera non esiste che nei romanzi. Se fosse possibile, ciascuno di noi vorrebbe che i patti che lo legano agli altri, non ci legassero: ogni uomo si fa centro di tutte le combinazioni del globo. Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà. E' dunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il resto è abuso e non giustizia, è fatto non già diritto"*.

Dunque: nello Stato di diritto il cittadino non mette la sua libertà nel pubblico deposito se non nella minima porzione strettamente necessaria; nello Stato etico il cittadino deve al contrario mettere nel pubblico deposito tutta quella libertà che lo Stato gli richiede.

Tuttavia succede anche questo, ovvero che in uno Stato di diritto a civiltà avanzata il cittadino normalmente tende a depositare nel pubblico deposito molta più libertà di quanto lo Stato gliene chieda, e, ciò, appunto, per quel senso di solidarietà sociale, che abbiamo definito di tipo orizzontale, che fa parte dell'umano sentire; mentre in uno Stato etico i cittadini tendono al contrario a sottrarsi all'autoritarismo dello Stato, e quindi cercano di mettere nel pubblico deposito se non quelle libertà che non riescono a far salve.

8.3. Il pensiero di Giuseppe Mazzini non è di facile lettura e può prestarsi ad equivoci.

Lo metteva in luce già lo stesso Gaetano Salvemini in un suo noto saggio *Mazzini*; e non a caso il fascismo abusò di alcune sue posizioni per far credere che il regime si riconducesse, almeno in una certa misura, a quelle tradizioni risorgimentali.

Ma, al di là della difficoltà di inquadrare correttamente il pensiero di Giuseppe Mazzini, io credo che il rapporto diritti/doveri qui dato non possa mutare nemmeno alla luce del suo pensiero, perché certo Giuseppe Mazzini, seppur nel suo amore per la Patria e la sua devozione a Dio, non faceva degenerare mai il suo spirito nel totalitarismo dello Stato etico.

Giuseppe Mazzini, nel suo celeberrimo *I doveri dell'uomo*, non negava, prima di tutto, l'esistenza di diritti naturali e inviolabili dell'uomo, e non negava l'anteriorità di questi al potere dello Stato: *"Vi son cose che costituiscono il vostro individuo e sono essenziali alla vita umana. E su queste neppure il popolo ha signoria. Nessuna maggioranza, nessuna forza collettiva può rapirvi ciò che vi fa essere uomini"*.

Certo, la visione egoistica e individualistica dell'uomo era rigettata in Mazzini, poiché il compito primo della persona era quello di migliorare sé e gli altri, pensando prima al dovere che non al diritto, e considerando il diritto come solo qualcosa che giunge ad dovere adempiuto: *"Che ognuno d'essi deve vivere, non per sé, ma per gli altri; che lo scopo della loro vita non è quello d'essere più o meno felici, ma di rendere sé stessi e gli altri migliori"*.

Tuttavia questo dovere di migliorare sé stessi, di preoccuparsi degli altri e non solo di sé, di rifuggire ogni forma di egoismo esasperato, non costituivano per Mazzini presupposti di subordinazione della persona allo Stato, poiché la libertà della persona non poteva essere pregiudicata: *"La vostra libertà fiorirà protetta da Dio e dagli uomini, perché essa non sarà il diritto d'usare e abusare delle vostre facoltà nella direzione che a voi piaccia di scegliere, ma perché essa sarà il diritto di scegliere liberamente, a*

seconda delle vostre tendenze, i mezzi per fare il bene".

Da che, se è fuori discussione che l'uomo retto dovesse avere, dentro di sé, un rigido senso del dovere e una forte moralità, tuttavia questo senso del dovere in Giuseppe Mazzini non arrivava mai a immaginare un'organizzazione sociale da Stato etico, poiché, anche per Giuseppe Mazzini, lo Stato aveva come primo dovere proprio quello di assicurare la libertà di tutti: *"Senza libertà voi non potete compiere alcuno dei vostri doveri. Voi avete dunque diritto alla libertà e dovere di conquistarla in ogni modo contro qualunque potere la neghi. Lasciando che la sua libertà sia violata, l'uomo tradisce la propria natura e si ribella contro i decreti di Dio"*.

9. Il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. nell'ambito dello Stato di diritto.

Vengo, a questo punto, all'esegesi dell'art. 2 Cost.

a) Non possiamo, in primo luogo, dimenticare che noi siamo uno Stato di diritto e non uno Stato etico; dal che, da una parte sono da rifiutare tutte quelle interpretazioni o concezioni che consentano allo Stato il controllo e l'orientamento capillare e sistematico della vita dei consociati, e dall'altra parte assegnano allo stesso una funzione etico/educativa, ritenendo che questi possa trasformare in precetti giuridici quelli che sono solo indirizzi morali.

L'art. 2 Cost., in sostanza, non può consentire al potere pubblico di pretendere, per esempio, *l'abnegazione di sé, il sacrificio degli interessi particolari*, la dimensione *tutta spirituale in cui v'è il valore di uomo, ecc...*

Si tratta di dimensioni che attengono alla sfera intima della persona, sulle quali lo Stato non può entrare nemmeno in nome della solidarietà.

b) In secondo luogo, l'art. 2 Cost. va interpretato nei limiti in cui i nostri costituenti l'hanno immaginato, ovvero soprattutto come richiamo alla fraterna solidarietà tra i consociati secondo i valori del Cristianesimo.

I due interventi in Assemblea costituente sulla solidarietà sono stati quelli di Basso: *"il dovere della Costituzione è quello di mirare ad un massimo sforzo di solidarietà sociale"* e quello di Ruini: *"Si ricorda che vi sono dei doveri altrettanto imprescindibili dei quali lo Stato richiede l'adempimento"*.

Si trattava, essenzialmente, di quella solidarietà che abbiamo considerato libera e di tipo orizzontale.

Conformemente ad essa, deve quindi affermarsi che i doveri di solidarietà sociale di tipo verticale associati ad un obbligo giuridico costituiscono, e devono costituire, una eccezione nello Stato di diritto, poiché la regola della solidarietà in esso dev'essere al contrario quella legata alla spontaneità dell'agire della persona.

Sotto questo profilo deve altresì ricordarsi che un buon cittadino ha tanto il senso

del dovere quanto la paura che il potere pubblico strumentalizzi questo sentimento per ragioni di governo; e abbiamo altresì tutti il dovere di non dimenticare il passato, e di come tutte le dittature, per imporsi, hanno sempre fatto forza sull'uso strumentale del senso del dovere.

c) In ogni caso, anche quando il dovere di solidarietà sociale si trasformi da dovere morale a dovere giuridico, le sanzioni che lo Stato può prevedere a fronte della violazione di un simile dovere devono essere proporzionate.

Il principio di proporzionalità tra illecito e pena sussiste nel diritto penale, e sarebbe contrario alla nostra civiltà giuridica escluderlo in questi casi.

Ricordo al riguardo quanto Cesare Beccaria scriveva (richiamando peraltro lo stesso *Spirito delle leggi* di Montesquieu, Libro VI, cap. XVI): *“Dunque vi deve essere una proporzione tra i delitti e le pene... Chiunque vedrà stabilita la medesima pena di morte, per esempio, a chi uccida un fagiano ed a chi assassina un uomo non farà alcuna differenza tra questi delitti... Se la geometria fosse adattabile alle infinite ed oscure combinazioni delle azioni umane, vi dovrebbe essere una scala corrispondente di pene, che discendessero dalla più forte alla più debole... ma basterà al saggio legislatore di segnarne i punti principali senza turbare l'ordine, non decretando ai delitti del primo grado le pene dell'ultimo”*.

d) Soprattutto, il principio di solidarietà non può interpretarsi in contrasto alla posizione dei nostri costituenti circa la centralità della persona e della sua libertà.

Devono ripetersi le parole di Giorgio La Pira per le quali lo Stato democratico deve rifiutare: *“la teoria dei diritti riflessi corrispondente alla concezione hegeliana, che vede lo Stato come un tutto e l'individuo come elemento integralmente subordinato alla collettività”*.

Ed ancora le parole di Giuseppe Dossetti: *“Si vuole o non si vuole affermare l'anteriorità della persona di fronte allo Stato? Questo concetto fondamentale dell'anteriorità della persona, che dovrebbe essere gradito alle correnti progressiste qui rappresentate, può essere affermato con il consenso di tutti”*.

L'art. 2 Cost. non consente, pertanto, che, in ossequio ad altri valori, possa esser limitata o fatta venir meno la libertà della persona, tanto intesa come libertà di gestire il proprio corpo quanto come libertà di gestire e manifestare le proprie idee, perché non esistono nel nostro ordinamento valori più alti di quelli della centralità della persona e della sua indipendenza e libertà.

Se i doveri di solidarietà sociali dovessero infatti portarsi fino alla negazione dei diritti inviolabili o fino al sacrificio personale, lì allora non sarebbe più prevalente la persona sullo Stato, bensì lo Stato sulla persona, e si tornerebbe a quella teoria dei diritti riflessi che è stata invece rigettata dalla nostra Costituzione.

Ne' è possibile trasformare la libertà personale dei cittadini in libertà c.d. oggettive, ovvero regolate e/o autorizzate dal potere pubblico; non è possibile che i cittadini debbano accettare dei doveri imposti dallo Stato senza il corrispondente diritto di diffidare dei pubblici uffici e di manifestare apertamente le loro perplessità

e il loro dissenso.

e) Il discorso non muta nemmeno nelle ipotesi nelle quali si immagini di limitare un diritto della persona perché (si afferma) lesivo di altri diritti.

Anche in questi casi l'art. 2 Cost. non consente un libero bilanciamento con il quale, di volta in volta, e caso per caso, il potere politico possa stabilire qual è il diritto prevalente, e qual è il diritto da riconoscere e quale da negare.

Una tale discrezionale libertà il potere politico può averla, di nuovo, nello Stato etico, non nello Stato di diritto, poiché nello Stato di diritto prevale un principio di legalità costituzionale, e il principio di legalità costituzionale impedisce al potere politico di fare quello che vuole, poiché se al potere politico venisse davvero riconosciuta questa discrezionalità, lì allora i diritti fondamentali della persona non esisterebbero più, nessun diritto potrebbe ancora qualificarsi inalienabile, e, di bilanciamento in bilanciamento, tutto diventerebbe incerto ed oscuro, e farebbe venir meno la stessa funzione di una carta costituzionale, che è quella di assicurare, al contrario, in modo chiaro e non discutibile, l'esistenza di alcuni diritti fondamentali della persona.

La possibilità di "bilanciare" diritti fondamentali, infatti, non emergeva nel modo più assoluto nel dibattito in Assemblea costituente: si trattava, ancora, di diritti, secondo Giorgio La Pira: *sacri, inalienabili, naturali del cittadino*, sui quali, per Aldo Moro: *non si tratta di limitare il potere esecutivo soltanto, si tratta di limitare anche il potere legislativo*.

E dunque, in uno Stato di diritto: - un bilanciamento tra diritti può esser posto solo ove la legge costituzionale lo consenta, nel rispetto di un principio di legalità, e nel rispetto di principi di ragionevolezza e proporzionalità; e, in ogni caso, deve escludersi che il potere politico possa bilanciare diritti in modo deviato, ovvero, come abbiamo già esposto nella premessa di questo scritto, non tanto per il raggiungimento di uno obiettivo di solidarietà, che pure si afferma esistente, quanto piuttosto per limitare un diritto di libertà della persona; e, su questo, devono sussistere tecniche di vigilanza da parte del popolo. – Al contrario, ove la costituzione non preveda alcun bilanciamento, e qualifichi il diritto inviolabile, come avviene, ad esempio, per il diritto alla libertà personale, o di domicilio, o di manifestazione del pensiero, lì nessuno può compiere operazioni di bilanciamento, e quei diritti devono essere in ogni caso assicurati, poiché altrimenti viene meno la stessa funzione della carta costituzionale e lo stesso spirito dello Stato di diritto.

Un grande costituzionalista del passato quale Costantino Mortati scriveva sul punto: *"Si chiede anche se, oltre ai limiti espressamente formulati dalle disposizioni costituzionali, sia da riconoscerne altri impliciti. Non sembra che esso abbia ragion di esser posto da noi, data l'ampiezza della disciplina racchiusa nel testo costituzionale. In particolare si deve rigettare l'opinione che sia consentito far ricorso, allo scopo di giustificare limiti ai*

diritti fondamentali, ad un generico principio di ordine pubblico all'infuori dei casi in cui la costituzione lo richiama".

f) Va poi ricordato lo stesso tenore letterale dell'art. 2 Cost., che fa riferimento ai doveri di solidarietà *"politica, economica e sociale"*.

Per solidarietà politica si intende il dovere di tutti i cittadini di partecipare e contribuire alla cosa pubblica, in primo luogo con il diritto di voto, ma poi parimenti con la partecipazione a tutto ciò che riguardi lo *uti socius*; mentre per solidarietà economica e sociale si fa riferimento al dovere delle classi più agiate di contribuire proporzionalmente in favore di quelle meno abbienti per rimuovere quelle differenze che impediscono la piena eguaglianza di tutti i cittadini, anche ai sensi del 2° comma dell'art. 3 Cost.

Questa è la solidarietà voluta dai nostri costituenti, e in questa solidarietà non vi rientra la possibilità dello Stato di utilizzare tale strumento per comprimere o negare i diritti della persona, qualificati al contrario in altre parti della stessa costituzione *"inviolabili"*.

g) Infine, nell'esegesi della legge, il principio di solidarietà può orientare l'interprete dinanzi ai casi dubbi o alle lacune legislative, ma non può consentire allo stesso di disattendere precetti legislativi chiari e ben determinati, poiché ove il principio di solidarietà dovesse essere utilizzato in tal senso, ovvero per giungere al risultato opposto di quello voluto in modo chiaro dalla legge, lì allora verrebbe di nuovo meno il principio di legalità, e in uno Stato di diritto, lo ripetiamo, il principio di legalità non può venir meno, ne' la giustizia può trasformarsi in una giustizia di equità, se non nei casi espressamente previsti *sempre* dalla legge.

10. Il rischio di un ritorno allo Stato etico.

Si dirà: ma a che serve affermare tutto questo?

Qual è la ragione per la quale ci siamo ritrovati di nuovo al liceo?

Ebbene, io avverto, da un po' di tempo a questa parte, una certa voglia, direi neanche minima, di tornare allo Stato etico e rimettere al centro lo Stato e non più la persona, e immaginare un nuovo equilibrio tra libertà e autorità rispetto a quello che abbiamo avuto nel corso della nostra storia repubblicana.

Direi infatti che tutta la nostra ultima legislazione si è mossa in questa direzione: ha posto, sempre più, al centro lo Stato, ed ha, spessissimo, considerato il cittadino un infante che necessita di essere guidato, indirizzato, financo obbligato a fare il bene.

E non faccio riferimento solo alla normativa anti Covid, ove la logica da Stato etico credo non possa esser messa seriamente in discussione da alcuno al di là di ogni personale opinione circa il merito delle questioni, ma faccio riferimento, altresì, ad

altri interventi normativi, o progetti di riforma, che si sono susseguiti in questi ultimi tempi: dalla riforma dell'ordinamento giudiziario a quella del processo civile e della famiglia, dalla riforma costituzionale degli artt. 9 e 41, al progetto di riforma costituzionale che vuole introdurre un Alta Corte, dalla normativa sulla negoziazione della crisi dell'impresa, ad altri interventi sull'economia dei cittadini e dell'impresa, ecc... peraltro normative tutte sulle quali nessuna discussione parlamentare è stata possibile a fronte di una sistematica fiducia posta sempre dal Governo.

Se davvero, e io spero di sbagliarmi, la voglia è quella di ri-marciare verso lo Stato etico, nessuno però dica che questa marcia è conforme alla Costituzione; a nessuno venga in mente di immaginare che uno Stato che, passo dopo passo, sottrae ai cittadini diritti per imporre obblighi, limitazioni e controlli, nient'altro faccia se non applicare il principio di solidarietà dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost., perché niente sarebbe più scorretto di questo, e niente sarebbe più incostituzionale che tornare alla teoria dei diritti riflessi.

Ancora Giorgio La Pira: *"E' necessario che alla costituzione sia premessa una dichiarazione dei diritti dell'uomo, ciò in conformità anche a tutta la tradizione giuridica cosiddetta occidentale. Ma oltre che in omaggio alla tradizione, una dichiarazione dei diritti dell'uomo deve essere ammessa soprattutto come affermazione solenne della diversa concessione dello Stato democratico, che riconosce i diritti sacri, inalienabili, naturali del cittadino, in opposizione allo Stato fascista, che con l'affermazione dei diritti riflessi, e cioè con la teoria che lo Stato è la fonte esclusiva del diritto, negò e violò alla radice i diritti dell'uomo".*

SAGGI

L'ORDINE DI RIMOZIONE E SMALTIMENTO DEI RIFIUTI ABBANDONATI: LEGITTIMATI PASSIVI E STRUMENTI D'IMPOSIZIONE.

Alcune riflessioni a margine delle recenti pronunce giurisprudenziali in materia di rimozione e smaltimento di rifiuti.

Giulia Mattioli

Abstract – Il presente contributo, analizzando alcune delle più recenti pronunce giurisprudenziali emerse in tema di ordinanze sindacali in materia di rifiuti, cerca di fare il punto su due principali tematiche: a) la definizione dei soggetti legittimati a ricevere l'ordine ambientale, con particolare riferimento alla figura del curatore fallimentare; b) la possibilità di utilizzare lo strumento dell'ordinanza contingibile ed urgente ex art. 54 TUEL, con contenuto analogo a quanto previsto dall'art. 192 TUA. Le soluzioni poste in essere dalle amministrazioni al fine di risolvere la problematica ambientale derivante dall'abbandono illecito di rifiuti, avallate dalla recente giurisprudenza e riconducibili da un lato all'estensione dei soggetti legittimati passivi alla ricezione degli ordini ambientali, nonché dall'altro lato all'utilizzo combinatorio (*rectius*: ibrido) di due poteri di ordinanza distinti, al fine di "semplificare" gli adempimenti istruttori e procedurali, sembrano infatti avere un unico esito, ovvero quello di aumentare il contenzioso amministrativo, così lasciando irrisolta l'esternalità negativa derivante dall'inquinamento.

Abstract - This article, analyzing some of the most recent sentences about environmental mayor's decree, tries to examine two main issues: a) the definition of the subjects entitled to receive the environmental order, with particular reference to the bankruptcy trustee; b) the possibility of combining the art. 54 TUEL ordinances with the different kind of ordinances dictated by the art. 192 TUA. The solutions adopted by the administrations, in order to solve the environmental problem due to the illegal abandonment of waste, endorsed by judges, don't seem to solve the negative externality deriving from pollution.

SOMMARIO: **1.** Brevi premesse; **2.** L'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi di rimozione ed avvio al recupero o smaltimento dei rifiuti abbandonati: la figura del curatore fallimentare; **3.** La pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2021; **4.** Gli strumenti di imposizione degli obblighi in materia ambientale: l'emersione delle c.d. ordinanze "ibride"; **5.** Conclusioni.

1. Brevi premesse.

Alcune recenti pronunce giurisprudenziali emerse in tema di ordinanze sindacali ex art. 192 d.lgs. n. 152/2006¹ (di seguito anche TUA), che legittimano il Sindaco ad ordinare il compimento di determinate attività in materia ambientale a soggetti specificamente individuati e secondo modalità proceduralizzate, sembrano fornire l'occasione per fare il punto in materia di oneri di rimozione e di smaltimento dei rifiuti depositati o abbandonati in modo incontrollato sul e nel suolo².

In particolare, due sono le tematiche che emergono con frequenza nello scrutinio del giudice amministrativo e che pertanto meritano considerazione.

La prima è relativa all'effettiva estensione dell'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi di rimozione ed avvio al recupero o smaltimento dei rifiuti abbandonati; la seconda, strettamente connessa, riguarda gli strumenti attraverso i quali la pubblica amministrazione può imporre i suddetti obblighi di rimozione, nel perseguimento dell'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente e della salute, senza incorrere in ipotesi di esercizio illegittimo di potere.

Il presente contributo, pertanto, sarà distinto in due parti.

Con riferimento alla prima parte, si evidenzia fin da ora che la normativa in esame considera tra i destinatari degli obblighi, oltre al soggetto riconosciuto responsabile dell'attività illecita di abbandono o deposito incontrollato, anche il proprietario ed i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area in cui si trovano illecitamente abbandonati i rifiuti ed a cui la violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, a seguito di adeguata istruttoria.

Ampio è stato il dibattito di cui si darà conto, in dottrina ed in giurisprudenza, circa l'effettiva estensione dell'ambito dei soggetti legittimati a ricevere gli ordini di rimozione. In particolare, discusso è stato il riconoscimento della legittimazione passiva del curatore fallimentare, che, ai fini dell'assolvimento del proprio *munus*

¹ Sembra opportuno riportare integralmente il contenuto dell'art. 192 d.lgs. n. 152/2006, secondo il quale: «1. L'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo sono vietati. 2. È altresì vietata l'immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee. 3. Fatta salva l'applicazione della sanzioni di cui agli articoli 255 e 256, chiunque viola i divieti di cui ai commi 1 e 2 è tenuto a procedere alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo. Il Sindaco dispone con ordinanza le operazioni a tal fine necessarie ed il termine entro cui provvedere, decorso il quale procede all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati ed al recupero delle somme anticipate. 4. Qualora la responsabilità del fatto illecito sia imputabile ad amministratori o rappresentanti di persona giuridica ai sensi e per gli effetti del comma 3, sono tenuti in solido la persona giuridica ed i soggetti che siano subentrati nei diritti della persona stessa, secondo le previsioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni».

² Con riferimento all'importanza della via giudiziaria, come quella che meglio si presta a controllare i fenomeni ambientali, si v. S. RODOTÀ, *Il controllo sociale delle attività private*, Il Mulino, Bologna, 1977, spec. Introduzione, 13 ss.

publicum, entra nella disponibilità dei beni del fallito³. Beni tra i quali devono essere ricompresi anche i rifiuti (*rectius*: l'immobile inquinato⁴) abbandonati su aree di proprietà del fallito.

La questione è stata recentemente affrontata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, riconoscendo la responsabilità del curatore fallimentare, ha tuttavia ommesso di considerare alcuni aspetti in grado di ingenerare determinate problematiche che potrebbero complicare, più che prevenire, alcune situazioni pericolose sotto il profilo ambientale.

Ciò, soprattutto, nell'ipotesi in cui l'intervento pubblico impositivo degli obblighi ambientali adottati forme "altre" (*rectius*: atipiche) rispetto agli strumenti tradizionali dell'ordinanza sindacale emessa all'esito di un procedimento istruttorio e di un accertamento in contraddittorio, ai sensi di quanto previsto dall'art. 192 del TUA.

Di conseguenza, evidenziate alcune delle criticità che derivano dall'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo degli obblighi in materia ambientale (fino a ricomprendervi anche i curatori fallimentari ed i liquidatori), la seconda parte del contributo riguarderà gli strumenti attraverso cui è ammesso l'intervento pubblico impositivo degli obblighi ambientali.

In particolare, formerà oggetto di riflessione la possibilità, da parte del Sindaco, di "ibridare" lo strumento dell'ordinanza sindacale contingibile ed urgente *ex* art. 54 d.lgs. n. 267/2000, facendogli assumere i contenuti di cui all'art. 192 d.lgs. n. 152/2006, con una sovrapposizione delle due normative.

L'obiettivo sarà quello di verificare – prestando particolare attenzione alle recenti decisioni pretorie – la legittimità del suddetto "incrocio-incontro" di strumenti, avendo riguardo non solo alle esigenze proprie dell'amministrazione pubblica, di perseguimento dell'interesse pubblico alla tutela ambientale e della salute; ma anche di quelle del soggetto incolpevole che risulti eventualmente destinatario della misura impositiva ambientale, al quale deve essere garantita adeguata tutela, nel rispetto del generale e vincolante principio di derivazione europea del "chi inquina paga"⁵.

3 Cfr. art. 42, R.D. del 16/03/1942, n. 267.

4 Cfr. Cons. St., Ad. Plen., n. 3/2021, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo la quale, come si dirà meglio *infra*, «la responsabilità alla rimozione è connessa alla qualifica di detentore acquisita dal curatore fallimentare non in riferimento ai rifiuti (che sotto il profilo economico a seconda dei casi talvolta si possono considerare 'beni negativi'), ma in virtù della detenzione del bene immobile inquinato (normalmente un fondo già di proprietà dell'imprenditore) su cui i rifiuti insistono».

5 I principi di derivazione europea che fanno parte dell'ordinamento interno, ai sensi di quanto disposto dall'art. 3ter d.lgs. n. 152/2006, sono ravvisabili nel principio di precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché, appunto al già citato principio "chi inquina paga", così come disposto dall'art. 174, co. 2, del Trattato dell'Unione europea. Per approfondimenti in merito, si v. G. ACQUARONE, *L'accertamento del danno ambientale*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, Tomo II, *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, a cura di A. CROSETTI, R. FERRARA, C.E. GALLO, S. GRASSI, M.A. SANDULLI, Giuffrè editore, Milano, 2014, 387 ss.

2. L'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi di rimozione ed avvio al recupero o smaltimento dei rifiuti abbandonati: la figura del curatore fallimentare.

Come già anticipato, l'art. 192 del TUA prevede espressamente che gli obblighi ambientali di rimozione, di avvio al recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dell'area caratterizzata dalla presenza di rifiuti siano riconducibili esclusivamente ai soggetti responsabili delle condotte illecite di abbandono e deposito, tenuti a provvedere in solido con il proprietario dell'area⁶ ed i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, a cui le suddette violazioni siano imputabili a titolo di dolo o colpa.

Diverse sono state le sentenze che si sono pronunciate sulla possibilità (o meno) di ricomprendere tra i soggetti tenuti agli obblighi ambientali anche il curatore fallimentare, che, come noto, prende soltanto in consegna i beni del fallito, senza assumerne il possesso, ovvero, senza esserne "detentore qualificato" ai sensi del codice dell'ambiente⁷.

Il detentore dei rifiuti, infatti, ai sensi dell'art. 183, co. 1, lett. h, d.lgs. n. 152/2006, è colui che produce i rifiuti o la persona fisica o giuridica che ne è in "possesso".

Proprio il richiamo alla nozione di possesso – che nel nostro ordinamento viene definita come un potere sulla cosa, che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà o di altro diritto reale, accompagnata dall'*animus res sibi habendi*⁸ – ha portato la giurisprudenza⁹, inizialmente, ad escludere la figura del curatore fallimentare dai soggetti tenuti agli obblighi in materia ambientale, non risultando quest'ultimo detentore (*rectius*: possessore), ai sensi del TUA, dei rifiuti abbandonati dal fallito¹⁰.

6 Cfr. Cons. St., sent. n. 4781/2019, in www.giustizia-amministrativa.it, che, con riferimento alla responsabilità solidale del proprietario, afferma che questa: «può essere imputabile a colpa omissiva, consistente nell'omissione delle cautele e degli accorgimenti che l'ordinaria diligenza suggerisce ai fini di un'efficace custodia e protezione dell'area, e segnatamente per impedire che su di essa possano essere depositati rifiuti (cfr. Cons. St., sez. V, 28 maggio 2019, n. 3518; sez. III, 1 dicembre 2017, n. 5632)».

7 Cfr. art. 42 R.D. 16/03/1942, n. 267.

8 Cfr. art. 1140 c.c. Per approfondimenti si v. A. TORRENTE, P. SHLESINGER, *Manuale di Diritto privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, spec. 335-336.

9 Il riferimento è alla giurisprudenza civile, penale ed amministrativa, cfr. *ex multis*: Tribunale di Milano, decreto 8/6/2017, con cui si introduce il concetto di detentore "qualificato"; Corte di Cass. Civ., sent. n. 17605/2015; TAR Toscana, sent. n. 780/2000 e n. 1318/2001; Corte di Cass. Pen., sent. n. 37282/2008 che riconosce perseguibile il curatore fallimentare laddove sia configurabile a suo capo una responsabilità chiara, autonoma ed esclusiva. Per approfondimenti circa le posizioni assunte dalla giurisprudenza nei confronti del curatore fallimentare in caso di abbandono dei rifiuti derivanti dalla precedente attività dell'impresa fallita si v. G. VIVOLI, *Le responsabilità del curatore in caso di abbandono rifiuti: sentenza contrastanti o diversi valori costituzionali in gioco?*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, fasc. 1/2020.

10 Cfr. Corte di Cass., sent. n. 17605/2015, in www.studiolegale.leggiditalia.it, secondo cui il fallimento non costituisce una causa interruttiva del possesso, in quanto «la privazione dell'amministrazione e della disponibilità dei beni prevista dal R.D. n. 267 del 1942, art. 42, anche se comunemente definita spossessamento comporta soltanto la presa in consegna dei beni medesimi da parte del curatore, che ne diviene detentore, e non la sottrazione al fallito ope legis del loro possesso». Si v. in merito A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*,

In più occasioni, aderendo alla suddetta impostazione, il giudice amministrativo ha accolto l'orientamento secondo il quale il curatore fallimentare sarebbe tenuto alla rimozione ed all'avvio al recupero o allo smaltimento dei rifiuti prodotti dall'impresa fallita soltanto laddove questi, nell'esercizio provvisorio della pregressa attività produttiva del fallito, si fosse reso responsabile, in modo "*chiaro, autonomo ed esclusivo*"¹¹, dell'aggravamento della situazione ambientale.

Ai fini della configurazione della responsabilità *ex art. 192 TUA*, infatti, si richiede che sussista e che sia provato, attraverso un'adeguata istruttoria, un nesso di causalità tra l'azione (e/o l'omissione) del soggetto ritenuto responsabile ed il configurarsi di una situazione di deposito di rifiuti incontrollato, non potendo venire in rilievo una sorta di responsabilità oggettiva facente capo a colui che detiene il bene in ragione soltanto di tale qualità¹².

Poiché il curatore non sostituisce il fallito, potendo soltanto disporre dei beni fallimentari in vista delle finalità proprie della procedura concorsuale, gli obblighi ambientali risulterebbero imputabili alla figura del curatore soltanto nell'ipotesi in cui questi si rendesse direttamente responsabile di una condotta di abbandono o di deposito incontrollato, specificamente connessa all'eventuale esercizio provvisorio dell'impresa¹³.

Costituisce infatti condizione di legittimità dell'ordinanza di rimozione dei rifiuti di cui all'art. 192 TUA l'esperimento, da parte dell'amministrazione procedente, di un'adeguata istruttoria, diretta all'individuazione del soggetto responsabile¹⁴ del comportamento vietato, dovendosi ritenere che il curatore fallimentare, almeno di regola, nell'esperimento del proprio *munus publicum*, non subentri negli obblighi

Giuffrè editore, Milano, 2000, 343-344, il quale osserva che «*la perdita da parte del fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei propri beni determina la creazione di un patrimonio separato, destinato all'esclusivo soddisfacimento dei creditori e del quale il fallito subisce lo spossessamento. ... Lo spossessamento che si determina a seguito della dichiarazione di fallimento è temporaneo e dura quanto dura il fallimento*». Per approfondimenti sul fallimento, si v. V. ANDRIOLI, *Fallimento (Diritto privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967.

11 Cfr. TAR Salerno, sent. n. 11823/2010, in www.giustizia-amministrativa.it, che ritiene non responsabile il curatore fallimentare «*salva la eventualità di univoca, autonoma e chiara responsabilità [...] sull'abbandono dei rifiuti*». Si vv. anche *ex multis*: TAR Liguria, sent. n. 3543/2010, TAR Veneto, sent. n. 530/2012; TAR Milano, sent. n. 1/2016, TAR Napoli, sent. n. 829/2018, TAR Palermo, sent. n. 1764/2018, tutte disponibili in www.giustizia-amministrativa.it

12 Cfr. TAR Salerno, sent. n. 587/2019, in www.giustizia-amministrativa.it

13 Cfr. TAR Firenze, sent. n. 1457/2015; TAR Milano, sent. n. 1/2016; Cons. St., sent. n. 3885/2009 in www.giustizia-amministrativa.it

14 Cfr. *ex multis* Cons. St., sent. n. 172/2021, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «*è necessario condurre un rigoroso accertamento per individuare il responsabile dell'inquinamento, che abbia posto in essere una condotta attiva o omissiva, nonché il nesso di causalità che lega il responsabile all'effetto consistente nella contaminazione e tale accertamento presuppone un'adeguata istruttoria, non essendo configurabile, come detto, una sorta di responsabilità oggettiva facente capo al proprietario o al possessore dell'immobile in ragione di tale sua qualità*».

correlati alla responsabilità dell'imprenditore fallito¹⁵, mantenendo la sua attività finalit  di carattere meramente liquidatorio¹⁶.

Sembra significativo, in merito, riportare quanto deciso dal giudice amministrativo nell'ambito di una recente pronuncia, secondo la quale: «*il curatore – pur avendo l'amministrazione del patrimonio fallimentare (cfr. l'art. 31, comma 1, della legge fallimentare) – non pu  tuttavia essere considerato un 'detentore di rifiuti' ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, n. 6), della direttiva 2008/98/CE e dalla relativa norma nazionale di recepimento, costituita dall'art. 183, comma 1, lett. h), del decreto legislativo n. 152/2006. Difatti, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia U.E. n. 534 del 4 marzo 2015, il principio "chi inquina paga", desumibile dall'art. 191, paragrafo 2, del TFUE, comporta una preclusione alla normativa interna di imporre ai singoli costi per lo smaltimento dei rifiuti che non si fondino su di un ragionevole legame con la produzione dei rifiuti medesimi (cos  Consiglio di Stato, Sez. V, 7 giugno 2017, n. 2724) [...] Deve allora conclusivamente ritenersi che la curatela fallimentare non pu  essere destinataria, a titolo di responsabilit  di posizione, di ordinanze sindacali dirette alla tutela dell'ambiente, per effetto del precedente comportamento omissivo o commissivo dell'impresa fallita, non subentrando tale curatela negli obblighi pi  strettamente correlati alla responsabilit  del fallito e non sussistendo, per tal via, alcun dovere del curatore di adottare particolari comportamenti attivi, finalizzati alla tutela sanitaria degli immobili destinati alla bonifica da fattori inquinanti (cos  TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 3 marzo 2017, n. 520; TAR Trento, sent. n. 56/2018 e n. 309/2017)*»¹⁷.

Come gi  anticipato, l'esonero del curatore fallimentare dagli obblighi in materia ambientale (laddove non si configuri una sua responsabilit  diretta) non costituisce tuttavia l'unico orientamento emerso: pur riconoscendo la prevalenza dell'impostazione finora esaminata, occorre comunque considerare che non sono mancate, soprattutto da ultimo, anche pronunce di senso contrario¹⁸.

15 Con riferimento al "subentro", si ricorda anche quanto dispone il Cons. St., sent. n. 3724/2014, in www.giustizia-amministrativa.it, con commento di F. APRILE, *Amministrazione del patrimonio del fallito e obblighi del curatore in materia di ripristino ambientale*, in *Il Fallimento*, 4, 2015, 491 ss. Secondo la pronuncia del Consiglio di Stato, alla cui lettura si rinvia, «*nei confronti del Fallimento non   ravvisabile un fenomeno di successione, il quale solo potrebbe far scattare il meccanismo estensivo, previsto dall'art. 192, comma 4, d.lgs. cit., della legittimazione passiva rispetto agli obblighi di ripristino che l'articolo stesso pone in prima battuta a carico del responsabile e del proprietario versante in dolo o colpa*». In tale senso, si vv. anche TAR Milano, sent. n. 520/2017 e TRGA Trento, sent. n. 93/2017, sempre reperibili in www.giustizia-amministrativa.it.

16 Cfr. TAR Lecce, sent. n. 746/2017; TAR Napoli, sent. n. 829/2019; TAR Brescia, sent. n. 53/2020, in www.giustizia-amministrativa.it.

17 Cfr. TAR Catania, sent. n. 1764/2018, § 5.3, in www.giustizia-amministrativa.it.

18 Cfr. TAR Roma, sez. II bis, sent. n. 11010/2019; TAR Brescia, sent. n. 1092/2018. Per dovere di precisione, si deve ricordare che, in realt , gi  prima dell'affermarsi della suddetta impostazione prevalente, si erano manifestate rilevanti oscillazioni interne alla giurisprudenza, anche nell'ambito del medesimo Tribunale amministrativo regionale. Si v. in merito la pronuncia TAR Toscana, sent. n. 780/2000, secondo la quale «*la dichiarazione del fallimento priva il fallito della disponibilit  dei suoi beni, i quali passano nella massa fallimentare da gestire da parte della curatela*» e quanto poi contrariamente deciso, soltanto un anno dopo, con sent. n. 1318/2001. Mutando infatti orientamento, il TAR Toscana ha in seguito riconosciuto che «*i rifiuti prodotti dall'imprenditore fallito non costituiscono 'beni' da acquisire alla procedura fallimentare*» e doveva pertanto dichiararsi illegittimo l'ordine di rimozione impartito al curatore. Per una completa e chiara ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale intervenuta sul tema, si v. F. PERES, *Gli obblighi del curatore*

Su tutte, si veda quanto deciso dalla quarta sezione del Consiglio di Stato, che, ritenendo irrilevante il titolo giuridico sottostante alla detenzione dei rifiuti e privando così di valore la ricostruzione interna della figura di detentore “qualificato” dall’*animus possidendi*, si è pronunciata nel senso di ritenere onerato degli obblighi ambientali anche il curatore fallimentare, non potendo questi avvantaggiarsi dell’art. 192 d.lgs. n. 152/2006¹⁹ e lasciare abbandonati i rifiuti risultanti dall’attività imprenditoriale dell’impresa cessata²⁰.

In particolare, secondo la ricostruzione della quarta sezione, l’orientamento giurisprudenziale «secondo cui la curatela fallimentare non può essere chiamata a rispondere ai sensi dell’art. 192 cit., è stato affermato in riferimento a fattispecie nelle quali la disciplina applicabile era quella prevista dal previgente d.lgs. n. 22 del 1997 e dal d.m. n. 471 del 1999 (CdS Sez. V n. 4328 del 2003 e n. 3885 del 2009), oppure quella del d.lgs n. 152 in argomento, ma prima delle modifiche apportate nel 2010 (CdS Sez. V n. 3274 del 2014)»²¹, dovendosi oggi invece coordinare con il testo vigente del TUA.

In merito, si richiamano le ulteriori argomentazioni espresse sempre dalla quarta sezione del Consiglio di Stato, che, alla luce del sopra richiamato contrasto giurisprudenziale, ha sottoposto all’Adunanza Plenaria la questione se anche il curatore dell’impresa in stato di fallimento potesse essere annoverato tra i soggetti destinatari dell’ordine di rimozione dei rifiuti eventualmente abbandonati nell’area su cui insiste l’impresa stessa²².

L’ordinanza di rimessione propendeva per l’estensione dell’obbligo ambientale anche ai curatori fallimentari, ritenendo in via generale che:

fallimentare in materia di rifiuti e bonifica: analisi della giurisprudenza, in Riv. giur. amb., in www.rgaonline.it; ID., *La responsabilità del curatore per l’abbandono dei rifiuti prodotti dall’impresa fallita*, in Riv. giur. amb., 1/2009, 180.

19 Cfr. Cons. St., sez. IV, sent. n. 3672/2017, § 17 ss., in www.giustizia-amministrativa.it, in particolare, con riferimento alla questione “detenzione-possesso”, si legge che: «nel diritto comunitario la categoria del possesso comprende anche la detenzione secondo il diritto interno (compresa la categoria che qualifica il tipo di detenzione esercitato sui beni del fallimento). Per le finalità perseguite dal diritto comunitario, infatti, è sufficiente distinguere il soggetto che ha prodotto i rifiuti dal soggetto che ne abbia materialmente acquisito la detenzione senza necessità di indagare il titolo giuridico sottostante. [...] In definitiva, la detenzione dei rifiuti fa sorgere automaticamente un’obbligazione comunitaria avente un duplice contenuto: a) il divieto di abbandonare i rifiuti; b) l’obbligo di smaltire gli stessi. Se per effetto di categorie giuridiche interne questa obbligazione non fosse eseguibile, l’effetto utile delle norme comunitarie sarebbe vanificato (v. Corte giust. UE, sez. IV 3 ottobre 2013 C-113/12, Brady, punti 74-75). Solo chi non è detentore dei rifiuti, come il proprietario incolpevole del terreno su cui gli stessi siano collocati, può invocare l’esimente interna dell’art. 192 comma 3, D.lgs. n. 152/2006». Per approfondimenti in merito si v. F. VANETTI, C. FISCHETTI, in Riv. giur. Amb., 2017, 726.

20 Siffatta precisazione, relativa alla detenzione di rifiuti risultanti dall’attività produttiva pregressa, merita di essere fin da ora evidenziata, così da sgombrare il campo da letture “approssimative”, o altresì “strumentali” della recente giurisprudenza emersa in tema, in base alle quali in capo al curatore fallimentare si configurerebbe una sorta di responsabilità oggettiva, non ammessa dall’ordinamento.

21 Cfr. Cons. St., sez. IV, sent. n. 3672/2017, § 18 ss., cit.

22 Cfr. Cons. St., ord. n. 5454/2020, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo la quale, anche la figura del curatore fallimentare rientrerebbe tra i soggetti tenuti alla rimozione dei rifiuti abbandonati, ciò sulla base di una nozione di detenzione dei rifiuti quale “disponibilità materiale” dei medesimi, più propriamente riconducibile – nella lettura fornita dalla quarta sezione – all’ordinamento europeo.

a. «la messa in sicurezza di un sito inquinato costituisce [...] una misura di prevenzione dei danni [...] che non avendo finalità sanzionatoria o ripristinatoria, non presuppone affatto l'accertamento del dolo o della colpa», potendo essere imposta «a prescindere dall'individuazione dell'eventuale responsabile»²³;

b. ai fini dell'individuazione di chi sia tenuto all'obbligazione, senza alcuna distinzione tra possesso e detenzione, ai sensi di quanto previsto dalla disciplina europea²⁴, «è sufficiente distinguere il soggetto che ha prodotto i rifiuti dal soggetto che ne abbia materialmente acquisito la detenzione o la 'disponibilità giuridica', senza necessità di indagare il titolo giuridico sottostante», considerato che in tale contesto la detenzione dei rifiuti farebbe sorgere automaticamente un'obbligazione dal duplice contenuto di divieto di abbandono dei rifiuti ed obbligo di smaltimento dei medesimi;

c. ciò che rileva risulterebbe essere la mera detenzione dell'area su cui si trovano i rifiuti, non potendo configurarsi zone franche dall'applicazione indefettibile della normativa di settore, «la quale non può essere resa inoperante da contingenti 'vicende civilistiche', peraltro pur sempre caratterizzate dalla 'gestione del patrimonio altrui'»²⁵; diversamente, infatti, si dovrebbe giungere alla conclusione che i costi della rimozione, in contrasto con le regole europee, siano addebitabili all'intera comunità, rappresentata dal Comune, che risulterebbe tenuto, inevitabilmente, alla condotta attiva di rimozione e recupero e/o smaltimento.

3. La pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2021.

L'Adunanza Plenaria, sollecitata dalla quarta sezione con l'ordinanza sopra richiamata, parrebbe aver risolto, con la sentenza n. 3/2021, l'annosa questione in tema di responsabilità ambientale del curatore fallimentare²⁶, accogliendo

23 La richiamata argomentazione – esposta dalla quarta sezione del Consiglio di Stato nell'ambito dell'ordinanza di rimessione n. 5454/2020, cit., § 9.3 –, risulta, a mio avviso, criticabile, laddove equipara le misure introdotte e disciplinate dagli artt. 239 ss. del TUA all'ordine di rimozione dei rifiuti abbandonati ex art. 192 TUA, trattandosi di due discipline differenti, come espressamente previsto dall'art. 239, co. 2, lett. a, d.lgs. n. 152/2006. Con riferimento, tuttavia, alla possibile connessione tra le due misure di risanamento cfr. TAR Brescia, sent. n. 114/2020, in www.giustizia-amministrativa.it.

24 Cfr. art. 3, par. 1, punto 6, Dir. 2008/98/CE in materia di rifiuti, in www.eur-lex.europa.eu, che non distingue tra il possesso e la detenzione, dato che ciò che conta è la disponibilità materiale dei beni e la titolarità di un titolo giuridico che consenta (o imponga) la gestione. Cfr. in merito quanto esplicitamente affermato sempre dal Cons. St., ord. n. 5454/2020, cit., § 12.4, secondo cui: «Del resto, neppure rileva ogni approfondimento sulla nozione della detenzione, se si ritiene sufficiente la sussistenza di un rapporto gestorio, inteso come 'amministrazione del patrimonio altrui', ciò che certamente caratterizza l'attività del curatore fallimentare».

25 Cfr. Cons. St., ord. n. 5454/2020, cit., § 13.5.

26 Il condizionale è a mio avviso d'obbligo, considerato che la pronuncia si presenta per alcuni profili fortemente criticabile laddove omette di considerare alcuni aspetti di rilievo, di cui si dirà *infra*. In primis, rileva la mancanza di un'espressa posizione in merito alla responsabilità penale personale del curatore fallimentare che si renda inadempiente rispetto all'ordine impartito dal Sindaco. In tal senso si v. G. GABASSI, *Gli obblighi ambientali del curatore fallimentare. Note a margine di C. Stato 3/2021*, in DDC, 14 aprile 2021, secondo la quale: «Altro, infatti, è affermare (condivisibilmente) che i costi del "danno ambientale" devono essere sopportati in primo luogo dal patrimonio fallimentare, del tutto diverso è paventare una responsabilità penale

l'impostazione da ultimo esplicitata, con cui si è giudicata irrilevante la distinzione nazionale tra "detenzione" e "possesso" dei rifiuti.

Secondo l'impostazione accolta dall'Adunanza Plenaria si deve ritenere che:

1) al generale divieto di abbandono e di deposito incontrollato di rifiuti si riconnettono gli obblighi di rimozione: i rifiuti, infatti, se abbandonati o depositati, devono sempre essere rimossi;

2) non importa se via sia o meno una detenzione "qualificata" (*corpus ed animus*, ai sensi dell'art. 183, lett. h, d.lgs. n. 152/2006) dei medesimi rifiuti, dato che «*ciò che conta è la disponibilità materiale dei beni, la titolarità di un titolo giuridico che consenta (o imponga) l'amministrazione di un patrimonio nel quale sono compresi i beni immobili inquinati*» (così Ad. Plen. n. 3/2021, cit.);

3) laddove l'abbandono dei rifiuti o, più in generale, l'inquinamento costituiscano «*diseconomie esterne generate dall'attività d'impresa (c.d. esternalità negative di produzione)*», appare coerente che gli obblighi attivi di rimozione e smaltimento dei rifiuti prodotti dall'impresa nel frattempo fallita siano diretti anche al curatore fallimentare, con conseguente imputazione dei costi derivanti dai suddetti obblighi di *facere* sulla massa dei creditori dell'imprenditore stesso che, per contro, «*beneficiano degli effetti dell'ufficio fallimentare della curatela in termini di ripartizione degli eventuali utili di fallimento*» (così sempre Ad. Plen. n. 3/2021, cit.).

Nella promozione della "società del riciclaggio" (cfr. considerando n. 28 della Dir. 2008/98/CE²⁷), il Consiglio di Stato, intervenuto in funzione nomofilattica, ha statuito perentoriamente che devono essere imputati al fallimento e, consequenzialmente, al curatore fallimentare gli obblighi di attuare le attività

personale di un soggetto che riveste un ufficio pubblico nell'interesse della collettività e si trova a dover sopportare le conseguenze della condotta altrui». Secondo la normativa, infatti, qualora il curatore fallimentare non adempia all'ordine impresso dal Sindaco ex art. 192 TUA, si configurerebbe nei suoi confronti un'ipotesi di responsabilità penale personale, sanzionata dall'art. 255, co. 3, d.lgs. n. 152/2006, secondo il quale: «*Chiunque non ottempera all'ordinanza del Sindaco, di cui all'art. 192, comma 3, o non adempie all'obbligo di cui all'art. 187, comma 3, è punito con la pena dell'arresto fino ad un anno. Nella sentenza di condanna o nella sentenza emessa ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, il beneficio della sospensione condizionale della pena può essere subordinato alla esecuzione di quanto disposto nella ordinanza di cui all'articolo 192, comma 3, ovvero all'adempimento dell'obbligo di cui all'articolo 187, comma 3*».

27 La c.d. società del riciclaggio si basa su un sistema economico nel quale le conseguenze negative della produzione di rifiuti derivanti dal loro necessario smaltimento devono necessariamente ricadere su colui che ha ottenuto il vantaggio economico-patrimoniale da quell'attività che ha prodotto i rifiuti, in base al c.d. *polluter pays principle*, di cui all'art. 14 della Dir. 2008/98/CE, cit., che stabilisce «*misure volte a proteggere l'ambiente e la salute umana prevenendo o riducendo gli impatti negativi della produzione e della gestione dei rifiuti, riducendo gli impatti complessivi dell'uso delle risorse e migliorandone l'efficacia*» (art. 1), conferendo agli Stati membri la possibilità di adottare misure per «*rafforzare il riutilizzo, la prevenzione, il riciclaggio e l'altro recupero dei rifiuti*» (art. 8). Con riferimento a tale ultimo profilo cfr. art. 179 d.lgs. n. 152/2006. Per approfondimenti circa la portata inizialmente di carattere prettamente economico del principio "chi inquina paga", essendo finalizzato a far internalizzare all'imprenditore i costi connessi all'inquinamento ambientale provocato dalla propria attività, dovendosi considerare l'inquinamento un disequilibrio del mercato laddove trasferisca a carico della collettività costi che non vengono contabilizzati nell'ambito del processo produttivo, si v. M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in www.giustizia-amministrativa.it. Si v. anche M. NUNZIATA, *I principi europei di precauzione, prevenzione e "chi inquina paga"*, in *Giorn. Dir. amm.*, 6/2014, 656 ss., spec. 661.

strumentali alla rimozione ed allo smaltimento dei rifiuti, precisando che laddove la pubblica amministrazione sia obbligata ad intervenire direttamente, in sostituzione del curatore, questa potrà rivalersi delle spese sostenute sull'attivo fallimentare.

Una veloce lettura della sentenza dell'Adunanza Plenaria potrebbe portare alla conclusione che il giudice amministrativo, contrariamente a quanto disposto dal principio vincolante di derivazione europea del *"chi inquina paga"*, abbia aderito alla tesi della responsabilità oggettiva in materia di rimozione dei rifiuti²⁸.

In diversi commenti alla indicata sentenza, non è stata infatti affrontata una questione rilevante, probabilmente perché mai messa in discussione (e dunque non espressamente evidenziata) anche dallo stesso giudice remittente: ovvero quella della necessaria sussistenza, in caso di estensione degli obblighi di rimozione e smaltimento al curatore fallimentare, non solo dell'elemento oggettivo della presenza di rifiuti abbandonati e/o depositati in modo illecito, ma anche dell'elemento soggettivo, da rinvenirsi nella diretta responsabilità dell'imprenditore fallito, che, nell'esercizio della propria attività di impresa, ha posto in essere con dolo o colpa, la condotta di abbandono e/o di deposito incontrollato di rifiuti.

Deve infatti ricorrere sempre, nel rispetto del generale principio del *"chi inquina paga"*, ricordato dalla stessa Adunanza Plenaria, un nesso causale accertabile tra *«l'azione di uno o più operatori individuabili e il danno ambientale concreto e quantificabile al fine dell'imposizione a tale operatore o a tali operatori di misure di riparazione, a prescindere dal tipo di inquinamento di cui trattasi»* (cfr. CGUE, sent. ERG, C-126/2010; ordinanza Buzzi Unicem, causa C-129/2010; sent. 4/3/2015, causa C-534/2013).

Ad avviso dell'Adunanza Plenaria, infatti, *«l'unica lettura del decreto legislativo n. 152 del 2006 compatibile con il diritto europeo, ispirati entrambi ai principi di prevenzione e di responsabilità, è quella che consente all'Amministrazione di disporre misure appropriate nei confronti dei curatori che gestiscono i beni immobili su cui i rifiuti prodotti dall'impresa cessata sono collocati e necessitano di smaltimento»*, trattandosi di *«esternalità negative di produzione»*, la cui rimozione deve essere rimessa all'imprenditore e, laddove non possibile, alla massa dei creditori dell'imprenditore stesso fallito²⁹.

Siffatta impostazione è stata confermata dai giudici del Consiglio di Stato anche con riferimento alla figura del Commissario straordinario: oltre a riconoscere applicabile l'ordine di rimozione anche a quest'ultimo – *«in quanto detentore dei rifiuti»* prodotti dall'impresa in amministrazione straordinaria –, i medesimi giudici hanno altresì recentemente rigettato l'istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, formulata da una delle parti resistenti in giudizio, circa la compatibilità con il diritto europeo dell'interpretazione fornita dall'Adunanza Plenaria nella pronuncia n. 3/2021 delle disposizioni contenute nel d.lgs. n.

28 G. GABASSI, *Gli obblighi ambientali del curatore fallimentare*, cit., spec. 6, fa riferimento ad una responsabilità "da posizione" o semi-oggettiva, derivante dal rapporto di detenzione e di potere gestorio dell'immobile.

29 Cfr. Cons. St., Ad. Plen. n. 3/2021, in www.giustizia-amministrativa.it, spec. § 2 e 5.

152/2006, sulla base del rilievo che la stessa costituisce l'unica lettura della disciplina nazionale compatibile con il diritto europeo³⁰.

Per quanto la pronuncia appena richiamata riguardi obblighi in materia ambientale differenti da quelli in materia di rimozione dei rifiuti³¹, sembra comunque opportuno richiamarne il contenuto con riferimento in particolare a due aspetti, che consentono di porre in evidenza alcuni elementi impliciti contenuti nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria in esame e che risultano dirimenti per una sua corretta lettura.

Innanzitutto, la quarta sezione afferma in modo esplicito la necessità di indagare l'aspetto soggettivo della condotta illecita, non potendosi prescindere dall'approfondire – attraverso una congrua istruttoria procedimentale – l'effettiva consistenza del contributo causale della società fallita o della società in amministrazione straordinaria rispetto all'effettiva e causale produzione del danno ambientale³².

In secondo luogo, poi, la pronuncia appena richiamata, riguardando la disciplina in materia di bonifica dei siti inquinati, consente di porre in evidenza un dato specifico, che la stessa Adunanza Plenaria pare confondere, rendendo così possibile una "pericolosa" sovrapposizione di due situazioni differenti³³.

30 Cfr. Cons. St., sent. n. 3575/2021, § 39 e ss., in www.giustizia-amministrativa.it. L'istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea risultava formulata «in relazione alle norme del d.lgs. n. 152/2006 interpretate dall'Adunanza Plenaria n. 3/2021, che hanno portato all'enunciazione del principio di diritto per cui 'ricade sulla curatela fallimentare l'onere di ripristino e di smaltimento dei rifiuti di cui all'art. 192 d.lgs. n. 152/2006 e i relativi costi gravano sulla massa fallimentare', nonché all'ulteriore affermazione (per quanto essa appaia in realtà un obiter dictum rispetto al caso concretamente esaminato nel relativo giudizio, inerente solo ai rifiuti) secondo cui 'la responsabilità della curatela fallimentare – nell'eseguire la bonifica dei terreni di cui acquisisce la detenzione per effetto dell'inventario fallimentare di beni [...] può analogamente prescindere dall'accertamento dell'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta ed il danno constatato».

31 La disciplina in considerazione, infatti, è quella di cui al Titolo V della Parte IV del d.lgs. n. 152/2006, relativa alla contaminazione ambientale ed all'imposizione dell'esecuzione delle misure emergenziali della messa in sicurezza e della bonifica, ex artt. 239 ss. d.lgs. n. 152/2006. La pronuncia, in particolare, riforma una sentenza del TAR Toscana (TAR Firenze, sent. n. 641/2017), che aveva deciso due ricorsi riuniti proposti da due società, in relazione ad una complessa vicenda legata alla contaminazione ambientale di un sito di interesse nazionale, con cui erano stati annullati una serie di atti amministrativi emanati dalla Regione Toscana aventi ad oggetto l'individuazione del soggetto responsabile dell'inquinamento e l'imposizione dell'esecuzione delle misure emergenziali, della messa in sicurezza e della bonifica del sito.

32 Cfr. Cons. St., sent. 3575/2021, cit., in particolare § 42 ss.

33 Si v. F. PERES, *Gli obblighi del curatore fallimentare in materia di rifiuti e bonifica: analisi della giurisprudenza*, cit. La pronuncia dell'Adunanza Plenaria, nell'ambito del paragrafo 8, richiamando la precedente sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 10/2019, riporta l'impostazione – riconosciuta coerente anche con la giurisprudenza eurolunitaria (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. II, 13 luglio 2017, C-129/16 Ungheria c. Commissione europea) – riguardante le diverse misure disciplinate dagli artt. 239 ss. d.lgs. n. 152/2006, configurandole come finalizzate alla salvaguardia del bene-ambiente rispetto ad ogni evento di pericolo o danno («la bonifica costituisce uno strumento pubblicistico teso non a monetizzare la diminuzione del relativo valore, ma a consentirne il recupero materiale», così Ad. Plen. n. 3/2021, cit., § 8), tanto che non è richiesta, per la loro imposizione, né la prova dell'elemento soggettivo, né l'intervenuta successione. Con riferimento alla distinzione tra le due discipline previste agli artt. 192 e 239 e ss. del TUA, cfr. Cons. St., sez. V, sent. n. 5609/2013, in www.giustizia-amministrativa.it.

La disciplina in materia di bonifica dei siti inquinati³⁴ – che non presenta alcuna matrice sanzionatoria, per cui sarebbe concesso “di prescindere dall'accertamento dell'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta e il danno constatato” (così Ad.Plen. n. 3/2021, cit.) –, è da tenere distinta dalla disciplina ex art. 192 TUA: è lo stesso art. 239, al comma 1, lett. a) del TUA, infatti, ad escludere espressamente l'applicabilità della relativa disciplina nell'ipotesi di abbandono e di deposito incontrollato di rifiuti, per cui continuano a valere le generali regole in tema di responsabilità soggettiva.

Risulta dunque fuorviante quanto espresso in merito, seppure in forma di *obiter dictum*, dall'Adunanza Plenaria, secondo cui «la responsabilità della curatela fallimentare – nell'eseguire la bonifica dei terreni di cui acquisisce la detenzione per effetto dell'inventario fallimentare di beni [...] può analogamente prescindere dall'accertamento dell'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta ed il danno constatato»³⁵.

Così come risulta criticabile il fatto che nell'ambito della pronuncia della Plenaria in esame rimanga inespresso un ulteriore aspetto, che non viene nemmeno preso in considerazione dalla giurisprudenza successiva, e che, ove attentamente considerato, potrebbe far dubitare della utilità, sotto il profilo della tutela ambientale e degli interessi della collettività, di estendere la legittimazione passiva anche al curatore fallimentare³⁶.

Il riferimento riguarda l'ipotesi in cui il fallimento non sia capiente³⁷.

In tale caso, infatti, il curatore fallimentare, al fine di non incorrere in una responsabilità penale di tipo personale – espressamente prevista dall'ultimo comma dell'art. 255 TUA³⁸ –, potrebbe:

a) valutare l'ipotesi di rinunciare ad acquisire il bene, previa autorizzazione del comitato dei creditori, qualora si tratti di beni che pervengono al fallito durante la

34 Per approfondimenti in merito si v. A. LOLLI, *Il proprietario dei siti contaminati tra normativa sulle bonifiche e normativa sul danno ambientale*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto*, fasc. 4/2021, in www.ambientediritto.it.

35 Cfr. Cons. St., Ad. Plen. n. 3/2021, cit.

36 Un commento critico all'Ad. Plen. n. 3/2021 cit., si rinviene anche in G. SERRA, *Le ordinanze di rimozione dei rifiuti e ripristino dello stato dei luoghi ex art. 192 del Codice dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, fasc. n. 4/2021, p. 12 ss., che evidenzia la distinzione tra gli artt. 192, co. 3 e 188 TUA. Secondo l'A., le affermazioni della Plenaria non possono essere condivise, dato che si confonderebbero due situazioni differenti: da un lato gli obblighi di trattamento dei rifiuti gravanti sul detentore ai sensi dell'art. 188 TUA; dall'altro gli obblighi di rimozione e ripristino dei luoghi propri del colpevole proprietario dell'area su cui i rifiuti sono abbandonati ex art. 192 TUA. Secondo l'A., la posizione del curatore fallimentare, potrà essere quella del detentore di rifiuti ex art. 188 del Codice dell'Ambiente, che dovrà dunque avviarli al trattamento con i relativi oneri economici a carico della massa fallimentare.

37 La stessa Adunanza Plenaria relega tale ipotesi ad una «evenienza di mero fatto», non rilevante, in quanto «ciò che rileva nella presente sede è l'affermazione dell'imputabilità al fallimento dell'obbligo di porre in essere le attività strumentali alla bonifica. In caso di mancanza di risorse, si attiveranno gli strumenti ordinari azionabili qualora il soggetto obbligato (fallito o meno, imprenditore o meno) non provveda per mancanza di idonee risorse», così Cons. St., Ad. Plen., n. 3/2021, § 6, cit.

38 Cfr. art. 255, co. 3, d.lgs. n. 152/2006, in base al quale: «3. Chiunque non ottempera all'ordinanza del Sindaco, di cui all'articolo 192, comma 3, o non adempie all'obbligo di cui all'articolo 187, comma 3, è punito con la pena dell'arresto fino ad un anno. Nella sentenza di condanna o nella sentenza emessa ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, il beneficio della sospensione condizionale della pena può essere subordinato alla esecuzione di quanto disposto nella ordinanza di cui all'articolo 192, comma 3, ovvero all'adempimento dell'obbligo di cui all'articolo 187, comma 3».

procedura fallimentare e per i quali i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi (art. 42, co. 3, R.D. n. 267/1942);

b) valutare l'ipotesi di abbandonare il bene, sempre previa autorizzazione del comitato dei creditori, nel caso in cui l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente (art. 104^{ter}, co. 8, R.D. n. 267/1941³⁹).

In entrambi i casi il risultato risulterebbe il medesimo⁴⁰, ovvero l'interruzione della detenzione dell'immobile e del potere giuridico e materiale di disporre del bene su cui sono abbandonati e/o depositati i rifiuti, in grado di giustificare una legittimazione passiva in capo al curatore fallimentare – nel rispetto del principio di diritto affermato dalla Plenaria –, con conseguente mancata risoluzione del problema ambientale che si voleva risolvere a monte estendendo la platea dei soggetti obbligati.

4. Gli strumenti di imposizione degli obblighi in materia ambientale: l'emersione delle c.d. ordinanze "ibride".

Diverse sono le pronunce giurisprudenziali che, nel solco di quanto deciso dall'Adunanza Plenaria n. 3/2021, hanno giudicato legittima l'imposizione degli

39 Cfr. art. 104^{ter}, co. 8, R.D. n. 267/1942, secondo cui: «Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente. In questo caso, il curatore ne dà comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell'articolo 51, possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore». La medesima possibilità è contemplata anche dal d.lgs. n. 14/2019 Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in particolare dall'art. 213, co. 2 del codice, che entrerà in vigore a maggio del 2022, in base al quale: «2. Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente. In questo caso, il curatore ne dà comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell'articolo 150, possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore. Si presume manifestamente non conveniente la prosecuzione dell'attività di liquidazione dopo sei esperimenti di vendita cui non ha fatto seguito l'aggiudicazione, salvo che il giudice delegato non autorizzi il curatore a continuare l'attività liquidatoria, in presenza di giustificati motivi». L'esperimento di sei tentativi di vendita andati deserti costituisce soltanto una presunzione. Non è escluso, infatti, che la non convenienza si ravvisi anche fin dall'inizio o dopo un numero di tentativi inferiore o ancora per ragioni differenti rispetto alla domanda di mercato. Ciò renderà doveroso per il curatore effettuare fin dal principio una valutazione di convenienza dell'attività di liquidazione che, ove abbia ad oggetto immobili con problematiche ambientali, non potrà non considerare anche i costi derivanti dalla predisposizione di soluzioni alle medesime.

40 Si ritiene di accogliere la suddetta impostazione in ragione dei principi generali di interpretazione della legge fallimentare che, all'art. 104^{ter}, co. 8, non prevede eccezioni o limiti di sorta alla possibilità di esercitare l'abbandono, rendendolo possibile tutte le volte in cui l'attività di liquidazione risulti manifestamente non conveniente. Qualora invece l'immobile su cui insistono i rifiuti abbia un presumibile valore di realizzo superiore al costo per la bonifica, ma il fallimento sia incapiente, il curatore non sarebbe legittimato ad esercitare l'abbandono ex art. 104^{ter}, co. 8, l. fall., ma non sarebbe nemmeno in grado di risolvere la problematica ambientale in tempi contenuti, potendo – al massimo – procedere alla vendita fallimentare del bene con precisazione nel bando dei lavori di bonifica da eseguirsi.

obblighi ambientali nei confronti del curatore fallimentare in ragione della mera detenzione, da parte di quest'ultimo, dell'immobile inquinato.

A meritare attenzione, in particolare, risultano essere quelle decisioni in cui il giudice amministrativo si è pronunciato in ordine alla legittimità dell'imposizione, da parte del Sindaco, degli obblighi ambientali di rimozione dei rifiuti e di ripristino dello stato dei luoghi, attraverso un'ordinanza contingibile ed urgente adottata ai sensi dell'art. 54, d.lgs. n. 267/2000⁴¹.

In tali ipotesi, infatti, si configura una sorta di ordinanza 'ibrida', contenente sia misure di carattere emergenziale, ordinate in vista della tutela dei supremi interessi di incolumità pubblica e sicurezza urbana (art. 54, co. 4 TUEL), sia misure di natura ambientale, di carattere sanzionatorio-ripristinatorio, ordinate in totale assenza del rispetto degli obblighi procedurali dettati dal codice dell'ambiente (*i.e.*: avviso di avvio del procedimento ed obblighi di adeguata istruttoria), volti ad individuare il soggetto responsabile del comportamento illecito.

Prendendo a riferimento la giurisprudenza amministrativa recentemente emersa sul punto, si richiama, in particolare, quanto statuito dal Tribunale amministrativo regionale di Brescia che ha riconosciuto la legittimità di un'ordinanza sindacale contingibile ed urgente adottata dal Sindaco del Comune di Mantova, con cui si richiedeva al curatore fallimentare di un complesso immobiliare dismesso da molti anni ed in una posizione difficilmente isolabile (a ridosso della viabilità cittadina, in confine con la rete ferroviaria), nonché oggetto di frequenti intrusioni abusive regolarmente denunciate ai competenti organi di polizia, di rimuovere i rifiuti in esso presenti, derivanti dall'abbandono posto in essere negli anni da parte di intrusi abusivi ed ignoti.

L'elemento soggettivo della responsabilità del curatore è stato individuato nel «*non aver provveduto tempestivamente a realizzare adeguate opere di recinzione del fabbricato dismesso atte ad impedire l'accesso incontrollato di terzi*»⁴², pur avendo il curatore posto in essere tutte le misure esigibili e realizzabili (nei limiti delle disponibilità del fallimento), per evitare il ripetersi delle intrusioni abusive (difficilmente controllabili, in considerazione dello stato dei luoghi), delle quali è stato dato immediato avviso alle competenti autorità locali di pubblica sicurezza⁴³.

41 Cfr. TAR Brescia, sez. I, n. 452/2021, in www.giustizia-amministrativa.it, che, a seguito della pronuncia della Plenaria, ha mutato il proprio precedente orientamento, secondo il quale: «*il fallimento non può di regola essere destinatario di obblighi di fare, essendogli attribuito unicamente il potere di disporre dei beni fallimentari in vista delle finalità proprie della procedura concorsuale, senza subentrare negli obblighi correlati alla responsabilità dell'imprenditore fallito, salvo che l'abbandono dei rifiuti non sia riconducibile direttamente all'attività della curatela e – quindi – sia a questa imputabile*», così TAR Brescia, sez. I, sent. n. 53/2020.

42 Cfr. TAR Brescia, n. 452/2021, cit.

43 In merito si v. quanto statuito dalla sentenza del Cons. St., sez. V, n. 3786/2014, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui: «*In tema di abbandono incontrollato di rifiuti, ai sensi dell'art. 192, 3° comma, d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, il potere-dovere di ordinare la rimozione di rifiuti abbandonati ed il ripristino dello stato dei luoghi va esercitato senza indugi non solo nei confronti di chi abbandona sine titolo i rifiuti, il quale realizza la propria condotta col dolo e con l'animus delinquendi, ma anche del proprietario o del titolare di altro diritto reale cui la violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa; in ipotesi però di abbandono di rifiuti*

Qualificando come meramente «formale»⁴⁴ la censura formulata dal curatore fallimentare ricorrente, relativa alla violazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento – diretto all'apertura di un'istruttoria volta ad individuare il soggetto effettivamente responsabile della condotta illecita di abbandono e deposito incontrollato di rifiuti –, il giudice amministrativo bresciano ha riconosciuto legittimo l'utilizzo dell'ordinanza emergenziale ex art. 54, co. 4 TUEL da parte del Sindaco mantovano, anche per finalità di carattere ambientale. Pur affermando che in relazione ai rifiuti l'ordinanza impugnata non possedesse un carattere di contingibilità e urgenza, il giudice amministrativo bresciano ne ha comunque riconosciuto il legittimo utilizzo, ai sensi di quanto disposto dall'art. 192 del d.lgs. n. 152/2006, al fine di imporre al curatore fallimentare gli obblighi ambientali⁴⁵.

avente il carattere della repentinità e della irresistibilità, il proprietario che avvisa la pubblica autorità dell'accaduto ponendo in essere le misure esigibili per evitare il ripetersi dell'accaduto, non può essere considerato responsabile, per il suo solo titolo di proprietario». Sulla natura della responsabilità e sulla sua sussistenza, si v. anche Cons. St., sez. V, sent. n. 4504/2015, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui: «L'obbligo di diligenza cui fa riferimento l'art. 192 Tua deve essere valutato secondo criteri di ragionevole esigibilità, con la conseguenza che va esclusa la responsabilità per colpa quando sarebbe stato possibile evitare il fatto solo sopportando un sacrificio obiettivamente sproporzionato; pertanto non può esigersi dal detentore di un terreno oggetto di abbandono di rifiuti che rafforzi la recinzione dell'area o che istituisca un servizio di guardiania ventiquattro ore su ventiquattro per evitare accessi abusivi, o ancora che rimuova i rifiuti abbandonati da terzi, perché ciò implicherebbe una responsabilità oggettiva che esula dal dovere di custodia di cui all'art. 2051 c.c.». Significativa in merito, anche da ultimo, è la pronuncia del TAR Lombardia, Milano, sez. III, sent. n. 2815/2021, in www.giustizia-amministrativa.it, relativa ad un'ordinanza contingibile ed urgente adottata ai sensi degli artt. 50 e 54 TUEL, con la quale il Sindaco ha ordinato anche alla proprietaria di alcune aree occupate da famiglie nomadi di provvedere, entro quindici giorni, alla integrale bonifica del sito. Considerato che attraverso l'ordinanza impugnata il Comune ha inteso porre rimedio anche ad una problematica di ordine pubblico, che, tuttavia, non può essere delegata a soggetti privati, ma deve essere affrontata dagli enti competenti, con gli strumenti del diritto pubblico, attesi i risvolti in materia di ordine, sicurezza, incolumità e igiene pubblici, questa deve essere considerata illegittima. Infatti, laddove il privato proprietario di un bene, prospettando «la sussistenza di un pericolo per l'igiene o per l'incolumità pubblica – e non già per il proprio diritto dominicale – derivante dall'abusiva occupazione del proprio bene perpetrata da una serie indeterminata di soggetti con modalità tali da non costituire più o soltanto un semplice spossessamento del bene e, quindi, un fatto illecito avente mera rilevanza inter privatos, ma da costituire un pericolo per l'igiene, l'ordine e la sicurezza pubblici, (...) invochi conseguentemente l'intervento dell'Amministrazione stessa a tutela dell'incolumità pubblica. [Tale] aspettativa differenziata e qualificata del privato si radica nel fatto che il proprio bene diventa luogo, strumento e occasione in cui e/o per cui si realizza, ad opera di terzi, il turbamento dell'ordine, dell'igiene o dell'incolumità pubblica, con tutta una serie di ipotizzabili effetti negativi (civili, penali e amministrativi), sul piano patrimoniale e morale, per la sua sfera giuridica, sicché egli vanta innegabilmente una situazione che impone all'Amministrazione, pur nell'ampio potere discrezionale di apprezzare i presupposti degli artt. 50 e 54 T.U.E.L., l'obbligo di adottare un provvedimento espresso (Consiglio di Stato, III, 14 novembre 2014, n. 5601; T.A.R. Lombardia, Milano, III, 29 giugno 2015, n. 1482; altresì, Consiglio di Stato, III, 31 ottobre 2017, n. 5044; V, 28 settembre 2015, n. 4504; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 3 maggio 2019, n. 1010)».

44 Cfr. TAR Brescia, n. 452/2021, cit., § 4.8.

45 Cfr. TAR Brescia, n. 452/2021, cit., § 4.1, in cui si afferma che: «certamente è vero, come già osservato dalla Sezione in sede cautelare, che in relazione ai rifiuti l'ordinanza impugnata non possiede un carattere di contingibilità e urgenza, ma è comunque uno strumento idoneo a diffidare la curatela all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla qualità di custode dell'immobile, e ciò proprio in applicazione dell'art. 192 del d.lgs. n. 152/2006». Con riferimento all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento per le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti previste dal TUEL, si segnala che in giurisprudenza ed in dottrina gli orientamenti emersi non sono univoci. La contrapposizione tra la tesi che riconosce come necessaria la comunicazione – dovendo le

Alla luce di siffatte conclusioni, un interrogativo sorge dunque spontaneo: quali sono le tutele per l'incolpevole detentore (*i.e.* il curatore fallimentare) dei rifiuti che, a fronte di una situazione segnalata e conosciuta da tempo dalle autorità competenti, si trova destinatario – improvvisamente ed in assenza di contraddittorio (in ragione della natura emergenziale dell'ordinanza *ex art.* 54, co. 4 TUEL) – di un'ordinanza sindacale contingibile ed urgente che lo onera di obblighi in materia ambientale ad esso non imputabili?

La questione non risulta priva di rilevanza, laddove si osservi che il Sindaco, pur essendo titolare di entrambi i poteri di ordinanza (*ex artt.* 54 TUEL e 192 TUA), non parrebbe legittimato ad esercitarli indifferentemente.

Come anticipato, infatti, l'utilizzo del potere di ordinanza *ex art.* 192 TUA, oltre a non contemplare l'esistenza di una situazione contingibile ed urgente – richiesta invece per l'esercizio del potere *extra ordinem* di cui al TUEL⁴⁶ –, impone una serie di adempimenti procedurali che l'art. 54 TUEL non prevede affatto.

Mentre il presupposto per l'adozione di ordinanze sindacali *ex art.* 54 TUEL risulta essere l'impossibilità di provvedere altrimenti⁴⁷, a fronte di situazioni eccezionali di necessità ed urgenza che non consentono il ricorso a procedure ordinarie, l'art. 192 TUA, invece, si configura come una procedura ordinaria, che impone una seppur minima attività istruttoria: solo qualora l'urgenza sia tale da non consentire tale ultima attività, il ricorso al potere di cui al suddetto art. 54 potrebbe ritenersi legittimo, non invece in caso contrario⁴⁸.

Il potere generale di ordinanza contingibile ed urgente, infatti, indipendentemente dal settore in cui viene posto in essere, presenta già di per sé numerose problematicità, in quanto la possibilità di porre in essere provvedimenti dal contenuto non predeterminato si pone inevitabilmente in contrasto con il principio di legalità in senso sostanziale⁴⁹: pertanto, l'eventuale emersione di una tendenza a

ordinanze essere assistite da tutte le garanzie compatibili in concreto con i presupposti e gli effetti dell'atto, ivi compresa la partecipazione al procedimento (cfr. in via esemplificativa Cons. St., sez. V, sent. n. 580/2001, in www.giustizia-amministrativa.it) – rispetto a quella che esclude siffatto obbligo – in ragione delle esigenze di celerità derivanti dalla natura stessa del provvedimento (cfr. in via esemplificativa Cons. St., sez. V, sent. n. 4718/2007, in www.giustizia-amministrativa.it) –, riproduce il dibattito dottrinale emerso sull'art. 7 l. n. 241/1990. Dibattito risolto da alcuni attraverso una valutazione caso per caso e da altri attraverso l'esclusione di intere categorie di provvedimenti dall'obbligo di comunicazione, per approfondimenti in merito si v. in merito E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Giuffrè, Milano, 2008, 415. Con riferimento ai recenti orientamenti in materia, si v. *infra*, in particolare *sub nota* 69.

46 Cfr. Corte Cost., sent. n. 115/2011 (in Gazz. Uff., 13 aprile, n. 16), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 4 dell'art. 54, nella parte in cui comprende la locuzione «*anche*» prima delle parole «*contingibili e urgenti*», che permetteva ai sindaci, quali ufficiali del governo, di emanare ordinanze *non* contingibili e urgenti tese a prevenire e eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. Per approfondimento in merito si v. S. VILLAMENA, *Le ordinanze di «ordinaria amministrazione» del Sindaco (spunti problematici)*, in *Nuove autonomie*, 2009.

47 Si v. R. CAVALLO PERIN, *Commentario breve al T.U. sull'ordinamento degli enti locali*, in R. Cavallo Perin, A. Romano, Cedam, Padova, 2006, 367.

48 Si v. G. URBANO, *Codice dell'Ambiente*, in R. Greco, *Nel diritto*, Roma, 2009, 604.

49 Molteplici sono le ricostruzioni dottrinali che consentono di giustificare la capacità dei provvedimenti contingibili ed urgenti di derogare a norme di legge. Lo stesso M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed.,

“combinare” due distinti poteri, seppure previsti dalla legge in capo al medesimo soggetto (Sindaco), non trova un fondamento nel diritto positivo.

L’ibridazione di due strumenti differenti, l’uno di carattere residuale ed emergenziale (l’ordinanza sindacale contingibile ed urgente per la tutela dell’incolumità pubblica e della sicurezza urbana), l’altro tipizzato (l’ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti abbandonati), rischia infatti di diventare un modo di «semplificazione dell’azione»⁵⁰ dell’amministrazione, volto a risolvere a “costo zero” determinate situazioni problematiche per l’erario, che rischia di essere contrario al principio di legalità e lesivo di posizioni giuridiche soggettive tutelate dall’ordinamento.

A venire meno, infatti, sono tutte le fasi procedimentali istruttorie, di contraddittorio ed effettivo accertamento delle responsabilità nell’abbandono e deposito dei rifiuti, previste dall’art. 192 TUA, in chiara violazione del disposto normativo: mentre «l’ordinanza contingibile ed urgente è emanata sul presupposto dell’urgenza ed è finalisticamente orientata a cautelare l’incolumità e la salute pubblica, con carattere ripristinatorio, sì da prescindere all’accertamento della responsabilità nella causazione del fattore di pericolo che si intende rimuovere»⁵¹, ciò non si può dire, invece, con riguardo all’ordinanza sindacale ex art. 192 TUA, espressione dei «poteri ordinari e ‘tipici’ di carattere sanzionatorio-ripristinatore riconosciuti espressamente al Sindaco»⁵², che impone l’avvio di un procedimento istruttorio diretto all’effettiva instaurazione del contraddittorio con il soggetto destinatario della misura.

Una recente pronuncia del TAR Friuli Venezia Giulia, che statuisce l’illegittimità di un’ordinanza sindacale emessa ai sensi dell’art. 54, co. 4 TUEL a fronte di una situazione di pericolo conosciuta dal Comune da ben ventidue anni e derivante dall’esistenza di una grande quantità di rifiuti plastici ad alto rischio di combustibilità abbandonati all’interno di un capannone, riconosce espressamente il

Giuffrè, Milano, 1993, 268 ss., ha riconosciuto che il potere di ordinanza rivestirebbe la funzione di colmare le lacune dell’ordinamento giuridico. Per un approfondimento circa il rapporto tra il potere di ordinanza ed il principio di legalità, si v. in particolare R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990. Si v. anche M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 8. La bibliografia in tema di ordinanze amministrative di necessità ed urgenza è molto vasta, si v. ex multis A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008.

50 Cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, sent. n. 154/2021, in www.giustizia-amministrativa.it

51 Cfr. Cons. St., sez. V, sent. n. 2847/2021, in www.giustizia-amministrativa.it, che risulta altresì rilevante in quanto diretta a distinguere i procedimenti ex artt. 192 e 240 TUA, che, «al contrario, si diversificano completamente per presupposti e conseguenze, avuto riguardo peraltro proprio alla posizione del proprietario del terreno, laddove incolpevole. Mentre, infatti, l’art. 192, concernente l’abbandono o deposito incontrollato di rifiuti, ne prevede il coinvolgimento in solido con il trasgressore solo in caso di dolo o colpa, il sistema della bonifica, che si sviluppa su più fasi, passando da rimedi cautelari urgenti alla definitiva messa in sicurezza, si palesa assai più complesso, pur sfociando alla fine nell’imposizione di un onere reale sul terreno allo scopo di garantire la responsabilità quanto meno patrimoniale del proprietario».

52 Cfr. TAR Brescia, sez. I, sent. 1079/2019, § 5 e ss., in www.giustizia-amministrativa.it.

Cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, sent. n. 154/2021, cit., § 11.2.

rischio derivante dalla sovrapposizione-ibridazione delle due diverse ordinanze sindacali.

Secondo la pronuncia del TAR friulano, l'amministrazione comunale, «*fondandosi sul rinnovato riscontro [...] della pericolosità di un deposito di rifiuti esistente almeno dal luglio del 1998 (e da pari data conosciuto [...]), ha potuto perseguire l'effetto di imputare alla Società ricorrente gli oneri e i costi di rimozione, attraverso un iter procedimentale decisamente meno tortuoso di quello che sarebbe disceso dall'applicazione delle norme in materia ambientale*», accentuando (artatamente) l'urgenza e l'indifferibilità dell'intervento emergenziale di rimozione, al fine di giustificare il ricorso al rimedio atipico ed eccezionale quale modalità più lineare ed economica per tentare una risoluzione "semplificata" della problematica, agendo così in manifesta violazione dei principi di collaborazione e buona fede che devono guidare i rapporti tra amministrazione e cittadini (*ex art. 1, co. 2bis, l. n. 241/1990*), oltre che in violazione di legge per eccesso di potere da sviamento⁵³.

Secondo l'orientamento del giudice amministrativo triestino, l'esistenza di una disciplina specifica in materia di deposito ed abbandono incontrollato di rifiuti insieme alla natura atipica ed eccezionale dello strumento dell'ordinanza sindacale *ex art. 54 TUEL* renderebbero del tutto illegittima la commistione dei due poteri di ordinanza: si avrebbe infatti l'effetto di «*assimilare fattispecie differenti e soggette a diversa disciplina, di fatto equiparando, sotto lo schermo di una situazione di pericolo, la posizione del ricorrente – che potrebbe al più essere qualificato detentore dei rifiuti – a quella dell'autore materiale delle condotte di abbandono illecito, pur sul pacifico e riconosciuto presupposto della sua estraneità materiale ai fatti*»⁵⁴.

Siffatta impostazione, contraria a forme improprie di ibridazione, risulterebbe confermata anche dal fatto che all'interno dello stesso sistema giuridico disegnato dal TUA, sussistono specifici strumenti dettati in materia di gestione e trattamento dei rifiuti, che non possono essere impropriamente sovrapposti, anche laddove i poteri legittimanti il loro esercizio (necessità ed urgenza) siano i medesimi.

Il richiamo, in particolare, è da farsi ai poteri di ordinanza *extra ordinem* attribuiti al Sindaco dall'art. 191, co. 1 TUA, in forza del quale «*qualora si verifichino situazioni di eccezionale e urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente e non si possa altrimenti provvedere [il Sindaco può emettere ordinanze contingibili ed urgenti] per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti*»⁵⁵.

L'art. 191 TUA, che attualmente disciplina i provvedimenti contingibili ed urgenti in materia ambientale di gestione dei rifiuti, è il risultato di successive riformulazioni⁵⁶ tutte volte a meglio precisare e contenere i limiti alla discrezionalità

53 Cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, sent. n. 154/2021, cit., in partic. § 10.

54 Cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, sent. n. 154/2021, cit., § 11.2, nell'ambito della quale si richiama il precedente del TAR Lombardia, sez. III, sent. n. 777/2020.

55 Cfr. art. 191, co. 1, d.lgs. n. 152/2006.

56 I poteri di ordinanza contingibile ed urgente in materia di gestione dei rifiuti sono stati specificamente disciplinati per la prima volta dal d.p.r. n. 915/1982, con cui è stata data attuazione a tre direttive comunitarie (n. 75/442/CEE, n. 76/403/CEE e n. 78/319/CEE). L'art. 12 del suddetto d.p.r. attribuiva al Sindaco, al Presidente

del potere del Sindaco, così da renderne evidente la natura non sostituiva, quanto piuttosto integrativa del potere generale di ordinanza previsto dal TUEL, senza che si configuri tra le due norme, art. 191 TUA e art. 54 TUEL, un rapporto di specialità⁵⁷.

Ciò risulta essere frutto della necessità, soprattutto nel settore ambientale – profondamente condizionato dai principi e dalle regole di origine eurounitaria ed internazionale –, di circondare il potere derogatorio di ordinanza del Sindaco da ulteriori cautele⁵⁸, in grado di legittimarne l'esercizio nel rispetto del principio di legalità⁵⁹ e nel rispetto, altresì, di principi ulteriori rispetto a quelli generali dell'ordinamento⁶⁰.

Principi ulteriori rinvenibili nelle regole generali contenute nella parte prima del codice dell'ambiente e che costituiscono la trasposizione dei principi del diritto eurounitario in materia ambientale, quali ad esempio il principio dell'azione ambientale, il principio dello sviluppo sostenibile, i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, ai sensi di quanto previsto espressamente dall'art. 3bis, co. 2, d.lgs. n. 152/2006⁶¹.

Anche nell'adozione dell'ordinanza di necessità ed urgenza in materia ambientale il Sindaco, dunque, è tenuto a rispettare gli stringenti requisiti di eccezionalità ed urgente necessità di tutela, non potendo "ibridare" l'atto adottato, completandone il

della Giunta regionale ed al Ministro della Sanità, nell'ambito delle rispettive competenze, il potere di ordinare il ricorso temporaneo a speciali forme di smaltimento dei rifiuti anche in deroga alle disposizioni vigenti. Il suddetto potere è stato ridisciplinato dal d.lgs. n. 22/1997 (c.d. decreto Ronchi), il cui art. 13 è stato poi ampiamente ripreso dall'attuale disciplina vigente, contenuta nell'art. 191 d.lgs. n. 152/2006. Per approfondimenti in merito si v. G. URBANO, *Codice dell'Ambiente*, cit., 591 ss. Per approfondimenti si v. anche A. PIEROBON, *Le ordinanze di necessità e urgenza comunali in materia ambientale: prima ricostruzione*, in *Comuni d'Italia*, 2007, 11, pag. 21.

57 Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. n. 1717/2000, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si afferma che il potere disciplinato dall'art. 191 TUA «affianca ed integra», ma non sostituisce il potere generale di ordinanza previsto dal TUEL. Per approfondimenti in merito si v. R. MARSEGLIA, *Commentario al T.U. sull'ambiente*, a cura di L. Costato e F. Pellizzer, Cedam, Padova, 2007, 511 ss. Con riferimento alla compatibilità dell'art. 191 TUA rispetto al nuovo quadro costituzionale, nonché al recente ricorso a forme straordinarie di gestione dei rifiuti disposto da commissari governativi, si v. la nota a Corte Cost., sent. n. 284/2006, di A. PIEROBON, *Poteri emergenziali nella gestione dei rifiuti alla luce della sent. n. 284 della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. Amb.*, 2007, fasc. 2, 296 ss.

58 Si v. G. BERTAZZO, *Le misure d'emergenza in tema di rifiuti*, in *Sanità pubblica*, 2001, 551.

59 Sul potere di ordinanza nel diritto ambientale si v. F. FRACCHIA, *Diritto dell'ambiente*, a cura di A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, Laterza, Bari, 2008, 240 ss.

60 Cfr. Corte Cost., sent. n. 8/1956 e sent. n. 26/1961, in www.corte-costituzionale.it. Per approfondimenti, si v. A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità ed urgenza per la tutela ambientale*, Giuffrè, Milano 2004.

61 L'art. 3bis, co. 2, d.lgs. n. 152/2006, con cui si prevede che: «2. I principi previsti dalla presente Parte Prima costituiscono regole generali della materia ambientale nell'adozione degli atti normativi, di indirizzo e di coordinamento e nell'emanazione dei provvedimenti di natura contingibile ed urgente». In realtà, sembra possibile ritenere che i principi di tutela ambientale di matrice eurounitaria siano già enucleabili tra i principi generali dell'ordinamento nazionale, limitativi anche del potere di ordinanza esercitabile dal Sindaco per «prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana», ex art. 54 TUEL, in virtù anche dell'opera svolta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, di enucleazione di principi generali del diritto europeo, che costituiscono fonti primarie del diritto. Ciò, a maggior ragione, anche alla luce della recente modifica della Costituzione, agli artt. 9 e 41, come disposto dal d.d.l. approvato dalla Camera dei deputati l'8 febbraio 2022.

suo contenuto con elementi estranei alle esigenze di tutela della salute pubblica e dell'ambiente.

Rilevante sul punto è una recente sentenza del TAR Basilicata, che, pronunciandosi su un'ordinanza emessa *ex art.* 191 TUA, con cui si imponeva al privato gestore l'erogazione del servizio di igiene urbana nel territorio di Matera nonostante la scadenza del contratto del servizio di raccolta rifiuti, ne ha dichiarato l'illegittimità nella parte in cui imponeva unilateralmente alla società di gestione anche un corrispettivo per l'espletamento del servizio, rinviando oltretutto ad accordi contrattuali sulla cui vigenza ed efficacia vi era contesa tra le parti⁶².

Il richiamo ad elementi estranei alla tutela dell'ambiente, seppure connessi (nel caso di specie, trattasi di elementi riferibili all'esatta determinazione del corrispettivo economico del servizio), è stato ritenuto illegittimo, in quanto «*l'interesse pubblico all'adozione di atti extra ordinem va necessariamente coordinato con i valori, pure essi di rango costituzionale, della libera iniziativa economica (art. 41 Cost.) e della ragionevolezza (art. 97 Cost.), quest'ultimo da intendere anche nell'ottica del minor sacrificio imposto dal privato*»⁶³.

Siffatte argomentazioni – tese a mantenere distinti gli strumenti previsti dal legislatore per far fronte a situazioni di carattere emergenziale – risultano particolarmente rilevanti laddove riferite ad ordinanze di natura differente. Non può infatti farsi a meno di considerare la diversa natura del potere emergenziale *ex art.* 191 TUA rispetto all'ordinanza di sgombero di cui al citato art. 192, oggetto del presente approfondimento.

Come già ricordato, infatti, l'ordinanza *ex art.* 192 TUA risulta disciplinata nella forma, nel contenuto essenziale, nei presupposti e nei possibili destinatari e non presuppone una situazione straordinaria di pericolo imminente o, comunque, un rischio di danni gravi da fronteggiare con provvedimenti *extra ordinem*, tale da accomunarla ai provvedimenti emergenziali di cui agli articoli 50 e 54 del TUEL: ragione per cui, nemmeno la combinazione dei due poteri di ordinanza *ex artt.* 191 e 192 TUA deve considerarsi legittima⁶⁴.

Ancora di recente, poi, la giurisprudenza amministrativa, nella motivazione di una sentenza riguardante l'ordinanza sindacale di sgombero immediato di un immobile ubicato in zona interessata da fenomeni di erosione costiera e di pericolo di crollo, ha ricordato che il potere *extra ordinem* di cui agli artt. 50 e 54 TUEL «*presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, alla luce di un'istruttoria adeguata e di una congrua motivazione; in ragione di tali situazioni si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di*

62 Cfr. TAR Basilicata, sez. I, sent. n. 535/2021, in www.giustizia-amministrativa.it.

63 Cfr. TAR Basilicata, sez. I, sent. n. 535/2021, cit., § 6.1.

64 Con riferimento alla distinzione tra le due ordinanze cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, 2 luglio 2009, n. 4598, in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso, T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 20 ottobre 2009, n. 1118, in www.giustizia-amministrativa.it. Si v. V. CINGANO, *I presupposti applicativi per l'adozione dell'ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti abbandonati e per il ripristino dello stato dei luoghi, ai sensi dell'articolo 192 del decreto legislativo n. 152 del 2006*, in *Riv. giur. ambiente*, fasc.3-4, 2010, pag. 465.

derogare alla disciplina vigente (tra le altre, Cons. St., sez. V, 22 marzo 2016 n. 1189; Cons. St., sez. V, 21 febbraio 2017 n. 774; TAR Trieste, sez. I, 9 agosto 2021 n. 246; TAR Catanzaro, sez. I, 10 maggio 2021 n. 948)»⁶⁵.

Sempre in tal senso, la giurisprudenza amministrativa si è espressa anche con riferimento alle ipotesi di bonifica previste dagli artt. 239 ss. TUA, nel senso di ritenere in linea di principio illegittimo l'utilizzo dello strumento dell'ordinanza contingibile ed urgente ex art. 54 TUEL per la bonifica di siti inquinati poiché il legislatore, per tali necessità, ha individuato una specifica disciplina: «*l'uso dell'ordinanza contingibile ed urgente da parte del sindaco si pone, astrattamente, quale strumento di potenziale elusione della disciplina dettata dal Codice dell'ambiente*». Il codice, infatti, individuando una specifica competenza e procedura sul punto, può essere derogato solo in presenza di una effettiva e dimostrata necessità di fronteggiare una situazione di pericolo imminente, eccezionale ed imprevedibile per cui non risulta possibile provvedere con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento⁶⁶.

In conformità a quanto statuito dal Consiglio di Stato in materia di definizione dei presupposti di legittimità delle ordinanze contingibili ed urgenti, il requisito della contingibilità, richiesto affinché l'esercizio del potere eccezionale possa ritenersi legittimo, non presuppone necessariamente l'inesistenza di rimedi ordinari, ma sussiste anche qualora sia dimostrata l'impossibilità di ricorrere a detti rimedi (pur esistenti) per fronteggiare in concreto una situazione di pericolo; così come l'urgenza consiste nella materiale impossibilità di differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di danno a breve distanza di tempo⁶⁷.

Ciò presuppone necessariamente, come già detto, una motivazione ed un'istruttoria adeguata, che generalmente non può prescindere dall'instaurazione di un adeguato contraddittorio con i soggetti interessati, con la conseguente osservanza delle regole che garantiscono la partecipazione dell'interessato all'istruttoria amministrativa, ovvero, *in primis*, la comunicazione di avvio del procedimento.

L'importanza della comunicazione di avvio del procedimento si ravvisa sia che si faccia riferimento ad un'ordinanza contingibile ed urgente, sia che si tratti di un'ordinanza ex art. 192, co. 3 TUA.

Nel primo caso, infatti, di ricorso allo strumento dell'ordinanza contingibile urgente con valenza ambientale: «*l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento si giustifica solo nel caso di un'urgenza qualificata che, in relazione alle*

⁶⁵ Cfr. TAR Calabria, sez. I, sent. 2228/2021, in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso cfr. anche TAR Puglia, sez. III, sent. n. 111/2022, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha dichiarato illegittima un'ordinanza contingibile ed urgente che prevedeva l'immediato sgombero e la totale demolizione di alcune opere realizzate in un villaggio residenziale e prossime ad un canale di acque pubbliche, dato che i fenomeni di erosione portati a supporto della motivazione dell'ordinanza risultavano presenti da tempo e fronteggiabili con gli ordinari strumenti previsti dall'ordinamento. Per la legittima adozione dell'ordinanza contingibile ed urgente l'autorità amministrativa deve trovarsi al cospetto di una situazione che incombe drammaticamente sui beni da sacrificare e che, pertanto, richiede misure da adottare con notevole elasticità, senza indugio.

⁶⁶ Cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, sent. n. 831/2017, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁷ Cfr. Cons. St., sez. IV, sent. n. 4802/2021, in www.giustizia-amministrativa.it.

circostanze del caso concreto, deve essere espressamente esplicitata in motivazione, attesa l'intrinseca conflittualità tra le ragioni pubbliche, di tutela immediata della pubblica incolumità, e le esigenze del privato di partecipazione per una verifica in contraddittorio sia sull'effettiva legittimazione passiva, sia essa correlata al titolo di proprietà o meno, in capo ai possibili destinatari dell'atto sia, in caso di esito positivo, in ordine all'individuazione della migliore soluzione tecnico - logistica per la rimozione dei rifiuti depositati nell'area e, in definitiva, per la sua messa in sicurezza»⁶⁸.

Così come, nel secondo caso, ovvero con riferimento alla materia di cui all'art. 192, co. 3 TUA, l'obbligo generale di cui all'art. 7 della l. n. 241/1990 viene ribadito specificamente: nel caso di abusivo abbandono di rifiuti la comunicazione di avvio del procedimento non è strumentale solo alla partecipazione procedimentale, «*ma è anche essenziale per assicurare un'adeguata istruttoria, stante la rilevanza dell'apporto difensivo e collaborativo che i privati possono fornire all'amministrazione ai fini dell'accertamento delle reali responsabilità e della definizione dei conseguenti adempimenti*»⁶⁹.

«*Pertanto, come osservato dal Consiglio di Stato (ordinanza, sez. IV, n. 2000 del 12 maggio 2017), deve ritenersi la necessità, nella specifica materia ambientale, dell'accertamento in contraddittorio della condizione dei luoghi, prospettato dalla legge come specifico dovere dell'Amministrazione che si aggiunge, in subiecta materia, al generale dovere di comunicare l'avvio del procedimento, postulando la necessità che al soggetto nei cui confronti l'ordine di rimozione dei rifiuti deve essere rivolto – sia esso il soggetto ritenuto responsabile dell'abbandono ovvero il proprietario dell'area cui l'abbandono sia imputabile a titolo di dolo o colpa – sia data la possibilità di partecipare attivamente alla stessa istruttoria amministrativa e ai sopralluoghi volti ad accertare la prospettata situazione di abbandono di rifiuti, oltre che, più in generale, lo stato dei luoghi*»⁷⁰.

Per tale ordine di ragioni, la preventiva comunicazione di avvio del procedimento per l'adozione dell'ordinanza sindacale volta a fronteggiare le situazioni di accertato abbandono o deposito incontrollato di rifiuti non costituisce un adempimento soltanto formale, quanto piuttosto consiste in un atto indispensabile al fine dell'effettiva instaurazione di un contraddittorio procedimentale con gli interessati, «*non potendosi, peraltro, applicare il temperamento che l'art. 21octies, l. n. 241/1990 apporta alla regola generale dell'art. 7 della stessa legge*»⁷¹.

Ciò risulta funzionale anche alla definizione ragionevole e proporzionata degli obblighi di ripristino, soprattutto nelle ipotesi in cui la responsabilità solidale a carico

68 Cfr. TAR CAMPANIA, sez. V, sent. n. 5163/2016, in www.giustizia-amministrativa.it, che statuisce inoltre che: «*Il principio partecipativo, alla base della comunicazione di avvio del procedimento, ha infatti carattere generalizzato ed impone, alla luce delle regole fissate dall'art. 7 l. n. 241 del 1990, che l'invio di essa abbia luogo in tutte quelle situazioni nelle quali la possibilità di coinvolgere il privato non sia esclusa da esigenze di celerità che caratterizzano la fattispecie e che non possono ritenersi astrattamente implicite nella natura contingibile ed urgente dell'ordinanza, ma devono essere puntualmente esplicitate nel provvedimento in concreto adottato*».

69 Cfr. TAR Brescia, sez. I, sent. 1079/2019, cit., spec. § 10.

70 Cfr. TAR Campania, sez. V, sent. n. 2300/2021, in www.giustizia-amministrativa.it, spec. § 11

71 Cfr. TAR Campania, sez. V, sent. n. 2300/2021, cit., che riporta l'orientamento espresso in merito dal TAR Brescia, sez. I, sent. n. 4/2020.

del detentore dell'area sia riconducibile al mancato rispetto di obblighi di diligenza nella custodia del bene.

La giurisprudenza ha infatti condivisibilmente ritenuto che «l'obbligo di diligenza gravante sul proprietario di un fondo va[da] sempre valutato secondo criteri di ragionevole esigibilità, 'con la conseguenza che va esclusa la responsabilità per colpa anche quando sarebbe stato possibile evitare il fatto solo sopportando un sacrificio obiettivamente sproporzionato. In tale ottica [aggiunge sempre il giudice amministrativo] la mancata recinzione del fondo, con effetto contenitivo dubitabile, atteso che non sempre la presenza di una recinzione è di ostacolo allo sversamento dei rifiuti, non può comunque costituire di per sé prova della colpevolezza del proprietario, rappresentando la recinzione una facoltà e non un obbligo' (v. Cons. St., sez. V, sent. n. 4504/2015 e Cons. St., sez. IV, sent. n. 5911/2017; Cons. St., sez. V, sent. n. 705/2016 e da ultimo Cons. St., parere n. 1192/2020)»⁷².

Si è anche evidenziato «che il dovere di diligenza che fa carico al titolare del fondo non può arrivare al punto di richiedere una costante vigilanza, da esercitarsi giorno e notte, per impedire ad estranei di invadere l'area e, per quanto riguarda la fattispecie regolata dall'art. 14, comma 3, del d.lgs. n. 22 del 1997 (ora art. 192 del d.l. n. 152/2006), di abbandonarvi rifiuti. La richiesta di un impegno di tale entità travalicherebbe oltremodo gli ordinari canoni della diligenza media (e del buon padre di famiglia) che è alla base della nozione di colpa (cfr. ex plurimis Cons. St., sez. V, 8.3.2005, n. 935; TAR Campania, Napoli, sez. V, 5.8.2008, n. 9795; TAR Campania, Napoli, sez. V, 3.3.2014, n. 1294 cit)»⁷³.

Affinchè l'ordinanza di rimozione dei rifiuti possa considerarsi legittima occorre dunque che l'amministrazione provveda ad effettuare un preventivo accertamento istruttorio, da cui non è possibile prescindere, sia che si tratti di un'ordinanza *extra ordinem*, sia che si faccia riferimento al potere ordinario del Sindaco previsto dall'art. 192 TUA.

Nel primo caso, infatti, l'adeguata istruttoria e la congrua motivazione si pongono come requisiti di validità dell'ordinanza contingibile ed urgente, da cui non è possibile prescindere, in ragione del carattere residuale ed eccezionale che ne caratterizza l'adozione⁷⁴; nel secondo caso, invece, il coinvolgimento di tutti i soggetti

72 Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. V, sent. n., 6125/2021, in www.ambientediritto.it, secondo cui: «il Comune è tenuto ad accertare l'elemento soggettivo (dolo o colpa) in capo al proprietario non responsabile dello sversamento di rifiuti, non potendosi ritenere sufficiente, ai fini di tale accertamento, l'omessa recinzione del suolo inquinato, non costituendo tale omissione ex se un indice di negligenza nella vigilanza sul fondo da parte del proprietario (cfr. Cons. St., sez. IV, sent. n. 3102/2021; Cons. St., sez. IV, sent. n. 7657/2020)».

73 Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. V, sent. n. 2300/2021, cit., spec. §13, nell'ambito della quale si afferma esplicitamente che: «come la giurisprudenza ha evidenziato in numerose occasioni, già nel vigore della precedente disciplina (ex multis, TAR Campania, Napoli, sez. V, 6 ottobre 2008, n. 13004), in caso di rinvenimento di rifiuti depositati da parte di terzi ignoti, il proprietario non può essere chiamato a rispondere della fattispecie di abbandono o deposito incontrollato di rifiuti sulla propria area se non viene individuato a suo carico l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, per cui lo stesso soggetto non può essere destinatario di ordinanza sindacale di rimozione e rimessione in pristino (cfr. TAR Campania, sez. I, 19 marzo 2004, n. 3042; TAR Toscana, 12 maggio 2003, n. 1548; Cons. St., sez. IV, 20 gennaio 2003, n. 168)». Per approfondimenti in merito si v. anche G. SERRA, *Le ordinanze di rimozione dei rifiuti e ripristino dello stato dei luoghi ex art. 192 del Codice dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa*, cit., spec. p. 8 ss.

74 Cfr. Cons. St., sez. VI, sent. n. 3490/2012, in www.giustizia-amministrativa.it.

interessati risulta finalizzato alla individuazione dell'effettivo responsabile dell'inquinamento ed a verificare la ragionevolezza e la proporzionalità dell'esigibilità dell'obbligo in capo agli altri eventuali soggetti nella disponibilità del bene su cui insistono i rifiuti, responsabili in solido e dunque legittimi destinatari dell'ordine di smaltimento⁷⁵.

Per le suddette ragioni, sembrano a maggior ragione condivisibili le argomentazioni già anticipate e fatte proprie dal giudice amministrativo triestino (cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, sent. n. 154/2021, cit.), con cui si evidenziano i rischi dell'adozione di un'ordinanza "ibrida", nelle forme dell'art. 54 TUEL, con il contenuto di cui all'art. 192 TUA.

Pur riconoscendo, infatti, che in taluni casi l'"incrocio-incontro" (ibridazione) di diversi sistemi possa rivestire anche una sicura valenza positiva – qualora posto in essere nel rispetto dei presupposti di legge espressamente disciplinati –, non si può tuttavia nascondere che, laddove i suddetti presupposti vengano meno (o siano quantomeno forzati), ad emergere è il rischio di una "tracotanza-eccesso"⁷⁶, in grado di ledere il bene ambiente che, attraverso la sopra ricostruita "semplificazione dell'azione" (*rectius*: forzatura dell'azione), si voleva tutelare.

5. Conclusioni.

All'esito dell'esame delle pronunce giurisprudenziali che hanno riguardato i due principali temi oggetto di riflessione, si è potuto osservare come i recenti orientamenti giurisprudenziali portino ad un'evidente frattura del sistema, in grado di mettere in crisi la tutela dell'ambiente che a monte si è inteso garantire.

Le soluzioni poste in essere dalle amministrazioni al fine di risolvere la problematica ambientale derivante dall'abbandono illecito di rifiuti, avallate dalla recente giurisprudenza e riconducibili da un lato all'estensione dei soggetti legittimati passivi alla ricezione degli ordini ambientali, nonché dall'altro lato

⁷⁵ Cfr. TAR Campania, sez. V, sent. n. 5942/2021, in www.giustizia-amministrativa.it, riguardante una ordinanza emessa ai sensi dell'art. 192 TUA nei confronti di un consorzio generale di bonifica del Bacino Inferiore del Volturno, non essendo stati individuati gli autori materiali dell'abbandono dei rifiuti abbandonati all'interno dell'alveo fluviale. Secondo il giudice napoletano, anche laddove si fosse ritenuto sussistente un nesso causale tra la condotta omissiva del Consorzio e l'abusiva immissione dei rifiuti, l'adempimento dell'obbligo di vigilanza e controllo «non era ragionevolmente esigibile dal Consorzio, alla stregua di un generale criterio di proporzionalità, atteso che ciò avrebbe richiesto una vigilanza continua su un territorio comunale che è di notevole estensione e di difficile controllabilità, considerata anche l'ampiezza del perimetro consortile. In particolare, l'attivazione di un servizio permanente di vigilanza sull'area idoneo ad impedire l'abbandono di rifiuti mediante una vigilanza costante su 24 ore avrebbe travalicato i limiti della diligenza alla base della stessa nozione di colpa richiamata dall'art. 192, comma 3 del d.lgs. n. 152/2006 [...], trattandosi di corsi d'acqua insistenti su diverse zone che, peraltro, devono restare necessariamente scoperti onde consentire il deflusso delle acque irregimentate nella rete idrica».

⁷⁶ Volendo osservare il fenomeno dell'ibridazione dei due strumenti dell'ordinanza ex art. 54 TUEL e dell'ordinanza ex art. 192 TUA anche sotto il profilo linguistico si può osservare come il concetto di "tracotanza-eccesso" sopra evidenziato risulti proprio del concetto stesso di origine giuridica di *hybris*.

all'utilizzo combinatorio (*rectius*: ibrido) di due poteri di ordinanza distinti, al fine di "semplificare" gli adempimenti istruttori e procedurali, sembrano infatti avere un unico esito, ovvero quello di aumentare il contenzioso, così lasciando irrisolta l'esternalità negativa derivante dall'inquinamento.

Nel tentativo di una sintesi delle due parti che compongono il presente contributo, rispondendo così al quesito anticipato nelle premesse, sembra difatti possibile affermare che l'unica soluzione di tutela per il curatore fallimentare incolpevole detentore del bene inquinato che risulti gravato tramite ordinanza sindacale contingibile ed urgente di obblighi in materia ambientale ad esso non imputabili (neppure per precedenti condotte dell'imprenditore fallito), risulti essere il ricorso al giudice amministrativo (ed eventualmente al giudice penale).

Con l'evidente conseguenza che, nelle more del giudizio, lo stato dei luoghi verrebbe lasciato nella situazione inquinata che si vorrebbe evitare⁷⁷, con un evidente pregiudizio della collettività rappresentata dall'amministrazione locale coinvolta, tenuta ad eliminarne le conseguenze dannose "in surrogata" del soggetto responsabile⁷⁸.

Posto che a mio avviso risulta condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale che ritiene compatibile l'utilizzo del potere di intervento emergenziale in caso di accertato abbandono e deposito incontrollato di rifiuti pur in presenza di una specifica norma settoriale dettata dal codice dell'ambiente (o meglio, la presenza nel nostro ordinamento di un rimedio tipico *ex art.* 192 TUA non esclude, in astratto, l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 54 TUEL)⁷⁹, deve tuttavia rilevarsi che, ai fini della valutazione della legittimità dell'azione della pubblica amministrazione che sceglie di agire a fronte di un'esternalità ambientale negativa derivante dalla presenza di rifiuti, con i poteri ordinari previsti dall'art. 192 TUA o, altresì, con i poteri residuali ed eccezionali di cui all'art. 54 TUEL, a risultare dirimente è l'obiettivo di tutela ambientale che si intende soddisfare.

Diversamente, infatti, si rischierebbe di violare la stessa disciplina europea, che richiede che le sanzioni previste dall'ordinamento interno siano "efficaci, proporzionate

⁷⁷ Salvo che le attività di carattere ambientale siano adottate in via cautelare dal curatore, al fine di evitare la responsabilità penale: l'adozione degli obblighi ambientali da parte del curatore fallimentare non responsabile dell'inquinamento non farebbe venire meno l'interesse alla decisione dell'eventuale ricorso amministrativo promosso avanti al giudice al fine di valutare la legittimità del provvedimento di ordinanza sindacale adottato, non configurandosi in tali ipotesi una improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, che, in tale ipotesi, manterrebbe la sua valenza risarcitoria.

⁷⁸ Sul punto si v. quanto *supra*, *sub* § 3, circa l'impossibilità del curatore di eseguire le opere richieste perché privo di attivo o di attivo sufficiente, rendendo così necessario l'intervento diretto del Comune per eliminare il pericolo ambientale, sia che il bene gravato dei rifiuti faccia parte dell'inventario dei beni del fallito, con conseguente insinuazione da parte dell'amministrazione nel passivo con il privilegio *ex art.* 253 TUA, sia che il bene sia oggetto di "abbandono" *ex art.* 104ter l. fall., con conseguente obbligo dell'ente pubblico di attivare una procedura esecutiva individuale, con i correlativi costi e tempi.

⁷⁹ Cfr. TAR Napoli, sez. V, sent. n. 2300/2021, cit., spec. 10.2. Contra cfr. TAR Puglia, sez. I, sent. n. 2637/2014, in www.giustizia-amministrativa.it. Si v. in tal senso G. SERRA, *Le ordinanze di rimozione dei rifiuti e ripristino dello stato dei luoghi ex art. 192 del Codice dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa*, cit., p. 22 e la giurisprudenza ivi richiamata, *sub* nota n. 43.

e dissuasive", al fine di impedire l'abbandono, lo scarico e la gestione incontrollata dei rifiuti⁸⁰.

In ragione di ciò, volendo dunque evitare la creazione di cortocircuiti in grado di mettere in crisi il sistema di tutela ambientale, nel rispetto dei principi derivanti dall'ordinamento europeo e fatti propri dall'ordinamento nazionale, si possono trarre le seguenti conclusioni.

Laddove la salute pubblica sia minacciata da fenomeni di inquinamento ambientale provocati da rifiuti abbandonati si deve ammettere l'intervento emergenziale del Sindaco anche tramite l'adozione di un'ordinanza contingibile ed urgente, purchè sussistano i necessari presupposti di legittimità dell'esercizio del relativo potere *extra ordinem* e si faccia «comunque salva la necessità di individuare in un momento successivo il soggetto effettivamente responsabile della condotta abusiva»⁸¹.

Tenendo a mente il carattere eminentemente ripristinatorio dell'ordinanza sindacale contingibile ed urgente, se ne deve infatti ammettere l'adozione nei confronti di chi si trova con l'area in un rapporto tale da consentirgli di eliminare la riscontrata situazione di pericolo, ancorchè questa non possa essergli imputata⁸², purchè: 1) la minaccia dell'interesse pubblico sia concreta e l'eccezionale e grave pericolo per la salute e l'incolumità pubblica sia attuale⁸³ (seppure perdurante nel tempo, laddove il trascorrere di questo possa comportare un aggravarsi della situazione di pericolo⁸⁴); 2) la situazione di pericolo sia irrisolvibile con provvedimenti tipici già previsti dall'ordinamento⁸⁵.

Soltanto in presenza dei suddetti elementi risulta possibile ricorrere alla misura d'emergenza atipica e residuale, che, pur essendo preceduta da accertamenti sommari, deve comunque essere adottata sulla base di un'istruttoria che risulti fondata su elementi concreti ed attendibili (e non su mere presunzioni) e deve essere supportata da una minima motivazione, pur circoscritta agli aspetti essenziali che giustificano il ricorso alla stessa⁸⁶.

L'obiettivo ambientale perseguito in tali ipotesi, infatti, risulta essere soltanto quello di ripristinare in via d'emergenza lo stato dei luoghi, senza che vengano in rilievo funzioni di accertamento della responsabilità con conseguente irrogazione di sanzioni per comportamenti illeciti, proprie invece dell'ordinanza sindacale tipica disciplinata dal TUA.

80 Cfr. art. 36 Dir. 2008/98/CE.

81 Cfr. TAR Puglia, Bari, sez. III, sent. n. 2087/2007), in www.giustizia-amministrativa.it.

82 Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. V, sent. n. 4603/2013, in www.giustizia-amministrativa.it.

83 Cfr. Cons. St., sez. V, sent. n. 4968/2012, in www.giustizia-amministrativa.it.

84 Cfr. Cons. St., sez. V, sent. n. 3077/2012, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la circostanza che la situazione di pericolo sia protratta nel tempo non rende illegittima l'ordinanza dal momento che in determinate situazioni il trascorrere del tempo non elimina da sé il pericolo, ma può, invece, aggravarlo.

85 Cfr. Cons. St., sez. VI, sent. n. 3007/2013; Id., sez. V, sent. n. 904/2012; Id., sez. VI, sent. n. 642/2010, in www.giustizia-amministrativa.it.

86 Cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, sent. n. 1240/2014; TAR Calabria, sez. I, sent. n. 745/2014, in www.giustizia-amministrativa.it.

L'amministrazione non può infatti esercitare in modo indistinto entrambi i poteri di cui, rispettivamente, agli artt. 54 TUEL e 192 TUA, avvalendosi degli aspetti di semplificazione dell'*iter* connaturati alla disciplina emergenziale in presenza di una situazione risolvibile con gli strumenti ordinari previsti dall'ordinamento⁸⁷.

Il richiamo ai suddetti disposti normativi nell'ambito di un medesimo provvedimento, o meglio, l'esercizio contemporaneo di entrambi i poteri risulta infatti ammissibile soltanto laddove gli ordini ed i correlativi obblighi ambientali siano differenziati, senza alcuna sovrapposizione delle normative, garantendo così la legittimità dell'azione amministrativa nel rispetto dei principi generali previsti dall'ordinamento⁸⁸.

In assenza di situazioni di urgenza qualificata (da esplicitare in maniera compiuta ed esauriente) che giustificerebbero l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento, si ritiene che, in presenza di una situazione di pericolo attuale derivante dall'abbandono dei rifiuti su un immobile sottoposto ad una procedura fallimentare, gli enti pubblici preposti alla tutela ambientale debbano approntare una pronta e risolutiva reazione, comunicando al curatore l'avvio del procedimento di rimozione dei rifiuti, distinguendo gli obblighi ambientali eventualmente imposti al solo fine ripristinatorio, per un'emergenza altrimenti non risolvibile (*i.e.*: presenza di rifiuti pericolosi ed infiammabili), dagli obblighi ambientali imposti *ex art.* 192 TUA, senza che si crei una sovrapposizione nell'applicazione delle normative ed in presenza delle garanzie procedurali previste dall'ordinamento.

In tale modo si renderebbe così possibile una coesistenza dei sopra richiamati e distinti poteri, prevenendosi ipotesi di contenzioso paralizzanti e non risolutive della problematica ambientale.

Il curatore fallimentare, infatti, una volta ricevuto l'avviso di avvio del procedimento, ha l'obbligo, fin da subito, di informarne il Giudice delegato e può anche anticipare al Comune l'impossibilità del fallimento di sopportare spese per inesistenza di attivo, richiedendo egli stesso l'adozione di un provvedimento d'urgenza, che ordini al Comune di porre in essere la rimozione dei rifiuti pericolosi⁸⁹.

87 Nello stesso senso, cfr. la già citata giurisprudenza relativa alla distinzione tra ordinanze *ex art.* 191 TUA e art. 192 TUA, *sub* nota 61: dalla distinzione tra le due ordinanze, che rappresentano l'esercizio di poteri diversi, infatti, la giurisprudenza trae la conseguenza che è illegittimo l'esercizio congiunto dei due poteri.

88 Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. V, sent. n. 2300/2021, cit., spec. § 10 e § 10.3, laddove si richiama la pronuncia della medesima sezione, sent. n. 6550/2018, che legittima la coesistenza di due ordini, l'uno relativo alla rimozione dei rifiuti *ex art.* 192 TUA, l'altro riferibile all'art. 54 TUEL, in quanto riguardanti due distinti obblighi, «*come evincibile dalla motivazione dell'ordinanza gravata che deve intendersi integrata per relationem, da tutti gli atti ivi richiamati, ivi compresa la comunicazione di avvio del procedimento, dalla quale si evince come lo strumento extra ordinem sia stato utilizzato solo per impartire l'ordine di eliminare le sterpaglie e la vegetazione sponale, in ottemperanza a specifica prescrizione dell'ASL del 12.7.2017, finalizzata ad impedire lo sprigionarsi di nuovi roghi di rifiuti*».

89 Cfr. TAR Milano, sent. n. 2815/2021, cit., spec. § 2.2. In merito, G. VIVOLI, *Le responsabilità del curatore in caso di abbandono rifiuti: sentenza contrastanti o diversi valori costituzionali in gioco?*, cit., p. 29, fa riferimento ad una "guerra tra ordinanze" nell'indicare il rapporto conflittuale tra curatore ed ente locale.

L'accertamento svolto in contraddittorio, reso possibile dalla comunicazione di avvio del procedimento, riveste infatti la funzione di verificare preliminarmente: 1) la sussistenza dell'imprescindibile elemento soggettivo della responsabilità in capo al fallimento e/o al curatore fallimentare; 2) la presenza di un attivo fallimentare sufficiente per l'adozione delle misure ambientali.

Ove mancassero i suddetti elementi, l'amministrazione si troverebbe fin da subito nella consapevolezza di doversi attivare immediatamente ed in proprio per l'adozione degli obblighi ambientali, evitando di porre in essere altri provvedimenti che potrebbero aggravare la situazione inquinata, creando conflitti e/o rallentamenti al ripristino ambientale.

Oltretutto, in caso di mancata autorizzazione da parte del Giudice delegato per il compimento delle operazioni di rimozione dei rifiuti, laddove venisse accertata la riconducibilità dell'inquinamento all'attività d'impresa del fallito, l'amministrazione manterrebbe naturalmente la possibilità di insinuarsi nel passivo del fallimento per il rimborso delle spese di ripristino, rispettando così il vincolante principio del "chi inquina paga".

Nel rispetto del suddetto principio, infatti, risulta del tutto ammissibile che i costi del ripristino ambientale siano sopportati dal patrimonio fallimentare che si è formato anche grazie alla produzione ed all'abbandono illecito dei rifiuti o che non abbia subito i costi dello smaltimento dei rifiuti derivanti dall'attività d'impresa; diversamente, è contrario alla disciplina vigente ammettere che i suddetti costi siano imputati a soggetti del tutto estranei (*i.e.* i creditori fallimentari) alla condotta illecita che sia riconducibile all'attività di soggetti terzi non facenti parte dell'organizzazione dell'impresa fallita.

Come più volte ricordato, infatti, il rispetto delle regole di derivazione europea richiede che i costi ambientali non siano addebitati in modo indifferenziato alla collettività; collettività nel cui ambito devono ritenersi compresi (seppure nella loro posizione qualificata e differenziata) anche i creditori del fallimento estranei all'illecito ambientale posto in essere da soggetti terzi⁹⁰.

Dovendosi diversamente trarre la conclusione, a mio avviso non condivisibile, che la massa dei creditori del fallito sia di per sé sempre in una posizione di svantaggio e discriminatoria rispetto alla comunità di riferimento⁹¹.

Per le anzidette ragioni, l'impostazione secondo cui il curatore fallimentare risulterebbe sempre ed in ogni caso legittimo destinatario dell'ordinanza di rimozione dei rifiuti, al fine di evitare che i costi di rimozione e smaltimento dei rifiuti rimangano a carico della "collettività", non è ammissibile. Ciò, soprattutto,

⁹⁰ Si v. il caso dell'abbandono di rifiuti da parte di soggetti terzi che occupano in modo abusivo ed illecito l'immobile oggetto della procedura fallimentare, cfr. TAR Brescia, n. 452/2021, cit.

⁹¹ Per tale ragione, a mio avviso, anche la lettura che qualifica il curatore fallimentare come detentore ai sensi dell'art. 188 TUA – tenuto dunque ad avviare i rifiuti al trattamento, con i relativi oneri economici a carico della massa fallimentare –, per quanto condivisibile, non supererebbe il contrasto con il *polluter pays principle*, laddove l'imprenditore fallito non fosse responsabile dell'esternalità ambientale, ovvero i rifiuti abbandonati non fossero conseguenza dell'attività imprenditoriale ormai cessata.

nell'ipotesi in cui gli obblighi ambientali di rimozione siano imposti a fronte dell'esercizio indistinto (c.d. "ibrido") dei differenti poteri di cui agli artt. 54 TUEL e 192 TUA.

In tali ipotesi, infatti, l'utilizzo indifferenziato ed il richiamo indistinto a discipline differenti (che richiedono diversi presupposti applicativi), aumentano il rischio di contenzioso, rendendo ancora più difficile l'attuazione delle istanze di tutela e valorizzazione degli interessi ambientali che si è tentato di garantire estendendo la platea dei soggetti destinatari degli obblighi, fino a ricomprendervi anche alla figura del curatore.

In particolare, laddove si tenga a mente che l'ordinamento prevede già che il curatore, nell'ambito del proprio *munus*, agisca in modo rigoroso ed attento, risultando altrimenti sanzionabile sotto il profilo della diligenza nell'espletamento dell'incarico oppure sotto il profilo ambientale.

Per tale ragione, a fronte dell'esternalità ambientale dell'abbandono e del deposito incontrollato di rifiuti da parte di estranei su un bene immobile oggetto di una procedura di fallimento, il corretto agire dell'amministrazione richiederebbe di applicare in modo differenziato, tenendo presente i distinti presupposti applicativi, i poteri di cui agli artt. 54 TUEL e 192 TUA, nel rispetto delle garanzie procedurali previste dalle rispettive discipline, distinguendo da un lato gli obblighi ambientali d'urgenza, eventualmente imposti al solo fine ripristinatorio per far fronte a situazioni altrimenti non risolvibili (*i.e.*: presenza di rifiuti pericolosi ed infiammabili); dall'altro, gli obblighi ambientali imposti a carattere anche sanzionatorio, avendo ben chiaro l'obiettivo di politica ambientale che si intende soddisfare.

Ciò dev'essere sottolineato, non soltanto per l'interesse del singolo curatore fallimentare – che, diversamente, vedrebbe oltremodo complicato il proprio ufficio pubblico, con la diretta conseguenza dell'aumento degli abbandoni o delle rinunce all'incarico, proprio laddove sarebbe necessaria una maggior cura ed esperienza professionale per far fronte a situazioni problematiche –, ma anche e soprattutto per la tutela dell'interesse sociale della collettività (ivi compresi, come detto, gli interessi "differenziati" dei creditori del fallimento) a veder correttamente gestita la problematica ambientale, nonché dell'interesse pubblico configurabile in capo agli enti locali. Questi ultimi, infatti, laddove dovessero agire in modo c.d. "semplificato" (adottando ordinanze "ibride"), contrariamente agli obiettivi ambientali e di politica economica virtuosa, si troverebbero inevitabilmente a dover presidiare il bene ambientale in una situazione conflittuale, con possibili conseguenze negative anche sotto il profilo erariale.

NOTE SUL POTERE DI GRAZIA. L'INCIDENZA DELLA SENTENZA N. 200/2006 A DISTANZA DI ANNI.

Luana Leo *

Abstract [Ita]: Il potere di grazia è da sempre oggetto di accesa discussione in ordine ai seguenti aspetti: la titolarità del potere e la natura dell'atto. Con la storica sentenza n. 200/2006, la Corte costituzionale ha tentato di porre un punto definitivo alle due questioni. A distanza di anni, la pronuncia sembra essere smentita dalle più recenti prassi presidenziali. L'intento di tale lavoro è quello di evidenziare gli effettivi "lasciti" dell'intervento della Consulta: a prescindere dai punti controversi, la sentenza incide notevolmente sul ruolo rivestito dal Capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale.

Abstract [Eng]: The power of grace has always been the subject of heated discussion in relation to the following aspects: the ownership of power and the nature of the act. With the historic sentence no. 200/2006, the Constitutional Court attempted to put a definitive point on the two questions. Years later, the ruling seems to be disproved by the most recent presidential practices. The intent of this work is to highlight the actual "legacies" of the intervention of the Council: regardless of the controversial points, the sentence significantly affects the role played by the Head of State in the constitutional order.

Parole chiave: potere di grazia – clemenza "politica" – Costituzione – Corte costituzionale.

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. La grazia nello Statuto Albertino; 3. Il dibattito in Assemblea Costituente; 4. La *querelle* sulla titolarità del potere di grazia; 5. La controversa natura dell'atto di grazia; 5.1 La discussa posizione della Corte costituzionale; 6. La prassi Napolitano: primi casi di clemenza "politica"; 7. L'esercizio della grazia nella Presidenza Mattarella; 8. Conclusioni.

1. Introduzione.

In data 9 dicembre 2021, il Quirinale ha reso nota l'adozione da parte del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella – ai sensi dell'art. 87, co. 11, Cost. – di ben sette provvedimenti di clemenza individuali (adeguatamente motivati)¹, in

¹ *Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale - Università Lum Giuseppe Degennaro.

relazione ai quali la Ministra della Giustizia Marta Cartabia, a conclusione della prescritta istruttoria, ha formulato avviso favorevole².

È opportuno marcare come la Costituzione Italiana riconosca al Capo dello Stato la medesima prerogativa conferita precedentemente al Re dallo Statuto Albertino. Alla luce di ciò, è possibile affermare che, indipendentemente dal mutamento radicale dei regimi politici e degli ordinamenti giuridici, l'istituto della grazia è rimasto inalterato. La titolarità del potere di grazia è riservata in via esclusiva al Presidente della Repubblica: quello della grazia è un potere formalmente e sostanzialmente presidenziale, ossia riconducibile alla figura presidenziale nella forma dell'atto, consistente in un decreto presidenziale, e nella sostanza della scelta a favore del condannato da graziare³. La suddetta esclusività prende le mosse dal ruolo assunto dal Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale, quale rappresentante dell'unità nazionale e garante della Costituzione.

La titolarità del potere di grazia è stata oggetto di dibattito in dottrina, fino all'intervento della Corte costituzionale. Nella storica sentenza n. 200/2006, la Consulta ha qualificato il potere di grazia *ex art. 87, comma 11, Cost.*, come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale; al contempo, la stessa ne ha circoscritto l'ambito funzionale ai soli casi caratterizzati dalla sussistenza di eccezionali e straordinarie ragioni di carattere umanitario, escludendo la concessione di provvedimenti clemenziali per ragioni "politiche" o a causa mista. Tuttavia, nel corso della Presidenza Napolitano, la predetta sentenza ha mostrato le sue debolezze; di fronte a taluni complicati casi implicanti un suo intervento clemenziale, il Presidente Giorgio Napolitano ha offerto una chiave ermeneutica dell'art. 87, comma 11, Cost., ben diversa rispetto a quella rilasciata dai giudici costituzionali.

Al contrario, la Presidenza Mattarella sembra aderire maggiormente alla linea tracciata dal Giudice delle Leggi, sebbene non manchino provvedimenti di dubbia natura.

2. La grazia nello Statuto Albertino.

In età monarchica⁴, il potere di clemenza era attribuito al Re, in virtù della concentrazione di tutti i poteri nelle mani del Sovrano, unico soggetto capace di

Allo stato attuale, il Presidente della Repubblica Mattarella ha firmato 33 decreti di grazia.

² L'art. 89 Cost., prevede che "nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità. Gli atti che hanno valore legislativo e gli altri indicati dalla legge sono controfirmati anche dal Presidente del Consiglio dei Ministri".

³ T. E. FROSINI, *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, 2008, 465.

⁴ Sull'evoluzione del potere di grazia fino all'età monarchica, si veda A. ROCCO, *Amnistia, indulto e grazia nel diritto penale romano*, in *Riv. pen.*, 1899, 19; F. CAMPOLONGO, *Grazia* (voce), in *Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1900-1904, 975; A. BRUNIALTI, *Grazia* (voce), in *Enc. giur. it.*, vol. VII, pt. II, Torino, 1935, 516 ss; G. AMBROSINI, *Grazia* (voce), in *Dig. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, 44 ss.

incidere sulle decisione del potere giudiziario. In particolare, la grazia era espressione della *indulgentia principis*, ossia del potere clemenziale del Re.

Nell'esperienza italiana, l'art. 5 del Proclama dell'8 febbraio 1848⁵ e l'art. 8 dello Statuto accordavano al Re il potere di "*far grazia e commutare le pene*"⁶. Tale prerogativa era intesa in connessione con i caratteri della "inviolabilità" e "sacralità" della persona del Monarca⁷. Appare peculiare la circostanza che, mentre nel primo testo normativo l'esercizio del potere *de quo* veniva ascritto alla sfera del "giudiziario", nel secondo, al contrario, si troncava tale legame. Alla previsione dell'art. 8, infatti, si associava quella autonoma dell'art. 68⁸; in tale modo, si intendeva porre in luce che l'adozione del provvedimento di clemenza si poneva come il risultato di un giudizio equitativo ben differente da quello spettante agli organi giurisdizionali⁹. Tuttavia, se in una prima fase si reputava che tale potere appartenesse in via esclusiva al Monarca, presto venne investito anche il Ministro Guardasigilli, chiamato a controfirmare il decreto di cui se ne assumeva le responsabilità. A fronte di ciò, l'art. 8 doveva essere letto di concerto all'art. 4, che sanciva la sacralità e l'inviolabilità della persona del Re, e alla disposizione che statuiva la responsabilità ministeriale (art. 67)¹⁰, a garanzia dell'irresponsabilità del Monarca; infine, all'art. 826 del codice di procedura penale del 1865, ove era illustrato il procedimento per accedere al condono della pena, secondo cui le suppliche avrebbero dovuto essere dirette al Re e avanzate al Ministro di grazia e giustizia.

Come precisato in dottrina¹¹, l'intervento del potere esecutivo (attraverso il Guardasigilli) mirava ad assicurare l'autorevolezza del Sovrano, in quanto quest'ultimo rappresentava lo Stato nella sua unità continuità storica. In tale fase storica, si rilevava un maggiore coinvolgimento dell'autorità giudiziaria nel procedimento per la concessione del provvedimento di clemenza.

In concreto, nel sistema statuario, venne superata l'idea che la concessione della grazia fosse un potere maiestatico, un potere personale del Sovrano. Si andava affermando la convinzione che il Sovrano non avesse nessun potere personale.

5 Si tratta del proclama con cui Carlo Alberto concede al Piemonte le riforme costituzionali e promette uno Statuto. Tale documento annuncia la concessione dello Statuto, emanato nel marzo successivo.

6 Tale espressione, tratta dall'art. 67 della Carta fondamentale francese del 1814, fu reputata necessaria, poiché l'art. 6 dello Statuto vietava al Re di sospendere le leggi o di dispensarne taluno dall'osservanza.

7 Sulla rilevanza del potere di grazia nello Statuto, si veda F. RACIOPPI, I BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Vol. I, Roma, 1909.

8 Ai sensi dell'art. 68 dello Statuto Albertino: "La Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce".

9 Come osservato da G. CARVALE, *Diritto e clemenza. Il pardoning power in Gran Bretagna e negli Stati Uniti*, Torino, 2010, 196.

10 Ai sensi dell'art. 67 dello Statuto Albertino: "I Ministri sono responsabili. Le Leggi e gli Atti del Governo non hanno vigore, se non sono muniti della firma di un Ministro".

11 Così, G. MAJORANA, *La prerogativa del potere di grazia alla luce dei casi "Sallusti" e "Romano"*, in *L'eccezionale "bis" del Presidente della Repubblica Napolitano* (a cura di F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA), Torino, 2014, 79.

3. Il dibattito in Assemblea Costituente.

Al momento della redazione della Carta costituzionale, Vittorio Emanuele Orlando¹² osservava in Assemblea Costituente come già in epoca statutaria i poteri del sovrano, compresa la concessione della grazia, erano esercitati tutti sotto la responsabilità ministeriale. Tale intervento spiega la mancanza di un pieno dibattito in Assemblea Costituente in ordine al potere di concedere la grazia. In concreto, i Costituenti si trovarono dinnanzi ad una vera e propria consuetudine, concepita durante la vigenza dello Statuto Albertino ed ormai consolidata¹³. In conformità a ciò, nella medesima sede vennero respinti tutti gli emendamenti che proponevano di esentare dalla controfirma ministeriale taluni atti della figura presidenziale (c.d. atti in via di prerogativa).

Occorre segnalare che tale convinzione non era condivisa da tutti i membri dell'Assemblea Costituente; in tale sede, infatti, affiorarono distinti approcci in merito al significato assunto dalla controfirma ministeriale. In particolare, secondo Meuccio Ruini¹⁴, nonostante l'irresponsabilità del Capo dello Stato, sussistevano casi in cui il suo potere discrezionale poteva essere liberamente esercitato, essendo la controfirma un atto dovuto.

La decisione dei Costituenti trova riscontro nei precedenti costituzionali.

In realtà, tale scelta – a parere di chi scrive – trae origine anche dalla volontà di prevenire i rischi associati al conferimento ad un solo soggetto della facoltà di porre nel nulla gli atti del potere giudiziario. In aggiunta, la configurazione in senso duale del potere di grazia consente di ascrivere l'esercizio del potere all'interno del perimetro democratico. Sotto tale profilo, vi è chi¹⁵ sostiene che il concorso del Ministro della Giustizia nell'*iter* di concessione della grazia e la relativa assunzione di responsabilità mediante la controfirma non soltanto è coerente con il disposto dell'art. 89, co. 1, Cost., ma ammette un controllo politico sull'esercizio di tale potere sia da parte del Parlamento che da parte dell'opinione pubblica.

Tra i diversi atti attribuiti dalla Costituzione al Capo dello Stato, il decreto di concessione della grazia rientra tra quelli che meno catturano l'attenzione della dottrina¹⁶. Occorre tenere conto del fatto che dal dettato costituzionale si traggono

¹² A. C., 22 ottobre 1947.

¹³ Sull'evoluzione del potere di grazia dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana, si veda T.L. RIZZO, *Il potere di grazia del Capo dello Stato dalla Monarchia alla Repubblica*, in *Riv. G. Finanza*, n. 2, 1998, 581.

¹⁴ A. C., 12 marzo 1947; 22 marzo 1947.

¹⁵ Così, D. CODUTI, «Far grazia»: *dalla monarchia assoluta alla Repubblica parlamentare*, in *La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale* (a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI), Torino, 2006, 95.

¹⁶ Tra le voci più rilevanti, si veda M. PALMERINI, *Il soggetto attivo del potere di grazia e il Presidente della Repubblica*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1953, 254; G. ZAGREBELSKY, *Grazia (dir. costi.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 757 ss; M. AINIS, *Sulla titolarità del potere di grazia*, in *Quad. cost.*, 2004, 97 ss; M.

unicamente gli elementi per individuare la titolarità dell'atto ed il requisito della sua validità (controfirma ministeriale). Al pari dell'indulto, la grazia è disciplinata nel codice penale come causa di estinzione della pena; peraltro, si prevede che, oltre alla grazia in senso stretto possa essere disposta dalla figura presidenziale anche la commutazione della pena inflitta. A parte gli artt. 174 c.p. e 681 c.p.p. – regolanti la procedura istruttoria – alla grazia sono riservate specialmente due norme del codice penale: l'art. 147, co. 1, n. 1), che ammette il differimento (facoltativo) dell'esecuzione della pena ove sia stata presentata domanda di grazia e l'art. 210, co. 3, inerente agli effetti dell'estinzione della pena a seguito della grazia, in relazione all'applicazione della libertà vigilata. Infine, alla grazia si riferisce l'art. 76 del Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario (d.P.R. n. 2307/2000), il quale riporta la "proposta di grazia" tra le ricompense che possono essere concesse ai detenuti meritevoli (co. 2, lett. c).

In realtà, lo scarso interesse manifestato dalla dottrina verso tale atto trova giustificazione nella sua ridotta incidenza nel quadro della forma di governo e specificatamente nella sua identificazione come "autentico residuo" delle più risalenti competenze dei sovrani. In tale senso, una corrente di pensiero¹⁷ osserva come la sua "residualità" sia cresciuta rispetto all'originario dettato costituzionale, che riconosceva nella figura presidenziale il destinatario della delega di amnistia e indulto (art. 79 Cost.), rendendola dunque il "pilastro" dell'esercizio di tutti i poteri clemenziali.

Con la revisione costituzionale del 1992¹⁸ prende avvio un processo storico nel quale il Sovrano non è più titolare dell'attività normativa dello Stato; da qui, il venire meno dei suoi poteri di sospensione e dispensa. Al contempo, è necessario ricordare che le riforme del codice e dell'ordinamento carcerario, messe a punto tra gli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso, prediligevano taluni istituti maggiormente in grado di verificare l'avvenuta rieducazione del reo ovvero concorrere a tale rieducazione in misura più adeguata di atti clemenziali adottabili indistintamente¹⁹. Appare opportuno specificare che la legge costituzionale n. 1/1992 sostituisce interamente l'art. 79 Cost.²⁰. I motivi politici²¹ che hanno condotto al nuovo testo della disposizione costituzionale sono due: la prima, avente carattere generale, consiste

PISANI, *Dossier sul potere di grazia*, Padova, 2004.

17 Così, M. SICLARI, *Concessione della grazia e controfirma ministeriale*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Torino, 2005, 587.

18 Legge cost. 6 marzo 1992, n. 1 (*"Revisione dell'articolo 79 della Costituzione in materia di concessione di amnistia e indulto"*).

19 Un aspetto precisato da M. SICLARI, *Concessione della grazia e controfirma ministeriale*, 588.

20 L'art. 79 Cost., così come modificato dalla legge cost. n. 1/2012, prevede che "l'amnistia e l'indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale".

21 S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Vol. 3, Torino, 2017, 381.

nell'eccessivo ricorso, sotto il versante quantitativo, compiuto in passato agli istituti dell'amnistia e dell'indulto, quasi ritenuti strumenti ordinari per fronteggiare i problemi di contenimento di un sistema carcerario lacunoso; la seconda, avente carattere specifico, attiene all'entrata in vigore del nuovo Codice di procedura penale e a quelle disposizioni che prevedono la facoltà di aderire a riti alternativi in cambio di riduzioni della pena.

4. La querelle sulla titolarità del potere di grazia.

La diatriba dottrinale in merito alla titolarità del potere di grazia affonda le sue radici nella metà degli anni Novanta. Emerge l'ambiguità e l'incertezza lasciata dalla Costituzione Italiana relativamente a taluni profili della figura presidenziale²². È risaputo che la dottrina si suddivide tra quanti identificano il decreto di grazia come un atto essenzialmente governativo o ministeriale, coloro che lo qualificano come un atto sostanzialmente presidenziale e quella parte maggioritaria fino alla sentenza costituzionale del 2006 che lo considera come un atto complesso o duumvirale.

Il primo orientamento intende la clemenza individuale come un beneficio giustificato dalle sole ragioni politiche; di conseguenza, esso reputa tale atto come un'attribuzione del potere esecutivo. Nel 1958, Paolo Barile²³ afferma la graduale contrazione dei poteri del Presidente della Repubblica in materia di grazia e la corrispondente estensione di quelli esecutivi. Secondo il giurista, il passaggio dalla Monarchia alla Repubblica avrebbe comportato, in tema di clemenza individuale, il definitivo spostamento dell'asse decisionale a favore dell'Esecutivo. Al pari di Barile, anche Lavagna²⁴ accorda al Guardasigilli un ruolo predominante nella concessione della grazia. Di particolare interesse è l'approccio di Balladore Pallieri²⁵, per il quale l'evoluzione della controfirma consente di classificare gli atti in due categorie: quelli che appartengono alla competenza della figura presidenziale e quelli che invece sono predisposti e proposti dal Guardasigilli; nella prima categoria atti, non figura il potere di grazia. Il Gemma²⁶, pur riconoscendo l'esigenza di imparzialità, riconduce la grazia alla potestà di indirizzo politico.

Il secondo approccio accorda la valutazione sulla concessione della grazia al Capo dello Stato, essendo quest'ultimo in grado di assicurare un esercizio non parziale della clemenza individuale. Tra i sostenitori, Giorgio Camerini sostiene che il suddetto atto debba essere ricompreso tra quelli di indirizzo presidenziale, dal momento che esso *"tende a conseguire superiori fini di equità, di equilibrio e di pace sociale"*

22 Così, M. MIDIRI, *Controfirma ministeriale*, in *Enc. giuridica*, Roma, 1988.

23 P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 295; ID., *Scritti di diritto Costituzionale*, Padova, 1967, 310.

24 C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, 706.

25 G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1976, 204.

26 G. GEMMA, *Clemenza (profili costituzionali)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989.

che devono trascendere ogni distinzione di parte, specie per i provvedimenti attinenti a delitti politici”²⁷. Lo stesso ritiene che la proposta ministeriale risponda ad esigenze di carattere strumentale; l’elevato numero di domande impone di sottoporre all’esame del Presidente della Repubblica unicamente quelle che presentano effettivi requisiti ai fini dell’accoglimento. Nel suo volume dedicato alla controfirma ministeriale, Vincenzo Sica²⁸ eleva il Capo dello Stato come “il soggetto formale di riferimento dell’atto compiuto dal Governo”. Il provvedimento non presenta natura politica, essendo il prodotto di un’equa valutazione; pertanto, l’adozione spetta solo ad un’autorità *super partes*. In linea con Sica, il Nicosia²⁹ intravede nel Presidente della Repubblica il rappresentante dello Stato nella sua unità e per la sua indipendenza “il solo atto a garantire all’esercizio di tale potere quella imparziale rispondenza alle superiori finalità di ordine e di utilità sociale che lo giustificano”; egli, dunque, assegna alla controfirma ministeriale una funzione marginale, consistente nel verificare la correttezza dell’esercizio del potere presidenziale. Una posizione di rilievo è assunta dal Mortati³⁰, in virtù della collocazione del potere di grazia tra quelli di competenza esclusiva del Capo dello Stato. Partendo dalla definizione di atto politico come “espressione tipica della funzione esecutiva”, il Gallo³¹ ritiene che il decreto di clemenza non proviene da un organo politico. In particolare, secondo il Gallo “è inimmaginabile che la Costituzione abbia inteso prevedere una sì grave inframmettenza del Governo nella fase esecutiva del processo penale, e quindi in un’area sottoposta all’impero della giurisdizione”.

Fino all’intervento decisivo del Giudice delle Leggi, la tesi più accreditata in dottrina è quella che valuta il decreto di grazia come un atto complesso o duumvirale, richiedente la volontà sia del Capo dello Stato sia del Ministro. In tale senso, una corrente di pensiero³² sottolinea la mancanza di una volontà preminente: l’atto, infatti, non si perfeziona in presenza del consenso di una delle due parti. La controfirma ministeriale certifica l’interazione tra di esse, evitando che il Presidente della Repubblica venga implicato in questioni che possano pregiudicare la sua veste di soggetto *super partes*³³. L’intervento del Guardasigilli risponde alla necessità di assicurare la massima ponderazione su una decisione così cruciale e delicata; al contempo, preserva l’imparzialità e l’irresponsabilità della figura garantista nel rispetto dei due antichi brocardi “*The King cannot act alone*” e “*the King can do no*

27 G. CAMERINI, *La grazia, la liberazione condizionale e la revoca anticipata delle misure di sicurezza*, Padova, 1967, 18 ss.

28 V. SICA, *La controfirma*, Napoli, 1953, 128.

29 P. NICOSIA, *Grazia*, in *Novissimo Digesto*, VIII, Torino, 1957, 7-11.

30 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 781.

31 E. GALLO, *Ancora sul potere di grazia (a proposito di un anomalo conflitto di attribuzione)*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, 480 ss.

32 A. MEGA, *Il potere di grazia. Storia e problemi di una questione giurisprudenziale*, Napoli, 2015, 62-63.

33 N. ZANON, *La controfirma ministeriale come garanzia (ovvero del diritto costituzionale adatto al mondo reale e non al migliore dei mondi possibili)*, in *La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale* (a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI), Torino, 2006, 337.

wrong”³⁴. Secondo il torinese Ambrosini³⁵, la tesi in esame è confermata dalla previsione dell’ordinamento processuale per cui la domanda deve essere rivolta alla figura presidenziale e presentata al Ministro della Giustizia. Di notevole spessore è il contributo di Zagrebelsky, secondo cui *“la grazia è un atto del Presidente della Repubblica emesso con la collaborazione del Ministro, senza che ci si possa domandare a quale volontà sia da attribuirsi il peso prevalente”*³⁶.

In realtà, la tesi dominante è stata condivisa in un primo momento anche dalla Corte costituzionale: nell’ordinanza n. 388/1987³⁷, essa affermava che il provvedimento di grazia è prodotto della collaborazione tra Capo dello Stato e Ministro di Giustizia. A sostegno della suddetta tesi si pone anche la prassi. Come specificato in dottrina³⁸, nel corso della storia dell’Italia Repubblicana, nessun Presidente della Repubblica è stato mai condizionato dalla proposta del Ministro della Giustizia; parimenti, nessun Guardasigilli si è mai rivelato esecutore della volontà presidenziale.

Come già esposto, il Giudice delle Leggi compie un passo decisivo, in tema di titolarità del potere di grazia, con la discussa sentenza n. 200/2006: la grazia è intesa come atto formalmente e sostanzialmente; di conseguenza, al termine dell’istruttoria, prevale sempre il volere del Capo dello Stato, anche laddove il Ministro Guardasigilli sia contrario alla concezione della stessa³⁹. I giudici costituzionali riconoscono al Capo dello Stato un ruolo incisivo quale organo *“super partes”* e *“rappresentante dell’unità nazionale”*, totalmente estraneo al *“circuito”* dell’indirizzo politico-governativo. La Corte costituzionale ritiene che il Ministro non possa rifiutarsi di dare corso all’istruttoria; altrimenti, si attribuirebbe a tale figura *“un inammissibile potere inibitorio, una sorta di potere di veto, in ordine alla conclusione del procedimento volto all’adozione del decreto di concessione della grazia voluto dal Capo dello Stato”*.

34 G. RIZZA, *Il Presidente della Repubblica*, in *Istituzioni di diritto pubblico* (a cura di L. ARCIDIACONO, A. CARLULLO, G. RIZZA), Bologna, 1997, 408.

35 G. AMBROSINI, *Grazia*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, VI, Torino, 1992, 44-47.

36 G. ZAGREBELSKY, *Grazia (Diritto Costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Vol. XIX, Milano, 764.

37 Corte cost., 12 novembre 1987, n. 388.

38 T. E. FROSINI, *Il potere di grazia e la consuetudine costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 gennaio 2004.

39 Per una ricostruzione storica della vicenda, si veda L. CHERCHI, *La natura del potere di grazia e gli effetti della sentenza n. 200 del 2006 nella prassi presidenziale*, in *Amministrazione in Cammino*, 20 maggio 2020, 11-15. Come risaputo, la sentenza in commento prende le mosse dal conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente della Repubblica Ciampi nei confronti del Ministro della Giustizia Roberto Castelli. Come affermato da P. PELUFFO, *Carlo Azeglio Ciampi. L'uomo e il Presidente*, Milano, 2002, 382, *“nessuno si immaginava che il Presidente sarebbe arrivato fino a sollevare il conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale, per chiarire una volta per tutte la questione”*. In particolare, L. ELA, *La sentenza sul potere di grazia: dal contesto al testo*, in *Scritti in onore di Nicolò Lipari*, Tomo I, Milano, 2008, 880, sottolinea come tale tipo di giudizio non può essere di natura *“indolore”*, dal momento che *“non si tratta di un assetto lo arbitrale ma, necessariamente, della decisione sopra una solenne rivendicazione di potere senza la quale non sarebbe possibile instaurare un conflitto”*.

È doveroso segnalare come tale sentenza abbia sollevato varie polemiche in relazione alla compatibilità tra la forma di governo parlamentare e il ruolo tracciato dalla decisione per il Capo dello Stato. Una prima voce afferma che la sentenza n. 200/2006 ha finito per conferire al Presidente della Repubblica un ruolo inedito, divenendo “*un centro di politica costituzionale attiva, non più meramente ancillare rispetto agli altri poteri dell’ordinamento*”⁴⁰. Ben più critica è quella parte della dottrina che osserva come la pronuncia in esame conferisca al Capo dello Stato la titolarità sostanziale del potere, con una responsabilità diffusa nei confronti dell’opinione pubblica, riconoscendogli un “*simile potere decisionale, a fronte di un regime di sua sostanziale irresponsabilità formale*”, con una conseguente “*grave disarmonia con il principio di corrispondenza tra potere e responsabilità*”⁴¹.

È peculiare – a parere di chi scrive – l’opera di comparazione attuata dalla Corte costituzionale tra l’art. 87, co. 11, Cost. e l’art. 8 dello Statuto Albertino, quasi ad evidenziare come i due testi non presentino alcune differenze.

5. La controversa natura dell’atto di grazia.

Da diverso tempo, la dottrina costituzionalista si divide anche in relazione alla questione della natura dell’atto di clemenza. In via generale, il dibattito oscilla tra tre posizioni, volte ad inquadrarlo come atto giurisdizionale, come atto legislativo o come atto di governo (o politico)⁴². Sulla prima ricostruzione incide profondamente l’origine storica dell’istituto in esame, considerato che in tempi risalenti il ricorso al Sovrano fungeva da ultimo grado del processo penale⁴³; tuttavia, tale opzione sembra avere perso importanza e credibilità⁴⁴. Per quanto concerne la posizione tesa ad inquadrare il potere di concedere la grazia come un provvedimento di natura legislativa, si ritiene che l’esistenza di tale istituto nell’ordinamento giuridico italiano implichi il riconoscimento della legittimità di poteri eccezionali rispetto alla normativa dell’esecuzione delle sentenze penali di condanna⁴⁵. In realtà, è ormai

40 Così, M. GORLANI, *Una nuova dimensione costituzionale per il Capo dello Stato?*, in *Quad. cost.*, 2007, 132-136.

41 Così, M. LUCIANI, *Sulla titolarità del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corr. giur.*, 2007, 197.

42 È interessante il pensiero di G. ZAGREBELSKY, *Grazia (dir. cost.)*, cit., 761, secondo cui il problema della natura dell’atto “a parte l’incertezza del terreno su cui si muove, connesso all’uso di concetti quanto mai controvertibili” è questione che “non ha, oggi, altra importanza che a fini definitivi e classificatori”.

43 In particolare, si veda T. MARCHI, *Il Capo dello Stato*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana* (diretto da P. CALAMANDREI, A. LEVI), vol. II, Firenze, 1950, 108 ss. Qualche critica è mossa da G. FRANCHINA, *Del fondamento e della natura sostanziale e formale dei cd. «atti di clemenza»*, in *Giust. pen.*, 1966, I, 291 ss.

44 In tale senso, si veda A. CERTONZE, *Il potere di grazia, la funzione rieducativa della pena e la rilettura costituzionale delle misure di clemenza individuale*, in *Rass. Penit. Crim.*, 2009, 11-12.

45 Una tesi sostenuta da V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, vol. XVII, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, 938 ss.; C. MORTATI, *Sulla competenza amministrativa del Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 1960, 313 ss.

assodato che il potere di grazia non intacchi direttamente l'ordinamento giuridico, in ragione della natura clemenziale di tale potestà. Al contempo, vi è chi⁴⁶ coglie in tale tesi una seconda "pecca", nonché l'inevitabile inquadramento legislativo di tutti gli ulteriori atti di natura clemenziale. La suddetta tesi è condivisa dal Virga, secondo il quale *"solo la legge può fare venire meno l'incriminazione di un fatto, che per l'ordinamento vigente costituisce reato, ovvero fare cessare le conseguenze penali del medesimo"*⁴⁷.

La dottrina prevalente⁴⁸ ritiene che il potere di grazia previsto dall'art. 87, co. 11, Cost., deve essere concepito come espressione del potere governativo, al cui esercizio non sono immaginabili limiti giuridici se non quelli di forma. La predetta tesi è significativa, in quanto determina il definitivo superamento della categoria degli atti di prerogativa regia, puntando a ridefinire la natura e la funzione di tale istituto in considerazione delle modifiche apportate nel sistema penale dalla Costituzione.

5.1. La discussa posizione della Corte costituzionale.

È indubbio che il problema della natura della grazia sia strettamente legato al ruolo spettante alla figura presidenziale e al Ministro della Giustizia. Tale circostanza affiora chiaramente nella sentenza del 2006: il Giudice delle Leggi statuisce che il potere di grazia risponde a finalità essenzialmente umanitarie incidendo sull'esecuzione di una pena irrogata da un organo imparziale nel rispetto delle garanzie formali e sostanziali sancite dall'ordinamento penale. Nell'ottica dei giudici costituzionali, il potere di grazia svolge la funzione di attuare i valori espressi dagli artt. 27 e 2 Cost., al fine di garantire il senso di umanità e la funzione rieducativa della pena. Come già accennato, l'entrata in vigore della legge n. 663/1986⁴⁹ ha contenuto l'impiego del predetto potere, restituendo ad esso la sua vitale funzione di *"eccezionale strumento destinato a soddisfare straordinarie esigenze di natura umanitario"*; fino alla metà degli anni Ottanta, il ricorso all'impiego del potere in esame si verificava costantemente, con finalità di politica penitenziaria.

È necessario non trascurare che la Costituzione autorizza eccezionalmente l'organo legislativo ad approvare leggi di amnistia e di indulto (art. 79). Tali provvedimenti, costituenti un'evidente deroga al principio di certezza della pena, sono consegnati alla responsabilità "politica" del Parlamento, che può deliberarli sulla base dei più disparati parametri di ragionevole opportunità. Da tale circostanza prende le mosse una corrente di pensiero⁵⁰ per sminuire la tesi della grazia come atto

46 Così, A. BRUNIALTI, *Grazia* (voce), cit., 516 ss.

47 P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, 1975, 177.

48 Rientrano in tale corrente, E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, 88 ss.; S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1946, 320 ss.

49 L. 10 ottobre 1986, n. 663 (*"Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà"*).

50 E. BETTINELLI, *Potere di grazia e coesione costituzionale. Cioè: una grazia "fuori contesa"*, in *La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale* (a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A.

politico. Secondo quest'ultima, la grazia è rivolta espressamente *"all'attuazione dei valori e degli obiettivi costituzionali specifici già richiamati"*, consistenti nella reintegrazione nella comunità di singole persone la cui detenzione non risponde più a una rieducazione o nella cessazione di un trattamento afflittivo che, a fronte della condizione soggettiva ed obiettiva dell'individuo, risulti palesemente *"incompatibile con il senso di umanità che è il prodotto (in continua evoluzione) della concezione costituzionale, corroborata dalle tante successive dichiarazioni internazionali sui diritti umani"*. La grazia, dunque, *"è il frutto di un "giudizio" di valore e sull'effettività dei valori"*; per tale motivo, lo stesso è affidato al Capo dello Stato, nonché *"all'unico organo costituzionale e supremo che rappresenta e testimonia l'unità nazionale nel più elevato significato di coesione di valori indefettibili"*⁵¹.

La dottrina minoritaria⁵², invece, reputa che la decisione della Consulta in tema di natura del potere di grazia sollevi talune perplessità. Innanzitutto, la considerazione che l'intento umanitario giustifichi l'emanazione del decreto di grazia da parte del Presidente della Repubblica implica l'allegazione di prove contrarie, non rilevabili nella pronuncia. La Corte, altresì, perviene ad un paradosso – sempre nell'ottica di tale corrente – nel momento in cui marca l'interferenza della grazia e l'esercizio della giurisdizione con il proposito di rigettare la possibilità di un intervento sostanziale del Governo in virtù della divisione dei poteri, senza considerare che proprio tale interferenza *"esprime una sorta di cortocircuito nei comuni meccanismi di funzionamento dello Stato di diritto che non si comprende come e - soprattutto - sulla base di quali dati di diritto positivo sarebbe possibile tipizzare funzionalmente"*. Infine, si sostiene che, data la presenza di molteplici strumenti tipici previsti dall'ordinamento penale, processuale-penale e penitenziario, capaci di soddisfare le ordinarie esigenze di adeguamento delle sanzioni irrogate ai condannati alle specificità dei casi concreti, proprio *"la grazia umanitaria costituisce esercizio di un apprezzamento ancor più politico di quello presupposto dalla... grazia politica"*. Sulla stessa linea, vi è chi considera errata la decisione della Consulta per due motivi: la prima risiede nella mancata considerazione delle numerose ragioni giustificanti la concessione della grazia; la seconda, invece, consiste nella constatazione che qualunque atto delle autorità direttamente o indirettamente rappresentative può conseguire valenza politica, ossia

PUGIOTTO, P. VERONESI), Torino, 2006, 5.

51 Al contrario, M. TIMIANI, *La rappresentanza dell'unità nazionale può costituire fondamento del potere di grazia?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 luglio 2006, afferma che *"l'attribuzione esclusiva della sua competenza al Capo dello Stato darebbe la corda al rischio di possibili abusi o arbitri. [...] Affinché si preservino intatti l'ufficio rappresentativo dell'intera comunità nazionale e la collocazione super partes del Capo dello Stato, occorre che il ruolo di decisore effettivo venga attribuito a un organo politicamente responsabile: e questo compito può spettare solo al Governo, attraverso il Ministro Guardasigilli"*.

52 M. LUCIANI, *Sulla titolarità del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, cit., 194. Riscontra talune perplessità anche M. SICLARI, *Alcuni interrogativi suscitati dalla sentenza n. 200 del 2006 della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo*, n. 2, 2016, 1.

“diventare oggetto di conflitti politici entro il corpo dei cittadini e delle loro rappresentanze organizzate”⁵³.

A prescindere da ciò, quel che desta perplessità – a giudizio di chi scrive – è il ricorso invano all’argomento della separazione dei poteri per precludere l’intervento del Ministro della Giustizia. A tale proposito, la scelta della Corte di considerare come costituzionalmente necessari i connotati strutturali della “straordinarietà” e della “eccezionalità” non è casuale. Quest’ultimi, infatti, ridimensionano i compiti spettanti al Ministro nell’ambito dell’attività diretta all’adozione della grazia⁵⁴.

6. La prassi Napolitano: primi casi di clemenza “politica”.

Il primo settennato di Giorgio Napolitano prende avvio proprio a distanza di pochi giorni dalla sentenza n. 200/2006. È opportuno sottolineare come egli abbia adottato soltanto 23 provvedimenti di clemenza; un numero ridotto se confrontato con altre Presidenze, specialmente con quella di Luigi Einaudi⁵⁵.

Egli è il primo Presidente della Repubblica ad esercitare il potere di grazia in piena autonomia, senza doverne accordare l’esercizio con il Guardasigilli, pur essendogli preclusa la concessione di privilegi penali alla luce di motivi non strettamente umanitari. Colpisce – a parere di chi scrive – l’accoglimento da parte del Presidente Napolitano della soluzione elaborata dalla Consulta, in seguito all’adozione di provvedimenti di grazia marchiati da una parziale connotazione politica. In un comunicato del 12 gennaio 2008⁵⁶, il Presidente dichiara di essersi *“sempre doverosamente attenuto ai principi indicati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 200 del 2006”*. In via generale, lo schema tipico dell’atto, così come delineato dalla sentenza n. 200/2006, è stato rispettato dal Capo dello Stato.

Come statuito dalla Consulta, la grazia non è strumento di politica attiva, in quanto eminentemente umanitaria ed equitativa. Il suddetto paradigma è accolto esplicitamente dallo stesso Presidente Napolitano in occasione della delicata vicenda di Marina Petrella, *ex* brigatista rossa estradata dalla Francia e per la quale quest’ultima aveva supplicato un atto di grazia⁵⁷. Tuttavia, tale paradigma subisce

⁵³ Così, G. U. RESCIGNO, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, n. 3, in *Giur. cost.*, 2006.

⁵⁴ Come ben osservato da A. PUGIOTTO, *Castelli di carte sul potere di grazia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 giugno 2006.

⁵⁵ Allo stato attuale, Einaudi, è stato il Presidente della Repubblica che ha concesso più grazie (15.578). Il suo predecessore Carlo Azeglio Ciampi, invece, ha adottato 114 provvedimenti di clemenza.

⁵⁶ Nota informativa, 12 gennaio 2008, *Risposta del Presidente Napolitano al Sen. Gustavo Selva sulla questione della grazia a Bruno Contrada*.

⁵⁷ “A proposito di dichiarazioni rese alla stampa insieme con l’annuncio della estradizione dalla Francia di persona condannata all’ergastolo per molteplici, gravissimi delitti di terrorismo e finora latitante, negli ambienti del Quirinale si precisa che in materia di provvedimenti di grazia, qualsiasi auspicio o appello al Capo dello Stato italiano deve tener conto delle norme vigenti e della giurisprudenza costituzionale, delle condizioni che ne sono dettate per l’esercizio del potere di grazia attribuito al Presidente della Repubblica e infine delle valutazioni

una deroga a partire dall’emanazione dei provvedimenti di grazia a favore di cinque *ex* terroristi altoatesini. A distanza di poco tempo dalla concessione della grazia, il Capo dello Stato aveva aperto uno spiraglio, nel corso della visita di Stato in Austria (*“per persone la cui pena detentiva sia prescritta è senz’altro possibile un provvedimento di grazia per le pene accessorie. Naturalmente, sono misure più che altro simboliche. Significano sensibilità, buona volontà, per il superamento di vecchi contenziosi”*)⁵⁸. Occorre poi considerare che il Colle non ha mai emanato un comunicato teso a riportare le ragioni poste a fondamento della concessione della grazia ai cinque cittadini austriaci.

Il sospetto del valore “politico” dell’atto di grazia, invece, viene meno nei noti casi Sallusti e Romano. Il primo attiene alla condanna a quattordici mesi di reclusione, confermata dalla Cassazione, nei confronti dell’allora direttore del quotidiano “Libero” Alessandro Sallusti per concorso in diffamazione aggravata a mezzo stampa. Alla pronuncia di legittimità segue il comunicato del Quirinale con cui si annuncia la firma del decreto di commutazione della pena al soggetto condannato. Dalle motivazioni riportate nel comunicato del 21 dicembre 2012 emerge chiaramente che l’atto di grazia non sia incentrato su rilevanti e straordinarie esigenze di natura umanitaria o equitativa, bensì su valutazioni di natura oggettivamente ed esclusivamente politica. Tale atto, su pressione degli *“orientamenti critici avanzati in sede europea, in particolare dal Consiglio d’Europa, rispetto al ricorso a pene detentive nei confronti di giornalisti”*, detta una manifesta linea di politica legislativa, invitando le forze politiche e sociali a porre all’ordine del giorno la modifica della disciplina penale della diffamazione a mezzo stampa. L’adozione di tale provvedimento, avvenuta dopo soli due mesi dal deposito della pronuncia di condanna, risulta in netto contrasto con la regola – sancita dalla sentenza del 2006 e accolta dallo stesso Napolitano – secondo cui la clemenza non può essere concessa a distanza di breve tempo dalla condanna, poichè finirebbe per assumere *“il significato di una valutazione di merito opposta a quella del magistrato, configurando un ulteriore grado di giudizio e (...) determinando un evidente pericolo di conflitto di fatto tra poteri”*. Una corrente di pensiero ritiene che la commutazione della pena per il soggetto condannato scaturisca da ragioni politiche, quale impulso per una riforma dei reati di diffamazione a mezzo stampa⁵⁹.

Particolarmente dibattuta è anche la concessione della grazia nei confronti del colonnello statunitense della Nato Joseph L. Romano III, condannato alla pena di

di ordine generale che insindacabilmente gli spettano” (Comunicato del 9 luglio 2008, *Nota sull’esercizio del potere di grazia del Presidente della Repubblica*).

58 Il testo della conferenza stampa del 28 giugno 2007 è reperibile sul sito istituzionale del Quirinale. Come avallato da G. DONATI, *Il potere di grazia dopo la sentenza n. 200/2006 della Corte costituzionale: una verifica empirica*, in *Studium iuris*, n. 7/8-2008, 786, il quale parla di clemenza “simbolica”.

59 Così, P. POMANTI, *Ancora sul potere di grazia*, in *Archivio penale*, n. 1/2013, 14.

sette anni di reclusione (con sentenza irrevocabile) per il rapimento ed il successivo trasferimento in Egitto dell'Imam di Milano Abu Omar⁶⁰, in concorso con plurimi agenti della CIA e della SISMI. Come in precedenza, il provvedimento di grazia è adottato a pochi mesi di distanza dalla pronuncia di condanna. La concessione della grazia è subordinata ai seguenti motivi: il primo attiene alla volontà del Presidente Obama di *“porre fine a un approccio alle sfide della sicurezza nazionale legato ad un preciso e tragico momento storico e concretatosi in pratiche ritenute dall'Italia e dalla Unione Europea non compatibili con i principi fondamentali di uno Stato di diritto”*; il secondo, alla sopravvenuta entrata in vigore del d.P.R. n. 27/2013, il quale stabilisce che nelle situazioni di giurisdizione concorrente con altro Stato, il Ministro della Giustizia possa rinunciare al diritto di priorità della giurisdizione italiana su reati commessi da militari NATO *“in ogni stato e grado del giudizio, fino al passaggio in giudicato della sentenza”*. Come rilevato in dottrina⁶¹, il primo motivo è dichiaratamente politico: si ignora che in virtù dell'art. 7 dello Statuto di Roma la *“sparizione forzata di persone”* rientra tra i crimini contro l'umanità, in ordine ai quali non può essere invocata alcuna forma di immunità; al contempo, si assiste ad un netto contrasto con la sentenza della Suprema Corte, che aveva negato al condannato la possibilità di richiamare come scriminante l'esistenza di una immunità funzionale. Con riguardo al secondo motivo, occorre tenere conto che in tale vicenda non sussistono le condizioni richieste dall'art. 1 del d.P.R. n. 27/2013 per la definizione della richiesta di rinuncia, nonché la concorrenza tra giurisdizioni nazionali e la mancanza di un giudicato. In realtà, è lo stesso Capo dello Stato a svelare la natura politica del provvedimento nella parte terminale del comunicato, nel punto in cui ammette che l'esercizio del potere di grazia ha *“ovviato a una situazione di evidente delicatezza sotto il profilo delle relazioni bilaterali con un Paese amico, con il quale intercorrono rapporti di alleanza e dunque di stretta cooperazione in funzione dei comuni obiettivi di promozione della democrazia e di tutela della sicurezza”*. È assodato l'omesso richiamo a specifici elementi di carattere umanitario o equitativo inerenti il condannato. Rispetto al caso Sallusti, le motivazioni adottate non sono legate neppure a valutazioni di stretta politica internazionale; nell'ottica di una corrente di pensiero, esse appaiono come dei *“deboli tentativi di mascheramento di una grazia strettamente politica con poco convincenti argomenti in punto di diritto”*⁶². Secondo un ulteriore indirizzo, genera allarme la circostanza che il potere di concedere la grazia sia attuato *“come estrema ratio, dopo*

60 Una ricostruzione dettagliata della vicenda è compiuta da A. VALENTINO, *La sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Abu Omar: la tutela dei diritti fondamentali nel rapporto tra i poteri dello Stato*, in *Osservatorio AIC*, n. 3, 2016.

61 G. SCACCIA, *La grazia di Napolitano al colonnello Joseph Romano e i limiti al potere presidenziale di clemenza individuale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 8 maggio 2013, 4.

62 Così, A. DEFFENU, *La grazia (anche) “politica” come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale: la “slogatura” interpretativa dell'art. 87, c. 11, Cost. nella prassi dell'ultimo Napolitano*, in *Costituzionalismo*, n. 3, 2015, 28.

aver cercato in tutti i modi di sbarrare la strada al controllo di legalità esercitato in modo indipendente dall'autorità giudiziaria, cioè l'esercizio della grazia contro la giustizia"⁶³. Infine, la natura politica dell'atto di grazia lascia intravedere una solida intesa tra il Quirinale ed il Governo nella decisione favorevole alla sua concessione; al contempo, tale intesa infrange il meccanismo procedurale di controllo delineato dalla sentenza n. 200/2006, in quanto compete al Ministro della Giustizia negare la propria controfirma ove il Capo dello Stato superi i limiti costituzionali prescritti⁶⁴.

È opportuno chiarire che la maggior parte dei provvedimenti adottati dal Presidente Napolitano risultano in perfetta linea con la sentenza della Corte costituzionale. Tra di essi, si ricorda la grazia concessa a Salvatore Piscitello, medico condannato a sei anni per aver ucciso il figlio, autistico e violento nei confronti dei genitori. Nel caso di specie, è lampante il profilo equitativo del provvedimento concesso; si deve considerare, altresì, che le gravi condizioni di salute del condannato lo avevano portato fuori dall'istituto penitenziario. Presenta tratti simili la vicenda della grazia concessa a Calogero Crapanzano, maestro elementare di settantatré anni, condannato per l'uccisione del figlio autistico. È peculiare che nel corso del processo si "giustifici" l'imputato, in ragione della totale solitudine dello stesso davanti alla malattia del figlio.

Dalla prassi Napolitano affiora un orientamento contrario alla concessione della grazia a favore di condannati all'ergastolo; la gran parte delle pratiche rigettate o archiviate riguardano soggetti già condannati per reati di minore gravità⁶⁵. A tale proposito, una parte della dottrina, servendosi di un accurato *Report* elaborato dal Consigliere del Presidente della Repubblica per gli Affari dell'Amministrazione della Giustizia⁶⁶, indica le principali cause giustificanti l'archivio di un eccessivo numero di pratiche⁶⁷.

63 Così, D. GALLO, *Salvare il soldato Romano*, in *Questione Giustizia*, 3 maggio 2013.

64 Secondo A. PUGIOTTO, *Fuori dalla regola e dalla regolarità: la grazia del Quirinale al colonnello Usa*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2013, 5-6, si intravede "un ritorno a una configurazione del potere di grazia quale atto in condominio tra Quirinale e Palazzo Chigi".

65 Merita menzione la mancata concessione della grazia all'ex Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi. Per una ricostruzione della vicenda, si veda G. SCACCIA, *Presidente della Repubblica e ordine giudiziario nell'era di Napolitano (maggio 2006-settembre 2013)*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2013, 18-20. Il Capo dello Stato ritiene che si siano "manifestati giudizi e propositi di estrema gravità, privi di ogni misura nei contenuti e nei toni".

66 A seguito della sentenza costituzionale, si è ritenuta necessaria l'istituzione, presso la Presidenza della Repubblica, di un Ufficio per gli Affari dell'Amministrazione della Giustizia, suddiviso in quattro comparti, tra i quali risalta il Comparto Grazie, a cui spetta il compito di trattare le pratiche inerenti alla concessione della grazia. Sul punto, si veda G. MAROLDA, *Organizzazione e potere: il caso della Presidenza della Repubblica*, in *Gruppo di Pisa*, n. 3, 2017, 14-15; L. D'AMBROSIO, *L'esercizio del potere di grazia dopo la sentenza n. 200/2006 della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1908 ss.

67 Tale Report è allegato alla relazione di A. PUGIOTTO, *La concessione della grazia (con particolare riferimento alla Presidenza Napolitano)*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2011, 23-29. In particolare, l'elevato numero di pratiche è stato archiviato per le seguenti cause: la rinuncia alla domanda di clemenza, la sopravvenuta morte dell'interessato, la circostanza che la domanda è stata presentata in relazione a detenzioni cautelari, a condanne non definitive, a misure di sicurezza o di prevenzione personale, la sopravvenuta carenza di interesse.

7. L'esercizio della grazia nella Presidenza Mattarella

Da un'attenta disamina dei decreti di grazia adottati dal Presidente Sergio Mattarella nell'ultima parte del suo settennato emerge la piena adesione alla storica sentenza della Corte costituzionale. Con il comunicato del 14 febbraio 2019, si annuncia la concessione della grazia a favore di Franco Antonio Dri, Gianfranco Vergelli e Vitangelo Bini. Entrando nello specifico, il primo è stato condannato a oltre sei anni di reclusione per aver ucciso, nel corso di una lite insorta in un contesto familiare arduo e problematico per gli anziani genitori, il figlio tossicodipendente; gli ulteriori due soggetti, già anziani nel momento in cui il fatto è stato commesso, avevano ucciso le mogli malate di Alzheimer, trascinato dal desiderio di non causare più sofferenza alle rispettive consorti. L'aspetto significativo risiede nel considerare le *"eccezionali circostanze in cui sono maturati i delitti, evidenziate nelle sentenze di condanna"*. È indiscutibile che le ragioni sottostanti all'adozione di tali provvedimenti rispondano al *"senso di umanità"*, tali da indurre all'estinzione della pena non più funzionale alla rieducazione del condannato. Lo stesso dicasi per la grazia concessa a favore di Massimo Romani⁶⁸, Fabrizio Spreafico e Gastone Ovi.

Qualche perplessità – a giudizio di chi scrive – emerge in ordine alla grazia concessa nei confronti di un anziano condannato per coltivazione di sostanze stupefacenti impiegate presumibilmente a fini terapeutici. Tuttavia, l'assenza di un comunicato non consente di compiere considerazioni⁶⁹. Analogamente, risultano dubbie anche le decisioni assunte dal Capo dello Stato con i decreti del 27 ottobre 2017 e del 9 febbraio 2018. A tale proposito, è emblematica la pubblicazione sul sito istituzionale del Quirinale di una tabella riepilogativa delle grazie concesse dal Presidente Mattarella, dalla quale si coglie soltanto l'avvenuta emanazione dei decreti. Al contrario, merita attenzione l'adozione del provvedimento di clemenza nei riguardi di Antonio Monella, condannato per omicidio volontario ad oltre sei anni di reclusione. Le motivazioni sottese all'adozione del provvedimento (la buona condotta carceraria del detenuto e l'applicabilità delle misure alternative al carcere) non sono ritenute sufficienti – a parere di chi scrive – ai fini della concessione della grazia. Come osservato in dottrina⁷⁰, le perplessità aumentano se si tiene conto del contesto politico in cui è stata compiuta la decisione: egli era divenuto un simbolo per il partito della Lega Nord, promotore di diverse proposte di legge incentrate sul

⁶⁸ Comunicato del 23 dicembre 2015, reperibile sul sito istituzionale del Quirinale.

⁶⁹ Un approfondimento sulle vicende è compiuto da A. DEFFENU, *La scomparsa dei comunicati del Quirinale sui provvedimenti di grazia: assenza temporanea o nuova tecnica comunicativa?*, in *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (a cura di S. ANASTASIA, F. CORLEONE, A. PUGIOTTO), Roma, 2018, 130 ss.

⁷⁰ A. DEFFENU, *Sul potere di grazia del Presidente della Repubblica nella prassi più recente*, in *Scritti in onore di Pasquale Costanzo*, 25 novembre 2019, 4-5.

tema della legittima difesa domiciliare; gli stessi rappresentanti del partito hanno invocato un intervento clemenziale. Peraltro, dalla lettura della pronuncia di condanna affiorano diversi elementi che inducono a valutare la decisione del giudice come ragionevole e proporzionata⁷¹. Quel che colpisce maggiormente è l'omessa applicazione dell'esimente della legittima difesa domiciliare, oltre alla marcata predisposizione del soggetto ad una reazione offensiva.

Risultano manifestamente "politici" i provvedimenti di grazia adottati dal Presidente Mattarella nei confronti di Betnie Medero, Seldon Lady⁷² e Sabrina De Sousa, agenti implicati nel rapimento dell'Imam Abu Omar, noto caso che aveva già visto l'intervento del Presidente Napolitano a favore del colonnello della Nato Joseph Romano II. Le ragioni poste a fondamento della decisione presidenziale non risultano – a giudizio di chi scrive – di ordine umanitario. La concessione della clemenza a favore delle agenti Lady e De Sousa prende le mosse dalla volontà di riequilibrare il trattamento sanzionatorio alle stesse inflitto rispetto a quello degli altri soggetti condannati per il medesimo reato. Le suddette motivazioni non trovano riscontro nella sentenza di condanna⁷³, soprattutto nei riguardi della prima, alla quale la Corte di Appello di Milano contesta l'esecuzione di un'attività "*particolarmente intensa di organizzazione, coordinamento, reclutamento e realizzazione*" della fattispecie penale. È surreale, poi, che la concessione della clemenza nei confronti dell'agente De Sousa sia avvenuta anche in virtù della condotta assunta da essa. Occorre ricordare che l'agente è stata arrestata in Portogallo soltanto per mezzo di un mandato di arresto europeo emesso dalla Procura di Milano. È la stessa agente a violare il divieto di espatrio fuggendo negli Stati Uniti, a pochi mesi dalla scadenza del termine della messa in prova ai servizi sociali.

Ponendo a raffronto le due Presidenze, quella attuale risulta più attenta e rispettosa della sentenza 200/2006. Del resto, la concessione della grazia ai tre agenti è promossa del precedente intervento del Presidente Napolitano. Una conferma è data dalla recente firma di sette decreti di clemenza in linea con i limiti funzionali tracciati dalla Corte costituzionale.

8. Conclusioni

Giunti a tale punto, appare opportuno interrogarsi sugli effettivi "lasciti" della pronuncia costituzionale. Quest'ultima è stata definita in dottrina una "sentenza di sistema"⁷⁴, capace di incidere sui rapporti tra il Capo dello Stato e il Ministro della Giustizia. Tuttavia, a distanza di sedici anni dall'intervento della Corte

⁷¹ Corte di Assise d'Appello di Brescia, 29 giugno 2012.

⁷² Comunicato del 23 dicembre 2015, reperibile sul sito istituzionale del Quirinale.

⁷³ Corte d'Appello di Milano, 15 dicembre 2010, n. 3688. Sulla vicenda, si veda M. BUONASPERANZA, *Never ending story o forse no: ancora una grazia presidenziale nel caso Abu Omar*, in *Giurisprudenza penale*, n. 3, 2017.

costituzionale, il potere di grazia non è più inteso come atto duale, ossia frutto dell'accordo tra il Presidente della Repubblica e il Guardasigilli. Come già enunciato, uno dei punti nevralgici della pronuncia consisteva nel concepire il potere in esame come atto presidenziale, purché fosse esercitato come *"eccezionale strumento destinato a soddisfare straordinarie esigenze di natura umanitaria"*. Le prassi presidenziali successive alla storica sentenza mostrano come la grazia sia stata concessa sia per ragioni umanitarie⁷⁵ sia per ragioni di opportunità politica, che prescindevano *in toto* da considerazioni di natura umanitaria del soggetto beneficiario dell'atto di clemenza, contrastando così la giurisprudenza costituzionale. È difficile presumere che un organo politico come quello in discussione, accanto a considerazioni umanitarie, non possa procedere anche a valutazioni attribuibili alla sfera politica nell'esercizio del potere di grazia. Come precisato in dottrina, è improprio ragionare in termini unitari nel momento in cui si intende conferire il significato di "politico" con riferimento all'indirizzo del governo e all'attività della figura presidenziale⁷⁶. Nel primo scenario, il termine "politico" è il prodotto dell'accordo tra le forze della maggioranza in vista del perseguimento di scopi contingenti, destinati ad esaurirsi in un breve lasso di tempo. Nel secondo scenario, invece, viene in gioco la necessità di rappresentare l'unità nazionale e di essere l'elemento di chiusura del sistema costituzionale.

Dalle recenti prassi presidenziali affiorano segnali cruciali.

Il primo risiede nel mancato accoglimento della grazia come atto polifunzionale di esclusiva spettanza presidenziale. Seguendo tale ottica, si rischia di *"accrescere il dubbio che taluni provvedimenti clemenziali siano espressione di privilegi personali"*⁷⁷ e di favorire un allargamento delle prerogative presidenziali.

Il secondo segnale consiste nel radicale ridimensionamento della concessione della clemenza; in tale senso, è doveroso segnalare che l'elevato numero di decreti emanati dai primi Capi di Stati dipendeva dalla sovrapposibilità della grazia all'amnistia e all'indulto.

74 Così, F. BENELLI, *La decisione sulla natura presidenziale del potere di grazia: una sentenza di sistema*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 5 giugno 2006.

75 Secondo G. MAJORANA, *La prerogativa del potere di grazia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 ottobre 2012, cit., 7, "il perdono accordato per ragioni umanitarie deve sottostare ad una valutazione politica ancor più stringente di un atto di clemenza puramente "politico". Le esigenze straordinarie che giustificano il perdono presidenziale e che non sono state predeterminate dal legislatore, non possono che avere natura politica, dato che mancano appigli normativi ai quali agganciarsi".

76 S. GIANELLO, *Funzioni e responsabilità del Capo dello Stato nelle giurisprudenze costituzionali*, Torino, 2018, 32.

77 Così, A. DEFFENU, *L'esercizio presidenziale del potere di grazia per ragioni politiche: considerazioni critiche a partire dal caso De Sousa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2017, 210-211.

Infine, merita spazio quella parte della dottrina⁷⁸ che rileva nella clemenza un fondamento politico, ma prevedendo un pieno coinvolgimento dell'Esecutivo. Secondo quest'ultima, una formale delibera del Consiglio dei Ministri dovrebbe *"precedere e accompagnare la conclusiva e concorrente decisione del Presidente della Repubblica"*, dando luogo così ad una rinnovata concezione complessa della grazia, non più duumvirale ma bilaterale.

⁷⁸ Così, B. ROMANO, *Riflessioni critiche sulla grazia*, in *Studi in onore di Mauro Ronco* (a cura di E. M. Ambrosetti, Torino, 2017, 441.

LA TUTELA INDIRETTA DEL BENE CULTURALE. IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA TUTELA DELLA CULTURA E GARANZIA DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE DEI CIRCUMCOLENTES

Stefano Salvatore Scoca**

Abstract ita: il presente scritto ha lo scopo di approfondire quella particolare forma di tutela dei beni culturali che prende il nome di tutela indiretta. L'istituto, introdotto con la legge Bottai e confermato dal d.lgs. n. 42/2004, si caratterizza per imporre vincoli del più ampio contenuto su beni, non di pregio culturale, che sono connessi e nelle vicinanze del bene culturale direttamente tutelato e dunque a esso asserviti. La caratteristica di asservimento dei c.d. vincoli indiretti, insieme al fatto che i beni da essi colpiti non hanno intrinseche caratteristiche di pregio e il loro contenuto atipico, determinano la necessità di una attenta riflessione sulla tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti che si vedono colpiti dal provvedimento di vincolo indiretto. Appare dunque utile, per un verso, una rimeditazione della posizione della Corte costituzionale sull'assenza di un indennizzo a favore dei soggetti colpiti dal vincolo indiretto. Sotto altro aspetto, occorre verificare la tipologia di potere esercitato dall'amministrazione al fine di parametrare una adeguata e proporzionata tutela della situazione giuridica soggettiva nel giusto bilanciamento della tutela del bene culturale. Basandosi sulle poche, ma autorevoli, voci dottrinali e viceversa sull'ampio contributo giurisprudenziale, segno che l'apposizione del vincolo indiretto desta numerosi conflitti, si intende verificare la coerenza, sul piano costituzionale, della previsione di un indennizzo, quantomeno per l'eliminazione di posizioni giuridiche consolidate; mentre con riferimento al tipo di potere esercitato esso appare di tipo discrezionale puro. Tali approdi originano dall'idea di fondo, coerente col dato costituzionale e col sistema di tutela dei beni culturali, che la valorizzazione del bene culturale non significa necessariamente il sacrificio di legittime situazioni giuridiche dei privati.

Abstract eng: the purpose of this paper is to examine that particular form of protection of cultural goods known as indirect protection. The institute, introduced by the Bottai Law and confirmed by the d.lgs. n. 42/2004, it is characterised by the imposition constraints of the broadest content on assets, not of cultural value, which are connected to and in the vicinity of the directly protected cultural object and are therefore subservient to it. The subjugation characteristic of indirect restrictions, together with the fact that the assets affected by them do not have intrinsic characteristics of value, as well as their atypical content, they determinate the need for careful reflection on the protection of the legal situations on the persons affected by the indirect constraint measure. It therefore seems useful, on the one hand, a reconsideration of the orientation of the constitutional Court which denies indemnity to persons affected by indirect constraints. In another look, it is necessary to ascertain the type of authority exercised by the administration in order to establish an adequate and proportionate protection of the subjective legal situation in the proper balance of the protection of the cultural heritage. Based on the few, but authoritative, doctrinal voices and vice versa on the extensive jurisprudential contribution, this is sign that the imposition of indirect constraint has a significant impact on the recipient, the aim is to verify the constitutional consistency of the prevision for indemnity, at least in the case of elimination of steady legal position; whereas, with reference to

: Il presente lavoro sarà pubblicato anche negli scritti in onore della cara Amica Maria Immordino.

***** Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università per Stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria.

the type of authority exercised, it appears to be purely discretionary. These approaches originate from the basic idea, consistent with the constitutional consistency and with the system of protection of cultural assets, that their valorisation and protection does not necessarily mean the sacrifice of legitimate subjective legal situation.

SOMMARIO: **1.** Considerazioni preliminari sui vincoli indiretti. – **2.** Il rapporto tra bene direttamente tutelato e beni (non culturali) vincolati: asservimento e zona di rispetto. – **3.** Contenuto prescrittivo atipico del vincolo indiretto. – **4.** Tassatività degli scopi e contenuto motivazionale. – **4.1.** segue. Proporzionalità e congruità. – **5.** Il tipo di discrezionalità nell'esercizio del potere di vincolo indiretto. – **6.** L'(assenza di)indennità a favore del soggetto gravato dal vincolo indiretto. – **7.** Conclusioni.

1. Considerazioni preliminari sui vincoli indiretti.

La tutela del bene culturale passa sovente¹, se non costantemente, per una duplice protezione, l'una definita diretta, l'altra definita indiretta e disciplinata dagli artt. 45 e seguenti del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali)².

Il Codice inserisce tali forme di tutela indiretta nella Sezione III, Capo III, Libro I, rubricata "altre forme di protezione" e in essa sono disciplinati diversi istituti che hanno prevalentemente ad oggetto l'ambiente circostante al bene culturale tutelato ovvero atti di consenso al loro utilizzo. In particolare, l'art. 45 del Codice attribuisce

¹ La dottrina sulla nozione di bene culturale è ampissima, in quanto non è argomento immediato del presente scritto sia consentito rinviare, senza pretesa di completezza, a M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 3 ss.; S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in Id., *L'amministrazione dello Stato. Saggi*, Milano, 1976, p. 153 ss.; B. CAVALLO, *La nozione giuridica di bene culturale*, in F. Perego (coordinatore), *Memorabilia, il futuro della memoria*, I, Bari, 1987, p. 11 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano, 1988, p. 135; M.P. CHITI, *La nuova nozione di "beni culturali" nel d.lgs. 112/98: prime note esegetiche*, in *Aedon*, n. 1-1998, aedon-mulino.it; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Postfazione (ad un dibattito su la «Cultura e i suoi beni giuridici»)*, *I beni culturali: gnoseologia e nuove disposizioni*, in Id. (a cura di), *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano, 1999, p. 424 ss.; G. SEVERINI, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in G. Caia (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali e ambientali*, Milano, 2000, p. 1 ss.; P. STELLA RICHTER, E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, in A. Catelani, S. Cattaneo (a cura di), *I beni e le attività culturali*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXIII, Padova, 2002, p. 385 ss.; N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002, p. 29 ss.; G. CAIA, art. 2, in G. Trotta, G. Caia, N. Aicardi (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2005, p. 1059 ss.; A. BARTOLINI, *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, p. 93 ss.; ID., *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 223 ss.; G. SCIULLO, *Patrimonio e beni*, in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciuillo, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, p. 31 ss.

² In tema in particolare, D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, in A. Crosetti – D. Vaiano, Torino, 2005, spec. p. 58 ss.; ID., *Altre forme di protezione*, in G. Leone – A. Leo Tarasco (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006, p. 356 ss.; L. CASOLI, *Altre forme di protezione*, in E. Follieri (a cura di), *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio*, I, *I beni culturali*, Napoli, 2005, p. 155 ss.; A. CROSETTI, *Commento sub art. 45*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2006, p. 363 ss.

al Ministero per i beni e le attività culturali la facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro. La disposizione appena richiamata si caratterizza per l'atipicità delle prescrizioni che non sono limitate alla previsione di misure e distanze (che si potrebbero definire tipiche), ma la locuzione "e le altre norme" pertiene alla possibilità di ricorrere a ogni strumento idoneo a garantire gli obiettivi di tutela, questi sì, tipizzati dalla norma³. Di contro la stessa disposizione impone la sussistenza di un rapporto tra bene culturale direttamente tutelato e la necessità che la tutela di questo sia "completata" dal c.d. provvedimento di tutela indiretta che deve tassativamente indicare lo scopo che ritiene di perseguire tra quelli espressamente indicati dalla norma. La dottrina inquadra il rapporto tra bene di pregio e beni sottoposti a vincoli indiretti alla stregua di un asservimento dei secondi ai primi⁴.

Se la prima forma di protezione del bene di pregio, che si sostanzia nell'apposizione di un vincolo sul bene culturale, viene definita diretta proprio perché ha ad oggetto immediato e diretto il bene culturale da tutelare, più complesso è comprendere quella forma di protezione che è mediamente e indirettamente funzionale a proteggere il bene culturale già tutelato in via diretta, attraverso la creazione di quella che viene definita una fascia di rispetto all'interno della quale opereranno le più variegate prescrizioni su immobili (non di pregio) e/o attività in varia guisa e misura a esso collegati.

Pertanto, mentre il vincolo diretto opera e ha ad oggetto il bene di pregio, i vincoli indiretti operano su beni che non sono e non possono essere di pregio e tuttavia hanno ad oggetto il (completamento della disciplina del) bene di pregio.

Dottrina e giurisprudenza ammettono che tali forme di protezione, nominate vincoli indiretti, una volta apposte creano una zona (o fascia) di rispetto del bene culturale tutelato dal vincolo (diretto), sebbene a ben guardare non sia del tutto assimilabile alle altre zone di rispetto quali ad esempio quelle idriche o urbanistiche⁵. Pertanto uno dei temi di maggior complessità attiene alla esatta individuazione e perimetrazione della fascia di rispetto, per modo che una volta individuata essa sia effettivamente funzionale a tutelare il bene di pregio nel rigoroso rispetto degli obiettivi di tutela prescritti tassativamente dall'art. 45 del Codice⁶, e allo stesso tempo

3 Sul punto già M. GRISOLIA, *In tema di zone di rispetto di monumenti*, in *Foro amm.*, 1956, I, 3, c. 380 ss.; E. GUICCIARDI, *La tutela diretta e indiretta delle cose di interesse artistico*, in *Giur. it.*, 1963, III, c. 209 ss.

4 In tal senso T. ALIBRANDI – P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, p. 387-388.

5 Infatti, per quanto riguarda le zone di rispetto idriche è direttamente prestabilito per legge sia l'oggetto per cui è prevista la tutela (il corso d'acqua), sia l'ampiezza minima della fascia; non diversamente per quanto avviene in materia urbanistica quali ad esempio quelle stradale, ferroviaria, cimiteriale, quella riferita alle aree limitrofe agli aeroporti. Anche in tal caso, tuttavia, è ben chiaro l'oggetto di tutela, le distanze e l'ampiezza della fascia di rispetto e i limiti legali.

6 In tema, ma *amplius infra*, l'orientamento è ormai costante. La prima pronuncia che ha affermato la necessità di adeguata motivazione del vincolo in rapporto alla finalità ed estensione sembra potersi individuare in Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 1956, n. 96, in *Giur. it.*, 1956, III, c. 133, con nota di E. GUICCIARDI, *ivi*.

non frustri eccessivamente sia le esigenze urbanistico-edilizie, che comunque risultano soccombenti rispetto al vincolo indiretto, sia le esigenze e i diritti dei privati.

Da rilevare che proprio le prescrizioni del vincolo indiretto, che possono avere il contenuto più ampio e disparato –arrivando fino all’inedificabilità assoluta o all’inibizione di attività imprenditoriali–, e che portano dottrina e giurisprudenza a qualificarle atipiche, impongono una chiara e quanto più oggettiva possibile perimetrazione della zona da sottoporre a vincolo indiretto. La fascia di rispetto viene però perimetrata sulla base di nozioni che tuttavia appaiono flessibili e indefinite quali, ad esempio, vicinanza e contiguità. Concetti giuridici indeterminati (o se si preferisce nozioni indefinite) che, a seconda di come vengono declinati dall’amministrazione precedente, possono ampliare o restringere la zona di rispetto nel limite (generico e nei fatti difficilmente sindacabile) della discrezionalità-tecnica, come costantemente affermato in giurisprudenza. In altre parole, l’ampiezza dei vincoli indiretti –che colpiscono beni non di pregio culturale– è tarata facendo riferimento a nozioni e concetti indeterminati e dunque per natura flessibili. La caratteristica di indeterminatezza dei concetti sui quali si coagula la tutela indiretta (vicinanza, contiguità, cornice ambientale, luce, prospettiva, veduta), se da un lato presenta aspetti di rilevante favore per il bene culturale oggetto di tutela (diretta), di contro, laddove eccessivamente estesi, può frustrare i diritti di proprietà o di godimento dei cittadini “limitrofi”, ma anche eventuali pianificazioni urbanistiche che in precedenza avevano determinato indici di edificabilità di uno o più immobili, in sintesi di tutti quei beni e attività, pubblici o privati, che si trovino nella zona di rispetto. Appare questo un profilo di criticità che unitamente all’ampiezza delle prescrizioni che possono essere imposte coi vincoli indiretti, va a penalizzare oltre modo beni immobili e finanche attività imprenditoriali che risultano (asseritamente) contigue o vicine al bene culturale tutelato, a seguito di un (preteso) apprezzamento discrezionale(-tecnico) da parte dell’amministrazione competente. In sostanza non si ha una determinazione prestabilita e oggettiva circa l’ampiezza della fascia di rispetto⁷, essendo questa rimessa alla valutazione (a ben guardare più soggettiva che)

⁷ Appare fin troppo chiara l’assonanza dei concetti di vicinanza e contiguità *ex art. 45 Codice* con la diversa, ma allo stesso tempo affine, nozione di *vicinitas*, la quale elaborata in giurisprudenza come condizione dell’azione, ha da sempre scontato la difficoltà di indicare in modo incontrovertibile chi possa vantare la *vicinitas* per impugnare un provvedimento edilizio. Numerosi sono gli orientamenti giurisprudenziali che hanno mostrato di apprezzare il concetto di *vicinitas* in modo difforme e non sempre omogeneo, sia sul piano sostanziale, sia su quello spiccatamente processuale. Sul piano processuale il campo era diviso tra l’orientamento secondo il quale la *vicinitas* è criterio idoneo a legittimare l’impugnazione di singoli titoli edilizi e assorbe in sé anche il profilo dell’interesse al ricorso; e l’altro per cui la *vicinitas* da sola non basta a fondare anche l’interesse, dovendo il ricorrente fornire la prova concreta di un pregiudizio sofferto. Su tale ultimo punto è intervenuta C. Stato, ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22, in *giustizia-amministrativa.it*. La plenaria (punto 6 in diritto) fornisce anche una definizione di *vicinitas* sul piano sostanziale definendola come «stretto collegamento tra la (proprietà di) parte ricorrente e l’area oggetto dell’intervento edilizio, trattandosi di immobili direttamente e immediatamente confinanti, sebbene la violazione, ossia il mancato rispetto delle distanze, come ricordato in premessa, si abbia non nei confronti dell’edificio di parte ricorrente ma di quello di chi a sua volta confina dall’altro lato con quello confinante».

tecnica dell'amministrazione.

La concreta determinazione della tutela indiretta passa dunque per una complessa valutazione che si attua per fasi parallele e allo stesso tempo sovrapposte.

Infatti, la determinazione del perimetro della zona di rispetto, che significa in buona sostanza l'individuazione dell'"ambito spaziale" (per fornire una locuzione neutra) non di pregio da sottoporre a prescrizioni, dipende in prima battuta dall'oggetto di tutela che l'amministrazione

discrezionalmente intende perseguire e dunque l'integrità, la prospettiva, la luce o le condizioni di ambiente e di decoro.

Tale prima fase risulta essenziale per determinare, da un lato, l'ampiezza della fascia di rispetto, dall'altro per definire le prescrizioni (atipiche) che andranno a colpire i beni immobili e le attività ricomprese nella fascia di rispetto. A tali segmenti andrebbe poi sovrapposta la necessità di individuare misure alternative o meno impattanti sulle situazioni giuridiche dei soggetti (pubblici o privati) che si vedranno gravati dal vincolo indiretto⁸.

Provando a fornire un ordine procedimentale sarebbe opportuno che l'amministrazione determinasse previamente il tipo di tutela che intende perseguire vincolando "spazi" non di pregio in relazione al bene tutelato, conseguentemente perimetrare l'ampiezza della fascia di rispetto e solo successivamente indicasse le puntuali prescrizioni che vanno ad integrare il vincolo indiretto.

Utilizzando tale schema appare chiaramente complessa la qualificazione dell'attività amministrativa, se essa debba essere considerata discrezionale, ovvero discrezionale tecnica. La giurisprudenza sul punto sembra essersi attestata su una posizione monolitica che qualifica la scelta dell'amministrazione basata esclusivamente su discrezionalità tecnica⁹, mentre la dottrina sembra propendere per l'affermazione di una scelta discrezionale o mista¹⁰.

Appare chiaro, già da tali prime battute, come il vincolo indiretto presenti problematiche di non poco momento circa la tutela dei diritti dei privati sia inerenti alla proprietà, sia le attività imprenditoriali.

D'altronde l'alto numero di contenziosi (sviluppatosi soprattutto a partire dalla metà degli anni '50 del Novecento) che hanno ad oggetto i vincoli indiretti, dimostra che sovente il cittadino percepisce, a torto o a ragione, una indebita invasione della propria situazione giuridica soggettiva.

A riguardo vale la pena rammentare che la c.d. tutela indiretta ha un'origine legislativa remota in quanto era già stata prevista dall'art. 21 della legge 1° giugno

Appare evidente la eccessiva volatilità della nozione sin troppo facile da (ri)maneggiare e poco stabile.

8 Si potrebbe opinare che anche in tal caso l'amministrazione debba vagliare una c.d. "opzione zero".

9 In tal senso da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3663, in *giustizia-amministrativa.it*. *Infra* per una più ampia indicazione di pronunce in tal senso.

10 In tal senso R. COLONNA, *La tutela ambientale dei beni culturali: riflessioni sulla natura giuridica del c.d. vincolo indiretto ex art. 21 legge n. 1089 del 1939*, in *Riv. giur. edilizia*, 1996, II, p. 75 ss.; L. CASOLI, *Altre forme di protezione*, in E. Follieri (a cura di), *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio*, I, *I beni culturali*, cit., p. 160-161; A. CROSETTI, *Commento sub art. 45*, cit., p. 374-375.

1939, n. 1089¹¹. Tale articolo è stato poi trasfuso nell'art. 49 del d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 e infine nell'art. 45 del vigente Codice¹². Non si può inoltre non rilevare come la giurisprudenza abbia contribuito non poco a conformare una norma – rimasta sostanzialmente invariata – dal 1939 a oggi. Pertanto, vi sono orientamenti ormai costanti e formati nel corso del tempo già a partire dalla metà degli anni '50 del Novecento.

Il contributo della giurisprudenza, molto più di quello dottrinario, che tuttavia in alcuni casi ha avuto la capacità di stimolare il giudice amministrativo, è stato essenziale in tale materia nella quale, riprendendo i (risalenti, ma per certi versi ancora attuali) severi ammonimenti di alcuni autorevoli studiosi, è nelle mani di un'amministrazione che emana provvedimenti di forte impatto vincolistico con «tanta facilità da rasentare talvolta, agli occhi del profano, il capriccio o quantomeno la deformazione professionale»¹³.

11 M. GRISOLIA, *La disciplina dei monumenti nel nuovo codice in rapporto alla legislazione speciale*, in *Dir. beni pubbl.*, 1941, p. 313 ss.; ID., *La protezione dell'ambiente municipale*, in *Corr. amm.*, 1953, p. 41 ss.; M. CANTUCCI, *La tutela delle cose di interesse artistico e storico nella giurisprudenza e nella dottrina*, Napoli, 1968, p. 27 ss.

La precedente legge 20 giugno 1909, n. 364 aveva una norma simile, ma di minore impatto in quanto a differenza dell'art. 21 della legge Bottai e oggi dell'art. 45 del Codice, che possono imporre limitazioni anche sull'esistente, invece prevedeva limitazioni solo per le nuove costruzioni. L'art. 14 della legge del 1909 statuiva infatti che nei «Comuni, nei quali si trovano cose immobili soggette alle disposizioni della presente legge, possono essere prescritte, nei casi di nuove costruzioni, ricostruzioni, piani regolatori, le distanze, le misure e le altre norme necessarie allo scopo che le nuove opere non danneggino la prospettiva o la luce richiesta dai monumenti stessi». Sul punto si condivide A. CROSETTI, *Commento sub art. 45*, cit., p. 367. Rimarca le differenze tra l'art. 14, l. n. 364/1909 e art. 21, l. n. 1089/1939, D. VAIANO, *Altre forme di protezione*, cit., p. 360. Da notare che invece una non recentissima pronuncia, invero non proprio precisa, ha affermato che l'art. 45, d.lgs. n. 42/2004 si pone in linea di assoluta continuità, anche testuale, con le previgenti disposizioni del testo unico in materia di beni culturali (art. 49, d.lgs. n. 490/1999), e, ancor prima, della legge «sulla tutela delle cose d'interesse artistico e storico» (art. 21, l. n. 1089/1939) -sul punto *nulla quaestio*- prosegue tuttavia rilevando la continuità anche con l'art. 14, l. n. 364/1909. Inoltre ivi si afferma che trattasi di una disposizione di meditata elaborazione legislativa, la cui genesi sarebbe da ricondurre ai lavori del congresso internazionale degli architetti e tecnici dei monumenti, tenutosi a Venezia nel 1964, in esito al quale fu emanata la cd. «Carta internazionale del restauro», nella quale è stato valorizzato un concetto di tutela del patrimonio culturale esteso al contesto urbano e territoriale, espresso nell'art. 6, in tal senso T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 29 maggio 2013, n. 1389, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, p. 1446. Se la prima affermazione non pare revocabile in dubbio, ossia la continuità tra l'art. 21 l. n. 1089/1939, l'art. 49 d.lgs. n. 490/1999 e l'art. 45 Codice, come dimostra peraltro anche la continuità degli orientamenti giurisprudenziali formati a partire dal citato art. 21; meno condivisibile pare la ulteriore affermazione della continuità con l'art. 14, l. n. 364/1909 (per le considerazioni sinteticamente espresse) e altresì il fatto che la disposizione debba la propria genesi al Congresso di Venezia del 1964 semplicemente in forza di una constatazione diacronica. In sostanza l'affermazione della continuità tra l'art. 21 del 1909 e il 45 Codice smentisce in radice la sua genesi nel 1964.

Va inoltre rilevato che la legge n. 364/1909 all'art. 16 comma 2 attribuiva la facoltà di creare zone di rispetto per evitare la costruzione di nuove opere in prossimità di monumenti a detrimento della luce e della prospettiva a essi indispensabili, in tal senso, Cass., 15 febbraio 1944, in *Rep. Foro it.*, 1943-45, alla voce *Monumento pubblico*, n. 8.

12 Sulla continuità tra gli artt. 21, l. n. 1089/1909, 49, d.lgs. n. 490/1999 e art. 45 del Codice non sembra si possano porre soverchi dubbi. In tal senso *ex pluribus*, C. Stato, Sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3355, in *Foro amm.*, 2014, p. 2021. Anche sul punto si condivide A. CROSETTI, *Commento sub art. 45*, cit., p. 367.

13 Così E. GUICCIARDI, cit., c. 134. Affermazione confermata e rincarata dallo stesso A., *Tutela diretta e tutela indiretta delle cose di interesse artistico*, cit., ove afferma che la «scarsa propensione dell'Amministrazione artistica a rendersi conto del senso giuridico, e pertanto dei limiti, dei poteri di cui si trova investita, e a

Pertanto, sin da subito è stato apprezzato lo sforzo giurisprudenziale che «ha dovuto da qualche tempo adoperarsi per ricondurre l'Amministrazione ad un uso più accettabile dei suoi poteri»¹⁴. Vero è che è mutato l'approccio sociale verso i beni culturali e artistici e maggiore è la sensibilità di ognuno per la tutela dei beni di pregio e per i valori che essi rappresentano, vero altresì che i concetti di cultura e arte sono essi stessi dinamici e che l'amministrazione possa in maniera forse eccessivamente integralista qualificare beni di pregio artistico o culturale anche beni che sono socialmente non identificati come tali, ma viceversa sono considerati "mostri edilizi". Vero è che il compito dell'amministrazione è "pre-vedere" il contenuto artistico o culturale di un immobile, ma spesso tale "pre-visione" dipende più da intime convinzioni del decidente o da mode passeggiere, che da reali e intimamente esistenti caratteristiche artistico-culturali.

È l'intima essenza della cultura e dell'arte che si modifica e allo stesso tempo modifica le linee e i gusti, e dunque è sfuggente proprio il valore costituzionale tutelato con la conseguenza che è ampissimo lo *spatium deliberandi* dell'amministrazione procedente nell'indicare quale bene sia di pregio, e, correlativamente, quali vincoli indiretti debbano essere previsti per tutelare il contesto del bene di pregio.

Con ciò si vuole dire che se da un lato si condivide l'ampia flessibilità della tutela indiretta, al fine di garantire valori costituzionali, peraltro in un Paese ricco di beni culturali come l'Italia, dall'altro la eccessiva ampiezza dei poteri attribuiti all'amministrazione, non corredata da un sindacato giurisdizionale più profondo e da effettivi controbilanciamenti all'esercizio del potere vincolistico, porteranno certamente, prima o poi, a qualificare beni di pregio immobili che sono ben lontani dall'incarnare lo specifico valore immateriale che qualifica il bene culturale.

A ciò si aggiunga che l'ampiezza di poteri, va a incidere pesantemente su diritti di soggetti che hanno l'unica "colpa" di essere proprietari di immobili che vengono discrezionalmente ricompresi nella "cornice ambientale" del bene di pregio. Come a dire oltre al danno si aggiunge la beffa: dover guardare un "mostro edilizio" e subire limitazioni per la sua tutela.

Pertanto, pur condividendo gli orientamenti giurisprudenziali che ormai costantemente predicano la proporzionalità degli interventi e la loro ragionevolezza, sembra necessario che si esca dall'impasse della discrezionalità tecnica come strumento per giustificare le scelte dell'amministrazione¹⁵. È necessario che la

prevalersi invece della allettante insindacabilità nel merito del loro esercizio, che non di rado appare quindi determinato da valutazioni irragionevoli o manifestamente erranee, o da ragioni di puntiglio, o da altro ancora», (c. 209). In senso non dissimile, M. GRISOLIA, *In tema di zone di rispetto di monumenti*, cit., c. 383, il quale ha utilizzato termini certamente più moderati, ma non meno incisivi.

14 E. GUICCIARDI, cit., c. 134; nello stesso senso M. GRISOLIA, *op. ult. cit.*, c. 384.

15 Sul punto l'orientamento è consolidato nell'affermare che l'imposizione dei vincoli indiretti è conseguente ad una valutazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione, in quanto -stando alla tesi- questa soggiace a precisi limiti enucleabili nel generale concetto di logicità e razionalità dell'azione amministrativa (onde evitare che la vincolatività indiretta, accessoria e strumentale potesse trasformarsi in una vincolatività generale e

giurisprudenza faccia finalmente un passo avanti verso un sindacato intrinseco e pieno, che lungi dal sovrapporsi alle scelte dell'amministrazione, ne possa vagliare l'intimo perseguimento dell'interesse pubblico, tanto più laddove l'amministrazione abbia poteri così ampi e vaghi che possa di fatto qualificare, definire e conformare ogni cosa. Pertanto, la giurisprudenza Meglio avrebbe potuto fare sul versante del sindacato intrinseco e nella effettiva applicazione di quei principi che, come si vedrà, alle volte sono stati "capovolti" sul piano pratico. È certamente con un sindacato giurisdizionale pieno, più che con la previsione di un indennizzo, utile quantomeno come deterrente per un abusivo esercizio di integralismo artistico-culturale, che il cittadino potrà accettare limitazioni ai propri diritti per la tutela di un valore superiore.

2. Il rapporto tra bene direttamente tutelato e beni (non culturali) vincolati: asservimento e zona di rispetto.

Si è rilevato che il vincolo indiretto è funzionale a tutelare mediatamente il bene culturale in quanto tende sostanzialmente a riconoscere e mantenere inalterato l'ambito spaziale nel quale il bene è incastonato. In tal modo il vincolo indiretto diviene una forma di completamento della tutela del bene culturale che è il vero e unico protagonista della tutela culturale¹⁶. L'obiettivo è dunque quello di fornire una tutela più organica al bene direttamente tutelato, in quanto si ritiene che tale bene mantenga il proprio valore culturale anche in considerazione e in relazione ai beni a esso circostanti¹⁷. Per questo attraverso il vincolo indiretto si introducono zone di rispetto entro le quali, a tutela della luce, della prospettiva, delle condizioni di ambiente e di decoro si possano adottare le più ampie misure possibili. Le zone di rispetto diventano il contenitore di beni in esse ricomprese che diventano strumentali al bene culturale, e, infatti i provvedimenti vanno a colpire beni diversi da quello di pregio, in quanto a questo funzionalmente collegati¹⁸. Pertanto, il vincolo indiretto non deve essere imposto su aree interessate da beni di diretto rilievo artistico e culturale, riguardando aree non dotate di specifico rilievo ma tali che una

indifferenziata); al principio di proporzionalità (congruità del mezzo rispetto al fine perseguito), alla specifica valutazione dell'interesse pubblico "particolare" perseguito ed alla necessità che nella motivazione provvedimento sia chiaramente espressa l'impossibilità di scelte alternative meno onerose per il privato gravato del vincolo indiretto, in tal senso da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3663, cit; 20 settembre 2005 n. 4866; Id., 8 settembre 2009 n. 5264, in *giustizia-amministrativa.it*.

16 Sulla denominazione del vincolo indiretto come vincolo di completamento, A. MANSI, *Il nuovo testo unico per i beni culturali e ambientali*, Padova, 2000, p. 99. C. Stato, Sez. VI, 7 dicembre 1994, n. 1745, in *Riv. giur. edilizia*, 1995, I, p. 455.

17 In tema C. Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 61, in *Foro amm. CDS*, 2013, p. 219 con la quale si è statuito che il vincolo indiretto è preordinato a tutelare l'integrità dei beni immobili che siano stati già riconosciuti di interesse culturale, la difesa della prospettiva e della luce degli stessi, la cura delle relative condizioni di ambiente e di decoro; ne consegue che presupposto necessario per la legittimità del decreto impositivo di vincolo indiretto è l'esatta individuazione ed estensione del bene storico-artistico da tutelare e che in nessun modo il vincolo indiretto può essere imposto con la sola finalità di impedire le modificazioni del territorio storicamente conformato.

18 A. CROSETTI, *Sub art. 45*, cit., p. 367.

utilizzazione illimitata verrebbe ad alterare la luce, la prospettiva e l'ambiente di edifici di diretto interesse archeologico, storico ed artistico¹⁹. Tanto che si ritiene che le prescrizioni relative al vincolo indiretto presuppongano un decreto di vincolo (diretto) di un bene ritenuto di rilevante interesse artistico o storico, ponendosi rispetto a questo in relazione di accessorietà, con la conseguenza che la mancanza del bene principale, non consentendo nell'individuazione del rapporto tra questo e le misure accessorie, rende prive di ragione quest'ultime. E dunque è chiara la necessità di evidenziare il rapporto di complementarietà tra i due vincoli (diretto e indiretto).

In tale quadro si ritiene che l'amministrazione possa vincolare beni che, seppur privi di valore storico artistico, sono a questi legati al fine di garantirne il decoro anche sotto l'aspetto ambientale.

Si ammette dunque la possibilità di impedire la realizzazione di opere site nelle vicinanze, collidenti con il valore storico e artistico che i beni hanno acquisito nel tempo a garanzia della visibilità, integrità e decoro²⁰.

Pertanto, uno dei punti di maggior complessità attiene alla esatta perimetrazione della zona di rispetto e dunque dei beni non di pregio che saranno sottoposti a vincolo²¹.

L'ampiezza della zona di rispetto non è predeterminabile in base a parametri oggettivi, ma rimessa esclusivamente all'apprezzamento definito tecnico dell'amministrazione che, tuttavia, si basa su concetti giuridici indeterminati quali la tutela dell'integrità dei beni culturali immobili, e con l'obiettivo di tutelarne la prospettiva o la luce ovvero le condizioni di ambiente e di decoro²², con il limite, da apprezzare di volta in volta, che il vincolo indiretto non possa avere finalità esclusive di tutelare l'ambiente circostante, senza che la tutela sia asservita a un bene direttamente tutelato²³.

Tale indeterminatezza di concetti, e il loro apprezzamento ha condotto sovente l'amministrazione a vincolare indirettamente ampie zone peraltro non necessariamente vicine. Si affermò sin da subito l'orientamento in forza del quale l'ampiezza della zona di rispetto non debba essere valutata in astratto, ma in

19 Cons. Stato, Sez. VI, 22 agosto 1991, n. 524, in *Riv. giur. edilizia*, 1992, I, p. 136, nello stesso senso T.A.R. Campania, Salerno, 29 ottobre 1993, n. 549, in *Foro amm.*, 1994, p. 921, ove si mette chiaramente in evidenza il rapporto di accessorietà tra i vincoli diretto e indiretto; Cons. Stato, Sez. VI, 19 aprile 1996, n. 580, in *Giur. it.*, 1996, III,1, c. 595; Id., 11 ottobre 1996, n. 1316, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1546.

20 T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 2 novembre 1989, n. 1534, in *Foro amm.*, 1990, p. 1579; C. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 1998, n. 215, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 286.

21 Cons. Stato, Sez. VI, 24 agosto 1992, n. 615, in *Riv. amm. R. It.*, 1992, p. 1345 ove si afferma che provvedimento di imposizione di vincolo indiretto su area di interesse archeologico diretto a disporre una fascia di rispetto per la visibilità e godibilità del bene archeologico costituente oggetto di vincolo diretto.

22 Rileva T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 16 febbraio 2006, n. 1171, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. che la determinazione del suo contenuto e della delimitazione della estensione del vincolo appartiene alla sfera di discrezionalità tecnica dell'autorità procedente, in ragione dell'elasticità e dell'indeterminatezza dei parametri tecnici delle discipline storiche ed archeologiche.

23 Cons. Stato, Sez. VI, 22 ottobre 1958, n. 784, in *Foro it.*, 1959, III, c. 46; Id. 19 ottobre 1960, n. 765, in *Cons. Stato*, 1960, I, p. 1843.

rapporto alla natura, alle caratteristiche e all'ubicazione dei singoli beni²⁴.

La giurisprudenza amministrativa nel corso del tempo ha fornito diverse indicazioni che hanno aiutato a dare maggiore chiarezza; di contro, essa ha tuttavia reso maggiormente complessa la perimetrazione allorquando ha utilizzato in modo alternativo le nozioni di vicinanza, contiguità, adiacenza, e altri sinonimi²⁵.

Infatti, sovente è dato ritrovare pronunce ove si afferma che il vincolo indiretto può essere apposto su aree territoriali circoscritte, caratterizzate dalla loro contiguità con il bene vincolato; viceversa, in altre, la nozione di contiguità è stata allargata fino a far scomparire il concetto di vicinanza fisica o storica, ammettendo così che il vincolo indiretto possa colpire anche immobili siti in zone non fisicamente contigue²⁶. Queste due posizioni convivono e vengono entrambe parallelamente confermate. Pertanto, in alcune ipotesi si ammette la correttezza della perimetrazione della fascia rispetto con riferimento a nozioni che denotano una continuità dell'ambiente in senso fisico o identità di stilemi culturali (storici o artistici); di contro, e contestualmente alle precedenti ipotesi si ritengono legittime perimetrazioni che prescindono dalla distanza fisica rispetto al bene tutelato, e dalla continuità di stilemi. In tal modo si afferma che il vincolo indiretto è applicabile a tutti gli immobili che si trovino nelle adiacenze del monumento da tutelare, anche se non contigui ad esso, ma separati, ad esempio, da una via pubblica o da un giardino²⁷, purchè caratterizzati dall'appartenenza ad un unitario e inscindibile contesto territoriale²⁸.

La giurisprudenza pur confermando che la non contiguità dell'area non impedisce l'apposizione di un vincolo indiretto²⁹, ha individuato il limite nel fatto che qualora le esigenze di tutela del bene culturale vincolato comportino la necessità di disciplinare una vasta porzione di territorio non si può utilizzare lo strumento del vincolo indiretto ma occorre fare ricorso alla strumentazione di piano³⁰.

Pertanto, il parametro per valutare se l'area possa essere tutelata con vincolo indiretto o strumento pianificatorio, non è né fisico, né storico-artistico, ma diviene l'interesse effettivamente tutelato: se questo è la salvaguardia di un'area nella quale sia solo ricompreso il

bene culturale, allora lo strumento non è la zona di rispetto, ma la pianificazione. È

24 Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 1964, n. 1301, in *Cons. Stato*, 1964, I, p. 1931.

25 A ciò si aggiunga che, stando all'impostazione consolidata, non rileva necessariamente la mera distanza fisica.

26 Cons. Stato, Sez. VI, 22 novembre 1961, in *Cons. Stato*, 1961, I, p. 2000.

27 T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 24 luglio 1986, n. 1220, in *Foro amm.*, 1987, p. 281.

28 Cons. Stato, Sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3355, in *Foro amm.*, 2014, p. 2021; Id., 28 dicembre 2017, n. 6142, in *giustizia-amministrativa.it*.

29 Cons. Stato, Sez. IV, 26 ottobre 1966, n. 711, in *Cons. Stato*, 1966, I, p. 1669.

30 Cons. Stato, Sez. VI, 29 aprile 2008, n. 1939, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, I, p. 1161 e più in particolare ha rilevato che il vincolo indiretto è finalizzato alla tutela di un specifico bene culturale; viceversa qualora l'esigenza di tutela non sia strettamente legata ad uno specifico bene culturale ed occorra salvaguardare un'area vasta, il cui pregio è solo sottolineato dalla presenza, al suo interno, di uno o più singoli beni di interesse culturale, la legge impone l'adozione dello strumento di programmazione dell'uso del territorio costituito dal piano paesaggistico; Id., 9 aprile 1998, n. 460, in *Riv. giur. edilizia*, 1998, I, p. 948.

stato, tuttavia, evidenziato che esula dai contenuti del vincolo indiretto l'interesse alla conservazione delle bellezze panoramiche che si godono dai beni vincolati³¹.

Come ulteriore limite si è rilevato che l'esigenza di assicurare la prospettiva o la luce o le condizioni di ambiente e di decoro dei beni di interesse artistico o storico non può condurre all'imposizione di vincoli sproporzionati rispetto alla consistenza di tali beni; con la conseguenza che deve ritenersi illegittimo il vincolo indiretto apposto su un terreno prossimo ai reperti meno appariscenti di un complesso archeologico con il dichiarato fine "di non alterare le prospettive e i temi visuali", e ciò in quanto tale finalità è estranea a quelle per cui è conferito il potere di vincolo indiretto³².

È stata, ancora, riconosciuta, la legittimità del vincolo disposto su un intero comprensorio archeologico, caratterizzato dall'esistenza nel sottosuolo di beni culturali (i.e. catacombe), e non limitato al solo soprassuolo, o su cui insistono costruzioni di pari interesse. Ne consegue che l'amministrazione esercita il potere discrezionale in relazione alle situazioni ambientali, alla natura, alla collocazione, alla quantità di beni e a ogni altro elemento diretto a migliorarne l'utilizzo e la tutela; potendo la stessa apporre un vincolo unico –anziché una pluralità di vincoli aventi per oggetto i singoli monumenti– su una zona intera del comprensorio archeologico relativa alla parte centrale e originaria della città antica³³.

La giurisprudenza ha coniato il concetto di cornice ambientale, che rappresenta lo spazio intorno al bene direttamente tutelato e che ne diviene elemento servente. Tuttavia, tale locuzione anziché oggettivizzare il perimetro lo rende ancora più elastico in quanto si riesce a prescindere dalle nozioni di vicinanza e contiguità, in favore di una indefinita relazione tra bene di pregio e beni circostanti. Più nel dettaglio si afferma in giurisprudenza che il vincolo indiretto è posto a salvaguardia delle condizioni di ambiente e decoro delle cose immobili tutelate dal Codice, che devono essere stabilite con riguardo alla globale consistenza della c.d. cornice ambientale, la quale, si può estendere fino a comprendere ogni immobile, anche non contiguo, ma in prossimità del bene monumentale, che sia con questo in una relazione tale che la sua manomissione sia idonea, secondo una valutazione ampiamente discrezionale dell'autorità, ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali che connotano lo spazio circostante. In tale ampia nozione dunque si attribuisce rilievo, ad esempio, anche alla continuità storica e tradizionale tra il monumento e gli edifici che lo circondano³⁴.

31 Cons. giust. amm. Sicilia, 8 aprile 2021, n. 297, in *leggiditalia.it*.

32 Cons. Stato, Sez. VI, 6 ottobre 1986, n. 758, in *Riv. giur. edilizia*, 1987, I, p.249; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 29 gennaio 2014, n. 1155, in *Foro amm.*, 2014, p. 279

33 T.A.R. Lazio sez. II - 27/01/1990, n. 238, in *Foro it.*, 1991, III, c. 34

34 In tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2354, in *Foro amm. CDS*, 2011, p. 1299; Id., 3 aprile 2002, n. 1855, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 953; Id., 9 giugno 1993, n. 420, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 741, ove si riprende la nozione già indicata da T.A.R. Piemonte, 11 ottobre 1978, n. 487, in *Rass. Adv. Stato*, 1979, p. 168; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 7 marzo 2007, n. 724, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 1119; Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2006, n. 3078, *Foro amm. CDS*, 2006, p. 1544; Id., 27 novembre 1997, n. 1754, in *Foro amm.*,

Con riferimento alla ampiezza della zona di rispetto, si può ritenere che avuto riguardo alla finalità della tutela indiretta, che è funzionale alla protezione dei caratteri e del contesto del bene soggetto al vincolo diretto, essa opera attraverso prescrizioni destinate alle aree o agli edifici circostanti, non necessariamente confinanti, tese a garantire il mantenimento dell'integrità, della prospettiva, della luce, delle condizioni di ambiente e decoro.

Viene così dilatata la nozione di cornice ambientale consentendo che la tutela "indiretta" possa essere ammessa per garantire la conservazione materiale e la visibilità complessiva del bene culturale, preservandolo da antropizzazioni in contrasto con il suo stile e il suo significato storico-artistico, assicurando in tal modo la continuità storica e stilistica tra il monumento e la situazione ambientale in cui è contestualizzato³⁵.

Si può ritenere, dunque, stando all'insegnamento giurisprudenziale, che la perimetrazione della cornice ambientale del vincolo indiretto debba recare le seguenti indicazioni: esso viene imposto su beni o aree circostanti quelli sottoposti a vincolo diretto, per garantirne una migliore visibilità e fruizione collettiva, o migliori condizioni ambientali e di decoro³⁶; il vincolo indiretto può essere imposto anche per finalità di tipo ambientale, purché non siano esclusive, ed il provvedimento di imposizione deve indicare il bene oggetto di vincolo, le cose in funzione delle quali il vincolo indiretto è imposto, il rapporto di complementarietà fra le misure limitative ed il fine pubblico perseguito, le ragioni di adozione della misura limitativa³⁷.

Dalla ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali, risulta evidente che anche la distanza del bene vincolato, o l'ampiezza della zona di rispetto, va calibrata rispetto all'interesse che l'amministrazione dei beni culturali intende tutelare. Pertanto, se l'oggetto della tutela è il decoro, la zona di rispetto sarà fisiologicamente più ristretta e la contiguità assumerà una connotazione più rigida; viceversa se la tutela ha ad oggetto la luce o la prospettiva, potranno subire un vincolo indiretto tutti quegli immobili che si trovino nel raggio dal quale si prende la prospettiva o la luce; pertanto in tale secondo caso la nozione di vicinanza sarà da intendere in senso molto più lato.

Si può ritenere, dunque, che l'estensione della tutela indiretta del bene storico-artistico non è questione che possa essere risolta in termini puramente quantitativi, dovendo, al contrario, essere valutata caso per caso, in ragione delle caratteristiche proprie del bene da tutelare, della sua importanza storicoartistica e delle caratteristiche dei luoghi.

Appare dunque evidente che la perimetrazione della zona di rispetto del bene direttamente tutelato, ancorandosi a concetti indeterminati e rimessi all'esclusivo

1997, p. 3115.

35 T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 9 giugno 2020, n. 436, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, I, p. 1006; Cons. Stato, Sez. VI, 10 gennaio 2018, n.100, in *Foro amm.*, 2018, p. 24

36 Cons. Stato, Sez. VI, 11 ottobre 1996, n. 1316, cit.

37 Cons. Stato, Sez. VI, 6 settembre 2002 n. 4566, in *giustizia-amministrativa.it*.

apprezzamento tecnico discrezionale dell'amministrazione, non si basa su parametri oggettivi e predeterminati, e dunque trova i propri limiti nell'ambito dell'apprezzamento della legittimità sull'esercizio del potere.

Provando invece a trarre delle considerazioni di carattere generale sulla base degli orientamenti richiamati sembra che si possa ritenere che debba sussistere un rapporto di complementarietà tra beni direttamente tutelati e beni che rientrano nel suo "ambito spaziale", tale per cui i secondi sono in funzione della tutela dei primi. Come accennato in dottrina si parla sovente di tutela di completamento e ciò in forza del concetto di asservimento del bene gravato da vincolo indiretto al bene di pregio. Se appare condivisibile la nozione di asservimento occorre verificare lo strumento attraverso il quale viene imposto tale asservimento. Tale punto non è stato particolarmente analizzato in dottrina, ma sembrano doversi condividere le considerazioni di autorevole dottrina che ha rilevato che i vincoli indiretti vengono apposti con atto amministrativo discrezionale con contenuto costitutivo e non dichiarativo³⁸. Pertanto, che si voglia affermare che i vincoli indiretti costituiscono limitazioni legali o servitù, ovvero limitazioni legali con imposizioni di servitù, essi non sono direttamente determinati dalla legge, ma discendono da provvedimenti amministrativi che gravano *ex novo* immobili, precedentemente liberi, e che solo a seguito del riconoscimento (tramite operazione valutativa e non accertativa) della loro complementarietà con il bene di pregio, vengono vincolati.

Tale precisazione sembra necessaria per chiarire la distinzione, anche a fini indennitari, dei vincoli indiretti da quelli diretti. Se per i vincoli diretti vale l'affermazione risalente (e tutt'ora seguita) della Corte costituzionale secondo cui essi sono meramente accertati, con atto amministrativo, beni di pregio; viceversa i beni gravati da tutela indiretta non hanno *qualitas* di pregio prima dell'apposizione del vincolo e non mutano tale aspetto dopo l'apposizione della tutela indiretta. Pertanto l'apposizione dei vincoli indiretti, affidata ad ampio apprezzamento discrezionale (da vedere se anche tecnico) dell'amministrazione mantengono l'identità non di pregio, ma nonostante ciò su di essi vengono costituiti vincoli tanto stringenti che possono arrivare fino all'eliminazione dello *ius aedificandi* (magari anche assentito), senza alcun ristoro.

Ulteriore elemento da considerare è il fatto che si ritiene che, in quanto servitù legali, unilateralmente imposte, le prescrizioni dei vincoli indiretti si traducano solo apparentemente in obblighi di *non facere* o di *pati*, mentre tuttavia, a ben guardare, spesso hanno in concreto risvolti attivi, soprattutto per quelle prescrizioni che non comprimono definitivamente lo *ius aedificandi*.

È sufficiente por mente all'esigenza di mantenere una data coltivazione che impone al proprietario di attivarsi per mantenerla e manutenerla; o ancora alla imposizione del mantenimento di stilemi architettonici e qualitativi di costruzione

38 In tal senso V. CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, cit., p. 147-148.

che impongono sborsi economici sicuramente maggiori di materiali e stilemi più semplici. Pertanto, le prescrizioni del vincolo indiretto limitando l'esistente conformano il futuro, imponendo attività non un mero *pati* a carico del soggetto gravato da vincolo indiretto.

In tale accezione non pare peregrina quella teoria che ha tentato di ricostruire la natura di tali vincoli alla stregua di provvedimenti ablatori personali laddove, a ben guardare, essi hanno contenuti sia positivi sia negativi³⁹.

Infine, merita rilevare che i provvedimenti di vincolo indiretto possono essere doppiati da successivi provvedimenti che possono ampliare la zona di rispetto o modificare le prescrizioni già dettate.

3. Contenuto prescrittivo atipico del vincolo indiretto.

È ormai consolidato quell'orientamento del giudice amministrativo che afferma l'atipicità del contenuto prescrittivo del vincolo indiretto.

Tuttavia, le prime pronunce si appuntarono, con orientamenti ancora seguiti, sulla necessità che il provvedimento di tutela indiretta dovesse specificare esso stesso gli oneri ai quali il proprietario era soggetto, non potendo rimetterne la determinazione ai soprintendenti in sede di approvazione dei singoli progetti edilizi⁴⁰: il vincolo indiretto non poteva avere indicazioni generiche, ma necessariamente dettagliate⁴¹. Con successive pronunce si statuì che le limitazioni poste nelle zone di rispetto risultavano legittime quando era puntualmente indicata l'esigenza di pubblico interesse che il vincolo intende(va) tutelare, e, altresì erano stati chiaramente indicati i limiti della zona di rispetto⁴².

In particolare, si è affermato che il decreto di imposizione di vincolo indiretto per la tutela di beni storico-artistici, oltre a contenere obblighi di rispetto di distanze e di misure, può disporre divieti e doveri, nonché l'obbligo di sottoporre tutti i progetti di modificazione ambientale alla competente soprintendenza ai monumenti. Pertanto, il

39 In tal senso R. COLONNA, *La tutela ambientale dei beni culturali*, cit., p. 87-89. Ricostruzione richiamata da A. CROSETTI, *Commento sub art. 45*, cit., p. 374.

40 Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 1955, n. 125, in *Giur. it.*, 1955, III, c. 179; Id., 22 ottobre 1958, n. 795, in *Cons. Stato*, 1958, I, p. 1176 che nega che il vincolo indiretto possa avere un contenuto generico; nello stesso senso Cons. Stato, Sez. VI, 24 giugno 1959, n. 455, in *Foro it.*, 1959, III, c. 197; Id., 14 ottobre 1959, n. 595, in *Foro amm.*, 1959, I, p. 715; Id., 14 novembre 1959, n. 812, in *Cons. Stato*, 1959, I, p. 1557; Id., 2 dicembre 1959, *ivi*, I, p. 1747. Apparentemente contraria Cons. Stato, Sez. VI, 23 ottobre 1957, n. 695, in *Cons. Stato*, I, p. 1300, in quanto pur ammettendo determinazioni puntuali in capo al soprintendente, esse devono essere conformi ai criteri adottati in linea di massima nel provvedimento di vincolo indiretto; nello stesso senso Cons. Stato, Sez. IV, 2 luglio 1958, n. 516, in *Cons. Stato*, 1958, I, p. 873.

41 Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 1960, n. 103, in *Foro amm.*, 1960, I, p. 247, ove si afferma che sono illegittime le prescrizioni generiche, traducendosi in non identificate ed aleatorie limitazioni, e la riserva di specificazione in un momento successivo, tanto più se affidata ad altra autorità. Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 1960, n. 1110, in *Cons. Stato*, 1960, I, p. 2421; Id., 27 aprile 1960, n. 251, *ivi*, I, p. 743; Id. 31 maggio 1961, n. 489, *ivi*, 1961, I, p. 1005; Id. 31 ottobre 1961, n. 811, *ivi*, I, p. 1795; Id. 28 marzo 1962, n. 291, in *Foro amm.*, 1962, I, p. 859; Id., Sez. IV, 23 marzo 1966, n. 160, in *Cons. Stato*, 1966, I, p. 472.

42 Cons. Stato, Sez. VI, 25 settembre 1964, n. 997, in *Foro amm.*, 1964, I, 2, p. 956; Id., Sez. IV, 9 dicembre 1969, n. 772, in *Foro amm.*, 1969, I, 2, p. 1468; Id., Sez. VI, 3 novembre 1970, n. 707, in *Cons. Stato*, 1970, I, p. 2018.

decreto di imposizione può contemplare ulteriori norme, dal più vario contenuto, volte ad impedire che siano alterate le condizioni dell'ambiente che circonda le cose immobili soggette a vincolo artistico e storico⁴³, senza tuttavia arrivare a imporre l'obbligo di ricostruzione⁴⁴.

In sostanza il vincolo indiretto non è necessariamente costituito da distanze o misure, ma può arrivare a ricomprendere disposizioni normative di diverso e più ampio contenuto che soddisfino lo scopo perseguito dall'amministrazione. Unico limite a tale ampliamento è la necessaria correlazione e proporzione tra le prescrizioni imposte e la funzione di pubblico interesse cui esse sono preordinate⁴⁵.

Per tale via si è giunti ad affermare che il vincolo indiretto non ha un contenuto prescrittivo tipico, essendo esso rimesso all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione e potendo variare in funzione della protezione del bene, fino a ricomprendere l'inedificabilità assoluta dell'area cui si riferisce.

Nella specie si ritiene che l'art. 45 del Codice (e i suoi precedenti) prevede che possono essere imposte anche misure non tipizzate dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni tutelati⁴⁶. Pertanto, la determinazione delle prescrizioni trova un unico limite che è dato dall'obiettivo di prevenire un *vulnus* ai valori oggetto di salvaguardia cioè l'integrità dei beni, la difesa della prospettiva e della luce, la cura delle relative condizioni di ambiente e decoro⁴⁷.

Se dunque il contenuto prescrittivo è atipico, numerose e variegata sono le prescrizioni indicate dall'amministrazione nei provvedimenti di vincolo indiretto.

Tralasciando, per ora l'ipotesi di inedificabilità assoluta, che pare, nella sua drasticità quantomeno un caso classico, appare utile soffermarsi sui casi in cui l'amministrazione ha utilizzato la propria "fantasia" per tutelare il bene di pregio.

Interessante un provvedimento con il quale l'amministrazione ha intimato la rimozione di un bancone di mescita bevande e il posizionamento dei tavoli e sedie, poiché rientrando all'interno di una cornice ambientale in ragione del fatto che ciò avrebbe creato «un imbuto lungo la strada, causando restringimento della carreggiata, deturpando la godibilità del bene culturale con l'ingombro incongruo»⁴⁸.

Molto più complesse risultano invece quelle prescrizioni che disinteressandosi delle attività imprenditoriali in essere o non ancora avviate ma autorizzate

43 Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 1992, n. 823, in *Riv. giur. edilizia*, 1993, I, p. 122

44 Cons. Stato, Sez. VI, 9 maggio 1956, n. 298, in *Cons. Stato*, 1956, I, p. 750, con la quale il collegio ha rilevato che non rientrasse fra le prescrizioni ex art. 21 il divieto di ricostruzione.

45 T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 21 novembre 1986, n. 2308, in *Foro amm.*, 1987, p. 1172

46 T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 5 marzo 2003, n. 1711, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, p. 1390; Id., 29 gennaio 2014, n. 1155, *Foro amm.*, 2014, p. 279; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 10 maggio 2004, n. 1664, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 1267.

47 In tal senso, tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2017, n. 6142, cit.; Id., 11 maggio 2018, n. 2839, in *Riv. giur. edilizia*, 2018, I, p. 1095; Id., 10 settembre 2021, n. 6253, in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina per tutti, M. GRISOLIA, *In tema di zone di rispetto dei monumenti*, cit., p. 380, parla di norma in bianco che per la sua applicazione comporta di l'imposizione di esplicite prescrizioni nel provvedimento.

48 T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 27 giugno 2006, n. 467, in *leggiditalia.it*.

inseriscono prescrizioni con esse incompatibili⁴⁹.

Un altro contenuto che si può definire tipico, in quanto previsto espressamente dalla norma, è la prescrizione di misure e distanze. Tale ipotesi può ricorrere sia nel caso di modifica dell'immobile esistente, sia nell'ipotesi di nuova costruzione, ove vengano predeterminate misure e distanze e ciò vale tanto per i privati, quanto per l'amministrazione, ad esempio prevedendo l'allargamento di una strada esistente⁵⁰.

Allo stesso modo, si è imposto il divieto di mettere a dimora determinati tipi di piante (o a volte piantagioni), ovvero di modificarle o mantenerle; ad esempio con il divieto di piantumazione di alberi di alto fusto al dichiarato fine di evitare «che possano interferire con la percezione della prospettiva di paesaggio o modificarne la luce o il decoro»⁵¹. In tema è abbastanza ricorrente anche la prescrizione che impone di mantenere le esistenti colture con la possibilità di mettere a dimora, in sostituzione, piantumazioni di essenze autoctone o colture storicamente affermate⁵².

Ancora, nella zona può conformarsi l'uso del suolo, ad esempio imponendo soltanto l'uso agricolo del suolo indicando le destinazioni d'uso ammesse (es. parco e giardino, cortile, orto, prato). In tali ipotesi si pone il dubbio, pratico e non soltanto teorico, circa l'interpretazione dell'elencazione indicata nel vincolo sulle destinazioni consentite. Per tale via, ad esempio, si è posta innanzi al giudice amministrativo la questione se una coltivazione a vigneto fosse compatibile con le destinazioni indicate (es. parco e giardino, cortile, orto, prato) e soltanto in giudizio è stato chiarito che la coltivazione esistente era compatibile con il vincolo e dunque non andava smantellata⁵³.

In sostanza si è sempre ammessa la possibilità di prescrivere il mantenimento a verde di aree (pubbliche o private) adiacenti un immobile tutelato⁵⁴.

In mezzo tra le prescrizioni che riguardano lo *ius aedificandi* e quelle sopra richiamate si pongono sia quelle che concernono i colori delle facciate *et similia* (quali, a titolo di esempio, l'utilizzo di materiali tipici della zona per prospetti), sia quelle che quelle impongono il divieto di collocazione di qualsiasi struttura precaria, anche a carattere stagionale, ovvero il divieto di opere di scavo e/o sterro o di uso a discarica che comportino una condizione permanente di disordine e di degrado ambientale e la prescrizione di manutenzione di quanto legittimamente esistente nel rispetto del decoro del monumento.

49 Nel secondo caso, per esempio è stato ritenuto legittimo il divieto di adibire a stazione di autolinee e posteggio di autoveicoli pesanti, una piazza antistante un bene monumentale, essendo tale attività -a dire dell'amministrazione- idonea a pregiudicare la prospettiva e la luce del bene tutelato, alterandone altresì le condizioni di ambiente e di decoro. In tal senso Cons. Stato, Sez. VI, 19 ottobre 1965, n. 620, in *Foro amm.*, 1965, I, 2, p. 1274, con annotata da A. ANDREANI, *In tema di vigilanza dello Stato sulla utilizzazione delle cose di interesse artistico*, ivi, 1966, II, p. 107 ss.

50 T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 8 febbraio 2007, n. 370, in *leggiditalia.it*.

51 T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-quater, 24 aprile 2008, n. 3542, in *leggiditalia.it*.

52 T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 19 gennaio 2022, n. 158, in *leggiditalia.it*.

53 Sul punto l'interessante Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3663, cit. Merita tuttavia rilevare che anche tali prescrizioni sono ormai consuetudinarie, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 9 dicembre 1969, n. 772, cit.

54 Cons. Stato, Sez. IV, 15 novembre 1967, n. 609, in *Cons. Stato*, 1967, I, p. 2183

Complesse e articolare sono le prescrizioni che vanno invece a incidere in modo più o meno profondo sullo *ius aedificandi*, e che tuttavia, a differenza delle precedenti si caratterizzano per essere sufficientemente tipiche in quanto si limitano a imporre misure o distanze. Tali prescrizioni vanno apprezzate caso per caso in relazione all'obiettivo che si prefigge l'amministrazione e alla loro concreta ragionevolezza.

In tale contesto abbastanza usuali sono le prescrizioni che stabiliscono l'obbligo di riproporre la tipologia e la volumetria del tessuto storico contiguo esistente e il divieto di superare determinate altezze⁵⁵. Così come si può prescrivere la limitazione delle volumetrie e delle altezze delle costruzioni che dovessero sorgere sulle aree oggetto di vincolo in modo da assicurare in futuro la ricomposizione di un migliore rapporto volumetrico tra il bene di pregio e gli edifici facenti parte del quadro prospettico⁵⁶.

Si è addirittura arrivati a inserire disposizioni che hanno l'obiettivo «di mantenere la struttura territoriale del latifondo feudale, con le caratteristiche paesaggistiche tipiche (isolati complessi architettonici, visibili da una notevole distanza e che venivano a caratterizzare le differenti aree territoriali) in un contesto che si è profondamente modificato nel corso dei secoli». In tale ipotesi appare più che condivisibile la scelta del giudice amministrativo laddove ha rilevato che l'utilizzo del vincolo indiretto *ex art. 45* non può «non inserirsi nel moderno contesto ambientale e, quindi, deve tutelare “l'integrità dei beni culturali immobili... la prospettiva... la luce o... le condizioni di ambiente e di decoro”, senza per questo diventare uno strumento per impedire modificazioni del territorio che possano alterare l'assetto feudale (vale a dire un assetto superato da secoli)»⁵⁷.

Quanto alla inedificabilità assoluta di intere aree ricomprese nella cornice ambientale, il vero problema sussiste soprattutto allorquando le prescrizioni di vincolo indiretto intervengano successivamente alla previsione negli strumenti urbanistico-edilizi di zone edificabili, ovvero e a maggior ragione a seguito del rilascio di titolo edilizio.

Dall'esame delle prescrizioni maggiormente ricorrenti nei vincoli indiretti appare chiaro che esse in realtà si concretizzano in comandi o divieti sostanzialmente ricorrenti, e tuttavia tale elemento non può portare all'affermazione del contenuto prescrittivo tipico, ma al più tipizzato nei contenuti.

Rimane valida l'affermazione ricorrente in dottrina e giurisprudenza dell'atipicità del contenuto prescrittivo sotto due dirimenti profili. In primo, luogo perché il provvedimento non ha per legge un contenuto tipico, ma ha soltanto un “causa tipica” (per usare una locuzione giurisprudenziale) e, pertanto, la prescrizione del vincolo indiretto si può indicare caso per caso. In secondo luogo, se è vero che sinora le diverse e numerose prescrizioni nel corso del tempo adottate nei diversi provvedimenti di vincolo sono variegate, è altrettanto vero che esse non hanno

⁵⁵ *Ex multis*, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 22 luglio 2008, n. 990, in *leggiditalia.it*.

⁵⁶ T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 2 aprile 2009, n. 376, in *leggiditalia.it*.

⁵⁷ T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 9 settembre 2011, n. 1581, in *leggiditalia.it*.

esaurito la possibilità di ulteriori e innovative prescrizioni che dovessero essere elaborate per tutelare il bene di pregio. Pertanto, resta valida l'affermazione del contenuto prescrittivo atipico, potendosi al più ritenere che alcune di esse, in quanto spesso ricorrenti, possono essere ritenute ormai tipizzate.

Ferma restando la prevalenza della tutela culturale sulle prescrizioni urbanistico-edilizie, appare chiaro che il preventivo (rispetto al vincolo) riconoscimento dello *ius aedificandi*, nello strumento pianificatorio e ancor di più in quello attuativo, vada ad attribuire una diversa consistenza della posizione soggettiva che risulta chiaramente diversa da chi invece non ha mai avuto nessuna possibilità di edificare.

Certamente è diverso avere il permesso di costruire dal non averlo, allo stesso modo è diverso avere la titolarità di un terreno urbanisticamente edificabile, dal un terreno urbanisticamente non edificabile. Appare chiaro che nei due casi appena evidenziati la consistenza della posizione soggettiva risulta decisamente diversa e ciò dovrebbe portare all'affermazione di una tutela differenziata e maggiormente garantista per chi vede la compressione di una posizione di maggior consistenza.

Pertanto, il problema si pone in tutta la sua forza quando il vincolo interviene su un assetto di interessi già definito dalla disciplina urbanistico-edilizia in modo favorevole al privato. Infatti, se è vero che il vincolo indiretto è strumento idoneo a conformare non solo lo strumento urbanistico, ma finanche la disciplina urbanistica, non si può omettere di rilevare che il cittadino si vede eliminata, a causa dell'intervento del vincolo indiretto, una situazione soggettiva di favore legittimamente acquisita.

Riservandosi qualche spunto *infra*, appare poco condivisibile che, almeno per l'ipotesi di situazioni giuridiche consolidate, non debba essere riconosciuta una qualche forma di ristoro a favore del soggetto gravato dall'intervento "in corsa" del vincolo indiretto, quantomeno sotto il profilo del legittimo affidamento.

4. Tassatività degli scopi e contenuto motivazionale.

Come accennato l'art. 45 del Codice indica tassativamente gli obiettivi di tutela che il vincolo indiretto si pone di tutelare e questi sono la tutela della luce, della prospettiva, dell'integrità e decoro del bene monumentale.

Pertanto, se il contenuto prescrittivo del vincolo più essere il più vario esso deve sempre essere finalizzato a soddisfare le esigenze, o meglio gli obiettivi, di tutela che sono esplicitati tassativamente dalla norma. Ciò significa che l'elencazione di essi deve ritenersi non passibile di alcuna estensione. Conseguentemente gli obiettivi di tutela diventano parametri in forza dei quali vagliare la legittimità delle prescrizioni.

Tuttavia, sono proprio le tutele che intende apprestare la norma che non hanno contorni definiti e definitori certi, con la conseguenza che l'identificazione dell'uno o dell'altro passa attraverso l'apprezzamento valutativo che pone in essere l'amministrazione. Invero essi compongono l'interesse pubblico specifico che l'amministrazione intende tutelare tramite il vincolo indiretto.

Tenendo a mente che gli obiettivi sono l'integrità, il decoro, la prospettiva e la luce del bene monumentale, va rilevato che essi sono valutati non sull'immobile di pregio, ma su beni circostanti, quindi, non di pregio, e dunque tali tutele riguardano il bene di pregio in via indiretta.

Appare assai complesso calibrare correttamente gli obiettivi, tenuto in considerazione che non solo non hanno un contenuto oggettivo, ma esso è rimesso all'apprezzamento soggettivo (definito tecnico) del valutatore; inoltre a seconda del punto di vista, essi mutano ampiezza e consistenza, con la conseguenza che possono ampliare (o restringere) la cornice ambientale.

Il primo obiettivo enucleato dalla norma richiama la nozione di integrità che tuttavia dovrebbe essere logicamente riferita al bene di pregio e non ai beni (non di pregio) ricadenti nel suo ambito spaziale; ebbene sarebbe lecito attendersi che tale disposizione abbia riguardo esclusivamente al bene di pregio, non a beni a esso "limitrofi" o che insistono nella sua "cornice ambientale". A ciò si aggiunga che l'integrità del bene di pregio è garantita in prima battuta dal vincolo diretto. Infatti, appare quantomeno complesso intuire come un vincolo indiretto su altri beni possa garantire l'integrità del bene di pregio tenuto altresì conto che la tutela dell'integrità può riguardare tanto l'integrità fisica o strutturale (che si potrebbe definire materiale), quanto quella artistica o culturale del bene di pregio (che si potrebbe definire immateriale). Sulla base di tali rilievi appare realmente difficile distinguere ciò che è coperto dal vincolo diretto, da ciò che deve essere coperto dal vincolo indiretto con riferimento all'obiettivo dell'integrità.

Provando a capire le intenzioni della norma si può a tutto voler concedere ritenere che l'integrità materiale e immateriale hanno oggetti diversi. Infatti, mentre l'integrità materiale ha ad oggetto la "componente fisica" del bene di pregio e dunque dovrebbe essere garantita attraverso prescrizioni che impediscano che immobili o attività circostanti a esso possano

comprometterne la componente fisica; viceversa l'integrità immateriale, avendo ad oggetto i beni circostanti dovrebbe comportare prescrizioni che garantiscano il mantenimento degli "stilemi" storico-artistico-culturali coerenti col bene direttamente tutelato.

E tuttavia rimane assai complesso capire cosa intendesse il legislatore con la nozione di integrità laddove esso rimane tutelato dal vincolo diretto.

Per quanto concerne l'integrità materiale dell'immobile di pregio essa può essere preservata prevalentemente inibendo costruzioni, o attività o servizi nelle immediate vicinanze fisiche sia nel soprasuolo sia nel sottosuolo⁵⁸. Pertanto, qualora si voglia tutelare l'integrità fisica del bene di pregio la zona di rispetto dovrà essere

⁵⁸ Si pensi, a mero titolo di esempio, alla costruzione di una metropolitana che potrebbe intaccare le fondamenta del bene di pregio, anche se tale inibizione potrebbe essere propria del vincolo diretto, ovvero il passaggio di mezzi pesanti che potrebbero danneggiare o lesionare il bene, e ciò potrebbe indurre il divieto o l'eliminazione di linee di autobus negli immediati dintorni del bene monumentale, o ancora attività che producano emissioni particolarmente aggressive, o ancora attività economiche che espongano il bene tutelato a particolari rischi.

necessariamente circoscritta e ancorata alla vicinanza fisica.

Più complesso individuare la nozione di integrità immateriale che a sua volta si ricollega alle nozioni di cultura e arte e per tale via acquisisce una latitudine così ampia da sfuggire alla nozione di discrezionalità tecnica, per rientrare nell'ambito della discrezionalità pura. Infatti, in tale ipotesi l'oggetto di tutela si identifica nell'interesse pubblico perseguito che a sua volta è strumentale alla cura del valore costituzionalmente garantito. In tale ottica appare più corretto ritenere che più che una scelta tecnica è una valutazione del tipo di interesse pubblico che si intende perseguire. L'integrità immateriale invece può avere un'estensione maggiore rispetto alla materiale in quanto tende a mantenere inalterato il tessuto *lato sensu* stilistico dell'ambiente circostante il bene di pregio.

Tuttavia in giurisprudenza non è dato reperire pronunce che spieghino puntualmente il concetto di integrità, limitandosi esse, alla stregua di clausola di stile, a rilevare che il «vincolo indiretto, inoltre, non ha contenuto prescrittivo tipico, per essere rimessa all'autonomo apprezzamento dell'Amministrazione la determinazione delle disposizioni utili all'ottimale protezione del bene principale, fino all'inedificabilità assoluta, se e nei limiti in cui tanto è richiesto dall'obiettivo di prevenire un *vulnus* ai valori oggetto di salvaguardia (integrità dei beni, difesa della prospettiva e della luce, cura delle relative condizioni di ambiente e decoro), in un ambito territoriale che si estende fino a comprendere ogni immobile, anche non contiguo, la cui manomissione si stimi potenzialmente idonea ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali connotanti lo spazio circostante⁵⁹».

Tale indeterminatezza sul concetto di integrità ha condotto sovente l'amministrazione a predicare non l'integrità dell'immobile di pregio come prescrive espressamente l'art. 45, bensì "l'integrità del contesto circostante".

Non minori perplessità derivano dalla declinazione dei concetti di decoro, luce e prospettiva. Non sembra necessario richiamare quanto già rilevato, salvo soffermarsi brevemente sulla complessità della prospettiva. Infatti, a prescindere dalla nozione tecnica che si voglia adottare, la prospettiva ha anche un'accezione estremamente soggettiva che sarebbe il punto di vista dal quale si ritiene di guardare il bene⁶⁰. Posto

59 Così Cons. Stato, 10 settembre 2021, n. 6253, cit., la quale si richiama alla clausola di stile di Id., 3 luglio 2014, n. 3355; Id., 28 dicembre 2017, n. 6142, tutte reperibili in *giustizia-amministrativa.it*.

60 In tale ottico appare di estremo interesse T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 23 luglio 2012, n. 2052, in *giustizia-amministrativa.it*. ove si statuisce che l'amministrazione era «tenuta a svolgere una valutazione di impatto dell'antenna telefonica rispetto al complesso dell'area in questione. Per questa ragione la Commissione ha verificato la visibilità dell'antenna da tutte le strade prospicienti sull'area in questione, traendone la conclusione che l'impossibilità di vedere la struttura da tutte le strade costituisce un indice non irragionevole dello scarso impatto della struttura sul bene tutelato, che si ripete, non è il chiostro dei ricorrenti, quanto il centro storico In quest'ottica la visibilità dell'antenna è limitata agli edifici che sovrastano quello sul quale è posta l'antenna e gli edifici limitrofi della stessa altezza, quale quello dei ricorrenti. In merito la relazione paesistica presentata dalla società telefonica afferma, senza essere smentita, che l'antenna in questione potrebbe confondersi con le innumerevoli antenne di varie dimensioni che si ergono dai tetti visibili in quel punto. Anche l'esame delle fotografie presentate dai ricorrenti conferma l'impressione che l'altezza dell'antenna non sia tale

che il centro della visione è sempre il bene tutelato, esso però muta latitudine e longitudine a seconda del punto di vista⁶¹.

I superiori rilievi dimostrano che gli obiettivi di tutela, così definiti dalla giurisprudenza, a ben guardare sono veri e propri interessi pubblici specifici che l'amministrazione decide discrezionalmente di individuare come funzionali e strumentali alla tutela del valore storico-artistico-culturale. Ritenere dunque che essi si basano esclusivamente su accertamenti tecnici è negare la realtà dei fatti, ponendosi essi più come bilanciamento di interessi che valutazioni tecniche. E ciò appare ancor più veritiero quando, come evidenziato in dottrina, in ragione della tutela che si intende perseguire la giurisprudenza pretende un bilanciamento con le situazioni soggettive che vengono coinvolte dal contenuto prescrittivo del vincolo indiretto⁶².

Si comprende pertanto l'obbligo motivazionale aggravato che richiede la giurisprudenza ripartito in ragione di tutti gli elementi coinvolti. In particolare, sembra si possa ritenere che la motivazione deve indicare: i beni oggetto delle prescrizioni; le cose di interesse storico archeologico in funzione delle quali il vincolo indiretto è imposto; il rapporto di complementarietà fra le misure limitative ed il fine pubblico perseguito; le specifiche ragioni, segnatamente quando il provvedimento impedisce ogni utilizzazione economica del bene vincolato, che hanno indotto l'amministrazione ad adottare le misure interdittive.

Tali elementi debbono essere tutti misurati alla stregua dei principi di proporzionalità, congruità e minor sacrificio possibile⁶³.

Con riferimento alla motivazione si creò sin dalle prime pronunce una chiara divisione a seconda che si dibattesse di vincoli diretti o indiretti. Se infatti per i primi si andava attestando un obbligo motivazionale più blando, di contro il Consiglio di Stato adottò un criterio più severo per la motivazione dei vincoli indiretti. Affermò, infatti, che l'onere di motivazione per i provvedimenti *ex art. 21, l. n. 1089/1939*, è tanto più intenso quanto maggiore è la gravità delle prescrizioni in essi contenute essendo necessario far risultare che l'amministrazione si sia attenuta al principio generale di provocare il minor sacrificio del privato. Pertanto appare chiaro, come si evince sin dalle prime pronunce, che la giurisprudenza ha apprezzato l'invasività del vincolo indiretto e ne ha imposto un onere motivazionale non finalizzato solamente a spiegare le ragioni di carattere storico o artistico che giustificassero la sottoposizione a vincolo di beni non aventi tali caratteristiche, ma tale segmento motivazionale doveva essere accompagnato anche da altro che spiegasse le ragioni per cui non era

da farne una struttura del tutto diversa rispetto alle altre antenne in uso sui tetti delle case». Sembra dunque potersi desumere che la visione prospettica debba sempre essere presa dal piano stradale e, di contro, che ampissimo è l'orizzonte dal quale si può ritenere la prospettiva.

61 Nel primo senso, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 5668, cit.

62 In tal senso per tutti A. CROSETTI, *Commento sub art. 45*, cit., p. 374-375.

63 Si afferma a titolo di esempio, che debba sussistere un'obiettiva proporzionalità tra l'estensione del vincolo e le effettive esigenze di protezione del bene di interesse storico-artistico, in tal senso, tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3663, cit.

possibile prevedere una alternativa alla scelta effettuata⁶⁴. E così si è affermata l'illegittimità del provvedimento *ex art. 21* qualora non vengano indicate specificamente le finalità perseguite ed enunciate dalla norma (tutela delle condizioni di integrità, di luce, di prospettiva, di ambiente, di decoro dell'immobile) e altresì senza adeguata motivazione circa la valutazione del perseguimento delle finalità attraverso prescrizioni meno gravose per il privato⁶⁵.

Proprio sulla base dell'esigenza motivazionale la giurisprudenza trova un parametro di misurazione di concetti indefiniti di vicinanza, contiguità, ampiezza della zona di rispetto. In sostanza la legittimità del provvedimento di vincolo indiretto trova il proprio baricentro, allorché sia specificata la tutela precipua che il vincolo indiretto intende perseguire, e sulla base di essa sia individuata la prescrizione esatta che si impone agli immobili ad essa asserviti, e, inoltre deve essere fatta una attenta valutazione circa l'impossibilità di perseguire detta tutela in altri modi meno onerosi per il privato⁶⁶. Affermandosi ormai costantemente che in ragione della specifica valutazione dell'interesse pubblico particolare perseguito si appalesa la necessità che nella motivazione provvedimentale sia chiaramente espressa l'impossibilità di scelte alternative meno onerose per il privato gravato dal vincolo indiretto⁶⁷.

4.1. segue. Proporzionalità e congruità.

Sin da subito si è iniziata a sentire l'esigenza di misurare il perseguimento dell'obiettivo di tutela in relazione alla proporzionalità della prescrizione concretamente utilizzata per raggiungerlo, dichiarando illegittima l'imposizione di vincoli sproporzionati rispetto alla consistenza dei beni di pregio⁶⁸. In tal modo si è cercato di avere un coordinamento tra le prescrizioni ammissibili che può avere il vincolo indiretto, le quali tuttavia sono limitate dalla necessaria correlazione e proporzione tra le prescrizioni imposte e la funzione di pubblico interesse cui esse sono preordinate⁶⁹.

È risaltante l'affermazione per cui si ritiene illegittimo il vincolo indiretto qualora esso appaia manifestamente illogico per la sua onerosità non adeguatamente giustificata⁷⁰. E tale orientamento è stato consolidato nel tempo. Si arriva inoltre ad

64 In tal senso Cons. Stato, Sez. VI, 15 ottobre 1963, n. 503, in *Cons. Stato*, 1963, I, p. 1394; Id., 15 ottobre 1963, n. 516, *ivi*, I, p. 1401; Id., 29 settembre 1970, n. 616, in *Foro amm.*, 1970, I, 2, p. 922.

65 Cons. Stato, Sez. VI, 15 ottobre 1963, n. 520, in *Riv. giur. edilizia*, 1963, I, p. 1292.

66 Cons. Stato, Sez. IV, 26 ottobre 1966, n. 725, in *Cons. Stato*, 1966, I, p. 1685.

67 Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2005 n. 4866, *cit.*; Id., 8 settembre 2009, n. 5264, *cit.*; Id., 11 maggio 2018, n. 2839, *cit.*

68 Cons. Stato, Sez. VI, 11 giugno 1956, n. 405, in *Giur. it.*, 1957, III, c. 53, laddove il vincolo diretto riguardava soltanto la facciata posteriore di un monumento e con l'art. 21 si imponeva il divieto di qualsiasi costruzione, ricostruzione o sopraelevazione.

69 Cons. Stato, Sez. VI, 6 ottobre 1986, n. 758, in *Riv. giur. edilizia*, 1987, I, 249; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 21 novembre 1986, n. 2308, *Foro amm.*, 1987, p. 1172; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 14 agosto 2008, n. 860, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, p. 1004.

70 Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 1964, n. 660, in *Foro amm.*, 1964, I, 2, p. 1041.

affermare che proprio la pervasività delle prescrizioni contenute nel vincolo indiretto impongono che il potere sia esercitato secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, così da contemperare il sacrificio imposto al privato con il fine di interesse pubblico perseguito e tale ultimo elemento deve essere esplicitato anche in sede di motivazione ove deve essere dato conto delle ragioni che non consentono di adottare una scelta di minore impatto sul privato. Si da sostenere che l'imposizione di vincolo indiretto, su beni che di per sé non sono espressione di valori storici, artistici e archeologici, ma versano in rapporto di contiguità con beni appartenenti alle predette categorie, deve essere esercitato, segnatamente nelle ipotesi in cui esso si traduce in prescrizioni particolarmente gravose per i terreni interessati, secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità, così da contemperare il sacrificio imposto al privato con il fine di interesse pubblico perseguito, anche in considerazione del fatto che per il limite imposto non è previsto indennizzo.

Pertanto, ai fini dell'imposizione di un vincolo indiretto, occorre l'acquisita certezza dell'esistenza di beni di rilievo e dell'esatta consistenza degli stessi, affinché l'esercizio del potere previsto dall'art. 45, avvenga, specialmente nelle ipotesi in cui esso si traduca in prescrizioni particolarmente gravose per i terreni interessati, secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità, così da contemperare il sacrificio imposto al privato col fine di interesse pubblico perseguito. Alla luce della necessaria comparazione degli interessi coinvolti dall'esercizio della pubblica potestà, non può, quindi, considerarsi proporzionato il sacrificio imposto alla proprietà privata a fronte di rinvenimenti dei quali non sia in alcun modo dimostrata, neppure in via presuntiva o probabilistica, la consistenza e rilevanza ai fini della tutela storico-artistica⁷¹.

Pertanto, il vincolo indiretto deve tener conto del principio di proporzionalità, della valutazione dell'interesse pubblico «particolare» perseguito e della necessità che nella motivazione provvedimento sia chiaramente espressa l'impossibilità di scelte alternative meno onerose per il privato gravato del vincolo indiretto.

5. Il tipo di discrezionalità nell'esercizio del potere di vincolo indiretto.

Il potere esercitato nell'apposizione del vincolo indiretto viene descritto diversamente in dottrina e in giurisprudenza.

Per ricostruire l'orientamento giurisprudenziale è sufficiente richiamare una recente pronuncia sui vincoli indiretti che ha in sé la *summa* degli orientamenti affermatasi e che con riferimento alla discrezionalità ha statuito (citando a sua volta una pronuncia precedente) che «l'imposizione del "vincolo indiretto" disciplinato dall'art. 49 del D.Lgs. n. 490 del 1999, e oggi dall'art. 45 del D.Lgs. n. 42 del 2004, costituisce

⁷¹ Cons. Stato, Sez. VI, 16 novembre 2004, n. 7492, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 3265; Id., 20 settembre 2005, n. 4867, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, 2, I, p. 384; Id., 23 maggio 2006, n. 3078, in *Foro amm. CDS*, 2006, p. 1544; Id., 3 luglio 2014, n. 3355, *Foro amm.*, 2014, p. 2021; Id., 27 luglio 2015 n. 3669, in *Foro amm.*, 2015, p. 1991; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 5 dicembre 2019, n. 496, in *giustizia-amministrativa.it*.

espressione della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, sindacabile in sede giurisdizionale solo quando l'istruttoria si riveli insufficiente o errata o la motivazione risulti inadeguata o presenti manifeste incongruenze o illogicità anche per l'insussistenza di un'obiettivo

proporzionalità tra l'estensione del vincolo e le effettive esigenze di protezione del bene di interesse storico-artistico, e si basa sull'esigenza che lo stesso sia valorizzato nella sua complessiva prospettiva e cornice ambientale, onde possono essere interessate dai relativi divieti e limitazioni anche immobili non adiacenti a quello tutelato purché allo stesso accomunati dall'appartenenza ad un unitario e inscindibile contesto territoriale»⁷².

Nonostante tale chiara statuizione, tuttavia, è lecito chiedersi dove risiede l'"operazione" tecnico-scientifica che pone in essere l'amministrazione e quali sono i parametri tecnici, ammesso che siano prestabiliti da una norma tecnica, che applica l'amministrazione e che dovrebbero essere inequivocabilmente esplicitati in motivazione.

Da rilevare, inoltre, che la medesima pronuncia qualche passaggio dopo afferma invece che l'«ampia discrezionalità nella valutazione delle prescrizioni di tutela indiretta, tuttavia, deve essere sorretta da un'adeguata motivazione alla base della relativa decisione amministrativa, occorrendo, in particolare (per quanto di maggiore interesse ai fini dell'odierno giudizio), "verificare l'effettiva necessità e proporzionalità delle misure di tutela" (Consiglio di Stato, sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3932)».

Pertanto, stando all'orientamento appena richiamato –si ripete è una *summa* giurisprudenziale– i vincoli indiretti sarebbero connotati da discrezionalità tecnica, ma l'individuazione delle prescrizioni, invece, è connotata da "ampia discrezionalità".

Sarebbe di ausilio una spiegazione che aiutasse a chiarire le due perentorie e contrapposte affermazioni, che tuttavia non risulta presente nella pronuncia.

Occorre partire da un dato: il giudice amministrativo quando parla di ampia discrezionalità si riferisce alla discrezionalità amministrativa, ben conoscendo la differenza tra i due concetti.

Si potrebbe opinare, stando alla prima affermazione, che per il giudice amministrativo l'individuazione dell'obiettivo di tutela è fatta con apprezzamenti tecnici, mentre, stando alla seconda statuizione, l'indicazione delle prescrizioni è frutto di discrezionalità amministrativa.

Pertanto, per il giudice amministrativo vi è una duplice discrezionalità nell'apposizione del vincolo indiretto: tecnica e pura.

A questo punto occorre rammentare che il vincolo indiretto non si appone sul bene di pregio per il quale si applicano pacificamente le scienze dell'arte, della cultura, dell'architettura, ma sui beni a esso circostanti che non sono connotati da alcun elemento intrinseco di pregio. Orbene la asserita discrezionalità tecnica dei vincoli indiretti non si esaurisce nell'affermazione del giudizio tecnico (opinabile),

⁷² Cons. Stato, Sez. VI, n. 6253/2021, cit.

ma è funzionale a dichiarare (e dunque curare) l'interesse pubblico tassativamente indicato dall'art. 45 del Codice. Tuttavia, l'interesse pubblico perseguito è un concetto giuridico indefinito (integrità, prospettiva, luce, condizioni di ambiente e di decoro dei beni culturali immobili) che non si esaurisce in un accertamento tecnico, ma a tutto voler concedere in una valutazione basata su elementi tecnici essi stessi opinabili.

È sufficiente, a mero titolo di esempio, por mente alla nozione di prospettiva per avvedersi che essa è indefinita concettualmente e praticamente. Infatti, essa muta a seconda del cono visuale, della sua ampiezza, della sua posizione e addirittura si dibatte circa la possibilità che l'amministrazione possa utilizzare coni visuali invertiti⁷³. È sufficiente rilevare che non è prestabilito un criterio tecnico dal quale o tramite il quale individuare preventivamente il cono prospettico, dunque, la "posizione visuale" è lasciata integralmente alla discrezionalità dell'amministrazione. Non vi è dubbio, poi, che dopo aver deciso la posizione dalla quale "osservare" il bene di pregio, soltanto allora si possono applicare le scienze prospettiche.

E dunque se può esser vero che, per rimanere nell'esempio, la prospettiva è una nozione tecnico-scientifica, è altrettanto vero che è discrezionale l'individuazione del punto di fuoco.

Ma vi è di più. In questa fase lo scopo dell'amministrazione non sta nell'indicare la scelta e la prescrizione, ma è prodromica a essa ed è funzionale a scegliere quale tra gli interessi di tutela indicati dall'art. 45 del Codice, l'amministrazione intende perseguire. Pertanto, si tratta soltanto del bilanciamento di interessi. A tutto voler concedere, la valutazione tecnica si pone semmai nella fase successiva, e dunque nell'indicazione della prescrizione puntuale che deve essere funzionale a tutelare indirettamente il bene di pregio, e che, conformemente all'obiettivo di tutela, deve essere tecnicamente coerente. Pertanto, rimanendo sull'esempio, è chiaro che per tutelare la prospettiva di un bene di pregio, occorrerà successivamente individuare il "punto di vista" e solo successivamente si potranno apporre vincoli per evitare l'intralcio di quella visuale.

Pertanto, è la scelta dell'interesse pubblico specifico che si pone come momento di discrezionalità pura, potendo al più essere rimesso al vaglio tecnico la modalità di cura dello stesso.

Diversa e condivisibile appare invece l'elaborazione dottrinale che propende per l'affermazione della natura discrezionale del provvedimento di vincolo indiretto. In particolare, si afferma che l'accertamento dei caratteri definiti in via generale dalla legge, non è basato su rigidi caratteri di natura tecnica, ma pare piuttosto il frutto di una valutazione comparativa di interessi pubblici caratterizzato da ampio spazio

⁷³ La questione è stata recentemente affrontata da Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4923, in *giustizia-amministrativa.it*.

discrezionale⁷⁴.

Sembra potersi condividere tale impostazione in quanto, come accennato, è proprio nell'individuazione dell'interesse da tutelare che l'amministrazione opera un bilanciamento degli interessi, e dunque con utilizzo della discrezionalità pura, riservando solo alla fase successiva l'indicazione delle puntuali prescrizioni per il tramite di valutazioni che si ispirano (ma non sono applicazione) a regole tecnico-scientifiche.

Appare dunque preponderante il momento discrezionale rispetto a quello tecnico che peraltro reca con sé valutazioni e non accertamenti: i beni circostanti non di pregio non possono avere caratteri intrinseci, ma se ne valuta la compatibilità e il completamento rispetto al bene culturale con apprezzamenti orientati, ma non rigidamente basati, su regole tecniche.

Occorre effettuare un'ulteriore considerazione. L'amministrazione non ha mai ritenuto di dotarsi di norme, generali e astratte, che potessero conformare il potere. Non vi sono parametri tecnici per prestabilire cosa si intenda per prospettiva, luce, decoro, integrità e dunque sono rimessi a valutazioni soggettive attraverso un'operazione più simile a un bilanciamento di interessi sebbene certamente ispirato a nozioni tecniche. Sembra dunque necessario, anche per garantire una maggiore trasparenza e un buon andamento che venga adottata una disciplina regolamentare che predetermini i parametri e i criteri tecnico scientifici di valutazione, finora del tutto assenti.

Tale ultima considerazione dovrebbe portare non a un sindacato debole, ma semmai allo stesso sindacato che si pretende per il provvedimento discrezionale e dunque forte e possibilmente intrinseco anche in ragione del fatto che è l'unica vera tutela per il cittadino e in ultima istanza per verificare se realmente l'amministrazione ha perseguito l'interesse pubblico. Ciò in ragione del fatto che se vi è una minore garanzia nella scelta dell'amministrazione, la logica, e il diritto, impongono che questa sia bilanciata da una maggiore garanzia giurisdizionale.

6. L'(assenza di)indennità a favore del soggetto gravato dal vincolo indiretto.

Un aspetto di particolare rilievo è quello riguardante l'eventuale indennità a favore dei soggetti gravati vincolo indiretto. Sul punto, si affermò sin da subito l'orientamento in forza del quale venne negata la natura espropriativa del vincolo e correlativamente l'indennizzo. Ciò in ragione del fatto che il vincolo indiretto *ex art.* 21, l. n. 1089/1939 non era idoneo a vanificare il diritto di proprietà del privato⁷⁵; a differenza del vincolo di cui alla legge n. 1497/1939, che viceversa –stando alla prima impostazione, poi rinnegata– incideva sul godimento del bene fino a renderlo

⁷⁴ In tal senso, per tutti, A. CROSETTI, *Commento sub art. 45*, cit., p. 375 e la dottrina ivi richiamata; vede invece la presenza di una doppia discrezionalità, tecnica nell'*an* e amministrativa nel *quando* e nel *quomodo*, L. CASOLI, *Altre forme di protezione*, cit., p. 161.

⁷⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 30 dicembre 1959, in *Cons. Stato*, 1959, I, p. 1777.

inutilizzabile in rapporto alla sua destinazione, e pertanto era indennizzabile⁷⁶, questo almeno fino alle coeve pronunce della Corte costituzionale 29 maggio 1968, nn. 55 e 56⁷⁷, con le quali si ammise la possibilità di un indennizzo qualora i vincoli alla proprietà privata fossero idonei a concretizzare, immediatamente e a tempo indeterminato, gli estremi di una vera e propria espropriazione in senso sostanziale.

Si può ritenere che tale risalente orientamento non sia di fatto mutato e anche oggi non è attribuito alcun indennizzo a favore del privato gravato dal vincolo indiretto sulla base delle medesime argomentazioni.

Il diniego del riconoscimento di indennità a seguito del vincolo indiretto si basa(va), in buona sostanza, su due argomentazioni riguardanti l'una l'art. 42 Cost., l'altra l'art. 3 Cost.

Con riferimento all'art. 42 Cost. si riteneva si potesse riconoscere l'indennizzo quando le limitazioni imposte al godimento del bene fossero tali da rendere inutilizzabile il bene stesso con riferimento alla sua destinazione naturale. Sulla scorta di tale premessa si negò che potesse sorgere il diritto all'indennizzo a seguito di vincolo indiretto in quanto esso non impediva il godimento del bene, ma ne regolava soltanto l'esercizio.

Pertanto, aderendo alla impostazione del Giudice delle leggi (sent. nn. 55 e 56/1968, cit.), il giudice amministrativo, pur superando il proprio orientamento in forza del quale riteneva indennizzabile solo l'ipotesi di trasferimento coattivo del bene in capo all'amministrazione, sviluppò le argomentazioni della Corte e affermò che la "regola dell'indennizzo" si applica «allorquando il bene, in virtù del regime giuridico suo proprio, sia suscettibile di utilizzazione piena da parte del proprietario, mentre deve essere esclusa allorquando il bene, per sua intrinseca natura di interesse pubblico, usufruisca di un regime di appartenenza particolarmente limitativo, ossia contenga "in nuce" i limiti ed i vincoli, che poi verranno esplicitati dall'amministrazione mediante formali provvedimenti ricognitivi della situazione giuridica propria del bene medesimo»⁷⁸.

Quanto invece, all'art. 3 Cost. si affermò che l'art. 21 l. n. 1089/1939 prevede limitazioni della proprietà che non s'identificano con la sua ablazione e, pertanto, pone in essere una situazione che non è in alcun modo parificabile a quella del proprietario espropriato.

Tale orientamento si può così sintetizzare: la limitazione del godimento non può essere equiparata alla sua ablazione; in mancanza di trasferimento del bene ogni vincolo, anche particolarmente incidente sul diritto di proprietà, ma che tuttavia ne mantenga una sia pur minima facoltà di godimento, non determina indennizzo, e, infine che il provvedimento dell'amministrazione ha carattere meramente ricognitivo delle intrinseche qualità del bene e, dunque, ha solo efficacia dichiarativa.

⁷⁶ In tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 25 luglio 1970, n. 585, in *Foro amm.*, 1970, I, 2, p. 796; Id., Sez. VI, 3 novembre 1970, n. 710, in *Cons. Stato*, 1970, I, p. 2024.

⁷⁷ Entrambe in *Giur. cost.*, 1968, p. 834 e p. 884.

⁷⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 25 luglio 1970, n. 585, cit., p. 799, punto 2 in diritto.

Se si può convenire, con alcuni distinguo, sui primi due punti del ragionamento, non pare pienamente condivisibile l'ultima affermazione in quanto essa, a tutto voler concedere, vale per il bene gravato da vincolo diretto, non certamente per i beni gravati da vincolo indiretto i quali per definizione non hanno interesse storico o artistico, ma come rilevato sono strumentali al bene direttamente tutelato.

Se dunque l'impostazione del giudice amministrativo era tetragona nel negare il riconoscimento della fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 della l. n. 1089/1939, questa fu sollevata dal giudice ordinario⁷⁹.

La Corte costituzionale si pronunciò dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, primo comma, della l. n. 1089/1939, in riferimento agli artt. 42, terzo comma, e 3, primo comma, Cost⁸⁰. Invero poco innovative furono le argomentazioni della Corte, la quale si appoggiò dichiaratamente sull'orientamento del giudice amministrativo, a sua volta su alcune pronunce del Giudice delle leggi.

Vale la pena riportare pedissequamente i passaggi chiave.

«La Corte ha ripetutamente precisato che l'art. 42 della Costituzione non impone indennizzo quando la legge regoli in via generale i diritti dominicali in relazione a determinati beni al fine di assicurarne la funzione sociale e per evitare lesioni all'interesse pubblico.

La riserva di legge espressa nel citato articolo consente al legislatore di attribuire alla pubblica Amministrazione il potere di incidere sulla concreta disciplina del godimento degli immobili "qualora nella legge ordinaria siano contenuti elementi e criteri idonei a delimitare chiaramente la discrezionalità dell'Amministrazione" (sentenza n. 38 del 1966 e n. 94 del 1971). L'obbligo dell'indennizzo è imposto soltanto in caso di espropriazione per pubblico interesse» [punto 2 in diritto].

L'art. 21 l. n. 1089/1939 «non prevede nessuna ablazione del diritto di proprietà, ma, riconoscendo l'inerenza di un pubblico interesse rispetto alla categoria dei beni predetti, ne disciplina il regime, accordando alla pubblica Amministrazione il potere

⁷⁹ Trib. Palermo, ordinanza del 24 marzo 1972, il quale con una visione sostanzialistica, o addirittura realistica, ha ritenuto fondata e rilevante la q.l.c. argomentando che la non indennizzabilità è da ritenersi legittima solo quando le limitazioni non siano tali «da svuotare di contenuto il diritto di proprietà, incidendo sul godimento del bene tanto profondamente da renderlo inutilizzabile in rapporto alla destinazione inerente alla natura del bene stesso, o determinando il venir meno o una penetrante incisione del suo valore di scambio». E, inoltre, che deve essere riconosciuta la garanzia costituzionale dell'indennizzo anche per le limitazioni che, pur senza svuotare di contenuto il diritto del proprietario, siano di "entità apprezzabile" e tali, comunque, da operare «un'incisione a titolo individuale sul godimento del singolo bene, la quale penetri al di là di quei limiti che la legislazione stessa abbia configurato in via generale (ai sensi dell'art. 42, secondo comma, Cost.) come propri di tale godimento in relazione alla categoria dei beni di cui trattasi».

Su tali premesse l'ordinanza di rimessione ha sostenuto la sostanziale identità tra il risultato pratico conseguente ad un formale atto di espropriazione e quello prodotto da un atto che, pur lasciando inalterata, la titolarità del diritto dominicale e la sottoposizione a tutti gli oneri relativi, compresi quelli fiscali, svuotasse il diritto stesso di ogni contenuto, operando per tale via un'evidente ed inammissibile disparità di trattamento fra le due situazioni, qualora si ammettesse l'indennizzabilità soltanto in rapporto al trasferimento coattivo.

⁸⁰ Corte cost., 4 luglio 1974, n. 202, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1692, con nota di G. ROLLA, *In tema di vincoli su beni di interesse artistico e storico*, *ivi*, p. 2130 ss.

di imporre dei limiti all'esercizio dei diritti privati in relazione ad un preciso interesse pubblico in base ad apprezzamento tecnico sufficientemente definito e controllabile, la cui discrezionalità è chiaramente determinata» [punto 2 in diritto]⁸¹.

Quanto infine all'art. 3 Cost., la Corte non ha ritenuto si versasse in uguale situazione tra chi è espropriato e chi è gravato da vincolo indiretto.

Il *refrain* è sempre lo stesso, con l'aggiunta (parzialmente assertiva) che la legge attribuisce all'amministrazione il potere di limitare il godimento del bene «*qualora nella legge ordinaria siano contenuti elementi e criteri idonei a delimitare chiaramente la discrezionalità dell'Amministrazione*».

Orbene proprio l'affermazione appena riportata appare poco condivisibile, in quanto per costante giurisprudenza gli scopi del vincolo indiretto si fondano su concetti giuridici indeterminati rimessi all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione e così pure il contenuto dichiaratamente prescrittivo più avere un contenuto più ampio, dunque non sono stabiliti elementi e criteri idonei a delimitarne chiaramente la discrezionalità, ma criteri indeterminati che consentono una flessibilità nella scelta dell'amministrazione.

La questione fu nuovamente sottoposta al vaglio della Corte costituzionale (sempre con remissione del giudice ordinario⁸²) la quale, richiamando la sentenza del 1974, la dichiarò infondata⁸³. Di contro il giudice amministrativo ha sempre mantenuto la sua linea nel ritenere infondata la questione di costituzionalità⁸⁴.

Non risulta che da allora la questione sia stata nuovamente riproposta, nemmeno con riferimento agli artt. 49 d.lgs. n. 490/1999 e art. 45 Codice.

Infatti, la giurisprudenza più recente ha qualificato il vincolo indiretto come una limitazione legale della proprietà con natura non ablativa ma conformativa del diritto sul bene, in quanto fissata dall'ordinamento in via generale e non in relazione a beni singoli per garantirne la funzione sociale (art. 42, comma 2, Cost.), di conseguenza non può essere subordinato alla previsione di un indennizzo⁸⁵.

Non sembra, dunque, che stante l'indirizzo giurisprudenziale del giudice delle leggi e del giudice amministrativo vi sia concreto spazio per affermare l'indennizzo in caso di apposizione di vincoli indiretti. E ciò anche quando questi vincoli incidano

81 Corte cost., sent. n. 202/1974, cit. Concludendo nel senso che l'art. 21, l. n. 1089/1939 «non contrasta con l'art. 42, comma terzo, della Costituzione in quanto non rientra nei casi da questo previsti.

Tale interpretazione è pienamente condivisa dal Consiglio di Stato, il quale in particolare ha più volte dichiarato manifestamente infondata, in relazione al predetto art. 42, comma terzo, della Costituzione, l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 21 della legge n. 1089 del 1939» (punto 2 in diritto).

82 Trib. Catanzaro, ord. 26 maggio 1979, in *Giur. cost.*, 1980, II, p. 1094

83 Corte cost., ord., 28 dicembre 1984, n. 309, in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 2245.

84 Per successive pronunce del giudice amministrativo che hanno dichiarato infondata la q.l.c.: Cons. Stato, Sez. VI, 23 marzo 1979, n. 188, in *Foro it.*, 1979, III, c. 585; Id., 24 aprile 1979, n. 306, in *Riv. giur. edilizia*, 1979, I, p. 642; Id., 13 aprile 1983, n. 259, in *Foro amm.*, 1983, I, p. 662; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 21 giugno 1983, n. 553, *ivi*, I, p. 1969; Cons. Stato, Sez. VI, 3 gennaio 2000, n. 28, in *Riv. giur. edilizia*, 2000, I, p. 453; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 11 febbraio 2000, n. 141, in *Foro amm.*, 2000, p. 2883.

85 Cons. Stato, Sez. VI, 30 maggio 2018, n. 3246, in *giustizia-amministrativa.it*; nello stesso senso Id., 10 settembre 2021, n. 6253, cit.

così pesantemente sulla proprietà, tanto da integrare una espropriazione non traslativa tuttavia idonea a privare il diritto di proprietà di pratico contenuto ovvero da svuotare il bene di valore di scambio.

Dovendo, gioco forza, aderire a tale impostazione, valga tuttavia rammentare che i vincoli indiretti sono prescrizioni derivanti da atto amministrativo (adottato in base a norme di legge) che a differenza dei vincoli diretti non hanno natura ricognitiva o dichiarativa della *qualitas* di bene di pregio, ma hanno natura costitutiva e vengono adottati in forza di discrezionalità amministrativa per completare la tutela del bene di pregio. Pertanto, gli immobili sottoposti a vincolo indiretto non hanno una intrinseca *qualitas*, che si costituisce con il provvedimento di vincolo indiretto.

È proprio tale elemento che dovrebbe imporre un ripensamento sull'indennizzo a seguito di apposizione del vincolo indiretto.

È la mancanza della *qualitas* intrinseca dei beni (e attività) circostanti che viene costituita con provvedimento discrezionale dell'amministrazione a risultare eccessivamente poco garantista. La mancanza di indennizzo si giustifica nelle ipotesi in cui i diritti vengono soltanto limitati nei loro modi di esercizio e godimento, ma non certo quando questi vengono soppressi o svuotati di contenuto.

Non vi è chi non veda la differenza tra la mera imposizione di regole estetiche per la facciata del palazzo, senza incidere sul godimento pieno del diritto di proprietà, e lo svuotamento, anzi l'eliminazione dello *ius aedificandi* assentito con strumenti urbanistici. Nonostante non è revocato in dubbio che prevalga la tutela culturale e dunque la conformazione dello strumento urbanistico, in un ordinamento giuridico avanzato si dovrebbe arrivare a indennizzare l'eliminazione di un diritto legittimamente acquisito.

Allo stesso modo è chiara la differenza tra l'imporre modalità che consentano lo svolgimento di una determinata attività imprenditoriale, e l'eliminazione di quella attività perché asseritamente di disturbo alla cornice ambientale costituita con provvedimento.

Tali rilievi dovrebbero indurre certamente un ripensamento della posizione del giudice delle leggi che conduca almeno a una diversa ricostruzione della fattispecie, magari più aggiornata e giusta, anche alla luce dei principi eurolunitari. Sul punto non si ignora che anche la disciplina europea detta norme di favore per la tutela del bene culturale, ma non necessariamente a detrimento delle posizioni soggettive dei soggetti coinvolti dall'esercizio del potere.

7. Conclusioni.

Da quanto sopra potrà apparire al lettore disattento che non si attribuisce un adeguato valore al bene culturale. Invero, è proprio l'inverso che si vuole affermare e dimostrare. Tuttavia, come per molte altre materie nell'ordinamento interno, criticare la disciplina, per molti, equivale a non condividere l'oggetto della tutela. Diversamente si deve ritenere che spesso la disciplina, o più sovente la sua applicazione, anziché ottenere l'obiettivo di tutela diventa una vetrina e una rampa di lancio per chi la applica indiscriminatamente e indistintamente. Ed in questa ottica si intende effettuare una valutazione giuridica della disciplina sui vincoli indiretti.

Certamente non si condivide l'integralismo culturale, soprattutto quando questo è basato su mere convinzioni soggettive e ridonda in limitazioni così invasive dell'altrui sfera giuridica da non essere tollerabile.

Non si critica certamente la norma che disciplina i vincoli indiretti, che anzi nella sua flessibilità applicativa può ben plasmarsi alle concrete necessità di tutela, ma ciò che spaventa è la applicazione che se ne fa e che sovente non reca alcuna tutela al bene di pregio, ma ha l'unico risultato di comprimere beni e diritti di terzi soggetti.

Invero la disposizione in parola dovrebbe avere due limiti assoluti e invalicabili.

In primo luogo, dovrebbe essere utilizzata soltanto per tutelare indirettamente un vero e proprio bene di pregio; in secondo luogo, per eliminare la elevata soggettività, mascherata da discrezionalità-tecnica, dell'amministrazione. Solo in tal modo si rende accettabile, in ragione del superiore valore della cultura, il sacrificio di terzi che non si vedono riconosciuto alcunché in cambio.

Premessa la correttezza della norma, che peraltro appare confermata dal fatto che è sopravvissuta per quasi un secolo e tre testi normativi, certamente il *vulnus* riguarda la sua concreta applicazione che troppo spesso lascia oltremodo danneggiati gli incolpevoli *circumcolentes*.

Tale aspetto potrebbe essere smussato da due semplici ma essenziali elementi: l'uno normativo, l'altro giurisprudenziale.

Sotto il profilo normativo si potrebbe formulare la previsione di un indennizzo per coloro che si vedono gravati da vincolo indiretto. Più specificatamente per coloro che si vedono compressa una situazione soggettiva molto consistente.

Si è accennato sopra alla differenza di posizione di chi subisce il vincolo indiretto, tra chi è titolare (prima del vincolo) di uno *ius aedificandi* e chi non lo è. Certamente per colui che non è titolare risulta condivisibile la mancata previsione di un indennizzo; discorso diverso dovrebbe farsi per colui al quale era riconosciuta la titolarità prima dell'apposizione del vincolo indiretto.

Tuttavia, avverso tale impostazione ostano due elementi: la giurisprudenza della Corte costituzionale e la mancata espressa previsione nell'art. 45 del Codice di un indennizzo.

L'orientamento della Corte segue il seguente schema: la limitazione al godimento della proprietà è prevista dal comma 2 dell'art. 42, nel quale non è fatta menzione di indennizzo, previsto invece dall'art. 42, comma 3, Cost., solo in caso di

espropriazione. Sulla base di tale premessa il Giudice delle leggi ritiene che la limitazione del godimento non è atto ablativo della proprietà ossia unico provvedimento, se previsto dalla legge, che contempla l'indennizzo.

La ricostruzione pare ineccepibile stando a una interpretazione letterale.

È pur vero che, come visto, i vincoli indiretti spesso hanno un contenuto così invasivo da rasentare l'azzeramento non solo e non tanto del godimento del bene, ma anche del diritto di proprietà; a riprova di ciò in passato la Corte ha messo in relazione l'art. 21 con l'art. 55 della legge n. 1089/1939 (oggi l'art. 45 con l'art. 96 del Codice⁸⁶). In sostanza l'art. 55 (o 96) diviene il limite esterno al vincolo indiretto, e ciò rafforza l'idea della Corte.

Tuttavia, è vero che quando il vincolo ha una portata tale da eliminare un diritto, che sia di proprietà o di godimento, allora tale diritto dovrebbe essere indennizzato. È questo il caso che ricorre quando l'apposizione del vincolo indiretto comporta l'eliminazione di situazioni soggettive di favore basate su provvedimenti amministrativi autorizzatori.

Occorre rammentare la preminenza del vincolo culturale rispetto agli strumenti urbanistici, ma ciò non toglie che prima del vincolo il privato possa aver ottenuto il diritto di edificare, ovvero l'autorizzazione all'esercizio di una determinata attività imprenditoriale.

La Corte costituzionale con pronunce risalenti ha ritenuto che lo *ius aedificandi* fosse cosa diversa dal diritto di proprietà ma a esso connesso. Tale ricostruzione ha condotto ad affermare che il titolo edilizio non è un provvedimento concessorio ma autorizzatorio. Invero, seguendo la tesi del Giudice delle leggi si può opinare che lo *ius aedificandi* sia un vero e proprio diritto di godimento del diritto di proprietà limitato per legge nell'esercizio.

E tuttavia pur volendolo qualificare come diritto di godimento della proprietà, tutte le volte che tale diritto (di godimento) sia compresso fino alla sua eliminazione si dovrebbe prevedere, in un ordinamento civile, il suo indennizzo. Ciò è ottenibile, a diritto invariato, tramite l'art. 1 della legge 241/1990, ove al comma 2-*bis* si stabilisce che i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede. In tale circostanza appare chiaro che il vincolo indiretto va a eliminare un provvedimento favorevole legittimamente assentito da parte di un'amministrazione. Certamente viene lesa la buona fede del cittadino, il quale non ha nemmeno diritto a un indennizzo. Inoltre, il provvedimento di vincolo indiretto opera come revoca (impropria) dell'atto che riconosce lo *ius aedificandi* (es. il permesso di costruire⁸⁷), anche in tal caso si dovrebbe prevedere un

⁸⁶ L'art. 96, rubricato espropriazione per fini strumentali stabilisce che: «Possono essere espropriati per causa di pubblica utilità edifici ed aree quando ciò sia necessario per isolare o restaurare beni culturali immobili, assicurarne la luce o la prospettiva, garantirne o accrescerne il decoro o il godimento da parte del pubblico, facilitarne l'accesso».

⁸⁷ La questione si complica in caso di s.c.i.a. Si immagini l'ipotesi dell'inizio di lavori a seguito di una s.c.i.a. e solo successivamente, durante l'espletamento dei lavori, viene apposto il vincolo indiretto.

indennizzo potendosi invocare come forma di tutela la disciplina della revoca *ex art. 21-quinquies* legge n. 241/1990.

Appare evidente che la soppressione di un diritto, che sia un'attività assentita ovvero uno *ius aedificandi* acquisito, equivale a eliminazione di una situazione giuridica soggettiva di favore del privato. A questo punto o si mantiene un'interpretazione letterale dell'art. 42, comma 3, Cost. e dunque solo l'eliminazione del diritto di proprietà può essere indennizzata, ovvero se ne fa un'interpretazione costituzionalmente orientata (e non contabilmente orientata) e si riconosce tutela (dimidiata) all'eliminazione di un diritto tramite provvedimento discrezionale.

In sostanza in un'ottica *de jure condito* è una interpretazione evolutiva ispirata ai principi di effettività della tutela che deve porre in essere la giurisprudenza; in ottica *de jure condendo* è auspicabile una previsione che ammetta un indennizzo tutte le volte che il vincolo indiretto elimini in radice lo *ius aedificandi* legittimamente assentito.

Più complessa, la ricostruzione di un indennizzo a favore di chi si vede chiusa *hic et nunc* un'attività imprenditoriale a seguito dell'apposizione di un vincolo indiretto.

In questo caso non si ricade nell'art. 42 Cost., ma a rigore nell'ambito dell'art. 41 Cost., peraltro, recentemente modificato⁸⁸.

Non sembra tuttavia che la modifica apportata possa modificare il ragionamento in quanto il termine "ambiente", aggiunto recentemente ha uno specifico riferimento alla nozione di ambiente come bene giuridico e non come generica locuzione ricomprendente anche i beni paesaggistici e culturali. E ciò è avvalorato dalla modifica introdotta all'art. 9 dalla medesima legge cost. n. 1/2022, ove si richiamano l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi (comma 3), come valori diversi dalla cultura (comma 1) e dal paesaggio (comma 2)⁸⁹.

I limiti derivanti dai vincoli indiretti, dunque, trovano la loro giustificazione costituzionale ancora nell'art. 41, comma 2 Cost., e in particolare nel rapporto con l'utilità sociale.

Orbene anche in tal caso non è previsto alcun indennizzo alla conformazione postuma dell'attività imprenditoriale, ma allo stesso tempo, l'art. 41 non prevede la ipotesi della soppressione o l'eliminazione di un'attività imprenditoriale, stabilendo invece, al comma 3, che l'orientamento all'utilità sociale di un'attività economica debba avvenire per il tramite di programmi e di controlli opportuni perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Pertanto, un'interpretazione costituzionalmente orientata dovrebbe condurre a prevedere provvedimenti tesi a orientare attività economiche divenute (con l'apposizione del vincolo indiretto) in

⁸⁸ Sia consentito rilevare che l'art. 41 Cost. è stato modificato dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1. In particolare sono state aggiunte le parole "salute" e "ambiente" al comma 2 che pertanto risulta così: «[n]on può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno *alla salute, all'ambiente*, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»; e la parola "ambientali" al comma 3.

⁸⁹ La citata legge cost. n. 1/2022 ha lasciato immutati i primi due commi dell'art. 9 Cost. e ha aggiunto il comma 3 che così recita: «[t]utela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

contrasto con l'utilità sociale, e dunque si deve ritenere che la chiusura di tali attività debba essere una *extrema ratio*, possibilmente corredata da un indennizzo⁹⁰.

Con riferimento al sindacato si è già detto nel paragrafo sulla tipologia di discrezionalità utilizzata nei provvedimenti di vincolo.

Tuttavia, occorre solo aggiungere che quale che sia la discrezionalità che si voglia configurare (pura, mista o tecnica) essa non è il *refugium peccatorum* degli atti amministrativi; occorre semmai rammentare che la discrezionalità è stata elaborata come concetto giuridico funzionale per distinguere ciò che è merito amministrativo da ciò che non lo è, pertanto ciò che è non sindacabile da ciò che lo è. Se si rammenta tale matrice apparirà strana l'affermazione che solo l'atto discrezionale è (pienamente) sindacabile, mentre l'atto connotato da discrezionalità tecnica lo è nei limiti (esterni) della manifesta irragionevolezza. L'errore di fondo sta nel non avvedersi che ciò è tecnico non è la scelta, che rimane discrezionale, ma semmai l'apprezzamento che la precede. Rifiutarsi di scendere nell'esame dell'apprezzamento tecnico e parlare soltanto di manifesta irragionevolezza nella scelta significa prendere solo una parte della questione giuridica gettando alle ortiche l'azione complessiva dell'amministrazione. Infatti, non si può omettere di rilevare che l'accertamento è effettuato dalla stessa amministrazione che si pone dunque come segmento della complessiva azione che essa pone in essere e in quanto tale va ampiamente verificato dal giudice; inoltre rimane ampiamente discrezionale la valutazione opinabile che residua all'accertamento tecnico e che si pone come momento puramente discrezionale nel quale l'amministrazione è tenuta a porre in essere il noto bilanciamento degli interessi.

Affermare dunque che la materia è connotata da discrezionalità tecnica non sembra pienamente condivisibile laddove si ponga mente al fatto che anche ammettendo la presenza di un'operazione di apprezzamento di nozioni tecniche da parte dell'amministrazione questa o prodromica alla scelta, questa sì, discrezionale. Pertanto si può ritenere che il provvedimento di vincolo indiretto non sia connotato da discrezionalità tecnica, ma sia invece provvedimento connotato da discrezionalità pura, sebbene preceduti da operazioni tecniche, in quanto valutativi dei diversi interessi compresenti.

Se a tali rilievi si aggiunge che nei vincoli indiretti le operazioni tecniche (da capire poi se si tratta di apprezzamenti, valutazioni o accertamenti) si svolgono su concetti giuridici indefiniti o su nozioni indeterminate, appare più corretto ritenere che si tratta di provvedimenti discrezionali connotati da una forte accentuazione soggettiva da parte del deliberante.

Non si può infatti non rilevare la differenza delle operazioni tecniche nell'apposizione dei vincoli diretti e indiretti. Infatti se per i primi, che riguardano il bene di pregio, si utilizzano indubbiamente criteri tecnico-scientifici, quali gli stilemi

⁹⁰ Si potrebbe opinare addirittura un risarcimento, ma lo svolgimento risulta troppo lungo e complesso anche solo per essere affermato.

(es. romanico, gotico, ecc.), le architetture (es. *liberty*, razionalismo, ecc.), i periodi storici di costruzione (es. epoca romana, rinascimentale), o l'artista (es. Palladio, Bernini, ecc.) e via dicendo, con il che è sufficiente sussumere il bene all'interno di una categoria chiara e determinata; ciò non può avvenire per i vincoli indiretti in quanto riguardano beni che non hanno e non devono avere caratteristiche di pregio.

Come più volte rilevato gli "spazi" circostanti al bene tutelato sono sottoposti a prescrizioni in forza del loro collegamento con quest'ultimo e il collegamento si valuta in ragione del tipo di tutela che si vuole individuare. Tuttavia, si è visto che sono proprio gli obiettivi di tutela a essere generici e non definiti (o se si preferisce indeterminati) e peraltro mutano al variare della sua rappresentazione. Tanto è vero che le motivazioni che solitamente sorreggono tali vincoli in modo tautologico si limitano ad asserire che al fine di *"evitare che siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro e che sia danneggiata la prospettiva e la luce del bene vincolato, e sia messa in pericolo l'integrità del contesto circostante"*. Le argomentazioni contenute nelle relazioni tecniche che accompagnano il vincolo indiretto sovente vengono così esposte: *"Con la presente relazione si intende garantire la salvaguardia dell'integrità del bene vincolato e delle sue condizioni di prospettiva, luce, cornice ambientale e decoro. L'area circostante l'edificio è testimonianza della struttura originale del borgo e ne permette la visibilità ed una corretta lettura storica. La relazione tecnico-scientifica descrive lo stato attuale dell'ambiente circostante per evidenziare come esso sia ancora connotato dal paesaggio che, come tale, consente la migliore vista e la più idonea fruizione del bene. Nel contempo, si evidenzia come i terreni oggetto del vincolo indiretto abbiano da secoli l'attuale destinazione e che l'area ricade nell'area di pertinenza del bene vincolato, elementi questi che confermano le ragioni di opportunità della sua conservazione"*. La richiamata parte della relazione tecnica risulta una sorta di *format* motivazionale che accompagna i vincoli indiretti, e da cui, a onor del vero, certamente non sembra potersi desumere alcun valore scientifico o di tecnico, (ma semplici rilievi di nessun valore tecnico o scientifico) che (ogni uomo della strada) chiunque potrebbe effettuare. Da rilevare inoltre che ivi si afferma chiaramente che essa si ispira a *"ragioni di opportunità della sua conservazione"*, non depone dunque per la discrezionalità tecnica.

È sufficiente leggere i passaggi delle pronunce che hanno a oggetto l'impugnazione dei vincoli indiretti, per avvedersi che nelle parti motivate e nelle relazioni tecniche a sostegno dell'oggetto di tutela si affermano sempre le stesse generiche cose⁹¹.

91 Ad esempio si afferma che l'amministrazione ha esteso *«l'area interessata dalle misure e prescrizioni di tutela indiretta al fine di garantire la conservazione dei caratteri peculiari della cornice ambientale entro la quale il [bene culturale] in oggetto è collocato, con particolare riferimento alla salvaguardia delle direttrici prospettiche e visuali dalle quali è possibile apprezzarne l'inserimento, nelle condizioni di prospettiva e decoro storiche e attuali e rispetto al sistema territoriale di cui il complesso [del bene tutelato] risulta essere il caposaldo visivo e la matrice costitutiva»* così quanto richiamato in Cons. Stato, Sez. VI, 6253/2021, cit. Per richiamare un'altra relazione tecnica, ivi si afferma [per come richiamata in sentenza] *«l'opportunità di "salvaguardare gli aspetti percettivi riferiti alle ville ... al fine di evitare che vengano alterati quei connotati paesaggistici che hanno caratterizzato da secoli tali campagne"*. Questo il motivo in forza del quale assoggettare

Tale genericità delle affermazioni dipende esclusivamente dal fatto che non vi sono elementi tecnico-scientifici che possono essere adeguatamente apprezzati dall'amministrazione, ma mere considerazioni, a tutto voler concedere discrezionali (se non meramente soggettive), che cercano in un modo o nell'altro di rilevare l'esigenza di un obiettivo di tutela che non ha alcun contenuto né fondamento reale e oggettivo.

Per poter parlare di vera e propria discrezionalità tecnica sarebbe necessaria la predeterminazione di criteri di valutazione basati su standard tecnico-scientifici magari attraverso una norma regolamentare che valga per tutte le soprintendenze. Tuttavia, non è dato reperire alcun regolamento, e nemmeno alcuna norma generale e astratta, che possa fornire indicazioni tecnico-scientifiche alle quali l'amministrazione, nell'apposizione del vincolo indiretto, si debba necessariamente rifare.

Pertanto, gli obiettivi di tutela rimangono interessi pubblici specifici scevri di valutazioni tecnico-scientifiche, ma con apprezzamenti talmente ampi e lati da superare anche la nozione di discrezionalità per sfociare in apprezzamenti soggettivi. D'altronde ciò appare dimostrato dalle generiche e spesso tautologiche motivazioni presenti nelle relazioni tecniche, che, come evidenziato, non fanno altro che asserire gli obiettivi di tutela, ma non ne spiegano né la concreta esigenza né il percorso valutativo tecnico-scientifico che li sorregge.

Tale esigenza da un lato porta a ritenere che la scelta del vincolo indiretto sia più coerente con la discrezionalità pura, dall'altro che proprio questa ampiezza e genericità degli obiettivi, i quali se appaiono chiari in teoria rimangono incerti in pratica, non sembra la strada migliore per tutelare realmente l'ambito spaziale intorno al bene culturale e inoltre rischia di danneggiare i *circumcolentes* oltre misura.

Rammentando che il vincolo indiretto si applica su beni che non hanno un intrinseco pregio artistico-culturale, è proprio l'assenza di una disposizione che predetermini i parametri tecnico-scientifici a lasciare l'amministrazione procedente con uno spazio di manovra talmente ampio che può essere colmato solo con la valutazione degli interessi compresenti, e, in conclusione, attraverso la discrezionalità pura.

Si appalesa dunque estremamente necessaria una specificazione dei criteri di valutazione degli obiettivi di tutela tassativamente indicati dalla norma. Si potrebbe opinare, inoltre –ma questa è solo una suggestione– che tale lacuna normativa possa rendere costituzionalmente illegittimo l'art. 45 del Codice per violazione del principio del buon andamento.

Un'ultima considerazione.

Si legge sovente in dottrina e giurisprudenza che il vincolo indiretto, come forma

a vincolo indiretto, un'importante porzione del territorio “che costituisce esso stesso un monumento significativo che lega l'architettura dei campi e delle colture al suo edificato”», cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1474, in *giustizia-amministrativa.it*.

Si potrebbe proseguire richiamando molte altre relazioni tecniche, ma il tono non cambia.

di completamento del bene di pregio, costituisce una forma di tutela (o di valorizzazione) dinamica. A ben guardare non si capisce come l'apposizione di prescrizioni che tendono a cristallizzare *rebus sic stantibus* un ambito spaziale asseritamente circostante il bene di pregio possa avere una caratteristica di dinamismo anziché di staticità. È vero che il *politically correct* impone di dire che si persegue una tutela o valorizzazione dinamica del bene culturale, ma la sostanza deve verificare ed elaborare strumenti che realmente rendano dinamica la tutela. Nel caso dei vincoli indiretti non avviene: le prescrizioni che li connotano servono a inibire o bloccare attività, a rendere immutabile e immutato il territorio; con tutta la buona volontà non si riesce proprio a vedere il dinamismo di tale forma di tutela.

Anche su tale aspetto sarebbe sufficiente richiamare l'art. 41 (più dell'art. 42) Cost. per avvedersi che in esso vi è già la previsione di una tutela dinamica. Prevede l'art. 41, comma 2, Cost. che la legge «determina i programmi e i controlli opportuni perchè l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali»⁹². Vero è che ciò vale per le attività economiche, ma niente impedisce che anche per gli immobili si possano prevedere controlli e programmi per rendere vivo e dinamico, sotto il profilo della tutela culturale, il contesto nel quale vive il bene culturale senza per questo eliminare ogni cosa che lo circonda.

Concludendo si può ritenere che per avere una vera tutela dinamica dei beni culturali, di cui fortunatamente il nostro Paese è ricco, è opportuno che l'amministrazione abbia una norma che le imponga, in sede applicativa, di non giungere a soluzioni poco chiare, arbitrarie, soggettive o comunque parziali, essendo la stessa vincolata per legge a ricercare, tutelare e valorizzare i veri beni culturali.

Pertanto la vera valorizzazione del bene culturale non passa, o non deve passare necessariamente, per l'eliminazione o l'azzeramento di altrui situazioni giuridiche soggettive, ma semmai per la armonica coniugazione del valore culturale con le istanze e le situazioni soggettive dei cittadini i quali restano i primi a beneficiare e ad apprezzare il valore culturale.

La valorizzazione dinamica del bene di pregio dunque, si deve collocare su un perfetto bilanciamento tra tutela del bene e garanzia di situazioni soggettive attraverso una complessa, ma efficace, azione di orientamento dell'amministrazione di tutto quanto ruota intorno al bene di pregio.

È la corretta programmazione, molto più del vincolo (comunque importante), a garantire la tutela del bene culturale e a orientare positivamente i beni e le attività che in quella zona si svolgono.

Ma occorre che anche le amministrazioni imparino a programmare correttamente non per compartimenti stagni, ma avendo di mira una programmazione territoriale

⁹² Non sfugge il fatto che la proprietà è disciplinata dall'art. 42, Cost. tuttavia quando ivi si afferma che la «proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale», nulla impedisce di proseguire nel senso che ciò possa avvenire anche con leggi che determinino i programmi e i controlli opportuni perchè la proprietà privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

che comprenda i diversi aspetti del territorio. Insomma una “super programmazione” che comprenda dall’ambiente all’edilizia, passando per i valori paesaggistici e culturali. Diversamente il vincolo (diretto o indiretto) si pone come atto atomistico non inserito in una più ampia operazione amministrativa. Il vincolo isolato della programmazione si pone nel medesimo rapporto che intercorre tra atto e attività amministrativa⁹³.

93 Per la teorica che sposta il *focus* dal singolo atto amministrativo verso una più proficua considerazione complessiva dell’azione amministrativa per tutti M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 988 ss.; ID. *L’attività amministrativa*, Roma, 1962; E. CASETTA, *Attività amministrativa*, in *D. disc. pubbl.*, I, 1987, p. 520 ss.; F. LEDDA, *L’attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni ’80*, Milano, 1987, p. 83 ss.; G. CORSO, *L’attività amministrativa*, Torino, 1999; B. MATTARELLA, *L’attività*, in S. Cassese (a cura di) *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, p. 629 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., agg.*, VI, Milano, 2002, p. 75 ss.

LA RIFORMA DEGLI ARTICOLI 9 E 41 DELLA COSTITUZIONE E LA VALORIZZAZIONE DELL'AMBIENTE.

Gabriella Marcatajo

Abstract: con la riforma degli art. 9 e 41 della Costituzione, approvata l'8 febbraio 2022, l'ambiente entra nella Costituzione tra i principi fondamentali ed in qualità di limite all'esercizio dell'attività economica. Il saggio propone una lettura della riforma in grado di avvalorare quell'orientamento che, sin dal secolo scorso, propugnava la ricostruzione dell'ambiente come diritto fondamentale della persona, in linea con la valorizzazione dello stesso quale bene distinto dal paesaggio, in una prospettiva esistenzialista di tutela della persona. La modifica introdotta, secondo l'autore, colma un vuoto costituzionale, divenuto insostenibile alla luce degli sviluppi della tutela ambientale, così come difesa da un orientamento dottrinale e giurisprudenziale diretto ad ascriverla nella più ampia e discussa area della tutela della persona. L'ambiente riceve cioè finalmente quella consacrazione espressa concessa fino ad oggi implicitamente tra le pieghe di norme altre, come valore apicale ordinamentale, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2, 9 e 32 della Carta costituzionale. In questa prospettiva nuove e significative conferme giungono, secondo l'autore, dalla teoria dei beni comuni. L'ambiente, come bene comune strumentale al soddisfacimento dei bisogni della persona, va analizzato, in una prospettiva di solidarietà intergenerazionale, il cui fondamento costituzionale riceve oggi la sua consacrazione ufficiale, in linea con le riflessioni offerte dalla rilettura teologica dei testi sacri. L'ambiente, il creato, nel linguaggio teologico, non è cioè oggetto di proprietà esclusiva, ma piuttosto quale bene comune, la cui utilità è strumentale al soddisfacimento di bisogni fondamentali della persona umana, diviene terreno di condivisione aperta e solidale.

Abstract: with the reform of Articles 9 and 41 of the Constitution, approved on 8 February 2022, the environment enters the Constitution as one of the fundamental principles and as a limit to the exercise of economic activity. The essay proposes an interpretation of the reform able to confirm that orientation that, since the last century, supported the reconstruction of the environment as a fundamental right of the person, in accordance with the enhancement of the same as a good distinct from the landscape, in an existentialist perspective of personal protection. The amendment introduced, according to the author, fills a constitutional vacuum that has become unsustainable in the light of developments in the field of environmental protection, as well as defended by a doctrinal and jurisprudential orientation aimed at attributing it in the wider and discussed area of personal protection. In other words, the environment finally receives the express consecration that has hitherto been implicitly attributed to it among the folds of other norms, such as the highest ordinal value, according to the combined provisions of Articles 2, 9 and 32 of the Constitutional Charter. In this perspective new and significant confirmations come, according to the author, from the theory of the commons. The environment, as a common good instrumental to the satisfaction of the needs of the person, must be analyzed, in a perspective of intergenerational solidarity, whose constitutional foundation today receives its official consecration, in accordance with the reflections offered by the theological rereading of the sacred texts. The

environment, creation, in theological language, is not, that is, the object of exclusive property, but rather what commons, whose utility is instrumental in satisfying the fundamental needs of the human person, becomes an open and supportive sharing ground.

SOMMARIO: 1. La consacrazione valoriale dell'ambiente. 2. Ambiente e paesaggio nel nuovo art. 9 Cost.: la fine di una indistinzione. 3. Il nuovo art. 41 Cost e l'ingresso della sostenibilità come limite all'attività economica. 4. L'ambiente come bene comune.

1. La consacrazione valoriale dell'ambiente.

Con la riforma degli art. 9 e 41 della Costituzione approvata l'8 febbraio 2022¹ si assiste alla tanto auspicata consacrazione valoriale dell'ambiente. L'ambiente fa ingresso a pieno titolo nella Costituzione tra i principi fondamentali ed in qualità di limite all'esercizio dell'attività economica, in compagnia di principi supremi quali dignità e sicurezza umana.

La riforma, seppure epocale, non sembra abbia ricevuto il clamore che meritava. Salutata come una svolta storica, è passata sotto silenzio, forse in ragione degli eventi pandemici che da tempo sovrastano, oscurandolo, lo scenario collettivo.

Eppure evidenti appaiono i risvolti giuridici, sia pure nel senso di confermare, consacrando, un orientamento giurisprudenziale² che sin dal secolo scorso, difende una dimensione valoriale autonoma dell'ambiente distinta dal paesaggio, di cui ne riconosce la comune discendenza.

«La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

La modifica introdotta colma un vuoto costituzionale, divenuto insostenibile alla luce degli sviluppi della tutela ambientale, così come voluta dal legislatore interno ed

1 Sulla Gazzetta Ufficiale n. 44 del 22 febbraio è stata pubblicata la Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, recante "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente".

2 Vedi tra tante Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, in Riv. giur. urb., 2005, p. 41; vedi, tra le altre, Corte cost., 31 marzo 2006, n. 133, in Foro it., 2007, I, c. 1076; Corte cost., 5 maggio 2006, n. 182, in Giur. it., 2008, p. 41; Corte cost., 31 maggio 2005, n. 214, in Foro it., 2006, I, c. 1990; Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407, in Giur. it., 2003, p. 417. 125 In tal senso, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, p. 25, il quale osserva che "valore" è uno di quei concetti «non definibili, poiché si identifica con la realtà stessa che sfugge ogniqualvolta si vuole individuarla, definirla, incapsularla. Il valore diventa dunque espressione non soltanto di un unico criterio (quello della razionalità o quello sociale o politico o economico), ma di un criterio sincretico, risultato di tanti aspetti, di tanti profili che vanno da quello storico – che si può, in un certo senso, considerare comprensivo degli altri – a quello sociologico, politico, religioso, e così via. Dal punto di vista squisitamente speculativo, la definizione di valore diventa scelta ideologica, espressione del modo di vedere il mondo per chi è chiamato ad attuare il valore».

europeo ed applicata da un orientamento dottrinale e giurisprudenziale diretto ad ascriverla nella più ampia e magmatica area della tutela della persona³, quale diritto inviolabile ai sensi del combinato disposto degli articoli 2, 9 e 32 della Carta costituzionale.

L'ambiente riceve cioè finalmente quella consacrazione espressa, concessale fino ad oggi implicitamente tra le pieghe di norme altre, come l'art. 117, che con la riforma del 2001 lo menzionava timidamente per la prima volta e lo stesso art. 9 che, sia pure attraverso il paesaggio, si apriva ad aperture coraggiose. La partita, come già tanti anni or sono ammoniva autorevole dottrina, è di grande rilievo, trattandosi di «uno dei temi chiave della regolamentazione giuridica dei processi sociali», se è vero, come si sottolineava correttamente, che «la sua assunzione o meno come diritto fondamentale avrebbe non solo un forte significato di principio, ma aiuterebbe a sciogliere perplessità e dubbi interpretativi»⁴.

3 Si rinvia a G. MARCATAJO, *Il danno ambientale esistenziale*, Napoli, 2016; ID *Ambiente e tutela individuale intergenerazionale*, in *The Cardozo electronic law bulletin*, 2020, p. 1 ss. ID. *La tutela dell'ambiente come diritto della persona*, in *Riv.giur. amb.*, 2021, p.611 ss. Sul tema vedi tra i contributi più significativi: E. LECESE, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Milano, 2011, ID., *Il diritto all'ambiente come diritto della personalità*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 58 ss.; *L'ambiente: dal codice di settore alla Costituzione, un percorso al contrario?*, in questa rivista, 2020; S. PATTI, *La quantificazione del danno ambientale*, in F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, III ed., Torino, 2013, p. 133; S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979; M. PENNASILICO, *Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione delle categorie civilistiche*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 34 ss., ID., *Tutela dell'ambiente e situazioni soggettive*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 53 ss.; U. SALANITRO, *Tutela dell'ambiente*, Roma, 2009; B. POZZO, *La responsabilità civile per danni all'ambiente tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv.giur.amb.*, 2007, p. 3 ss. ID., *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità. Esperienze giuridiche a confronto*, Milano, 1996, ID., *Ambiente (Strumenti privatistici di tutela dell')*, in *Digesto. discipline. privatistiche*, Sez. civ., Agg., II, Torino, 2003, p. 93 ss.; M. BONA, G. MIGLIORATI, *Il danno non patrimoniale da disastro ambientale: la svolta delle Sezioni unite*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 691 ss.; L. PRATI, *Diritto alla salubrità dell'ambiente e danno esistenziale in rapporto alla direttiva 35/2004/CE*, in G. GIAMPIETRO (a cura di), *La responsabilità per danno all'ambiente. L'attuazione della direttiva 2004/35/CE*, Milano, 2006, p. 86 ss.; P. SPANTIGATI, *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 1999, p. 227; S. RODOTÀ, *Relazione introduttiva*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, 1991, p.16 ss.; G. ALPA, *Pubblico e privato alle origini del danno ambientale*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 685 ss.; A. LUNINOSO, *Sulla natura della responsabilità per danno ambientale*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 909 ss.; M. FRANZONI, *Il danno all'ambiente*, in *Contr. impr.*, 1992, p. 1026 ss.; F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1987, p. 643 ss.; G. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente. Profili amministrativi*, cit., p. 211. In giurisprudenza si segnala: Corte Cass. pen., Sez. III, 2 maggio 2007, n. 16575, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, p. 2074 ss., con nota di G. Greco, *Vademecum dell'illecito ambientale: la sentenza Fiale*. Corte Cass., sez. Un. civ., 21 febbraio 2002, n. 2515, in questa Rivista, 2002, p. 946. Sulla stessa linea più di recente Corte Cass. civ., Sez. III, 13 maggio 2009, n. 11059, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 766, con nota di G. PONZANELLI, *Conferme ed incertezze della Cassazione dopo le Sezioni Unite*; Corte App. Milano, Sez. II, 9 ottobre 2001, in *Giurisprudenza milanese*, 2002, p. 214.

4 Così S. RODOTÀ, *Relazione introduttiva*, in P. PERLINGIERI, (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, 1991, p. 12- 13, il quale osservava: «È, forse, presto per dire se anche in questa materia la Corte costituzionale si avvia nella stessa direzione. Se, però questo dovesse avvenire, ci troveremmo di fronte alla costruzione di un nuovo diritto fondamentale, con potenzialità che nessuno di noi certamente può trascurare, soprattutto perché nell'ultima fase storica la costruzione dei diritti fondamentali, o l'allargamento del catalogo dei diritti fondamentali, sono stati ovunque affidati alla creazione onoraria, e in primo luogo

2. Ambiente e paesaggio nel nuovo art. 9 Cost.: la fine di una indistinzione.

La recente riforma completa, a ben vedere, un processo iniziato nel 2001 che, con la legge 18 ottobre 2001, n. 3, nel modificare l'art. 117, aggiungeva al comma 2 la lett. s, consolidando quella che già allora fu letta come una collocazione valoriale dell'ambiente.

L'ambiente diviene, cioè, bene costituzionale autonomo, distinto dai singoli beni che pur lo compongono, (paesaggio, acque, suolo, ecc.), in quanto oggetto di una specifica disposizione costituzionale.

La sua tutela integra uno dei compiti primari che lo Stato, sia al livello nazionale, sia al livello europeo, è chiamato ad assolvere.

Tale riforma giungeva a seguito di un processo di costruzione dell'ambiente in termini di valore trasversale in adempimento ai doveri di solidarietà politica, economica e sociale, radicato nell'ordito costituzionale tra le pieghe di diversi principi e valori fondanti l'ordinamento⁵. Un processo non semplice, laddove l'ambiente come valore sconta le difficoltà insite nella stessa riconduzione ad una categoria – quella di “valore” – per definizione indefinibile, identificandosi il valore nella stessa realtà dei fatti e degli interessi, che sfugge, in quanto tale, ad ogni tentativo di rigido e definitivo inquadramento⁶.

Si tratta, come è stato rilevato⁷, di un valore d'insieme che, pur presupponendo un substrato materiale, risultando da un complesso di cose, non si riferisce comunque ad una cosa composta ed è pur sempre privo di materialità nella sua essenza di valore collettivo.⁸

Prima del riconoscimento normativo attuato con la riforma costituzionale del 2001, là dove l'ambiente viene “nominato” per la prima volta nella Costituzione, dottrina e

all'intervento delle Corti costituzionali, più che all'iniziativa deliberata del legislatore».

5 Con riferimento ai precedenti disegni di legge, in dottrina si sottolineava come la riforma della Costituzione forse non è necessaria, perché la tutela dell'ambiente è nel sistema, ma sicuramente è da accogliere come manifestazione di una mutata, più consapevole, attenzione all'ambiente, come esigenza imprescindibile di una società civile che ha preso atto che il problema della propria esistenza e della salvaguardia delle condizioni di vita non può più essere rinviato”. (E.LECCESE, *L'ambiente: dal codice di settore alla Costituzione, un percorso al contrario?*, cit., p. 20.)

6 In tal senso, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, p. 25, il quale osserva che “valore” è uno di quei concetti «non definibili, poiché si identifica con la realtà stessa che sfugge ogniquale si vuole individuarla, definirla, incapsularla. Il valore diventa dunque espressione non soltanto di un unico criterio (quello della razionalità o quello sociale o politico o economico), ma di un criterio sincretico, risultato di tanti aspetti, di tanti profili che vanno da quello storico – che si può, in un certo senso, considerare comprensivo degli altri – a quello sociologico, politico, religioso, e così via. Dal punto di vista squisitamente speculativo, la definizione di valore diventa scelta ideologica, espressione del modo di vedere il mondo per chi è chiamato ad attuare il valore».

7 G. ALPA, *Pubblico e privato alle origini del danno ambientale*, in Contr. impr., 1987, pp. 686-687.

8 In questi termini G. ALPA, *La natura del danno ambientale*, in cit., p. 93, il quale chiarisce che «ambiente è un valore d'insieme, ha un substrato materiale, ma, in sé considerato, è un valore».

giurisprudenza elaborano il concetto giuridico di ambiente come bene giuridico autonomo, rintracciando nelle norme di cui agli artt. 9, 32 e 2 cost. gli addentellati necessari a fondarlo.

Ad integrare l'ambiente, quale bene giuridico autonomo, intervengono valori estetici e culturali, urbanistici e personalistici, in una concezione complessa, che consente il richiamo a una pluralità di principi come fondamento costituzionale. Si rinviene, cioè, nell'assetto del territorio, inteso in termini di tutela del paesaggio (art. 9 cost.), e nella salute, intesa come condizione di vita salubre (art. 32 cost.), il fondamento della tutela dell'ambiente, quale diritto inviolabile della persona (art. 2 cost.)⁹. L'ambiente prende così a configurarsi, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, nei termini di diritto fondamentale della persona ed interesse primario della collettività, in una concezione unitaria che ne sottolinea la qualificazione in termini di immaterialità: l'ambiente come «bene immateriale unitario», bene comune insuscettibile di appropriazione esclusiva.

Pionieristiche, in tale direzione, le note sentenze del 1978¹⁰, in cui la Corte costituzionale, seguita dalla Cassazione¹¹, ascrive l'ambiente, quale bene immateriale, nei diritti della persona, rintracciandone il fondamento costituzionale tra le pieghe del sistema di valori prefigurato. L'ambiente viene via via emergendo dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale come bene composito e, allo stesso tempo, trascendente i singoli elementi. Esso, quale bene immateriale e unitario, seppure a plurimi fattori, è dato dalla coesione di più elementi o, meglio, di singoli valori, ciascuno oggetto di per sé di una specifica tutela, ma non riducibile a nessuno di essi. Si supera, in tal modo, la celebre tesi "atomistica", proposta oltre quarant'anni orsono, la quale, basandosi sulla disciplina allora vigente, ha distinto, come categorie irriducibili a unità, tre nozioni di ambiente – paesaggio, risorse naturali, urbanistica – attorno alle quali graviterebbero le norme attinenti, rispettivamente, alle bellezze naturali e paesistiche, alla difesa dagli inquinamenti e all'urbanistica¹².

La concezione dell'ambiente, quale bene unitario, immateriale, trasversale e relazionale, si coglie nel profilo di relazionalità in cui sembra potersi tradurre l'ambiente come valore unitario, che si rivela, al contempo, bene immateriale

9 Significativa, altresì, è la Costituzione spagnola del 1978, il cui art. 45, § 1, afferma che «tutti hanno il diritto a fruire di un ambiente adeguato per lo sviluppo della persona e il dovere di conservarlo».

10 Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, in Foro.it., 1988, I. c. 329, e Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in Foro.it., 1988, c.694., con nota di F. Giampietro, Il Danno all'ambiente dinanzi alla Corte costituzionale, e ivi c. 1057, ss., con nota di G. Ponzanelli, Corte costituzionale e responsabilità civile: rilievi di un privatista.

11 Cass., 19 giugno 1996, n. 5650, in Riv. giur. amb., 1997, p. 679, con nota di F. Borasi.

12 M.S. GIANNINI, «Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in Riv. trim.dir. pubbl., 1973, p. 15 ss. sul punto vedi le riflessioni di M.MELI, *Quando l'ambiente entra in conflitto con sè stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, in questa rivista 2/2021, p. 5, la quale sottolinea come punti di approdo di quel dibattito sono oggi innanzitutto la consapevolezza che quando si parla di ambiente non ci si riferisce (più) soltanto, alla tutela ecologica in senso stretto (intesa come sintesi di discipline di settore che tutelano gli equilibri ecologici).

(pubblico e collettivo), diritto della persona e dovere sociale di solidarietà. Si tratta, in sostanza, di un concetto unitario in grado di riunire e trascendere i diversi aspetti della relazione, quali profili strutturalmente intrinseci all'idea stessa di relazione¹³. In quest'ottica ben si comprende il processo di spiritualizzazione dell'ambiente che, a fronte dell'opposto processo di materializzazione del paesaggio¹⁴, lo vede via via affrancarsi dagli elementi materiali che lo compongono per assurgere a sistema, quale relazione trascendente e inclusiva di tutto ciò che vale ad integrare l'idea dell'habitat umano e natura.

Si assiste, infatti, ad un processo di autonomizzazione dell'ambiente dal paesaggio connesso alla sua spiritualizzazione, quale valore personale, condizione esistenziale determinante la qualità della vita. A tale processo corrisponde, per converso, un parallelo e contrapposto fenomeno di materializzazione del paesaggio, il quale, sganciato dagli elementi di spiritualità connessi alla dimensione ambientale, si confina in una materialità che diviene estetica del territorio. L'autonomizzazione, tuttavia, sia pur ponendo fine ad una storica indistinzione, non si risolve in una rigida contrapposizione, ma si pone in linea con la storica ricerca di un dialogo costante. L'ambiente, pur distinguendosi dal paesaggio, in qualche modo lo ricomprende, laddove come elemento determinante la qualità della vita, ne presuppone la conservazione.

Quella tra ambiente e paesaggio si pone, allora, come dialettica tra due aspetti di una categoria ancora più ampia, quella di un habitat che è naturale, biologico, estetico, ma anche culturale. Si tratta di una relazione complessa in cui le diverse componenti possono anche confliggere tra loro, chiamando i giudici ad una costante opera di bilanciamento alla ricerca di un ragionevole punto di equilibrio¹⁵.

Quella tra ambiente e paesaggio, a ben vedere, si conferma la storia di una comune discendenza e di una continua alternanza. La prevalenza del paesaggio, nell'ipotesi del ricorrente conflitto determinato dalla costruzione di impianti di fotovoltaico viene giustificata in ragione, ora dell'antichità del movimento di idee,

13 L.R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in Riv. giur. amb., 2009, p. 19, il quale reputa che l'ambiente «nella sua unitarietà trasloca nella topografia giurisprudenziale dalla casella del “bene materiale” a quella del “diritto soggettivo” la cui lesione è percepibile per via della menomazione della salubrità di un corpo (umano o di parte della natura)». ID., *Contributo ad una formulazione delle nozioni di paesaggio come simbolo e di ambiente come sistema ed alla critica delle nozioni tradizionali di cosa e bene in senso giuridico*, in G. ALPA - G. CONTE - V. DI GREGORIO - A. FUSARO - U. PERFETTI (a cura di), *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente. Precauzione – responsabilità – assicurazione*, Napoli, 2012, p. 43, nota 24. 75.

14 Si veda A. PREDIERI, *Paesaggio*, in Enc. dir., XXXI, Milano, 1981, p. 503 ss.

15 Vedi M. MELI, *Quando l'ambiente entra in conflitto con se stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, in questa rivista 2/2021, cit. p. 6. Il diritto all'ambiente – scrive l'autrice – “è sintesi di molteplici interessi, che possono porsi anche in conflitto tra loro e che implicano il ricorso a procedure complesse per individuare, di volta in volta, quelli da ritenere prevalenti”.

ora per l'assenza di giustificazione ad un'inversione di valori determinata dalla preoccupazione per il clima, non potendosi sacrificare il certo per l'incerto¹⁶.

In questa direzione numerose sono le pronunce che vedono l'ambiente confliggere con il paesaggio da una posizione diametralmente opposta, in cui il tema dell'intangibilità del paesaggio è stato difeso a lungo come dato presupposto. Tipici appunto i casi relativi alla realizzazione di impianti di fotovoltaico che in forza di un principio di salubrità ambientale, nei termini di sostenibilità energetica, si scontrano con la tutela estetica del paesaggio minacciata da tali costruzioni¹⁷.

Una tale impostazione, tuttavia, sembra oggi superata da quella lettura che, nel tentativo di mediare tra i diversi interessi, vede la costruzione di impianti fotovoltaici sulla sommità degli edifici, non sempre caratterizzata da incompatibilità paesaggistica¹⁸ ed in taluni casi, pur se innovativa della tipologia e morfologia della copertura, non più "come fattore di disturbo

16 P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in giustiziainsieme.it, il quale muovendo da una netta distinzione delle nozioni di ambiente paesaggio, giunge così a giustificare la prevalenza del paesaggio nel conflitto con l'ambiente. Secondo questa dottrina, nella battaglia ai cambiamenti climatici imputabili all'emissione di CO₂, sulla cui precisa derivazione eziologica non v'è allo stato certezza scientifica, la tutela del paesaggio, quale dato certo, non potrebbe soccombere a quella che si rivela una speranza futura ed incerta che il fotovoltaico possa contribuire alla lotta ai gas ed arrestare i cambiamenti climatici in corso. Critica tale impostazione M. MELI, *Quando l'ambiente entra in conflitto con sé stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, cit., p. 6, la quale rileva come nessuna rilevanza possa assumere l'antichità del movimento di idee sotteso al riconoscimento costituzionale dell'art. 9 sin dalla sua formulazione, poiché, scrive l'autore "una completa equiparazione dei diversi aspetti correlati al diritto dell'ambiente si è avuta anche grazie ad una lettura evolutiva del testo costituzionale, ancorandone il fondamento nell'art. 32 e nell'art. 44, così come riferibile ad un generale principio di razionale sfruttamento delle risorse.

17 Consiglio di Stato, sez. I, 28/04/2021, n. 843, in *Riv. giur. edil.* 2021, 4 I 1333: "È legittima la scelta della Regione Lombardia — caratterizzata da ampia discrezionalità — compiuta nell'ambito dello strumento di pianificazione energetica ambientale territoriale (p.e.a.r.), di non consentire l'installazione di talune tipologie di impianti fotovoltaici a terra in aree agricole qualificate come "non di pregio": anche queste zone, infatti, meritano adeguata considerazione ed esprimono valori e interessi pubblici che esigono un'opportuna tutela, essendo senz'altro da escludere una qualsivoglia prevalenza assoluta, rispetto ad essi, dei valori e degli interessi, privati e pubblici, allo sviluppo degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili". Sullo specifico punto non si rinvencono analoghi precedenti in giurisprudenza. Sul rapporto tra impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili e zone agricole si veda, ad esempio, T.A.R. Molise, Sez. I, 23 giugno 2016 n. 281, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2016, 6, 1611; Cons. Stato, Sez. V, 14 agosto 2020 n. 5038 in *Red. Giuffrè*, 2020; T.A.R. Sardegna, 23 ottobre 2020 n. 573, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2020, 10, 1958; Cons. Stato, Sez. IV, 11 febbraio 2021 n. 2983, in *Red. Giuffrè*, 2021; Cons. Stato, Sez. II, 3 marzo 2021 n. 1800, *ivi*; Cons. Stato, Sez. IV, 8 aprile 2021 n. 2848, *ivi*; Cons. Stato, Sez. IV, 12 aprile 2021, *ivi*. Sulla legittimità costituzionale delle leggi regionali in materia cfr. Corte cost., 26 marzo 2010 n. 119, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 5, 774 ss.; Corte cost., 3 marzo 2011 n. 67, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 4, 809 ss.; Corte cost., 11 ottobre 2012 n. 224, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 10, 2481 ss.; Corte cost., 30 luglio 2021 n. 177, in *Red. Giuffrè*, 2021. In dottrina, ex multis, cfr. G. MANFREDI, *I limiti all'insediamento nelle aree agricole degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in www.giustamm.it, 2016; S. VILLAMENA, *Fonti rinnovabili e zone agricole (Ovvero della destinazione di suolo agricolo per la produzione di energia)*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 4, 157 ss.; C. VIVANI, *Ambiente ed Energia*, in M.A. SANDULLI-R. FERRARA (a cura di), *Trattato di Diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, 503 ss.; M. RENNA, *L'impianto fotovoltaico in area agricola: limiti urbanistici e funzionalità*, in www.osservatorioagromafie.it, 2015; A. PAVESI, *Impianti fotovoltaici in area agricola: illegittima una preclusione generalizzata sull'intero territorio comunale*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2011, 4, 286 ss.; L. CANFORA, *Agricoltura, tutela del paesaggio e sviluppo delle energie alternative*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, 3, 304 ss.; A. QUARANTA, *Energie rinnovabili: la multifunzionalità delle zone agricole (parte seconda)*, in *Ambiente e sviluppo*, 2010, 10, 826 ss.

visivo, bensì come un'evoluzione dello stile costruttivo accettata dall'ordinamento e dalla sensibilità collettiva¹⁹.

L'intangibilità del paesaggio sembra così cedere il posto ad un dialogo tra istanze bilanciabili.

E si tratta, pur sempre, di una lettura volta ad interpretare l'ambiente in senso spirituale, come espressione di un habitat esistenziale, distinguendolo, ma non necessariamente contrapponendolo, al paesaggio, come dimostra in tali casi la soluzione che rinnega il presunto conflitto.

Una tale interpretazione conferma, piuttosto, la complessità del rapporto tra ambiente e paesaggio, che non sempre vede i due protagonisti competere, ma secondo una visione scevra da storici pregiudizi, talvolta convergere verso una direzione comune. Non si tratta, allora, di accordare una prevalenza aprioristica, ma di far dialogare due aspetti di una medesima istanza, quella alla qualità della vita.

Quello del fotovoltaico e delle energie rinnovabili dimostra, infatti, chiaramente, come la valorizzazione dell'estetica può anche arretrare dinanzi ad una esigenza prioritaria, come la salvaguardia della salute del pianeta, che è, al pari, non anche a

18 T.A.R. Venezia, (Veneto), sez. II, 13.09.2013, n. 1104, in Riv.giur.edil., 2013, 6 I 1287: "Al fine di negare l'installazione di un impianto fotovoltaico sulla sommità di un edificio bisogna dimostrare l'assoluta incongruenza delle opere rispetto alla peculiarità del paesaggio, non essendo pertanto sufficiente una valutazione astratta e generica di incompatibilità paesaggistica." Vedi anche Cass. pen. sez. III, 17.02.2016, n. 21935, in Cass. Pen., 2017 6 2415: "In tema di tutela delle aree protette, i parchi nazionali rientrano, ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. f), d.lg. n. 42 del 2004, nei beni paesaggistici che sono costituiti e vincolati direttamente da una norma di legge e non da uno specifico provvedimento amministrativo che ne determini la rilevanza, sicché l'esecuzione di un'opera senza autorizzazione della competente sovrintendenza integra la contravvenzione prevista dall'art. 181, comma 1, del predetto d.lg. e non il delitto paesaggistico di cui al successivo comma primo-bis. (Fattispecie relativa alla costruzione di un impianto fotovoltaico nel territorio dell'ente parco nazionale del Gran Sasso)". In senso conforme ez. III, 7. 02. 2013, n. 11850, in C.E.D. Cass., n. 255025, che afferma integrare il reato previsto dall'art. 181, del d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42, l'installazione di pannelli fotovoltaici sulla copertura degli immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistico - ambientale senza il preventivo rilascio del prescritto nulla osta dell'autorità preposta alla tutela del vincolo. Adesiva, con riferimento alla realizzazione abusiva di manufatto edilizio in zona dichiarata di notevole interesse pubblico, Sez. III, 3 giugno 2014, n. 38677, ivi, n. 260387, che specifica come in tema di tutela del paesaggio, il delitto previsto dall'art. 181, comma 1-bis, lett. a), d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42, è configurabile anche quando i lavori abusivi sono effettuati su beni paesaggistici dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emesso ai sensi delle disposizioni previgenti. In dottrina, si vedano, S. BANDERA, *Pianificazione del territorio e tutela urbanistica dei beni di particolare interesse*, in Riv. giur. edil., 2016, 4, p. 498; C. VIDETTA, *Interessi pubblici e governo del territorio: l'"ambiente" come motore della trasformazione*, ivi, 2016, 4, p. 393; M. COLUSICH, *Materia penale e controllo costituzionale "ragionevole": il caso dell'abuso paesaggistico*, (nota a C. cost., 23 marzo 2016, n. 56), in Giur. cost., 2016, p. 579.

19 T.A.R. Lecce, (Puglia), sez. I, 22.07.2021, n. 1173, in Riv.giur.edil., 2021, 4, 01, 1351. In argomento, si veda anche T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 29 marzo 2021 n. 296, in www.iusexplorer.it; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 19 giugno 2017 n. 1459, in Foro. amm., 2017, 6, 1417. C. PENNAROLA, *Impianti fotovoltaici: tra legislazione, giurisprudenza Ue e nazionale*, Riv.giur.edil., 2013, 5, 751 ss., ha evidenziato che l'installazione di pannelli fotovoltaici non può essere vietata facendo riferimento alla loro semplice visibilità da punti di osservazione pubblici, "ma solo dando prova dell'assoluta incongruenza delle opere rispetto alle peculiarità del paesaggio". Così anche T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 4 ottobre 2010 n. 3726, in Riv. giur. amb., 2011, 523 ss.

dispetto, delle bellezze naturali, condizione esistenziale, in nome cioè della comune direzione verso l'obiettivo della qualità della vita²⁰.

La configurazione valoriale relazionale dell'ambiente, come *habitat* esistenziale, non si contrappone, quindi, ma dialoga e converge con la valorizzazione estetica del territorio, nella misura in cui anche quest'ultima integra una condizione esistenziale. Il paesaggio, da storico combattente, diviene alleato in una prospettiva di sostenibilità. Del resto, come si è sottolineato in dottrina²¹, non può escludersi che l'ambiente entri in conflitto con se stesso, come dimostra proprio il caso degli impianti eolici che, seppur diretti alla decarbonizzazione della economia, verso un obiettivo di sostenibilità ambientale, oltre che con l'estetica del territorio, possono confliggere con elementi dell'ecosistema, se "si pensi al consumo del suolo, alla sottrazione di terreno agricolo, all'impatto sulle specie animali e vegetali".

Si tratta, in definitiva, di un conflitto tra valori di pari rilievo, nessuno dei quali può rivendicare posizioni tiranniche, come più volte ha precisato la Corte costituzionale²². La partita si gioca, pur sempre, ad armi pari, tra valori egualmente bilanciabili.

L'ingresso dell'ambiente tra i principi fondamentali, accanto al paesaggio, segna pertanto la fine di una indistinzione, ed il riconoscimento di un'autonomizzazione che si apre a nuove possibilità di confronto.

Ed allora, in quella che i costituzionalisti individuano come nuova concezione biocentrica²³, che soppianterebbe la concezione antropocentrica di tutela della persona, si comprende come l'ambiente possa essere inteso come interesse collettivo, «parallelo, convergente e non configgente» con l'interesse individuale di ogni singola persona.

Si tratta, dunque, di un interesse della collettività su di un «bene di appartenenza collettiva»²⁴. Proprio perché l'ambiente è identificabile nell'insieme delle condizioni indispensabili allo svolgimento della vita umana, la sua protezione risponderebbe ad un interesse diffuso, tutelato sotto forma di diritto della persona umana nella sua dimensione sociale.

20 Di contro, si evidenzia, in dottrina come ciò non significhi "che la tutela del paesaggio sia destinata a perdere il suo peso specifico, attribuendo valore prioritario all'installazione di impianti di energia rinnovabile per il contributo reso all'obiettivo della decarbonizzazione dell'economia". (M.MELI, *Quando l'ambiente entra in conflitto con sè stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, in questa rivista 2/2021, p. 8.)

21 M.MELI, *Quando l'ambiente entra in conflitto con sè stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, cit.p.6., la quale nel sottolineare come il potenziale conflitto non riguarda solo ambiente e paesaggio, evidenzia come la politica ambientale è frutto di scelte discrezionali, che a volte privilegiano (o ostacolano) certi tipi di influsso delle attività antropiche e che si tratta "di scelte da operare tra valori di pari rilevanza costituzionale".

22 Corte cost. 9.04.2013, n. 85, in www.altalex.com.

23 P. MADDALENA, *Il diritto all'ambiente e i diritti dell'ambiente nella costruzione della teoria del risarcimento del danno pubblico ambientale*, in Riv. giur. amb., 1990, p. 471, secondo il quale il principio biocentrico afferma la centralità dell'uomo in rapporto alla natura di cui è parte come «vertice della comunità biotica».

24 E. LECCESE, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Milano, 2011, p. 56s.

In dottrina si sottolinea, così, l'impossibilità di segnare una netta distinzione, in materia di ambiente, tra tutela degli interessi individuali e tutela degli interessi collettivi, là dove si rileva come la stessa nozione di "ambiente" richiamerebbe, allo stesso tempo, «sia il concetto di "luogo" della vita degli individui, sia il concetto, eminentemente collettivo, di realtà in cui si svolgono le attività di una comunità, e che viene, perciò, fruita collettivamente»²⁵.

La successiva evoluzione vedrà l'ambiente affrancarsi da una dimensione strettamente antropocentrica, per assurgere a valore fondamentale da tutelare in sé, in una prospettiva che chiama l'uomo alla cura ed alla custodia, piuttosto che al suo dominio. Si consolida una distinzione tra paesaggio e ambiente, fondata su di una accezione prospettica e antropocentrica del primo e sul valore indipendente e universale del secondo. Con la riforma alla Repubblica si assegna il compito di tutelare la biodiversità e gli ecosistemi in una prospettiva funzionale ad un preciso obiettivo, quello dell'interesse delle future generazioni, quale sfida epocale e rivoluzionaria per l'intera umanità.

Il rapporto con l'uomo resta dunque centrale, ma in chiave di custodia attiva, non più solo di fruizione regolata. Prima della riforma la parola «ambiente», infatti, compariva solo nell'art. 117 e più precisamente nell'elenco delle materie su cui lo Stato ha legislazione esclusiva. La collocazione tra i Principi fondamentali, dunque, oltre a dare dignità alla materia, la trasforma in un valore da tutelare: in questa prospettiva anche l'azione dello Stato, degli Enti locali e dei singoli cittadini, dovrà andare nella direzione della tutela o quanto meno contemplare questo orizzonte ineliminabile. Questione ecologica e questione sociale divengono due aspetti di un'unica urgenza. Il problema della scarsità delle risorse non è un problema solo ambientale, ma è un problema innanzitutto sociale, ha a che fare con l'equa distribuzione delle risorse nell'intero pianeta.

3. Il nuovo art. 41 Cost e l'ingresso della sostenibilità come limite all'attività economica.

In questo orizzonte si inquadra la lettura del nuovo testo dell'art. 41 della Costituzione: «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali». La novità consiste, dunque, nello stabilire due nuovi limiti al libero esercizio dell'iniziativa economica privata, che dovrà sempre tenersi al di sotto della soglia oltre la quale si implementi un danno alla salute e all'ambiente, oltre che alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. L'estensione di

²⁵ Così F. DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, Padova, 1982, p. 4 s

tale soglia dipenderà, di volta in volta, dal bilanciamento operato dal legislatore o dal giudice costituzionale, ma con una copertura esplicita, che dovrebbe indurre a considerare l'equipollenza di tutti i valori elencati. L'attività economica si legittima, in sostanza, in forza di un ragionevole bilanciamento diretto a mediare, con l'ausilio dei principi fondamentali, tra persona e società, esigenze individuali e doveri sociali, personalismo e solidarismo, in cui spicca il principio di dignità²⁶.

Si tratta delle coordinate di una tutela che si nutre e si compendia nella solidarietà sociale.

Nella rivoluzione valoriale che ha portato all'affermazione di quella che Rodotà definiva la nuova antropologia dell' *homo dignus*, si rivendica una supremazia del principio di dignità umana, come suggello e preconditione conformante ogni attività umana²⁷. Esplicativa si rivela oggi la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che, all'art. 1, esordisce con una proclamazione netta: «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»²⁸. Nel quadro valoriale europeo

26 Sul bilanciamento tra diritti fondamentali, in ordine all'opzione personalista sposata dal nostro costituente, vedi per tutti G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile. Cultura giuridica e rapporti civili*, Napoli 2015; P. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3a ed., Napoli, 2006, p. 715 ss.; ID., *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, p. 333 s.; *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, Napoli, 2007; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007; F. PEDRINI - P. PERLINGIERI, *Colloquio su (Scienza del) Diritto e legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1127; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 145 ss.; ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 493 ss. 15; A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. M. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI e S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, p. 30 ss.; A. BARBERA, *La carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, in *Aa.Vv.*, *La libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Padova, 2002, p. 117; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 62 ss. 14.

27 Così S. RODOTÀ, *Antropologia dell'"homo dignus"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 547 s., il quale sottolinea: «Il diritto ha sempre contribuito alla creazione di antropologie e, quando lo ha fatto, ha conferito loro persistenze che andavano al di là della vicenda di origine. Ogni grande operazione giuridica, prima ancora che questo ruolo fosse reso del tutto manifesto dalle carte costituzionali, ha disegnato un suo modello di persona, che non era mai la semplice registrazione di una natura umana, ma un gioco sapiente di pieni e di vuoti, di selezione di ciò che poteva trovare accoglienza nello spazio del diritto e quel che doveva restarne fuori, di ciò che poteva entrare in quello spazio con in suoi connotati "naturali" e quello che esigeva una metamorfosi resa possibile proprio dall'artificio giuridico». Sul punto vedi, tra molti, P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, p. 49; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 98; C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, ivi, p. 644 ss.; ancor prima S. RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi o diffusi*, Atti del Convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974), Padova, 1976, p. 83 s.; R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 14 s.; più di recente v., anche per ulteriori riferimenti, M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in P. PERLINGIERI e A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 247 ss. 21.

28 La consacrazione costituzionale di tale tendenza a livello europeo è frutto di un'evoluzione recente. La centralità della persona nell'azione comunitaria, originariamente trascurata in ragione del primeggiare di una logica mercantilistica, funzionale agli obiettivi fondativi della stessa Comunità europea, inizia ad avere le prime affermazioni, con il Trattato di Maastricht (17 febbraio 1992) con la enunciazione normativa del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali come garantiti dalla CEDU, risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario (art. 6, par. 2). È solo con l'avvento della

essa diviene «l'unico valore assoluto in un contesto informato al relativismo dei valori». La fede nella sua intangibilità — si sostiene in dottrina — è andata gradualmente affermandosi come vera e propria «ragione civile» della società secolarizzata²⁹. Alla dignità si riconosce quel valore fondante e aggregante di una tutela dei diritti dell'uomo in grado di trascendere le diverse culture nazionali. In questa direzione si colloca il Preambolo della Carta dell'Organizzazione delle Nazioni Unite del 1945, così come l'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, che riconosce apertamente che: «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti» e le diverse Costituzioni europee³⁰.

In questa prospettiva, deve leggersi l'ingresso dell'ambiente, quale limite intrinseco e parametro di legittimità conformante l'attività economica. Quest'ultima si legittima solo se supera il vaglio dei quattro criteri indicati. L'ambiente, sullo stesso piano della dignità, della libertà e della sicurezza, diviene parametro per una compliance di legalità ed elemento indispensabile per aversi sviluppo, sviluppo che per essere tale deve essere sostenibile, deve cioè rispondere alle esigenze delle generazioni future, bilanciandole con quelle delle generazioni presenti³¹.

Nella ricostruzione esistenzialista, inaugurata dal principio dello sviluppo sostenibile e avvalorata dalla teoria dei beni comuni³², ambiente e sviluppo, da

Carta di Nizza (7 dicembre 2000), successivamente adottata a Strasburgo (12 dicembre 2007), che, in forza del riformato art. 6, par. 1, del TUE, ad opera del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009), la persona e la tutela dei suoi diritti fondamentali viene posta ufficialmente al centro del sistema, rivoluzionando radicalmente la scala dei valori fino ad allora imperante, quanto meno in termini di azione comunitaria. Per un'attenta ricostruzione del principio personalista in ambito interno ed europeo, vedi P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli 2006, 715 ss.; ID., *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, 333 s.; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in Riv. dir. civ., 2010, 145 ss.; A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. MANZELLA-P. MELOGRANI-E. PACIOTTI-S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, 30; A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, in AA.VV., *La libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Padova, 2002, 117; SILVESTRI, *Verso uno ius comune europeo dei diritti fondamentali*, in V. SCALISI, (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, 62 ss.

29 Così G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino 2014, 4.

30 Com'è noto la Costituzione tedesca all'art. 1 afferma «la dignità dell'uomo è intangibile, è dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla». Nella Costituzione italiana, il primo riferimento alla dignità lo ritroviamo nell'art. 3 dove si riconosce pari dignità sociale a tutti gli individui.

31 Vedi E. LECCESE, *L'ambiente: dal codice di settore alla Costituzione: un percorso al contrario?*, cit., p. 21s., la quale sottolinea come l'ingresso dello sviluppo sostenibile nella Costituzione segna una tappa nell'evoluzione della società civile, che diviene sempre più consapevole che l'utilizzazione delle risorse naturali costituisce il più delle volte, consumo di energie non più riproducibili, alterazioni irreversibili equilibri ecologici" (p. 25); M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi ecologica del contratto*, in Pers. Merc., 2015, p. 42.

32 Sul punto si rinvia a G. MARCATAJO, *La tutela dell'ambiente come diritto della persona*, in Riv. giur. amb., 2021, p. 611 ss. ID *Ambiente e tutela individuale intergenerazionale*, in *The Cardozo electronic law bulletin*, 2020.

termini antinomici, siglano un sodalizio, che li vedrà complici nella lotta ai cambiamenti climatici³³.

Alla società dei consumi fondata sulla logica dell'avere, dell'egoismo individualista, in cui la felicità è affidata all'emancipazione dai bisogni materiali, succede una società sostenibile, fondata piuttosto sulla logica dell'essere, e su un principio di condivisione solidale, non solo intergenerazionale, ma anche globale³⁴. In essa il benessere è dato principalmente dalla qualità della vita, non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, dei paesi più sviluppati, come di quelli più poveri. Certo, che in tale rivoluzione le spinte motivazionali non siano del tutto cristalline appare un rischio evidente, laddove attore di un tale mutamento rimane, pur sempre, la macchina imprenditoriale che risponde, notoriamente, a logiche di profitto non arretrabili neppure dietro i più nobili propositi della green economy³⁵. Ma la green economy innesta comunque una dimensione di solidarietà intergenerazionale e globalizzata, che era già insita nella rivoluzione personalista intrapresa dal legislatore costituente interno ed europeo e che adesso con la riforma costituzionale sembra ricevere una consacrazione ufficiale.

In questa direzione, si muovono, peraltro, le riflessioni offerte dalla rilettura teologica dei testi sacri³⁶, in ordine a quello viene descritto, nella famosa enciclica *Laudato si* di Papa Francesco³⁷, come passaggio dal dominio alla custodia del creato, in linea con la tesi dell'ambiente come bene comune³⁸. L'uomo, in una dimensione non più rigorosamente antropocentrica, non è più dominus incontrastato del creato, predatore e devastatore indisturbato, dunque, da un punto di vista giuridico, dotato di un potere proprietario pieno ed esclusivo, di usare, non usare e perfino abusare

33 Così M.MELI, *Quando l'ambiente entra in conflitto con sè stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, cit., p. 4 che così scrive: "Sull'altare dei cambiamenti climatici i due storici contendenti sembrano aver suggellato un patto di solidarietà e di convivenza pacifica, se non fosse per un terzo incomodo: la tutela del paesaggio".

34 Recita l'articolo 5 della Dichiarazione dell'Unesco del 12.11. 1997: "Articolo 5. Protezione dell'ambiente: "1. Affinché le generazioni future possano beneficiare della ricchezza offerta dagli ecosistemi della Terra, le generazioni presenti dovrebbero agire per uno sviluppo durevole e preservare le condizioni della vita e in particolare la qualità e l'integrità dell'ambiente.2. Le generazioni presenti dovrebbero vegliare affinché le generazioni future non siano esposte agli inquinamenti che rischierebbero di mettere in pericolo la loro salute o l'esistenza stessa.3. Le generazioni presenti dovrebbero preservare per le generazioni future le risorse naturali necessarie al mantenimento della vita umana e al suo sviluppo.4. Le generazioni presenti dovrebbero, prima di realizzare qualsiasi progetto di rilievo, prendere in considerazione le possibili conseguenze per le generazioni future".

35 M.MELI, *Quando l'ambiente entra in conflitto con sè stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, cit., p.2, che sottolinea il rischio del grande business della green economy, rilevando come l'imprenditoria si erga a paladino della salvaguardia del pianeta, ma in realtà persegue le proprie traiettorie di guadagno.

36 Vedi A.PORRETTA, *Per un'ecologia integrale con S. Francesco di Paola, Profili estetici e simbolici*, Artetetra, Capua, 2021.

37 FRANCESCO, *Lettera enciclica Laudato si* (24-5-2015), in *Acta Apostolicae Sedis* 107 (2015), p.847-945.

38 Vedi G. MARCATAJO, *La tutela dell'ambiente come diritto della persona*, cit., p. 611 ss. ID *Ambiente e tutela individuale intergenerazionale*, cit.

dell'oggetto del suo diritto, ma diviene invece custode e, come tale, giuridicamente tenuto alla cura diligente di un bene, la terra, che, quale eredità comune, dovrà poi consegnare, trasmettere cioè alle generazioni future. L'ambiente, il creato, nel linguaggio teologico, non è cioè oggetto di proprietà esclusiva, ma piuttosto quale bene comune, la cui utilità è strumentale al soddisfacimento di bisogni fondamentali della persona umana, diviene terreno di condivisione aperta e solidale³⁹.

4. L'ambiente come bene comune.

La dimensione valoriale dell'ambiente sembra ricevere, quindi, significativi spunti dalla teoria dei beni comuni.

Com'è noto, tale concetto fa ufficialmente la sua comparsa nel mondo accademico quando Garret Hardin, nel 1968, pubblica il suo articolo intitolato *The tragedy of the commons*⁴⁰. Per tragedia dei beni comuni si intende quella condizione di crisi che inevitabilmente scaturisce quando ogni individuo, mosso da una condotta egoistica, esaurisce una risorsa condivisa, limitata e facilmente accessibile a tutti. Nella lettura economista, escludibilità e rivalità integrano, infatti, le due variabili determinanti il rapporto tra bene e utilizzatore⁴¹.

Deve precisarsi che la ricostruzione del dibattito giuridico in tema di beni comuni risulta in qualche modo ostacolata dall'eterogeneità della categoria, tanto dal punto di vista contenutistico, laddove comprende una variegata moltitudine di beni diversi (materiali, immateriali, naturali, pubblici), quanto sul piano del metodo, dovendo la riflessione dialogare con istanze di natura diversa, economiche, sociali, politiche, oltre che strettamente giuridiche, con il rischio di compromettere, in termini di utilità e credibilità, la ricostruzione scientifica⁴². Ciò premesso, con la ripresa dei lavori della

39 Sul punto E. LECCESE, *L'ambiente: dal codice di settore alla Costituzione, un percorso al contrario?*, cit., p. 3, la quale sottolinea come l'idea di universalità, di casa comune, per noi e per le generazioni future, è una realtà concreta che appartiene ad ogni uomo, ad ogni coscienza, laica o cattolica.

40 G. HARDIN, *The tragedy of commons*, in *Science*, 1968, p. 1243.

41 E. OSTROM, *Governing the commons. The evolution of Institution for Collective Action*, Cambridge, 1990, traduzione italiana *Governare i beni collettivi. Istituzioni pubbliche e iniziative della comunità*, Venezia, 2006; F. VAN LAERHOVEN, E. OSTROM, *Traditions and Trends in the Study of the Commons*, in *International Journal of the Commons*, 2007, p. 8.

42 Senza alcuna pretesa di completezza, con riferimento esclusivo al dibattito giuridico interno, vedi per tutti, M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, 2012, p. 311 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2012; U. MATTEI, A. QUARTA, *Punto di svolta*, Sansepolcro, 2018; L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 69 ss. S. RODOTÀ, *Postfazione. Beni Comuni: Una strategia globale contro lo Human divide*, in *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, cit., p. 311; G. DALLERA, *La teoria economica oltre la tragedia dei beni comuni*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 88; E. CONTE, *Beni comuni e domini collettivi tra storia e diritto*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 48; V. CERULLI IRELLI, V. e L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, 2014, p. 6 ss.; A. NERVI, *Beni comuni ambiente e funzione del contratto*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, cit., p. 40; L. RAMPA, Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: ovvero un tertium genus*, in *Politica del diritto*, 2014, p. 279; P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *Federalismi.it*, 2011, p. 2 ss.; M.

Commissione Rodotà, istituita nel giugno del 2007, con decreto del ministro della Giustizia ed incaricata di proporre una legge delega di riforma del libro terzo del Codice civile italiano intitolato alla Proprietà, la questione ecologica viene riesaminata dalla prospettiva oggettiva dei beni, dando nuova linfa alle letture esistenzialiste dell'ambiente come bene funzionale alla tutela della persona.

La riforma proponeva, com'è noto, una nuova impostazione della teoria dei beni che, muovendo da una ridefinizione del concetto di bene, suggeriva una diversa articolazione degli stessi ancorata al concetto di utilità. Beni, secondo il nuovo testo dell'art. 810 c.c., sarebbero le "cose materiali o immateriali le cui utilità possono essere oggetti di diritti".

La loro classificazione, ancorata al concetto di utilità, supererebbe i rigidi schemi della dicotomia pubblico-privato, includendo i beni comuni, quale nuova categoria che, a prescindere dall'appartenenza, pubblica o privata, si caratterizza per l'utilità funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali, nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni, stabilisce il testo della riforma, "devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge"⁴³. Viene individuata, quindi, una categoria trasversale che, quale che sia la titolarità formale, sia essa pubblica o privata, la natura, sia essa corporale o immateriale, si qualifica in ragione della funzionalità al soddisfacimento degli interessi fondamentali della collettività, inerenti allo sviluppo della persona. Si tratta, cioè, come è stato sottolineato⁴⁴, di una "fenomenologia funzionalistica ad un

PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in Rassegna di diritto civile, 2014, p. 753 ss.; A. SOMMA, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in Materiali per una storia della cultura giuridica, 2011, p. 464; L. FRANCARIO, *Uso collettivo di beni deperibili ed esauribili e sostenibilità*, in Atti del 9° convegno SISDIC, in ricordo di G. GABRIELLI, Napoli, 8-10 maggio, 2015, p. 123; R. LOMBARDI, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva di indagine sui beni comuni*, in R. FERRARA, e M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., p. 76; E. DICIOTTI, *I beni comuni nell'attuale dibattito politico e giuridico: un chiarimento concettuale, un'apologia e una critica*, in Ragion pratica, 2013, p. 347; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni unite*, in Rassegna di diritto civile, 2012, p. 524, ID, *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche. Contributo ad una teoria dei beni comuni*, Napoli, 2008; M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo*, Padova, 2005, p. 175; A. NAZZARO, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, in Contratto e impresa, 2013, p. 1024; L. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in Foro italiano, 2012, I, c. 575; A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, in A. DI PORTO, *Res in usu publico e "beni comuni"*, Torino, 2013, p. 8.

43 "Quando titolari dei beni comuni – prosegue la proposta di riforma – sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Sono beni comuni, tra gli altri, i fiumi i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la

44 U. MATTEI, *I beni comuni*, cit., p. 54, il quale sottolinea come i beni comuni "richiedono perciò una percezione olistica, che ne colga appieno gli inestricabili nessi con la comunità di riferimento e con le altre

particolare fine sociale coerente con l'ecologia politica". A qualificare un bene come comune è la vocazione esistenziale del suo uso⁴⁵, sia esso un bene naturale, culturale, materiale o immateriale. In questi termini, il valore d'uso diviene il paradigma caratterizzante, in luogo del valore di scambio⁴⁶. La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici. Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per altri interessi, all'esercizio dell'azione di danni recati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato".

A logiche di esclusione e concentrazione sovrana del potere subentra, quindi, l'accessibilità diffusa e la condivisione solidale⁴⁷. In questa direzione, la formula prescelta, la cui forza suggestiva, come è stato sottolineato⁴⁸, ne ha determinato il successo e la cui enfasi, si fa notare, piuttosto che in un ritorno al pubblico, sta nella "tensione verso una alternativa in termini sociali, economici ed istituzionali, che si ponga oltre la contrapposizione pubblico/privato"⁴⁹.

comunità ad esse contigue o che ad essa si sovrappongono".

45 In questo senso, spiega U. MATTEI, *I beni comuni*, cit., p. 54, "una piazza non è bene comune in quanto mero spazio urbanistico, ma lo è in quanto luogo di accesso sociale ed esistenziale.

46 Così L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune*, in *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 70, il quale, nell'arduo tentativo di individuare condizioni

47 Vedi A. NERVI, *Beni comuni ambiente e funzione del contratto*, cit., p. 42 ss., il quale sottolinea come rispetto al modello dominicale tradizionale la dottrina sui beni comuni introduca due ordini di innovazioni: la prima consiste nell'aver collocato al centro del dibattito il tema della gestione della risorsa "traducendo così in chiave moderna l'attributo 'godimento' che compare nella definizione legislativa del concetto di proprietà"; la seconda innovazione consiste "nel superamento della dimensione puramente individualistica della proprietà con cui è stato da sempre impostato l'istituto dominicale". Sulla stessa linea anche A. Somma, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, cit., p. 464, il quale evidenzia come la discussione dei beni comuni si colloca sul piano della loro gestione.

48 25 L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune*, cit., p. 70. Secondo l'autore "l'unico ambito disciplinare in cui essa designa un ordine di fenomeni e di problemi dai contorni definiti è quello della teoria economica, dove, almeno in una prima fase, i commons stanno ad indicare una categoria di beni connotati dalla loro genetica, ed inemendabile attitudine all'utilizzazione inefficiente", laddove, osserva l'autore, al di là delle revisioni successive, "l'orizzonte entro il quale il ragionamento sui beni comuni si colloca rimane, pur sempre, in larga misura, quello della 'tragedia'" (p. 69).

49 M.R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 11, la quale rileva come "in termini politici questa tensione, e l'aspirazione alla riappropriazione del comune ad essa inerente, trova una prima espressione nell'esigenza di assicurare la partecipazione delle comunità nella gestione delle risorse materiali come alla fruizione della conoscenza, ciò che significa anche recuperare i legami di solidarietà sociale attualmente affievoliti o compromessi e instaurarne di nuovi [...]. Sullo sfondo un'idea forte, non sempre resa esplicita: l'idea che i beni comuni appartengano originariamente alla collettività perché conservati e custoditi dalle comunità di generazione in generazione".

La categoria dei beni comuni, comprensiva anche dei beni ambientali⁵⁰, viene riconosciuta dalle Sezioni Unite⁵¹ e si fa portatrice di una nuova razionalità che, superando la logica binaria del pubblico e privato, affonda le radici in quel “retroterra non proprietario” dominato dal soddisfacimento delle esigenze e dei bisogni della persona⁵².

Si comprendono, allora, i risvolti in tema ambientale. La teorica dei beni comuni sembra aprire le porte all’idea di una comunità ecologica, quale dimensione qualitativa e relazionale, in cui i rischi di insostenibilità e disastro ambientale vengono aggirati dal consolidarsi di una ideologia ancorata alla logica dell’essere e della condivisione solidale intergenerazionale⁵³, che trova la sua ragion d’essere in quella rivoluzione personalista alla base del tessuto valoriale costituzionale. Dalla prospettiva dei beni la logica è pur sempre quella esistenzialista. Alla astrazione del soggetto, impersonale e anonimo, succede la persona e la concretezza dei suoi bisogni.

Il c.d. “costituzionalismo dei bisogni”, ancorato ad un principio di solidarietà intergenerazionale, quale principio costitutivo della convivenza⁵⁴, diviene la direttiva lungo la quale si colloca la nuova teorica.

Al dominio sovrano ed esclusivo, si sostituisce l’accesso condiviso ed inclusivo. In questi termini la facoltà di accesso, da una dimensione subalterna rispetto a quella dell’appartenenza, nella prospettiva esistenziale, diviene centrale, quale che sia il titolo di appartenenza. Emerge, secondo le parole dell’autore della riforma, una dimensione dell’accesso, quale “strumento che consente di soddisfare l’interesse all’uso del bene indipendentemente dalla sua appropriazione esclusiva”, che ritrova, nella stessa Carta costituzionale, una terza via rispetto allo schema binario della

50 In ordine all’inclusione delle risorse naturali tra i beni comuni, si fa notare come “le riflessioni sui beni comuni possono effettivamente fornire un importante contributo nella ricerca di modelli giuridici che siano non solo alternativi rispetto alla proprietà ‘napoleonica’, ma soprattutto idonei a ricostruire il rapporto tra uomo e risorse naturali alla luce delle esigenze e delle problematiche di stampo ecologico sollevate dalla realtà contemporanea”. Con specifico riguardo ai beni ambientali l’individuazione di modelli di gestione alternativi risulta più problematica data “l’esistenza di una pluralità di interessi rilevanti e nella conseguente esigenza di governarli” Così A. NERVI, *Beni comuni ambiente e funzione del contratto*, cit., p. 41-42.

51 Corte Cass. Sez. Un. 14 febbraio 2011, n. 3665. Vedi in dottrina G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza*

52 S. RODOTÀ, *Postfazione. Beni Comuni: una strategia globale contro lo Human divide*, in *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 311 ss. 30 U. Mattei, *I beni comuni*, cit., p. 52 ss., il quale sottolinea come i confini della stessa distinzione tra essere e avere, netti nella mentalità della modernità, vengono a sfumare sino a scomparire quasi del tutto in quella che descrive come comunità ecologica, fondata sul comune, che precede la modernità, dove, afferma l’autore, “l’aver in comune non era distinguibile dall’essere in comune [...] la vita sembrava svolgersi in una dimensione che potremmo descrivere, senza alcun romanticismo, come ecologica e qualitativa”. “Nel modello ecologico precedente la modernità” – osserva l’autore – ogni rapporto, fondandosi sull’essere ben più che sull’aver [...], vedeva prevalere nettamente una dimensione qualitativa più che quantitativa” (p. 27 ss.).

53 E. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, cit., p. 575.

54 S. RODOTÀ, *Postfazione. Beni Comuni: Una strategia globale contro lo Human divide*, cit., p. 331.

proprietà, sancito dall'art. 42. La proprietà, nella nuova logica inclusiva, piuttosto che nello *ius excludendi alios*, si rimodella come diritto a non essere esclusi dal godimento o dall'uso di taluni beni, nel riconoscimento della coesistenza di una molteplicità di interessi facenti capo ad una molteplicità di soggetti, in grado di postulare una accessibilità disconnessa dalla titolarità⁵⁵. Del resto, sono passati parecchi anni da quando autorevole dottrina⁵⁶ evidenziava come l'esclusività, almeno tendenziale, del godimento del proprietario, non fosse da ritenere essenziale ed assoluta, individuandosi forme di proprietà, come quelle quella dell'azienda, dove i lavoratori hanno diritto a partecipare alla gestione e al godimento della stessa.

L'accesso, così, da situazione strumentale, si autonomizza e si eleva a diritto fondamentale della persona, funzionale alla definizione della posizione della persona nel contesto in cui vive, in grado di ridisegnare in modo alternativo la trama dei rapporti tra persone e beni⁵⁷.

La revisione del regime dei beni, in definitiva, con l'emergere di una nuova categoria di beni, si fa portatrice di una nuova razionalità, di un nuovo ordine che, secondo la dottrina responsabile della proposta di riforma⁵⁸, troverebbe consacrazione proprio in quella funzione sociale costituzionalmente fondata che, da limite ai poteri proprietari, assurge a strumento di definizione del suo contenuto, in grado di imporre nuove forme di gestione partecipativa attribuibile ad una moltitudine di soggetti. La valorizzazione della funzione sociale, quale veicolo di attuazione di una solidarietà sociale che si compendia, come è stato fin da subito sottolineato⁵⁹, nella realizzazione di "più equi rapporti sociali" e nel pieno sviluppo della personalità degli individui, ritrova nella teorica dei beni comuni nuovi e significativi canali di attuazione.

55 S. RODOTÀ, *Postfazione. Beni Comuni: Una strategia globale contro lo Human divide*, cit., p. 314.

56 P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Napoli, 1970, p. 60.

57 S. RODOTÀ, *Postfazione. Beni Comuni: Una strategia globale contro lo Human divide*, cit., p. 317.

58 S. RODOTÀ, *Postfazione. Beni Comuni: Una strategia globale contro lo Human divide*, cit., p. 315.

59 P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Napoli, 1970, p. 123 ss., il quale così scriveva: "Sotto questo aspetto la funzione sociale è veramente riassuntiva di valori diversi che non sono soltanto valori economici come potrebbe sembrare a prima vista e infatti tutta la problematica della proprietà – come in genere tutta la problematica di quegli istituti che tradizionalmente sono stati considerati espressione di interessi egoistici ed esclusivamente privatistici, come appunto la proprietà e la responsabilità civile".

In questa cornice si ripropone l'interrogativo a suo tempo emblematicamente posto⁶⁰ sulla proprietà, se "essere" funzione sociale, piuttosto che "avere" funzione sociale.

Tale distinguo, che già, a suo tempo, trovava una possibile risposta nel pluralismo dello statuto proprietario, nel terreno dei beni comuni, sembra trovare nuovi punti di forza, se è vero che il fondamento degli stessi si basi sull'idea radicata di una proprietà, quale funzione sociale, vale a dire strumento di realizzazione di più equi rapporti sociali, nonché di sviluppo della persona. Il rapporto tra persone e beni viene ridisegnato, dunque, secondo modelli disancorati dalla mediazione proprietaria e dalla appropriazione esclusiva e affidata all'accesso, in base a logiche tracciate dai diritti fondamentali della persona e dai bisogni della collettività.

Nella dimensione relazionale e qualitativa, la dicotomia essere ed avere, tipica della modernità, cede il passo ad una modalità dell'essere che delinea una nuova relazionalità tra soggetto ed oggetto, la quale trascende la dimensione dell'avere e si caratterizza per l'essere in relazione.

Nel paradigma dei beni comuni, il rapporto tra soggetto ed oggetto si definisce, in definitiva, quale modalità dell'essere. La dimensione dell'appartenenza non viene in rilievo. Non si ha un bene comune, si sottolinea efficacemente⁶¹, ma si è piuttosto parte del bene comune, nel senso che il bene, in quanto comune e funzionale al soddisfacimento di bisogni della persona, diviene una modalità dell'essere, una condizione dell'esistenza.

60 Vedi P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, cit., p. 129 ss., il quale, in merito alla questione posta, "se cioè la proprietà 'ha' funzione sociale o se, invece, 'è' funzione sociale", ritiene questa disputa peccare di generalizzazione, nel porre l'alternativa in riferimento a qualsiasi forma di proprietà. Conclude, pertanto, "non a caso è esattamente studiata in costante riferimento al principio della solidarietà sociale dettato nell'art. 2 della Costituzione. E la funzione sociale della proprietà non può essere a pieno compresa se non si tiene adeguato conto della solidarietà sociale che deve appunto oggi caratterizzare i rapporti tra soggetti privati e tra costoro e lo Stato; 'solidarietà sociale' e 'più equi rapporti sono due aspetti strettamente collegati, giacché non può esserci sostanziale ed effettiva solidarietà senza che si realizzi un equo rapporto sociale'. Continua l'autore: "si è anche rilevato che proprio la dottrina che ha prospettato in termini più rigorosi questo problema ha insegnato che non esiste 'la' proprietà, 'una sola' proprietà, ma esistono diverse forme di proprietà; affermazione che non consente di porre lo specifico problema in termini generali, ma impone invece di prospettarlo in riferimento ad ogni singola forma di proprietà".

61 Scrive emblematicamente U. MATTEI, *I beni comuni*, cit., p. 52-53: "Un bene comune a differenza tanto della proprietà privata quanto di quella pubblica (appartenente allo Stato proprietà demaniale), non può concepirsi come un mero oggetto, una porzione tangibile del mondo esterno. Non può essere colto con la logica meccanicistica e riduzionistica tipica dell'illuminismo, che separa nettamente il soggetto dall'oggetto. In una parola non può essere ricondotto all'idea moderna di merce. Il bene comune, infatti, esiste, soltanto in una relazione qualitativa. Noi non 'abbiamo' un bene comune (un ecosistema, dell'acqua), ma in un certo senso 'siamo' (partecipi del) bene comune (siamo acqua, siamo parte di un ecosistema urbano o rurale). La stessa separabilità fra l'essere e l'avere, così come quella fra il soggetto e l'oggetto, viene posta in discussione da una teoria politica che ponga al centro i beni comuni. Dal punto di vista fenomenologico, infatti, i beni comuni non possono essere colti se non liberando la mente dai più radicati fra gli schemi concettuali con cui siamo soliti interpretare la realtà".

Dalla teorica dei beni comuni nuove conferme giungono, in definitiva, a quel processo di costruzione valoriale dell'ambiente che, oggi con la recente riforma, sembra aver trovato adeguato compimento. Laddove questa venisse approvata il cerchio si chiuderebbe intorno ad un dato certo, l'ambiente come valore apicale ordinamentale, bene comune strumentale al soddisfacimento dei bisogni della persona, va tutelato in una prospettiva di solidarietà intergenerazionale.

LA GUERRA GIUSTA NEL DIRITTO ROMANO, ANCHE IN PARALLELO CON LA REALTÀ GIURIDICA ATTUALE.

(The righteous war between Roman law and current juridical reality)

Mario Tocci*

Abstract: il concetto di guerra giusta è di difficile elaborazione, tanto nel sistema socio-giuridico europeo attuale quanto nell'antico ordinamento romano. La guerra è una situazione - decisamente traumatica - di conflitto tra più soggetti che incarnano entità etniche e politiche diverse per storia e tradizioni. Alla luce del suesposto dato, oggettivamente incontestabile, è possibile comprendere quanto difficile e forse doloroso si riveli il tentativo (o, meglio, lo sforzo) di giungere ad elaborare in qualsivoglia contesto una nozione del concetto di giustezza della guerra dotato di un apprezzabile grado di plausibilità e ragionevolezza. Su un sentiero così aspro ed accidentato si sono cimentati autorevoli pensatori di tutti i tempi. In questo articolo, al lume delle fonti e delle interpretazioni dottrinarie gradualmente succedutesi nel corso del tempo, si individua la nozione del concetto e descrive la procedura di indizione della guerra giusta nel diritto romano. Nella consapevolezza che, all'interno del sistema socio-giuridico romano, guerra giusta è quella scaturita da un motivo logicamente plausibile (e, ciononostante, tassativamente determinato) e amministrata secondo un ricco e grandioso rituale religioso prestabilito. Le conclusioni coincidono con una riflessione sul concetto di guerra giusta nella realtà socio-giuridica europea attuale.

The concept of the righteous war is difficult to be developed, both in the current European socio-juridical system and in the ancient Roman context. The war is a - definitely traumatic - situation of conflict between several subjects embodying different ethnic and political entities in order to history and traditions. In light of the above, objectively indisputable, it's possible to understand how difficult, and perhaps painful, is the attempt (or, better, the effort) to come to elaborate, in any framework, a notion of the concept of the justness of the war, endowed with an appreciable degree of plausibility and reasonableness. On this, rugged and bumpy, path authoritative thinkers of all times have ventured. In this article, considering the sources and the doctrinal interpretations that gradually have occurred over time, the author aims to individuate, in the Roman law, the notion of the concept of the righteous war, which was the war risen up from a logically plausible reason (and, nevertheless, strictly determined) and administered according to a rich and magnificent pre-established religious ritual, and describes the procedure for calling it. The conclusions coincide with a reflection on the concept of the righteous war in the current European socio-legal system.

SOMMARIO 1. Le relazioni giuridiche internazionali degli antichi Romani: esclusivismo e ostilità naturale? – **2.** Il fine ultimo della guerra nell'antica Roma: la pacificazione "coatta". – **3.** Il *ius fetiale* come diritto internazionale degli antichi Romani. – **4.** Il *bellum iustum* quale guerra ritualmente dichiarata dai *Fetiales*. – **4.1** Le fasi della procedura di indizione della guerra nel diritto romano. – **4.1.1** *Rerum repetitio* o *clarigatio*. – **4.1.2** *Testatio deorum* o *denuntiatio*. – **4.1.3** *Votum* e *indictio belli*. – **5.** Cenni sul concetto di guerra giusta nella realtà socio-giuridica europea attuale. – **6.** Apporti innovativi del presente studio.

Summary: 1. The juridical international relations of the ancient Romans: natural exclusivism and hostility? – **2.** The ultimate goal of the war in the Roman context: the "forced" pacification. – **3.** The *ius fetiale* as the international law of the ancient Romans. – **4.** The *bellum iustum* as the war ritually claimed by the *Fetiales*. – **4.1** The phases of the war call procedure in the Roman law. – **4.1.1** *Rerum repetitio* or *clarigatio*. – **4.1.2** *Testatio deorum* or *denuntiatio*. – **4.1.3** *Votum* and *indictio belli*. – **5.** Some considerations regarding the concept of the righteous war in the current European socio-juridical system. – **6.** Innovative contributions.

Parole chiave Guerra giusta – rituale – procedura

Key-words Righteous war – Guerra giusta – ritual – procedure

1. Le relazioni giuridiche internazionali degli antichi Romani: esclusivismo e ostilità naturale?

La concezione di una parte della dottrina circa la consueta tipologia dei rapporti fra i popoli dell'antichità è informata alla presunta e teorizzata diuturna ostilità, aggravata dalla mancata contemplazione di diritti per gli stranieri, a meno dell'avvenuta stipulazione di trattati¹; così da derivarne la consapevolezza della percezione, per gli antichi, della guerra come il consueto ed ordinario stato naturale delle relazioni internazionali².

1 *Avvocato cassazionista e dottore di ricerca. P. Frezza, *Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano*, in *Id.*, *Scritti*, I, Roma, 2000, pp. 367 ss.; M. Meslin, *L'uomo romano*, Milano 1981, p. 117; H. Lévy-bruhl, *Esquisse d'une théorie sociologique de l'esclavage*, in *Id.*, *Quelques problèmes du très ancien droit romain. Essai de solutions sociologiques*, Parigi, 1934, pp. 15 ss.; E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, II, Parigi, 1928, p. 92; A. Bouché-Leclercq, *Manuel des institutions romaines*, Parigi, 1909, p. 343; G. Padelletti - P. Cogliolo, *Storia del diritto romano*, II, Firenze 1886, p. 67; R. Von Jhering, *L'esprit du droit romain*, I, Parigi 1886, pp. 226 ss.; O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, Lipsia 1881, pp. 279 ss.; J. Madvig, *Die Verfassung und Verwaltung des römischen Staates*, I, Lipsia 1881, pp. 58 ss.; M. Voigt, *Die Lehre von ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, II, Lipsia 1858, pp. 102 ss.; E. Osenbrüggen, *De iure belli et pacis Romanorum*, Lipsia, 1836, pp. 8, 16, 36; A.G. Heffer, *De antiquo iure gentium prolusio*, Bonn, 1823, p. 7.

2 E. Täubler, *Imperium Romanum. Studien zur Entwicklungsgeschichte des römischen Reiches, I. Die Staatsverträge und Vertragsverhältnisse*, Lipsia, 1913, pp. 14 ss. nonché 29 ss. nonché 44 ss.; Th. Mommsen, *Das römische Gastrecht und die römische Clientel*, in *Id.*, *Römische Forschungen*, I, Berlin 1864, pp. 326 ss.

D'altronde non è mancato chi ha reputato che fosse peculiare dei Romani dei primordi *la situation permanente d'interhostilité qui règne entre les peuples ou les cités*³ e la mancanza di diritti per gli stranieri⁴.

E, tuttavia, dalla letteratura si evince che la guerra non sia la condizione fisiologica delle relazioni interpersonali nell'antica Roma.

Virgilio, ad esempio, definisce il *bellum* inequivocabilmente come *horridum*⁵, *asperum*⁶, *crudele*⁷, *dirum*⁸, *cruentum*⁹, *triste*¹⁰; senza peraltro mai riferirgli aggettivi "benevoli" quali *iustum* o *pium*¹¹.

Probabilmente l'equivoco è nato – ed è proprio da qui che potrebbero snodarsi nuovi e interessanti spunti di ricerca – dalla mutazione, nel tempo e a partire dall'ultimo periodo repubblicano, del significato del termine *hostis*, originariamente utilizzato per designare lo straniero e poi adoperato onde indicare il nemico col senso *d'ennemi en général, de même que inimicus s'emploie pour hostilis*¹². Del resto, tanti autorevoli studiosi hanno riferito il glossema *hostem* all'interno del precetto *adversus hostem aeterna auctoritas esto* della Legge delle XII Tavole allo straniero quale soggetto incapace di usucapire e, quindi, abbisognevole della garanzia del mancipante¹³.

Confortanti sono molti passi letterari. Cicerone, nel *De officiis*, usa il termine *hostis* al fine di qualificare lo straniero: Cic., *De off.*, 1.37: *Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus*.

La stessa accezione viene prediletta da Varrone nel *De lingua latina*, allorché la parola *hostis* è inclusa nel novero delle espressioni che nel tempo hanno cambiato significato¹⁴: Varr., *De ling. Lat.* 5.3: *Quae ideo sunt obscuriora, quod neque omnis impositio verborum extat, quod vetustas quasdam delevit, nec quae extat sine mendo omnis imposita, nec quae recte est imposita, cuncta manet (multa enim verba licet commutatis sunt interpolata), neque omnis origo est*

3 Così É. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, I. *Économie, parenté, société*, Parigi, 1969, pp. 355 ss. e in part. p. 361; di opinione conforme: A. Guarino, *Storia del diritto romano*, VII., Napoli, 1987, p. 82 e A. Piganiol, *Le conquiste dei Romani* (nella traduzione italiana di F. Coarelli), Milano 1971, pp. 147 ss.

4 M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 103; M. Pastori, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, II, Milano 1988, p. 175; M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Bari, 1987, p. 129; P. Frezza, *Corso di storia del diritto romano*, III, Roma 1974, p. 210.

5 *Aen.* 6.86; 7.41; 11.96.

6 *Aen.* 1.14.

7 *Aen.* 8.146 e 11.535.

8 *Aen.* 11.21.

9 *Aen.* 11.474.

10 *Ecl.* 6.7; *Aen.* 7.325.545 e 8.29.

11 H. Merguet, *Lexikon zu Vergilius*, Lipsia, 1912, pp. 88 ss.

12 A. Ernout – A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, IV, Parigi, 1967, p. 301. Cfr.: A. Walde – J.B. Hofmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, dritte Auflage, Heidelberg 1938, pp. 662 ss.; H. Ehlers, v. *Hostis*, in *Thesaurus Linguae Latinae*, VI.2, 1934, coll. 3061 ss.

13 F. Serrao, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, I, I, Napoli 1984, p. 349, nt. 66; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, II, Monaco di Baviera, 1971, p. 136; F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, II, 1973, p. 18; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1954, pp. 313 ss.; P. Voci, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, pp. 47 ss.

14 A. Cenderelli, *Varroniana. Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano, 1973, pp. 29 nonché 113 ss.

nostrae linguae e vernaculis verbis, et multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut hostis: nam tum eo verbo dicebant peregrinum qui suis legibus uteretur, nunc dicunt eum quem tum dicebant perduellem.

Aulo Gellio, nel sedicesimo libro delle *Notti Attiche*, riporta la formula del giuramento militare¹⁵, poi ripresa da Cincio¹⁶ nel quinto libro del *De re militari*, attribuendo al termine *hostis* il significato di straniero: Gell., *Noct. Att.* 16.4.3-4: *Militibus autem scriptis dies praefinibatur, quo die adessent et citanti consuli responderent; deinde ita concipiebatur iusiurandum, ut adessent, his additis exceptionibus: "nisi harunce quae causa erit: funus familiare feriaeve denicales, quae non eius rei causa in eum diem conlatae sunt, quo is eo die minus ibi esset, morbus sonticus auspiciumve, quod sine piaculo praeterire non liceat, sacrificiumve anniversarium, quod recte fieri non possit, nisi ipse eo die ibi sit, vis hostesve, status conductusve dies cum hoste; si cui eorum harunce quae causa erit, tum se postridie, quam per eas causas licebit, eo die venturum aditurumque eum, qui eum pagum, vicum, oppidumve delegerit.*

Sesto Pompeo Festo, nell'*Epitome di Paolo Diacono*, descrive la formula con cui il littore precludeva la possibilità di partecipazione ad alcune cerimonie religiose (*sacra*) a talune categorie di persone, fra cui, appunto, gli stranieri¹⁷: *Festi ep.*, p. 72 L.: *Exesto, extra esto. Sic enim lictor in quibusdam sacris clamitabat: hostis, vinctus, mulier, virgo exesto; scilicet interesse prohibebatur.*

Lo straniero diventa nemico quando si diffonde l'idea della guerra giusta ossia legittimamente dichiarata; di talché – come rilevato da Virgilio nel libro terzo delle *Georgiche* (il cui proemio si connota per un indubbio valore politico¹⁸) – assurge a nemico lo straniero destinatario di siffatta legittima dichiarazione: Verg., *Georg.* 3.30-33: *Addam urbes Asiae domitas pulsumque Niphaten / fidentemque fuga Parthum versisque sagittis / et duo rapta manu diverso ex hoste tropaea bisque / triumphatas utroque ab litore gentis.*

Nel *Digesto*, infatti, si distinguono – nell'ampio novero degli avversari di Roma – i *latrones* o *praedones* dagli *hostes*, poiché i primi sono criminali comuni¹⁹ e i secondi sono veri e propri nemici: D. 50.16.118 (Pomponius libro secundo ad Quintum Mucium): *'Hostes' hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: ceteri latrones aut praedones sunt.*

D. 50.16.234 pr. (Gaius libro secundo ad legem duodecim tabularum): *Quos nos hostes appellamus, eos veteres 'perduelles' appellabant, per eam adiectionem indicantes, cum quibus bellum esset.*

15 V. Giuffrè, *La letteratura de re militari. Appunti per una storia degli ordinamenti militari*, Napoli 1974, pp. 38 ss.

16 Cincio viene considerato, da alcuni esponenti della più risalente dottrina, un poligrafo anziché un giurista: così: P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, Lipsia 1888, p. 69, nt. 83; di opinione conforme: H. Peter, *Historicum Romanorum reliquiae*, I, II, Stoccarda, 1914 [rist. an., 1967], p. 105.; M. Schanz-C. Hosius, *Geschichte der römischen Literatur*, I, IV, Monaco di Baviera, 1927 [rist. 1966], pp. 175 ss. Per un inquadramento biografico del personaggio, invero poco conosciuto: G. Wissowa, v. *L. Cincius*, in *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, III.2, Stoccarda, 1899, coll. 2555 ss.

17 W.W. Fowler, *The religious experience of the Roman people*, Londra, 1911, p. 37.

18 J. L. Pomathios, *Le pouvoir politique et sa représentation dans l'Énéide de Virgile*, Bruxelles, 1987, pp. 240 ss.

19 J. Burian, *Latrones. Ein Begriff in römischen literarischen und juristischen Quellen*, in *Eirene*, 21, 1984, pp. 17 ss.

La distinzione è invero rilevante sotto il profilo degli effetti giuridici applicabili al prigioniero del criminale comune, che non può divenirne schiavo e alla cui liberazione non è necessaria l'attuazione dell'istituto del *postliminium*²⁰: D. 49.15.24 (Ulpianus libro primo institutionum): *Hostes sunt, quibus bellum publice populus Romanus decrevit vel ipsi populo Romano: ceteri latrunculi vel praedones appellantur. Et ideo qui a latronibus captus est, servus latronum non est, nec postliminium illi necessarium est: ab hostibus autem captus, ut puta a Germanis et Parthis, et servus est hostium et postliminio statum pristinum recuperat. Gaius, Inst. 1.129: Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii, quo hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt; itaque reversus habebit liberos in potestate. Si vero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui iuris; sed utrum ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter ius postliminii potestatem quoque parentis in suspenso esse.*

2. Il fine ultimo della guerra nell'antica Roma: la pacificazione "coatta"

Il fine ultimo della guerra per i Romani era la conquista, in uno col mantenimento, della pace nell'ambito dimensionale del territorio dello Stato *latu sensu*.

Dunque, se – come afferma autorevole dottrina²¹ – *nella pace, e nel suo mantenimento, vanno ravvisate le motivazioni teologiche e giuridiche della dimensione universale dell'imperium populi romani*, per una sorta di proprietà transitiva va osservato che l'obiettivo di qualsivoglia conflitto fosse, per i Romani dell'antichità, il raggiungimento della stabilità politica dell'ordinamento che via via si andava allargando sempre più.

Come afferma Virgilio, la pace veniva imposta così da distinguere – nell'alveo degli sconfitti – chi avesse accettato la sopraggiunta sovranità romana (i *subiecti*), da salvare, da chi invece l'avesse rifiutata (i *superbi*), da avviare a sterminio: Verg., *Aen.* 6.851: *...tu regere imperio populos, Romane, memento / (hae tibi erunt artes) pacique imponere morem, / parcere subiectis et debellare superbos.*

La pacificazione post-bellica conseguiva a un accordo tra vincitori e vinti²², resa evidente dall'accostamento etimologico – documentato dalle fonti – del vocabolo *pax* con i glossemi *pactio* e *pactum*²³: Fest., *De verb. sign.*, p. 260 L.: *Pacem a pactione condicionum putat dictam Sennius Capito, quae utrique inter se populo sit observanda...* D. 2.14.1.1-2 (Ulpianus libro quarto ad edictum): *Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.*

Isid., *Orig.* 5.24.18: *Pactum dicitur inter partes ex pace conveniens scriptura, legibus ac moribus comprobata; et dictum pactum quasi ex pace factum, ab eo quod est paco, unde et pepigit.*

20 M.V. Sanna, *Nuove ricerche in tema di postliminium e redemptio ab hostibus*, Cagliari 2001; F. Cursi, *La struttura del 'postliminium' nella repubblica e nel principato*, Napoli 1996; A. Maffi, *Ricerche sul 'postliminium'*, Milano 1992.

21 F. Sini, *Ut iustum conciperetur bellum: guerra "giusta" e sistema giuridico-religioso romano*, in *Diritto & Storia*, 2, 2003, par. 5.

22 F. De Visscher, *Pactes et religio*, in Id., *Études de droit romain public et privé*, III, Milano, 1966, p. 410.

23 A. Walde – J.B. Hofmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, II, Heidelberg, 1954, pp. 231 ss.

La bilateralità – o consensualità che dir si voglia – di tale pace²⁴ è meramente apparente in quanto vincolata alla volontà e agli intendimenti di carattere politico dei vincitori.

Si tratta, allora, di una pacificazione “coatta” che sottende una costruzione di rapporti di forza e potere non certo tra pari.

Del resto, *generaliter*, non tutti i patti sono – a dispetto del proprio nome – frutto di scelte spontanee dei paciscenti: si pensi al patto leonino nell’ambito del contratto societario²⁵.

La guerra giusta legittimava vieppiù la schiavitù, poiché per traslato l’assoggettamento di determinati uomini ad altri era del tutto conforme e speculare a quello di determinati popoli ad altri,²⁶ secondo una situazione concordemente (ma sol sul piano formale) condivisa fra *domini* e *servi*. Siffatta concezione era altresì molto cara ad Aristotele²⁷, indi probabilmente diffusa anche nell’antico ordinamento attico.

3. Il *ius fetiale* come diritto internazionale degli antichi Romani

L’esclusivismo giuridico e l’ostilità naturale di cui si diceva sono stati pure smentiti a seguito di una rilettura delle fonti da parte di altri insigni studiosi²⁸; in particolare, si è rilevato che il trattato non fosse lo strumento imprescindibile per il mantenimento di un rapporto diplomatico, configurabile a prescindere dalla stipulazione di esso²⁹. Pur in mancanza di intese, in senso lato, risulta dimostrato che i rapporti tra i Romani e le altre popolazioni – come, ad esempio, i *socii nominisve Latini* – traessero origine da una base volontaristica e universalistica³⁰ in quanto normativistica³¹ e perciò proiettata alla costruzione di una vera e propria alleanza giuridica (anzitutto a livello italico³²), e fossero retti da un vero e proprio diritto internazionale, classificato alla stregua di *ius fetiale*³³ in considerazione del fatto che ad amministrarlo fossero stati *ab origine* preordinati appositi sacerdoti, i *Fetiales*³⁴: Varrone ne descrive sinteticamente, ma efficacemente, le prerogative: Varr., *De ling. Lat.*, 5.86: *Fetiales...fidei publicae inter populos praeerant: nam per hos fiebat ut iustum conciperetur bellum...ex his mittebantur, ante quam conciperetur, qui res repeterent...*

24 F. Sini, *Ut iustum conciperetur bellum: guerra “giusta” e sistema giuridico-religioso romano*, op.cit., par. 5.

25 F. Zuccotti, «*Bellum iustum*» o del buon uso del diritto romano, in *Rivista di Diritto Romano*, 4, 2004, p. 41.

26 Aug., *Civ.*, 19.21.2 = Cic., *Rep.*, 3,27,38.

27 Arist., *Pol.*, 1,18,12.

28 B. Kübler, *Römische Rechtsgeschichte*, Lipsia, 1925, pp. 109 ss.; E. Seckel, *Über Krieg und Recht in Rom, Kaisergeburtstagsrede*, Berlino 1915, pp. 9 ss.; G. Baviera, *Il diritto internazionale dei Romani*, in *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”*, nuova serie, voll. I e II, Modena 1898, pp. 25 ss. Per primo, comunque: F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, op. cit., pp. 13 ss.

29 A. Heuss, *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Aussenpolitik in republikanischer Zeit*, Lipsia, 1933, pp. 4 ss. nonché 12 ss. nonché 18 ss.

30 K.-H. Ziegler, *Das Völkerrecht der römischen Republik*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, I.2, Berlino-New York, 1972, pp. 68 ss.

31 D. Nörr, *Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronzetafel von Alcántara*, Monaco, 1989, p. 13.

32 V. Ilari, *Gli Italici nelle strutture militari romane*, Milano, 1974, pp. 10-11.

33 P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990, pp. 10 ss.

34 F. Prescendi, *Fetiales*, in *Der Neue Pauly, Enzyklopädie der Antike*, IV, Stuttgart, 1998, pp. 496-497; M. Voigt, *De fetialibus populi Romani quaestionis specimen*, Lipsia 1852, *passim*; G. Fusinato, *Dei Feziali e del diritto feziale. Contributo alla storia del diritto pubblico esterno di Roma*, in *Memorie dell'Accademia dei Lincei*, ser. III, vol. 13, 1883-1884, pp. 455 ss.

Le antiche fonti non concordano sull'individuazione del re cui attribuirsi l'istituzione del collegio dei Feziali.

Cicerone (così come Diodoro Siculo³⁵) la attribuisce a Tullio Ostilio: Cic., *Rep.* 2.17.31: *Mortuo rege Pompilio Tullum Hostilium populus regem interrege rogante comitiis curiatis creavit,isque de imperio suo exemplo Pompili populum consuluit curiatim.*

Cuius excellens in re militari gloria magna existerunt res bellicae, fecitque idem et saepit de manibus comitum et curiam constituitque ius, quo bella indicerentur, quod per se iustissime inventum sanxit fetiali religione, ut omne bellum, quod denuntiatur indictumque non esset, id iniustum esse atque inpium iudicaretur.

Livio la riconduce ad Anco Marzio, vieppiù specificando che le prime genti a servirsene fossero stati i limitrofi Equicoli: Liv., 1, 32, 5: *Ut tamen, quoniam Numa in pace religiones instituisset, a se bellicae caerimoniae proderentur, nec gererentur solum, sed etiam indicerentur bella aliquo ritu, ius ab antiqua gente Aequiculis, quod nunc fetiales habent, descripsit, quo res repetuntur.*

Da accreditarsi la tesi di chi ha sostenuto l'importazione culturale di tali sacerdoti dalla città di Ardea, a conferma della loro origine italica³⁶.

Non appare condivisibile la teorizzazione di chi vuole che i Feziali siano stati avvicinati, già dal III secolo a. C., dai legati senatori, magistrati non appartenenti all'ordine religioso, a causa della crescente laicizzazione dello Stato e della sempre maggiore complessità delle relazioni diplomatiche³⁷.

Allorché, infatti, ad esempio, menzioni i legati, Livio fa riferimento ai Feziali e il termine *legati* si riferisce all'abitudine di costoro di bendare il capo con un panno di lana³⁸. Piuttosto, i Feziali si evolvono: da meri esecutori di rituali a decisori veri e propri, con margini di discrezionalità sempre crescenti.

Ma l'evoluzione del ruolo segna un'altra rilevante tappa quando l'espansione territoriale alla fine del periodo repubblicano inaugura il ricorso alla modalità – ritenuta per vero maggiormente economica ed efficace – della gestione delle aree più periferiche in modo “clientelare” ossia indiretto, più precisamente attraverso l'assoggettamento a ordinamenti *clienti*³⁹.

In tale contesto, i *Fetiales* assurgono a un autorevole ruolo consultivo. Tuttavia, per come rammentano in taluni casi le fonti tradizionali, le procedure rituali vengono rievocate da alcuni imperatori a scopi meramente propagandistici. Ciò avviene allorché Claudio stipula trattati con i re barbari secondo la procedura feziale, come testimoniato da Svetonio: Suet., *Claud.*, 25.14: *... cum regibus foedus in foro icit porca caesa ac uetere fetialium praefatione adhibita.*

O quando Marco Aurelio dichiara guerra ai Quadi eseguendo una cerimonia vicino il tempio di Bellona⁴⁰. Oppure, ancora, nell'occasione in cui, sempre di fronte al tempio di

³⁵ Diod., 8.25.2-4.

³⁶ F. Santangelo, *I feziali fra rituale, diplomazia e tradizioni inventate*, in G. Urso (a cura di), *Sacerdos. Figure del sacro nella società romana*, Pisa, 2014, p. 89.

³⁷ G. Turelli, *Audi iuppiter*, Milano, 2001, pp. 17-24.

³⁸ Liv., 1, 32, 6.

³⁹ C. Badel – H. Inglebert, *L'Impero Romano in 200 mappe*, Parigi, 2014, p. 62.

⁴⁰ Dio. Cass., 72.33.3.

Bellona, Ottaviano, proclamatosi *fetialis*, formalizza la dichiarazione bellica contro Cleopatra (e, dunque, Antonio)⁴¹.

Del resto, non si può concordare con quell'attenta dottrina che ha intravisto da sempre un certo propagandismo in seno all'artificiosa (e, si consenta, quasi scenografica) procedura di avvio delle ostilità belliche nell'antica Roma, tanto da far prevalere nell'alveo di queste il rito sul merito⁴².

La struttura del collegio dei Feziali è basata su una composizione di almeno venti membri, tra i quali – come si dirà – spiccano, ai fini della declaratoria del *bellum iustum*, il *verbenarius* e il *pater patratus*.

Non sono molti i riferimenti disponibili quanto alle “generalità anagrafiche” dei soggetti che abbiano effettivamente rivestito il ruolo del sacerdozio feziale.

Degna di nota è, tra i più recenti studi disponibili⁴³, la segnalazione dei nominativi di L. Billienus e L. Fabricius, cui va ascritta la stipulazione del trattato fra Roma e i Lici del 76 a.C.

4. Il *bellum iustum* quale guerra ritualmente dichiarata dai *Fetiales*

La giustezza della guerra nel diritto di Roma dipende dall'avvenuta declaratoria del conflitto ad opera dei Feziali secondo una procedura formale ben definita.

Tale procedura viene narrata da Livio in modo così minuzioso da far dire in dottrina trattarsi di un vero e proprio formulario⁴⁴: Liv., 1,32,6-14: 6. *Legatus ubi ad fines eorum venit unde res repetuntur, capite velato filo — lanae velamen est — “Audi, Iuppiter”, inquit; “audite, fines” — cuiuscumque gentis sunt, nominat —, “audiat fas: ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus venio, verbisque meis fides sit”*. 7. *Peragit deinde postulata. Inde Iovem testem facit: “Si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier <p.r.> mihi exposco, tum patriae compotem me numquam siris esse”*. 8. *Haec cum fines suprascandit, haec quicumque ei primus vir obvius fuerit, haec portam ingrediens, haec forum ingressus paucis verbis carminis concipiendique iuris iurandi mutatis peragit*. 9. *Si non deduntur [quos] <quae>⁴⁵ exposcit, diebus tribus et triginta — tot enim sollemnes sunt — peractis bellum ita indicit*: 10. *“Audi, Iuppiter, et tu, Iane Quirine, diique omnes caelestes, vosque terrestres, vosque inferni, audite: ego vos testor populum illum” — quicumque est, nominat — “iniustum esse neque ius persolvere. Sed de istis rebus in patria maiores natu consulemus, quo pacto ius nostrum adipiscamur”*. Tum ... *nuntius Romam ad consulendum redit*. 11. *Confestim rex his ferme verbis patres consulebat: “Quarum rerum, litium, causarum condixit pater patratus populi Romani Quiritium patri patrato Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis, quas res nec dederunt nec fecerunt nec solverunt, quas res dari, fieri, solvi, oportuit, dic” inquit ei quem primum sententiam rogabat, “quid censes?”* 12. Tum ille: *“Puro pioque duello quaerendas censeo, itaque consentio consciscoque”*. Inde ordine alii rogabantur; quandoque pars maior eorum qui aderant in eandem sententiam ibat, bellum erat consensum. *Fieri solitum ut fetialis hastam ferratam aut sanguineam praeustam ad fines eorum ferret et non minus tribus puberibus praesentibus*

41 Dio. Cass., 50,4,4-5.

42 G. Turelli, *Fetialis religio*, Torino, 2020, pp. 36 e ss.

43 F. Santangelo, *The Fetials and their ius*, in *BICS*, 51, 2008, p. 85.

44 A. Calore, *Forme giuridiche del ‘bellum iustum’*, Milano, 2003, p. 44.

45 Correzione proposta in B. Albanese, “*Res repetere*” e “*bellum indicere*” nel rito feziale (Liv. 1,32,5-14), in *Annali Seminario Giuridico Università Palermo*, XLVI, 2000, p. 26.

diceret: 13. “Quod populi Priscorum Latinorum homines[ve] <que>⁴⁶ Prisci Latini adversus populum Romanum Quiritium fecerunt, deliquerunt, quod populus Romanus Quiritium bellum cum Priscis Latinis iussit esse senatusve populi Romani Quiritium censuit, consensit, conscivit ut bellum cum Priscis Latinis fieret, ob eam rem ego populusque Romanus <Quiritium>⁴⁷ populis Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis bellum indico facioque”. 14. Id ubi dixisset, hastam in fines eorum emittebat. Hoc tum modo ab Latinis repetitae res ac bellum indictum, moremque eum posteri acceperunt.

Non sono mancate le contestazioni sulla genuinità di tale formula liviana⁴⁸, che può e deve – invero e piuttosto – ritenersi autentica.

Ogni evento bellico era considerato potenzialmente sacrilego perché comportante il rischio di provocare l'ira degli Dei. E, perverso, un simile rischio appariva decisamente insostenibile per il popolo romano, che *significativamente considerava sé stesso il più religioso del genere umano, tanto da preoccuparsi fin da epoca risalente di attrarre anche la guerra nella sfera del fas*⁴⁹.

Cic., *De nat. deor.*, 2, 8, ...*Et si conferre volumus nostra cum externis, ceteris rebus aut pares aut etiam inferiores reperiemur, religione, id est cultu deorum, multo superiores.*

La guerra giusta era, come qualsiasi fatto sociale, fin *ab origine*, conforme alla religione⁵⁰.

Invero, il rispetto dei rituali feziali costituiva la condizione per conservare il *placet* della divinità⁵¹, che si evolveva nella loro benevolenza e, dunque, protezione.

I ruoli attivi, tra i Feziali incaricati di eseguire la procedura bellica di cui si sta discettando, erano ricoperti, come si accennava, dal *pater patratus* e dal *verbenarius*.

Il *verbenarius* era il *fetialis* che, una volta ricevuta l'autorizzazione a manifestare la volontà del popolo romano (dal *rex* prima⁵², dal Senato poi), la trasmetteva *con gesto magico-religioso*⁵³ - consistente nella posa delle erbe sacre (le *verbenae*, donde la denominazione), appositamente raccolte, sul capo – al *pater patratus*, da quel momento preposto alla spendita esterna di essa.

Il *pater patratus*⁵⁴ era, dunque, il *princeps fetialium*⁵⁵, la cui legittimazione a spendere la volontà del popolo romano derivava proprio dal compimento di quel gesto in propria destinazione da parte del *verbenarius*.

4.1 Le fasi della procedura di indizione della guerra nel diritto romano

46 Correzione proposta in R.M. Ogilvie, *A Commentary on Livy*, Oxford, 1965, p. 136, a cagione dell'analogia con il successivo termine *hominibusque*.

47 Integrazione della parola *Quiritium*, a cagione dell'assonanza con la triplice menzione precedente di *populus Romanus Quiritium*, proposta in B. Albanese, “*Res repetere*” e “*bellum indicere*” nel rito feziale (Liv., I, 32, 5-14), op. cit., p. 44, nt. 68.

48 E. Rawson, *Scipio, Laelius, Furius and the ancestral religion*, in *JRS*, 1973, p. 167, nt. 57; K. Latte, *Religiöse Begriffe im frühromischen Recht*, in *ZSS*, 67, 1950, p. 56;

49 F. Sini, *Ut iustum conciperetur bellum: guerra “giusta” e sistema giuridico-religioso romano*, op.cit., par. 4.

50 C. Bergemann, *Politik und Religion im spätrepublikanischer Rom*, Stoccarda, 1992, *passim*; R. Turcan, *Religion romaine. 2. Le culte*, Leiden-New York-København-Köln, 1988, pp. 5 ss.;

51 A. Valvo, *Il 'bellum iustum' e i generali romani nel III e II secolo a.C.*, in A. Calore (a cura di), «Guerra giusta»? Le metamorfosi di un concetto antico, Milano, 2003, p. 78.

52 Liv., I, 24, 5: *Rex, facisne me tu regium nuntium populi Romani Quiritium, vasa comitesque meos?*

53 A. Calore, *Forme giuridiche del 'bellum iustum'*, op. cit., p. 45.

54 E. Samter, s.v. ‘*Fetiales*’, in *PWRE*, VI, 1909, col. 2263.

55 Serv., *Aen.* 9, 53.

La più meticolosa analisi delle fasi della procedura di indizione della guerra è ascrivibile a Sigfrid Albert⁵⁶, che individua nell'ordine: la *rerum repetitio* o *clarigatio*, corrispondente alla richiesta di riparazione di un torto subito; la *testatio deorum* o *denuntiatio*, sostanziandosi nell'annuncio vero e proprio (sotto forma di invocazione testimoniale agli Dei); il *votum* del senato autorizzato dal popolo; l'*indictio belli*, ossia la dichiarazione in senso stretto. Siffatte sequenze si inseriscono peraltro nelle macro-cornici che ha individuato Mauro Mantovani⁵⁷: *Genugtuungsforderung* (domanda di soddisfazione), *Ansage* (denuncia), *Erklärung* (consultazione) e *Eröffnung* (proclamazione).

Il ritmo procedurale era intriso di un profondo senso di sacralità⁵⁸.

4.1.1 *Rerum repetitio* o *clarigatio*

Il primo e decisivo passo dell'azione bellica si concretizzava nella richiesta, al costituendo nemico, di restituzione di beni trafugati.

Ciò non deve comunque indurre in errore e far pensare che la guerra conseguisse soltanto all'esito di un latrocinio. È infatti da ritenersi che la petizione restitutiva potesse riguardare anche una mera offesa morale.

Appena arrivato sul confine del territorio del costituendo nemico, il *pater patratus* recitava una formula molto composita, annoverante l'esortazione al dio Giove e la specificazione del ruolo demandato dalla *civitas* (*ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus venio, verbisque meis fides sit*).

Dopo la declinatoria completa di tale formula, il *princeps fetialium*, tenendo in mano una pietra di selce⁵⁹, invocava su di sé una sanzione dello stesso dio Giove in caso di richiesta improvvida: Fest. (Paul.), s.v. '*Lapidem silicem*' 102 L.: *Lapidem silicem tenebant iuraturi per Iovem, haec verba dicentes: 'Si sciens fallo, tum me Dispiter salva urbe arceque bonis eiciat, ut ego hunc lapidem'*.

Secondo autorevole dottrina⁶⁰, l'equivalenza tra *rerum repetitio* e *clarigatio* emergerebbe da un passo di Plinio il Vecchio, che definisce *legati* i feziali: Plin., *Nat. hist.* 22.3.5: *...certe utroque nomine idem significatur, hoc est gramen ex arce cum sua terra evolsum, ac semper e legatis, cum ad hostes clarigatumque mitterentur, id est res captas clare repetitum, unus utique verbenarius vocabatur*.

Altri⁶¹, invece, hanno sostenuto che la *clarigatio* fosse la prima parte meramente rituale della richiesta restitutiva, il cui fulcro sarebbe stata la *rerum repetitio* in senso stretto, volta a definire l'oggetto (*melius*, a parere di chi scrive, la ragione) dell'incipiente contenzioso,

56 S. Albert, *Bellum iustum: die Theorie des 'Gerechten Krieges' und ihre praktische Bedeutung für die auswärtigen Auseinandersetzungen Roms in republikanischer Zeit*, Kallmünz, 1980, pp. 13-14.

57 M. Mantovani, *Bellum iustum: die Idee des gerechten Krieges in der römischen Kaiserzeit*, Berna, 1990, p. 60.

58 J. Bayet, *La religione romana. Storia politica e psicologica*, Torino 1959, pp. 93 ss.

59 Sulla funzione del *lapis silix* nell'antico giuramento romano, vedasi A. Calore, "*Per Iovem lapidem*" alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana, Milano, 2000.

60 M. Ravizza, *Aspetti giuridico-sacrali del rituale feziale nell'antica Roma*, in *Jura Gentium*, XI, 2014, 2, p. 32.

61 A. Calore, *Forme giuridiche del 'bellum iustum'*, op. cit., pp. 103 e 75.

accompagnata dall'ulteriore sotto-fase della *testatio deorum*, consistente nella chiamata della divinità a testimone del comportamento iniustus del popolo nemico.

Ad avviso dello scrivente, la *rerum repetitio* (o *clarigatio*, che dir si voglia) circoscriveva la giusta causa della guerra.

Ne parla Isidoro di Siviglia: Isid., *Orig.*, 18, 1, 2: *Iustum bellum est, quod ex edicto geritur de rebus repetitis aut propulsandorum hostium causa*.

Altrettanto fa Cicerone nel *De re publica*: Cic., *De re publ.*, 3.35: *Illa iniusta bella sunt quae sunt sine causa suscepta. Nam extra ulciscendi aut propulsandorum hostium causa bellum geri iustum nullum potest*.

In un bel parallelismo con le scansioni delle *legis actiones sacramento in personam*, non appare peregrino accostare la *rerum repetitio* all'affermazione dell'attore circa la titolarità del diritto di credito nei confronti del convenuto.

4.1.2 *Testatio deorum o denuntiatio*

La *testatio deorum* può indubbiamente essere inquadrata come l'invocazione degli Dei a conforto della constatazione di ingiusta condotta da parte del popolo nemico. In particolare gli dei Giove, sovrintendente al giuramento, e Quirino, nume della *pace armata*⁶², unitamente alle altre divinità del cielo, della terra e degli inferi, erano vocati ad accertare che il popolo straniero (transeunte nella connotazione di nemico) era *iniustus* poiché non aveva adempiuto ad un preciso obbligo giuridico, indi gli anziani (ossia, evidentemente, il Senato) avrebbero fissato le modalità di soddisfazione del diritto leso.

Essa però assurge a dignità di fase autonoma in seno alla procedura di indizione della guerra, in quanto il suo sembiante di invocazione sottende, a ben considerare, l'annuncio di inadempienza alla richiesta restitutiva.

Il momento in cui il *pater patratus* invocava all'uopo la divinità era infatti quello dell'infruttuosa scadenza del termine di trentatré giorni impartito dai Feziali onde riscontrare la *rerum repetitio*.

Per questo appare condivisibile la dottrina secondo cui si tratta sostanzialmente di una *denuntiatio*⁶³, addirittura di una vera e propria minaccia⁶⁴.

Qualche contestazione è avanzabile sulla quantificazione del prefato termine in trentatre giorni: con ogni probabilità, come affermato da Dionigi di Alicarnasso⁶⁵, tale termine, più esattamente, ammontava a trenta giorni, al massimo, perché risultante dalla sommatoria di tre proroghe da dieci giorni cadauna dell'immediata richiesta di riscontro alla *rerum repetitio*; d'altronde, anche lo stesso Livio, quando descrive il conflitto tra i Romani di Tullo Ostilio e gli Albani di Gaio Cluilio, colloca il principio delle operazioni belliche al trentesimo giorno dalla richiesta restitutiva: Liv., 1, 22, 5: *...bellum in tricesimum diem indixerant*.

62 A. Magdelain, 'Quirinus' et le droit (1984), in 'Ius, Imperium, Auctoritas'. 'Etudes de droit romain', Roma, 1990, pagg. 245-252.

63 K.-H. Ziegler, *Das Völkerrecht der römischen Republik*, op. cit., p. 102.

64 J. L. Ferrary, 'Ius fetiale' et diplomatie, in E. Frézouls - A. Jacquemin, *Les relations internationales. Actes du Colloque de Strasbourg 15-17 juin 1993*, Parigi, 1995, p. 424.

65 Dionys., 2, 72, 8.

Sebbene proprio la dottrina incline a considerarla erronea giustifichi la prima indicazione liviana della durata di trentatré giorni del termine in questione in ragione del fatto che ai trenta giorni della *clarigatio* dovessero sommarsi i tre giorni impiegati per la deliberazione dello stato di guerra e la dichiarazione formale del *pater patratus* (pp. 87-88 e nt. 149)⁶⁶, quantunque da

considerarsi non ulteriormente differibili.

Nondimeno, la *testatio deorum* quale fase a sé della procedura bellica discende dalla sua comparabilità con la *litis contestatio* all'interno del processo: la prima collegava la *rerum repetitio* alla *indictio belli*, la seconda era la cerniera tra la fase *in iure* e la fase *apud iudicem*⁶⁷; peraltro, nella fase *in iure*, ciascun litigante, asserendo la verità della propria affermazione, consacrava se stesso o una parte del suo patrimonio agli dei, nel caso l'affermazione sua risultasse falsa⁶⁸.

4.1.3 *Votum e indictio belli*

Il *votum* era la deliberazione dei senatori.

Nel proprio "formulario" Livio fa riferimento anche alla partecipazione del popolo⁶⁹, il che potrebbe lasciare intravedere un coinvolgimento dei comizi centuriati in una sorta di fattispecie decisionale a formazione progressiva.

In realtà, a parere dello scrivente, si trattava di un atto ad esito vincolato nell'ipotesi in cui si fosse verificato inadempimento alla *rerum repetitio*.

Potremmo paragonare il *votum* alla formale deliberazione politica dello stato di guerra, in esito al quale il *pater patratus*, in compagnia di almeno tre uomini puberi (che in dottrina⁷⁰ sono stati ritenuti altresì appartenenti al popolo straniero avversario *in fieri*), si portava in prossimità del confine del territorio del nemico (ormai già costituito come tale), brandendo un'asta in ferro oppure in legno di corniolo rosso previamente arroventata (*hasta ferrata aut sanguinea*) e scagliandola all'interno di tale territorio nell'atto di declamazione della formula conclusiva di indizione della guerra.

Era il rituale dell'*emissio hastae*, che, come lo stesso Gaio afferma, nel processo per così dire creditorio corrispondeva al tocco del bene rivendicato quasi a riconquistarne tangibilmente anzitutto il possesso: *Gai, 4, 16: Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii; quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur*.

Nel tempo, quando il territorio nemico fosse ubicato al di là del mare e dunque il rituale del lancio dell'asta non fosse concretamente procedibile, venne creato fittiziamente, nel circo Flaminio innanzi al tempio di Bellona, l'*ager quasi hostilis*, che rappresentava appunto qualsivoglia agro *transmarinum*⁷¹.

66 A. Calore, *Forme giuridiche del 'bellum iustum'*, op. cit., pp. 87-88, nt. 149.

67 F. Zuccotti, «*Bellum iustum*» o del buon uso del diritto romano», op.cit., p. 19.

68 G. Donatuti, *La «clarigatio» o «rerum repetitio» e l'istituto parallelo dell'antica procedura civile romana*, in *IURA*, 6, 1955, pp. 44 ss.

69 O. Diliberto, *La struttura del votum alla luce di alcune fonti letterarie*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano 1983, pp. 297 ss.

70 B. Albanese, «*Res repetere*» e «*bellum indicere*» nel rito feziale (Liv. 1,32,5-14), op. cit., p. 43.

Tuttavia, il suo utilizzo non fu frequentissimo: le fonti ne fanno menzione con riferimento alla guerra di Ottaviano contro Cleopatra⁷² e a quella di Marco Aurelio contro i Marcomanni⁷³.

5. Cenni sul concetto di guerra giusta nella realtà socio-giuridica europea attuale

Nella realtà socio-giuridica europea attuale, la guerra è ritenuta giusta se integrante una prassi conforme al diritto positivo.

In ossequio a tale assunto Norberto Bobbio ritenne giusta, negli anni Novanta, l'offensiva scatenata a favore dello stato del Kuwait dalle forze dell'asse britannico-statunitense (unitamente a quelle di altre potenze, tra cui l'Italia) contro il *raïs* iracheno Saddam Hussein, in quanto articolazione ed attuazione di legittima difesa dall'atto di invasione da costui perpetrato ai danni del medesimo stato kuwaitiano⁷⁴.

Ma giusta può anche essere la guerra finalizzata alla difesa di valori universali umani, i quali non risiedono pertanto nel diritto positivo ma in quello naturale⁷⁵; indi, ad esempio, lo sarebbe la guerra *contro uno stato sovrano reo di violenze politiche interne*⁷⁶.

Finanche nelle fila del clero cattolico non è mancato chi ha propugnato la tesi della *legittimità-doverosità della più diretta 'ingerenza umanitaria' che preveda anche l'eventuale uso delle armi*, *perché i crimini contro l'umanità non si possono considerare affari interni di una nazione*⁷⁷.

Numerosi altri studiosi hanno tuttavia rilevato l'impossibilità di addivenire alla piena nozione del concetto di guerra giusta a cagione di una serie di *imperfezioni*⁷⁸ tanto sostanziali quanto concettuali, quali l'inesistenza di un *corpus* di norme internazionali all'uopo legittimanti⁷⁹, forse a monte determinata dalla sostenuta incapacità del diritto di parlare di guerra⁸⁰, ovvero l'assenza di proporzionalità tra fini e mezzi adoperati, soprattutto in relazione al sacrificio –vieppiù evitabile – di vite umane in seno alla popolazione civile⁸¹.

71 E. Bianchi, *'Fictio iuris'. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, pp. 111 e ss.; J. Bayet, *Le rite du fétial et le cornouiller magique*, in *Mélanges d'Archeologie et d'Histoire de l'École de Rome*, 52, 1935, pp. 29 ss.;

72 Dio. Cass., 50,4,4-5, da leggersi parallelamente a Ov., *Fast.* 6,206-208.

73 Dio Cass., 72,33,2-3.

74 N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, III ed., Bologna, 1991, p. 1.

75 A. Calore, *"Guerra giusta" tra presente e passato*, in *Diritto & Storia*, 2/2003; N. Ronzitti, *Uso della forza e intervento di umanità*, in N. Ronzitti (a cura di), *NATO, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Milano, 2000, pp. 6-12; A. Cassese, *'Ex iniuria ius oritur': Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in *European Journal of International Law*, 1999, pp. 23 ss.

76 L. Bonanate, *Democrazia tra le nazioni*, Milano, 2001, p. 5.

77 C. M. Martini, *La guerra moderna e i diritti dell'uomo*, ne *La Repubblica*, 13 luglio 2000.

78 G. Bosetti, *I lati oscuri della guerra umanitaria*, in AA. VV., *L'ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*, Roma, 1999, pp. 5.-15. A.

79 A. Cassese, *Le cinque regole per una guerra giusta*, in AA. VV., *L'ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*, op. cit., pp. 25-28.

80 M. Walzer, *Guerre giuste e ingiuste*, Napoli, 1990, p. 5.

81 G. Pontara, *Guerre, disobbedienza civile, nonviolenza*, Torino, 1996, pp. 44-53; L. Bonanate, *La rivoluzione internazionale*, in *Teoria politica*, 1991, II, pp. 3-20.

In sintesi, giusta è ogni guerra atta a realizzare quella che Norberto Bobbio più volte ha definito *pace positiva*⁸², consistente nella situazione di dominio della giustizia e sussistenza di benessere sociale diffuso ed omogeneo.

Il parametro teleologico di riferimento ai fini dell'individuazione della giustezza di qualsiasi guerra consente di inquadrare quale giusta quella guerra atta a realizzare il diritto.

Va però detto che ogni conflitto ha una storia a sé (se pensiamo alle differenze tra la cosiddetta *Cold War*, la fenomenologia della *Glasnost*, le due Guerre del Golfo, le ostilità in Cecenia e, attualmente, in Ucraina, giusto per citarne qualcuna).

6. Apporti innovativi del presente studio

Sebbene riferito al diritto romano, il presente studio viene a rivestire una spiccata attualità anche ai giorni nostri.

In disparte, ovviamente, l'auspicio che non si debbano più combattere guerre – alla luce della considerazione in virtù della quale ogni conflitto può risultare premiale soltanto per chi lo promuova e non lo combatta direttamente, rivelandosi tosto pernicioso per quanti siano chiamati ad animarlo e per tutti coloro i quali siano costretti involontariamente a subirlo – dalla sua lettura si dipanano due importanti riflessioni per gli studiosi delle fenomenologie giuridiche.

La prima, di merito, concerne l'individuabilità della giusta causa della guerra. In qualsivoglia era!

Astrattamente potrebbero giustificarsi soltanto le guerre di rivendicazione di torti subiti e quelle in difesa di diritti violati.

Ma a questo punto bisognerebbe chiedersi se la promozione bellica sia di esclusiva competenza dello Stato destinatario del torto ovvero della lesione oppure, diversamente, se possa competere altresì ad altri Stati in nome e in ossequio di un principio solidaristico vieppiù collocato nella dimensione giuridica internazionale.

E, seppure si addivenisse a tale ultimo assunto, l'asseverazione della giustezza della guerra non dovrebbe passare ineludibilmente per una deliberazione quanto più possibile condivisa di tutta la comunità internazionale, senza attribuzione di rilievo alcuno alle mancate prese di posizione di taluni membri di essa (indi relegando il pur utilissimo silenzio significativo alle fattispecie domestiche di diritto amministrativo)?

Ciò varrebbe ad escludere la correttezza della guerra di consolidamento di posizioni dominanti, laddove meramente apparente e astratta si rivelerebbe la motivazione della prevenzione di condotte potenzialmente aggressive o lesive.

Sicché pure nel contesto dell'antica Roma i nuovi studi potrebbero arrivare a risolvere il dubbio sulla sussistenza ordinamentale di finalità preventive sottese alle tendenze espansionistiche del potente ed ambizioso Stato attraverso le varie epoche della sua storia. Anzi, più in generale, l'indagine speculativa futura potrebbe spingersi a comprendere se il diritto romano ponesse o meno, alla base della giustezza della dichiarazione di guerra (e quindi, della guerra in sé) e quale sua condizione di procedibilità, una concreta verifica delle

82 N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, op. cit., *passim*.

ragioni sostanziali della sua utilità ripristinatoria della pace, al di là di slogan meramente propagandistici in tal senso (*si vis pacem, para bellum*).

La seconda, di rito, riguarda l'importanza delle forme di declaratoria del conflitto.

Segnatamente, il prosieguo delle ricerche adesso originantisi potrebbe incentrarsi sull'enucleazione di qualche utilità in seno ad un così vasto compendio cerimonioso.

In sostanza si potrebbe cercare di capire se la dettagliata procedimentalizzazione della dichiarazione di guerra fosse strumentale alla tutela pre-bellica delle popolazioni destinarie (come plausibile, e magari pure in vista dell'auspicata instaurazione di negoziati scongiurativi delle ostilità vere e proprie) oppure rappresentasse un mero esercizio di compiacimento dialettico in ragione dell'incipiente manifestazione di forza dello Stato romano.

Del resto, i parallelismi – invero ripetutamente menzionati – tra fasi del processo civile e fasi della declaratoria di guerra autorizzano ad accreditare e quindi ad approfondire anche la tesi della necessità del tentativo di evitare il conflitto, stante l'assunto alla luce del quale il formalismo processuale civilistico è prodromico (almeno in teoria) a proteggere l'integrità del contraddittorio fra i litiganti, compulsandone la conciliazione e favorendone l'accordo in modo da evitare una pronuncia aggiudicativa del decisore.

Il tutto in un intreccio formidabile tra diritto romano, diritto internazionale e diritto processuale civile.

LE COMUNITÀ ENERGETICHE E IL RUOLO SUSSIDIARIO DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI TERRITORIALI.

Moduli e strumenti a disposizione delle pubbliche amministrazioni per favorire la costituzione e le attività delle comunità di energia rinnovabile.

Antonio Persico*

Abstract (It): Le comunità di energia rinnovabile rappresentano un modello innovativo di produzione e consumo di energia pulita, mediante il quale i clienti finali possono assumere la veste di *prosumers* e contribuire dal basso, in forma associata, al perseguimento della transizione energetica. Le pubbliche amministrazioni territoriali sono in grado di svolgere un ruolo rilevante ai fini della diffusione del modello e del pieno dispiegamento delle sue potenzialità, nel rispetto del principio di sussidiarietà orizzontale. Nel presente articolo si analizzano i moduli e gli strumenti a disposizione delle pubbliche amministrazioni per agevolare la costituzione di nuove comunità energetiche e per lo sviluppo di sinergie inerenti ad attività di interesse comune.

Abstract (En): Renewable energy communities represent an innovative model of production and consumption of clean energy, through which final customers can assume the role of *prosumers* and contribute from below, in an associated form, to the pursuit of the energy transition. Territorial public administrations can play an important role in the dissemination of this model, in compliance with the principle of horizontal subsidiarity. This article analyzes the schemes and instruments available to public administrations to facilitate the establishment of new energy communities and to develop synergies concerning activities of common interest.

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** La partecipazione delle amministrazioni locali alle comunità di energia rinnovabile. **3.** Forme e direzioni del contributo delle amministrazioni locali. **4.** Possibili sinergie concernenti le attività di interesse generale svolte dalle comunità energetiche. **5.** Accordi di collaborazione tra amministrazioni per la diffusione delle comunità energetiche. **6.** Il ruolo promozionale delle Regioni. Spunti dall'esperienza spagnola. **7.** Riflessioni conclusive su un modello innovativo di produzione e consumo di energia, oltre il pubblico e il privato.

1. Introduzione.

La visione strategica che guida l'Unione europea verso la neutralità climatica riconosce ai consumatori di energia un ruolo attivo e centrale¹.

Questi, opportunamente informati e sensibilizzati, possono catalizzare la transizione contribuendo alla riduzione degli sprechi, all'aumento dell'efficienza energetica e all'incremento della produzione e del consumo di energia pulita.

Coerentemente, le fondamentali direttive europee sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili² e sul mercato interno dell'energia elettrica³, prevedono una serie di obblighi informativi a favore dei consumatori e dei cittadini, richiedendo l'eliminazione delle barriere che ingiustificatamente ostacolano le libere scelte di consumo ovvero la costituzione di configurazioni per la condivisione o l'autoconsumo dell'energia.

Le comunità energetiche costituiscono un tassello essenziale di questo mosaico. Si tratta di figure organizzative dotate di soggettività giuridica autonoma di diritto privato, legittimate dal diritto dell'Unione e basate sulla partecipazione aperta e volontaria delle collettività locali. Attraverso la costituzione di una comunità energetica, i clienti finali possono svolgere in forma istituzionalizzata una serie di attività nel settore dell'energia, che spaziano dalla generazione, alla distribuzione, alla vendita, alla conservazione, all'acquisto dell'energia, alla realizzazione di servizi di efficienza energetica, al fine di produrre benefici di carattere ambientale, economico e sociale, piuttosto che realizzare profitti finanziari⁴. I clienti finali assumono in tal modo la veste di *prosumers*⁵, cumulando il ruolo di produttori e consumatori di beni e servizi energetici, con conseguenze positive in termini di minori costi per l'acquisto di detti beni e servizi, di minori perdite di rete (in ragione del minor transito dell'energia sulle reti pubbliche), di diffusa accettazione sociale dei lavori tesi alla realizzazione di nuovi impianti alimentati da fonti rinnovabili⁶. Il sistema di produzione e consumo energetico si evolve così nel senso del decentramento decisionale ed operativo, della partecipazione e del coinvolgimento dei cittadini.

¹ *Dottorando in Discipline Giuridiche - Diritto Amministrativo presso l'Università Roma Tre.

Cfr. la comunicazione [COM(2015) 339 final], del 15 luglio 2015, recante “*Un "new deal" per i consumatori di energia*” e la comunicazione del 28 novembre 2018 [COM(2018) 773 final], dal titolo “*Un pianeta pulito per tutti. Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra*”, in particolare pp. 6 e 24-26.

² Direttiva (UE) 2018/2001 dell'11 dicembre 2018. Cfr. in particolare i “considerando” 56, 57, 69, 70, 76, 78, 79.

³ Direttiva (UE) 2019/944 del 5 giugno 2019. Cfr. in particolare i “considerando” 3, 4, 5, 10, 22, 31 – 35, 42, 43, 44, 48, 52, 55, 56.

⁴ Cfr. art. 2, n. 16) dir. (UE) 2018/2001 e art. 2, n. 11) dir. (UE) 2019/944.

⁵ Il neologismo è stato coniato da A. TOFFLER, *The third wave*, Bantam Books, New York, 1980.

⁶ In tema si v. L. RUGGERI (a cura di), *Needs and Barriers of Prosumerism in the Energy Transition Era*, Dykinson, Madrid, 2021.

Nell'ambito della classe delle comunità energetiche, si distinguono, da un lato, le comunità energetiche dei cittadini (CEC), contemplate dalla direttiva (UE) 2019/944 e disciplinate, a livello interno, dall'art. 14 del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 210, e dall'altro lato, le comunità di energia rinnovabile (CER), delle quali si occupa la direttiva (UE) 2018/2001 e, in ambito nazionale, il decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199⁷. È su tale seconda tipologia di comunità energetiche che si focalizzerà l'attenzione nelle prossime pagine, in quanto essa risulta di maggior interesse nell'ottica della transizione energetica, considerata la necessaria preordinazione delle comunità di energia rinnovabile alla produzione di energia pulita⁸. La costituzione di una CER, infatti, postula la realizzazione e l'esercizio di impianti alimentati da fonti rinnovabili, ciò che di per sé contribuisce al raggiungimento degli sfidanti obiettivi in materia climatica resi obbligatori a livello eurounitario dal regolamento (UE) 2021/1119⁹.

Le potenzialità virtuose delle comunità di energia rinnovabile vengono sinteticamente ma efficacemente evidenziate dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA).

L'autorità di regolazione, mettendo a confronto le configurazioni energetiche in esame con quelle di autoconsumo collettivo, le quali pure presuppongono la produzione e il consumo *in situ* di energia pulita, ma nel limitato ambito del medesimo edificio o condominio¹⁰, afferma:

«Tali comunità energetiche hanno finalità complessive diverse dall'autoconsumo in situ, quali, in particolare, quella di facilitare l'investimento in impianti di produzione da fonti rinnovabili tramite aggregazione di piccoli investitori, valorizzando le risorse locali, oppure quella di facilitare l'acquisto collettivo di energia elettrica, semplificando l'accesso ai mercati dell'energia, senza trascurare le finalità sociali, ivi incluso il contrasto alla "povertà

7 Per gli aspetti di sovrapposizione e di differenziazione tra i due modelli, nella normativa dell'Unione, si v. E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, n. 1/2020. Il documento RESCOOP.EU dal titolo *Transposition Guidance*, 24 giugno 2020, reperibile online su www.rescoop.eu, sostiene che la CER sia una sottospecie di CEC, salvo poi precisare che solo la CER può essere controllata da un'impresa che non sia "piccola" bensì "media". *Contra* E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., p. 109, afferma che il rapporto tra CER e CEC sia quello di due insiemi che si intersecano.

8 Non solo elettrica (ad es. anche termica, geotermica, etc.).

9 Osserva sul punto E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., che congruamente la normativa dell'Unione impone agli Stati membri un obbligo di promozione riferito unicamente alle comunità di energia rinnovabile. A ciò si aggiunga che a sua volta il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC) italiano prevede la promozione e il sostegno, anche economico, delle sole comunità dell'energia rinnovabile (cfr. p. 6 e p. 123) limitandosi invece a prefigurare la definizione di un quadro normativo idoneo a consentire lo sviluppo delle comunità energetiche dei cittadini. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), del pari, prevede, nell'ambito della misura 2, componente 2, l'investimento 1.2, diretto alla promozione delle comunità di energia rinnovabile.

10 Sulle differenze tra autoconsumo collettivo e comunità energetiche si rinvia a E. GIARMANÀ, *Autoconsumo collettivo e comunità energetiche*, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, n. 1/2021.

energetica” come avviene nelle best practices europee»¹¹. D'altronde, la transizione ecologica, all'evidenza indifferibile, non può che essere realizzata in un'ottica di sostenibilità a tuttotondo. E proprio le attuali vicende geopolitiche internazionali unitamente alla crisi del cd. caro bollette testimoniano l'importanza di procedere verso gli obiettivi di decarbonizzazione in maniera economicamente sostenibile. Anche in questa direzione le comunità di energia rinnovabile costituiscono una valida soluzione, in quanto consentono di ridurre, per le famiglie e le imprese, l'esposizione agli improvvisi aumenti di prezzo nel mercato, e più in generale di allentare i legami di dipendenza del nostro Paese dalle forniture estere.

A fronte delle potenzialità virtuose loro sottese, le comunità energetiche non hanno trovato ancora significativa diffusione nel nostro Paese, come dimostra la ricognizione delle prime esperienze di CER italiane¹². Un simile ritardo, oltre che agli ostacoli derivanti dalla normativa di parziale recepimento della direttiva (UE) 2018/2001 e ad alcune disfunzioni amministrative di sistema, può imputarsi anche all'insufficiente consapevolezza, da parte dei soggetti interessati, dei vantaggi riconnessi alla costituzione di una comunità energetica e delle opportunità offerte dal quadro normativo di riferimento. Peraltro, il cennato d.lgs. 199/2021 è intervenuto ad ampliare il perimetro della partecipazione alla comunità energetica, estendendolo a tutti i titolari di utenze sottese alla medesima cabina di trasformazione primaria, e al contempo innalzando il limite di potenza dell'impianto ai fini incentivanti¹³,

11 Memoria 12 marzo 2019, 94/2019/I/COM. Cfr. altresì il documento per la consultazione 112/2020/R/eel, nel quale si evidenziano i vantaggi ambientali comuni alle configurazioni di autoconsumo e alle comunità energetiche: in particolare le minori perdite di rete e la minore necessità di potenziamento delle reti esistenti o di realizzarne di nuove.

12 Cfr. L. DE VIDOVICH, L. TRICARICO, M. ZULIANELLO, *Community Energy Map, Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili*, Franco Angeli, Milano, 2021, reperibile sito della società Ricerca Sistema Energetico s.p.a. Invero, l'art. 42-bis del d.l. 162/2019 affidava all'ARERA il compito di provvedere affinché venisse istituito un sistema di monitoraggio continuo delle configurazioni disciplinate in via provvisoria, nell'ottica dell'acquisizione di elementi utili all'attuazione finale della direttiva (UE) 2018/2001 e della direttiva (UE) 2019/944. L'Autorità di regolazione, nella delibera 318/2020/R/eel, ha deciso di avvalersi della società Ricerca sul Sistema Energetico del gruppo GSE per la redazione di uno studio sulle modalità più efficienti per la massimizzazione dell'energia condivisa e sugli effetti tecnici ed economici delle medesime configurazioni. Il lavoro cennato è frutto dell'attività ricognitiva condotta da quest'ultima società in collaborazione con Luiss Business School.

13 Com'è noto, la direttiva (UE) 2018/2001 è stata oggetto di un primo e parziale recepimento nell'ordinamento italiano ad opera dell'art. 42-bis del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 162 (cd. Milleproroghe), articolo aggiunto dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8 di conversione e con il quale il legislatore ha voluto introdurre una disciplina dal carattere sperimentale nelle more del completo recepimento della direttiva stessa. Ai sensi di tale disciplina, i consumatori di energia elettrica possono realizzare “comunità energetiche rinnovabili” nel rispetto di determinate condizioni e a certi limiti. In particolare, si richiede che: 1) gli azionisti o membri siano persone fisiche, piccole e medie imprese, enti territoriali o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali, e che la partecipazione alla comunità di energia rinnovabile non ne costituisca l'attività commerciale o industriale principale; 2) l'obiettivo principale della comunità sia fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui operasse la comunità stessa, piuttosto che la realizzazione di profitti finanziari; 3) la partecipazione sia aperta a tutti i titolari di punti di connessione ubicati nel perimetro delle reti elettriche di bassa tensione sottese, alla data di creazione dell'associazione, alla medesima cabina di trasformazione media tensione/bassa tensione (cabina secondaria). Ora, mentre i punti di cui ai numeri

mentre si preannunciano finanziamenti pubblici diretti alla creazione di nuove comunità¹⁴.

Nell'ambito di un simile quadro di favore, s'intende soffermare l'attenzione sugli strumenti a disposizione delle pubbliche amministrazioni per propiziare, nell'ottica della sussidiarietà orizzontale, la diffusione delle comunità di energia rinnovabile, così da contribuire a rendere il traguardo della neutralità carbonica meno lontano, e il percorso che vi conduce maggiormente sostenibile.

2. La partecipazione delle amministrazioni locali alle comunità di energia rinnovabile.

Come anticipato, il d.lgs. 199/2021 ha esteso significativamente, rispetto alla normativa sperimentale introdotta dall'art. 42-*bis* del d.l. 162/2019, il perimetro della partecipazione alla CER rilevante ai fini dell'accesso ai meccanismi promozionali. Infatti, da un lato il requisito della "vicinanza agli impianti"¹⁵ viene ritenuto soddisfatto allorché la partecipazione sia circoscritta al territorio del medesimo Comune, dall'altro, nell'ambito di questo territorio, possono accedere al regime per

1) e 2) ricalcano senza apprezzabili differenze i requisiti delle comunità energetiche previsti dalla normativa eurounitaria, il punto di cui al n. 3) circoscrive, in maniera innovativa, alla medesima cabina secondaria il perimetro della partecipazione, aperta e volontaria, alle configurazioni energetiche in esame. La norma in commento ha inoltre introdotto un'ulteriore limitazione inedita, di carattere dimensionale, riferita agli impianti alimentati da fonti rinnovabili detenuti dalla comunità: la potenza massima complessiva dell'impianto non può essere superiore a 200 kW, mentre in ragione del carattere transitorio della normativa in parola, esso deve essere entrato in esercizio dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 162/2019 (1° marzo 2020) ed entro i 60 giorni successivi alla data di entrata in vigore del provvedimento di recepimento (definitivo) della direttiva (UE) 2018/2001. Le condizioni limitative inedite appena richiamate, pur trovando giustificazione nella valenza sperimentale che il legislatore ha attribuito alla disciplina introdotta nel decreto Milleproroghe del 2019, hanno rappresentato degli ostacoli al pieno sviluppo delle comunità energetiche in Italia, come emerge anche dal documento citato nella nota precedente, il quale a tal proposito afferma che i limiti *de quibus* hanno consentito «di realizzare unicamente progetti capaci di aggregare poche decine di nuclei familiari (e un numero ancora più limitato di piccole e medie imprese)». Suddetti limiti sono stati finalmente superati dal d.lgs. 199/2021, entrato in vigore in data 15 dicembre 2021, il quale ha dato attuazione definitiva alla direttiva (UE) 2018/2001. Nuovi e meno restrittivi requisiti dimensionali sono adesso richiesti ai fini dell'accesso al meccanismo di valorizzazione dell'energia istantaneamente autoconsumata (art. 32, c. 3, lett. a) e allo specifico regime di incentivazione volto a premiare la condivisione energetica (art. 8). Ai fini di ambo gli istituti, rileva l'afferenza delle utenze di consumo e degli impianti alla medesima cabina primaria, laddove la normativa sperimentale limitava la dimensione geografica della partecipazione alla comunità al perimetro della medesima cabina secondaria, mentre viene innalzato a 1 MW il limite dimensionale della potenza dell'impianto (a fronte dei 200 kW della disciplina transitoria), rilevante per l'accesso al meccanismo di incentivazione diretta di cui all'art. 8.

14 Con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze (MEF) 6 agosto 2021, n. 229, sono stati stanziati, in attuazione del PNRR, 2,2 miliardi di euro per la promozione di comunità di energia rinnovabile e per l'autoconsumo, mentre il Ministro della Transizione Ecologica (MiTE), in attuazione dell'art. 14, c. 1, lett. e) del d.lgs. 199/2019 è chiamato a definire i criteri e le modalità per la concessione di finanziamento a tasso zero fino al 100 per cento dei costi ammissibili, per lo sviluppo di comunità energetiche nei piccoli comuni (fino a cinquemila residenti) attraverso la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili.

15 Concetto impiegato dalla direttiva (UE) 2018/2001 per l'individuazione dei detentori del controllo sulla comunità energetica.

la condivisione energetica i titolari di utenze afferenti non più alla medesima cabina secondaria, bensì a quella primaria.

La più recente normativa contempla pertanto l'accesso ai meccanismi di valorizzazione e incentivazione dell'energia condivisa da parte di comunità di energia rinnovabile dalle dimensioni assai più ampie che in passato, con la partecipazione di un numero elevato di utenti¹⁶.

Al netto di questa delimitazione territoriale, hanno titolo a partecipare a una CER le tipologie di soggetti ai quali l'art. 31, co. 1, del d.lgs 199/2021 riconosce l'esercizio dei poteri di controllo effettivo sulla comunità stessa¹⁷. Circa la partecipazione delle amministrazioni pubbliche, individuate come «enti territoriali e autorità locali», ovvero come «amministrazioni locali», viene effettuato un richiamo all'elenco delle amministrazioni pubbliche divulgato dall'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) ai fini della cd. *spending review*¹⁸, elenco nel quale viene notoriamente annoverata una vasta e variegata platea di soggetti pubblici¹⁹, la quale risulta tuttavia ivi circoscritta alla sola dimensione locale.

L'adesione da parte di un'amministrazione pubblica a una comunità di energia rinnovabile non implica una deroga all'obbligo di ricorrere, per l'approvvigionamento energetico, alle convenzioni o agli altri strumenti messi a disposizione da Consip s.p.a. o dalle centrali di committenza regionali²⁰.

Né l'amministrazione aderente sarà tenuta a rivedere i propri rapporti di fornitura, fermi rimanendo i corrispettivi da versare al fornitore. Semplicemente, i consumi energetici dell'amministrazione verranno computati nel calcolo dell'energia condivisa nell'ambito della CER, ai fini della corresponsione da parte del GSE degli importi unitari a titolo di valorizzazione e incentivazione.

Non risulta invece priva di implicazioni, sotto il profilo della partecipazione pubblica, la scelta inerente alla forma giuridica della comunità energetica. A seconda che la comunità sia o non sia costituita in forma societaria, la partecipazione delle

16 In proposito, un aspetto problematico, non chiarito dalla normativa di recepimento definitivo della direttiva europea, riguarda la possibilità per una stessa CER di aggregare utenti collocati nell'ambito del medesimo Comune, ma afferenti a cabine primarie differenti. Una simile possibilità consentirebbe di evitare la duplicazione dei "costi di transazione" legati alla costituzione di un nuovo soggetto giuridico, salvo presentare distinte domande al GSE per ciascuna cabina primaria ai fini del servizio di valorizzazione e incentivazione della condivisione energetica.

17 Si tratta di persone fisiche/clienti civili che acquistano energia per il proprio consumo domestico, e in particolar modo gli utenti appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili, il cui coinvolgimento può essere finalizzato al contrasto alla povertà energetica, di PMI, restando escluse le imprese per le quali la partecipazione alla comunità costituirebbe l'attività commerciale e industriale principale, di enti religiosi, di quelli del terzo settore, di promozione ambientale e di ricerca e formazione.

18 Cfr. art 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196.

19 Infatti, a detto elenco la dottrina e parte della giurisprudenza fanno riferimento per l'individuazione di una nozione normativa di pubblica amministrazione valida per l'intero ordinamento. Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 6 s.

20 Art. 1, comma 7, d.l. 6 luglio 2012, n. 95.

“autorità locali” può risultare più o meno agevole sul versante burocratico. Occorre infatti interrogarsi sull’applicabilità del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica²¹, il quale prescrive una serie di oneri in capo alla pubblica amministrazione che voglia acquisire delle partecipazioni in soggetti giuridici aventi veste societaria. Com’è noto, l’art. 1 del decreto specifica che detti oneri sono riferiti alle sole operazioni societarie, mentre ai sensi del comma 4, lett. b), restano ferme le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni.

Ora, se è vero che l’art. 4, comma 7, del decreto ammette in astratto la partecipazione pubblica in società aventi per oggetto principale la produzione di energia da fonti rinnovabili, quali possono essere le comunità di energia rinnovabile aventi forma giuridica di società cooperativa, ciò nondimeno la partecipazione è tenuta a soddisfare il vincolo di inerenza all’interesse pubblico prescritto al comma 1 dell’art. 4²², ai sensi del quale l’attività di produzione di beni o servizi posta in essere dalla società deve risultare strettamente necessaria al perseguimento delle finalità istituzionali dell’ente. Il rispetto di tale vincolo deve risultare dall’analitica motivazione che l’amministrazione è chiamata a fornire nell’atto deliberativo ai sensi dell’art. 5, atto che peraltro è sottoposto, previamente alla sua adozione, a forme pubbliche di consultazione e successivamente inviato alla Corte dei conti e all’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). Al riguardo vale ricordare l’atteggiamento rigoroso della giurisprudenza in punto di controllo della motivazione²³. Ulteriori oneri sono poi imposti in riferimento alla gestione della

21 Sul quale, in generale, si v. R. GAROFOLI, A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto, Roma, 2018; C. IBBA, I. DEMURO (diretto da) *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Zanichelli, Bologna, 2018; A. AMODIO, *Le società pubbliche: genesi di una riforma*, in *federalismi.it*, n. 6/2018; G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2018; F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico. D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Giuffrè, Milano, 2017; A. LALLI, *Pubblico e privato. le tendenze di lungo periodo e la recente disciplina in materia di società partecipate dai pubblici poteri*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Jovene, n. 7/2016; F. MATALUNI, *Le società a partecipazione pubblica: limiti di scopo e di attività*, in *Astrid Rassegna*, n. 6/2016; G. MEO, A. NUZZO (diretto da), *Il Testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Cacucci, Bari, 2016.

22 Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 122.

23 Cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 2 settembre 2019, n. 1935. Il Collegio ha annullato la deliberazione con la quale il Consiglio comunale aveva disposto l’acquisto della partecipazione in una società per azioni operante (anche) nel settore della vendita dell’energia elettrica. Secondo la difesa comunale, la società *de qua* offriva condizioni di accesso ai servizi di fornitura di energia elettrica più favorevoli per la comunità locale, in particolare, applicando la tariffa di tutela, più vantaggiosa rispetto a quella di mercato (vantaggi di natura economica, si può osservare, in parte assimilabili a quelli derivanti dalla partecipazione a una comunità energetica). Sennonché, il Collegio ha ritenuto di dovere annullare la deliberazione, in assenza di «alcuna indicazione contabile e/o economica che giustifichi e supporti le affermazioni ivi contenute, che risultano pertanto generiche, e dunque inattendibili» non potendosi considerare in alcun modo assolto l’onere di analitica motivazione prescritto dall’art. 5 d.lgs. 175/2016.

partecipazione societaria, una volta che la partecipazione stessa sia stata legittimamente deliberata²⁴.

Di contro, optando per un ente non commerciale non verrebbero in rilievo oneri burocratici così stringenti, essendo le regole e i controlli previsti dal d.lgs. 175/2016 applicabili alle sole operazioni *societarie*²⁵. Ne deriva che il modello della società cooperativa, seppure indicato in astratto come il più funzionale all'organizzazione e alla strutturazione della comunità energetica²⁶, rischia di non essere prescelto dalle amministrazioni locali italiane nelle iniziative da loro portate avanti.

Un riscontro in tal senso si ottiene dalla ricognizione²⁷ delle prime esperienze di comunità energetiche nel regime sperimentale: la veste giuridica selezionata nei progetti che coinvolgono la partecipazione di soggetti pubblici è per lo più quella dell'associazione non riconosciuta²⁸.

Occorre peraltro ricordare che alcune Regioni hanno disciplinato con proprie leggi taluni aspetti della partecipazione dei Comuni alle comunità energetiche, nell'ambito di un più ampio disegno promozionale²⁹. In particolare, è ricorrente in questo tipo di

24 Ad esempio in materia di analisi annuale dell'assetto complessivo della società *ex art.* 20.

25 *Rebus sic stantibus*, può invero sorgere qualche perplessità sulla coerenza del sistema. In virtù della tendenziale assenza di lucro soggettivo della comunità energetica, si affievolisce la distinzione effettuata dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato., Sez. V 23 gennaio 2019 n. 578) tra fine pubblico di impresa, perseguito dall'ente pubblico partecipante, e fine di lucro, perseguito dalla società partecipata (in questo caso la comunità). Ciò nondimeno, la forma societaria risulta ostacolata dagli oneri imposti dal d.lgs. 175/2016, previsioni facilmente aggirabili, secondo quanto dimostra l'esperienza delle prime comunità energetiche, attraverso il ricorso a forme associative non commerciali – *in primis* l'associazione non riconosciuta. Una possibile soluzione al problema potrebbe essere data in via interpretativa, ritenendo integrata la clausola di riserva con cui esordisce l'art. 5 («A eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espressa previsioni legislative»), in ragione del fatto che il d.lgs. 199/2021, in attuazione della direttiva (UE) 2018/2001, consente la costituzione e la partecipazione delle amministrazioni locali alle comunità di energia rinnovabile. Ne conseguirebbe l'attenuazione degli oneri motivazionali in capo all'amministrazione intenzionata a partecipare alla CER.

26 E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit. Il modello della società cooperativa è stato indicato come il più idoneo a dare veste giuridica ad una comunità energetica anche all'interno dell'ordinamento spagnolo: cfr. I. GONZÁLEZ RÍOS, *Las «Comunidades energéticas locales»: un nuevo desafío para las entidades locales*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 117, 2020, pp. 147-193. Al riguardo, si segnala altresì che la legge statale spagnola in materia di società cooperative (*Ley* 27/1999, del 16 luglio 1999) prevede l'obbligatoria costituzione, nell'ambito di ogni cooperativa, di un *Fondo de educación y promoción* destinato a finalità promozionali quali la formazione e istruzione dei soci sui principi e i valori della cooperativa e sulle attività della società, ovvero per la diffusione del cooperativismo ossia per la promozione culturale, il miglioramento della qualità della vita, lo sviluppo della comunità locale e la tutela dell'ambiente (art. 56). Questo meccanismo, applicato alle comunità energetiche aventi veste giuridica di società cooperativa, da un lato pone i presupposti per l'ulteriore sviluppo delle configurazioni in esame, come risultato dell'attività promozionale e di sensibilizzazione posta in essere dalla cooperativa e diretta alla collettività locale, dall'altro costituisce una garanzia del carattere partecipativo e aperto della gestione della comunità.

27 Il riferimento è al lavoro ricognitivo di L. DE VIDOVIČ, L. TRICARICO, M. ZULIANELLO, *Community Energy Map, Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili*, citato nella nota 12.

28 Come testimoniano i progetti pilota delle comunità energetiche di Ferla (SR), di Tito (PZ), di Storo (TN), cennati nel documento di cui alla nota precedente, in particolare pp. 67 ss., 125, 127 e 139,

29 V. ad esempio la legge della Regione Piemonte, 3 agosto 2018, n. 12; la legge della Regione Puglia 9 agosto 2019, n. 45; la legge della Regione Campania 29 dicembre 2020, n. 38; la legge della Regione Marche 11 giugno 2021, n. 10.

normative la previsione secondo la quale i Comuni che intendono proporre la costituzione di una comunità energetica, oppure aderire a una comunità energetica esistente, sono tenuti ad adottare uno specifico protocollo d'intesa. Tale strumento deve a sua volta attenersi al contenuto di un provvedimento della Giunta regionale, recante i criteri per la redazione del protocollo di intesa sotto forma di linee guida o di schema tipo. Ad oggi, non tutte le Giunte regionali hanno adottato, in base alla legge regionale di riferimento, il provvedimento *de quo*, il quale può invero costituire un utile punto di riferimento nel senso di agevolare la raccolta delle adesioni ai fini della costituzione della CER³⁰.

3. Forme e direzioni del contributo delle amministrazioni locali.

Tra i soggetti pubblici che possono partecipare direttamente a una comunità energetica, un ruolo di primario rilievo deve riconoscersi ai Comuni, enti territoriali di massima prossimità preposti allo sviluppo e alla cura degli interessi della collettività locale, in aderenza al principio di sussidiarietà³¹. L'amministrazione comunale, in esecuzione di un atto di indirizzo politico, può avviare ovvero decidere di prendere parte al percorso diretto alla costituzione di una CER, mettendo al servizio dell'iniziativa propri mezzi e risorse. Il Comune, ad esempio, può organizzare, presso le proprie sedi ovvero in spazi pubblici incontri di sensibilizzazione, tavole rotonde *et similia*, così da superare il deficit informativo della collettività locale in merito ai vantaggi e alle opportunità riconnessi alla condivisione energetica. Del pari, attraverso il proprio sito ufficiale e mediante l'affissione di avvisi negli uffici aperti al pubblico, l'amministrazione comunale può fornire adeguata pubblicità alla notizia concernente la costituzione della comunità energetica, così da garantire adeguata risonanza all'iniziativa³². Contestualmente, può farsi carico della raccolta delle adesioni dei soggetti interessati, con cui poi sottoscrivere il contratto associativo.

L'apporto del Comune può altresì consistere nella concessione in uso alla comunità, a titolo di contributo derivante dalla partecipazione all'associazione, di

30 Particolarmente dettagliate sono le linee guida adottate dalla Giunta regionale pugliese con deliberazione 7 agosto 2020, n. 1346.

31 Cfr. E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., p. 85 s., secondo il quale la partecipazione di soggetti pubblici deve essere letta nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale, nel senso che essa è diretta a rendere più efficace l'azione collettiva dei consumatori domestici. Ne discende, secondo l'A., che le comunità energetiche non dovrebbero poter essere controllate da amministrazioni pubbliche.

32 L'esperienza spagnola consegna un interessante esempio di come l'ente comunale possa amplificare la diffusione della notizia della costituzione di una comunità energetica, nella prospettiva della raccolta delle adesioni del più elevato numero di cittadini. Ci si riferisce al progetto COMPTM, realizzato nel comune di Crevillent, in provincia di Alicante. Dal sito del Comune di Crevillent, risulta che il progetto sia stato promosso attraverso un "sistema pubblico di informazione energetica", basato sul montaggio di pannelli informativi digitali in diversi edifici e luoghi pubblici. Questi strumenti costituiscono elementi visivi idonei ad attirare l'attenzione dei cittadini, i quali possono accedere rapidamente alle informazioni inerenti alla produzione e al consumo energetico in ambito locale.

parti di edifici pubblici per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, ovvero nella concessione in godimento di impianti già esistenti non ancora entrati in esercizio³³, come testimonia l'esperienza della comunità energetica di Ferla (SC)³⁴. Trattandosi di piccoli Comuni, è possibile presentare una richiesta di finanziamento diretta alla costituzione di nuove comunità energetiche, a gravare sui fondi previsti dal PNRR³⁵.

Peraltro, anche in assenza di adeguate risorse finanziarie e competenze progettuali, il Comune può propiziare lo svolgimento dei compiti di sensibilizzazione del pubblico e di progettazione da parte di soggetti terzi. In tal senso, può procedere a un'indagine esplorativa volta a individuare soggetti interessati a fornire il proprio apporto in qualità di facilitatori territoriali. Sulla base delle candidature ottenute, si potrà quindi nominare un facilitatore, che svolgerà il proprio incarico a titolo gratuito e senza alcun costo per l'amministrazione³⁶.

Ancora, i Comuni, non potendo o non volendo finanziare, in tutto o in parte, con le risorse dei propri bilanci, i lavori per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili da mettere a disposizione della CER, potrebbero ricorrere a schemi partenariali per il medesimo fine (vengono in rilievo gli strumenti partenariali

33 Prevede, peraltro, l'art. 31, c. 2, lett. d), d.lgs. 199/2021, la possibilità per gli impianti esistenti di produzione di energia rinnovabile di aderire alla comunità energetica per una misura comunque non superiore al 30 per cento della potenza complessiva che fa capo alla comunità e dunque di contribuire al calcolo, ai fini incentivanti, dell'energia autoprodotta e condivisa.

34 Cfr. il modello di contratto approvato con della giunta comunale di Ferla (SC) n. 126 dell' 8/11/2021, per la concessione di uso gratuito alla Comunità Energetica Rinnovabile CommOn Light di un impianto fotovoltaico del Comune (www.comune.ferla.sr.it).

35 Cfr. nota 14.

36 L'iter descritto nel testo è stato seguito dal comune di Tito (PZ), il quale, in particolare, con determinazione DSG n. 00224/2021 del 7 aprile 2021 ha nominato una s.r.l. come facilitatore territoriale, all'esito dell'indagine esplorativa compiuta in virtù di previa manifestazione di interesse, affidandole una serie cospicua e rilevante di compiti. Infatti essa:

«- realizzerà uno studio di fattibilità che individui, ai sensi della delibera 318/2020/R/eel di ARERA, i cittadini; le PMI e gli enti pubblici che andranno a formare i diversi cluster;
- si occuperà della promozione e sensibilizzi del modello di Comunità Energetica, partecipando tra l'altro ad assemblee pubbliche, seminari, incontri con altri enti locali, regionali, nazionali;
- fornirà assistenza tecnica per la creazione della comunità energetica, nonché assistenza a cittadini, PMI e associazioni per la partecipazione attiva alla comunità energetica;
- fornirà assistenza alla comunità energetica nelle azioni volte al riconoscimento di incentivi regionali, nazionali, comunitari;
- fornirà assistenza alla comunità energetica nell'energy management: contratti di fornitura di energia elettrica a prezzi più bassi e prodotta da FER;
- elabor[erà] ipotesi e studi di fattibilità comprensivi di tutta la documentazione necessaria e propedeutica alla costituzione della C.E.R. Tito, a titolo non esaustivo, come l'atto costitutivo, il regolamento etc...;
- si coordinerà con il Servizio Tecnico Urbanistico e con l'Amministrazione Comunale per quanto di loro competenza, sulle attività svolte e sulle iniziative assunte;
- svolgerà il proprio ruolo e i compiti assegnati in stretta sinergia con l'Amministrazione Comunale attraverso forme di co-progettazione che ne garantiscano la continuità e il reale coinvolgimento dei cittadini, della PMI e delle associazioni interessati alla partecipazione attiva alla comunità energetica».

previsti dal codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/2016³⁷, quali la locazione finanziaria³⁸ e la finanza di progetto³⁹; strumenti partenariali che si sono d'altronde già dimostrati idonei, in tempi recenti, a fronte di risorse pubbliche scarse e di vincoli all'indebitamento dei soggetti pubblici, a finanziare progetti tesi alla realizzazione e gestione di impianti fotovoltaici per conto di amministrazioni territoriali e locali⁴⁰).

Non sono poi escluse forme indirette ed esterne di contributo alla creazione di una comunità di energia rinnovabile, della quale l'amministrazione locale non intenda, quanto meno da subito, far parte.

Ad esempio, l'iniziativa può essere agevolata attraverso la stipula di contratti di comodato per la concessione di porzioni di edifici pubblici sui quali realizzare i lavori impiantistici.

Ciò è quanto avvenuto nell'esperienza della comunità energetica di Storo (TN), dove il Comune, in vista di una futura partecipazione, ha concesso in comodato d'uso a uno storico consorzio elettrico, per un periodo di venti anni, la copertura di un edificio non più adibito a scuola, sul quale realizzare impianti fotovoltaici per la produzione di energia pulita da condividere nell'ambito del progetto pilota di comunità energetica condotto dal medesimo consorzio⁴¹.

Infine, occorre dare atto che, in virtù del ravvicinamento degli statuti normativi della CER e della CEC, richiesto dall'art. 12, co. 1, lett. d), della legge 22 aprile 2021,

37 Sul partenariato pubblico privato, in dottrina, si v. C. CONTESSA, *PPPC: modello generale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. V, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019; S. AMOROSINO, *Il Partenariato Pubblico Privato*, in ID., *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pacini Giuridica, Pisa, 2018; A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017; V.M. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato*, in F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2016; V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Amministrazione in cammino*, 22 luglio 2016; G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015; M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012; F. MASTRGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011; G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Giustamm.it*, 17 dicembre 2010; B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico privato: un quadro generale*, in *Giustamm.it*, 2010; M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni finanza di progetto società miste fondazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009.

38 Art. 187 d.lgs. 50/2016.

39 Cfr. art. 183 d. lgs. 50/2016. Si consideri peraltro che l'iniziativa potrebbe essere assunta direttamente dal privato secondo lo schema dell'art. 183, co. 15 ss. il quale prevede la possibilità che vengano sottoposte all'amministrazione proposte di progetti non inseriti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice in base alla normativa vigente e da realizzarsi in regime di concessione o di qualunque altro contratto riconducibile al modello partenariale pubblico-privato.

40 Cfr. C. GIORGIO, G. MARINUZZI (a cura di), *La dimensione comunale del Partenariato Pubblico Privato*, Fondazione IFEL, Terza edizione – 2019, su www.fondazioneifel.it; cfr. altresì il Manuale operativo curato da Asset Camera, *Impianti Fotovoltaici in Partenariato Pubblico Privato*, 2012, su www.rm.camcom.it.

41 Cfr. la determinazione 4 marzo 2021, n. 61 del Servizio affari generali del Comune di Storo.

di delegazione, le comunità di energia rinnovabile possono oggi altresì gestire porzioni della rete di distribuzione, possibilità, questa, che non era invece contemplata dal d.l. 162/2019⁴². Al riguardo, l'art. 14, comma 7, d.lgs. 210/2021 ha ammesso che, fermo restando il ricorso preferenziale alla rete di distribuzione esistente, in presenza di specifiche ragioni di carattere tecnico e tenuto conto del rapporto tra costi e benefici per i clienti finali⁴³, le comunità energetiche possano gestire le porzioni di rete interessate dalla condivisione energetica, in virtù di appositi contratti di locazione o di acquisto stipulati con il concessionario, nonché gestire reti di nuova realizzazione⁴⁴. Queste aperture assicurano un maggior grado di flessibilità secondo le specificità dei contesti locali, e possono consentire di prevenire o superare le disfunzioni derivanti dai comportamenti omissivi dei gestori di rete nel fornire informazioni inerenti ai punti di connessione sottesi alla medesima cabina di trasformazione primaria. Pertiene evidenziare che potrebbe essere proprio un'amministrazione comunale, in qualità di gestore della rete di distribuzione di energia, a concludere con una comunità energetica uno dei contratti *de quibus*.

In tal modo, i lavori di manutenzione, potenziamento e ammodernamento della rete potrebbero contare anche sugli apporti economici privati e sulle risorse accantonate ai sensi degli statuti delle comunità energetiche.

4. Possibili sinergie concernenti le attività di interesse generale svolte dalle comunità energetiche.

Indefettibilmente, le comunità di energia rinnovabile producono energia da impianti a fonti rinnovabili rientranti nella propria disponibilità⁴⁵. È questa l'attività che contraddistingue tali configurazioni energetiche dalle comunità energetiche dei cittadini, e che la normativa intende promuovere attraverso meccanismi di incentivazione e valorizzazione⁴⁶, anche in vista del raggiungimento degli obiettivi

42 Per quanto essa risultasse consentita e in qualche misura presupposta dalla direttiva (UE) 2018/2001 e soprattutto dalla direttiva (UE) 2019/944, come dimostra di avere contezza anche l' ARERA (cfr. il documento per la consultazione 112/2020/R/eel, cit., p. 7 s.).

43 Secondo quanto sarà specificato in un provvedimento dell'ARERA da adottarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del d.lgs. 210/2021 (26 dicembre 2021).

44 La comunità, in qualità di sub-concessionario della rete elettrica utilizzata, viene assoggettata all'osservanza degli stessi obblighi e condizioni previsti dalla legge per il soggetto concessionario, e la rete, anche se di nuova realizzazione, è comunque considerata rete pubblica di distribuzione con obbligo di connessione di terzi.

45 Non è necessario che gli impianti siano di proprietà della comunità. La deliberazione ARERA 318/2020/R/eel, All. A, art. 1, lett. o), ricorre al concetto di "detenzione", il quale implica la piena disponibilità dell'impianto sulla base di un titolo giuridico anche diverso dalla proprietà (ad es. usufrutto, comodato d'uso), a condizione che la mera detenzione o disponibilità dell'impianto sulla base di un titolo diverso dalla proprietà non sia di ostacolo al raggiungimento degli obiettivi della comunità.

46 Il decreto legislativo 199/2021 ha prefigurato un regime incentivante volto a stimolare la condivisione energetica interna alla CER, coerentemente con la previsione che impone il prioritario utilizzo dell'energia prodotta dagli impianti della comunità per l'autoconsumo istantaneo in sito o per la condivisione con i membri della stessa. Nelle more dell'adozione del decreto ministeriale chiamato a sviluppare il meccanismo di incentivazione, peraltro, continua ad applicarsi il decreto del Ministro dello Sviluppo Economico (MiSE) 16

nazionali in materia di neutralità climatica, riaffermati dall'art. 3 del d.lgs. 199/2021. Detta attività si associa infatti alla realizzazione e all'entrata in esercizio di nuovi impianti FER, i quali a loro volta contribuiscono a incrementare la quota complessiva di energia prodotta da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo nazionale. A ciò si aggiunga che, se l'energia pulita prodotta dalla comunità viene consumata da utenze ubicate nella prossimità degli impianti, vengono generati quegli ulteriori benefici di carattere ambientale evidenziati dall'ARERA e ricordati nel paragrafo introduttivo⁴⁷.

In quest'ottica, l'art. 31, co. 2, lett. a), d.lgs. 199/2021 prescrive che l'energia prodotta dalle comunità venga utilizzata prioritariamente per l'autoconsumo istantaneo in sito ovvero per la condivisione con i membri della comunità stessa.

Risulta a tal fine congeniale l'installazione di sistemi di accumulo, al pari della diffusione di strumenti volti a indurre gli aderenti alla CER a concentrare i propri consumi energetici nei periodi in cui gli impianti producano il massimo quantitativo di energia.

Oltre alla produzione, condivisione e vendita di energia pulita, il decreto legislativo 199/2021 specifica che le comunità di energia rinnovabile possono 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 prestare servizi ancillari e di flessibilità. Si tratta di un insieme di attività, di diversa rilevanza economica, riconducibili alla natura di imprenditore del settore energetico ascrivibile alla CER⁴⁸. Sennonché, tutte

settembre 2020, recante, in via sperimentale, la disciplina degli aspetti promozionali delle comunità energetiche in base all'art. 42-*bis* del d.l. 162/2019. I contorni e gli aspetti essenziali del regime incentivante vengono tracciati all'art. 8 del d.lgs. 199/2021. Innanzitutto, si tratta di "aggiornare" i meccanismi previsti dalla normativa sperimentale, senza quindi stravolgere l'impostazione pregressa. In tal senso, si continua a prevedere l'accesso diretto a una tariffa incentivante corrisposta dal GSE, ma la nuova disciplina promozionale dovrà tenere conto dell'ampliamento del perimetro della partecipazione alla CER dalla cabina secondaria a quella primaria e del fatto che potranno essere incentivati impianti sino a 1 MW di potenza (rispetto ai 200 kW della fase sperimentale). All'incentivo potranno accedere gli impianti entrati in esercizio dopo la data di entrata in vigore del d.lgs. 199/2021 (15 dicembre 2021). Prevede invece in maniera innovativa l'art. 31, c. 2, lett. d), d.lgs. 199/2021, la possibilità per gli impianti esistenti di produzione di energia rinnovabile di aderire alla comunità energetica per una misura comunque non superiore al 30 per cento della potenza complessiva che fa capo alla comunità e dunque di contribuire al calcolo, ai suddetti fini incentivanti, dell'energia autoprodotta e condivisa. Al riguardo si pone comunque il problema della cumulabilità/incompatibilità con altri meccanismi e misure incentivanti, di cui gli impianti preesistenti possano fruire o aver fruito. Analogamente a quanto previsto nel regime transitorio, il meccanismo premiale della condivisione energetica si strutturerà come tariffa incentivante corrisposta direttamente su istanza di accesso presentata del referente della comunità, nel limite di determinati contingenti di potenza, stabiliti su base quinquennale. Non è quindi necessario iscriversi a bandi o registri ovvero formulare offerte al ribasso. La tariffa incentivante mira a remunerare la sola energia autoprodotta e consumata all'interno della configurazione e verosimilmente verrà erogata per un periodo di tempo medio-lungo, onde consentire il recupero degli investimenti effettuati e contemporaneamente la convenienza economica della condivisione energetica. In argomento si v. G. LA ROSA, *Le comunità energetiche rinnovabili: riflessioni sull'"affidabilità" del sistema di incentivazione di cui al decreto RED II*, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, n. 1/2022.

47 Cfr. nota 11.

48 Si era registrata in dottrina, ai fini del recepimento della direttiva europea, la posizione favorevole anche alle comunità multisettoriali, che operassero quindi in settori diversi da quello energetico. Cfr. E. CUSA, *Sviluppo*

le attività che le comunità di energia rinnovabile possono svolgere vanno comunque ricondotte al vincolo di scopo in base al quale l'obiettivo principale della CER è la produzione di benefici ambientali, economici o sociali a favore dei suoi soci o membri o delle aree locali di riferimento, piuttosto che la realizzazione di profitti finanziari⁴⁹.

Pertanto, le suddette attività, inclusa la vendita di energia, non possono essere *sic et simpliciter* tese al perseguimento di utili da ripartire tra i soci. In proposito, si è sostenuto che una CER non può avere come obiettivo principale il perseguimento dello scopo di lucro soggettivo, essendo invece ammessa una limitata e accessoria finalità lucrativa, ad esempio nella prospettiva di remunerare gli investimenti effettuati. Del pari, deve ritenersi coerente con la natura e gli scopi del soggetto giuridico in questione il reimpiego dei guadagni per la realizzazione di nuovi impianti FER, per il finanziamento di servizi destinati ai membri della comunità ovvero per organizzare attività a vantaggio della collettività locale⁵⁰.

Ancora, una parte dei benefici economici o dei ricavi derivanti dalle attività della CER può essere impiegata in strategie di contrasto alla povertà energetica⁵¹, mediante l'attribuzione di importi di maggiore entità ovvero con la realizzazione di servizi energetici a favore delle famiglie più bisognose⁵².

Il carattere comunque variegato degli ambiti di azione della CER favorisce le possibili sinergie tra le comunità energetiche e le amministrazioni pubbliche. Ci si riferisce in particolare alla possibilità che le prime vengano coinvolte dalle seconde nella programmazione e progettazione di attività di interesse generale, a partire da quelle inerenti a «*interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali*»⁵³. Allorché aventi la qualifica di enti del terzo settore (ed è questa una situazione frequente nella prassi), le comunità energetiche potranno sviluppare relazioni

sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche, cit., p. 94.

49 E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit, riflettendo sul complesso delle attività che una CER è abilitata a svolgere in base alla direttiva europea (attività le quali adesso vengono declinate dal d.lgs. 199/2021 cit.), conclude per la natura imprenditoriale, ai sensi del diritto dell'Unione, del soggetto giuridico in parola, il quale è tenuto a svolgere le proprie attività secondo il criterio dell'economicità.

50 E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., p. 84 s., il quale richiama in senso concorde RESCOOP.EU, *Energy Communities under the Clean Energy Package. Transposition Guidance*, cit.

51 In tema di povertà energetica si v. A. MAESTRONI, *Povertà energetica e strumenti di tutela: solidarietà e fratellanza*, in E. BRUTI-LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), *Esperienze regolatorie europee a confronto nel settore dell'energia. Atti del convegno AIDEN, Milano 3 dicembre 2015*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2017; M. DE FOCATIIS, *Povertà energetica e cliente vulnerabile tra ragioni di Stato e di mercato*, *ibidem*.

52 Sulla necessità che le comunità energetiche contribuiscano al contrasto della povertà energetica cfr. M. MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy-sharing*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 3/2020.

53 Così l'art. 5, decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117.

partenariali con gli enti e le amministrazioni locali secondo quanto previsto dall'art. 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (cd. Codice del Terzo Settore) e specificato oggi dal decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali del 31 marzo 2021, n. 72.

Un simile esito, coerente con il principio di sussidiarietà orizzontale⁵⁴, propizierebbe il soddisfacimento dei bisogni delle pubbliche amministrazioni intente nel perseguimento della transizione energetica e al contempo consentirebbe alle comunità di energia rinnovabile di svolgere il ruolo di promotrici o co-ideatrici del cambiamento, impiegando i propri mezzi e le proprie risorse a ulteriore vantaggio della collettività locale⁵⁵.

5. Accordi di collaborazione tra pubbliche amministrazioni per la diffusione delle comunità energetiche.

La costituzione di una nuova comunità di energia rinnovabile implica un percorso nel quale le amministrazioni locali, che decidano di lanciare o prendere parte all'iniziativa, sono chiamate ad affrontare e risolvere una serie di problematiche di varia natura. Si spazia dai problemi di carattere tecnico, come quelli relativi alla redazione dello studio di fattibilità, ai problemi di carattere amministrativo/burocratico, inerenti all'eventuale esternalizzazione della fase progettuale e/o della realizzazione dei lavori, alle strategie per la sensibilizzazione e informazione del pubblico, all'assolvimento di oneri richiesti dalla partecipazione al soggetto giuridico costituendo, alla definizione delle regole per il riparto e l'impiego dei benefici derivanti dall'appartenenza alla CER, ai rapporti da instaurare con altri soggetti pubblici per l'ottenimento di incentivi e finanziamenti, etc. Affinché ciascuna amministrazione non si trovi a dover autonomamente ricercare la soluzione più corretta ai problemi che tipicamente s'incontrano in questo percorso, risulta opportuno favorire la diffusione di informazioni relative alle alternative percorribili e alle loro implicazioni, a partire dalle concrete esperienze di successo.

⁵⁴ Cfr. Corte cost. n. 131/2020, punto 2.1. della motivazione in diritto: «*Il citato art. 55, che apre il Titolo VII del CTS, disciplinando i rapporti tra ETS e pubbliche amministrazioni, rappresenta dunque una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost. [...] È in espressa attuazione, in particolare, del principio di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost., che l'art. 55 CTS realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria*».

⁵⁵ *Ibidem*: «*Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico*». Sul tema si v. A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

In questa direzione, si registra nella prassi il ricorso da parte di talune amministrazioni comunali ad accordi di collaborazione ex art. 15 l. 241/1990⁵⁶, conclusi per veicolare le conoscenze e competenze in possesso di soggetti pubblici in relazione a progetti realizzati di comunità di energia rinnovabile⁵⁷. Attraverso l'instaurazione di relazioni di collaborazione tra amministrazioni locali, volti alla diffusione del "know-how" e delle buone pratiche maturate sul campo, risulta agevolato l'iter di costituzione di una CER⁵⁸.

Si è peraltro segnalata l'opportunità per i piccoli Comuni di beneficiare dei finanziamenti del PNRR per la costituzione di nuove comunità energetiche⁵⁹, ciò che dovrebbe stimolare l'assunzione di iniziative in tal senso da parte delle amministrazioni locali.

Sennonché, è proprio nei Comuni di minori dimensioni che sovente mancano adeguate risorse e competenze di carattere progettuale, amministrativo e gestionale, di talché essi potrebbero rimanere inerti o non coltivare iniziative da altri soggetti proposte⁶⁰. Anche in quest'ottica, gli accordi di collaborazione tra amministrazioni possono favorire l'osmosi di competenze e conoscenze dai soggetti pubblici più

56 In dottrina, sugli accordi di collaborazione ex art. 15 l. 241/1990, si v. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 577 ss.; R. FERRARA, *Art. 15. Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017; G. PERICU, M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Monduzzi, Bologna, 2005, p. 283 ss.; G. BERTI, *Dalla unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa* in A. MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Quaderni Formez, Roma, 1988; G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, Milano, 1992.

57 In tal senso è emblematico il caso del Comune di Magliano Alpi, il quale ha già sottoscritto con diversi piccoli Comuni accordi ex art. 15 l. 241/1990 per la trasmissione delle competenze gestionali e amministrative maturate intorno alla realizzazione di progetti di comunità di energia rinnovabile.

58 Vale peraltro segnalare che in attuazione dell'art. 4.11 dell'all. A della delibera ARERA 318/2020/R/eel, il GSE fornisce specifici servizi territoriali profilati per tipologia di amministrazione ai fini della costituzione di comunità energetiche, e che sul suo sito internet sono accessibili una guida informativa, FAQ e strumenti di simulazione. L'art. 11, u.c., del d.lgs. 210/2021, nell'ottica di favorire la diffusione delle comunità energetiche dei cittadini, ha poi affidato allo stesso GSE, nell'ambito dei servizi di assistenza territoriale a favore dei Comuni, il compito di mettere a disposizione servizi informativi dedicati, ivi inclusi guide informative e strumenti di simulazione.

59 Cfr. nota 14.

60 In generale, la diffusa assenza di sufficienti capacità manageriali tra le amministrazioni aventi titolo alla partecipazione in comunità energetiche viene evidenziata in L. DE VIDOVICH, L. TRICARICO, M. ZULIANELLO, *Community Energy Map, Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili*, cit. Occorre tuttavia tenere presente che, in attuazione dell'art. 4.11 dell'all. A della delibera ARERA 318/2020/R/eel, il GSE ha il compito di fornire specifici servizi territoriali profilati per tipologia di amministrazione, ai fini della costituzione di comunità energetiche, e che sul suo sito internet istituzionale sono accessibili una guida informativa, FAQ e strumenti di simulazione. L'art. 11, u.c., del d.lgs. 210/2021, nell'ottica di favorire la diffusione delle comunità energetiche dei cittadini, delega al GSE, nell'ambito dei servizi di assistenza territoriale a favore dei Comuni, il compito di mettere a disposizione servizi informativi dedicati, ivi inclusi guide informative e strumenti di simulazione.

esperti e anche meglio organizzati verso quelli che invece non abbiano sufficienti risorse.

A fronte della presa d'atto del carattere virtuoso di una simile prassi di condivisione, ci si può tuttavia interrogare sulla ricorrenza dei presupposti che l'art. 15 l. 241 cit. indica per la valida conclusione degli accordi tra pubbliche amministrazioni, accordi i quali devono servire a «*disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune*». Sul punto si può ricordare che la giurisprudenza sembra ormai assestata nell'interpretare in maniera estensiva l'ambito di applicazione della norma in parola. In tal senso, viene ritenuta non preclusiva la circostanza che le amministrazioni intenzionate alla conclusione dell'accordo svolgano compiti diversi, nell'ambito di sfere di competenza differenti, e che abbiano in cura interessi pubblici distinti, essendo invece sufficiente che «*vi sia una "sinergica convergenza" su attività di interesse comune*»⁶¹.

L'accordo si considera validamente concluso allorché «*si realizzi una collaborazione istituzionale per lo svolgimento di attività di interesse pubblico comuni*» e sempre che «*le attività non abbiano natura patrimoniale ed astrattamente reperibile presso privati*»⁶². È sufficiente quindi che l'accordo risulti preordinato al perseguimento di uno scopo comune, così da «*realizzare un partenariato su ambiti di materie di interesse comune, funzionale al miglior svolgimento della pubblica funzione ovvero ad una più efficiente ed economi[c]a gestione di servizi pubblici di cui abbiano assunto la titolarità*»⁶³.

Ora, pur tenendo presenti questi approdi giurisprudenziali, che tendono ad estendere l'ambito applicativo degli accordi di collaborazione tra pubbliche amministrazioni, resta comunque problematico affermare che nel caso di accordo tra due Comuni, magari aventi le rispettive sedi in Regioni diverse, sia configurabile un' «attività di interesse comune» in vista della quale collaborare. Salvo voler ritenere che la transizione ecologica e l'utilizzazione accorta ed efficiente delle risorse naturali costituiscano uno scopo comune che rende possibile e forse doveroso per tutti i soggetti pubblici dell'ordinamento, indipendentemente dai propri confini territoriali, sviluppare sinergie peraltro sganciate dallo svolgimento delle rispettive attività di carattere istituzionale.

Non si tratta invero di disciplinare lo svolgimento di una funzione pubblica, potendo invece la relazione partenariale rendere indirettamente più efficiente ed economica la gestione di servizi pubblici, i quali ultimi tuttavia restano attribuiti alla titolarità esclusiva di differenti amministrazioni che ne curano, separatamente, la prestazione a vantaggio di collettività distinte.

61 Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2017, n. 1418; 23 giugno 2014, n. 3130.

62 Cons. Stato, sez. III, 25 agosto 2021, n. 6034.

63 Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2020, n. 7373.

Minori perplessità di ordine logico e giuridico sembrerebbero porsi allorché il ricorso agli accordi di collaborazione intercorresse con soggetti a base associativa, in grado di diffondere a propria volta il sapere veicolato dalle singole amministrazioni comunali alle altre amministrazioni rappresentate, coerentemente alla propria missione di promozione degli interessi di queste ultime. In tale ottica, le esperienze maturate in ambito locale potrebbero essere messe a disposizione delle Unioni di Comuni oppure dell'Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI), alla quale peraltro la giurisprudenza riconosce la legittimazione a sottoscrivere accordi di collaborazione tra pubbliche amministrazioni⁶⁴.

Resta fermo che, pur volendo ritenere in astratto integrati i presupposti per il ricorso agli accordi in questione per la diffusione di conoscenze e competenze tra amministrazioni comunali, detti accordi non potrebbero avere ad oggetto la prestazione di un'attività di consulenza, avente natura patrimoniale e altrimenti reperibile sul mercato⁶⁵, rimanendo comunque esclusa ogni forma di corrispettivo economico verso l'amministrazione che mette a disposizione il proprio "*know-how*"⁶⁶.

6. Il ruolo promozionale delle Regioni. Spunti dall'esperienza spagnola.

Elemento chiave per l'affermazione e la diffusione del modello di produzione e consumo di energia in esame è la sufficiente consapevolezza da parte del pubblico dei vantaggi e delle opportunità sottese alla normativa in materia di CER.

Infatti, è necessario che le iniziative dirette alla costituzione di nuove comunità incontrino un vasto numero di adesioni, così da agglutinare risorse private e ottenere la disponibilità di aree idonee per la realizzazione dei lavori impiantistici.

Peraltro, sebbene le iniziative possano essere lanciate anche da un soggetto pubblico (principalmente, dal Comune), è ad ogni modo opportuno che i membri della collettività locale siano messi in condizione di promuovere essi stessi la costituzione di una comunità energetica, secondo lo spirito delle direttive europee che riconoscono ai consumatori finali un ruolo attivo e centrale ai fini della transizione energetica.

Stipulato il contratto associativo, e cominciate le attività della comunità, tutti i membri della stessa dovrebbero essere posti nelle condizioni di svolgere una partecipazione attiva, cosciente e informata, così da assicurare una gestione interna democratica e l'effettiva possibilità di influire sulle decisioni nell'interesse della collettività locale, con garanzia del carattere aperto della struttura organizzativa e della finalizzazione delle attività alla produzione di benefici diversi

⁶⁴ Cfr. ad es. TAR Campania, Napoli, 5 giugno 2017, n. 2946.

⁶⁵ Cfr. altresì Cons. Stato, sez. III, 25 gennaio 2012, n. 324.

⁶⁶ Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3849.

dall'arricchimento soggettivo, che potrebbe invece essere perseguito surrettiziamente dai soggetti meglio strutturati facenti parte della CER. Al riguardo, si segnala che nell'ambito dello studio delle dinamiche interne alle società cooperative, è stata da più parti evidenziata la disfunzione del cd. *influence costs problem*.

Con tale espressione si allude appunto alla disfunzione causata dal perseguimento individualistico dei propri interessi da parte dei soggetti chiamati a partecipare al processo decisionale della cooperativa, disfunzione che implica l'incremento dei costi dei quali gli attori del processo decisionale debbono farsi carico affinché i propri interessi non risultino frustrati nella redistribuzione dei benefici derivanti dall'appartenenza all'organizzazione.

Detta disfunzione, si è notato, risulta di più probabile verifica allorché alla cooperativa partecipino soggetti aventi interessi qualitativamente eterogenei⁶⁷. Ora, si può osservare che da un lato, la normativa introdotta dal d.lgs. 199/2021 ha esteso il perimetro della partecipazione alla CER (pur lasciando fuori le imprese di grandi dimensioni e quelle per le quali la partecipazione alla comunità costituirebbe l'attività commerciale e industriale principale), mentre dall'altro è consentito alla comunità lo svolgimento di diverse attività nel settore energetico. A ciò si aggiunga che l'energia eccedentaria non accumulata può essere venduta a terzi, anche mediante la conclusione di contratti a lungo termine (i cdd. *Purchase Power Agreement*)⁶⁸, dei quali in sede di commento della normativa di recepimento parziale e provvisorio della direttiva (UE) 2018/2001 si era auspicata la diffusione su larga scala⁶⁹. Si rileva come la normativa di recepimento definitivo della direttiva europea abbia in effetti previsto strumenti tesi ad agevolare le negoziazioni a lungo termine dell'energia pulita, avendo l'art. 28 del d.lgs. 199/2021 affidato al Gestore dei Mercati Energetici s.p.a. (GME) il compito di organizzare sul proprio sito internet una bacheca informatica allo scopo di favorire l'incontro tra le parti interessate alla stipula di *PPA*, mentre su sollecitazione del Ministro della Transizione Ecologica (MiTE), sempre il GME sarà tenuto a sviluppare una piattaforma di mercato organizzato a partecipazione volontaria per la negoziazione di lungo termine di energia da fonti rinnovabili⁷⁰.

67 Cfr. C. ILIOPOULOS, G. HENDRIKSE, *Influence Costs in Agribusiness Cooperatives: Evidence from Case Studies*, in *International Studies of Management & Organization*, vol. 39, 2009, pp. 60-80; M.L. COOK, *The Future of U.S. Agricultural Cooperatives: A Neo Institutional Approach*, in *American Journal of Agricultural Economics*, n. 77, 1995, pp. 1153-1159; accenna alla disfunzione richiamata, in riferimento alle comunità energetiche Ö. YILDIZ, *Financing renewable energy infrastructures via financial citizen participation - The case of Germany*, in *Renewable Energy*, vol. 68, 2014, pp. 677-685.

68 Com'è noto, i *Purchase Power Agreement (PPAs)* sono accordi che garantiscono, in virtù di apposite clausole negoziali, una certa stabilità nel lungo periodo del prezzo dell'energia, a fronte della mutevolezza di detto prezzo nel mercato. Essi risultano funzionali al recupero degli investimenti per la realizzazione degli impianti e possono altresì garantire margini di profitto alla comunità energetica.

69 E. GIARMANÀ, *Autoconsumo collettivo e comunità energetiche*, cit.

Orbene, le prospettive di mercato che si aprono per le comunità energetiche, unitamente al carattere ampio e variegato della platea di soggetti aventi titolo alla partecipazione, potrebbero costituire fattori di disaggregazione atti a determinare l'emersione di comportamenti utilitaristici e monopolizzanti da parte dei soggetti più forti e meglio strutturati, orientati alla massimizzazione del profitto soggettivo. Tali pratiche potrebbero essere arginate o prevenute qualora gli altri membri della comunità fossero posti in condizione di esercitare i propri poteri di controllo sulla gestione in maniera informata, senza doversi sobbarcare costi eccessivi in termini economici e di tempo per colmare le asimmetrie informative che li distanzia dai soggetti che godono di strutture organizzative al supporto e che meglio possono influenzare, coscientemente, i processi decisionali.

Nell'ottica della sussidiarietà orizzontale, le pubbliche amministrazioni dovrebbero creare le condizioni affinché la partecipazione del pubblico al processo di costituzione e alla vita sociale della comunità risulti consapevole e in grado di tradursi in un controllo effettivo sulle sue attività. I soggetti pubblici dovrebbero quindi garantire le precondizioni per una partecipazione aperta e volontaria dei clienti finali dell'energia. In precedenza, si è detto che i Comuni possono organizzare incontri divulgativi e di sensibilizzazione, potendosi al medesimo fine rivolgere anche a dei facilitatori territoriali.

Vale ora ricordare che di recente è stata prospettata l'opportunità che le Regioni assumano un ruolo proattivo nella medesima direzione organizzando attività di promozione e sensibilizzazione degli utenti finali ovvero diffondendo linee guida e *best practices* per la costituzione di comunità energetiche⁷¹.

De iure condendo, si potrebbe valutare il successo e l'esportabilità di soluzioni capacitanti elaborate in altri ordinamenti vicini al nostro, ai fini della diffusione delle comunità energetiche. Un'esperienza interessante al riguardo proviene dall'ordinamento spagnolo, nel quale una quota delle risorse del *Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia* (PRTR) verrà impiegata per finanziare il cd. *ecosistema de apoyo*⁷² elaborato dal Ministero della transizione ecologica per rimuovere gli ostacoli che impediscono la diffusione delle comunità energetiche in Spagna. L'aspetto di tale strategia di maggiore interesse è rappresentato dalla promozione delle *Oficinas de Transformación Comunitarias* (OTC), spazi fisici e/o virtuali nei quali svolgere pubblicamente incontri di sensibilizzazione e informazione, mediante

70 Sul tema si segnala altresì che Consip s.p.a., con il supporto del GSE, è chiamata, ai sensi dell'art. 28 cit., a definire di uno o più strumenti di gara per la fornitura di energia da fonti rinnovabili alla pubblica amministrazione attraverso schemi di accordo per la compravendita di energia elettrica di lungo termine.

71 Cfr. L. DE VIDOVICH, L. TRICARICO, M. ZULIANELLO, *Community Energy Map, Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 27.

72 Esso si compone di quattro programmi (*CE Oficinas*, *CE Aprende*, *CE Planifica*, *CE Implementa*), mirati a sostenere le diverse fasi della costituzione di una CER, dalla preliminare diffusione di informazioni tra il pubblico, al supporto tecnico, sino a giungere all'incentivazione diretta di alcuni progetti.

l'organizzazione di *workshop*, corsi di formazione e seminari, ovvero attività di sostegno e consulenza tecnico-giuridica, sotto il coordinamento di un soggetto pubblico qual è l'*Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE)*⁷³. Gli aiuti concessi ai soggetti che gestiscono questo genere di "uffici", realizzando le attività cennate, potranno coprire fino all'80% dei costi incentivabili, tra i quali si annoverano quelli relativi alla retribuzione del personale, alla predisposizione di studi e documenti illustrativi, all'organizzazione dei corsi di formazione. Un simile modello promozionale, incentrato sulla copertura parziale dei costi sostenuti da imprese o enti privati che conducano, sotto il coordinamento pubblico, attività diretta alla diffusione di conoscenze, informazioni e dati sulle comunità energetiche, anche attraverso l'organizzazione di incontri e seminari e la divulgazione di documenti informativi, con l'eventuale fornitura di servizi di assistenza e consulenza, potrebbe essere replicato nel nostro ordinamento dai *policy makers* regionali.

7. Riflessioni conclusive su un modello innovativo di produzione e consumo di energia, oltre il pubblico e il privato.

La crisi ecologica pone sfide inedite all'essere umano, chiamandolo urgentemente a invertire la tendenza al sovrasfruttamento delle risorse naturali esauribili e alla distruzione degli ecosistemi. Gli ordinamenti giuridici sono tenuti a fornire risposte adeguate, che passano per la regolamentazione e promozione di istituti e modelli di relazioni innovativi, idonei a servire al perseguimento della sostenibilità. In quest'ottica, si è da più parti invocato un mutamento di paradigma, che proceda attraverso il ripensamento radicale in chiave ecologica delle categorie, degli istituti e dei concetti giuridici tradizionali, così da limitare le pretese di sfruttamento dell'essere umano sulla natura e garantire la salvaguardia degli equilibri ecosistemici. Occorre trasformare le istituzioni giuridiche «*da macchine di estrazione – che si fondano sul funzionamento meccanicistico della proprietà privata e dell'autorità statale – a istituzioni basate sulle comunità ecologiche*»⁷⁴, nell'interesse delle generazioni future e della sopravvivenza dell'uomo sul pianeta.

Nel nuovo paradigma ecologico del diritto, l'essere umano dovrebbe poter contribuire attivamente alla transizione, in quanto in una visione olistica e di carattere sistemico, non si dovrebbe negare il ruolo e la responsabilità dei singoli nei confronti dell'ambiente e degli altri esseri umani. In tal senso, si è fatto notare che «*l'azione umana può danneggiare l'ambiente ma, al tempo stesso, se opportunamente*

⁷³ Il 5 novembre 2021 il Ministero per la Transizione Ecologica spagnolo ha approvato una proposta di ordinanza per la consultazione recante le basi regolatorie per la concessione di incentivi per il finanziamento di progetti diretti alla costituzione di nuovi uffici di questo genere oppure alla trasformazione di uffici preesistenti in *OTC*. È significativo che tale linea di aiuti sia la prima dell'*ecosistema de apoyo* a essere stata disciplinata.

⁷⁴ F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto*, Aboca, Sansepolcro (AR), 2017, p. 41.

orientata, anche migliorarlo»⁷⁵, e d'altronde il riconoscimento di un ruolo funzionale al riequilibrio ecologico in capo ai singoli è coerente con quanto da tempo osservato da autorevole dottrina, secondo la quale «della biosfera e degli ecosistemi fa parte l'uomo e ne fanno parte ambienti costruiti e strutturati dall'uomo e dagli esseri viventi»⁷⁶.

Orbene, con riferimento al modello delle comunità di energia rinnovabile, è forte la sensazione di trovarsi al cospetto di «*organizzazioni giuridiche comunitarie le quali praticano il potere diffuso e l'inclusione mediante un sistema di diritto interiorizzato, che viene rispettato automaticamente perché basato su una comunanza di valori e finalità*»⁷⁷. Si tratta di un modello che si caratterizza per il passaggio da schemi proprietari di carattere “estrattivo” ad altri, diversi, di carattere “generativo”, essendo gli impianti di produzione messi a disposizione della comunità per la fruizione dei benefici associati alla produzione di energia pulita. Pertanto, pare potersi predicare a pieno titolo l'ascrizione del modello in questione al paradigma dell'ecologia del diritto.

Il modello delle comunità di energia rinnovabile si discosta significativamente dagli schemi pregressi legati alla produzione e alla vendita dell'energia: tanto dalle soluzioni di mercato seguite, a livello sovranazionale e interno, a partire dalla seconda metà degli anni '90, quanto dalla precedente nazionalizzazione realizzata agli inizi degli anni '60⁷⁸. Questo modello, infatti, si pone quale terza via, oltre le logiche della proprietà, pubblica o privata, degli impianti di produzione e dell'energia da questi prodotta. In effetti, i titoli proprietari appaiono in secondo piano, e comunque non preordinati all'esercizio di una *facultas excludendi alios*.

La disciplina delle comunità energetiche si limita a richiedere la disponibilità degli impianti di produzione in capo alla comunità, mentre l'imputazione formale dell'energia alla CER, soggetto di diritto privato, sembra essere una *fictio iuris* del tutto strumentale alla fruizione collettiva dei benefici associati alla sua produzione e al suo consumo locale, secondo criteri di riparto concordati.

La comunità energetica è quindi un “modo di possedere” funzionale all'accesso degli utenti all'energia pulita, a condizioni sostenibili sul versante ambientale, economico e sociale. Rispetto al modello, ad oggi dominante, basato sulla produzione energetica da parte delle cd. *utility scale facilities* e sugli scambi nel mercato, l'energia pulita viene qui considerata essenzialmente per il suo valore d'uso e non di scambio, essendo quello delle comunità energetiche un modello di produzione dell'energia che non si regge sulla prospettiva del lucro soggettivo (la CER non può avere come fine principale la redistribuzione di utili). Rispetto all'esperienza della nazionalizzazione, il modello delle CER non prevede alcuna riserva di attività, e

⁷⁵ A. LALLI, *Servizi ecosistemici e il capitale naturale: una prospettiva giuridico-istituzionale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, Anno 50, n. 195-196, 1° - 2° semestre 2017, p. 67.

⁷⁶ B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2001.

⁷⁷ F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto*, cit., p. 162.

⁷⁸ L'ovvio riferimento è alla legge 5 dicembre 1962, n. 1643.

lascia aperta la strada al contributo convergente di soggetti tanto pubblici quanto privati ai fini della produzione di energia in ambito locale, nel perseguimento di finalità condivise di sostenibilità e nella consapevolezza della diversità dei ruoli e degli strumenti a disposizione.

In tal senso, le comunità energetiche rappresentano una soluzione che trascende la tradizionale bipartizione prospettata dall'art. 42 Cost. («La proprietà è pubblica o privata»), e che di contro risulta in qualche modo consonante all'alternativa, in larga misura inesplorata, posta dall'art. 43 Cost., dove viene contemplato l'esercizio da parte di comunità di lavoratori o utenti di determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano, tra l'altro, a fonti di

energia e che abbiano carattere di preminente interesse generale⁷⁹. Con la reiterata precisazione che nessuna riserva di attività è prevista dalla normativa in capo alle comunità energetiche.

In definitiva, le comunità energetiche aprono la via a forme di gestione dell'energia partecipate e democratiche, imperniate sul ruolo attivo dei membri delle comunità locali, avvinti da legami di solidarietà rinsaldati dalla condivisione di interessi materiali comuni. Precondizione per l'affermazione di questo modello è il rafforzamento del senso di appartenenza a una data realtà, il convincimento dei membri di una collettività di essere legati a una medesima sorte, sulla quale si può tuttavia influire con i propri comportamenti responsabili e orientati alla sostenibilità. Gli enti territoriali possono rafforzare questa consapevolezza attraverso la sensibilizzazione del pubblico, eventualmente ricorrendo all'ausilio di facilitatori. Più in generale, nel modello innovativo di produzione e consumo dell'energia descritto, alle amministrazioni locali spetta un ruolo sussidiario, teso al supporto delle iniziative e all'instaurazione di sinergie per lo svolgimento di attività di interesse generale. Di tale ruolo è necessaria l'assunzione di consapevolezza da parte dei soggetti pubblici interessati, anche grazie a "reti" informative volte a favorire la divulgazione di informazioni, conoscenze, competenze inerenti al processo di costituzione e alle attività delle comunità di energia rinnovabile, onde sfruttare a pieno le potenzialità virtuose del modello.

⁷⁹ In proposito si v. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, il Mulino, Bologna, Terza Edizione, 2013, p. 461 ss.

PER UNA CLASSE DIRIGENTE AUTONOMA, PERFORMANTE E RESPONSABILE.*

Cristiano Celone**

Abstract: Il saggio intende mettere in luce il filo conduttore del percorso riformatore, ormai trentennale, del nuovo modello di rapporti tra politica e amministrazione. Oggetto specifico dell'indagine sono il principio della distinzione delle funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo e i principi correlati dell'autonomia, della valutazione della performance e della responsabilità dirigenziale. Vengono in particolare analizzate le cause che hanno finora impedito lo sviluppo di una classe dirigente realmente autonoma nelle decisioni (e resistente agli eventuali condizionamenti impropri della classe politica) e soprattutto performante e responsabile dei risultati che produce nell'interesse della comunità per migliorarne il benessere sociale ed economico. Le cause di questo insuccesso sono ricondotte a talune scelte discutibili del legislatore, ma anche all'assenza di una cultura condivisa tra politici e burocrati delle rispettive funzioni e responsabilità. Si riscontra poi nella prassi un'incapacità degli organi di governo e degli organi burocratici nell'individuare obiettivi da raggiungere, che siano chiari, sostenibili, impegnativi e migliorativi, nonché nel fornire risorse umane, finanziarie e strumentali, che risultino sufficienti ed adeguate rispetto agli obiettivi. Il corretto funzionamento di questo circuito virtuoso è invece determinante nel contesto delle trasformazioni in atto previste dal recente "Piano nazionale di ripresa e resilienza" (PNRR), che, in attuazione del noto programma europeo "Next Generation EU" (NGEU), promuove un'ambiziosa agenda di riforme anche per l'amministrazione, allo scopo di consentirle di realizzare in maniera efficiente ed efficace i progetti innovativi previsti dal Piano fornendo beni e servizi pubblici adeguati alle esigenze di cittadini e imprese.

The purpose of this paper is to highlight the leitmotif of the reform process, now thirty years old, of the new relationship model between Politics and Public Administration. A particular focus of the analysis are the principle of distinction of political-administrative direction and control functions and related principles of autonomy, performance evaluation, and managerial accountability. Particular attention is given to the factors which have up to now prevented the development of a really autonomous Public Management capable of making decisions independently (and unaffected by improper conditioning by the political class) and, above all, capable of performing and accountable for the results it produces in the interest of the community to improve its social and economic well-being. The reasons for this failure can be traced to some questionable choices made by the legislator and to the lack of a shared culture between politicians and bureaucrats regarding their respective roles and accountabilities. Furthermore, the governing bodies and bureaucratic bodies do not seem to be able to identify clear, sustainable, demanding and improving targets, as well as to provide human, financial, and instrumental resources that are sufficient in meeting the targets. Instead, the proper functioning of this virtuous circuit is crucial in the context of the transformations under way envisioned by the recent "National Recovery and Resilience Plan" (PNRR). This Plan, by realizing the well-known European Program "Next Generation EU" (NGEU), carries out an ambitious reform agenda also for Public Administration to efficiently and effectively

implement innovative projects to meet the needs of citizens and companies by providing public goods and services.

SOMMARIO: **1.** Il filo conduttore del percorso riformatore del rapporto tra politica e amministrazione. – **2.** L'autonomia del dirigente. – **2.1.** Le cause che hanno impedito alla dirigenza di essere realmente autonoma dalla politica. – **3.** L'attenzione agli obiettivi, alle risorse ed ai risultati nella valutazione della performance. – **4.** L'anello di chiusura del circuito virtuoso: la responsabilità dirigenziale per i risultati prodotti nell'interesse di cittadini e imprese.

1. Il filo conduttore del percorso riformatore del rapporto tra politica e amministrazione.

Autonomia, valutazione e responsabilità dirigenziale, insieme, oggi, al tema strettamente connesso (che esula però dalla presente indagine) della selezione e formazione continua di personale qualificato nelle conoscenze e nelle competenze per rispondere adeguatamente alle trasformazioni in atto e a quelle attese, costituiscono principi guida del nuovo modello di amministrazione pubblica inaugurato, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, con la suggestiva denominazione di "amministrazione di risultato" e, più nello specifico, il filo conduttore del percorso riformatore della dirigenza pubblica considerata elemento nevralgico del rapporto tra politica e amministrazione.

Tali principi occupano un ruolo centrale nell'architettura sistematica della riforma, ormai trentennale, del pubblico impiego "privatizzato". Rappresentano, infatti, lo snodo strategico di due passaggi fondamentali.

Il primo consiste nel superamento del modello delle competenze "promiscue" e nell'approdo al regime delle competenze "differenziate" tra politica e burocrazia, a motivo dell'introduzione del principio della "separazione" o "distinzione"¹ delle funzioni di

¹ Il contributo è destinato agli Scritti in onore di Maria Immordino.

^{**} Professore associato di diritto amministrativo (abilitato alle funzioni di prima fascia) nell'Università degli studi di Palermo.

Nella legislazione il principio in parola viene indicato sia con il termine "separazione" (art. 2, co. 1, lett. g), legge delega n. 421/1992) che "distinzione" (artt. 78, 147, co. 4, d.lgs. n. 267/2000; art. 4, co. 4, d.lgs. n. 165/2001; art. 37, co. 1, d.lgs. n. 150/2009). Anche in dottrina le due espressioni sono spesso utilizzate come sinonimi per sintetizzare gli effetti complessivi dell'introduzione del nuovo modello di rapporti tra politica ed amministrazione prefigurato dalle riforme degli anni Novanta (cfr., per es., B. DENTE, *In un diverso Stato*, Bologna, 1999, 22, 23). Altra parte della dottrina preferisce invece puntualizzare la differenza di significato tra le due parole e ritiene che sia più appropriato, in questo caso, utilizzare l'espressione distinzione al posto di separazione, sia per evitare una connotazione autocefala del potere amministrativo sia per sottolineare comunque l'insopprimibile *continuum* tra politica e amministrazione (così, M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, 208 ss., il quale sottolinea, invece, come il principio di separazione connoti piuttosto il modello delle autorità amministrative indipendenti). In particolare, F. MERLONI, *Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale (A proposito dei rapporti tra "politica" e "amministrazione")*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 349 ss., attribuisce un significato diverso alle due espressioni, illustrando le diverse soluzioni organizzative che vengono proposte sotto la comune bandiera della distinzione/separazione. La tesi di fondo dell'Autore è che all'interno delle amministrazioni democratiche la distinzione tra compiti di indirizzo politico e compiti di gestione amministrativa, assistita da precise riserve di competenze in favore degli organi di indirizzo e dei funzionari professionali, collocati in posizione di dialettica collaborazione, senza la prevalenza dell'un polo

indirizzo e controllo politico, riservate agli organi di governo, dalle funzioni di gestione amministrativa, affidate invece agli organi burocratici².

Il secondo riguarda il cambiamento del modo di concepire e di essere e agire dell'amministrazione pubblica, che si trasforma, da un'amministrazione di matrice liberale incentrata sull'ossequio formale del principio di legalità e ripiegata su sé stessa, in un'amministrazione impegnata ad erogare in modo efficiente, economico ed efficace, prestazioni e servizi di qualità ai cittadini e alle imprese, allo scopo di migliorare il tenore di vita dell'ambiente sociale di riferimento³. Un'evoluzione, quest'ultima, che in fondo soddisfa l'obbligo costituzionale incombente tanto sull'amministrazione quanto sulla politica di realizzare i diritti e le libertà fondamentali dei cittadini e delle persone che vivono e lavorano

sull'altro, si rivela come l'unico modello organizzativo che possa contribuire ad affermare pienamente sia il principio democratico sia il principio di imparzialità dell'amministrazione. Di contro, i modelli organizzativi fondati sulla separazione (ai fini della sottrazione dell'amministrazione all'indirizzo politico) gli appaiono scarsamente praticabili, o addirittura illegittimi, soprattutto se predicati come modelli generali e alternativi a quello delle amministrazioni rette dal principio democratico, oppure accettabili solo come circostanziata e limitata eccezione, se consistono nella piena riserva di funzioni amministrative a strutture separate, come, per esempio, le autorità amministrative indipendenti (322, 360).

2 La separazione/distinzione tra politica e amministrazione opera soltanto sul piano *funzionale* e non anche sul piano *strutturale*, che si caratterizza, invece, per la stretta contiguità esistente tra politici e alti burocrati, in virtù sia del potere riservato ai primi di conferire e revocare gli incarichi dirigenziali, sia dello *spoils system* applicabile alla dirigenza "apicale" nei termini, in verità non sempre chiari, individuati dalla giurisprudenza costituzionale a partire dal 2006 (v. *infra* nota 52). Gli organi di governo, a partire soprattutto dalle riforme del biennio 1997-1998, hanno cercato in effetti di enfatizzare la loro capacità di controllo sui titolari dei poteri di gestione, rivedendo il modello della separazione autentica dei rapporti fra politica e amministrazione (così si esprime L. TORCHIA, *Valutazione e amministrazione pubblica*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, a cura di G. Gardini, Bologna, 2012, 211-212, la quale osserva come la vicenda dello *spoils system* trovi la propria genesi e spiegazione proprio nella sottrazione dei poteri di gestione alla classe politica). Un gruppo di autorevoli studiosi, nel 1993, aveva invece proposto innanzi alla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali di costituzionalizzare il modello della separazione autentica dei rapporti fra politica e amministrazione (cfr. sul tema S. CASSESE e A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione: proposte per la Costituente*, Bologna, 1993). L'intento era anche quello di porre tale modello «... al riparo [...] dalla futura riemersione delle dinamiche tipiche di massimizzazione dell'influenza politica sugli apparati amministrativi, che il successivo riassetto del sistema partitico avrebbe inevitabilmente comportato» (S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2012, n. 1, 44-45). Il modello della separazione è stato così circoscritto al solo profilo funzionale, che in ogni caso presuppone una fisiologica cooperazione tra politica e dirigenza generale, come emerge del resto dalla stessa normativa in cui si prevede la partecipazione dei vertici dell'amministrazione, tramite la formulazione di proposte e pareri, all'attività di indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo (cfr.: artt. 14 e 16, d.lgs. n. 165/2001; art. 5, co. 1, d.lgs. n. 150/2009). Sul piano strutturale è stata invece intensificata una relazione di tipo fiduciario fra politici e dirigenti tramite l'estensione dei poteri di patronato politico nelle nomine e negli incarichi amministrativi e la moltiplicazione dei luoghi di esercizio degli stessi (società a partecipazione pubblica, agenzie, autorità indipendenti, altri organismi ed enti di vario tipo).

All'introduzione del principio della separazione/distinzione delle funzioni tra politica e amministrazione si accompagna poi una difficoltà per l'interprete – ben nota in dottrina e giurisprudenza – che è quella di individuare in modo netto in taluni casi il *discrimen* tra l'atto di indirizzo e quello di gestione. Le denominazioni utilizzate dal legislatore, nell'un caso e nell'altro, non sono di ausilio perché non hanno un significato preciso e univoco, né si può fare affidamento su un'elencazione tassativa e onnicomprensiva della tipologia di atti e provvedimenti di rispettiva competenza. In determinate materie si determina un intreccio difficilmente districabile tra le rispettive funzioni, dando vita a modelli ibridi e a forme di codecisione tecnico-politica. Sul tema cfr.: S. TUCCILLO, *Indirizzo politico-amministrativo, funzioni e responsabilità: i criteri di riparto*, in *Il lavoro pubblico*, a cura di G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca, Milano, 2019, 943 ss.; B. CIMINO, *I profili funzionali: l'indirizzo e la gestione*, in *Venti anni di "politica e amministrazione" in Italia*, IRPA

nel nostro Paese⁴.

Nel disegno costituzionale delle relazioni tra politica e amministrazione vi è in particolare l'esigenza di conciliare due principi per certi versi confliggenti: il principio di legittimazione democratica dell'attività amministrativa, che sottopone al potere di indirizzo e controllo degli organi politici l'operato degli organi amministrativi, di cui i primi sono chiamati a rispondere sul piano politico (art. 95, Cost.); e il principio dell'imparzialità amministrativa (art. 97, Cost.), che impone invece che l'attività di cura in concreto degli interessi pubblici non presenti i caratteri della "parzialità" tipici invece della politica e delle decisioni che questa adotta⁵ e sia quindi sottratta ai condizionamenti di parte del potere politico, in linea con la missione istituzionale degli impiegati pubblici che è quella di essere «al servizio esclusivo della Nazione» (art. 98, Cost.)⁶, cioè della collettività. Non di certo al servizio di una

Working Papers – Policy Paper series n. 1/2014, in www.irpa.eu, 36 ss.; P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2004, 121 ss. Nell'ordinamento degli enti locali, infine, la possibilità di separare le attività di indirizzo politico dalle attività di amministrazione concreta, già ardua di per sé, sfuma ulteriormente, in ragione della maggiore commistione che si realizza presso gli organi di governo locale tra le funzioni di indirizzo e le funzioni di gestione, e quindi della minore tenuta del principio di distinzione tra politica ed amministrazione in virtù di una serie di disposizioni che riservano al sindaco competenze amministrative. Addirittura, nei piccoli comuni, con popolazione inferiore ai cinquemila abitanti, la distinzione di ruoli tra chi fa politica e chi amministra in concreto scompare del tutto, in quanto il sindaco e l'assessore, per ragioni di contenimento della spesa pubblica, possono svolgere anche funzioni dirigenziali (così, C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato e Enti locali*, Napoli, 2018, 24-25, 315 ss., al quale sia consentito rinviare sul tema). Può essere pertanto condivisa l'opinione di chi ritiene che «la divisione netta tra politica e amministrazione, la separazione strutturale tra corpi politici e tecnici, e persino la separazione funzionale "presa sul serio" tra indirizzo e gestione, [...], siano in realtà obiettivi illusori, legati alla enfattizzazione di uno specifico modello di amministrazione (l'amministrazione imparziale) presenti nella Costituzione e alla svalutazione degli altri», in particolare del modello di «un'amministrazione integralmente sottoposta al potere della politica, che la indirizza verso gli obiettivi individuati dalla volontà popolare attraverso il circuito della democrazia rappresentativa» (G. GARDINI, *La perenne riforma della dirigenza pubblica*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, fasc. 1/2020, 49-50).

3 In questo senso anche P. MONDA, *La valutazione del personale dirigente*, in *Il Lavoro pubblico*, cit., 792-793.

4 Specialmente i diritti di chi è più debole o svantaggiato, nella consapevolezza che la "certezza del diritto", che le costituzioni moderne sono chiamate a garantire e valorizzare, vada intesa (anche) come «capacità [...] del diritto di soddisfare i bisogni essenziali degli individui» e postuli «una interpretazione adeguatrice della norma», ovvero «un'esigenza di flessibilità della norma», così da consentire, «in principio, l'adozione di quelle decisioni che, in relazione alle particolari esigenze che emergono, di volta in volta, dal caso concreto, meglio soddisfano esigenze di giustizia sostanziale» (M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, Aa. Vv., a cura di M. Immordino e A. Police, Torino, 2004, 22). In questo modo, la certezza del diritto disvela il carattere "etico e umano" del diritto, essendo la certezza del diritto, non solo un valore, un principio costituzionale (non scritto) e un principio generale dell'ordinamento europeo, ma anche un «diritto fondamentale» della persona per lo stretto collegamento che ha con la «centralità della persona nella società» e con la «dignità umana» (M. IMMORDINO, *Certezza del diritto, incertezza del diritto e diritto alla certezza nei rapporti tra amministrazione e cittadini*, in *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Bologna, 2012, 53-54).

5 Cfr. G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 97.

6 Il principio per cui il dipendente pubblico dev'essere al servizio esclusivo della Nazione intende, per un verso, assicurare che l'azione dell'amministrazione, nel momento in cui dà attuazione all'indirizzo politico maggioritario, sia vincolata ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine di soddisfare in via esclusiva gli interessi della collettività, per altro verso, proteggere i dipendenti pubblici da una eccessiva sottomissione alla politica, escludendo influenze politico-partitiche indebite (cfr. G. MARONGIU, *Funzionari e ufficio nell'organizzazione amministrativa dello Stato*, in AA. VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, I, Milano, 1987, ed in Giovanni Marongiu, *La democrazia come problema*, Vol. I, tomo 2, Bologna, 1994, 281, che ricorda

parte, neppure di quella che ha vinto le elezioni, che rappresenta la maggioranza degli italiani, che ha titolo a definire le politiche pubbliche, ma che non può negare l'universalità dei diritti e delle libertà e l'uguaglianza nel loro godimento, né quindi costringere l'amministrazione a venir meno al rispetto del principio di imparzialità⁷.

La riforma della dirigenza pubblica non è finora decollata, tuttavia, a causa di talune scelte ambigue o comunque discutibili messe in campo dal nostro legislatore, che saranno subito messe in luce e sono da ricondurre verosimilmente alla ritrosia, per un verso, della classe politica a rinunciare alla gestione diretta o indiretta dell'attività di cura in concreto degli interessi pubblici, per altro verso e specularmente, alla rinuncia della classe dirigente ad assumere un ruolo autonomo e da protagonista nella predetta attività, e ciò in virtù di un tacito accordo tra i due corpi, che però ha condotto di fatto i dirigenti a perdere prestigio e potere in cambio della sicurezza del posto di lavoro e della carriera⁸.

Prima però di illustrare le ragioni del parziale insuccesso della riforma della dirigenza pubblica al fine di renderla realmente autonoma nelle sue decisioni e effettivamente performante e responsabile per i risultati che produce, si soffermerà partitamente l'attenzione su ciascuno dei tre concetti giuridici in esame e sullo stretto collegamento intercorrente tra questi tre pilastri del buon funzionamento della macchina burocratica e del sistema dei rapporti tra politica e amministrazione.

2. L'autonomia del dirigente.

L'autonomia dirigenziale va qui intesa come preconditione caratterizzante la situazione giuridica del singolo dirigente in sé e rispetto soprattutto a quella del titolare dell'organo di indirizzo politico o di altri gruppi di pressione. Una preconditione che deve altresì connotare la posizione dell'intera categoria dei

come l'art. 98 sia «una norma nata nella suggestione dell'analoga disposizione della Costituzione di Weimar, soprattutto allo scopo di escludere influenze politico-partitiche indebite [...]», ma «il suo vero significato sistematico ingloba e supera allo stesso tempo questa motivazione originaria, proprio istituendo una sorta di intangibile cordone ombelicale tra l'impiegato nella titolarità dei suoi poteri d'ufficio e la legge di cui il popolo (nella Nazione) è la vera ed unica fonte». Il riferimento alla Nazione ossia all'interesse generale in contrasto con gli interessi di parte serve tra l'altro ad escludere, non solo gli interessi della politica, ma anche gli interessi privati, economici o professionali, che potrebbero impropriamente condizionare le scelte pubbliche. Anche S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, Varenna, 23 settembre 2016, in www.giustizia-amministrativa.it, 24-25, sottolinea come la formula del servizio esclusivo alla Nazione, oppure si potrebbe dire alla Repubblica, «non esclude solo l'idea che il dipendente pubblico sia al servizio del governo in carica, per scongiurare la politicizzazione della burocrazia», ma «corregge anche l'idea che il dipendente pubblico sia al servizio esclusivo di singole amministrazioni o unità organizzative, in cui lo Stato risulti artificialmente disaggregato e frammentato». E sotto questo profilo l'Autore osserva come la riforma inattuata di cui alla legge n. 124/2015 valorizzava il concetto di servizio esclusivo alla Nazione come «riscoperta del legame fra il singolo dipendente e un "sistema amministrativo nazionale", nel quale egli è immesso in base a procedure di reclutamento comuni o omogenee, all'interno del quale più facilmente circola, e dal quale può essere estromesso se non ricollocabile in alcuna parte del sistema stesso».

7 F. BASSANINI, *Indirizzo politico, imparzialità della P.A. e autonomia della dirigenza. Principi costituzionali e disciplina legislativa*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2008, 3.

8 È la tesi esposta, all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso, da S. CASSESE, *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia italiana*, in *Pol. dir.*, 1981, 220, 234, 243, tutt'oggi valida.

dirigenti quale “corpo professionale” portatore di valori propri quali il prestigio della professione, l’etica pubblica e l’imparzialità dell’amministrazione.

Il dirigente deve cioè trovarsi in condizione di decidere e gestire in modo autonomo e concreto gli interessi pubblici, ancorché in vista della realizzazione del programma politico. Il che fa del dirigente una risorsa organizzativa di primissimo piano, dovendo egli, con autonome scelte gestionali, garantire la tensione dell’intera organizzazione verso risultati efficaci, efficienti ed economici, attuando l’indirizzo politico nel segno della legalità, dell’imparzialità e del buon andamento dell’amministrazione.

Nel quadro della distinzione funzionale tra politica e amministrazione l’autonomia decisionale del dirigente va quindi configurata come capacità del dirigente sia di gestire le risorse umane, materiali e finanziarie, che gli vengono comunque assegnate dall’organo di indirizzo politico, che altresì gli affida l’incarico seppur attraverso una procedura selettiva pubblica di tipo comparativo (ovvero paraconcorsuale)⁹, sia di adottare i provvedimenti di sua competenza produttivi di effetti giuridici e materiali all’esterno, in entrambi i casi libero da condizionamenti impropri¹⁰ e secondo una valutazione obiettiva e ponderata dell’interesse pubblico primario e degli altri interessi pubblici e privati coinvolti, ma in ogni caso tenendo nel debito conto gli obiettivi fissati negli atti di indirizzo politico-amministrativo.

L’autonomia e la capacità di decidere diventa così un elemento imprescindibile affinché il dirigente possa, per un verso, dispiegare appieno le proprie competenze professionali e vedersi addebitati i risultati della gestione e dell’amministrazione in relazione agli obiettivi ed agli indirizzi impartiti dagli organi di governo, per altro verso, perseguire i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento, realizzando effettivamente il modello della distinzione delle funzioni tra politica e amministrazione¹¹ nel contesto di una immancabile contiguità strutturale e funzionale tra i due “corpi”.

Questo è il concetto di autonomia dirigenziale che emerge del resto dalla legislazione degli anni Novanta confluita nel decreto sul pubblico impiego n. 165/2001¹² e nel testo unico

9 La natura comparativa o meno della procedura selettiva così come la natura pubblicistica o privatistica del provvedimento finale di conferimento dell’incarico dirigenziale sono oggetto di discussione in dottrina e giurisprudenza. Sul tema sia consentito rinviare a C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, cit., 57 ss., 261 ss., il quale sostiene la natura pubblicistica del provvedimento di conferimento dell’incarico e la natura comparativa della valutazione. Diversamente sul tema, più di recente, A. ZOPPOLI e P. MONDA, *Gli incarichi dirigenziali: conferimento, rinnovo e revoca*, in *Il Lavoro pubblico*, cit., 2019, 979-985.

10 L’autonomia della burocrazia va assicurata non solo nei confronti della classe politica, in particolare degli interessi particolaristici dei titolari dell’organo di indirizzo politico, ma anche rispetto ad altri interessi, sia dello stesso dirigente (conflitto d’interessi in senso stretto) sia di altri gruppi di pressione finanziari ed economici, che possono porsi in conflitto con l’interesse generale, che il dirigente deve curare con la sua decisione, e che in qualche modo possono incidere in modo improprio sulla sua attività decisionale.

11 In questo senso F. MERLONI, *L’autonomia professionale della dirigenza pubblica*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, a cura di G. Gardini, Bologna, 2012, 129 ss.

12 Si preferisce utilizzare in questo caso l’espressione “decreto” anziché “testo unico” (diversamente da altra parte della dottrina), poiché tale testo non contiene in effetti tutta la disciplina rilevante sul rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Sono tuttora vigenti, infatti, molte disposizioni del precedente testo unico sugli impiegati civili dello Stato, di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 3 del 1957, mentre, il sistema di misurazione e valutazione delle performance pubbliche è contenuto nel decreto legislativo n. 150 del 2009. Infine, è ancora parzialmente in vigore il decreto legislativo sui controlli interni n. 286 del 1999.

sugli enti locali n. 267/2000.

Da tale complesso normativo si ricava, infatti, che: «Gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti». Mentre, «Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo», nella misura in cui «Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati»¹³.

L'autonomia del dirigente si afferma, dunque, nel nostro ordinamento come "principio", un principio che nel contempo intende rafforzare il principio di imparzialità dell'amministrazione come organizzazione e come funzione, dal momento che l'attività amministrativa di cura in concreto degli interessi pubblici viene rimessa agli organi burocratici, i quali, diversamente dagli organi politici, non devono e non possono ricercare il consenso elettorale, non essendo tenuti a rispondere agli interessi di alcuna parte politica né di una parte degli elettori, ma dovendo soltanto servire "esclusivamente" la Nazione secondo i canoni dell'imparzialità e del buon andamento oltre che della legalità.

È innegabile, del resto, che il precedente sistema delle relazioni tra politica e amministrazione, in cui agli organi politici era attribuita la competenza ad emanare i provvedimenti amministrativi, sebbene fosse aderente al principio democratico-rappresentativo e trovasse un'ulteriore copertura costituzionale nel principio della responsabilità ministeriale (art. 95, Cost.), tuttavia, non riusciva ad essere pienamente rispondente al principio dell'imparzialità amministrativa, poiché non è congeniale alla politica, per sua natura, essere imparziale¹⁴ e quindi per gli organi politici risulta molto più problematico rispetto agli organi burocratici fondare sull'imparzialità l'esercizio delle competenze amministrative.

Se questa è la condizione empirica della politica è pur vero però che l'art. 97, co. 2, della Costituzione – come osserva autorevole dottrina¹⁵ – non esclude dal suo campo di applicazione gli organi politici, così sottoponendo anch'essi in effetti al precetto (tra gli altri) dell'imparzialità. Come è vero altresì che le espressioni "pubblici uffici" e "amministrazione" (utilizzate dalla norma) siano tali da includere, non soltanto gli impiegati, ma anche gli amministratori pubblici, eletti o nominati. Se la norma, infatti, non avesse voluto contemplarli, non avrebbe dovuto essere formulata diversamente, riferendosi soltanto agli "impiegati pubblici", come in effetti ha fatto all'art. 98, co. 1, Cost.? Il testo non pare, cioè, che abbia inteso esonerare neppure i titolari degli uffici politici dall'obbligo di essere imparziali, né tantomeno risulta che abbia voluto accettare l'idea che i politici siano al servizio del loro partito o di chi li ha eletti, tant'è che, al contrario, ha previsto il "divieto di mandato

¹³ Art. 4, co. 1 e 2, d.lgs. n. 165/2001. Similmente, per la dirigenza degli enti locali, art. 107, co. 1, 2 e 6.

¹⁴ Così, A. CONTIERI - M. IMMORDINO, *Introduzione*, in *La dirigenza locale*, a cura degli stessi Autori, Napoli, 2012, XI-XII.

¹⁵ G. CORSO, *Conclusioni*, in *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, a cura di M. Immordino e C. Celone, Atti del Convegno internazionale, Palermo, 6-7 giugno 2019, Napoli, 2020, 629-630.

imperativo" (art. 67, Cost.)¹⁶ e ha affidato ai partiti il compito di «concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale» (art. 49, Cost.), una politica cioè volta a servire la Nazione.

Lo *status* giuridico di autonomia che viene riconosciuto ai dirigenti rispetto agli organi politici non deve e non può significare, in ogni caso, separazione netta tra attività politica e attività amministrativa¹⁷, in quanto esiste una naturale e ineliminabile osmosi tra i due livelli di attività¹⁸, che si influenzano reciprocamente e tendono a compenetrarsi, realizzando un *continuum*¹⁹ nel quale l'attività di indirizzo politico non si limita soltanto alla posizione di fini ed obiettivi ma reca anche le prime scelte gestionali²⁰, mentre l'attività amministrativa e gestionale dei dirigenti è partecipe e veicolo delle scelte politiche. Prende parte alle scelte politiche poiché contribuisce in via informale o in esecuzione di specifici precetti normativi

16 Il principio del divieto di mandato imperativo, tipico della tradizione costituzionale liberale, serve proprio a garantire che i parlamentari rappresentino e curino l'interesse generale dell'intera Nazione, senza essere vincolati da istruzioni ricevute dagli elettori o da indirizzi impartiti dal loro partito, liberi quindi di sottrarsene o discostarsene, così come liberi di cambiare gruppo politico di appartenenza nel corso della legislatura (in questo senso, R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, 67, 69).

17 M. NIGRO (con aggiornamenti di E. Cardì), *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. Amato e A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, III ed., 1991, 694-695, sostiene che «una distinzione (concettuale) e una divisione (concreta) fra attività politica e attività amministrativa non possa concepirsi come netta e radicale», non essendo possibile «identificare in modo puro e certo l'attività di posizione di fini e l'attività di attuazione dei medesimi o di scelta dei mezzi più idonei per raggiungerli», dal momento che tali attività «nella concretezza della vita dei pubblici poteri [...] danno luogo [...] ad un *continuum*» e che «la difficoltà di distinzione netta si manifesta soprattutto attraverso l'esistenza di fasce intermedie di difficile attribuzione all'uno e all'altro settore (la c.d. amministrazione politica)».

18 Per R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, 2014, 80 ss., tale osmosi è dovuta all'inestricabile intreccio di competenze e responsabilità tra i due centri di potere, costruiti in modo così generico che l'operazione di neutralizzazione efficace degli apparati amministrativi dalla politica appare piuttosto come una tensione irrisolta, come un obiettivo programmatico per il quale non sono attivati percorsi e strumenti sicuri ed affidabili (84).

19 M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 110, ritiene che «nell'attività dell'organo ministro e dell'apparato ministero, attività d'indirizzo politico e attività di amministrazione costituiscono un *continuum*, non superabile in concreto». Similmente M. CLARICH, *Riflessioni sui rapporti tra politici e amministrazione (a proposito del T.A.R. Lazio come giudice della dirigenza statale)*, in *Dir. amm.*, 2000, 379, osserva che il passaggio dall'attività politica all'attività amministrativa «avviene lungo un *continuum* nel quale per un verso l'attività amministrativa si colora di politicità, per altro verso quella politica assume la concretezza della scelta amministrativa».

20 Si pensi, per esempio, alle attribuzioni cosiddette di tipo strumentale riservate agli organi di direzione politica, ai quali compete quella quota di decisioni sull'organizzazione degli uffici che resta in regime pubblicistico (decisioni cosiddette di macro-organizzazione), come la «definizione delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici», oppure «l'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza e dei modi di conferimento della titolarità dei medesimi», la «determinazione delle dotazioni organiche complessive», la «individuazione e ripartizione del personale e delle risorse finanziarie tra i vari uffici di livello dirigenziale generale», tanto che sul punto si può affermare che la distribuzione delle competenze tra politici e dirigenti è solo in parte fondata sulla diversa natura (indirizzo o gestione) dei poteri esercitati, in quanto, sul piano delle attribuzioni di carattere strumentale, accade che funzioni della stessa natura siano attribuite ai primi se superano una certa soglia, mentre al di sotto di un certo livello dimensionale rientrano nell'area della dirigenza, alla quale competono gli atti cosiddetti di «micro-organizzazione» degli uffici (in questi termini, S. BATTINI, *Il personale*, in *Trattato di dir. amm.*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, Tomo I, II ed., 2003, 530-532; ID., *Dirigenza pubblica* (voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, 1862).

alla elaborazione e formazione degli atti di indirizzo²¹, per cui l'attività amministrativa non si esaurisce nella mera attuazione dell'indirizzo politico, ma contribuisce a integrarlo²², con la tendenza quindi a elaborare ulteriori momenti di indirizzo via via più specifici²³. La discrezionalità amministrativa diventa invece tramite di scelte politiche in riferimento a casi e situazioni concrete e assume quindi un valore politico nel momento della selezione e ponderazione di interessi pubblici e privati confliggenti e egualmente meritevoli di tutela²⁴.

2.1. Le cause che hanno impedito alla dirigenza di essere realmente autonoma dalla politica.

L'autonomia del dirigente considerata in sé e soprattutto in relazione all'influenza esercitata dall'organo di indirizzo politico, tanto proclamata e valorizzata in linea di principio dalla legge²⁵, è stata tuttavia compromessa in concreto dallo stesso legislatore²⁶ per

21 V. *supra* nota 2.

22 M. GOLA, *Riflessioni in tema di responsabilità politica e Amministrazione pubblica*, Milano, 1998, 1 ss., ritiene che esista «una precisa dimensione politica autonoma dell'amministrazione [...] nel senso che gli organi amministrativi dotati di effettivi poteri decisionali concorrono con la loro attività all'integrazione, e non alla mera attuazione, dell'indirizzo politico delineato nelle linee direttrici principali dal circuito Parlamento-Governo».

23 C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1994, 154.

24 In questi termini, G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, in *Dir. pub.*, 2017, 183-184.

25 L'autonomia della dirigenza introdotta dalla legislazione degli anni Novanta e confluita nel decreto sul pubblico impiego n. 165 del 2001 (v. art. 4, co. 2, cit.) è stata addirittura valorizzata, quantomeno nelle intenzioni, dal decreto sulla performance n. 150/2009, che tra le sue finalità ha voluto annoverare anche «il rafforzamento dell'autonomia, dei poteri e della responsabilità della dirigenza» (art. 1, co. 2), nella consapevolezza probabilmente dell'assenza di una reale autonomia del dirigente e di adeguati strumenti di garanzia della stessa.

26 La perdita di autonomia del dirigente appare poi per certi versi contraddire il fenomeno inverso che autorevole dottrina negli anni Ottanta (M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 83-87) ha definito in termini di progressiva "autonomizzazione della burocrazia", soprattutto in Francia, sempre meno subordinata agli organi politici e con un peso gradualmente maggiore nei processi decisionali. L'autonomizzazione della burocrazia è comunque una tendenza che, ancorché tuttora contrastata, soprattutto dalla politica, è mossa da fattori oggettivi quali l'aumento delle funzioni, soprattutto a contenuto tecnico, affidate e svolte dagli apparati pubblici, che, pure nei sistemi più affezionati al minimo Stato ed al neoliberismo, coprono largamente il settore dei servizi pubblici e la regolazione dei mercati e delle imprese, offrendo sicuramente spazi decisionali sempre più ampi agli alti burocrati, non solo nelle attività rivolte agli interlocutori esterni all'amministrazione (singoli cittadini e imprese), ma anche nella gestione dei loro uffici (così, M. D'ALBERTI, *L'alta burocrazia in Italia*, in *L'alta burocrazia. Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia, Italia*, a cura dello stesso Autore, Bologna, 1994, 131). Con l'accrescimento dei compiti dello Stato liberale, con il passaggio allo Stato liberal-democratico e poi allo Stato compiutamente pluriclasse, si è avuta, in effetti, una grande espansione della dimensione e dell'ingerenza della burocrazia, divenuta portatrice, sempre più, di propri interessi e, talvolta, di propri indirizzi. Ed in questo contesto, i rapporti tra governo e amministrazione si sono complicati, il flusso dei condizionamenti non è stato più soltanto unidirezionale, ma bidirezionale, non più solo dall'alto verso il basso. Spesso è accaduto, infatti, che i vertici amministrativi abbiano condizionato gli organi politici attraverso le loro conoscenze ed informazioni e la predisposizione materiale degli atti da adottarsi da parte degli organi di governo. È stata, in particolare, la complessità tecnica delle funzioni a dar luogo ad apparati molto forti, a corpi compatti, che hanno sviluppato delle reazioni di rigetto a fronte di comportamenti fuori delle regole, che hanno avuto la forza di negoziare, se non di resistere, a fronte di decisioni politiche non condivise, che hanno dettato, di fatto, il contenuto delle decisioni politiche. Queste situazioni sostanziali hanno quindi creato, in molti casi, il presupposto di un'autonomia di fatto o di diritto, anche se, per converso, lo spazio abnorme via via occupato dai partiti, divenuti

tutta una serie di scelte discutibili che, oltre ad incidere sulla posizione, sulle prospettive professionali e sulle motivazioni personali del dirigente, risultano poco coerenti con il principio della separazione/distinzione dei poteri tra politica e amministrazione e con il principio del merito e della valutazione obiettiva della performance in vista dell'assegnazione degli incarichi e della progressione economica e di carriera, che invece assumono un ruolo centrale e qualificante nel regime giuridico della dirigenza e delle altre categorie di dipendenti pubblici.

Le opzioni legislative che minano la condizione di autonomia del dirigente riguardano i numerosi vincoli posti agli spazi decisionali ed operativi del dirigente ed una serie di poteri di varia natura attribuiti all'organo di indirizzo politico.

I vincoli normativi all'azione del dirigente trovano comunque giustificazione, per un verso, nella natura pubblica degli interessi e dei fini che devono essere perseguiti e realizzati dal dirigente quale organo della pubblica amministrazione; per altro verso, nella posizione ambigua che il dirigente riveste sia come dipendente e nel contempo datore di lavoro si come controparte delle organizzazioni sindacali in sede di contrattazione collettiva.

Gli interessi e i fini pubblici impongono, in ossequio al principio di legalità, che sia la legge ad individuare scopi, principi, criteri e, entro certi limiti, modalità cui deve essere informata tutta l'attività del dirigente: non solo quella di natura squisitamente pubblicistica che si esprime tramite l'adozione di atti e provvedimenti amministrativi produttivi di effetti diretti sulle posizioni giuridiche di cittadini e imprese destinatarie, ma anche quella di natura privatistica espressa dall'attività interna di organizzazione e gestione del personale.

Sul versante organizzativo viene quindi asservita alla soddisfazione degli obiettivi di interesse pubblico: non solo l'attività organizzativa "alta", altrimenti detta macro-organizzativa, rimasta in regime di diritto pubblico, indicata all'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 165/2001, che investe essenzialmente l'organizzazione ed il funzionamento degli uffici di maggiore rilevanza, ossia quelli che hanno anche rilievo all'esterno dell'ente, in cui il dirigente soprattutto quello apicale è chiamato a collaborare con l'organo di indirizzo politico (cui spetta la potestà decisionale in materia); ma anche l'attività organizzativa "bassa" o micro-organizzativa, attribuita alla competenza esclusiva del dirigente e transitata in un regime di diritto privato speciale²⁷, individuata all'art. 5, co. 2, del predetto decreto, che include invece l'organizzazione degli uffici di minor rilievo, in quanto soltanto interno all'ente, nonché la gestione dei rapporti di lavoro dei dipendenti.

Il legislatore, infatti, pur privatizzando la quota di attività di organizzazione "bassa" dei pubblici uffici, ha assoggettato anch'essa alla realizzazione dell'interesse pubblico e degli altri obiettivi tipici dell'azione amministrativa quali: l'efficacia, l'efficienza e l'economicità; l'imparzialità e la trasparenza; il razionale impiego delle risorse umane; le esigenze dell'utenza; la parità e la pari opportunità tra uomini e donne e l'assenza di ogni forma di

veri e propri poteri pubblici, ha portato a lottizzare gli alti gradi della burocrazia. Sicché i dirigenti sindacalizzati o influenzati da *lobbies* di settore sono diventati i terminali diretti di sindacati o gruppi di pressione (in questi termini, S. AMOROSINO, *Note su alcune configurazioni reali dei rapporti tra direzione politica e dirigenza amministrativa nel contesto italiano*, in *Foro amm.*, 1995, 1152-1153).

²⁷ È definito "speciale" rispetto alla disciplina del rapporto di impiego privato poiché se ne discosta sotto vari profili in virtù della natura pubblica del soggetto datore di lavoro e degli interessi perseguiti.

discriminazione, diretta e indiretta, relativa al genere, all'età, all'orientamento sessuale, alla razza, all'origine etnica, alla disabilità, alla religione o alla lingua, nell'accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro, nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro; l'impiego flessibile dei dipendenti in situazioni di svantaggio personale, sociale e familiare e dei dipendenti impegnati in attività di volontariato²⁸.

Tutti questi principi e criteri non fanno altro che contribuire a qualificare «il potere organizzativo delle amministrazioni pubbliche come potere finalizzato ad uno scopo giuridicamente rilevante ed esterno al titolare del potere, sia quando il potere si esprime attraverso atti pubblicistici, sia quando si manifesta tramite atti privatistici. [...] Entrambe le quote del potere organizzativo delle amministrazioni vengono vincolate nel fine, ossia preordinate e indirizzate a conseguire scopi di pubblico interesse»²⁹.

L'attribuzione ai dirigenti della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro in ordine alle «determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro [...] e in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici» non può quindi essere interpretata nel senso di ricondurla del tutto al diritto privato, posto che la norma dell'art. 5, co. 1 e 2, colloca tali poteri «[n]ell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1», finalizzandoli ad «assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma 1³⁰, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa». La legge dunque assoggetta anche i poteri privatistici del dirigente in materia di organizzazione e di gestione del personale allo stesso «vincolo di scopo» cui sono sottoposti i suoi poteri pubblicistici³¹. E a garanzia di tale vincolo «nel fine»

28 Cfr. art. 2, co. 1, in combinato con art. 5, co. 2, nonché art. 7, co. 1 e 3, d.lgs. n. 165/2001.

29 C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, II ed., Tomo I, Milano, 2000, 122.

30 I principi e i criteri richiamati dall'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 165/2001, ai quali le amministrazioni pubbliche devono ispirare la loro organizzazione, sono quelli di:

- a) funzionalità rispetto ai compiti e ai programmi di attività, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità. A tal fine, periodicamente e comunque all'atto della definizione dei programmi operativi e dell'assegnazione delle risorse, si procede a specifica verifica e ad eventuale revisione;
- b) ampia flessibilità, garantendo adeguati margini alle determinazioni operative e gestionali da assumersi ai sensi dell'articolo 5, comma 2;
- c) collegamento delle attività degli uffici, adeguandosi al dovere di comunicazione interna ed esterna, ed interconnessione mediante sistemi informatici e statistici pubblici;
- d) garanzia dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa, anche attraverso l'istituzione di apposite strutture per l'informazione ai cittadini e attribuzione ad un unico ufficio, per ciascun procedimento, della responsabilità complessiva dello stesso;
- e) armonizzazione degli orari di servizio e di apertura degli uffici con le esigenze dell'utenza e con gli orari delle amministrazioni pubbliche dei Paesi dell'Unione europea.

31 In questo senso si esprimono anche: C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 121 ss., e L. FIORILLO, *La capacità di diritto privato dell'amministrazione nell'organizzazione e nella gestione del rapporto di lavoro*, in *Il lavoro pubblico*, cit., 71, 78-79. I due Autori osservano come il diverso regime giuridico, pubblicistico e privatistico, delineato dal legislatore rispettivamente per l'organizzazione cd. «alta» (o «macro-organizzazione»), da un lato, e per l'organizzazione cd. «bassa» (o «micro-organizzazione») e la gestione dei rapporti di lavoro, da un altro lato, non ha determinato una «scissione tra una quota di potere organizzativo delle amministrazioni vincolata nel fine (il potere pubblicistico) e una quota di potere organizzativo delle amministrazioni libera nel fine (il potere privatistico)», nel senso che «il legislatore, pur privatizzando l'organizzazione «bassa» e i rapporti di impiego, ha comunque intriso sia le leggi delega che i vari decreti di attuazione di «disposizioni sugli scopi e sui criteri cui deve essere informata l'attività

la legge attribuisce agli organi di governo il potere di adottare una serie di atti pubblicistici volti a indirizzare e a verificare la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e gestionale dei dirigenti agli indirizzi impartiti³². E così, attraverso strumenti di indirizzo e controllo politico-amministrativo si realizza un coordinamento fra attività organizzativa privatistica della pubblica amministrazione e fini pubblici imputati alla stessa. «L'indirizzo prima, e la verifica di risultato poi, sono attività pubblicistiche che circoscrivono l'attività privatistica di organizzazione e gestione del personale: l'uno evidenzia gli interessi pubblici concreti cui devono ispirarsi micro-organizzazione e gestione del personale; l'altra controlla *ex post* che l'attività organizzativa privatistica si sia svolta in coerenza con gli interessi pubblici evidenziati»³³. Il vincolo nel fine non viene meno neppure qualora le determinazioni dirigenziali micro-organizzative e gestionali non siano considerate "funzionalizzate" bensì soltanto meramente "finalizzate" alla soddisfazione dell'interesse pubblico in virtù di una "funzionalizzazione sintetica e non analitica" di tali poteri e della complessiva attività³⁴, la quale postula non un controllo puntuale e analitico sull'attività e su tutti i singoli atti

organizzativa (inclusa la regolazione e la gestione del personale) nelle pubbliche amministrazioni, qualunque ne sia il regime giuridico (pubblicistico o privatistico)», relativamente ai principali aspetti dell'azione amministrativa.

32 Nell'ambito dell'organizzazione e della gestione del personale delle amministrazioni statali spetta in particolare agli organi di governo, al di là del potere di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali di livello apicale e generale (art. 19, co. 3 e 4, d.lgs. n. 165/2001): la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali; la individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale; l'adozione del piano triennale dei fabbisogni di personale; la determinazione e variazione delle dotazioni organiche di personale; le determinazioni relative all'avvio delle procedure di reclutamento di personale (cfr. art. 4, co. 1, lett. b) e c), art. 6, art. 35, d.lgs. n. 165/2001). La seconda importante strumentazione pubblicistica spettante agli organi di governo a garanzia del vincolo di scopo sull'attività privatistica dei dirigenti è costituita dal sistema dei controlli che, proprio in virtù della transizione della micro-organizzazione e della gestione del personale al regime privatistico, si è evoluto, sopprimendo i "controlli esterni di legittimità sui singoli atti" e introducendo "controlli interni di risultato sulla complessiva attività dirigenziale" ispirati ad una logica collaborativa piuttosto che repressiva, poiché diretti a fornire elementi e stimoli correttivi alla gestione dirigenziale nell'ottica della valorizzazione dei risultati e della performance organizzativa e individuale delle strutture e dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche secondo il nuovo sistema di misurazione e valutazione delle performance introdotto dal decreto legislativo n. 150 del 2009.

33 C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 126.

34 Secondo la tesi prospettata da A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 1993, 470-471, il quale osserva come l'organizzazione (sia come struttura sia come attività) debba complessivamente rispondere agli scopi di buon andamento e imparzialità fissati dall'art. 97, co. 2 (non più co. 1, in virtù della modifica costituzionale del 2012), ma i modi per conseguire tale risultato possono essere assai diversi e sono sostanzialmente riconducibili a due modelli che definisce «analitico e sintetico». Nel primo modello «il fenomeno organizzativo viene scomposto in una serie di unità elementari, ciascuna definita dalla legge in termini di atto amministrativo, dotato di una specifica regolamentazione quanto all'oggetto, al procedimento e al fine, e come tale sindacabile tanto in sede di controllo che di giurisdizione; questo modello si fonda sull'ipotesi che i caratteri che la Costituzione impone all'organizzazione possano essere meglio garantiti da una loro pervasiva presenza e incidenza in ogni momento rilevante del fenomeno e che il risultato finale sia dato, per così dire, dalla somma delle conformità ai citati fini di ogni singolo atto. Nel secondo modello l'ordinamento riferisce invece la valutazione dell'imparzialità e del buon andamento a complessi di vicende, o a risultati intermedi o finali, liberando i singoli atti interni a ciascuna vicenda considerata dal carattere funzionale (e da quel che ne consegue), e quindi assumendo come oggetto di valutazione non più l'atto ma l'attività».

organizzativi, bensì un «controllo sintetico e riferito al solo risultato dell'attività complessiva o di singole fasi intermedie dell'attività»³⁵. Anche se tale attività organizzativa e gestionale viene verificata nel complesso e solo al momento conclusivo e non viene analiticamente regolata durante il suo esercizio, ma, al contrario, viene lasciata libera di esprimersi, il vincolo di scopo, in ogni caso, non viene meno³⁶, permanendo l'esigenza che anche questa attività del dirigente risponda, in ragione della natura pubblica del datore di lavoro, all'interesse pubblico e agli altri principi dell'azione amministrativa³⁷, sopra richiamati. Principi che, a ben vedere, per raggiungere un effetto utile, devono poter incidere, in virtù della logica collaborativa e correttiva che li contraddistingue, non solo o non tanto "alla fine", bensì "nel corso" ovvero nelle "fasi intermedie" dell'attività datoriale a carattere privatistico. In modo non molto dissimile, del resto, "da come e da quando" incidono sui poteri pubblicistici del dirigente.

I vincoli normativi all'azione del dirigente pubblico, oltre ad essere dettati dall'esigenza di garantire sempre la miglior cura possibile degli interessi e dei fini pubblici perseguiti, sono dovuti probabilmente anche all'ambiguità che in effetti connota la sua figura. Il dirigente infatti assume il ruolo sia di "datore di lavoro", che condivide in parte con l'organo di indirizzo politico³⁸, nel momento in cui esercita i poteri propri della parte datoriale, sia di "dipendente". Mentre, in sede di contrattazione integrativa il dirigente si viene a trovare in una posizione di conflitto d'interessi, che ne inficia la credibilità, poiché risulta schierato con la delegazione trattante della parte datoriale pubblica, nonostante pattuisca con la controparte delle organizzazioni sindacali condizioni normative che si applicheranno anche a lui³⁹.

35 C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 123.

36 Come al contrario sembra sostenere G. NICOSIA, *I poteri dei dirigenti: ipotesi ricostruttiva della funzione datoriale e manageriale*, in *Il lavoro pubblico*, cit., 999, secondo la quale «tutte le determinazioni gestionali o micro organizzative dei dirigenti non hanno come proiezione immediata la soddisfazione del pubblico interesse; lo guardano in lontananza, ne sono pure ispirate, ma restano meramente finalizzate al relativo raggiungimento [...]». Insomma non soggiacciono al vincolo di scopo».

37 In questo senso anche M. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Argomenti dir. lav.*, 1997, 64 ss., spec. 71, il quale riprende la tesi della "funzionalizzazione non dell'attività ma degli esiti di questa", ovvero della "distinzione tra funzionalizzazione e finalizzazione dell'attività", e sostiene che la natura pubblica del datore di lavoro implica, come condizione essenziale, che sia l'attività micro-organizzativa della dirigenza sia la contrattazione collettiva siano comunque finalizzate (anche se non funzionalizzate) al buon andamento, nel senso che i loro esiti debbano essere funzionali alla missione dell'ente, alla migliore efficienza organizzativa con i minori costi per la collettività, nonché all'interesse degli utenti.

38 F. MERLONI, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, a cura di G. Gardini, Bologna, 2012, 130, sottolinea che il ruolo del dirigente quale datore di lavoro non va equivocato, nel senso che il dirigente non può essere configurato come la controparte delle organizzazioni sindacali, cioè il soggetto in grado di definire la politica del lavoro della propria organizzazione. Questo ruolo è o dovrebbe essere svolto dagli organi politici di vertice. Per cui, secondo l'Autore ciò che la legge avrebbe voluto dire è che il dirigente sarebbe colui che organizza il lavoro dei dipendenti assegnati al suo ufficio. Il dirigente pubblico non eserciterebbe quindi un ruolo datoriale generale, bensì parziale.

39 Il conflitto d'interessi che investe il dirigente nel ruolo di datore di lavoro e, al contempo, destinatario dei trattamenti collettivi definiti in sede integrativa, è sottolineato da V. TALAMO, *Relazioni collettive e dirigenza pubblica: prove di legislazione al test della Consulta (ed ancora alla ricerca di un assetto ragionevole)*, in *Il*

Ma quali sono nello specifico i vincoli che l'azione del manager pubblico incontra?

È soprattutto a partire dall'intervento riformatore del 2009 che il dirigente pubblico subisce un ridimensionamento dei propri spazi di manovra e quindi della propria discrezionalità, che viene ricoperta dalla legge, a dispetto dell'ampliamento della lista dei compiti che gli vengono affidati, seppur dettagliatamente disciplinati dalla legge, tanto da potersi qualificare come "obblighi di condotta" anziché "di risultato", in controtendenza rispetto alla logica di risultato che dovrebbe al contrario ispirare il trentennale processo riformatore della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti.

Se è vero, infatti, che la legge riserva al dirigente il potere di assumere «in via esclusiva [...] con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro» le «determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, nel rispetto del principio di pari opportunità, e in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici [...], fatte salve la sola informazione ai sindacati ovvero le ulteriori forme di partecipazione, ove previsti nei contratti [collettivi nazionali]»; è altrettanto vero che la legge circoscrive entro ambiti ristretti l'autonomia decisionale del dirigente in materia, poiché è alla stessa legge e, sulla base dei principi da essa fissati, agli atti regolamentari e amministrativi adottati dalle amministrazioni pubbliche secondo i rispettivi ordinamenti, che viene affidato, in effetti, il compito di definire «le linee fondamentali di organizzazione degli uffici», individuare «gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi», determinare «le dotazioni organiche complessive»⁴⁰. Le determinazioni che riguardano la macro-organizzazione delle pubbliche amministrazioni restano cioè riservate alla legge, ai regolamenti e agli altri atti amministrativi adottati dagli organi di indirizzo politico di ciascuna amministrazione, sia pure avvalendosi dell'ausilio dei dirigenti apicali.

L'estensione dell'area gestionale della dirigenza viene quindi controbilanciata di fatto da un'analitica regolamentazione per legge dei suoi contenuti, fino a ridurre il ruolo datoriale del dirigente ad un'attività prevalentemente esecutiva, di mera attuazione di puntuali regole legislative⁴¹.

Questa tendenza del legislatore ad individuare dettagliatamente le modalità operative alle quali il dirigente è tenuto ad uniformarsi, ossia ad individuare veri e propri "obblighi di condotta" del dirigente, sanzionati nel caso di inadempimento con forme di responsabilità differenti e concorrenti come quella disciplinare, dirigenziale e erariale, è continuata anche negli ultimi due anni. È successo, in particolare, con i decreti-legge denominati "Rilancio" e

lavoro nelle p. a., 2016, 297 ss., il quale evidenzia l'aggravante che le stesse trattative che lo riguardano si svolgono perlopiù in confronto con le stesse organizzazioni sindacali che costituiscono la sua controparte in sede di contrattazione integrativa per i dipendenti non dirigenti. Sicché, accade che il dirigente, nella contrattazione a livello decentrato, si presenti solidale e quasi omogeneo in termini di interesse con la controparte e sia spesso disponibile a piegare le regole per concedere somme in più e non in meno per le finalità del contratto integrativo, anche sottoscrivendo ed applicando contratti nulli per contrasto con la norma di rango superiore contenuta nei contratti collettivi nazionali, di cui, però, sarebbe in ogni caso chiamato a rispondere in sede contabile per il danno erariale provocato a causa del contratto integrativo nullo.

40 Cfr. art. 2, co. 1, in combinato con art. 5, co. 1 e 2, d.lgs. n. 165/2001.

41 In questo senso F. FRACCHIA, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta. Una lettura del d.lgs. 159/2009 riflettendo su Luhmann*, Napoli, 2012, 25, il quale evidenzia piuttosto l'ampliamento dei doveri e non dei poteri del dirigente.

“Semplificazioni”, n. 34 e n. 76 del 2020, adottati dal Governo per contrastare gli effetti della situazione straordinaria di emergenza sanitaria derivante dalla diffusione della pandemia da COVID-19; ma anche con il decreto-legge n. 77/2021, che detta la Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e le prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure.

Tra i numerosi obblighi di condotta imposti al dirigente dalla legge, basti pensare, per fare qualche esempio, a quelli in tema di: vigilanza sul rispetto da parte del personale assegnato al proprio ufficio degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni⁴²; pubblicazione nei siti delle amministrazioni pubbliche di tutta una serie di informazioni minutamente indicate dalla legge per finalità di trasparenza e di prevenzione della corruzione amministrativa⁴³; adozione dei provvedimenti entro i termini prefissati di conclusione dei procedimenti⁴⁴; procedimenti disciplinari⁴⁵; controlli sulle assenze del personale⁴⁶; pagamento di debiti ed erogazione di contributi⁴⁷; flessibilità dell'orario di lavoro e lavoro agile dei propri dipendenti⁴⁸; amministrazione e transizione digitale⁴⁹.

Rispetto ai vincoli normativi fin qui sinteticamente descritti, appaiono però ben più gravi, tuttavia, quelle scelte fatte dal legislatore in merito alle modalità con le quali assicurare la realizzazione dell'obiettivo politico ad opera dell'attività dirigenziale, poiché di fatto riducono l'autonomia del dirigente rispetto all'organo di indirizzo politico e tendono a fidelizzarlo a quest'ultimo, compromettendone quindi l'imparzialità d'azione.

Sono scelte che si appuntano su tutta una serie di incisivi poteri di varia natura riservati all'organo di governo nei confronti dell'organo dirigenziale come quelli di: sostituzione di tutti i dirigenti apicali decaduti automaticamente al cambio dei Governi in virtù dello *spoils system*⁵⁰; conferimento dell'incarico dirigenziale (di livello apicale o generale) per un tempo determinato, che è generalmente più breve del mandato elettorale; valutazione del dirigente che svolge funzioni di livello apicale e generale e attribuzione di premi, sulla base di una proposta formulata dall'organismo indipendente di valutazione (cd. OIV), i cui componenti sono scelti anch'essi dall'organo governativo, ancorché attraverso una procedura selettiva pubblica di tipo comparativo⁵¹; contestazione al dirigente della responsabilità dirigenziale e applicazione delle sanzioni pecuniarie e interdittive previste dalla legge, non prima tuttavia

42 Art. 21, co. 1 bis, d.lgs. n. 165/2001.

43 Art. 1, co. 12 e 14, l. n. 190/2012; art. 46, d.lgs. n. 33/2013.

44 Art. 2, co. 9, l. n. 241/1990, in combinato con art. 7, co. 2, l. n. 69/2009.

45 Art. 55 bis, co. 4, 5, 7, d.lgs. n. 165/2001; art. 17, co. 1 quater, d.lgs. n. 82/2005, come modificato e integrato dal d.l. n. 76/2020, e, da ultimo, dal d.l. n. 77/2021.

46 Art. 55 septies, d.lgs. n. 165/2001.

47 Artt. 116, co. 7 e 8, e art. 117, co. 10, d.l. n. 34/2020; art. 22, co. 1, d.l. n. 76/2020.

48 Art. 263, co. 1 e 3, d.l. n. 34/2020.

49 Sono numerose le disposizioni sparse all'interno del codice dell'amministrazione digitale, di cui al d.lgs. n. 82/2005, che prescrivono minuziosamente tutta una serie di adempimenti operativi a carico del dirigente. Cfr., per es.: art. 3 bis, co. 4; art. 6 ter, co. 3; art. 18-bis, co. 4 (articolo aggiunto dal d.l. n. 77/2021); art. 47, co. 1 e 1 bis; art. 57 bis, co. 3; art. 65, co. 1 ter.

50 Si noti che nelle amministrazioni statali e regionali, al rinnovo dei governi, decadono automaticamente solo gli incarichi dirigenziali apicali, mentre nelle amministrazioni locali, dove la dirigenza è unica (e non suddivisa in due fasce), decadono tutti gli incarichi dirigenziali.

di aver sentito il Comitato dei garanti; assegnazione, alla scadenza dell'incarico dirigenziale, anche al dirigente che abbia in ipotesi ottenuto un'ottima valutazione della sua performance (organizzativa e individuale), di un altro incarico di valore economico inferiore e di minor rilievo sul piano organizzativo e funzionale, senza dover fornire nessuna giustificazione, né alcun preavviso o contraddittorio; revoca (anticipata) dell'incarico per generiche ragioni organizzative, anche qui in assenza di valutazione negativa della performance e senza preavviso e contraddittorio⁵².

A queste variabili legislative, che hanno in effetti impedito all'autonomia del dirigente di dispiegarsi pienamente ed effettivamente, se ne devono però aggiungere altre, che non sono invero riconducibili alla legge, bensì addebitabili, per un verso, all'assenza di una cultura condivisa tra politici e burocrati delle correlate funzioni e responsabilità, per altro verso, all'incapacità, sia degli organi di governo cui compete il relativo potere, sia degli organi burocratici chiamati a collaborare con i primi, di stabilire obiettivi da raggiungere, che siano precisi, realistici ovvero sostenibili e impegnativi, così come specularmente di fornire risorse umane, finanziarie e strumentali, che risultino sufficienti ed adeguate rispetto agli obiettivi assegnati.

3. L'attenzione agli obiettivi, alle risorse e ai risultati nella valutazione della performance

L'articolata dinamica dei rapporti tra politica e amministrazione, di cui si è già discusso, va tenuta nella massima considerazione, poiché si riflette sul sistema di valutazione della dirigenza, valutazione che ha anch'essa una rilevanza dal punto di vista costituzionale per lo stretto legame che sviluppa con il principio del buon andamento e dell'equilibrio di bilancio.

Nella valutazione della performance dirigenziale il "risultato" costituisce, infatti, il parametro legale di valutazione *ex post* dei tre corollari del buon andamento dell'amministrazione, cioè l'economicità, l'efficienza e l'efficacia dell'organizzazione e dell'azione amministrativa.

Il risultato amministrativo va valutato in relazione non solo all'*output* ma soprattutto

51 Su questo aspetto cfr. A. ZOPPOLI, *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci*, in *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, Torino, 2018, 325 ss., il quale auspica l'introduzione di una "valutazione esterna" rivolta a misurare in chiave istituzionale gli esiti dell'attività delle pubbliche amministrazioni e dei singoli dirigenti-manager, rimessa a soggetti indipendenti e terzi rispetto all'amministrazione/organizzazione da valutare e costruita (il più possibile) su criteri oggettivi. Questo tipo di valutazione esterna, nonostante l'Autore riconosca che non sia affatto semplice, tuttavia ritiene che sia «il vero antidoto alla patologia della politica», ossia alla «divergenza della sua azione rispetto al proprio fine istituzionale e alla conseguente ricerca del consenso personale o partitico». D'altra parte, «il politico, istituzionalmente, ha un ruolo prioritario nelle strutture pubbliche perché è il responsabile "ultimo" del suo andamento nella complessità e, quindi, del suo impatto effettivo sulla realtà di riferimento [...]». E questo tipo di valutazione esterna, «attenta tanto all'organizzazione quanto all'impatto della sua azione sui contesti di riferimento, [...] dovrebbe costituire il principale strumento per giudicare la conformità dell'azione politica (prima) e amministrativa (poi) ai principi del buon andamento e dell'imparzialità [...]».

52 Sullo *spoils system* e sugli altri poteri riservati all'organo di governo, che condizionano l'autonomia del dirigente, sia consentito rinviare a C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, cit., 95 ss., 178 ss., 257 ss., 310 ss. Sullo *spoils system* si v., più di recente, le considerazioni critiche di S. BATTINI, *Responsabilità dirigenziale e spoils system: complementarità o contraddizione?*, in *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, cit., 39 ss.

all'*outcome* prodotto, ossia alla capacità dell'*output* ovvero del risultato prodotto con il lavoro svolto «di generare un risultato positivo nel contesto o nell'ambiente di riferimento» attraverso un «uso ottimale delle risorse e dunque realizzando, se del caso, risparmi di spesa»⁵³, in linea con i principi introdotti dalla riforma costituzionale del 2012⁵⁴ dell'«equilibrio di bilancio» e della «sostenibilità del debito pubblico», che le pubbliche amministrazioni sono tenute ad osservare in coerenza con «i vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea» (artt. 81, 97 e 119, Cost.).

Il buon funzionamento della relazione tra politica ed amministrazione si basa, d'altra parte, sulla corretta interazione, in una sorta di movimento circolare, tra indirizzo, gestione e verifica dei risultati raggiunti dai dirigenti (e dalle strutture e dal personale sottoposti alla loro direzione) in relazione agli obiettivi dati dalla politica.

Il collegamento tra questi tre poli (indirizzo, gestione e verifica dei risultati) è posto nella massima considerazione dal nuovo sistema di misurazione e valutazione delle performance nelle amministrazioni pubbliche, introdotto nel 2009 dal decreto legislativo n. 150 e rivisto nel 2017.

Il sistema di valutazione della dirigenza e più in generale delle performance delle strutture pubbliche si inserisce a pieno titolo nell'attuale «acceso dibattito sull'esigenza, ritenuta improcrastinabile, a fronte di una amministrazione percepita, ormai da anni, come intralcio allo sviluppo economico/sociale del Paese, di modernizzazione della stessa per il miglioramento e l'incremento generale della "produttività" e "tempestività" della relativa azione complessivamente intesa e, di conseguenza, della qualità dei rapporti tra la stessa, i cittadini e le imprese, al fine di renderla più adeguata alle rinnovate esigenze di funzionalità e competitività interna ed internazionale»⁵⁵.

L'esigenza di modernizzazione dell'apparato amministrativo costituisce invero «una delle ragioni sottostanti la valutazione e la misurazione della performance amministrativa. Il dettato dell'art. 3 del d.lgs. n. 150/2009, così come modificato dal d.lgs. n. 74/2017, individua infatti chiaramente tale funzione nel "miglioramento della qualità dei servizi" erogati dalle pubbliche amministrazioni, vale a dire nell'innalzamento del livello di "efficienza" del

53 A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Annuario 2019. Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica*, cit., 259-260.

54 Legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1.

55 M. IMMORDINO, *Perché valutare. Che cosa valutare. Come valutare*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Annuario 2019. Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica*, Atti del convegno annuale, Pisa 10-12 ottobre 2019, Napoli, 2020, 221. L'Autrice osserva, tra l'altro, come il problema della "produttività" della burocrazia sia molto risalente nel tempo, fin dai primi anni dell'unificazione amministrativa nel Regno d'Italia, come emerge, per esempio, nel 1870, da una Relazione redatta per il Ministero dell'Interno, oppure, nel 1876, dal disegno di legge De Pretis sull'impiego pubblico, ove tra gli obiettivi da raggiungere si menzionava anche quello della "fruttuosità" dell'amministrazione, oppure, nel 1919, dalle parole di Luigi Einaudi, il quale osservava come il problema della scarsa produttività del lavoro burocratico fosse "insolubile" fintantoché si fosse lasciata "immutata l'organizzazione attuale", sottolineando così, per la prima volta, la necessità di collegare il concetto odierno di "performance individuale" con quello di "performance organizzativa", collegamento questo di cui solo nella legislazione più recente e in particolare nel d.lgs. n. 150/2009 si è acquisita piena consapevolezza (236-237).

sistema, nell'accezione di adeguatezza dell'azione amministrativa e delle collegate strutture o unità organizzative al raggiungimento in concreto di "risultati" idonei a soddisfare, in tempi reali, fini ed obiettivi predeterminati d'interesse della collettività, con il minor costo possibile, in un'ottica che ha di mira il contenimento, o meglio il taglio, della spesa pubblica»⁵⁶.

È stato infatti dimostrato da tempo come l'inerzia della pubblica amministrazione, i ritardi e le incertezze nei tempi e nei modi di definizione dei procedimenti amministrativi, al pari dell'instabilità delle decisioni pubbliche⁵⁷, e quindi l'assenza di un sistema burocratico che sia di sostegno per le attività sociali e produttive, al servizio della collettività per favorirne lo sviluppo, comportino un elevato costo sociale ed economico, penalizzando i cittadini e le imprese e scoraggiando gli investimenti stranieri nel nostro territorio⁵⁸.

La debole capacità amministrativa del settore pubblico italiano, che negli ultimi tempi ha rappresentato un ostacolo al miglioramento dei servizi offerti e agli investimenti pubblici, non può d'altra parte essere più tollerata, soprattutto in questo periodo in cui la perdurante crisi economico-sociale si è nell'ultimo biennio acuita anche dal punto di vista sanitario per via della pandemia da COVID-19 causata dal nuovo coronavirus SARS-CoV-2, cui, oggi, purtroppo, si aggiunge questo terribile e devastante conflitto armato causato dall'invasione dell'Ucraina ad opera della Russia.

L'inefficienza delle amministrazioni pubbliche è stata sottolineata anche dal Governo nazionale nel "Piano nazionale di ripresa e resilienza" (PNRR), adottato l'anno scorso in attuazione del noto programma europeo "Next Generation EU" (NGEU), lanciato nel mese di luglio 2020, di portata e ambizione inedite, ove si prevedono investimenti e riforme per accelerare la transizione ecologica e digitale, migliorare la formazione delle lavoratrici e dei lavoratori, conseguire una maggiore equità di genere, territoriale e generazionale, di cui l'Italia è la prima beneficiaria in assoluto, potendo disporre di quasi 200 miliardi di euro, da impiegare nel periodo 2021-2026, di cui quasi 70 miliardi sono sovvenzioni a fondo perduto. Nel PNRR viene promossa un'ambiziosa agenda di investimenti e riforme anche per l'amministrazione per consentirle non solo di realizzare in maniera efficace ed efficiente i progetti innovativi previsti dal Piano, ma anche di fornire strutturalmente beni e servizi

56 *Ibidem*, 237-238. L'Autrice mette subito in chiaro, però, come la funzione svolta dalla valutazione della performance amministrativa sia duplice: per un verso, "migliorativa" delle prestazioni e dei servizi erogati dalle amministrazioni pubbliche, per altro verso, "orientativa", «consistente cioè nell'indirizzare l'attività dei dirigenti e delle strutture organizzative nella direzione dell'attuazione delle priorità strategiche definite dall'organo di indirizzo politico-amministrativo».

57 L'instabilità delle decisioni pubbliche, quale ulteriore causa che nel nostro Paese scoraggia sicuramente gli investimenti privati, è messa in luce da A. POLICE, *La cooperazione pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche*, in *Nuove Autonomie*, 2016, n. 2, 223-236, il quale la ricollega principalmente a tre fattori di natura politica, amministrativa e giurisdizionale, che vengono partitamente illustrati dall'Autore.

58 Così, M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, vol. II, Napoli, 2010, 59; ID., *Prospettive di riforma dell'amministrazione regionale*, in *Riforma della contabilità pubblica, avvio del federalismo fiscale e adeguamenti organizzativi*, Aa. Vv., Atti del Convegno di studi di Palermo (4 e 5 marzo 2011), Corte dei conti, Sezione di controllo per la Regione siciliana, 2011, 454; ID., *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza ed incertezza*, in *Annuario 2014. L'incertezza delle regole*, Atti del convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIPDA), Napoli, 2015, 102.

pubblici adeguati alle esigenze di cittadini e imprese.

Finora il circolo virtuoso “indirizzo, gestione e valutazione del rendimento” non può dirsi pienamente realizzato in quanto le strutture pubbliche incontrano da sempre grosse difficoltà nell’elaborare un indirizzo giusto ed attuabile, nel garantire una corrispondenza tra gestione e indirizzo, nell’individuare obiettivi significativi per le varie attività, nel misurarli e valutarli in modo attendibile. E ciò al di là delle difficoltà oggettive di misurare e valutare il risultato prodotto da certe amministrazioni⁵⁹ come quelle cd. *de puissance* (tra cui: la Presidenza del Consiglio e il Ministero degli esteri e, in buona misura, i Ministeri degli interni, della difesa, di grazia e giustizia), il cui prodotto, secondo una parte della dottrina⁶⁰, non sarebbe neppure economicamente valutabile tranne che per alcuni settori o con riferimento ad alcune specifiche attività.

Il cattivo funzionamento di questi gangli del rapporto tra politica e amministrazione è stato stigmatizzato, da tempo, sia nelle indagini empiriche, sia negli studi sui sistemi di diritto positivo volti ad evidenziare le aporie dei modelli basati sulla dicotomia politica/amministrazione e la valenza più normativa che operativa del modello ideale di burocrazia qual è quello descritto da Max Weber, un modello in cui l’amministrazione è ispirata ad una razionalità soltanto “interna” ed è posta al servizio esclusivo della Nazione per la cura dell’interesse pubblico e impermeabile alla parzialità e faziosità⁶¹.

L’autorità politica, a causa di una cultura della programmazione assente o insufficiente, della fissazione di obiettivi senza la predeterminazione dei relativi budget di spesa, si è rivelata finora poco interessata, se non addirittura incapace, sia di tradurre i programmi di governo in obiettivi precisi, quantificati (o quantificabili) ed assistiti da idonei indicatori di performance e da risorse adeguate, ma soprattutto sostenibili per un reale miglioramento delle prestazioni rese alla collettività, sia di attivare meccanismi idonei a verificare la produttività delle strutture e dei dipendenti⁶², dimostrandosi, viceversa, «molto restia ad abbandonare le vecchie pratiche di ingerenza diretta nell’amministrazione e di impiego clientelare degli apparati pubblici»⁶³.

59 A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, cit., 261 ss., osserva come sia un dato comune nella sterminata letteratura non giuridica sull’argomento il fatto che tutti o quasi gli studiosi concordino sulla circostanza che «le performance della pubblica amministrazione siano in primo luogo difficili da misurare e valutare perché i “prodotti amministrativi” sono molteplici e con caratteristiche assai diverse. Anche a volere superare tale problema rapportando la misurazione e la valutazione alle specificità di ciascun “prodotto”, resta il fatto che la costruzione del modello logico e metodologico che sottende la misurazione e la valutazione è in ogni caso assai difficile».

60 C. D’ORTA, *Controllo di gestione e responsabilità dirigenziale nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 1022, 1036-1037; G. CORSO, *Il dirigente pubblico e la responsabilità dei risultati*, in *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, a cura di D. Sorace, Padova, 1998, 573 ss.

61 Cfr. M. WEBER, *Economia e società* (1922), trad. it., vol. IV, Milano, 1980. Sulle difficoltà di funzionamento del sistema delle relazioni tra politica ed amministrazione, si rinvia a L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, 32 ss., anche per gli ampi riferimenti alla letteratura straniera sul tema.

62 Probabilmente anche per il fatto che attraverso la valutazione dei dirigenti, per logica di cose, si finisce con il valutare l’operato degli stessi politici, a cominciare proprio dalla loro capacità di fissare obiettivi congrui e credibili.

63 F. BASSANINI, *Indirizzo politico, imparzialità della P.A. e autonomia della dirigenza. Principi costituzionali e disciplina legislativa*, cit., 7-8.

E da questo punto di vista il d.lgs. n. 150/2009 ed il successivo d.lgs. n. 74/2017 hanno perso un'occasione importante, poiché, al di là di una responsabilità per danno erariale nell'ipotesi in cui, pur in mancanza del piano, gli organi di governo abbiano corrisposto la retribuzione di risultato o le altre premialità previste dal decreto, non hanno previsto un efficace meccanismo di *enforcement* di tipo sanzionatorio contro gli organi di indirizzo politico che non abbiano adottato il piano della performance o non abbiano indicato all'interno di esso, in termini concreti e chiari, specifici e misurabili, gli obiettivi strategici ed operativi⁶⁴.

Le sanzioni sono infatti predisposte soltanto contro i dirigenti che abbiano concorso per omissione o inerzia alla mancata adozione del piano, poiché ad essi non potrà essere corrisposta alcuna retribuzione di risultato, nonché – in modo per la verità poco comprensibile – contro l'amministrazione, poiché all'ente viene impedito di procedere ad assunzioni di personale o di conferire incarichi di consulenza o di collaborazione comunque denominati⁶⁵.

Per cui, oggi, la possibilità di censurare la violazione dell'obbligo di adottare il piano della performance o di indicare nel piano obiettivi "specifici e misurabili in termini concreti e chiari" è rimessa in buona sostanza al dirigente e in genere al dipendente che, ritenendosi leso dalla mancata corresponsione della retribuzione di risultato per mancata adozione del piano, ricorra al giudice per il risarcimento del danno da perdita di *chance*⁶⁶, oppure, ritenendosi pregiudicato dalla valutazione negativa della sua performance, ne domandi al giudice l'annullamento a motivo della genericità degli obiettivi strategici ed operativi contenuti nel piano⁶⁷.

64 Cfr., sul punto, Corte dei conti, sez. giurisdiz. per la Regione Sicilia, 3 febbraio 2021, n. 134, che ha condannato il sindaco di un comune al risarcimento del danno in favore del proprio ente per avere disposto il pagamento delle retribuzioni di risultato ai propri dipendenti in assenza della assegnazione di obiettivi validi ai fini della valutazione. Oppure, Corte dei conti, I sez. centrale d'appello, 25 gennaio 2021, n. 20, che ribadisce il principio ormai costante nella giurisprudenza contabile del divieto di erogazione di compensi incentivanti non collegati a una prestazione sinallagmatica avente a contenuto obiettivi specifici e verificati. O ancora, sulla stessa linea Corte dei conti, sez. giurisdiz. per la Regione Lazio, 6 febbraio 2018, n. 71, che ha condannato a titolo di responsabilità amministrativa e contabile per danno erariale il direttore generale di una AUSL per aver corrisposto la retribuzione di risultato al direttore sanitario ed al direttore amministrativo, avendo semplicemente stabilito che gli obiettivi assegnati ad entrambi fossero stati raggiunti, senza basarsi, però, su riscontri effettivi, non avendo mai definito né la percentuale di raggiungimento degli obiettivi né i relativi indicatori di valutazione della performance.

65 Cfr. art. 10, co. 1, lett. a), e co. 5, d.lgs. n. 150/2009.

66 Cfr. sul punto Corte di cassazione civ., sez. lav., 12 aprile 2017, n. 9392, secondo la quale, se è vero che l'accertata illegittimità del procedimento di valutazione negativa di un dirigente pubblico per il mancato raggiungimento degli obiettivi (nel caso di specie, per tardiva indicazione degli stessi rispetto al periodo in cui avrebbero dovuti essere perseguiti) non comporti un risarcimento del danno automaticamente commisurato all'indennità di risultato non percepita dal dirigente, in quanto il giudice ordinario non può sostituirsi all'organo deputato alla verifica dei risultati che ne condizionano l'erogazione, è pur vero, però, che, ove ritualmente richiesto, non possa essere escluso il risarcimento del danno da perdita di "chance", dimostrabile anche per presunzioni e con liquidazione necessariamente equitativa. Nella stessa direzione, Cass. civ., sez. lav., 28 novembre 2017, n. 28404; Cass. civ., sez. lav., 12 aprile 2017, n. 9392.

67 In questo senso si è espresso il TAR Roma (Lazio), sez. III, 6 marzo 2020, n. 3023, ove il giudice amministrativo, competente a decidere le controversie di lavoro dei dipendenti dell'Autorità di regolazione dei trasporti rimasti in regime di diritto pubblico (al pari dei dipendenti della maggior parte delle Autorità amministrative indipendenti il cui rapporto di lavoro è stato escluso dalla privatizzazione), accoglie la domanda

Affinchè il sistema di misurazione e valutazione dei risultati organizzativi e individuali raggiunti dai dirigenti possa realmente funzionare, occorrono quindi due elementi essenziali: la tempestiva individuazione di obiettivi strategici ed operativi per il dirigente e la sollecita assegnazione al medesimo di risorse umane, materiali e finanziarie, adeguate rispetto agli obiettivi da raggiungere. Gli uni (obiettivi) e le altre (risorse) servono infatti ad enucleare i criteri ed i parametri alla stregua dei quali misurare e valutare i risultati complessivi dell'attività svolta dai dirigenti e dalle strutture e dal personale ad essi assegnato.

Con riferimento alle risorse, va rilevato in particolare che in mancanza di misure che producano il risultato di assicurare al dirigente una provvista di personale, mezzi e finanze idonea a svolgere con profitto le sue competenze gestionali, la previsione di garanzie che tutelino l'incarico resta del tutto inefficace ed autoreferenziale.

Al riguardo gioca un ruolo importante una corretta ed efficace applicazione delle nuove regole sull'organizzazione del bilancio per missioni, programmi ed azioni, poiché si assicura ad ogni ufficio un budget ed una dotazione di personale e mezzi idonei al produttivo e ottimale esercizio delle funzioni, in mancanza dei quali qualsiasi prestazione di qualità resta inesigibile⁶⁸.

Nella Carta costituzionale, dopo la riforma del 2012, esiste d'altra parte un nesso stringente tra il principio dell'equilibrio finanziario e il principio dell'efficienza amministrativa, dovendo le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio e la sostenibilità del debito pubblico (artt. 81 e 97, Cost.). Esiste cioè un collegamento tra efficienza allocativa ed efficienza operativa, vale a dire tra l'articolazione del bilancio in missioni e programmi (impostazione che è volta ad evidenziare i principali obiettivi strategici, le misure adottate per raggiungerli e le risorse utilizzate) ed i nuovi modelli organizzativi disegnati dal decreto legislativo n. 150/2009, in cui l'efficienza e la produttività delle strutture amministrative, dei dipendenti e in particolare della dirigenza viene per l'appunto valutata in relazione agli obiettivi perseguiti ed effettivamente raggiunti, alle misure adottate per ottenerli, alle risorse stanziare ed impiegate⁶⁹.

In linea con questa prospettiva, che collega giustamente allocazione delle risorse e verifica del modo in cui sono utilizzate, il decreto 150 prevede che gli obiettivi definiti dall'organo politico debbano essere non solo «coerenti con gli obiettivi di bilancio indicati nei documenti programmatici previsti dalla legge di contabilità e finanza pubblica», ma anche «adeguati alla quantità e qualità delle risorse disponibili», «rilevanti e pertinenti rispetto ai bisogni della collettività, alla missione istituzionale, alle priorità politiche ed alle strategie dell'amministrazione», «specifici e misurabili in termini concreti e chiari», «tali da determinare un significativo miglioramento della qualità dei servizi erogati e degli interventi», «riferibili ad un arco temporale determinato, di norma corrispondente ad un

di annullamento da parte di un funzionario di una scheda di valutazione in ragione dell'indeterminatezza dell'obiettivo e dell'assenza di parametri e pesi per valutarne il raggiungimento.

68 C. DEODATO, *Prospettive di riforma della dirigenza pubblica*, in www.eticapa.it, 13 giugno 2017, 14-15.

69 In questi termini, M. IMMORDINO, *Prospettive di riforma dell'amministrazione regionale*, in Aa. Vv., *Riforma della contabilità pubblica, avvio del federalismo fiscale e adeguamenti organizzativi*, Atti del Convegno di studi di Palermo, 4-5 marzo 2011, Corte dei Conti, Sezione di controllo per la Regione siciliana, 422-423.

anno», «commisurati ai valori di riferimento derivanti da standard definiti a livello nazionale ed internazionale, nonché da comparazioni con amministrazioni omologhe», «confrontabili con le tendenze della produttività dell'amministrazione con riferimento, ove possibile, almeno al triennio precedente»⁷⁰.

E questo spiega perché, più in generale, nel nuovo sistema predisposto dal decreto 150 di misurazione e valutazione della performance individuale e organizzativa e di valorizzazione del merito e della produttività, il piano della performance e il corrispondente ciclo di gestione debbano essere coerenti con i contenuti e il ciclo della programmazione finanziaria e di bilancio⁷¹. Ma per avere obiettivi significativi e risorse sufficienti, è necessario che gli organi di indirizzo politico-amministrativo dispongano anche di personale che sia in grado di fornire un supporto tecnico adeguato, altrimenti si ostacola la selezione degli obiettivi e la fissazione di indirizzi commisurati alle risorse e si determinano risultati organizzativi e gestionali insoddisfacenti.

Il che spiega l'importanza dei percorsi di selezione, di formazione e aggiornamento professionale permanente, di innovazione e sviluppo delle competenze, non solo tecnico-specialistiche ma anche comportamentali, dei dirigenti e dei funzionari pubblici, tenendo conto delle esigenze formative rappresentate dalle singole amministrazioni di appartenenza nei piani triennali di formazione del personale, in cui gioca certamente un ruolo fondamentale la nostra Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA) quale polo formativo (quasi) esclusivo della formazione pubblica per le amministrazioni centrali dello Stato⁷².

In altre parole, errori di valutazione, a livello di direzione politica, sul rapporto tra mezzi a disposizione e obiettivi da raggiungere, tendono a vanificare in radice il senso stesso della valutazione e in ultima analisi della responsabilità dirigenziale.

Anche questa esigenza è stata presa in considerazione dal decreto 150, tant'è che, all'art. 5, co. 1, prevede che gli obiettivi specifici di ciascuna amministrazione siano programmati e definiti dagli organi di indirizzo politico con l'apporto collaborativo dei dirigenti (i quali al riguardo devono essere sentiti ovvero consultati).

4. L'anello di chiusura del circuito virtuoso: la responsabilità dirigenziale per i risultati prodotti nell'interesse di cittadini e imprese.

La valutazione obiettiva, coerente e realistica dei risultati dell'attività privatistica e pubblicistica svolta dai dirigenti (e dal personale assegnato ai loro uffici) costituisce l'indispensabile presupposto della "responsabilità dirigenziale" nella sua accezione originaria e significativa di "responsabilità di risultato"⁷³ dei dirigenti.

⁷⁰ Art. 5, co. 1 e 2, d.lgs. n.150/2009.

⁷¹ Cfr. artt. 4, 7 e 10, d.lgs. n. 150/2009.

⁷² Per approfondimenti sul tema si rinvia a S. BATTINI e S. BANDERA, *L'esperienza recente della Scuola Nazionale dell'Amministrazione nel dialogo con le Amministrazioni destinatarie della formazione*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Annuario 2019. Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica*, cit., 1 ss.

⁷³ Non si darà conto in questo scritto di tutte quelle fattispecie di responsabilità dirigenziale considerate "spurie" poiché lontane dalla logica del risultato, essendo legate piuttosto all'inadempimento di meri obblighi di condotta (C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, cit., 234 ss.). Si tratta di figure introdotte via via dal legislatore, a partire dal 2005, sparse tra le disposizioni di vari testi di legge, come il decreto sul pubblico impiego (d.lgs. n. 165/2001), la legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990), il codice

Una responsabilità per risultati che a sua volta rappresenta una delle articolazioni del principio costituzionale di responsabilità dei poteri pubblici⁷⁴ proclamato con significati differenti agli artt. 28, 95 e 97 della Costituzione⁷⁵. Mentre, infatti, l'art. 28 intende proteggere il singolo cittadino destinatario dell'azione pubblica dalla violazione dei propri diritti e interessi legittimi; e l'art. 95 fonda la responsabilità politica del Presidente del Consiglio e dei ministri per gli atti politico-amministrativi del Governo e dei dicasteri; l'art. 97, ai commi 2 e 3, esige, invece, in vista del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, che la legge determini le competenze di ciascun funzionario e che queste si coniughino con le responsabilità proprie di ognuno: in altre parole, vuole che la responsabilità si abbinì alla sfera di autonomia decisionale riservata ad ogni dirigente.

Per cui, autonomia e responsabilità si presentano reciprocamente connesse in un rapporto di mutua implicazione, rappresentando l'autonomia la condizione per rendere responsabili i dirigenti e la responsabilità la cornice sostanziale dell'autonomia⁷⁶.

La valutazione della performance dei dirigenti, intendendo con tale espressione, come si è visto, la valutazione del rendimento, del lavoro svolto, delle prestazioni e delle competenze organizzative dei dirigenti, diventa quindi indispensabile per individuare le responsabilità dei dirigenti circa la gestione efficiente delle risorse pubbliche e l'efficacia dei servizi resi e delle altre funzioni svolte nell'interesse della collettività, dando in tal modo specifica attuazione al principio di responsabilità sancito all'art. 97 della Costituzione.

Il processo di valutazione della performance svolge un ruolo fondamentale, perché se la valutazione è negativa fa scattare la responsabilità dirigenziale e le sanzioni pecuniarie e interdittive da parte dell'organo di indirizzo politico di intensità crescente in relazione alla gravità dei casi: dalla decurtazione alla mancata corresponsione della retribuzione di risultato, dal mancato rinnovo alla revoca dell'incarico fino al licenziamento del dirigente⁷⁷.

La responsabilità dirigenziale diventa quindi l'anello di chiusura del sistema fin qui descritto, poiché dà un senso all'autonomia decisionale della dirigenza pubblica ed alla valutazione delle prestazioni individuali ed organizzative di ciascun dirigente.

La responsabilità dirigenziale, intesa in questi termini, per un verso rappresenta il necessario contrappeso dell'autonomia decisionale conquistata dai funzionari di livello più elevato, impedendo che l'autonomia medesima degeneri in autoreferenzialità o autocefalia dell'alta burocrazia, per altro verso giustifica e rafforza il principio dell'autonomia del potere

dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005), le leggi in tema di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza (l. n. 190/2012 e d.lgs. n. 33/2013), e, più di recente, i due decreti legge n. 34/2020 e n. 76/2020, sul contrasto alla pandemia da COVID-19, la tutela della salute, il sostegno e il rilancio del lavoro, l'economia, le politiche sociali, la semplificazione procedimentale e l'innovazione digitale.

74 Non è questa la sede per indagare sul rilievo e sul fondamento costituzionale della responsabilità dirigenziale e sulle ragioni a sostegno della sua "natura contrattuale di diritto pubblico", argomenti per i quali sia consentito rinviare a C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale quale responsabilità "contrattuale di diritto pubblico"*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. I, Napoli, 2020, 715 ss.

75 Come sottolinea anche M. IMMORDINO, *Perché valutare. Che cosa valutare. Come valutare*, in *Annuario 2019. Quali saperi servono alla pubblica amministrazione?*, cit., 234-235.

76 In questi termini, S. LICCIARDELLO, *La responsabilità dirigenziale: i provvedimenti "sanzionatori" e le garanzie procedurali*, in *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, cit., 341.

77 Sulle sanzioni sia consentito il rinvio a C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, cit., 257 ss.

burocratico rispetto al potere politico, creando però, al contempo, un forte legame con il principio democratico e con il principio di responsabilità dei pubblici poteri, in quanto finisce per responsabilizzare le differenti organizzazioni pubbliche, imponendo, nel caso di specie, di individuare e valutare, per ogni loro singola partizione, il modo in cui chi vi è preposto utilizza i poteri e le risorse attribuitegli e quali sono i risultati a cui perviene.

È proprio su questa esigenza di autonomia e responsabilità dell'amministrazione, a sua volta, espressione dei principi di imparzialità e buon andamento e del principio democratico⁷⁸, che la responsabilità dirigenziale trova un preciso fondamento come parte importante del principio generale di responsabilità dei pubblici poteri⁷⁹. Principio, quest'ultimo, che rappresenta, in fondo, l'unico vero titolo di legittimazione degli apparati pubblici, se è vero che essi possono considerarsi legittimi al cospetto della società cui sono preposti solo se si presentano costituiti in modo da mettere in mostra tutti i possibili meccanismi idonei a controllarne lo svolgimento dell'attività e a farne rilevare la regolarità dell'agire e la congruenza rispetto ai fini sociali ed economici⁸⁰. In un sistema democratico, d'altro canto, i poteri pubblici, benché previsti dalla legge, senza la fiducia dei cittadini perdono la loro credibilità e legittimazione⁸¹.

Questa impostazione stenta però a decollare nel nostro Paese perché la prassi politica e amministrativa appare invero contraddire per certi versi l'idea che nel ceto burocratico così come nella classe politica sia emersa una cultura condivisa della "responsabilità pubblica" intesa come potere/dovere di chi svolge pubbliche funzioni di provvedere alla migliore cura in concreto degli interessi della collettività amministrata e di rendere pubblico conto di ciò che è stato fatto o non è stato fatto e quindi degli eventuali risultati negativi o non pienamente soddisfacenti dell'attività amministrativa e gestione⁸².

La conseguenza è che l'istituto della responsabilità dirigenziale è pressoché inattivo, nonostante sia ampiamente disciplinato dalla legge e dai contratti collettivi.

Le ragioni di questo insuccesso sono da ricercare proprio nella condizione di eccessiva soggezione e precarietà nella quale viene oggi a trovarsi il ceto burocratico rispetto al ceto politico e nell'assenza di un sistema obiettivo e performante di valutazione delle prestazioni dei dirigenti, così come a cascata del resto dei funzionari e dei dipendenti subordinati.

Le cause di questo parziale fallimento sono state già illustrate nei paragrafi precedenti e sembrano essere il frutto per certi versi di un tacito accordo tra il vertice politico e la dirigenza, per mezzo del quale il primo controlla e lega a sé la seconda tramite l'esercizio del

78 Cfr. V. OTTAVIANO, *Rilievi in tema «dirigenza» di comuni e province ex art. 51 l. 8 giugno 1990, n. 142*, in *Scritti in onore di P. Virga*, vol. II, Milano, 1994, 1247.

79 C. PINELLI, *La responsabilità dirigenziale: i profili costituzionali e le soluzioni del d.lgs. n. 29 del 1993*, in *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, cit., 587-588.

80 G. BERTI, *Amministrazione come responsabilità*, in *Riforme amministrative e responsabilità dei pubblici dipendenti*, a cura di M. Cammelli, C. Bottari, S. Recchione, Rimini, 1996, 213.

81 F. MERLONI, *Interesse pubblico, funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, vol. I, Napoli, 2010, 4.

82 V. OTTAVIANO, *Dovere di rendere pubblico conto, responsabilità dei dirigenti e determinazione degli indirizzi e programmi*, in *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, a cura di G. Marongiu-G.C. De Martin, Milano, 1992, 253 ss., sottolinea che il dovere di chi svolge pubbliche funzioni, con un certo grado di autonomia, è quello di rendere conto alla collettività della gestione e dei risultati ottenuti.

potere di conferimento, revoca e rinnovo dell'incarico dirigenziale, di attribuzione di premi economici e di carriera, mentre quest'ultima rinuncia alla propria autonomia per conseguire un'elevata retribuzione, riproponendo quello scambio tra sicurezza del posto e della carriera e perdita di prestigio e potere della dirigenza pubblica italiana presente fin dalle sue origini.

È invece fondamentale, come è stato illustrato finora, preservare l'autonomia decisionale della dirigenza dagli indebiti condizionamenti *in primis* della classe politica, fermo restando comunque il primato ed il controllo della politica sull'amministrazione.

Tanto è vero che la dirigenza assume sì la responsabilità esclusiva della gestione, ma le sue scelte discrezionali si devono muovere nell'orizzonte degli obiettivi e degli indirizzi impartiti dalla politica, cui spetta anche il controllo sulle prestazioni rese dalla prima e l'eventuale attivazione della responsabilità dirigenziale per risultati insoddisfacenti con le connesse sanzioni pecuniarie e interdittive, contro le quali il dirigente può comunque difendersi ricorrendo davanti al giudice ordinario⁸³.

83 Sulle questioni processuali collegate alla responsabilità dirigenziale con riferimento al tipo di situazione giuridica lesa (se diritto soggettivo o interesse legittimo), alle forme di tutela demolitoria, risarcitoria e reale esperibili dinanzi al giudice ordinario, e infine all'ammissibilità del giudizio amministrativo di ottemperanza al posto del (o in concorso con il) giudizio civilistico di esecuzione forzata contro l'amministrazione che non si uniformi alla sentenza, sia consentito rinviare a C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale al cospetto del giudice ordinario*, in *Istituzioni del Federalismo* (www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo/), n. 2/2021, 535 ss.

GREAT REFORM ACT DEL 1832.

Giovanni Giannotti*

Abstract (It) Il contributo ripercorre la tortuosa strada che portò all'approvazione del *Great Reform Act* nel 1832. Dopo una riflessione di natura generale sui sistemi elettorali e sulla nozione di rappresentanza, il saggio prosegue con un *excursus* sulle origini del sistema elettorale inglese, contrassegnato fin dalle origini da una natura censitaria. Il lavoro analizza quindi le disfunzioni del sistema elettorale britannico nel periodo precedente il 1832, il cui emblema erano i *rotten boroughs* e le istanze di riforma per modificarlo. Il saggio si conclude infine con la promulgazione del *Great Reform Act* e con una breve riflessione sugli effetti di tale legge nell'ordinamento inglese.

Abstract (En) *This contribution retraces the tortuous path that led to the approval of the Great Reform Act in 1832. After a general reflection on electoral systems and on the notion of representation, the essay continues with an excursus on the origins of the English electoral system, marked from the beginning by a census nature. The work then analyses the dysfunctions of the British electoral system in the period prior to 1832, the emblem of which were the rotten boroughs, and the demands for reform to change it. The essay concludes with the promulgation of the Great Reform Act and a brief reflection on the effects of this law in the English legal system.*

SOMMARIO. 1. Introduzione. – 2. Sistemi elettorali e rappresentanza. – 3. Selezione dei rappresentanti e legge elettorale nell'ordinamento inglese: cenni storici. – 4. Il panorama antecedente il *Reform Act*. I "rotten boroughs". – 5. Tra resistenze e istanze di riforma. – 6. La tortuosa strada del *Reform Bill* – 7. Osservazioni conclusive.

1 Introduzione.

In Inghilterra, nei primi decenni del diciannovesimo secolo, nonostante la rivoluzione industriale avvenuta nel paese, permaneva ancora un sistema elettorale che continuava a privilegiare la proprietà fondiaria a discapito di città industriali, anche di rilevante consistenza. La situazione mutò infine negli anni Trenta dell'Ottocento, con il *Representation of the People Act* del 1832, noto anche come *Great Reform Act*, tramite il quale fu modernizzato il rapporto tra elettori ed eletti; per un verso con la scomparsa dei *rotten boroughs* – i "borghi putridi" – e il riconoscimento della rilevanza dei centri urbani, per l'altro verso con l'allargamento del suffragio ai

ceti sociali che ne erano rimasti esclusi fino a quel momento ¹.

La riforma ebbe come conseguenza il riconoscimento di un maggior peso per la *public opinion* e l'acquisto di un ruolo centrale per i partiti da un lato²; la riduzione dell'influenza «dei notabili sulle elezioni e nei rapporti tra Parlamento, Gabinetto e Corona³» dall'altro lato; furono edificate in tal modo le fondamenta per la progressiva creazione di un sistema elettorale incentrato sui valori della democrazia, il quale perverrà poi ad un assetto compiuto nella seconda metà del Novecento⁴.

2 Sistemi elettorali e rappresentanza.

L'atto elettivo nel corso delle competizioni politiche «nella concezione del parlamentarismo classico⁵», in quello anglosassone ma anche del *Volksstaat* si prefigge svariati scopi a livello sistematico: in *primis* la legittimazione del sistema politico e dei soggetti chiamati ad esercitare il «supremo potere di direzione⁶». Le elezioni del resto rappresentano il metodo di selezione dei governanti⁷ e lo scopo immediato della stessa elezione è «quello della scelta dei migliori sotto il riguardo della loro capacità politica⁸»; d'altronde il continuo perfezionamento dei sistemi elettorali, intesi come complesso di norme che regolano la ripartizione dei seggi per la rappresentanza del corpo elettorale⁹ ha avuto come fine per un verso quello di

1 *Dottorando di ricerca in Scienze Politiche presso l'Università degli Studi di Messina.

C. MARTINELLI, *Partiti politici e rappresentanza parlamentare tra forme di Stato e forme di governo* in *Lo statuto dei partiti politici tra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di G. IORIO – P. ZICCHITTU, Giappichelli, Torino, 2021, p. 8.

2 M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 84. «Per la prima volta – scrive Giuseppe de Vergottini – nella storia costituzionale inglese, nel 1830 un partito parlamentare si fece portatore di un programma alternativo di governo – culminante nella proposta di riforma elettorale che verrà poi varata nel 1832 – che coinvolgeva in modo diretto interessi popolari e non comportava la semplice richiesta di sostituzione del ministero e si ponevano le basi durature per un sistema bipartitico caratterizzato da una rotazione ciclica della maggioranza». G. DE VERGOTTINI, *Lo «shadow cabinet». Saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell'opposizione nel regime parlamentare britannico*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 54.

3 F. ROSA, *Il controllo parlamentare sul governo del Regno Unito. Un contributo allo studio del parlamentarismo britannico*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 9.

4 S. VILLAMENA, *Il sistema elettorale del Regno Unito* in *Sistemi elettorali e democrazie*, a cura di M. OLIVIERO – M. VOLPI, Giappichelli, Torino, 2007, p. 200.

5 G. MOSCHELLA, *Riforma elettorale e trasformazione del «partito politico»* in *Riforma elettorale e trasformazione del partito politico*, a cura di G. MOSCHELLA – P. GRIMAUDO, Giuffrè, Milano, 2008, p. 78.

6 G. MOSCHELLA, *op. loc. ult. cit.* cfr. inoltre S. GAMBINO – G. MOSCHELLA, *Regole Elettorali, sistema politico e forma di governo. Il caso italiano* in *Forme di governo e sistemi elettorali*, a cura di S. GAMBINO, Cedam, Padova, 1995, p. 29.

7 P. GRIMAUDO, *Sistemi elettorali e democrazia pluralista* in *Riforma elettorale e trasformazione del partito politico*, p. 103. Denso e complesso è il fenomeno elettorale, così come lo stesso termine elezioni, tale includere molteplici significati, secondo l'angolo di osservazione. «Il vocabolo «elezioni», tanto nel linguaggio corrente – scrive Giuseppe Ferrari – quanto in quello giuridico, esprime, al pari degli altri vocaboli dalla medesima desinenza, più significati, che non si escludono, e, anzi, si integrano ed implicano. L'espressione, proprio attraverso la sua capacità di sintetizzare in sé tutto il fenomeno, attesta la complessità». G. FERRARI, voce *Elezioni (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Volume XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 616.

8 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*. Tomo I, Cedam, Padova, 1975, p. 437.

assicurare « la migliore selezione delle capacità¹⁰», per un altro verso quello di procedere ad una esaustiva «enucleazione dei vari interessi e tendenze esistenti nel popolo¹¹», di cui è ritenuta utile la rappresentanza nelle assemblee elettive¹².

I sistemi elettorali sono uno strumento che va oltre il meccanismo che consente di trasformare in seggi i voti espressi dal corpo elettorale; in senso lato essi sono anche dei sistemi istituzionali volti ad organizzare l'esercizio della sovranità popolare¹³, in quanto «la qualità di quest'ultima¹⁴» è strettamente connessa alle modalità istituzionali tramite le quali essa si manifesta; mediante i sistemi elettorali sono costituite procedure e regole che disciplinano la selezione dei titolari di cariche pubbliche da parte dei membri di una comunità¹⁵.

Rivestono pertanto primaria importanza, poiché discende dalla loro adeguatezza «alla situazione politica¹⁶» di un paese «il buono o il cattivo funzionamento¹⁷» di un regime democratico rappresentativo¹⁸. D'altra parte, un'autentica nozione di democrazia richiede sia una distinzione tra governanti e governati¹⁹ che l'eliminazione del *malapportionment*, situazione che si verifica allorquando il legislatore delinea collegi fra loro disomogenei «dal punto di vista della rappresentanza numerica del corpo elettorale²⁰»; così pure l'ampliamento dell'elettorato e la preposizione ai vari organi di rappresentanti eletti legittimamente contribuisce alla creazione di una forma di governo rappresentativa²¹.

Il *Representation of the People Act* del 1832, con il quale fu esteso il diritto di voto, modificati i collegi elettorali, ridotta la rappresentanza dei grandi proprietari terrieri a favore degli emergenti ceti industriali e borghesi fu dunque il segnale della volontà di cambiamento delle istituzioni inglesi²² oltre a riflettere in queste ultime il rivolgimento avvenuto nelle strutture sociali ed economiche britanniche dopo la

9 T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 256. Per una ricognizione generale sui sistemi elettorali v. D. FISICHELLA, voce *Elezioni (sistemi elettorali)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Volume XIV, Milano, 1965, pp. 649 – 662; E. BETTINELLI, voce *Elettorali (sistemi)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Volume V, Utet, Torino, 1990.

10 C. MORTATI, *op.cit.* p. 437.

11 C. MORTATI, *op. loc. ult. cit.*

12 C. MORTATI, *op. loc. ult. cit.*

13 T. E. FROSINI, *Sistemi elettorali e sistemi di partito* in P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G.F. FERRARI, *Diritto Costituzionale Comparato*. Tomo II, Laterza, Roma – Bari, 2014, p. 880.

14 T. E. FROSINI, *op. loc. ult. cit.*

15 T. E. FROSINI, *op. loc. ult. cit.*

16 C. MORTATI, *op.cit.* p. 437.

17 C. MORTATI, *op.cit.* p. 437.

18 C. MORTATI, *op. loc. ult. cit.*

19 T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 145.

20 A. RACCA, *I sistemi elettorali sotto la lente costituzionale*, Ledizioni, Milano, 2018, p. 21.

21 G. MOSCHELLA, *Rappresentanza politica e costituzionalismo. Teoria e giurisprudenza costituzionale: un'analisi comparata*, Maggioli, Rimini, 1999, p. 19. Cfr. inoltre D. NOCILLA – L. CIAURRO, voce *Rappresentanza politica*, in *Enciclopedia del Diritto*, Volume XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 543 -609.

22 S. VILLAMENA, *op. cit.* p. 200.

rivoluzione industriale, dato che intaccò gli assetti istituzionali oligarchici, dominanti fino ad allora in Europa, della prima età liberale postrivoluzionaria, il cui emblema era appunto il suffragio ristretto²³.

3 Selezione dei rappresentanti e legge elettorale nell'ordinamento inglese: cenni storici.

A seguito della conquista normanna era sorto in Inghilterra il *Concilium Civium*, formato inizialmente solo dai più potenti nobili laici ed ecclesiastici, il quale in un secondo momento assunse la denominazione di *Magnum Concilium*, cui ottennero il diritto di partecipare anche i feudatari minori²⁴. Era un organo a vocazione plurifunzionale²⁵ e con una «composizione sostanzialmente pluralistica²⁶» con il compito di assistere il sovrano nelle decisioni politiche di maggior rilievo, principalmente per la richiesta di risorse finanziarie quando le spese pubbliche erano diventate tali da essere insostenibili per la Corona²⁷; del resto nel 1215 la *Magna Charta Libertatum* aveva previsto garanzie di natura tributaria²⁸. A tali esigenze di natura finanziaria è collegata la nascita dei primi organi rappresentativi volti ad esprimere il consenso sulla istituzione dei tributi²⁹; d'altra parte la *Magna Charta Libertatum* del 1215 – era stata imposta al sovrano dai baroni per limitare i poteri regi - aveva evidenziato la stretta connessione tra l'imposizione tributaria e il diritto di rappresentanza per il contribuente.

Il *Magnum Concilium* fu l'antesignano del moderno parlamento inglese³⁰, la cui data di nascita è considerata convenzionalmente il 1265 - anno in cui l'Assemblea parlamentare si riunì, in assenza del sovrano, ad opera di Simon de Montfort - sebbene sia certamente priva di mitizzazioni celebrative e ben più indicativa la data

23 G. MOSCHELLA, *op. cit.* p. 30.

24 C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Cedam, 1973, p. 96.

25 A. TORRE, *Costituzione e sistema elettorale in Gran Bretagna*, p. 231.

26 A. TORRE, *op. loc. ult. cit.*

27 P.G. LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema britannico*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 9.

28 G.E. VIGEVANI, *Il Regno Unito* in M. P. VIVIANI SCHLEIN - G. E. VIGEVANI - F. FURLAN - M. IACOMETTI - C. MARTINELLI - S. GIANELLO, *Costituzioni Comparate*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 20.

29 L. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 43.

30 Il termine "parlamento" risale probabilmente al secolo XI, quando apparve l'espressione *parlamentum* o *parliamentum* e in francese *parlement*, v. A. MARONGIU, voce *Parlamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, Volume XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 725 ss.; v. inoltre M. VOLPI, *L'organizzazione costituzionale* in G. MORBIDELLI - L. PEGORARO - A. REPOSO - M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 380. Nell'ordinamento inglese il termine "parlamento" designa un organo complesso, costituito dalla Corona, dalla Camera dei *Lords* e dalla Camera dei Comuni, da cui deriva la formula *King in Parliament* sul punto v. G. DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, Cedam, Padova, 1981, p. 368; v. inoltre M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione in Lo Stato moderno in Europa*, a cura di M. FIORAVANTI, Laterza, Roma - Bari, 2002, p. 23; v. anche P. DEL FRATE, *Gli ordinamenti costituzionali* in P. DEL FRATE - M. CAVINA - R. FERRANTE - N. SARTI - S. SOLIMANO - G. SPECIALE, *Tempi del diritto. Età medievale, moderna e contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 281.

del 1297, anno nel quale il re Edoardo I emanò la *Confirmatio Cartarum*, ove furono elencati i diritti riconosciuti a partire dalla *Magna Charta*³¹. Pur non potendo reputare Simon de Montfort «il fondatore del parlamentarismo inglese³²» può essergli attribuito il merito di aver inaugurato l'esperienza di quella che successivamente diventerà la Camera dei Comuni³³.

Sempre Edoardo I, ispirandosi alla struttura modellata da Simon de Monfort, stabilì definitivamente «la composizione modello del Parlamento in due cavalieri per ogni contea [...] e due borghesi per ogni città che si fosse dotata di una franchigia derivante dalla concessione di un *royal charter* e si obbligasse a versare tributi al Sovrano³⁴». Inoltre, ribadendo la connessione tra la rappresentanza parlamentare e la capacità contributiva, con lo *Statutum de tallagio non concedendo* Edoardo I pose il principio del *no taxation without representation*³⁵, logica conseguenza del riconoscimento della non esigibilità di contributi a favore della Corona in assenza del consenso dei diretti interessati: baroni, prelati, borghesi o liberi sudditi³⁶. Tale principio, valutato dal punto di vista della Monarchia inglese, era reversibile nella formula speculare *no representation without taxation*, sulla scorta della quale è facile esplicitare la permanenza dei caratteri censitari del suffragio³⁷ nello scenario britannico.

Presupposto principale della nascita del parlamento in Inghilterra e delle sue evoluzioni successive fu quindi la motivazione finanziaria³⁸: i principali esponenti del clero e delle forze aristocratiche erano interpellati dal monarca su imposizioni di natura fiscale³⁹; se per un verso le comunità locali si impegnavano a supportare finanziariamente la Corona, per l'altro verso chiedevano una stabile rappresentanza dinanzi al sovrano. Tale caratteristica rappresenterà una novità del parlamento inglese rispetto a «gran consigli e Parlamenti dell'Europa medievale⁴⁰» oltre che la conseguenza politica di quel legame bilaterale oramai esistente verso la metà del XIII

31 A. TORRE, *Il Regno Unito* in P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G.F. FERRARI, *Diritto Costituzionale Comparato*. Tomo I, Laterza, Roma – Bari, 2014, p. 9. «Nel 1265, un potente feudatario di origine normanna, Simone di Montfort, riunendo il Parlamento in contrasto con la volontà del Re Enrico III, fece convocare pure due cavalieri per ogni Contea e due borghesi per ogni Borgo». P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le forme di stato e le forme di governo. Le costituzioni moderne*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 161; sulla *Confirmatio Cartarum* v. J.G. EDWARDS, *Confirmatio Cartarum and Baronial Grievances in 1297*, *The English Historical Review*, 58, 1943, pp. 147 – 171.

32 A. TORRE, *Regno Unito*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 91.

33 A. TORRE, *op. loc. ult. cit.*

34 A. TORRE, *Il Regno Unito*, pp. 9 – 10.

35 A. TORRE, *op. loc. ult. cit.*

36 A. TORRE, *Costituzione e sistema elettorale in Gran Bretagna*, p. 235.

37 A. TORRE, *op. loc. ult. cit.*

38 A. TORRE, *op. cit.* p. 231.

39 C. MORTATI, *op. cit.* 96.

40 A. TORRE, *op. cit.* p. 232.

secolo tra il re e i «gruppi del governo locale⁴¹», tra i quali nello scenario britannico vi erano in primo luogo i *boroughs* in qualità di enti di autogoverno delle municipalità nonché di fondamentali propulsori dello sviluppo economico; in secondo luogo le contee ossia ripartizioni rurali non soggette all'egemonia dei feudatari⁴².

Le profonde divergenze di interessi tra i nobili e i rappresentanti dei Comuni portarono dapprima a riunioni separate ed ebbero come conseguenza, nel 1341, la creazione di due corpi distinti: la Camera dei *Lords* – ne erano membri i nobili a titolo ereditario – e la Camera dei Comuni, composta dai cittadini non privilegiati⁴³.

Agli inizi del Cinquecento, come ricorda Antonio Padoa Schioppa, il parlamento aveva ereditato dal medioevo una composizione bicamerale, ove, alla *House of Lords*, di cui facevano parte gli esponenti dell'alta aristocrazia, i vescovi e gli abati maggiori, si affiancava la *House of Commons*, ove erano rappresentate 37 contee con due membri ciascuna nonché le città e i borghi del regno. All'inizio del regno di Enrico VIII i Comuni contavano circa 298 componenti, il cui numero aumentò di oltre un centinaio tra Cinquecento e Seicento⁴⁴. Contee, borghi e città eleggevano i propri rappresentanti, a volte con l'intervento determinante dello sceriffo di nomina regia, tra cavalieri e possidenti della classe media. Il diritto di voto era riservato ai proprietari – c.d. *freeholders* – con una rendita di almeno 40 scellini ed era invece escluso per coloro che possedevano terre in concessione – *copyholder* – con un reddito superiore a tale somma⁴⁵. Come rileva Alessandro Torre la designazione dei rappresentanti locali alla Camera dei Comuni avveniva tramite forme di cooptazione che variavano da luogo a luogo a seconda delle consuetudini particolari o di previsioni regolate in *royal charter* di concessione regia; elemento comune di riferimento, al di là delle varie soluzioni locali adoperate, era il richiamo al principio maggioritario, il quale nel corso dei secoli sarebbe stato contrassegnato in modo più chiaro come un modello volto a soddisfare esigenze pratiche, trovando una risolutiva sintesi nel principio *first-past-the-post*⁴⁶.

4 Il panorama antecedente il *Reform Act. I "rotten boroughs"*.

41 A. TORRE, *op. loc. ult. cit.*

42 A. TORRE, *op. cit.* p. 232.

43 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*. Tomo I, p. 466. La ripartizione del parlamento inglese in due Camere avvenne nel 1341 sotto il regno di Edoardo III: cavalieri e borghesi andarono a formare la Camera dei Comuni, i rappresentanti del clero e della nobiltà entrarono a far parte della Camera dei *Lords*, v. P. ZICCHITTU, *Le "zone franche" del potere legislativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 89; v. W. STUBBS, *The Constitutional History of England*, Oxford, Clarendon Press, 1906, pp. 395 ss.

44 A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto. Dal medioevo all'età contemporanea*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 242.

45 A. PADOA SCHIOPPA, *op. loc. ult. cit.* p. 242.

46 A. TORRE, *op. cit.* p. 237.

Agli inizi degli anni Trenta del diciannovesimo secolo la riforma del sistema elettorale della Camera dei Comuni era ormai una «necessità storica⁴⁷» rimasta insoddisfatta per almeno mezzo secolo, al riguardo Gianni Ferrara ricorda come già nel 1780 il Duca di Richmond avesse proposto di introdurre il suffragio universale e diretto – proposta certamente radicale per i tempi - e che tale progetto non venne nemmeno messo ai voti⁴⁸. L'illustre studioso nel rilevare l'assenza di una reale rappresentatività richiama uno studio effettuato nel 1792, dal quale era emerso come duecento membri della *House of Commons* erano eletti da borghi che avevano meno di cento elettori⁴⁹; in un simile scenario le contraddizioni del sistema erano palesi; da un lato vi erano borghi con meno di cento abitanti che eleggevano due MP (*Members of parliament*); dall'altro lato nel 1831 non ne eleggevano alcuno città con un numero di abitanti considerevole quali, «Manchester (182.000), Birmingham (144.000), Leeds (123.000), Sheffield (92.000)⁵⁰». D'altronde è stata evidenziata l'influenza esercitata sugli elettori e l'assenza di una libera scelta da parte del corpo elettorale; da un calcolo effettuato alla fine del diciottesimo secolo era emerso come «trecento membri venivano eletti per l'influenza sugli elettori esercitata dai Pari, 171 grazie alla pressione di autorevoli *Commoners*, e sedici per soddisfare i desideri della Corona, per cui soltanto 171 membri della Camera erano eletti liberamente⁵¹».

Non si può mettere in dubbio che l'elettorato potesse essere soggetto a forme di corruzione oppure che alcune circoscrizioni fossero controllate o influenzate talvolta dal *patronage* dei grandi proprietari terrieri, talora dall'azione del governo o ancora da quella della Corona. La ripartizione del diritto al voto era spesso irrazionale ed arbitraria; erano presenti irregolarità, alle volte perfino brogli nella condotta dei magistrati chiamati vigilare sul procedimento elettorale⁵².

Studi sul sistema elettorale antecedente il *Reform Act* del 1832 tuttavia hanno evidenziato come il corpo elettorale fosse comunque più vasto di quanto si pensasse prima della riforma⁵³, come è emerso dalle indagini svolte su «*electorate*⁵⁴» e «*popular politics*⁵⁵». In tale contesto dovevano distinguersi le contee dai borghi: nelle prime il

47 G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006, p.114.

48 G. FERRARA, *op. loc. ult. cit.*

49 G. FERRARA, *op. loc. ult. cit.*

50 U. BRUSCHI, *Rivoluzioni silenziose: l'evoluzione costituzionale della Gran Bretagna tra la Glorious Revolution e il Great Reform Act*, Maggioli, Rimini, 2014, p. 418.

51 G. FERRARA, *op. cit.* p. 115.

52 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 300.

53 D. TANNER, *Il caso inglese in I sistemi elettorali in Europa tra Otto e Novecento*, a cura di M.S. PIRETTI, Laterza, Roma – Bari, 1997, p. 5.

54 J.A. PHILIPS, *Popular Politics in Unreformed England*, *The Journal of Modern History*, Vol. 52, n. 4, 1980, p. 599

55 J.A. PHILIPS, *op. loc. ult. cit.* Risulta che il numero degli elettori era aumentato costantemente a partire dal 1689, sul punto v. F. O'GORMAN, *The Unreformed Electorate of Hanoverian England: The Mid-Eighteenth Century to the Reform Act of 1832*, *Social History*, 11, n. 1, 1986, p. 37 «Most authorities agree that the size of the electorate increased from about 200,000 in 1689 to 250,000 in 1715, 282,000 in the late eighteenth century

numero degli elettori era più consistente; i borghi d'altro canto prevedevano un'ampia varietà di opzioni⁵⁶ e potevano essere raggruppati in quattro categorie⁵⁷ relativamente alla percentuale di votanti. In primo luogo vi erano ventisette *corporation boroughs*, ove il diritto di voto era riservato soltanto ai componenti del consiglio comunale con una media di trenta elettori; in secondo luogo vi erano ventinove borghi ove il diritto di voto era vincolato alla proprietà – *burgage* e *freeholders* – con una media di poco più di centotrenta elettori nel 1761; in terzo luogo quarantanove borghi, i quali includevano: dodici borghi che permettevano di votare a tutti capifamiglia che non ricevevano aiuti economici e trentasette ove era attribuito il diritto di voto a chi avesse versato i sussidi per poveri – i c.d. *scot and lot boroughs* – con una media di seicento elettori; infine i novantadue borghi ove il diritto di voto era attribuito a tutti gli uomini liberi – *freemen* – sia residenti che non residenti con una media di settecentocinquanta elettori⁵⁸.

Certamente parte della popolazione era stata coinvolta nel dibattito politico, basti pensare ai casi in cui erano state presentate petizioni ai Comuni per chiedere una riforma parlamentare oppure contro la schiavitù nelle colonie⁵⁹ oppure ancora aventi natura locale e impernate su motivazioni economiche⁶⁰, ma il sistema

and 344,000 in 1831. As we have noted, such increases lag far behind levels of population growth – from 5½ to 14 million in England and Wales between 1715 and 1831. Incredibly, however, the figure for 1831 does not allow for abstentions: it includes only people who actually voted. It must, therefore, be increased by 20 to 30 percent. In the fifty years before the Reform Act of 1832, therefore, the electorate increased in numbers from 282,000 to somewhere between 410,000 to 450,000, an increase of from 47 to 65 per cent. Such an increase is almost in line with the increase in population, from 8½ to 14 million (approximately 65 per cent). Such an increase in the size of the electorate, moreover, throws into unexpected relief the impact of the Reform Act of 1832 in hoisting the size of the electorate to a limit of 620,000 from these revised figures, an increase of between 35 and 50 per cent».

56 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 417.

57 J. A. PHILLIPS, *The structure of Electoral Politics in Unreformed England*, *Journal of British Studies*, Vol. 19, n. 1, 1979, p. 86.

58 v. J. A. PHILLIPS, *op. cit.* p. 87. «First, and smallest generally, were the twenty-seven corporation boroughs; their restriction of the franchise to members of the corporation resulted in an average electorate of only thirty. Second, and larger by far, were the twenty-nine boroughs in which the franchise was tied to the ownership of particular pieces of property (burgages), and the six in which the burgage franchise had been slightly altered to include freeholders generally. The electorates in the burgage or freehold boroughs (both referred to as burgage boroughs in the following discussion) averaged just over 130 in 1761. Third in terms of size, with an average of about 600 voters each (although most open in terms of their franchise requirements), were the forty-nine “inhabitant” boroughs, which included twelve boroughs allowing all inhabitant householders not in receipt of poor relief or charity to vote (the potwalloper franchise), and thirty-seven restricting the franchise slightly by permitting only those inhabitant householders paying “scot and lot” to vote. Fourth, and largest, ninety-two constituencies extended the franchise to borough freemen, whether residents or not. Once made a freeman, an individual was entitled to vote in all ensuing elections, regardless of actual residency, and this lack of a residency requirement often resulted in the participation of large numbers of nonresident voters at contested elections. The freeman boroughs constituted the largest single group of boroughs, and, with an average of 750 voters in each constituency, contained the overwhelming majority of the entire borough electorate».

59 D. TANNER, *op. cit.* p. 5.

60 v. J.A. PHILLIPS, *Popular politics in Unreformed England*, *The Journal of Modern History*, 1980, 52, n. 4, p. 602 «Petitioning was a long-standing political practice of considerable importance by the 1760s. Earlier petitions normally addressed to the Commons, tended to be local or regional in character and economically

complessivamente era ancora retto da ascendenze arcaiche⁶¹.

La composizione della Camera dei Comuni continuava difatti a dipendere dalla tradizione; per un verso era garantito al sovrano di intervenire con il suo patronato, per l'altro verso era assicurata alla grande aristocrazia il sostanziale controllo delle circoscrizioni elettorali. Queste erano suddivise secondo un antico modello che privilegiava i distretti rurali⁶² ossia collegi elettorali non più corrispondenti alla realtà demografica del paese; difatti le migrazioni interne dalle zone agricole ai centri urbani accresciutisi con il processo di industrializzazione avevano provocato lo spopolamento di molti *boroughs* – titolari del diritto di inviare i rappresentanti alla Camera dei Comuni – al punto che si erano ridotti a villaggi ormai insignificanti⁶³; non a caso si è parlato di *rotten boroughs* ossia “borghi putridi” vale a dire «distretti elettorali oramai obsoleti⁶⁴» e sostanzialmente disabitati⁶⁵. Tale espressione rappresentava icasticamente lo scenario delle circoscrizioni elettorali britanniche dell'epoca, sul punto Kishlansky ha osservato che «non c'è una frase più evocativa nella storia della riforma politica di “borgo putrido”. Riporta alla mente non solo la corruzione intrinseca del vecchio sistema di rappresentanza, ma anche la sua inevitabile decomposizione⁶⁶», e contro quella che in effetti era una e vera propria malattia gli unici

motivated. After 1760, however, petitioning movements assumed a new scope and a national political character. The number of petitions submitted over major political issues between 1760 and 1790, compared to the number of contested elections after 1761, evinces the general importance of petitioning as an alternative political process for both rural and nonrural constituencies. During the general election of 1780, contests to the point of an actual poll occurred in only two counties, while twenty-six counties (including the two contested) petitioned the House of Commons over the newly emerging issues of “economical” and parliamentary reform».

61 A. TORRE, *op. cit.* p. 222.

62 M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Laterza, Roma – Bari, 2012, p. 292.

63 A. TORRE, *op. cit.* pp. 242 – 243.

64 M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 333. «Una città come Manchester [...] non mandava nessun rappresentante - scrive Pasquale Villani - mentre il villaggio di Newton, sulla linea ferroviaria Manchester-Liverpool [...] eleggeva due deputati». P. VILLANI, *L'età contemporanea*, il Mulino, Bologna, 1983, p. 90.

65 M. CARVALE, *op. cit.* p. 292. Significative sono le parole di Charles Dickens, contrassegnate da un sottile sarcasmo, per descrivere consuetudini e procedure elettorali. «E quali sono le probabilità sull'esito della contesa?» chiese Mr. Pickwick. “Diamine, incerte, mio caro signore; piuttosto incerte finora,” rispose l'ometto. “La gente di Fizkin ha trentatré votanti chiusi a chiave nella rimessa del Cervo Bianco.” “Nella rimessa!” disse Mr. Pickwick, considerevolmente sbigottito da questo secondo colpo di politica. “Li terranno sotto chiave là dentro fintanto che ne avranno bisogno,” riprese l'ometto. “Con lo scopo, vedete, di impedirci di tirarli dalla nostra; e anche se ci riuscissimo, sarebbe inutile, perché li mantengono apposta in uno stato di totale ubriachezza. Un tipo sveglia, l'agente di Fizkin...molto sveglia davvero”. Mr. Pickwick lo guardò sbigottito ma non disse nulla.» C. DICKENS, *Il Circolo Pickwick*, Feltrinelli, Milano, 2016. Ho consultato l'ebook, la citazione è stata estratta dal capitolo XIII intitolato «*Alcuni ragguagli su Eatanswill; sulla situazione dei partiti colà; e sull'elezione di un rappresentante in Parlamento di quell'antico, leale e patriottico borgo*». V. inoltre P. COLOMBO, *Sketches by the polls. La politica e il sistema elettorale inglese sotto lo sguardo di Charles Dickens*, Giornale di Storia Costituzionale, n. 1, 2001, pp.156 ss.

66 M. A. KISHLANSKY, *Parliamentary Selection. Social and Political Choice in Early Modern England*, Cambridge University Presse, Cambridge, 1986, pp. 9 – 10. «*Perhaps there is no more evocative phrase in the history of political reform than “rotten borough”*. It calls to mind not only the inherent corruption in the old system of representation but also its inevitable decay. Against the disease of rotten boroughs there could only purgatives, quarantines, or surgical cleansing».

rimedi potevano essere «*purghe, quarantene o interventi chirurgici*⁶⁷».

Emblematici erano i casi di *Old Sarum*, il più noto tra i *rotten boroughs*⁶⁸ il quale, situato sul monte che dominava la piana di Salisbury, pur essendo «un villaggio in rovina e del tutto privo di abitanti⁶⁹» da secoli esprimeva due MP⁷⁰ trovando rappresentanza in Parlamento⁷¹ e di Gatton⁷², che era divenuto addirittura un parco⁷³.

Pur contrassegnato da anomalie, il vecchio sistema elettorale presentava strade complesse e sottili per funzionare, al riguardo Eric Evans ha parlato di «*participatory oligarchy*⁷⁴» ossia di una oligarchia partecipativa. La locuzione è chiarita con queste parole da Evans: «*The phrase acknowledges that voters, and even non-voting members of larger boroughs, had more of a forum for expression of opinion, and frequently exerted much greater political influence at grass-roots level, than is generally acknowledged*⁷⁵».

5 Tra resistenze e istanze di riforma.

Al principio dell'età liberale il sistema elettorale inglese era imperniato in una logica elitaria e su un elementare meccanismo *del first-past-the-post*. Mentre il procedimento più spontaneo di designazione era imperniato pragmaticamente sul principio in forza del quale dovesse essere inviato al parlamento il personaggio più autorevole del collegio elettorale, in grado di rappresentare gli interessi locali dapprima in relazione a tematiche di natura tributaria e in epoche successive sul piano della produzione di atti di natura legislativa, le modalità di selezione variavano sensibilmente da luogo a luogo, rispondendo a consuetudini e usi di antica origine. Tale situazione era palese nei *rotten boroughs* ove era più evidente l'iniquità rappresentativa. Proprio la ridefinizione dei collegi elettorali tra la metà del diciottesimo secolo e il 1832 costituì il cavallo di battaglia dei *Whigs*⁷⁶.

Uscita vincitrice dal conflitto contro Napoleone, la cui sconfitta a Waterloo aveva visto il duca di Wellington svolgere un ruolo di primo piano, l'Inghilterra, negli anni successivi alle guerre napoleoniche, fu permeata da tensioni politiche e da malessere

67 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 417; cfr. M. A. KISHLANSKY, *op. cit.* pp. 9 – 10.

68 Sul punto v. E.L. WOODWARD, *The age of reform 1815 – 1870*, Oxford University Press, Oxford, 1949, p. 24. «*Old Sarum, the most notorious of these rotten boroughs, was not even a village*».

69 A. TORRE, *op. cit.* p. 243.

70 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 417.

71 A. TORRE, *op. cit.* p. 243.

72 P. BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.* p. 166.

73 P.G. LUCIFREDI, *op. cit.* p.117. «*There were famous cases which drew attention to the extreme inequities which remained. Dunwich in Suffolk where coastal erosion had caused the medieval town to disappear. It sent two members to the House of Commons despite the fact that it had only 44 houses and 32 voters*». P. LEYLAND, *The 1832 Reform Act and its constitutional legacy*, p. 6, consultabile sul sito www.jus.unin.it/

74 E. J. EVANS, *The Great Reform Act of 1832*, 2nd ed., London and New York 1994, p. 14.

75 E. J. EVANS, *op. loc. ult. cit.*

76 A. TORRE, *op. cit.* p. 242.

sociale, prodotti da una crisi manifatturiera che l'aveva colpita a partire dal 1815⁷⁷.

Il disagio causato dalla crisi provocò la nascita del luddismo e il governo guidato dai *Tories* rispose alle proteste, alle agitazioni e alla distruzione dei telai meccanici con una dura repressione, sospendendo nel 1817 l'*Habeas Corpus*⁷⁸; il malessere sociale finì con il saldarsi con le istanze di rinnovamento della rappresentanza politica, portando al massacro di *St. Peter's Field* a Manchester dell'agosto 1819, quando una folla, riunitasi per chiedere una riforma della rappresentanza politica, fu dispersa dall'intervento delle forze militari, operazione che provocò centinaia di feriti e quindici morti⁷⁹.

I conflitti contro la Francia napoleonica erano stati seguiti difatti da una crisi economica che aveva generato disoccupazione e povertà, conseguentemente, in assenza di qualsivoglia forma di rappresentanza politica rivolte e scioperi furono l'unico strumento per gli indigenti e per la classe lavoratrice per esprimere la loro insoddisfazione⁸⁰; d'altra parte aumentarono le istanze per modificare le modalità di elezione e di composizione della Camera dei Comuni⁸¹; al

riguardo come ha osservato efficacemente Guido De Ruggiero «non solo la Camera dei Lords era monopolio dell'aristocrazia terriera, ma anche quella dei Comuni, i cui rappresentanti erano nella grande maggioranza nominati da collegi elettorali totalmente soggetti ai grandi proprietari. Di fronte a contee e a borghi formati da poche decine di elettori, dipendenti da un padrone e votati pubblicamente, sotto il controllo di questo, v'erano i nuovi centri industriali, o affatto privi di rappresentanze, o forniti di rappresentanze privilegiate, a guisa degli altri collegi: il che rendeva ancora più stridente il contrasto tra le forze effettive e i pochi possessori di diritti politici⁸²».

77 G. FERRARA, *op. cit.* p. 116. «*The Napoleonic War when it ended in 1815 was followed by an economic slump giving rise to poverty and unemployment. In the absence of any political representation strikes, demonstrations and occasional riots were the only way for workers and the poor to express their dissatisfaction. The years between 1815-1832 were marked by sporadic demonstrations and riots the size and the frequency of which were in response to adverse economic circumstances*». P. LEYLAND, *op. cit.* p. 4.

78 G. FERRARA, *op. loc. ult. cit.*

79 G. SABBATUCCI – V. VIDOTTO, *Storia contemporanea. L'Ottocento*, Laterza, Roma – Bari, 2009, p. 119.

80 P. LEYLAND, *op. cit.* p. 4. «Negli anni immediatamente seguenti la guerra – scrive Herbert Fisher – vi fu in Inghilterra molta misera non irrimediabile a cui nessuno si curava di porre rimedio. Il continente, economicamente rovinato, non era in grado di acquistare i prodotti che l'Inghilterra era bramosa di esportare. Mentre tasse e imposte erano alte, i salari erano deplorabilmente bassi e, come sempre accade dopo una guerra o quando le invenzioni scientifiche si susseguono con ritmo accelerato, molti erano i disoccupati cui si provvedeva malamente». H. L. FISHER, *A History of Europe, Storia d'Europa. Dall'età dell'assolutismo all'epoca dei totalitarismi*. Tomo II, tr. it. di A. PROSPERO, Newton Compton, Roma, 1996, p. 215.

81 J. VARELA SUANZES – CARPEGNA, *Governo e partiti nel pensiero britannico (1690 – 1832)*, Giuffrè, Milano, 2007 p. 130.

82 G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, Roma – Bari, 2003, p. 99.

Nel 1822 Robert Jenkinson⁸³ – questi era a capo del Gabinetto dal 1812 – fu costretto a fare entrare nel governo sia George Canning che Robert Peel, *Tories* disancorati dagli schemi tradizionali; nel 1827, poi, alla morte di Liverpool fu Canning a succedergli alla guida del Gabinetto, seppur per pochi mesi dato che lo stesso Canning⁸⁴ morirà a sua volta nell'agosto dello stesso anno. Dopo la sua scomparsa e l'effimero *Cabinet* guidato da Frederick Robinson⁸⁵, fu Arthur Wesley, duca di Wellington a dare vita ad un nuovo esecutivo. Il nuovo *Prime Minister* era meno incline alle riforme rispetto ai predecessori, anche se nel Gabinetto Wellington continuavano a fare parte seguaci di Canning, i quali riuscirono ad ottenere nel 1829 il *Catholic Emancipation Act*, il quale abrogò la maggior parte delle restrizioni cui erano sottoposti i cattolici, consentendo ad essi di poter accedere sia alla Camera dei Comuni che alla Camera dei *Lords* che ai vertici della pubblica amministrazione⁸⁶. Il dibattito sul progetto di legge per l'emancipazione dei cattolici era stato alla base di tensioni fra *Whigs* e *Tories*, ma anche fra i membri di quest'ultimo schieramento politico. Ottenuta l'emancipazione per la minoranza cattolica nonostante l'intransigenza dei *Tories* più accaniti, ma anche del sovrano Giorgio IV e della Chiesa Anglicana, lo scontro politico si spostò su una questione chiave della società britannica ossia la riforma del sistema elettorale⁸⁷, rimasto immutato nelle linee fondamentali dai tempi di Carlo II Stuart, nonostante le trasformazioni avvenute con il processo di industrializzazione⁸⁸.

Elemento centrale del dibattito divennero quindi l'allargamento del suffragio da un lato; la riforma dei collegi elettorali dall'altro lato, questi ultimi erano modellati su criteri risalenti periodo in cui il paese non era ancora stato investito dalla rivoluzione industriale e dai fenomeni di urbanizzazione⁸⁹.

Proprio il duca di Wellington, l'uomo a Waterloo aveva fermato gli assalti della cavalleria transalpina del maresciallo Ney e dato un contributo essenziale alla sconfitta della *Grande Armée*, conobbe la sua peggior sconfitta da statista con un

83 Su Robert Jenkinson v. S. DE LUCA, *Robert Banks Jenkinson. II Earl of Liverpool (1812-1827). L'arte di governare senza apparire* in *Storia Costituzionale del Regno Unito attraverso i primi ministri*, a cura di A. TORRE, Cedam, Padova, 2020, pp. 409 ss.

84 Su George Canning v. L. DE GRAZIA, *George Canning (1827). Un Tory dalla politica progressista* in *Storia Costituzionale del Regno Unito attraverso i primi ministri*, pp. 425 ss.

85 Su Frederick John Robinson, v. S. RODRIQUEZ, *Frederick John Robinson. I Viscount Goderich (1827-1828). La complessa gestione di un effimero Cabinet* in *Storia Costituzionale del Regno Unito attraverso i primi ministri*, pp. 441 ss.

86 J. VARELA SUANZES – CARPEGNA, *op. loc. ult. cit.*

87 J. VARELA SUANZES – CARPEGNA, *op. cit.* p. 131.

88 J. VARELA SUANZES – CARPEGNA, *op. loc. ult. cit.*

89 G. SABBATUCCI – V. VIDOTTO, *op. cit.* p. 119. «Con una buona dose di sano empirismo, che si sforza di agire sulla realtà concreta – scrive Giorgio Negrelli – cercando di migliorare le istituzioni esistenti, il movimento politico riformatore si fa espressione delle esigenze di vasti strati cittadini e operai. La sua lotta per una nuova legislazione elettorale trova ampi consensi anche in quelle masse che resteranno poi ancora escluse dal voto». G. NEGRELLI, *L'età contemporanea*, Palumbo, Padova, 1992, p. 20; cfr. inoltre A. M. BANTI, *L'età contemporanea. Dalle rivoluzioni settecentesche all'imperialismo*, Laterza, Roma – Bari, 2012, pp. 251 – 254.

discorso pronunciato alla Camera dei Lords il 2 giugno 1830⁹⁰, con il quale affermò sia l'inutilità di una riforma elettorale sia l'intenzione del governo – di cui era *Prime Minister* lo stesso Wellington – di non compiere alcun passo verso tale direzione⁹¹ e opponendo una tenace resistenza alle richieste di innovazioni⁹², comprese quelle provenienti dai *Tories* ossia lo schieramento di cui faceva parte.

L'intervento di Wellington fu decisivo per il crollo del governo; per di più si trattò di dichiarazioni rese in un periodo di forti agitazioni, che finirono con il diventare un vero e proprio suicidio politico⁹³; lo stesso duca certamente non lo aveva compreso, al riguardo è emblematica la breve conversazione intercorsa tra Wellington e il «*Foreign*

90 Sul discorso di Wellington v. A. WELLESLEY, *The Speeches of the Duke of Wellington in Parliament*. Vol. I. Murray, London, 1854, pp. 387 – 388. «*The noble Earl has alluded to the propriety of effecting Parliamentary Reform. The noble Earl has, however, been candid enough to acknowledge that he is not prepared with any measure of reform, and I can have no scruple in saying that his Majesty's Government is as totally unprepared with any plan as the noble Lord. Nay, I, on my own part, will go further, and say, that I never read or heard of any measure up to the present moment which in any degree satisfies my mind that the state of the representation can be improved, or be rendered more satisfactory to the country at large than at the present moment. I will not, however, at such an unseasonable time, enter upon the subject, or excite discussion, but I do not hesitate to declare unequivocally what are my sentiments upon it. I am fully convinced that the country possesses at the present moment a Legislature which answers all the good purposes of legislation, and this to a greater degree than any Legislature ever has answered in any country whatever. I will go further, and say, that the Legislature and the system of representation possess the full and entire confidence of the country-deservedly possess that confidence - and that the discussions in the Legislature have a very great influence over the opinions of the country. I will go still further, and say, that if at the present moment I had imposed upon me the duty of forming a Legislature for any country, and particularly for a country like this, in possession of great property of various descriptions, -I do not mean to assert that I could form such a Legislature as we possess now, for the nature of man is incapable of reaching such excellence at once, —but my great endeavor would be, to form some description of legislature which would produce the same results. The representation of the people at present contains a large body of the property of the country, and in which the landed interest has a preponderating influence. Under these circumstances, I am not prepared to bring forward any measure of the description alluded to by the noble Lord. And I am not only not prepared to bring forward any measure of this nature, but I will at once declare that, as far as I am concerned, as long as I hold any station in the government of the country, I shall always feel it my duty to resist such measures when proposed by others*».

91 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 414. «Nella prima quindicina di novembre, quando Wellington si presentò al parlamento nuovo eletto, si aprì – scrive George Trevelyan - la più importante crisi politica del secolo [...] Il discorso reale d'apertura (2 novembre 1830) fece accenno alla rivoluzione belga con malaugurata disapprovazione, e quando lord Grey poi richiamò l'attenzione sull'assenza, in quel discorso, di ogni promessa di riforma, il duca rispose che il «sistema di rappresentanza possiede la piena ed intera fiducia del paese». Il duca aveva sfidato la nazione: la nazione accettò la sfida. L'eccitamento della Camera era un debole riflesso dei sentimenti esterni; mai i corridoi del Parlamento erano stati così agitati, né s'erano agitati a un miglior fine. In una settimana s'erano gettate le basi del partito whig liberale che doveva avere il predominio per tutta la prossima generazione. [...] Coll'appoggio di pochi *tories* della vecchia guardia ch'erano ancora talmente desiderosi di vendicarsi sul duca dell'emancipazione dei cattolici da non curare che cosa sarebbe avvenuto di poi, il Governo fu battuto ai Comuni nella discussione sulla lista civile. Wellington dette le dimissioni il 15 novembre e il re mandò a chiamare lord Grey». G.M. TREVELYAN, *British History in the Nineteenth Century and after (1782-1919)*, Longmans Green, London, 1937, tr. it. di UMBERTO MORRA, *Storia dell'Inghilterra nel secolo XIX*, Einaudi, Torino, 1971, p. 242.

92 v. P. LEYLAND, *op. cit.* p. 7. «*The Duke of Wellington whose government foundered in 1830 as a result of the failure of his part to respond to what had become a popular mood for change by the time of his premiership, articulated the resistance to virtually any reform in his own party*». Sul punto vedi inoltre U. BRUSCHI, *Arthur Wellesley, I Duke of Wellington (1828-1830, 1834). Riformatore malgré soi?* in *Storia Costituzionale del Regno Unito attraverso i primi ministri*, pp. 453 ss.

*Secretary Aberdeen*⁹⁴» pochi attimi dopo l'intervento del *Prime Minister*⁹⁵. L'episodio è rievocato da Michael Brock con queste parole: «Ci sono diverse storie di come i colleghi del duca reagirono a queste osservazioni. Secondo una versione il duca sussurrò ad Aberdeen mentre si sedeva "Cosa posso aver detto che sembra disturbare così tanto? Lei ha annunciato la caduta del governo, ecco tutto, rispose Aberdeen"⁹⁶».

Il sostegno di cui godeva il *Cabinet* ai Comuni si dileguò rapidamente: il 15 novembre «l'opposizione chiese una commissione di inchiesta sulla *Civil List*⁹⁷» e il governo fu battuto, 233 a 204.

Non poteva essere considerato un voto di sfiducia, ma era stata calendarizzata pochi giorni dopo una mozione sull'esigenza di provvedere ad una riforma parlamentare⁹⁸, conseguentemente, alla luce del «comune sentire dalla pubblica opinione⁹⁹» e dell'orientamento manifestato dalla *House of Commons*, il duca di Wellington rassegnò le dimissioni mentre a guidare il governo fu chiamato Charles Grey – questi era reputato il più abile politico *whig* dai tempi di Walpole¹⁰⁰ - ed era stato membro in gioventù «di un'aristocratica *corresponding society* simpatizzante per la causa dei rivoluzionari francesi¹⁰¹».

6 La tortuosa strada del *Reform Bill*.

93 Sul punto E.J. EVANS, *Britain Before the Reform Act: Politics and Society 1815 – 1832*, Longman, Harlow, 1989, p. 121. « *This speech, it is generally agreed, hastened the collapse of Wellington's government. Taken at face value, its assertions were clearly nonsensical at time of mounting public agitation [...] As a way of rallying Tory support, the speech also missed its marks. The speech amounted to a public declaration of ministerial suicide*».

94 U. BRUSCHI, *Rivoluzioni silenziose: l'evoluzione costituzionale della Gran Bretagna tra la Glorious Revolution e il Great Reform Act*, p. 414.

95 U. BRUSCHI, *op. loc. ult. cit.*

96 M. BROCK, *The Great Reform Act*, Hutchinson, London, 1973, p. 118. «*There are several stories of how the duke's colleagues reacted to these remarks. According to one version the duke whispered to Aberdeen as he sat down "What can I have said which seems to make so great a disturbance?" You have announced the fall of your government: that is all", Aberdeen replied*».

97 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 414.

98 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 416.

99 U. BRUSCHI, *op. loc. ult. cit.*

100 v. E. WASSON, *The Great Whigs and Parliamentary Reform. 1809-1830*, Journal of British Studies, 24, 1985, p. 434. «*The Reform Bill prime minister was the most brilliant political tactician the Whigs had produced since Walpole*»

101 A. TORRE, *Regno Unito*, pp. 206 – 207.

Il governo Grey manifestò la sua intenzione di risolvere la questione elettorale con lo scopo di disinnescare un potenziale pericolo per la stabilità del Regno Unito¹⁰². Fu creata una commissione, composta da Russell, Durham, Graham, Duncannon; il 1° marzo 1831 Russell presentò ai Comuni un progetto di riforma – *Reform Bill* – ove la rappresentanza degli interessi agrari, privilegiata oltremodo fino a quel momento, veniva ridimensionata e riequilibrata con quelli finanziari e industriali¹⁰³. Il progetto di riforma era di natura aristocratica, sulla scia della tradizione *Whig* e coerentemente con uno schieramento la cui *leadership* era contrassegnata dal predominio di grandi famiglie, che diedero un forte sostegno alla riforma. Tale scenario è stato rilevato da Ellis Wasson: «Ciò che non è in dubbio o in discussione è che le grandi famiglie *Whig* arrivarono a sostenere il cambiamento costituzionale. Muovendosi in linea con la maestosità delle navi a tre ponti di Nelson, i *Whig* leviatani, per la maggior parte i principali proprietari terrieri di Inghilterra, Scozia e Irlanda, diedero al ministero della Riforma l'appoggio necessario per andare avanti nel 1831. Cavendish, Howard, Russell, Spencer, Stanley, Bentinck, Powlet, Grosvenor, Fitzroy, Leveson Gower, Petty, Cowper, Capel, Dundas, Hamilton, Campbell, Ponsonby, Fortescue, Portman, Osborne, Coke, Vane, Lambton, Molyneux, Lyttelton, Kepple, e Fitzwilliam, i grandi nomi, sancirono l'abbandono di un sistema che aveva garantito patrocinio aristocratico e autorità su una scala senza precedenti per oltre un secolo¹⁰⁴».

Alcuni settori dei *Whigs* che sostennero l'approvazione del *Reform Act* nel 1832 erano mossi dalla volontà di aprire le porte della politica a nuove leve; essi reputavano corrotto il vecchio sistema nonché veicolo sia di abusi del potere centrale che di interferenze non autorizzate nelle amministrazioni locali¹⁰⁵. Dinanzi a tale stato di cose, la creazione di un elettorato indipendente e politicamente interessato era reputata un contrappeso positivo, tuttavia ciò non voleva dire che essi reputassero immorale né «la rappresentanza degli interessi¹⁰⁶» né impropria «l'influenza esercitata dal potere¹⁰⁷»; secondo la loro prospettiva era legittimo sia rappresentare gli interessi che coloro dotati di minore istruzione fossero rispettosi nei confronti dei componenti più colti della società, essendo questi in grado di rappresentare

102 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 422.

103 J. VARELA SUANZES – CARPEGNA, *op. cit.* p. 131.

104 E. WASSON, *op. cit.* p. 435, «*What is not in doubt or dispute is that the great Whig families did come to support constitutional change. Swinging into line with the majesty of Nelson's triple deckers, the Whig leviathans, for the most part the largest landowners of England, Scotland, and Ireland, gave the Reform ministry the backing it needed to go forward in 1831. Cavendish, Howard, Russell, Spencer, Stanley, Bentinck, Powlet, Grosvenor, Fitzroy, Leveson Gower, Petty, Cowper, Capel, Dundas, Hamilton, Campbell, Ponsonby, Fortescue, Portman, Osborne, Coke, Vane, Lambton, Molyneux, Lyttelton, Kepple, and Fitzwilliam, the great names, sanctioned the abandonment of a system that had guaranteed aristocratic patronage and authority on an unprecedented scale for over a century*».

105 D. TANNER, *op. cit.* p. 5.

106 D. TANNER, *op. loc. ult. cit.*

107 D. TANNER, *op. loc. ult. cit.*

correttamente l'interesse collettivo; l'influenza però doveva essere legittima in quanto derivante dallo *status* e non frutto di pressioni e coercizioni¹⁰⁸.

I *Whigs*, appena arrivati al governo, puntarono ad una riforma finale ossia tale da bloccare la strada ad un ulteriore allargamento della franchigia elettorale, tale da rappresentare per un verso la massima concessione cui il parlamento fosse pronto a dare il suo assenso, per l'altro verso il minimo di apertura idonea a soddisfare la pubblica opinione¹⁰⁹.

Lo stesso sovrano Guglielmo IV aveva chiarito che non avrebbe accettato l'adozione di misure rivoluzionarie; in altri termini tale progetto rappresentava una "riforma aristocratica", da intendersi non come una scelta faziosa bensì corrispondente a quella funzione di custode degli interessi della Nazione – quindi non interessi di parte o settari – di cui l'aristocrazia reputava di essere portatrice. La strada che portò all'approvazione del *Reform act* fu comunque tortuosa, come è testimoniato dalle tre versioni presentate, tutte molto simili tra loro¹¹⁰ e costrette ad affrontare la dura opposizione dei *Lords*¹¹¹.

Il primo progetto di riforma prevedeva per sessanta borghi la perdita di entrambi i MP, per altri quarantasette soltanto di uno; era prevista l'assegnazione di due parlamentari ad undici nuovi borghi e di uno a ventuno città con almeno diecimila abitanti¹¹². Per quanto concerneva il censo era previsto di mantenere i 40 scellini per i *freeholder*; mentre per i *copyholder* e i *leaseholder* era stata proposta una soglia rispettivamente di 10 e 50 sterline¹¹³, invece nei borghi il diritto sarebbe stato esteso ai proprietari di case il cui valore fosse di dieci sterline l'anno¹¹⁴.

La proposta di riforma presentata alla Camera dei Comuni venne approvata in seconda lettura con soltanto un voto a favore¹¹⁵ a «maggioranza stentatissima¹¹⁶», 302 a favore contro 301¹¹⁷ e comunque tale da non garantire l'approvazione definitiva, cadendo in sede di *committee stage*¹¹⁸ il 19 aprile 1831¹¹⁹. Il Premier Grey fece quindi ricorso all'elezione anticipata; la campagna elettorale fu aspra e le elezioni finirono

108 D. TANNER, *op. loc. ult. cit.*

109 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 425.

110 P. LEYLAND, *op. cit.* p. 9. «*There were three versions of the bill before it was eventually three versions of the bill before it was eventually passed and they were all quite similar*»

111 C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, p. 118.

112 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 426.

113 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 426 cfr. P. LEYLAND, *op. cit.* p. 10. «*In regard to the redistribution of seats this draft bill would have disenfranchised 60 boroughs of less than 2000 inhabitants and returning 119 members and it would have taken 1 member from a further 47 boroughs. 7 large cities and 4 London districts were to be given two members. Twenty more town were granted one member each*».

114 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 426.

115 P.G. LUCIFREDI, *op. cit.* p. 117.

116 G. FERRARA, *op. cit.* p. 116.

117 P. LEYLAND, *op. cit.* p. 10.

118 P.G. LUCIFREDI, *op. cit.* p. 117.

119 P. LEYLAND, *op. cit.* p. 10.

con il diventare «una sorta di plebiscito¹²⁰» concludendosi «con una netta vittoria dei Whigs¹²¹» e della causa riformista¹²²; i fautori della riforma difatti vinsero in tutti i borghi aperti e soltanto 6 dei 34 MP che avevano votato contro la riforma furono rieletti¹²³.

Nella Camera dei Comuni appena eletta fu presentato un secondo *Reform Bill*, molto simile al primo, cui si distingueva esclusivamente per l'attribuzione del diritto di voto ai *tenants at will* che pagassero cinquanta sterline all'anno¹²⁴. Questo *Reform Bill* fu approvato in terza lettura con 345 voti contro 236¹²⁵ ma fu bocciato dai *Lords* – nella Camera Alta i *Tories* avevano la maggioranza¹²⁶ – con 199 voti contro 158 l'8 ottobre 1831¹²⁷ con il voto determinante di ventuno vescovi, causando tumulti¹²⁸ in «diverse città inglesi, soprattutto Bristol¹²⁹» e mettendo in bilico l'assetto istituzionale¹³⁰, dato che la decisione della Camera dei *Lords* fu interpretata come «l'affermazione di una minoranza che si ergeva contro la volontà della Nazione¹³¹» espressa sia dal voto popolare che dall'orientamento dell'opinione pubblica¹³².

Grey predispose quindi un terzo *Bill* e al contempo chiese al re Guglielmo IV di nominare un «numero di Pari Whigs¹³³» tale da mutare il rapporto di forze alla Camera Alta. A seguito del rifiuto del sovrano il *Prime Minister* si dimise, provocando una crisi di governo, mentre Wellington, cui il sovrano Guglielmo IV aveva chiesto di formare un nuovo *Cabinet*, tentò invano di «coagulare una maggioranza¹³⁴», dovendo infine rinunciare¹³⁵, mentre Grey fu richiamato dal re; in ogni caso il sovrano aveva ben poche alternative se non quella di invitare lo stesso Grey a formare un nuovo governo con la garanzia che sarebbero stati nominati un

120 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 428.

121 P.G. LUCIFREDI, *op. cit.* p. 117.

122 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 428.

123 E.J. EVANS, *op. cit.* p. 53. «*The elections of April/May 1831 were a huge triumph for the reformers. They won almost all the "open" boroughs. Only 6 of the 34 country MPs who had voted against reform either on second reading or in the critical amendment got back to parliament. Grey had a majority in excess of 130 seats in the Commons after an election which became virtually a plebiscite on reform*».

124 E.L. WOODWARD, *op. cit.* p. 79. «*The general election gave the reformers a larger majority. They brought forward a second bill in June. The terms were substantially those of the first bill, though in the course of the debates the government made one important concession. They accepted an amendment proposed by Lord Chandos extending the franchise to £ 50 tenants-at-will in the counties*».

125 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 428.

126 P.G. LUCIFREDI, *op. cit.* p. 117.

127 Cfr. E.L. WOODWARD, *op. cit.* p. 79. «*The bill passed the commons in September, 1831, after a session of three months; the lords rejected it on 8 October after a debate of five days. If the twenty-one bishops in the house had voted for, and not against, the bill, the result would have been a majority of one in favour of reform*».

128 G. FERRARA, *op. cit.* p. 117.

129 J. VARELA SUANZES – CARPEGNA, *op. cit.* p. 133.

130 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 430.

131 U. BRUSCHI, *op. loc. ult. cit.*

132 U. BRUSCHI, *op. loc. ult. cit.*

133 P.G. LUCIFREDI, *op. loc. ult. cit.*

134 P.G. LUCIFREDI, *op. cit.* p. 118.

135 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 435.

numero di Pari tali da assicurare l'approvazione del *Bill*¹³⁶.

Infine, i *Tories*, dinanzi la prospettiva di uno stravolgimento degli equilibri della Camera dei Lords con la creazione di nuovi Pari¹³⁷ ebbero «l'accortezza di astenersi¹³⁸» e il *Bill* dopo una tortuosa strada divenne legge¹³⁹ il 7 giugno 1832. Costantino Mortati mette in risalto l'importanza del *Representation of the People Act* osservando che «in primo luogo tolse i seggi a ben 65 Borghi putridi, diede o aumentò i seggi a 43 città, ed in secondo luogo svincolò il diritto elettorale dal possesso fondiario perché lo attribuì a chi, a 21 anni di età, godesse del reddito annuo di 10 sterline, o pagasse uguale somma per il fitto di casa fosse fittavolo di campagna pagando per fitto cinquanta sterline¹⁴⁰».

7 Osservazioni conclusive.

Sul *Reform Act* del 1832 sono state date due interpretazioni diametralmente opposte e fin troppo semplicistiche; da un lato la riforma è stata vista come l'inizio dell'era della democrazia; dall'altro lato è stata reputata poco importante¹⁴¹ e «giudicata sopravvalutata dai contemporanei¹⁴²». La corruzione elettorale, pur calando sensibilmente non fu eliminata del tutto¹⁴³, anche per l'assenza di segretezza del voto¹⁴⁴ e continuò a persistere anche negli anni successivi alla riforma¹⁴⁵ così come il «carattere censitario e ristretto del suffragio¹⁴⁶».

Come ha osservato Pier Giorgio Lucifredi la battaglia cui il *Reform Act* del 1832 «diede luogo e la crisi costituzionale che provocò non devono indurre in errore¹⁴⁷» in

136 P. LEYLAND, *op. cit.* p. 411.

137 U. BRUSCHI, *op. loc. ult. cit.*

138 P.G. LUCIFREDI, *op. cit.* p. 118.

139 U. BRUSCHI, *op. cit.* p. 436. Il testo del *Representation Act* del 1832 si trova in W.C. COSTIN – J. STEVE WATSON, *The Law and Working of the Constitution. Documents. 1660 – 1914*, Vol. I, Adam e Charles Black, Londra, 1961, pp. 55 – 68.

140 C. MORTATI, *op. cit.* p. 118.

141 U. BRUSCHI, *op. loc. ult. cit.*

142 U. BRUSCHI, *op. loc. ult. cit.*

143 D. TANNER, *op. cit.* p. 6.

144 S. ORTINO, *Diritto costituzionale comparato*, il Mulino, Bologna, 1994, p. 168. Il *Great Reform Act* pur ponendo fine allo scandalo dei *rotten boroughs* e ampliando il corpo elettorale non portò all'introduzione della segretezza del voto, conseguentemente i signori locali in riuscirono in vari collegi a controllare l'esito delle elezioni ricorrendo alla corruzione, v. V. CASAMASSINA, *L'opposizione in parlamento. Le esperienze britannica e italiana a confronto*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 76.

145 E. EVANS, *op. cit.* p. 63 «*The old means of corruption were not eliminated in 1832. Bribing and treating of voters continued. A committee under the Marquis of Hartington reported in 1870 (after the passage of the second Reform Act) that a "considerable class of voters will not vote unless they are paid". Lancaster, St Albans and Totnes all had reputations for notorious corruption. Rioting and revelling at election times were not unknown in Victorian England. Indeed, since more contests took place after 1832 opportunities for corruption may even have increased*».

146 C. MORTATI, *op. cit.* p. 118. Sugli effetti della riforma elettorale del 1832 sul sistema di governo britannico v. D.L. KEIR, *The Constitutional History of Great Britain Since 1485*, Adam and Charles Black, 9ª edizione, Londra, 1965, pp. 407 – 408.

147 P.G. LUCIFREDI, *op. cit.* p. 118.

quanto «non si trattava certo di un progetto rivoluzionario¹⁴⁸»; tuttavia rappresentava il primo passo per estendere il suffragio oltre ad «introdurre il criterio della ridistribuzione dei seggi¹⁴⁹» che rifletteva in modo certamente più attendibile la distribuzione demografica, anche se, come rileva Duncan Tanner nel sistema elettorale voluto dai *Whigs* sia le aree industriali che le città erano sottorappresentate¹⁵⁰. Pur riducendo il numero di piccoli collegi, la cui rappresentanza era oramai ingiustificata, altri – spesso erano collegi *Whigs* – rimasero, mentre «circa un quinto¹⁵¹» dei rappresentanti ai Comuni continuavano ad essere eletti in collegi ove il corpo elettorale era composto da meno di cinquecento elettori e furono mantenuti «almeno cinquanta collegi¹⁵²» controllati da un grande proprietario terriero o da un Pari.

La riforma elettorale portò il numero degli aventi diritto al voto da circa il 13% al 18% dei cittadini maschi adulti¹⁵³ e provocò da un lato la riduzione dell'influenza aristocratica e del patronato regio sulla composizione dei Comuni¹⁵⁴, dall'altro lato fornì un notevole apporto sia alla nascita dell'organizzazione partitica¹⁵⁵ che all'introduzione delle moderne pratiche politiche¹⁵⁶ che alla sostituzione dei programmi locali con le piattaforme delle formazioni nazionali¹⁵⁷. I partiti, da semplici espressioni di *club* e circoli, iniziarono a diventare organizzazioni della società, anche se l'assenza di una struttura poco rigida fece sì che i deputati alla Camera dei Comuni continuassero a comportarsi in modo indipendente dalle decisioni prese dal leader dello schieramento cui appartenevano¹⁵⁸.

Pertanto è singolare osservare come l'atto del 1832, il quale aveva eliminato molti arcaismi presenti fino a quel momento e ridotto le occasioni di abusi elettorali,

148 P.G. LUCIFREDI, *op. loc. ult. cit.*

149 P.G. LUCIFREDI, *op. loc. ult. cit.*

150 D. TANNER, *op. cit.* p. 6.

151 D. TANNER, *op. loc. ult. cit.*

152 D. TANNER, *op. loc. ult. cit.* La Camera dei Comuni era comunque più rappresentativa rispetto a quelle previste in altri paesi europei nonostante la permanenza della sua natura d'*élite*. «La stessa - scrive Carlo Ghisalberty - celebratissima riforma inglese del 1832, che tendeva a razionalizzare il metodo di elezione della Camera dei Comuni allargando insieme il diritto di voto, non aveva se non marginalmente alterato il carattere elitario della sua composizione, che pure rispetto a quella di altri ordinamenti del continente appariva più rappresentativa». C. GHISALBERTI, *Istituzioni e società civile nell'età del Risorgimento*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 139. Sui sistemi elettorali coevi in Europa v. T. KÜHNE, *Il caso tedesco*, in *I sistemi elettorali in Europa tra otto e novecento*, pp. 36 – 38; P. HARISMENDY, *Il caso belga* pp. 131 – 134.

153 D. TANNER, *op. loc. ult. cit.*

154 M. CARVALE, *op. cit.* p. 293.

155 G. CARVALE, *Leader e sistema di partito in Gran Bretagna*, il Politico, 58, 4, Rubbettino, Catanzaro, 1993, p. 533.

156 F. CAMMISA, *Tecniche costituzionali alla prova dei fatti: governo misto e separazione dei poteri nel modello inglese e francese*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 113.

157 J. A. PHILIPS – C. WETHERELL, *The Great Reform Act of 1832 and the Political Modernization of England*, The American Historical Review, Vol. 100, n. 2, 1995, p. 432. «National party platforms replaced local partisan or non-partisan concerns».

158 M. CARVALE, *op. cit.* p. 293.

dichiarò espressamente per la prima volta «l'esclusione delle donne dal suffragio¹⁵⁹». Fino a quel momento tale estromissione aveva avuto un fondamento consuetudinario mentre con il *Reform Act* divenne una norma prevista dalla legge nei «nuovi collegi elettorali creati in forza del trasferimento della franchigia dai “borghi putridi” alle grandi città, mentre mantenne un fondamento convenzionale nel resto del territorio¹⁶⁰».

Il *Reform Act* del 1832 portò da un lato al sensibile rafforzamento del ruolo dei Comuni – intesi come manifestazione della rappresentanza del popolo e non più delle diverse comunità – in seno al parlamento¹⁶¹; dall'altro lato contribuì alla riduzione delle «più macroscopiche disuguaglianze trasferendo seggi da zone sovrarappresentate a zone sottorappresentate¹⁶²».

La redistribuzione dei seggi in particolare richiese di abbandonare «il principio medioevale della corporazione privilegiata e riconoscere come base per l'attribuzione del diritto di rappresentanza il principio popolare¹⁶³». Il diritto alla rappresentanza fin dalla sua nascita era attribuito dal re come privilegio alle corporazioni dei borghi, delle città e delle contee; mentre dopo il 1832 fu «una frazione del popolo indifferenziato¹⁶⁴» che divenne titolare del diritto di essere rappresentato¹⁶⁵.

159 A. TORRE, *Costituzione e sistema elettorale in Gran Bretagna*, p. 246.

160 A. TORRE, *op. loc. ult. cit.*

161 M. CARAVALE, *op. cit.* p. 293.

162 S. ORTINO, *op. cit.* p. 167.

163 S. ORTINO, *op. loc. ult. cit.*

164 S. ORTINO, *op. loc. ult. cit.*

165 S. ORTINO, *op. loc. ult. cit.*

SPAZI URBANI, SPAZI DI INCLUSIONE.*

Antonio Gusmai**

Abstract [ITA]: il contributo mette in relazione, in chiave costituzionale, due complesse tematiche divenute ormai inscindibili nella realtà contemporanea. Ci si riferisce, in particolare, da una parte alla vivibilità sostenibile degli insediamenti umani; dall'altra, al diritto sociale e fondamentale all'abitare. Entrambi i temi, invero, non esauriscono la loro funzionalità all'interno della costruzione fisica dell'*urbs*. Tanto le attività di pianificazione quanto le singole abitazioni prendono forma, infatti, in un contesto territoriale da intendersi come "spazio politico" e "teatro della democrazia". Precipuo obiettivo del lavoro è quello, dunque, di mettere in rilievo l'importanza dell'utilizzo degli strumenti partecipativi nella determinazione delle trasformazioni territoriali. Al fine, naturalmente, di tentare di offrire qualche "nuova" prospettiva utile agli sviluppi dello Stato-comunità del prossimo futuro.

Abstract [ENG]: the essay relates, in a constitutional key, two complex themes that are inseparable in contemporary reality. We refer to the sustainable livability of human settlements and to the social and fundamental right to housing. These two themes do not exhaust their own meaning within the physical construction of the *urbs*. Both urban planning activities and individual homes, take shape in a territorial context to be understood as a "political space" and "theatre of democracy". In this perspective, the paper aims to show how important it is to use participatory tools in determining territorial transformations. Lastly, the essay tries to offer some "new" perspectives that can be useful for the community development in the near future.

SOMMARIO: 1. Geografia politica degli spazi urbani. 2. Città e «biopolitica». 3. L'«abitare sociale» tra interpretazione costituzionale e PNRR. 4. Sulla rilevanza costituzionale dell'urbanistica 5. La rigenerazione urbana nell'agenda politica. 6. Sulla necessità di democratizzare l'urbanistica.

7. Geografia politica degli spazi urbani.

Nella contemporaneità, le città hanno assunto un'importanza strategica di grande rilievo sul piano economico e sociale¹. Per certi aspetti, alcune realtà locali sembrano

¹* Il contributo costituisce una rielaborazione del testo della relazione presentata alla XLII Conferenza Scientifica Annuale dell'Associazione Italiana di Scienze Regionali (AISRe), svoltasi in collaborazione con il Joint Research Centre della Commissione Europea, "Territorial challenges in the post-covid era", in data 8-10 settembre 2021.

aver di gran lunga superato la forza del “Leviatano”. È invero l’interazione di poche metropoli dislocate nel mondo a determinare le sorti del pianeta, non più il solo esercizio della “sovranità” degli Stati nazionali². Quest’ultima, anzi, rendendo oltremodo «illusori, perché da esse contraddetti, i principi di pace e di uguaglianza e i diritti fondamentali di tutti, pur stabiliti in quella embrionale Costituzione del mondo che è formata dalla Carta dell’Onu e dalle tante dichiarazioni e convenzioni sui diritti umani»³.

Basti pensare a snodi nevralgici come New York, Londra, Shanghai, Tokyo, Parigi, Francoforte, Milano, etc., i quali appaiono ormai catapultare il territorio costituzionalmente inteso oltre i confini geografici, a distanza siderale dalle istanze democratico-sociali che legittimano l’esistenza dello Stato costituzionale⁴. Si è ormai al cospetto, come di recente è stato rilevato, di «città-Stato e senza Stato», ossia a quelle che la dottrina comparatistica chiama «*Info-City States*»⁵.

A tratti, si potrebbe dire, sembra essere tornati indietro nel tempo: a quando, nell’Europa occidentale del secolo XI, sul piano istituzionale erano i “Comuni” i centri nevralgici del sistema politico, mentre i poteri centralizzati in un macro Ente – come quello statale – costituivano un fenomeno ancora sconosciuto ed inimmaginabile nella frastagliata e magmatica realtà sociale⁶. In altri termini,

** Ricercatore TDb in Istituzioni di diritto pubblico nell’Università degli Studi di Bari “A. Moro”.

A rilevarlo, ormai alcuni anni orsono, era già G. AMENDOLA, *La città postmoderna. Magie e paure della metropoli contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

2 Ne dà ampiamente conto S. SASSEN, *Le città nell’economia globale*, il Mulino, Bologna, 2010, 3 ss. Da ultimo, sul problematico rapporto tra città e dimensione statale, come tale implicante la ridefinizione di tradizionali e consolidate categorie giuridiche, si veda F. PIZZOLATO – G. RIVISECCHI – A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022.

3 A rilevarlo è, da ultimo, L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra. L’umanità al bivio*, Feltrinelli, Milano, 2022, 76.

4 Sul punto, sia consentito il rinvio ad A. GUSMAI, *Il territorio come spazio politico interculturale*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. II/2019.

5 Si vedano, in merito, le considerazioni di G. TIEGHI, *Info/City States: la città ‘oltre lo Stato’*. *Dalla Connectivity alla City Diplomacy*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 1285 ss., la quale evidenzia che «si tratta di un numero crescente di città dinamiche o città-stato la cui azione di promozione di due diverse tendenze appare di significativo interesse sul piano dell’indagine sia teorica che pratica: in una prospettiva interna, una nuova combinazione di democrazia e dati attraverso nuovi strumenti di *governance*; in quella esterna, una nuova concezione delle relazioni internazionali. Sul primo versante, i casi di Singapore e i tentativi australiani di imitazione del modello offrono lo spunto per un ripensamento del rapporto tra democrazia e *data*, non scevro da profili di criticità correlati sia al tentativo di non escludere la politicità dal circuito generato dalla c.d. *direct technocracy* sia, d’altro lato, di rinvenire un adeguato bilanciamento tra idee tecnocratiche e prassi democratica. Sul secondo versante, alcune sperimentazioni, tra le quali da ultimo quelle di Cina e Sud America, impongono di non sottovalutare nuove linee di ricerca e nuove prassi. Il tentativo è quello di rispondere all’esigenza di ripensare la politica estera e le relazioni diplomatiche proprio riconoscendo alle città-rete il ruolo di protagoniste della c.d. *connettività*; non, dunque, come realtà chiuse, ma come agglomerati fondati su infrastrutture (c.d. *connettività*) che connettono il mondo (ben oltre lo Stato, cioè superando il potere degli Stati nazionali)» (p. 1288).

6 Ancora troppo spesso, una certa *vulgata* tende a considerare il Medioevo alla stregua di un periodo c.d. buio, in cui tutte le arti, anche quella giuridica, avrebbero conosciuto un impoverimento contenutistico tradottosi in confusione di forme e, nel caso specifico del diritto, di fonti. Tuttavia, si tratta di una esegesi del tutto riduttiva,

l'affermazione dei grandi centri economico-finanziari contemporanei⁷ potrebbe essere letta come una sorta di vera e propria «rinascita delle città-stato» che, per molti aspetti, ha già detronizzato lo Stato nella dimensione istituzionale-globale, ormai ricca di interconnessioni germoglianti dalla cooperazione locale⁸.

In uno scenario come quello odierno non può pertanto non assumere rilievo, per la scienza costituzionale, la conformazione degli spazi urbani⁹. È a partire da questi che si strutturano gli spazi pubblici della convivenza politica. Ed è sempre entro l'urbe che drammaticamente germogliano gli spazi di marginalità e di esclusione sociale¹⁰. Specie negli ultimi anni, il decentramento e la riconversione del sistema produttivo, oltre che il declino di alcuni settori industriali, hanno causato il decadimento e l'insorgere di gravi criticità in vaste aree urbane¹¹.

come ha messo in evidenza, prima e più di altri, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 41 ss. Per di più, con riferimento specifico al «mito» dell'autonomia delle realtà comunali italiane, non è mancato chi ha evidenziato, in chiave storica, la profonda incidenza di una simile concezione comunale «repubblicana» sullo sviluppo, niente affatto lineare, del parlamentarismo in Italia. A tal proposito, A. MATTONE, *I miti fondatori del parlamentarismo italiano*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, Einaudi, Torino, 2001, 15, ha fatto notare che «L'immagine di una mitica e felice età dei comuni, espressione di una dinamica vita economica fondata sul commercio e sulla mercatura di una società urbana in stridente opposizione con le rigide gerarchie del mondo feudale, di istituzioni municipali libere e democratiche, ha influenzato profondamente, sin dagli inizi dell'Ottocento, gli orientamenti della storiografia. Ciò spiega perché in Italia non abbia attecchito, nel XIX secolo, un forte interesse per la storia dei parlamenti e delle assemblee rappresentative cetuali, considerati non a torto come il simbolo del feudalesimo e privi del fascino patriottico di un Medioevo italiano essenzialmente cittadino o addirittura libertario».

7 La cui diffusione, soprattutto se correlata alle numerose attività economico-finanziarie che in esse trovano uno snodo fondamentale, sembra tratteggiare una vera e propria «rete», secondo l'evocativa immagine utilizzata da M. CASTELLS (1996), *La nascita della società in rete*, Università Bocconi Editore, Milano, 2014.

8 Linea di sviluppo, quest'ultima, su cui si è soffermato P. KHANNA, *La rinascita delle città-stato. Come governare il mondo al tempo della devolution*, Fazi, Roma, 2017. Sulla ambivalente centralità della forma urbana all'interno del sistema economico globale, in quanto potenzialmente «agita, se non usata, dai grandi attori della globalizzazione economica», ma anche – e al contempo – strumento di condivisione «dal basso» di modelli di rigenerazione urbana, nell'alveo degli innovativi paradigmi d'azione propri delle c.d. *smart cities*, si veda F. PIZZOLATO, *Economia globale e città: note introduttive su una dialettica centrale per le democrazie del XXI secolo*, in *Economia Pubblica. The Italian Journal of Public Economics and Law*, n. 1/2020, 105 ss.

9 Come ha evidenziato G. COMAZZETTO, *La città nel processo di integrazione europea*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2021, 478, «Nella modernità le città europee sembrano oscillare tra l'essere i luoghi ove massimamente si produce una tensione produttiva di innovazioni politiche e costituzionali (*lato sensu* intese), e l'essere le spettatrici passive dei processi capitalistici – subendone anzi le dinamiche, in quanto esse sono le fondamentali «vie di scorrimento» di persone, mezzi, servizi e capitali, e oggi anche le sedi privilegiate delle società finanziarie e dei centri di gestione dei servizi avanzati, nonché i nodi di quella *rete* a cui sempre più assomiglia il sistema globale».

10 Ragionando sulla ancora eccessiva esclusione di forme di partecipazione della collettività cittadina dai processi di trasformazione urbana, S. SETTIS, *Architettura e democrazia. Paesaggio, città, diritti civili*, Einaudi, Torino, 2017, 77-78, evidenzia che «Le comunità degli esclusi non possono rinunciare né alla libertà di parola né alla rivendicazione dei loro diritti. Una formula di recente invenzione, *diritto alla città*, include, riassume e rilancia un orizzonte dei diritti civili che ci riguarda da vicino, perché interroga la nostra concezione della società. Perciò protestare *in* città, protestare *per* la città, vuol dire intenderla non come spazio neutro ma come teatro della democrazia. E, se città e paesaggio sono le due facce di una stessa medaglia, non può esservi «diritto alla città» senza «diritto al paesaggio»».

11 Per un inquadramento generale della problematica, qui soltanto accennata, si veda C. SARACENO, *Il welfare. Tra vecchie e nuove disuguaglianze*, il Mulino, Bologna, 2021.

Di tutto ciò è consapevole non solo l'Unione Europea¹², ma anche l'attuale Governo politico-tecnico, il quale mostra di saper bene che la stessa emergenza sanitaria, sul piano sociale, altro non ha fatto che accendere una serie di riflettori su questioni già note e prossime al collasso. Invero, si legge nel *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, "la pandemia di Covid-19 è sopraggiunta in un momento storico in cui era già evidente e condivisa la necessità di adattare l'attuale modello economico verso una maggiore sostenibilità ambientale e sociale"¹³.

E così, come si vedrà, all'interno della Missione 5 – "*Coesione e Inclusione*" dello stesso PNRR (in particolare, si veda M5C2 intitolata "*Infrastrutture sociali, Famiglie, Comunità e Terzo settore*"), sono stanziati risorse sia per la rigenerazione urbana e territoriale, che per il c.d. *housing sociale*¹⁴. Investimenti, questi, finalizzati ad incrementare la "qualità dell'abitare" nell'ottica di un "benessere" che sappia essere "equo e sostenibile" ("BES", come si legge nel glossario del PNRR), senza incorrere in discriminazione alcuna¹⁵, attraverso anche la predisposizione di "programmi urbanistici partecipati"¹⁶.

Come intuisce Zygmunt Bauman, nelle città moderne – sempre più centro di contaminazione tra razze e culture – si decideranno le sorti dell'umanità: è qui che il bisogno di sicurezza si confronta con le limitazioni della libertà; è qui che la mixofilia lotta contro la mixofobia, il terrore con le speranze, la paura dell'altro con l'accettazione e la comprensione. Trasformare la convivenza tra culture diverse da

12 Si pensi, da ultimo, al Regolamento 2021/1060 del Parlamento e del Consiglio europeo, del 24 giugno 2021, recante disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'agricoltura. A ben vedere, infatti, all'art. 32 si può leggere che «Al fine di mobilitare meglio le potenzialità a livello locale è necessario rafforzare e agevolare le iniziative di sviluppo locale di tipo partecipativo. Tale attività dovrebbe tenere presenti le esigenze e le potenzialità locali, oltre alle pertinenti caratteristiche socioculturali, e dovrebbe prevedere cambiamenti strutturali, costruire capacità nelle comunità e stimolare l'innovazione. Dovrebbero essere rafforzati la stretta cooperazione e l'utilizzo integrato dei fondi e del FEASR per realizzare strategie di sviluppo locale. È di importanza cruciale che ai gruppi di azione locale, che rappresentano gli interessi della comunità, siano responsabili dell'elaborazione e dell'attuazione delle strategie di sviluppo locale di tipo partecipativo. Al fine di agevolare il sostegno coordinato di fondi diversi e del FEASR alle strategie di sviluppo locale di tipo partecipativo e di facilitarne l'attuazione si dovrebbe privilegiare il ricorso a un "fondo capofila". Quando è selezionato come fondo capofila, il FEASR dovrebbe seguire le norme stabilite per l'approccio basato sul "fondo capofila"». Sulla crescente, oggi più consapevole, attenzione riservata allo sviluppo urbano dalle fonti europee si soffermano G. COMAZZETTO, *La città nel processo di integrazione europea*, cit., spec. 484 ss.; C. MARI, *Rigenerazione urbana e città informale nel contesto europeo: profili evolutivi, vantaggi e criticità*, in *Federalismi.it*, n. 27/2021, 56 ss.; L. GRAZI (a cura di), *La città e l'Unione europea. La dimensione urbana tra percorsi storici e dinamiche di europeizzazione*, il Mulino, Bologna, 2013; E. CARLONI – M. VAQUERO PIÑEIRO, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in *Istituzioni del federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, n. 4/2015, Maggioli, 865 ss.

13 Per ulteriori approfondimenti, cfr. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (d'ora in avanti abbreviato in PNRR), 9, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.governo.it>.

14 Sul punto, si vedano le riflessioni di F. GASPARI, *Il social housing nel nuovo diritto delle città*, in *Federalismi.it*, n. 21/2018, 1 ss.

15 Tant'è che nel PNRR si fa esplicito riferimento alla "multiculturalità", oltre che all'"equità tra i generi". A tal proposito si veda PNRR, cit., 209.

16 Sul punto cfr., ancora, PNRR, cit., 214.

minaccia in risorsa è compito della politica, attraverso la mediazione del diritto, delle istituzioni tanto pubbliche quanto private, di chi pianifica le città e di chi le costruisce. Ma, soprattutto, è compito di chi le abita¹⁷.

Le città sembrano così costituire una specola privilegiata dalla quale osservare la concreta realizzazione di non pochi principi e diritti costituzionali. Proprio per l'importanza assunta dagli enti locali nella c.d. post-modernità, essi possono rappresentare luoghi di retroazione di molteplici, nuove forme di disuguaglianza¹⁸.

Il contributo intende indagare alcune delle connessioni esistenti tra l'uso degli spazi urbani e i diritti e i doveri gravanti sui consociati all'interno della nostra democrazia sociale. Relazione, quest'ultima, in grado di offrire la cifra della più ampia realizzazione del diritto sociale e fondamentale all'abitare¹⁹, spettante di per sé alla persona umana all'interno di città da intendersi, il punto è cruciale, come «spazio politico»²⁰. Luogo in cui, cioè, territorio e collettività smettono di «distinguersi»²¹ dacché, per dirla con le parole di Jean-Pierre Vernant, si coltiva e realizza l'«universo spirituale della polis»²².

8. Città e «biopolitica».

Ogni questione che involge problematiche relative agli spazi urbani è, sul piano costituzionale, chiamata a fronteggiarsi con le concrete manifestazioni «microfisiche» del potere. Occorre dunque analizzare la «meccanica del potere» a partire «dal basso», nelle «lotte quotidiane», in una «trama storica [...] che rende conto della costituzione dei saperi, dei discorsi, dei campi di oggetti, ecc.»²³, specie se a rilevare sono tutte quelle disposizioni normative che possono avere una forte carica

17 Problematiche, queste, su cui ha avuto modo di ragionare, con la consueta eleganza ricostruttiva, Z. BAUMAN, *Città di paure, città di speranze*, Castelveccchi, Roma, 2018.

18 È questa la conclusione cui giunge E. OLIVITO, *(Dis)eguaglianza, città e periferie sociali: la prospettiva costituzionale*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 1/2020, 19 ss.

19 Come ha rilevato P. LOMBARDI, *Riflessioni sul diritto all'abitazione tra Carta sociale europea, Corte costituzionale e PNRR*, in *Federalismi.it*, n. 7/2022, 127, «Parlare di diritto all'abitazione significa certamente porre al centro dell'attenzione la città, contenitore di "spazi" di vita o, ancora meglio, di "luoghi" di vita: il concetto di "luogo" rimanda, infatti, ad uno spazio della città particolarmente significativo per l'esistenza e per le relazioni (familiari e non) di un soggetto, per il suo collegamento con la sfera più intima della persona e per la sua attitudine a creare momenti d'incontro che favoriscono il contratto sociale e lo sviluppo degli assi portanti della convivenza».

20 Secondo l'efficace espressione utilizzata da G.M. LABRIOLA, *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, in *Istituzioni del Federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, n. 1/2018, 7.

21 E. BENVENISTE, *Città e comunità*, in ID., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Einaudi, Torino, 2001, Vol. I (*Economia, parentela, società*), lib. III, cap. VI, 2001, 279 ss.

22 J.-P. VERNANT, *Le origini del pensiero greco*, Editori Riuniti, Roma, 1997, 47 ss.

23 M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Einaudi, Torino, 1977, 10-11.

discriminatoria ed escludente²⁴. Come, ad esempio, quelle relative al diritto all'abitare del migrante²⁵.

Tra i primi a rendersene conto è stato Giorgio Agamben²⁶. Secondo il filosofo politico, il fatto che gli enti locali non abbiano più un «tessuto urbano continuo e relativamente omogeneo» ha portato le città a trasformarsi in dispositivi del potere nella forma della «governamentalità»²⁷. Specie le «metropoli», ammonisce, si sono trasformate in dispositivi di controllo, strumenti del nuovo ordine disciplinare del potere, attraverso l'azione congiunta di due paradigmi, quello della «lebbra» e quello della «peste» (qui Agamben riecheggia il Foucault di *“Sorvegliare e punire”*). Il primo parla di *esclusione*, essendo un meccanismo attraverso il quale i soggetti “problematici”, i “non desiderati” vengono riuniti e relegati in uno spazio specifico, separato dalla città dove possono essere più o meno agevolmente controllati (si pensi a tutti quei quartieri per lo più abitati da immigrati). Il paradigma della «peste» (oggi si potrebbe dire del «coronavirus») è ancora più sottile. Essa non può essere risolta attraverso una separazione, ma mediante una *localizzazione registrata e controllata*, attraverso comportamenti predefiniti, regolamentati e sorvegliati, dando origine a un sistema molto complesso, che tiene sotto controllo le differenziazioni individuali (si pensi, in definitiva, alla funzionalità degli *hotspot*)²⁸.

In effetti, alcune misure adottate dallo Stato-ordinamento non sembrano lasciare spazio a grossi equivoci: l'impressione è che esse rispondano esattamente alla preoccupante interazione e applicazione di questi due paradigmi. Paradigmi, è

24 Il tema del potere «microfisico» è assai complesso e non può, chiaramente, essere debitamente affrontato in questa sede. Sia pertanto ammesso, in merito, il rinvio ad A. GUSMAI, *Sovranità e «microfisica del potere»*, in A.M. NICO – G. LUCHENA (a cura di), *L'Unione europea e i «diritti abbandonati»*, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, fasc. n. 2/2016, 107 ss.

25 Naturalmente, se si osserva, in prospettiva diacronica, il sistema migratorio globale, occorre rilevare che tali condizioni discriminatorie ed escludenti sono state spesso subite dal cittadino italiano emigrato oltre i confini dello Stato. Come rileva M. PATTI, *Emigrazione ed immigrazione in Italia. Un quadro delle politiche migratorie dall'età liberale alla Bossi-Fini*, in D. CIAFFI – F. PARISI – M. PATTI (a cura di), *Migrazioni. Diritto e società*, Cedam, Padova, 2018, 24-25, «l'Italia si è infatti per decenni inserita come paese d'emigrazione piuttosto che d'immigrazione. [...] Dalla Grande Emigrazione Otto Novecentesca, vera e propria epoca nazionale che caratterizza l'Italia liberale, alle migrazioni interne e verso i territori dell'impero coloniale organizzate dal regime fascista, sino alla ripresa dell'emigrazione di massa nell'Italia repubblicana, le politiche istituzionali furono quindi pensate ed elaborate per gli emigranti. [...] Ad ogni modo, non può certo dirsi che l'immigrazione straniera in Italia sia stata un fenomeno sconosciuto o assente. [...] Ma ad emergere clamorosamente è il modo in cui un fenomeno complesso come quello dell'immigrazione, raramente storicizzato nel dibattito pubblico, sia stato invece affrontato, soprattutto dagli anni Novanta in poi e sia a destra che a sinistra (legge Martelli 1990; legge Turco-Napolitano 1998; legge Bossi-Fini 2002; decreto Minniti-Orlando 2017) secondo logiche emergenziali, spesso legate all'agenda politica dei partiti». Chiaramente, le stesse considerazioni possono valere nel tempo presente, a partire dai decreti sicurezza Salvini e successive modificazioni. Per maggiori approfondimenti, da ultimo si veda, anche con riferimento al diritto all'abitare, P. MASALA, *L'inclusione sociale degli immigrati e i limiti alle politiche di esclusione: indicazioni dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 1/2022, 22 ss.

26 Il riferimento è a G. AGAMBEN, *La città e la metropoli*, in *Posse*, rivista on line, 13, 5 novembre 2007.

27 *Op. ult. cit.*, 1-2.

28 *Op. ult. cit.*, 3.

proprio il caso di dirlo, evidentemente da “respingere” in quanto frontalmente in contrasto con i principi – questi sì legittimamente paradigmatici – accolti dalla nostra democrazia costituzionale. Su tutti, eguaglianza di opportunità, non discriminazione e valorizzazione delle plurime dignità umane²⁹.

Di qui un’importante conseguenza di ordine costituzionale. Se è la stessa città ad essere diventata «biopolitica»³⁰, allora forse un buon inizio verso una concreta inversione di rotta potrebbe essere quello di ripartire dalla valorizzazione di ciò che è «comune». Sul piano normativo, la prima mossa sembra obbligata: occorre tendere alla rimozione di tutte quelle regole che producono dispositivi di soggezione e assoggettamento della persona umana³¹. Tutte le altre restano imprevedibili, ma almeno è auspicabile che si susseguano in contesti in cui le differenze avranno già trovato alloggio in spazi condivisi di libertà³².

29 Purtroppo, nel nostro Paese l’accoglienza dei migranti raramente è stata pianificata in modo organico. Più frequentemente le scelte sono state prese in regime di emergenza e per lo più hanno visto concentrare i nuovi arrivati in spazi accuratamente delimitati e ben separati dall’abitato. Si pensi, ad esempio, al Centro di accoglienza per richiedenti asilo (CARA) di Mineo, ex base militare americana in Sicilia, tra Catania e Caltagirone, composta da centinaia di villette recintate da filo spinato e in un contesto agricolo. Nel 2011 viene individuato come «villaggio della solidarietà» dal presidente del Consiglio e dal ministro degli Interni allora in carica per rispondere all’emergenza umanitaria della Primavera araba e agli sbarchi a Lampedusa. Nel corso degli anni questo luogo diventa teatro di proteste degli ospitanti pachistani, siriani, libici, africani subsahariani, di decine di etnie diverse, tutti in attesa dello *status* di rifugiati, che lamentano condizioni indecenti di igiene e sovraffollamento; si ripetono scontri con le forze dell’ordine; esplodono scandali nella gestione collegati all’inchiesta romana di “Mafia capitale”. Su scala globale, poi, si pensi al preoccupante tema delle *enclaves* etniche e urbane. Dai noti quartieri di Chinatown e Little Italy a New York fino ai “ghetti” etnici presenti nelle diverse città del mondo. La concentrazione urbana degli immigrati è una questione ben nota agli studiosi di migrazioni internazionali globali, consapevoli che i modelli spaziali della segregazione di popolazioni su base etnica rimandano localmente a situazioni che, a seconda dei casi, possono essere di informalità, illegalità, povertà, degrado, fino a evocare la matrice spaziale del campo di concentramento. Cfr. K. KOSER, *Le migrazioni internazionali*, il Mulino, Bologna, 2009, 128 ss.

30 È questa la tesi sostenuta da A. CAVALLETTI, *La città biopolitica. Mitologie della sicurezza*, Milano, 2005.

31 Si pensi ancora al caso del «trattenimento dello straniero». Come rilevano G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ – F. PALLANTE, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, Le Monnier Università, Firenze, 2019, 245-246, «in caso di violazione delle norme sull’ingresso nel territorio nazionale, è previsto il trattenimento dello straniero, per il tempo strettamente necessario per provvedere all’espulsione (ove non esistano le condizioni per concedere l’asilo), presso appositi centri. Tale «trattenimento», di fatto, equivale a una forma di carcerazione, spesso in condizioni inumane, anche se gli internati sono denominati ipocritamente «ospiti». Si comprende che siano stati sollevati molti dubbi sulla compatibilità con la Costituzione, stante la circostanza che queste persone che giungono nel nostro paese a partire dal loro, per ragioni di sopravvivenza, non hanno commesso nessun reato né si può supporre che ne commetteranno».

32 Come rileva A. NEGRI, *Il comune in rivolta. Sul potere costituyente delle lotte*, Ombre Corte, Verona, 2012, 186, oggi il luogo dell’assoggettamento è «il territorio metropolitano». «[...] È la metropoli, la fabbrica di oggi – con i suoi rapporti produttivi, le filiere di ricerca, i siti di produzione diretta e i flussi di circolazione/comunicazione, i treni di trasporto, separazioni e confini, crisi di produzione e di circolazione, forme diverse di impiego ecc. La metropoli: fabbrica modernissima come solo il prevalere del lavoro cognitivo nei processi di valorizzazione può determinare; eppure fabbrica antichissima nella quale come schiavi, migranti e donne, precari ed esclusi, sono parimenti messi al lavoro e lo sfruttamento investe ogni lato e momento della vita. La metropoli: fabbrica preindustriale che gioca le differenze di cultura e di *status* con gradi diversi di sfruttamento, le differenze di genere e di razza come differenze di classe: eppure fabbrica postindustriale dove queste differenze costituiscono il comune dell’incontro metropolitano, del meticciaggio continuo e creativo, dell’incrocio di culture e di vite. Un comune che nella metropoli può essere riconosciuto e portato alla luce». È

Le città sono corpi vivi alimentati dalla moltitudine. E, nel (ri)progettarle, occorre in parte ridisegnare e ricostruire la nostra idea di abitare che ancora oggi abitiamo.

3. L'«abitare sociale» tra interpretazione costituzionale e PNRR.

Se quelli appena visti appaiono investire gli aspetti, per così dire, politico-sociali del discorso sinora svolto, occorre adesso tentare di connettere tali profili con il dato normativo. A partire, naturalmente, dalle previsioni della Carta repubblicana.

Le città del nuovo secolo – quelle che in diritto costituzionale vengono identificate con l'espressione “autonomie locali” – «stanno diventando luoghi in cui la realtà della globalizzazione si produce materialmente attraverso l'incremento dell'immigrazione, della povertà, ma anche attraverso esperimenti che gli attori della globalizzazione in esso realizzano»³³. Abitarci, ormai da molto tempo, non è più soltanto una questione «d'uso» funzionale del suolo, ma anche e soprattutto un fatto che riguarda «il valore di scambio» e la mercificazione di molti aspetti della vita umana³⁴.

Eppure, come è stato detto, «la salute della democrazia comincia dalla difesa dei diritti dei cittadini»³⁵, ossia di coloro che di fatto contribuiscono alla crescita spirituale e materiale di un territorio abitato. Non a caso, afferma il giudice delle leggi proprio a proposito del «diritto all'abitazione», esso «rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione»³⁶. Uno Stato che, pertanto, non tollera discriminazioni di alcun tipo³⁷.

dunque il «comune», secondo Negri, il luogo che si dà per costruire il cambiamento. «Comune», ossia «contemporaneamente ciò che gli uomini e le donne costruiscono insieme (ciò che il capitale vorrebbe catturare e convertire nella duplice forma dell'appropriazione privata e dell'appropriazione statale) e il nome di un progetto politico per la moltitudine» (p. 13).

33 Così A.M. POGGI, *Le dimensioni spaziali dell'eguaglianza*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 1/2020, 340, rievocando gli studi di S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Bruno Mondadori, Milano, 2008. Il fenomeno migratorio, poi, non può che incidere sulla tenuta degli equilibri sociali, politici ed economici delle realtà interculturali contemporanee, determinando un moto entropico destinato a riverberarsi sulla stessa morfologia della collettività statale e, per quel che più rileva, urbana. In argomento, possono tornare utili le considerazioni di F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e Welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, in *Le Regioni*, n. 6/2008; di L. RONCHETTI, *La cittadinanza sostanziale tra Costituzione e residenza: immigrati nelle regioni*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 2/2012, e, in una prospettiva di più ampio respiro, di V. DE CESARIS, *Il grande sbarco. L'Italia e la scoperta dell'immigrazione*, Guerini e Associati, Milano, 2018.

34 Ne dà ampiamente conto H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, Ombre Corte, Verona, 2014, 17 ss.

35 S. SETTIS, *Se Venezia muore*, Einaudi, Torino, 2014, 103, a detta del quale i «diritti dei cittadini» possono essere riassunti nel «diritto alla città»: «Perché non c'è diritto alla città senza il riconoscimento della priorità del bene comune e della funzione sociale della proprietà. E una città senza diritto alla città è una città senza cittadini, una scorza vuota».

36 Per richiamare le perspicue argomentazioni della Corte costituzionale, sentenza n. 217/1988, *considerato in diritto* 4.2.

37 Sul “contenuto” del diritto all'abitazione riflette M. AINIS, *Se la casa è un diritto*, in *Quad. cost.*, 2007, 837 ss. Da ultimo, il rapporto tra smart city e dimensione interna dell'abitare è indagato da M. SESSA, *La dimensione intima della smart city. La casa nell'aggregato urbano smart*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione. Studi di teoria e ricerca sociale*, n. 1/2021.

Stando al dettato costituzionale si potrebbe essere indotti a credere diversamente. L'unico riferimento presente nella Carta fondamentale al «diritto all'abitazione» è, infatti, quello contenuto nell'art. 47 Cost. La Repubblica, si legge in Costituzione, «favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione»³⁸.

Tale disposizione non deve però trarre in inganno. Non si riferisce soltanto alle mura inanimate di un immobile, ossia «alla casa» o «all'abitazione»³⁹. Una più attenta lettura storico-evolutiva dell'insieme delle disposizioni della stessa Costituzione⁴⁰ appare, infatti, condurre al riconoscimento di un *diritto sociale e fondamentale all'abitare spettante di per sé alla persona umana*⁴¹, nonostante la giurisprudenza costituzionale abbia a lungo annoverato il diritto all'abitazione tra le situazioni giuridiche soggettive attive finanziariamente condizionate⁴².

38 Riferimento costituzionale, questo, che «apre (...) una prospettiva di analisi che guarda necessariamente anche ai processi di finanziarizzazione dell'economia, in una accezione che si palesa oggi di assai rilevante attualità». Così, F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Istituzioni del federalismo. Rivista di Studi giuridici e politici*, 2010, 241.

39 Il punto è evidenziato da E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Jovene, Napoli, 2017, 2 ss. Seppur in una prospettiva diversa, sul diritto all'abitare si veda anche G. CATALDO, *Verso l'ossimoro di una tutela elusiva del diritto all'abitazione? Riflessioni a margine di due pronunce della Corte costituzionale in materia di edilizia residenziale pubblica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017. Sullo stesso argomento, con particolare riferimento alla possibilità per gli stranieri di potere esercitare il diritto all'abitare in vista del conseguimento di una sempre più approfondita integrazione sociopolitica, si vedano C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018; M. MEO, *Il diritto all'abitazione degli stranieri quale presupposto per un'effettiva integrazione*, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; A. LOLLO, *Abitazione degli stranieri e diritti*, in A. MORELLI – L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino, 2014; M. MAZZOTTA, *L'abitazione, diritto ed onere dello straniero. Alcuni spunti di riflessione*, in www.gruppodipisa.it, n. 3/2012; e, in una prospettiva europea, G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 4/2018.

40 Come tale avvertita delle virtualità espansive di tutela dischiuse dall'art. 117 Cost., «che chiama lo Stato e le Regioni ad esercitare la potestà legislativa nel rispetto non solo della Costituzione, ma anche “dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”». Così P. LOMBARDI, *Riflessioni sul diritto all'abitazione*, cit., 131, cui si rinvia per una ricognizione della normativa europea stratificatasi in tema di «diritto all'abitazione» e per la relativa ricezione giurisprudenziale nell'ordinamento italiano.

41 Una conclusione, questa, rafforzata dalle considerazioni contenute nella sentenza n. 166 del 2018 della Corte costituzionale. A commento di tale pronuncia, si vedano M. BELLETTI, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 30 gennaio 2019; D. TEGA, *Le politiche xenofobe continuano a essere incostituzionali*, in *Diritti Regionali*, n. 2/2018; C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 febbraio 2019.

42 Per averne contezza, si pensi a Corte costituzionale, sentenza n. 252 del 1989, con il relativo commento di A. PACE, *Il convivente more uxorio, il “separato in casa” ed il c.d. diritto “fondamentale” all'abitazione*, in *Giur. cost.*, 1988, 1801 ss. O, più di recente, all'ordinanza n. 32 del 2008, con la quale la Consulta respinge la questione di costituzionalità sollevata con riferimento al comma 41-bis dell'art. 3 della legge della Regione Lombardia 5 gennaio 2000, n. 1, attraverso la quale il legislatore regionale aveva introdotto un nuovo requisito tra quelli richiesti per la presentazione delle domande di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziali pubblica, stabilendo che «i richiedenti devono avere la residenza o svolgere attività lavorativa in Regione Lombardia da almeno cinque anni per il periodo immediatamente precedente alla data di presentazione della domanda». A detta del giudice delle leggi, infatti, una siffatta normativa non risulterebbe in alcun modo lesiva

Si tratta, cioè, di un diritto che in «società meticce» come quelle contemporanee si è sganciato sempre più da logiche incentrate sull'individuo (l'aspirante cittadino-proprietario dell'immobile di edilizia residenziale pubblica), a cagione delle sue concrete attitudini relazionali e sociali⁴³.

Il diritto all'abitare⁴⁴, invero, preconditione di un'esistenza libera e dignitosa, non può che essere considerato tenendo conto dei molteplici profili e aspetti funzionali che lo caratterizzano. Su tutti, il fatto che esso ormai operi in ordinamenti giuridici fortemente influenzati da contesti socio-urbanistici plurali e multietnici, in cui la «fobia della mescolanza si manifesta nella spinta a creare isole di similarità nel mare della varietà e della differenza»⁴⁵.

Il fattore dal quale sembra impossibile prescindere è, dunque, proprio questo: il diritto all'abitare dipende soprattutto dalle politiche abitative. Ed esse, come da tempo è stato detto, rappresentano tutt'oggi il «pilastro traballante» del *welfare state*⁴⁶. Ciò significa che «il progetto di trasformazione sociale che la Costituzione innerva ci

dell'art. 3 Cost., atteso che «il requisito della residenza continuativa, ai fini dell'assegnazione [di un alloggio], risulta non irragionevole (sentenza n. 432 del 2005) quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire (sentenza n. 493 del 1990), specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco (ordinanza n. 393 del 2007): sicché, non si può dire che, con riguardo all'accesso all'erp, la valutazione della durata della residenza o del lavoro sul territorio regionale costituisca «un fattore discriminatorio irragionevole e ingiustificato»». La normativa regionale lombarda in materia di accesso agli alloggi residenziali pubblici, seppur non del tutto coincidente con quella appena evocata, è poi al centro di un'ulteriore, recente pronuncia della Corte costituzionale: la sentenza n. 44 del 2020. Pronuncia, quest'ultima, con cui il giudice delle leggi ribalta, se così si può dire, quanto affermato nel 2008, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, co. 1, lett. b), della legge della Regione Lombardia 8 luglio 2016, n. 16, dal momento che, con riferimento all'art. 3, co. 1 Cost., esso «produce una irragionevole disparità di trattamento a danno di chi, cittadino o straniero, non ne sia in possesso» (del requisito della prolungata residenza o del prolungato svolgimento di attività lavorativa sul territorio regionale); e, con riferimento all'art. 3, co. 2 Cost. «perché tale requisito contraddice la funzione sociale dell'edilizia residenziale pubblica». Su tale ultima pronuncia della Consulta, cfr. C. DOMENICALI, *Sull'illegittimità del criterio del radicamento territoriale per l'accesso all'edilizia popolare: dalla condizionalità all'universalità dei diritti sociali?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, 573-585; F. CORVAJA, *Finale di partita. L'incostituzionalità dei requisiti di lungoresidenza previsti dalle leggi regionali quali condizioni di accesso alle prestazioni sociali*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2020, 431-455; C. CORSI, *Illegittimità costituzionale del requisito della residenza protratta per i servizi abitativi*, in *Questione giustizia*, 5 maggio 2020. Ricostruisce le argomentazioni e le motivazioni che hanno portato la Consulta ad un consimile cambio di paradigma, F. PALLANTE, *La dicotomia individualismo vs. comunitarismo in azione: il caso della lungoresidenza sul territorio regionale quale requisito condizionante l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 9/2022, 40 ss.

43 In argomento, sempre attuali le riflessioni di G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, 90 ss.

44 Al centro delle riflessioni di F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, cit., 231 ss., secondo il quale «L'inscindibile relazione tra la garanzia della effettività del diritto sociale ad un'abitazione e la, anche solo astratta, conseguente possibilità di aspirare al godimento di importanti ulteriori diritti fondamentali è già di immediata evidenza sol che si rifletta sui corollari del diritto ad un'abitazione salubre e dignitosa» (p. 232).

45 In tal senso, ancora, Z. BAUMAN, *Città di paure, città di speranze*, cit. 46.

46 È questa la nota conclusione cui è giunto, da tempo, U. TORGENSEN, *Housing: The Wobbly Pillar under the Welfare State*, in *Scandinavian Journal of Housing and Planning Research Supplement*, vol. IV, n. 1/1987, 116 ss.

sprona [...] a non credere che immaginare la fine del mondo sia più facile che rimuovere le diseguaglianze da cui è percorso»⁴⁷.

Del resto, non è un caso che il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, come s'è accennato in premessa, oltre a "rafforzare il ruolo dei servizi sociali territoriali come strumento di resilienza", pone due ulteriori obiettivi fra loro fortemente interconnessi: a) quello di "migliorare il sistema di protezione e le azioni di inclusione a favore di persone in condizioni di estrema emarginazione (es. persone senza dimora) e di deprivazione abitativa attraverso una più ampia offerta di strutture e servizi anche temporanei"; e b), l'obiettivo di "integrare politiche e investimenti nazionali per garantire un approccio multiplo che riguardi sia la disponibilità di case pubbliche e private più accessibili, sia la rigenerazione urbana e territoriale". Il tutto, da realizzarsi "senza consumo di nuovo suolo"⁴⁸.

Per far ciò, vengono stanziati più di nove miliardi di euro, gran parte dei quali serviranno all'incremento di infrastrutture "per affrontare le principali vulnerabilità sociali in materia di povertà materiale e disagio abitativo, attraverso il rafforzamento dei servizi sociali, l'adozione di modelli innovativi di presa in carico dei soggetti più fragili con iniziative di *housing sociale* sia di carattere temporaneo, che definitivo". Inoltre, "per il sostegno alle politiche per l'abitazione a prezzi più bassi (sostenibili) di quelli di mercato (*affordable housing*)" è "immaginato un meccanismo a leva con l'investimento in fondi target che propongono il progetto di *social housing*"⁴⁹.

5. Sulla rilevanza costituzionale dell'urbanistica.

Nella Costituzione repubblicana, dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, l'"urbanistica" compare nel nuovo art. 117, comma 3, sotto il nome di "governo del territorio". Diviene, infatti, una c.d. materia di competenza legislativa "concorrente" attribuita al legislatore regionale, nei limiti stabiliti dal Parlamento nazionale attraverso la previsione di leggi "quadro" o, che dir si voglia, "cornice". Di fonti, cioè, in grado di tracciare una sorta di perimetrazione della produzione normativa regionale finalizzata a non ingenerare differenziazioni territoriali oltre le quali lo stesso concetto di «autonomia» si confonderebbe con quello – altro – di «indipendenza», tipico degli Stati «sovrani»⁵⁰.

Ad oggi, però, una legge statale che annoveri principi uniformizzanti dell'attività legislativa regionale nella materia "governo del territorio" è ancora assente, non apparendo la legge n. 1150 del 1942 (c.d. Legge Urbanistica "fondamentale") allineata

47 Così, suggestivamente, E. OLIVITO, *(Dis)eguaglianza*, cit., 58.

48 Cfr. M5C2 del PNRR.

49 Sul punto, ancora, cfr. PNRR, cit., 209 ss.

50 Distinzioni, queste, messe in evidenza da G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ – F. PALLANTE, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, cit., 457 ss.

con il contesto socio-economico-istituzionale (post)moderno, radicalmente mutato dal periodo fascista. Con la duplice conseguenza, ancora da ultimo criticata dal giudice delle leggi, che Regioni ed enti locali agiscono: *a)* spesso in modo scomposto e scoordinato, andando a «parcellizzare» su tutto il territorio statale il «valore unitario e prevalente della tutela paesaggistica»; *b)* utilizzando come «cornice» legittimante la loro produzione normativa leggi statali «confinanti» con il «governo del territorio» (si pensi al d.lgs. n. 42 del 2004, ossia al Codice dei beni culturali e del paesaggio) che però non sono in grado di fungere organicamente da «quadro» principale della materia urbanistica⁵¹.

Se questa è la perdurante condizione che, sul piano della distribuzione territoriale del potere normativo, caratterizza la materia “governo del territorio”, è appena il caso di rammentare la necessità di un intervento del legislatore statale di natura, come si diceva, “organica”. Un intervento, cioè, capace di arginare il continuo susseguirsi di atti normativi antinomici, apparendo oltremodo sconveniente lasciare esclusivamente alle successive interpretazioni giurisprudenziali la ricomposizione dell’ordine del sistema costituzionale delle competenze. Esigenze di raccordo, queste, ormai improcrastinabili, visto che, come è stato detto, «la legislazione italiana in quest’ambito» ha «raggiunto un livello record di schizofrenia, poiché contempla non solo norme separate e contrastanti per paesaggio, ambiente, suoli agricoli, territorio, ma anche diverse autorità pubbliche a cui spettano le relative competenze; con l’ovvia conseguenza che le stesse istituzioni sono perpetuamente in conflitto fra loro, e l’interesse privato dei singoli facilmente prevale sul bene comune»⁵².

L’urbanistica, però, non può essere ridotta a mera materia tecnica. Essa non esiste cioè, sul piano costituzionale, soltanto perché il legislatore l’ha individuata – classificandola – come mera competenza normativa ripartita tra Enti. Come è stato detto, ad avere «centralità» è il «rapporto tra corpi urbani e spazi urbani, una ripresa tutta politica» che ha a che fare con «il diritto a esercitare la propria presenza negli spazi pubblici di una città, un gesto e una pratica che rimette in ballo la fisicità della città e dei suoi cittadini»⁵³.

51 Per averne contezza, si veda la recente sentenza n. 74 del 2021 della Corte costituzionale, in cui è contenuta una puntuale ricostruzione del panorama normativo disciplinante la materia, nel suo intreccio, a dire il vero alquanto ingarbugliato, tra livelli ordinamentali diversi.

52 S. SETTIS, *Architettura e democrazia*, cit., 130, il quale, poco sopra, aveva sottolineato che «nessun approccio, né legislativo né architettonico o urbanistico, sarà mai razionale ed efficace se non avrà tenuto conto del fatto elementare che questi termini definiscono di fatto uno stesso spazio di vita delle comunità umane, e che pertanto ogni separata regolazione dev’essere esplicitamente e accortamente raccordata con le altre». L’incidenza della categoria dei «beni comuni» sui tradizionali paradigmi d’azione ha evidenziato la necessità di ripensare questi ultimi in vista di una loro effettiva rigenerazione, nell’alveo di un ripensamento generale della stessa nozione di «bene pubblico». Sul punto possono trarre utili le riflessioni di G. MICCIARELLI, *I beni comuni e la partecipazione democratica. Da “un altro modo di possedere” ad “un altro modo di governare”*, in *Jura Gentium*, n.1/2014, 58-83.

53 Il riferimento è alle pregnanti riflessioni di F. LA CECLA, *Contro l’urbanistica. La cultura delle città*, Einaudi, Torino, 2015, 5.

Il governo del territorio, invero, ha i suoi effetti più rilevanti sulla vita della comunità: direttamente ed immediatamente incide sulla qualità della esistenza della persona umana, sui suoi bisogni, sul contesto in cui realizza le sue attività quotidiane indossando le vesti dell'*homo dignus*. Dignità umana che, una volta costituzionalizzata, «propone una lettura che la vede come sintesi di libertà e eguaglianza, rafforzate nel loro essere fondamento della democrazia»⁵⁴.

Le regole urbanistiche, infatti, determinano le stesse possibilità di realizzazione dei consociati all'interno di un territorio che non è mai soltanto spazio informe, ma anche storia, cultura, tradizioni, luogo (o non luogo) di possibilità per chi lo abita⁵⁵. Il territorio in cui viviamo è, infatti, da intendere soprattutto come *spazio politico* che riflette la precarietà degli equilibri economici e sociali chiamati a fare i conti con la c.d. "sostenibilità" dei contemporanei disequilibri ecosistemici⁵⁶.

Di qui, come si è già sostenuto in altra sede⁵⁷, l'opportunità di considerare il territorio dello Stato come *una forma geometrica incompiuta, luogo politico in cui democraticamente trova sempre nuovo spazio il pluralismo delle forze sociali*. È infatti la politica democratica e pluralista dello Stato a costruire geografie territoriali. È dal conflitto delle forze sociali che in esso si determinano che il territorio assume sempre nuove forme, mettendo in relazione lo spazio terrestre con l'evoluzione artificiale dei diritti e dei doveri gravanti sui cittadini di Stati non più omogenei per «tradizioni e culture»⁵⁸.

E così, poiché i confini dello Stato sono quelli determinati della partecipazione democratica, è lo stesso territorio che si trasforma in un vero e proprio «teatro della democrazia»⁵⁹. Proscenio, cioè, che in potenza vorrebbe come attrice protagonista,

54 Così, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 185.

55 Tuttavia, non sempre le regole urbanistiche si sono mostrate avvertite delle esigenze rilevate nel testo. A rilevarlo, in chiave particolarmente critica, è ancora F. LA CECLA, *Contro l'urbanistica*, cit., 12-13, secondo il quale «è interessante che l'urbanistica oggi riveli la sua povertà concettuale di fronte a questi cambiamenti. Essa è incapace, molto più delle scienze umane, abituate a fare i conti con i propri paradigmi, di rinnovarsi. È incapace perché ha perso "epistemologicamente" il senso della realtà. Si barriera e si difende dietro statistiche, mappe, trend e flussi ed è incapace invece di entrare nella vita fisica delle persone rispetto ai luoghi fisici della città. C'è in questa caduta di strumenti, in questa povertà intellettuale, la fine di una disciplina che si è arroccata dietro a un tecnicismo miope e che non ha mai voluto diventare una "scienza umana"». Sulla esigenza che le politiche e le regole urbanistiche non si traducano in strumenti di esclusione o atomizzazione degli individui, cfr. le sempre attuali riflessioni di T. MARTINES (1972), *Il "diritto alla casa"*, ora in ID., *Opere, IV, Libertà e altri temi*, Giuffrè, Milano, 2000, 11 ss.

56 Sul punto, cfr. S. TORRE, *Dominio, natura, democrazia. Comunità umane e comunità ecologiche*, Mimesis, Milano-Udine, 2013 e, da ultimo, l'analisi ricca di interessanti spunti ricostruttivi di Q. CAMERLENGO, *Natura e potere. Una rilettura dei processi di legittimazione politica*, Mimesis, Milano-Udine, 2020, 73 ss.

57 Sia consentito il rinvio ad A. GUSMAI, *Il territorio come spazio politico interculturale*, cit.

58 Profilo, quest'ultimo, su cui si sofferma, da ultimo, T. GROPPI, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, Laterza, Roma-Bari, 2021, 69 ss.

59 S'intende qui richiamare un'efficace definizione di S. SETTIS, *Architettura e democrazia*, cit., 5 e 161, il quale, concludendo uno dei suoi più preziosi lavori, così argomenta: «Perché sfidare i *confini difficili* fra città e paesaggio, decostruire i feticci di un neomodernismo corrivo (la megalopoli e il grattacielo) vuol dire tentare il recupero della dimensione sociale e comunitaria della cittadinanza. In un paesaggio, anche urbano, inteso come

nella definizione di politiche di programmazione e gestione delle trasformazioni delle città e del territorio, in misura sempre maggiore la popolazione che lo alberga. E dunque, di conseguenza, pretende l'affermarsi di un sistema di regolamentazione urbanistica che, a partire dalla fase di redazione del progetto di Piano regolatore, abbia la capacità di coinvolgere il più possibile tutti coloro che di fatto contribuiscono, o intendono contribuire in qualità di cittadini potenziali, al progresso spirituale e materiale del territorio ospitante. Oltre che, a sua garanzia, previsioni normative che assicurino la possibilità ai consociati di esperire «azioni popolari» contro «i devastatori del paesaggio», sulla falsariga di quanto prevedono, ad esempio, la Costituzione brasiliana e colombiana⁶⁰.

Non a caso, come si vedrà più oltre, sono sempre crescenti le esperienze territoriali di enti locali e Regioni che sperimentano modelli di c.d. “urbanistica partecipata”. Di un governo del territorio, cioè, che implica un ripensamento a monte della stessa natura delle regole urbanistiche, non più espressione del principio di autorità tipico del modello amministrativo proto-novecentesco, ma modello partecipativo che impone la più ampia condivisione della comunità nei processi di trasformazione sostenibile delle città⁶¹.

Ecco che allora si fa strada una lettura costituzionalmente orientata dell'urbanistica che ne individua l'ipotesi non solo nel pur rilevante regime giuridico della proprietà (art. 42 Cost.)⁶², ma soprattutto nella congiunzione del principio personalista (art. 2 Cost.) con quello dell'eguaglianza sia formale che sostanziale (art. 3 Cost.). Non per nulla, proprio il secondo comma dell'art. 42 impone alla legge di assicurare il godimento della proprietà pubblica e privata in una prospettiva che tenga conto di due insuperabili condizioni: in primo luogo la proprietà deve essere «accessibile a tutti», e questo dà l'idea anche della rilevanza del territorio inteso quale «qualità» dello spazio del vissuto; e poi, soprattutto, questa la seconda condizione, la proprietà deve avere una «funzione sociale», avere cioè un significato capace di trascendere i beni materiali, per sublimarsi nell'esistenza di un “ambiente” ex art. 117, comma 2, lett. s), inteso alla latina (da *ambiens-entis*, participio

teatro della democrazia, la forte responsabilità dell'architetto potrà contribuire al pieno esercizio dei *diritti civili*. Diritto alla città, diritto alla natura, diritto alla cultura meritano questa scommessa sul nostro futuro» (pp. 161-162).

60 Allo stesso modo di quanto previsto, nell'Italia liberale, dalla “legge Rava” del 1909, statuizione che il Senato bocciò dopo l'approvazione della Camera. Sul punto, si veda S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Einaudi, Torino, 2012 e ID., *Paesaggio Costituzione cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Einaudi, Torino, 2019, 308 ss.

61 A tal proposito, cfr. D. CIAFFI – A. MELA, *Urbanistica partecipata. Modelli ed esperienze*, Carocci, Roma, 2013, cui si rinvia per i necessari approfondimenti teorico-ricostruttivi.

62 La tutela costituzionale della proprietà si presta a diverse considerazioni, impossibili come tali da compulsare in poche righe. Per questo motivo, non può che rinviarsi allo studio particolarmente critico ma, sia detto per inciso, estremamente realistico di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, il Mulino, Bologna, 2013.

presente di *ambire*, “andare intorno, circondare”), ossia pensato come l’insieme armonico dei fattori viventi (biotici) e non viventi (abiotici) di un ecosistema⁶³.

E così, in definitiva, l’urbanistica si trasforma in uno strumento di potenziamento della «funzione sociale» della proprietà, «promuovendo un modello di organizzazione della vita comunitaria orientato alla solidarietà ed all’eguaglianza sostanziale della qualità di vita delle persone»⁶⁴.

6. La rigenerazione urbana nell’agenda politica.

Come è facilmente desumibile dal PNRR, obiettivo non dissociabile dall’“abitare sociale” è certamente quello della “rigenerazione urbana”⁶⁵. Quest’ultima, invero, è lo stesso *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* a ritenerla “strumento di supporto all’inclusione”, indispensabile “al recupero del degrado sociale e ambientale, attraverso, in particolare, la realizzazione di nuove strutture di edilizia residenziale pubblica e la rifunzionalizzazione di aree e strutture edilizie pubbliche esistenti”⁶⁶.

Su tale fronte, il Piano Nazionale sembra doversi salutare con favore. Ed infatti, al fine di ridurre situazioni di emarginazione e degrado socio-ambientale, l’approccio preso in considerazione appare avanguardista e sensibile ai processi democratici operanti “dal basso”. Si prendono invero in considerazione e si incentiva il coinvolgimento dei cittadini nella progettazione urbanistica ed edilizia: la prospettiva accolta sembra evidentemente essere quella del c.d. *Welfare Community* (come opposta al *Welfare State*), in ragione dello sforzo collettivo e congiunto di tutti (attori istituzionali, sociali ed economici) per la soddisfazione solidale dei bisogni delle persone⁶⁷.

63 Sul punto, sia consentito il rinvio ad A. GUSMAI, *La tutela costituzionale dell’ambiente tra valori (meta-positivi), interessi (mercificatori) e (assenza di) principi fondamentali*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, fasc. 1/2015, 128 ss.

64 È questa la conclusione cui giunge M.G. FEOLA, *Lineamenti di diritto urbanistico*, Pacini, Pisa, 2021, 4.

65 Sulla complessa tematica della rigenerazione urbana, si vedano le riflessioni di G. GARDINI, *Alla ricerca della “città giusta”. La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi.it*, n. 24/2020, 44 ss.

66 PNRR, cit., 210. Obiettivo prefissato dal PNRR è infatti quello di rivolgere «Un’attenzione particolare (...) ad interventi di rigenerazione urbana, anche come strumento di supporto all’inclusione soprattutto giovanile, e al recupero del degrado sociale e ambientale, attraverso, in particolare, la realizzazione di nuove strutture di edilizia residenziale pubblica e la rifunzionalizzazione di aree e strutture edilizie pubbliche esistenti. Nell’ambito di tali interventi, attenzione particolare sarà rivolta anche ad identificare soluzioni alloggiative dignitose per i lavoratori del settore agricolo volte a superare il fenomeno degli insediamenti abusivi, che creano un terreno fertile per l’infiltrazione di gruppi criminali e favoriscono caporalato e sfruttamento lavorativo in agricoltura. Tali interventi saranno inquadrati in un percorso di Riforma per l’accompagnamento della strategia di contrasto al caporalato e allo sfruttamento dei lavoratori attraverso il superamento degli insediamenti abusivi sul territorio nazionale, già identificati nell’ambito della strategia delineata nel Piano Triennale (2020-22) di contrasto al lavoro sommerso in agricoltura. Infine, è riconosciuto un ruolo strategico alla riqualificazione delle strutture sportive, volte a favore l’inclusione e l’integrazione sociale attraverso la diffusione della cultura dello sport, e alla progettazione urbana integrata, tesa alla rivitalizzazione e al miglioramento di ampie aree urbane degradate del territorio nazionale».

Tra le diverse tipologie di azioni previste⁶⁸ spicca quella dei “Piani Urbani Integrati”. Si tratta di un intervento dedicato alle periferie delle Città metropolitane che prevede una “pianificazione urbanistica partecipata”, con l’obiettivo di trasformare territori vulnerabili in “città smart e sostenibili”, limitando il consumo di suolo edificabile⁶⁹. Inoltre, sempre in un’ottica partecipativo-istituzionale, nelle aree metropolitane si potranno realizzare sinergie di pianificazione tra il Comune “principale” ed i Comuni limitrofi più piccoli, con l’obiettivo di ricucire tessuto urbano ed extra-urbano, al fine di colmare “deficit infrastrutturali e di mobilità”⁷⁰.

67 In argomento, possono tornare utili le riflessioni di V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell’ANAC al Codice del Terzo settore*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018. Riflettono sulla medesima problematica, benché in una prospettiva almeno parzialmente diversa, anche G. BRUNETTA – S. MORONI, *La città intraprendente. Comunità contrattuali e sussidiarietà orizzontale*, Carocci, Roma, 2011.

68 Nello specifico: manutenzione per il riutilizzo e la rifunionalizzazione di aree pubbliche e strutture edilizie pubbliche esistenti a fini di pubblico interesse, compresa la demolizione di opere abusive eseguite da privati in assenza o totale difformità dal permesso di costruzione e la sistemazione delle aree di pertinenza; miglioramento della qualità del decoro urbano e del tessuto sociale e ambientale, anche attraverso la ristrutturazione edilizia di edifici pubblici, con particolare riferimento allo sviluppo di servizi sociali e culturali, educativi e didattici, o alla promozione di attività culturali e sportive; interventi per la mobilità sostenibile.

69 Il tema delle “città del futuro” o, come anche vengono definite, delle “smart city” dischiude una serie di riflessioni, come tali implicanti un approccio interdisciplinare e interproblematico al rapporto tra “diritto alla città” e partecipazione urbanistica. A cominciare proprio da un dato la cui incisività è sempre più palmare all’interno della rete globale di comunità macro-urbane. Ovverosia, il rapporto tra la costruzione di città del futuro, ecosostenibili ed autosufficienti da un punto di vista energetico, non può che implicare un’attenta analisi delle potenzialità dischiuse dall’utilizzo – talvolta dalla sperimentazione – di strumenti digitali e, per quel che qui più rileva, di forme di *e-democracy*. In effetti, la possibilità di definire *smart* una realtà urbana parrebbe essere subordinata alla predisposizione, attraverso il decisivo apporto di forme di intelligenza artificiale, di sistemi in grado di autoprodurre energia senza inquinare l’ambiente circostante. Come si vede, già il concetto stesso di *smart* presenta una virtualità polisemica, difficilmente riducibile ad un unico, pur sempre vasto, campo d’indagine e d’azione. A tal proposito, si pensi al legame sempre più stretto tra *smart city* e *gamification*, inteso come «strumento attraverso il quale poter concretamente realizzare forme “intelligenti” di città»: a rilevarlo è I. IANNUZZI, *Una riflessione sociologica sulla relazione tra smart city e gamification*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell’Amministrazione. Studi di teoria e ricerca sociale*, n. 1/2021, 3. Sul rapporto tra *smart city* e sostenibilità infra-urbana, si veda R. FERRARA, *The Smart City and the Green Economy in Europe: a Critical Approach*, in *Energies*, 8/2015, 4724 ss. Ancor più significativamente, ed in ogni caso, la costruzione partecipata, “dal basso”, di *smart city* non implica l’automatico superamento di perniciosi fenomeni di esclusione nella stessa attività di predisposizione dei metodi di condivisione dei progetti di rigenerazione urbana. A mettere in guardia da tale rischio sono F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere)?*, in *Federalismi*, n. 22/2015, 25, i quali fanno notare che «Il rischio, cioè, è quello di perseguire la inclusione soltanto tra chi condivide l’obiettivo, contestualmente generando l’esclusione di chi non aderisce a quel “paradigma”. Chi non è *smart* (o, peggio, che non è così riconosciuto dagli altri), chi non usa tecnologie, chi non segue l’idea della condivisione corre il pericolo di restare fuori dal perimetro di quella comunità intelligente, che tende a imporsi come modello generalizzato. Si profila, così, un attacco alla libertà di chi non intende essere collaborativo o di coloro i quali sono pregiudicati dall’uso delle risorse comuni (si pensi al già citato caso dei proprietari degli appartamenti interessati dalle notti bianche favorite da molte amministrazioni). Il rischio di pregiudizio delle libertà è ancor più evidente se si pone mente alla tendenza delle amministrazioni a far confluire, spesso in misura ingiustificata, nel “contenitore” della *Smart City* iniziative, programmi, progetti che poco hanno a che fare con le finalità sopra individuate. E ciò evidentemente per usufruire, da un lato, dei finanziamenti pubblici messi a disposizione per le iniziative *smart*, dall’altro, per celare talvolta dietro il velo di tali iniziative proposte invasive delle libertà. In ogni caso è politicamente più difficile

Altro aspetto di non poco rilievo attiene alla possibilità di avvalersi, nei singoli interventi, della “co-progettazione con il Terzo settore”, ai sensi dell’art. 55 del d.lgs. n. 117 del 2017 (c.d. “Codice del Terzo settore”), oltre che della partecipazione di investimenti privati nella misura massima del trenta per cento. Il precipuo obiettivo è quello di recuperare spazi urbani e aree già esistenti “promuovendo processi di partecipazione sociale e imprenditoriale”. Tutti i progetti dovranno quindi “restituire alle comunità una identità attraverso la promozione di attività sociali, culturali ed economiche con particolare attenzione agli aspetti ambientali”. Sicché l’investimento prevede la predisposizione di programmi urbanistici di rigenerazione urbana partecipati, finalizzati al miglioramento di ampie aree urbane degradate, alla rigenerazione, alla rivitalizzazione economica, con particolare attenzione alla creazione di nuovi servizi alla persona e al miglioramento dell’accessibilità e dell’intermodalità delle infrastrutture anche allo scopo di trasformare territori metropolitani vulnerabili in territori efficienti, sostenibili e produttivi aumentando, ove possibile, il loro valore”⁷¹.

7. Sulla necessità di democratizzare l’urbanistica.

Se queste sono le previsioni del PNRR, non sembra però potersi sottacere un dato attinente alla nostra antropologia, per così dire, giuridica e politica⁷². Mentre, infatti, in realtà come quella britannica – si pensi a Portobello Road a Londra – le stesse istituzioni preposte al governo urbano e territoriale sono da tempo impegnate nel promuovere forme di partecipazione degli abitanti nella progettazione degli spazi urbani, i nostri enti territoriali sembrano faticare non poco ad accettare la condivisione coi cittadini degli sviluppi della dimensione paesaggistica⁷³. A partire,

opporsi a un’iniziativa definita come “*smart*” per non correre il rischio di apparire “non *smart*”. Precisamente in questi casi il diritto può aiutare, richiamando l’esistenza di principi e di istituti quali le libertà, la proprietà e la necessità di garantire uno sviluppo sostenibile (e non è tale quello sbilanciato in modo irragionevole unicamente a favore di un interesse di parte) e, ancora a monte, il fatto che gli enti territoriali debbono farsi carico degli interessi di tutti». Le potenzialità, così come i limiti, insiti nell’innovativo modello delle *smart cities* sono, da ultimo, indagate da A. MICHIELI, *Smart city: verso l’autogoverno digitale?*, in C. BUZZACCHI – P. COSTA – F. PIZZOLATO (a cura di), *Technopolis. La città sicura tra mediazione giuridica e profezia tecnologica*, Giuffrè, Milano, 2019, 175-193.

70 PNRR, cit., 213.

71 PNRR, cit., 214.

72 Con riferimento alla quale il rinvio non può che essere alle dense e suggestive argomentazioni di R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 2007.

73 Ritrosia, questa, su cui ha insistito G. ZAGREBELSKY, *Intervento*, in I. ROMANO, *Cosa fare come fare. Decidere insieme per praticare davvero la democrazia*, Chiarelettere, Milano, 2012. In passato, invero, non erano mancate esperienze di partecipazione della collettività cittadina a progetti di trasformazione urbana, ma «l’esito di queste forme di coinvolgimento dei cittadini si è rivelato spesso deludente sia per gli organizzatori che per i partecipanti: senza trovare un discorso politico sul travaglio istituzionale (...), i processi partecipativi si sono spesso concentrati su singoli, piccoli oggetti di lavoro, restando “frammentari” e poco incisivi, con un coinvolgimento intermittente, tecnocratico in larga parte privo di conflitti significativi, “paralleli” ai sistemi di decisione preesistenti. Anche se non sono mancati esiti positivi nello slancio istituzionale alla partecipazione –

naturalmente, dalla fase politicamente più delicata e, pertanto, democraticamente più importante: quella della redazione del progetto di piano⁷⁴.

Come è stato rilevato da un'attenta etnografia urbana, l'idea di coinvolgere gli abitanti nella progettazione urbanistica «presuppone una concezione dei rapporti fra società civile, potere politico e ruolo della amministrazione pubblica praticamente rovesciata rispetto a quella che è stata vigente e dominante nel nostro Paese e nell'Europa continentale del secolo scorso»⁷⁵.

Solo per riportare un esempio capace di rendere l'idea dello stato delle cose, è già a partire dagli anni Sessanta-Settanta del secolo scorso che l'«*Education for Neighborhood dell'Università di Nottingham*» ha elaborato un metodo di progettazione partecipativa poi, in parte, utilizzato nel resto del mondo.

Il riferimento è al *Planning for Real*, il cui obiettivo è quello di individuare bisogni e opzioni di intervento su uno specifico contesto territoriale a partire dall'esperienza della comunità locale, individuata come il soggetto che possiede la migliore conoscenza dei problemi del proprio territorio. Si tratta di una tecnica alternativa alla discussione pubblica e ad altri metodi che tendono a favorire la partecipazione delle persone più abituate o più preparate a sostenerli, consentendo invece a ogni partecipante di esprimere le proprie idee e le proprie opinioni liberamente e in modo anonimo. Il punto di partenza è sempre una rappresentazione dell'area di intervento attraverso un modello tridimensionale (un plastico), il cui scopo è quello di aiutare gli abitanti a identificare ogni elemento del proprio quartiere e a individuare più facilmente su di esso le opere migliorative che ritengono necessarie. I confini dell'area da rappresentare devono essere valutati caso per caso, evitando da un lato di riferirsi esclusivamente ai confini amministrativi, dall'altro di includere spazi che non potranno essere trasformati nell'ambito del processo. Una scala appropriata per un processo a scala di quartiere può essere 1:200, ma occorre valutarla a seconda degli obiettivi del processo e della superficie di riferimento. Ciò che è importante è che i cittadini partecipino alle modifiche del plastico, potendo anche essere a monte realizzato con la comunità locale. Di fatto, ogni persona è chiamata a posizionare sul plastico apposite carte-opzione, ciascuna delle quali indica un intervento migliorativo. Naturalmente è di fondamentale importanza che la procedura

che ha nutrito leggi ad hoc, come in Emilia-Romagna e Toscana, e con esse lo sviluppo di un dibattito istituzionale un poco più articolato che altrove –, quasi mai si è riusciti a mettere a sistema forme di integrazione duratura tra rappresentanza e democrazia diretta. Così, rapidamente, la parola “partecipazione” ha suscitato meno entusiasmo e più scetticismo». In tal senso, V. PELLEGRINO, *La partecipazione civico-politica e le istituzioni di oggi: riflessioni sui processi partecipativi “ambivalenti”*, in R. PALTRINIERI (a cura di), *Culture e pratiche di partecipazione. Collaborazione civica, rigenerazione urbana e costruzione di comunità*, Franco Angeli, Milano, 2020, 42.

74 Su tale aspetto, si veda D. CIAFFI – A. MELA, *Urbanistica partecipata*, cit., 27 ss.

75 La riflessione richiamata è di M. SCLAVI (a cura di), *Avventure urbane. Progettare la città con gli abitanti*, Elèuthera, Milano, 2020, 8.

partecipativa preveda adeguati e semplici strumenti informativi (pannelli a muro, copie di documentazione, ecc.) affinché i partecipanti abbiano una visione il più possibile completa delle principali questioni relative alla futura trasformazione urbana: *budget* disponibile, esempi di soluzioni sperimentate altrove, vincoli e standard urbanistici, ecc. Al termine di ogni giornata uno staff a composizione mista (esponenti della cittadinanza attiva, soggetti del terzo settore, amministratori locali, associazioni territoriali) deve infine rilevare le preferenze espresse per ciascun luogo rappresentato nel plastico, al fine di individuare e definire gli inevitabili conflitti. Chiaramente quella del *Planning for Real* è una tecnica qualitativa che richiede considerevole esperienza sia per condurre efficacemente il processo, sia per essere in grado di adattare la tecnica standard alle varie situazioni. Il suo successo è sicuramente legato alla sua semplicità, all'immediatezza del plastico che risulta più comprensibile delle tavole progettuali e consente, anche a soggetti che non possiedono una conoscenza tecnica della materia o una facilità di comprensione di materiali grafici bidimensionali, di esprimere le proprie idee posizionando le corrispondenti carte-opzione sul modello⁷⁶.

Grazie alla progressiva istituzionalizzazione della partecipazione da parte di Regioni ed enti locali⁷⁷, anche in Italia iniziano lentamente a prendere piede una serie di processi decisionali inclusivi che fanno proprie molte delle esperienze nord-europee⁷⁸.

Solo per restare alla Regione Puglia, sono moltissimi i progetti di urbanistica partecipata che, grazie all'entrata in vigore della L.R. 13 luglio 2017, n. 28, "*Legge sulla partecipazione*" hanno trovato realizzazione⁷⁹. È questo, ad esempio, il caso del Comune di Bari, che nell'agosto 2018 ha stanziato risorse per finanziare 12 Reti Civiche Urbane (RCU) al fine di condividere con la cittadinanza una nuova architettura sostenibile dei paesaggi metropolitani⁸⁰.

Difatti, l'art. 2, comma 1, lett. h) della stessa legge promuove «il valore strategico della gestione sostenibile dei conflitti sociali e ambientali legati allo sviluppo del

76 Per un'analisi approfondita di tutte queste tecniche di coinvolgimento della collettività nella predisposizione del contesto paesaggistico in cui essa vive ed esplica la propria personalità, cfr. T. GIBSON, *The Planning for Real Report*, Nottingham University, Nottingham, 1981.

77 Su cui riflette, da ultimo, P. VIPIANA, *La democrazia deliberativa a livello regionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2018.

78 Per averne contezza, si veda lo studio di L. BOBBIO (a cura di), *A più voci. Amministrazioni pubbliche, imprese, associazioni e cittadini nei processi decisionali inclusivi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004. A tal proposito, si veda, anche, l'ampia ricostruzione di esperienze partecipative locali ai processi di trasformazione urbana contenuta in G. FERA, *Comunità, urbanistica, partecipazione. Materiali per una pianificazione strategica comunitaria*, Franco Angeli, Milano, 2008.

79 Su tale legge, cfr. M. TROISI, *La partecipazione delle comunità territoriali nella legislazione regionale. Alcune riflessioni alla luce delle recenti leggi di Toscana, Emilia-Romagna e Puglia*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018.

80 Cfr. A. MATERI, *La città che partecipa. L'esperienza delle reti civiche urbane di Bari*, Les Flâneurs Edizioni, Roma, 2021, 19 ss.

territorio, attraverso lo strumento della pianificazione territoriale partecipata». Di qui i bandi pubblici che hanno consentito a numerosi enti locali di sperimentare l'urbanistica partecipata, in un'ottica di promozione del coinvolgimento degli abitanti nella progettazione del territorio. All'uopo, attraverso il sito predisposto, è possibile prendere visione di tutti i progetti, seguirne le varie fasi e partecipare ad incontri e laboratori. Soprattutto, previa registrazione, è possibile intervenire *on-line*⁸¹.

Non è certamente questa la sede per approfondire il complesso universo della democrazia partecipativa in ambito urbanistico. Né, tantomeno, il luogo più opportuno per analizzare partitamente statuti e leggi regionali che, nei fatti, hanno consentito a livello locale di adottare piani regolatori (PRG) maggiormente attenti alla partecipazione inclusiva e dal basso. Nonostante i passi in avanti compiuti in molti territori italiani in termini di sensibilità democratica, sia lo stato della legislazione che, in concreto, le esperienze di urbanistica partecipata, appaiono infatti ad un livello di maturazione che impone, per il momento, di serbare una certa cautela in merito ai risultati prodotti dalle singole realtà locali⁸².

Tuttavia, sul "nuovo" tema della partecipazione in ambito urbanistico occorre fare, in conclusione, qualche puntualizzazione chiarificatrice, onde evitare di prestare il fianco a troppo facili accuse di irenismo.

È noto, infatti, che i processi partecipativi sono divenuti anche «momenti di gloria» per numerose «archistar che se ne sono servite nel processo di progettazione»⁸³, ed ormai esistono agenzie e studi professionali che fungono da

81 A tal fine, è possibile consultare il seguente indirizzo: <https://partecipazione.regione.puglia.it>.

82 È appena il caso di rammentare che, intorno al tema della riqualificazione urbana, si è avviata in Italia, negli anni Novanta, una ricca sperimentazione, che rinveniva la propria fonte normativa nella legge Botta-Ferrarini (l. n. 179 del 1982), la quale, all'articolo rubricato "*Formazione dei programmi integrati di intervento*" (art. 16), prevedeva che «al fine di riqualificare il tessuto urbanistico, edilizio e ambientale, i Comuni promuovono la formazione di programmi integrati. Il programma integrato è caratterizzato dalla presenza di pluralità di funzioni, dalla integrazione di diverse tipologie di intervento, ivi comprese le opere di urbanizzazione, da una dimensione tale da incidere sulla riorganizzazione urbana e dal possibile concorso di più operatori e risorse finanziarie pubbliche e private». Questa disposizione ha introdotto nel nostro Paese novità che hanno poi rappresentato i capisaldi per la definizione delle successive politiche integrate di recupero, sia a livello statale che regionale: l'integrazione di diverse tipologie di intervento, una scala di intervento ampia a livello urbano, il concorso di risorse private a fianco di quelle pubbliche per l'attuazione dei programmi, il ruolo di promotori dei piani integrati ai Comuni. Anche la modalità concorsuale di accesso ai finanziamenti, attraverso la presentazione di programmi e progetti, costituiva un elemento distintivo e innovativo dei nuovi programmi, cui deve aggiungersi la sollecitazione, di un certo rilievo per molte amministrazioni comunali, verso la sperimentazione istituzionale diretta alla formazione di capacità tecnico-professionali innovative.

83 Ad esempio, Christopher Alexander, Herman Hertzberger, Aldo Van Eyck e, proprio in Puglia, si pensi a Massimiliano Fuksas in relazione al progetto finanziato dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili "*Qualità dell'abitare*", progetto da 100 milioni di euro finalizzato alla realizzazione di un percorso verde di 2.2 Km che ricopre la stazione ferroviaria di Bari. Su un piano più generale, poi, la *smart mobility* sembra essere una componente fondamentale della categoria sempre aperta delle *smart cities*, dal momento che essa appare come «settore cruciale nelle città contemporanee e specchio della complessità urbana sia in punto pratico che teorico, capace di offrire all'interprete un saggio di come le questioni giuridiche legate all'implementazione delle *smart cities* siano foriere di ampi dibattiti tra legislatori, giudici e amministratori e idonee a svelare l'obsolescenza di talune categorie giuridiche, con particolare riferimento ai servizi di trasporto».

«facilitatori del consenso, o comunque negoziatori tra le richieste della popolazione e le decisioni dei pianificatori». Con il possibile risultato – questo l’elemento che più rischia di inficiare la genuinità delle procedure democratiche – che i cittadini, sebbene appaiano formalmente coinvolti nelle decisioni inerenti il governo del territorio, nella realtà rischiano di essere soltanto oggetto di manipolazione da parte di esperti in comunicazione, «pagati da imprese pubbliche o private» al fine di promuovere interessi elitari⁸⁴.

Di tutto questo è ben consapevole chi ha maturato una certa esperienza in ambito di progettazione partecipata. È il caso, ad esempio, dei membri di “Avventura Urbana”, gruppo di urbanisti ed architetti che da quasi trent’anni affiancano Amministrazioni pubbliche e private che intendono realizzare processi inclusivi ed eventi di partecipazione⁸⁵.

Ecco che, allora, intanto ha senso parlare della materia «governo del territorio» come di un possibile «teatro della democrazia», in quanto si adottino metodologie nei processi di progettazione in grado di coinvolgere realmente gli abitanti delle città. Lo sanno bene gli urbanisti anglosassoni quando richiedono alle Pubbliche Amministrazioni di adottare strumenti di “outreach”, ossia tecniche di sensibilizzazione culturale della cittadinanza tese a rendere effettivamente informati i soggetti partecipanti alla fase della progettazione dei Piani urbanistici. Come è stato detto, «il progetto è, prima di tutto, un processo e una pratica che coinvolge pensieri, relazioni, azioni, interazioni sociali, passioni, pratiche, connessi al vivere e all’abitare di una collettività nel suo contesto fisico e nel loro dispiegarsi nel tempo; collettività che plasma in forma evolutiva il luogo in cui vive». Progettare, infatti, «significa rielaborare modelli di vita e di comportamenti sociali, idee di convivenza e di organizzazione dello spazio urbano, significa ripensarsi e ripensare il proprio contesto di vita, anche attraverso il confronto di modelli culturali differenti, dentro e fuori contesti di interazione, più o meno strutturati e più o meno intenzionali (fino all’autocostruzione di veri e propri “spazi pubblici”)»⁸⁶.

In tal senso, C. LAURI, *Le sfide regolatorie della mobilità urbane*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell’Amministrazione. Studi di teoria e ricerca sociale*, n. 1/2021, 2, cui si rinvia per i necessari approfondimenti teorici e pratici.

84 Il punto è evidenziato da F. LA CECLA, *Contro l’urbanistica*, cit., 78 ss. In una prospettiva almeno parzialmente assimilabile, S. SETTIS, *Se Venezia muore*, cit., 78, stigmatizza tutti quegli atteggiamenti culturali che si piegano «al pensiero unico neoliberista nobilitato come *Zeitgeist*, accettare la mercificazione del mondo e la fine della politica, aggirarsi tra i prodotti culturali del passato con carrello della spesa e carta di credito, appaiono in questa prospettiva altrettanti portati di una modernità senza qualificazioni, inevitabile come lo stesso trascorrere del tempo. I “dati eruditi” da “accumulare” e mettere in vetrina sono intesi come indiscutibili e non come risultati della ricerca, e in quanto tali soggetti al dubbio».

85 La loro storia, nata a seguito di un soggiorno di studi londinese di Iolanda Romano, è racchiusa in M. SCLAVI (a cura di), *Avventure urbane*, cit.

86 A rilevarlo è C. CELLAMARE, *Progettualità dell’agire urbano. Processi e pratiche urbane*, Carocci, Roma, 2011, 32-33, il quale ancora aggiunge: «il progetto passa non solo attraverso la definizione di spazi fisici ma anche attraverso la proposta e la pratica di stili di vita personali e collettivi differenti, maturate e sviluppate

In un'ottica giuspubblicistica, le modalità di *outreach* adottate presuppongono un vero e proprio rovesciamento del tradizionale modo di concepire il rapporto intercorrente fra Cittadino e Pubblica Amministrazione. Non deve più essere, si dice, la persona interessata a dirigersi verso l'Amministrazione per richiedere di partecipare alla procedura amministrativa, bensì l'Amministrazione stessa a muoversi verso il Cittadino al fine di raccogliere istanze che – diversamente – potrebbero persino rimanere latenti nel substrato sociale (specie nei gruppi più svantaggiati e meno abbienti). Si tratta, solo per riportare qui qualche esempio, di prevedere: una distribuzione sistematica di materiale informativo nelle abitazioni oppure, con contatto diretto, alle persone in situazioni (luoghi e momenti) di aggregazione (mercati, assemblee, biblioteche, negozi); l'utilizzazione, sempre a fini informativi, dei *media* e, oggi, anche dei *social* (Facebook, Instagram, Telegram, etc.); attivazione di un punto di riferimento «fisico» nei quartieri, ben visibile, in grado di facilitare gli incontri informativi; non da ultimo, prevedere strutture mobili (come un camper) da utilizzare come Uffici pubblici «mobili» al servizio della popolazione⁸⁷. È anche in tal modo che, a ben vedere, si realizza uno Stato-comunità. Soprattutto, ed è quel che qui più rileva, è attraverso tali pratiche che il cittadino esercita, concretamente e a monte, il diritto/dovere alla propria presenza negli spazi pubblici delle città. Spazi pubblici che, per dirla con le parole di un celebre filosofo e geografo francese, in fondo altro non rappresentano che «l'ambiente vivente di composizioni instabili al centro delle quali gli uomini sono immersi e delle quali (per l'appunto) partecipano»⁸⁸.

dentro e fuori gruppi costituiti, e che spesso comportano una particolare attenzione alle relazioni sociali, forme di riappropriazione diretta della città, un recupero della ricchezza e dello spessore dell'abitare rispetto alla sua riduzione a pura residenza».

87 In argomento si veda, già, B. JONES, *Neighborhood Planning. A guide for citizen and planners*, American Planning Association, Planners Press, Chicago, 1990.

88 Così, J.M. BESS, *Paesaggio ambiente. Natura, territorio, percezione*, DeriveApprodi, Roma, 2020, 13.

UN'ANALISI COMPARATA SULLA REGOLAZIONE GIURIDICA DELLE *NEW BREEDING TECHNIQUES*.

Chiara Clini

Abstract: La manipolazione genetica degli organismi vegetali destinati all'alimentazione ha sempre rappresentato un settore caratterizzato da notevoli evoluzioni nel tempo. L'ultima evoluzione della materia rappresentata dalle cd. *New Breeding Techniques* pone significative problematiche scientifico-giuridiche sulla nuova frontiera delle biotecnologie: esse si contraddistinguono per una serie di caratteristiche decisamente inedite che rendono complessa la loro collocazione all'interno dell'usuale bipartizione tra le tecniche tradizionali (cd. *Conventional Breeding Techniques* o *CBTs*) e la transgenesi (tipica degli *OGM*). Nonostante la loro eterogeneità nei metodi di esecuzione, la peculiarità del prodotto finale realizzato è sempre la medesima: esso, essendo il risultato di incroci tra specie affini, non contiene geni esogeni (come nel caso degli *OGM*), sicché la mutazione indotta dalle nuove tecniche diviene irrintracciabile poiché rende indistinguibile il prodotto *NBT* da quello ottenuto tramite *CBTs*. Tale natura "dissimulata" delle *NBTs* ha comportato considerevoli difficoltà per i legislatori nazionali e sovranazionali nel predisporre una regolamentazione che prendesse in considerazione tutte le singolarità di tali tecniche e dei prodotti da esse generali. Attraverso una prospettiva comparata, si sono analizzati i diversi approcci di intervento adottati da alcuni tra i principali ordinamenti giuridici (Europa, Stati Uniti, Canada, Giappone e Argentina). Tali soluzioni, tuttavia, paiono problematiche poiché non possiedono una effettiva visione di insieme sulle specificità delle *NBTs* lasciando ancora oggi aperto il tema sul quale possa essere l'approccio regolativo più efficace in materia.

The genetic manipulation of plants destined to the nutrition has always represented a sector in continuous evolution during years. The last evolution of this sector, represented by the so-called New Breeding Techniques, shows remarkable scientific and legal issues: this category distinguishes itself by a series of characteristics previously unknown, that make its positioning under the usual bipartition between Conventional Breeding Techniques and Transgenesis (typical of GMOs) very complicated. Despite their heterogeneity as regards the execution processes, the final product has always the same peculiarity: it does not contain exogenous genes because it is the result of a crossing between similar species, so that the genetical mutation is not trackable and the NBT products are not distinguishable from those obtained by CBTs. This "dissembled" nature of NBTs involved remarkable difficulties for national and international lawmakers in preparing a regulation, which considers every detail about these techniques and the products they realize. Through a comparative perspective, I analyzed the different approaches adopted in some of the main legal systems (Europe, USA, Canada, Japan and Argentina). However, these legal solutions are still problematic because they do not have a global vision on the peculiarities of NBTs. So, the issue about the most appropriate regulation approach on NBTs is still open.

SOMMARIO: **1.** Inquadramento giuridico-scientifico del tema. – **2.** Le *New Breeding Techniques* in Europa. – **3.** L'attuale contesto normativo degli Organismi Geneticamente Modificati (OGM). – **3.1.** Accenni sull'immissione in commercio degli Alimenti Geneticamente Modificati. – **3.2.** Il dibattito sulla possibile sussunzione delle *NBTs* all'interno della categoria OGM. – **4.** L'innovativa sentenza della Corte di Giustizia del 25 luglio 2018, C-528/16. – **4.1.** La pronuncia della CGUE. – **5.** Riflessioni critiche: limiti nell'applicazione del principio di precauzione e possibili conseguenze sulla libera circolazione in Europa. – **6.** La valenza globale dei problemi giuridici sulle biotecnologie di precisione. – **6.1.** La disciplina statunitense. – **6.2.** La disciplina canadese. – **6.3.** La disciplina giapponese. – **6.4.** L'Argentina e la prima legge sulle *NBTs*. – **7.** Considerazioni conclusive.

1 Inquadramento giuridico-scientifico del tema.

La ricerca biotecnologica è divenuta, nel nuovo millennio, una delle tematiche centrali a livello planetario ed ha posto fondamentali temi di discussione ancora oggi aperti e controversi. Non si fatica a comprendere come il dibattito coinvolga problematiche interconnesse non solo principalmente sul piano giuridico-scientifico, ma altresì sul piano ambientale, etico, sociale ed economico¹. Dagli albori dell'origine dell'agricoltura, attraverso i primordiali tentativi di domesticazione floro-faunistici, al millenario perpetrarsi dell'attività agricola, scandita dalla suddivisione concatenata delle categorie produttive (terra, lavoro, capitale)², si mantiene un segno di continuità nell'attività ancora attualmente svolta dall'agricoltore nel dirigere l'operato della natura modificando geneticamente le specie addomesticate mediante le cd. *Conventional Breeding Techniques* o *CBTs*³.

La discontinuità radicale rispetto a questo processo risalente nel mondo della produzione agricola si avvia invece con le invenzioni biotecnologiche, che rappresentano uno scenario per molti aspetti ancora inedito e assolutamente centrale per la regolazione giuridica, in ragione della loro vasta portata potenziale e delle loro incidenze sulla vita umana⁴.

¹ Il carattere catalizzatore e multidisciplinare delle biotecnologie è comune nella ampia letteratura scientifica dedicata alla materia; fra i tanti, HIGGINS, *What is Biotechnology?*, in HIGGINS, BEST e JONES, *Biotechnology. Principles and Applications*, Blackwell Scientific Publications, Oxford, 1985, pp. 2 ss.

² G. BOLLA, *Diritto*, Partizioni, *II- Diritto agrario*, in *Enc. Dir.*, v. XII, Milano, Giuffrè, 1964, pag. 849.

³ Le *CBTs* comprendono «incroci inter e intraspecifici, vigore dell'ibrido, ibridazione somatica, tecniche di incrocio multiplo, induzione della poliploidia e mutagenesi attraverso l'utilizzo di mutageni chimici o fisici», in *Panoramica sulle tecniche di miglioramento genetico in agricoltura*, reperibile in <https://www.isprambiente.gov.it/>

⁴ Per un'analisi degli aspetti disarmonici del quadro normativo, seppure limitato al livello dell'Unione europea si v. GUIDI M., *Biotechnologie (diritto dell'Unione europea)*, in *Enc. Dir.*, Ann. VIII, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 124 ss.

A partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, lo sviluppo delle conoscenze in materia e delle moderne tecnologie ha permesso non solo di ampliare l'esplorazione della variabilità genetica delle piante, ma anche di comprendere le potenzialità dell'ingegneria genetica (anche indicata come "tecnologia del DNA ricombinante") attraverso la creazione dei primi organismi transgenici: questi si contraddistinguono per l'inserimento in maniera stabile o transiente di un gene (cd. "transgene") o di una sequenza genetica di un organismo donatore, indipendentemente dalla sua compatibilità sessuale con l'organismo ricevente⁵. Come anticipato, la rapida diffusione degli organismi geneticamente modificati aveva sin da subito generato, sotto il profilo scientifico, economico e soprattutto etico, accesi dibattiti a livello internazionale, che sottolineavano la difficoltà di un'adeguata e pronta risposta in chiave normativa, in ragione della complessa congiunzione tra innovazione scientifico-tecnologica e regolazione giuridica. Sotto quest'ultimo profilo, possiamo in breve ricondurre, riservandoci i dovuti approfondimenti nei Paragrafi successivi, ad un duplice approccio il tentativo a livello internazionale di predisporre una disciplina positiva della materia. Secondo una prima matrice, peraltro specifica del sistema europeo, si è perseguita una soluzione improntata al principio di precauzione nell'ottica di un prioritario bilanciamento tra interessi economici e quelli legati alla protezione della salute pubblica attraverso due percorsi tra loro escludenti: viene, difatti, secondo una prima strada, lasciato allo Stato membro la facoltà di scelta sulla coltivazione nel proprio territorio di tali organismi (divieto, ad esempio, adottato nel nostro ordinamento)⁶. Qualora un paese accolga tale produzione, l'emissione deliberata nell'ambiente e l'immissione nel mercato di organismi transgenici vengono subordinate allo svolgimento di una complessa procedura di autorizzazione da parte della Commissione europea.

Secondo una diversa prospettiva, come nel sistema statunitense, ha dominato il principio della sostanziale equivalenza tra prodotti tradizionali e prodotti modificati geneticamente, poiché l'attenzione del legislatore si è focalizzata sul prodotto finale (cd. *product-based approach*) e non sul processo che porta alla loro realizzazione (cd. *process-based approach*, come in ambito europeo); ne deriva, quindi, che agli OGM si applicheranno, per eventuali aspetti problematici, le norme già esistenti di portata generale e che una *pre-market approval* si renderà necessaria solo qualora sia indispensabile tutelare la salute pubblica⁷.

Del resto, qualunque sia l'impronta di fondo posta a monte (precauzionale) o a valle (di controllo) del sistema produttivo di tali organismi, resta di fatto un'esigenza imprescindibile che il pianeta non può ignorare: la necessità di una produzione

5 In tema da ultimo: CATTANEO A., CRIPPA M., MOTTO M., SPIGAROLO R., *Biotechnologie agrarie*, Torino, Mondadori, 2013; GALBIATI M., GENTILE A., LA MALFA S., TONELLI C. (a cura di), *Biotechnologie sostenibili. Scienza e innovazione in agricoltura per affrontare le sfide della sicurezza alimentare e della sostenibilità ambientale*, Milano, Edagricole, 2017; più risalente, ma ancora fondamentale la lettura di MANGIAROTTI G., *La rivoluzione post-genomica. Manipolazioni geniche dell'uomo, degli animali e delle piante*, Torino, II ed., Il capitolo, 2005

6 Tra i tanti: SIRSI E., *OGM E AGRICOLTURA – Evoluzione del quadro normativo, Strategie di comunicazione, Prospettive dell'innovazione*, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 131 ss.

7 FERRARI M., IZZO U., *Diritto alimentare comparato. Regole del cibo e ruolo della tecnologia*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 180-181

sempre maggiore di alimenti adeguati e sufficienti per una popolazione in continua crescita, connessa all'imperativo della sostenibilità ambientale, che spinge per tali ragioni il progresso verso nuove tecnologie alternative che, a loro volta, permettono di ottenere delle modificazioni del genoma precise e mirate, intervenendo su singoli geni (talvolta anche i nucleotidi) al fine di variare il fenotipo considerato senza alterare l'identità genetica tipica delle piante e, quindi, senza introdurre geni esogeni, come nel caso degli OGM.

Venendo ora alle peculiarità delle cd. *New Breeding Techniques* o NBTs, l'aspetto più saliente risiede nella possibilità che i risultati ottenuti con tali tecniche possano nascere anche in natura indipendentemente da un intervento umano: il processo di evoluzione genica che avverrebbe in natura, dunque, è solo accelerato attraverso l'utilizzo di queste nuove biotecnologie di precisione⁸. Difatti, sebbene si tratti di un insieme composito di tecniche⁹, tutte sono accomunate da una fase di "selezione" dei soli campioni vegetali non-transgenici (ossia che non contengono più il gene o la sequenza di geni esogeni, bensì solamente la caratteristica desiderata derivata dal processo di mutazione indotto): in tale maniera, pertanto, la mutazione genetica realizzata diviene irrintracciabile nel DNA del prodotto finale.

Questa è la ragione principale che ha causato l'insorgenza di dubbi e incertezze circa la natura di queste tecniche: segnatamente, la questione concerne l'eventuale sussunzione di tali biotecnologie cd. sostenibili all'interno della definizione di "organismo geneticamente modificato".

Numerosi, infatti, sono stati gli studi scientifici che hanno tentato di analizzare e classificare, seppur in maniera non esaustiva, le principali *New Breeding Techniques* sotto il profilo del metodo di esecuzione della tecnica e di valutazione dei rischi che lo stesso implica, affermando l'inesistenza di differenze sostanziali di pericolosità tra i prodotti ottenuti tramite le convenzionali tecniche di breeding e i nuovi metodi di miglioramento genetico¹⁰.

8 COMMISSIONE PER L'AGRICOLTURA E PRODUZIONE AGROALIMENTARE, ASSOSEMENTI, *Considerazioni sulle nuove tecnologie in agricoltura di cui all'affare assegnato n.591*, in www.senato.it, 5 luglio 2016, Bologna

9 Tra cui le principali: (I) la *Sequence-Site Directed Nuclease Technology*, o più comunemente denominata *genome editing*, al cui interno vi rientrano, tra le altre, lo *Zinc-Finger Nucleases* e il *CRISP-Cas9* (quest'ultima, una tecnica di recente elaborazione considerata tra le più promettenti, viste le possibilità applicative non solo in campo agricolo, ma anche medico); (II) l'*Oligonucleotide directed mutagenesis*; (III) la *Cisgenesis* e la sua variante *Intragenesis*; (IV) l'*RNA-dependant DNA methylation*; (V) il *Grafting (on GM rootstock)*; (VI) il *Reverse Breeding* e (VII) l'*Agroinfiltration*.

10 Tale è stata la conclusione dello studio condotto da EFSA (*European Food Safety Authority*) nel 2013, in merito alla sicurezza delle piante sviluppate attraverso le tecniche di cisgenesis e intragenesi, affermando, in via generale, che «*the frequency of unintended changes may differ between breeding techniques and their occurrence cannot be predicted and needs to be assessed case by case*», per cui sarebbe opportuno esaminare le effettive modifiche introdotte nell'organismo indipendentemente dalla tecnica utilizzata. EFSA, Panel GMO, *Scientific opinion addressing the safety assessment of plants developed through cisgenesis and intragenesis*, in EFSA Journal, 10(2):2561, 2012.

In questi termini, si sono espressi numerosi studi scientifici, tra i quali si segnalano: COMMISSIONE PER L'AGRICOLTURA E PRODUZIONE AGROALIMENTARE, ASSOSEMENTI, *cit.*; BARON R., CARDINAL M., DEBUCQUET G., *Lay and scientific categorizations of new breeding techniques: implications for food policy and genetically modified organisms legislation*, in *Public Understanding of science*, vol. 29, 2020, pp. 524-543; BUCHHOLZ F., FRIEDRICH B., FRITSCH J., GRÄB-SCHMIDT E., *Chancen und Grenzen des Genome Editing – The opportunities and limits of genome editing*, in *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, 2015, reperibile in

È apparso chiaro, inoltre, alla comunità scientifica il potenziale offerto da queste nuove tecnologie di breeding: esse infatti potrebbero costituire delle versatili soluzioni al problema della *food security* perché, grazie alla precisione nelle modifiche che esse realizzano, si garantirebbe una massimizzazione delle risorse delle colture nonché il superamento dei limiti insiti nella loro genetica (resistenza a pesticidi, tolleranza alla siccità, miglioramento dei contenuti nutritivi...) senza un'alterazione significativa e incontrollata del genoma della pianta stessa.

Da un punto di vista maggiormente tecnico, l'accuratezza dei cambiamenti nel genoma consentiti dalle NBTs permetterebbero una considerevole riduzione di costi e di tempo: le CBTs e le tecniche di transgenesi richiedono infatti un elevato numero di test da eseguire progressivamente nel tempo su un campionario di piante considerevole; perciò, prima che l'espressione del tratto desiderato si manifesti e possa essere riprodotto in altri campioni al fine dell'immissione degli stessi nel mercato, potrebbero trascorrere anni. L'utilizzo di meccanismi sito-specifici diminuirebbe invece la frequenza dell'espressione di tratti indesiderati che potrebbero essere trasferiti involontariamente durante il processo di *breeding* e la loro successiva rimozione si accompagnerebbe a una riduzione del numero di test necessari per l'approvazione del prodotto per un'eventuale registrazione varietale.

Nonostante la diffusa opinione della comunità scientifica sulle rilevanti differenze tra *New Breeding Techniques*, tecniche di transgenesi e tecniche tradizionali di breeding, la disciplina giuridica dimostra forti perplessità sull'inquadramento della materia, in ragione di una difficoltà circa la definizione e, di conseguenza, il regime a cui sottoporre tali processi produttivi¹¹. L'unico paese che ha adottato una normativa ad hoc sulle nuove biotecnologie di precisione è l'Argentina: il 18 maggio 2015, infatti, è stata emessa dal Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca la Resolución 173¹², che ha definito una regolamentazione di natura procedurale che stabilisce il processo da seguire per definire se una pianta costituita tramite NBTs costituisca o meno un OGM¹³.

www.leopoldina.it; EFSA, Panel GMO, *Scientific opinion*, cit., reperibile in <https://efsa.europa.eu/it>; LUSSE M., DAVIES H.V., *Comparative regulatory approaches for groups of new plant breeding techniques*, in *New biotechnology*, Vol. 30, n.5, 2013; LUSSE M., PARISI C., PLAN D., RODRIGUEZ-CEREZO E., *New plant breeding techniques. State-of-the-art and prospects for commercial development*, Institute for Prospective Technological Studies and Institute for Health and Consumer Protection, 2011 reperibile in <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi7l4Sl3PHvAhUFyKQKHuDuMQFjABegQIDBAD&url=https%3A%2F%2Fpublications.jrc.ec.europa.eu%2Frepository%2Fbitstream%2FJRC63971%2Fjrc63971.pdf&usg=AOvVaw07FIFhbmzp-pLyA4zh8wPy>; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Report – Genome editing: an ethical review*, 2016, reperibile in <https://www.nuffieldbioethics.org/>; RIEMENS M.M., SCHAART J.G., VAN DE VIJVER C.A.D.M., VAN DE WIEL C., *Opportunities of new plant breeding techniques*, in *Trends in plant science*, vol. 21, 2016, pp. 438-449; SOCIETÀ ITALIANA DI GENETICA AGRARIA, SOCIETÀ ITALIANA DI BIOLOGIA VEGETALE, *Considerazioni riguardo la tecnica del genome editing per il miglioramento genetico delle colture agrarie*, 2016, reperibile in www.geneticaagricola.it

¹¹ DAVIES H.V., DEVOS Y., NIELSEN K. M., PODEVIN N., *Transgenic or not? No simple answer! New biotechnology-base plant breeding techniques and the regulatory landscape*, in *EMBO reports*, vol. 13, 2012, pp. 1057-1061

¹² Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca, Resolución 173/2015, del 12-may-2015, publicada en el Boletín Oficial del 18-may-2015, n. 33131, pág. 40

¹³ DEDERER H.G., HAMBURGER D., *Introduction: regulation of plants derived from genome editing – What lessons to be learned from other countries?*, in DEDERER H.G., HAMBURGER D., (a cura di) *Regulation of*

Salvo quest'ultimo caso di disciplina positiva specificatamente riguardante le nuove tecniche in esame, alcuni paesi hanno deciso invece di trattarle come una variazione delle cd. *Conventional Breeding Techniques* e operare una valutazione degli eventuali rischi caso per caso (ad esempio Stati Uniti e Canada), focalizzandosi sulle caratteristiche del prodotto finale (cd. *product-based approach*)¹⁴.

Al contrario, altri ordinamenti, come l'Europa, seppur privi di una regolamentazione apposita in materia, permangono nell'incertezza di una definizione giuridica di queste nuove tecniche. Discusso, infatti, è il celebre leading-case sulla qualificazione giuridica delle tecniche di mutagenesi sito-diretta reso dalla Corte di Giustizia il 25 luglio 2018 C-528/16: secondo la Corte, alle moderne tecniche di mutagenesi si dovrebbe applicare la direttiva 2001/18/EU¹⁵ sull'emissione deliberata degli organismi geneticamente modificati¹⁶. Le conclusioni della Corte hanno scatenato opinioni discordanti, dovute a un'interpretazione forse troppo lata della definizione di "organismo geneticamente modificato" di cui all'Articolo 2 n. 2) della succitata direttiva: includere le *NBTs* nell'ambito di applicazione della direttiva priverebbe l'Europa di beneficiare delle potenzialità, in termini economici ma soprattutto di sostenibilità, dei prodotti da esse derivanti. Queste biotecnologie verrebbero sottoposte a gravosi controlli obbligatori per ottenere autorizzazioni di utilizzo e di immissione nel mercato, causando un rallentamento nel progresso dell'innovazione in agricoltura e, di conseguenza, una perdita di competitività dell'Europa nel mercato agricolo internazionale¹⁷.

2. Le *New Breeding Techniques* in Europa.

Il diritto agro-alimentare ha sempre costituito un settore di indagine per l'elaborazione di un diritto del rischio, finalizzato a salvaguardare i fondamentali

genome editing in plant biotechnology. A comparative analysis of regulatory frameworks of selected countries and the EU, Cham, Springer Nature, 2019, pp. 3 ss.

14 Per un inquadramento dei sistemi che adottano un controllo "a valle" del processo produttivo: ERIKSSON D., HARTUNG F., SCHIEMANN J., SPRINK T., *Regulatory hurdles for genome editing: process- vs. product-based approaches in different regulatory contexts*, in *Plant cell reports*, vol. 35, 2016, pp. 1493-1506; ERIKSSON D., KERSHEN D., NEPOMUCENO A., POGSON B.J., PRIETO H., PURNHAGEN K., SMYTH S., WESSELER J., WHELAN A., *A comparison of the EU regulatory approach to directed mutagenesis with that of other jurisdictions, consequences for international trade and potential steps forward*, in *New Phytologist*, vol. 222, 2019, pp. 1673-1684.

15 Direttiva 2001/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 marzo 2001, sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e che abroga la Direttiva 90/220/CEE del Consiglio, pubblica in G.U.C.E. L 106 del 17.4.2001, pag. 1.

16 Per un primo commento alla decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: CARROL D., RONALD P., URNOV F., *A call for science-based review of the European court's decision on gene-edited crops*, in *Nature biotechnology*, vol. 36, 2018, pp. 800-802; COLLONNIER C., VIVES-VALLÈS J.A., *The judgment of the CJEU of 25 July 2018 on mutagenesis: interpretation and interim legislative proposal*, in *Front. Plant Sci.*, vol. 10, n. 1813, 2020; GELINSKY E., HILBECK A., *European Court of Justice ruling regarding new genetic engineering methods scientifically justified: a commentary on the biased reporting about the recent ruling*, in *Environmental Sciences Europe*, vol. 30, 2018, pp. 1-9.

17 Per un'analisi sul metodo di controllo preventivo di stampo europeo: ERIKSSON D., HARTUNG F., SCHIEMANN J., SPRINK T., *cit.*; GELINSKY E., HILBECK A., *cit.*; HARTUNG F., SCHIEMANN J., *EU perspectives on new plant-breeding techniques*, in *NABC*, 2014, pp. 201-210; SOWA S., TWARDOWSKI T., TYCZEWSKA A., ZIMNY T., *Certain new plant breeding techniques and their marketability in the context of EU GMO legislation – recent developments*, in *New biotechnology*, vol. 51, 2019, p. 49-56.

interessi della persona¹⁸. Il rischio, come brevemente accennato nel Paragrafo precedente, non è sempre noto e la sua percezione varia sulla base del contesto socioeconomico considerato.

Le crescenti preoccupazioni, che hanno circondato la possibile applicazione delle tecniche di ingegneria genetica in campo alimentare, si sono diffuse proprio a causa dell'incertezza circa la natura dei prodotti così realizzati. L'idea di "sicurezza alimentare", infatti, nasce proprio al fine di «restringere l'area del rischio entro limiti ragionevoli»¹⁹: sotto il profilo normativo, questa esigenza si è tradotta nell'elaborazione di un sistema tendenzialmente *science-based*, che garantisca la tracciabilità dell'alimento attraverso un approccio integrato di filiera (cd. *from farm to table*)²⁰.

Tuttavia, la valutazione dei fattori di rischio (realmente esistenti o anche solo potenziali) non può essere affidata alla sola competenza della scienza, in quanto spesso i dati scientifici non sono dotati di un'affidabilità assoluta, ma sono intimamente connessi con il momento storico attuale²¹. Essendo dunque la scienza una disciplina di per sé fallibile, si inserisce in questo contesto lacunoso e incerto la precauzione: essa è divenuta il principio guida dei *lawmakers*, traducendosi quasi in una doverosa regola di comportamento, non solo in ottica preventiva per il momento regolativo, ma anche per la gestione del rischio post-market²². L'approccio precauzionale esprime dunque «un modo particolare di fare diritto», al fine di realizzare un composito sistema di governo di interessi per garantire un elevato livello di *food safety*²³. Questo implica però che il sistema normativo così strutturato dovrà risultare particolarmente flessibile, con lo scopo di adeguarsi a eventuali

18 Sull'analisi della valutazione del rischio in diritto agro-agroalimentare, si segnalano, tra gli altri: ALBISINNI F., *Sicurezze e controlli: chi garantisce cosa?*, in Riv. Dir. Alim., fasc. 4, 2011, pp. 12-23; BECHTOLD S., *op.cit.*; BORGHI P., *The "myth" of precaution*, in AA.VV., *Innovation in agri-food law between technology and comparison*, AIDA-IFLA Associazione Italiana di diritto alimentare – Italian Food Law Association, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pp. 171 ss.; DI PORTO F., *Regolazione del rischio, informazione e certezza giuridica*, in Riv. Dir. Alim., fasc. 4, 2011, pp. 34-45; FERRARI M., *Sicurezza alimentare e nuovi prodotti alimentari*, in Politeia, fasc. 3, n. 113, 2014, pp. 89-92; GUERRA G., *Sul rapporto sicurezza-innovazione nel diritto agroalimentare europeo: tra «elefanti nella stanza» e «tigri di carta»*, in NGCC, fasc. 2, 2019, pp. 394-404; SAVONA P., *op.cit.*, pp. 355 ss.; VAQUÉ L.G., *La comunicazione del rischio alimentare nell'Unione Europea e negli Stati membri: efficacia, trasparenza e sicurezza*, in Riv. Dir. Alim., fasc. 3, 2016, pp. 33-45

19 FERRARI M., *op.cit.*, p. 90

20 COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, COM (1999) 719, Bruxelles, 12 gennaio 2000

21 Si prenda ad esempio il già citato parere dell'EFSA, Panel GMO del 2012, dove, a proposito di un'indagine sul rischio delle tecniche di cisgenesi e intragenesi, si è così pronunciata: «*The Panel is of the opinion that all of these breeding methods can produce variable frequencies and severities of unintended effects. The frequency of unintended changes may differ between breeding techniques and their occurrence cannot be predicted and needs to be assessed case by case. Independent of the breeding method, undesirable phenotypes are generally removed during selection and testing programmes by breeders. The risks to human and animal health and the environment will depend on exposure factors such as the extent to which the plant is cultivated and consumed*». Per un'analisi dottrinale si vedano invece: BORGHI P., *op.cit.*, p. 174; FERRARI M., *op.cit.*, pag. 91.

22 GUERRA G., *op.cit.*, pag. 395; in questi termini, per una trattazione più approfondita della *risk-analysis*, ossia della valutazione, gestione e comunicazione del rischio: SBERVEGLIERI, PULVIRENTI, GIUDICI, *Dalla valutazione quantitativa ai modelli di previsione dei rischi ignoti*, in CASTRONUOVO D., DOVAL PAIS A., FOFFANI L., (a cura di), *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione, repressione*, Giuffrè editore, 2014

23 ALBISINNI F., *op.cit.*, pag. 17

progressi della conoscenza, che potrebbero comportare mutamenti nelle precedenti decisioni regolative. A tale scopo, la conseguenza più immediata consisterà nell'elaborazione di concetti giuridici indeterminati con il rischio di realizzare ulteriori incertezze giuridiche²⁴. È il caso, ad esempio, della definizione di un "organismo geneticamente modificato" di cui all'Articolo 2 § 2 Direttiva 2001/18/CE²⁵, oggetto di numerose interpretazioni e adattamenti al progresso scientifico-tecnologico, tra cui, da ultimo, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 25 luglio 2018 C-528/16 che sarà trattata nel dettaglio nei paragrafi successivi.

Tutta la disciplina europea sugli OGM, di conseguenza, è ispirata dal principio di precauzione, poiché si tratta di una regolazione giuridica a carattere interdisciplinare, e strutturata secondo un sistema multilivello, in cui quello europeo si incrocia sia con quello statale che sub-statale²⁶. La finalità perseguita risiederebbe, infatti, nel garantire una tutela rafforzata attraverso una certa prudenza nell'utilizzo di tali tecnologie poiché non si è mai in grado di stabilire quali siano le conseguenze dell'agire umano a livello ambientale. L'uomo sarebbe responsabile della natura non solo al fine di migliorarla geneticamente per gli esseri viventi, ma al fine di mantenere le risorse naturali per le generazioni future.²⁷ Ne deriva, dunque, un'anticipazione della protezione degli interessi in gioco attraverso un sistema normativo di controlli e autorizzazioni maggiormente incisivo rispetto agli alimenti prodotti con tecniche di colture tradizionali.

La decisione del legislatore europeo, quindi, è stata quella di dedicare una disciplina ad hoc alle tecniche di ingegneria genetica reputate "estranee" dall'opinione pubblica poiché, a suo tempo, permeate da incertezza scientifica²⁸. Questa regolamentazione dei procedimenti biotecnologici (cd. *process-based approach*), rimasta pressoché invariata dall'emanazione delle Direttive e dei Regolamenti, ha contribuito non solo a consolidare la distinzione tra i prodotti realizzati mediante le *Conventional Breeding Techniques* e quelli realizzati mediante le cd. *Established*

24 DI PORTO F., *op.cit.*, pag.36

25 Direttiva 2001/18/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 marzo 2001, sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e che abroga la Direttiva 90/220/CEE del Consiglio, pubblicata in G.U. L 106 del 17 aprile 2001 pag. 1

26 ERRIGO M.C., *Diritto e OGM. Una storia complicata*, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto. Vol. 20, fasc.1, 2020, pag. 285

27 SAIJA R., *Gli organismi geneticamente modificati nel diritto dell'Unione Europea: il ruolo del principio di precauzione e il controverso rapporto tra Autorità e Libertà*, in Rivista Electrónica de Direito (RED), 2017, pp. 10-11

28 Difatti, «da un'ottica ambientale, due sono gli aspetti rilevanti. Da una parte, la biotecnologia dispone di un potenziale utilizzabile ai fini della protezione ambientale: purificazione delle acque, riduzione della richiesta di ossigeno per i rifiuti organici provenienti dalle industrie trattanti sostanze biologiche, e disintossicanti dei rifiuti. Dall'altra parte vi è invece una indiscussa preoccupazione manifestata dall'opinione pubblica circa l'estraneità alle più recenti scoperte dell'ingegneria genetica e, in particolare, all'uso diffuso in agricoltura di nuovi organismi con i possibili rischi che ne potrebbero derivare». Risoluzione del Consiglio delle Comunità europee e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 19 ottobre 1987, concernente il proseguimento e l'attuazione di una politica e di un programma d'azione delle Comunità europee in materia ambientale (1987-1992), in particolare punto 4.4.2.

*Techniques of Genetic Modification (ETGM)*²⁹ ma anche ad instaurare nei consumatori stessi un atteggiamento *risk-adverse*³⁰ verso i prodotti modificati.

3. L'attuale contesto normativo degli Organismi Geneticamente Modificati (OGM).

Nel delineare un adeguato assetto regolativo sulle modificazioni genetiche degli alimenti, il legislatore europeo ha recepito gli obblighi individuati dal Protocollo di Cartagena³¹, attraverso la predisposizione di una complessa disciplina di controlli e autorizzazioni per l'emissione deliberata nell'ambiente degli OGM a scopo sperimentale o commerciale. Segnatamente, il nucleo centrale della normativa si ravvisa nella Direttiva 2001/18/CE del 12 marzo 2001 sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati, emanata sulla base dell'Articolo 114 TFUE, al fine di ravvicinare le legislazioni nazionali in materia.

Un organismo, ossia «qualsiasi entità biologica capace di riprodursi o di trasferire materiale genetico» (Articolo 2 n.1)), è definito geneticamente modificato, ai fini della Direttiva, quando sia «diverso da un essere umano» e «il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto avviene in natura con l'accoppiamento e/o la ricombinazione genetica naturale» (Articolo 2 n.2)). L'Allegato I A, Parte 1, inoltre, offre una precisazione della definizione contenuta all'Articolo 2 n.2, individuando un elenco non esaustivo di tecniche di modificazione genetica che generano OGM. Segnatamente, si indicano, «tra l'altro», le «1) tecniche di ricombinazione dell'acido nucleico che comportano la formazione di nuove combinazioni di materiale genetico mediante l'inserimento in un virus, un plasmide

29 ERIKSSON D., HARTUNG F., SCHIEMANN J., SPRINK T., *op.cit.*, pp. 1493-1506

30 I dati che indicano questa attitudine sono riportati da EUROPEAN COMMISSION, *Europeans' attitudes toward animal cloning, analytical report. Survey requested by Directorate General Health and Consumers and coordinated by Directorate General Communication (European Commission)*, in Flash eurobarometer, vol. 238, Bruxelles, The Gallup Organization, 2008

31 Come noto, in principio la disciplina ha prodotto a livello internazionale la Convenzione sulla diversità biologica, adottata nel 1992 a Nairobi nell'ambito delle Nazioni Unite. In tale contesto, inoltre, si sono concordati anche due protocolli addizionali: il primo, il cd. Protocollo di Cartagena (adottato a Montréal nel 2000 e ratificato dalla Comunità Europea con Decisione del Consiglio 200/628/CE del 25 giugno 2002) sulla tematica centrale che animava la comunità internazionale di quel periodo, ossia la "biosicurezza", definita come «l'insieme delle misure, delle politiche e delle procedure utili a ridurre al minimo i rischi potenziali per l'ambiente, la salute umana e animale, derivanti dai prodotti ottenuti con le moderne biotecnologie» (in MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO E DEL MARE, *op.cit.*, pag. 3); mentre il secondo è il cd. Protocollo addizionale di Nagoya-Kuala Lumpur, relativo all'accesso e alla condivisione dei benefici. Il primo Protocollo, in particolare, in ottemperanza al principio precauzionale di cui al principio n. 15 della Dichiarazione di Rio sull'ambiente e sullo sviluppo, ha stabilito una serie di obiettivi globali concernenti i *Living Modified Organisms (LMO)*, definiti ex art. 2 lett. g) del Protocollo di Cartagena, come entità biologiche in grado di trasferire o replicare materiale genetico, compresi organismi sterili, virus e viroidi (art. 2 lett. h)), caratterizzati «da una nuova combinazione di materiale genetico ottenuta mediante la moderna biotecnologia». Secondo l'interpretazione prevalente, il concetto di *LMO* costituisce una categoria più circoscritta rispetto ai *Genetically Modified Organisms (GMO)*, perché si riferisce alla mera "materia prima" (come piante e sementi) utilizzati per realizzare il prodotto finale. I *GMO*, al contrario, comprenderebbero anche i prodotti che «pur essendo stati geneticamente modificati o essendo derivati da organismi geneticamente modificati, sono ormai ritenuti inerti, cioè incapaci di riprodursi, di svilupparsi o di trasferire materiale genetico». RIGHINI E., *Il Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza e gli accordi sul commercio internazionale*, in Riv. Dir. Internaz., vol. 84, n.3, 2001, pag. 656

batterico o qualsiasi altro vettore, di molecole di acido nucleico prodotte con qualsiasi mezzo all'esterno di un organismo, nonché la loro incorporazione in un organismo ospite nel quale non compaiano per natura, ma nel quale possono replicarsi in maniera continua; 2) tecniche che comportano l'introduzione diretta in un organismo di materiale ereditabile preparato al suo esterno, tra cui la microiniezione, la macroiniezione e il microincapsulamento; 3) fusione cellulare (inclusa la fusione di protoplasti) o tecniche di ibridazione per la costruzione di cellule vive, che presentano nuove combinazioni di materiale genetico ereditabile, mediante la fusione di due o più cellule utilizzando metodi non naturali».

Si specifica inoltre come nella Parte 2 del medesimo Allegato vi siano alcune tecniche, di cui all'Articolo 2 n.2) lett. b), che non producono modificazioni genetiche tali da far ritenere l'organismo realizzato un OGM, ai sensi della Direttiva: si tratta della fecondazione in vitro, dei processi naturali, quali la coniugazione, la trasduzione e la trasformazione e dell'induzione della poliploidia, «[...] a condizione che non comportino l'impiego di molecole di acido nucleico ricombinante o di organismi geneticamente modificati prodotti con tecniche o metodi diversi da quelli esclusi dall'Allegato I B». Quest'ultimo, richiamato dall'Articolo 3 Dir., chiarisce ulteriormente la sfera di applicazione della disciplina, individuando le tecniche o i metodi di modificazione genetica il cui impiego non produce organismi geneticamente modificati: la mutagenesi e la fusione cellulare (inclusa la fusione di protoplasti) di cellule vegetali di organismi che possono scambiare materiale genetico anche con metodi di produzione tradizionali.

Fondamentali, poi, sono anche i successivi Regolamenti, che concernono, più specificatamente, gli alimenti e i mangimi GM: si tratta, in primo luogo, del Regolamento (CE) n.1829/2003, che istituisce le modalità di autorizzazione, di vigilanza e di etichettatura di tali OGM, al fine di esaudire esigenze di libera circolazione di alimenti e mangimi sicuri e sani nel mercato unico, nonché di tutela della vita e della salute umana e dell'ambiente (considerando 1 e 2; articolo 1). L'ambito di applicazione del Regolamento riguarda, più precisamente, «gli OGM utilizzati negli alimenti e nei mangimi, gli alimenti e i mangimi che contengono OGM; gli alimenti ed i mangimi realizzati con OGM oppure che contengono ingredienti preparati utilizzando OGM»³². In secondo luogo, si menziona il Regolamento (CE) n. 1830/2003, che si occupa della tracciabilità dell'OGM o dell'alimento o del mangime GM lungo tutta la filiera alimentare, «[...] in modo da assicurare ad operatori e consumatori un'informazione accurata che permetta loro di esercitare un'effettiva libertà di scelta nonché il controllo e la verifica delle diciture apposte sulle etichette», in conformità al disposto del Regolamento (CE) n.1829/2003 (Considerando 4).

Infine, il Regolamento (CE) n.1946/2003 completa la disciplina contenuta nella Direttiva 2001/18/CE, regolando i movimenti transfrontalieri degli OGM. Tale normativa, attraverso specifiche disposizioni sull'esportazione di OGM dall'Unione Europea verso Paesi terzi, istituisce un sistema comune di notifica, di informazione e di controllo, soprattutto «per reagire con efficienza al verificarsi di movimenti

³² SAIJA R., *op.cit.*, pag. 20

transfrontalieri non intenzionali di OGM che potrebbero avere gravi effetti negativi sulla conservazione e l'uso sostenibile della biodiversità e presentare rischi per la salute umana [...]» (Considerando 19).

3.1 Accenni sull'immissione in commercio degli alimenti geneticamente modificati.

Focalizzandoci brevemente sul più specifico settore dell'alimentazione, la crescente esigenza di predisporre un sistema normativo settoriale che esaltasse la tutela di uno dei (se non del) bisogni primari dell'individuo si è tradotta nella scelta, da parte del legislatore comunitario, nell'elaborazione di una disciplina particolarmente stringente, che trova una piena giustificazione nella peculiarità dell'oggetto regolato e nella sua destinazione finale, ossia l'assunzione da parte dell'essere umano³³. Perciò, si è delineato un sistema di *food law*, destinato alla protezione mirata di una specifica categoria di consumatori, «per i quali il consumo di un alimento specifico risulta fondato su ragioni di tutela della salute oppure su convincimenti di carattere religioso, etico o culturale»: difatti, l'alimento, in sé, può essere definito come un «elemento costitutivo dell'identità culturale dell'individuo, e quindi [un] diritto umano a tutti gli effetti perché diretto alla propria cultura»³⁴.

In ottemperanza ai principi generali stabiliti dall'Articolo 169 TFUE, l'Unione Europea garantisce un elevato livello di protezione del consumatore, che, in campo agroalimentare, si concretizza nella predisposizione di un apparato regolatorio focalizzato sulla circolazione di prodotti sicuri da un lato, e sulle necessità dei consumatori in fase di scelta e di consumo di alimenti, dall'altro³⁵. L'obiettivo, infatti, è quello di istituire un sistema, che instauri e mantenga un sentimento di fiducia nei consumatori, negli altri soggetti interessati e nelle controparti commerciali, verso la legislazione alimentare, il suo fondamento scientifico e la struttura e indipendenza delle istituzioni, al fine di un adeguato funzionamento del mercato interno e della tutela della salute umana³⁶.

Ciò premesso, l'imperativo di assicurare un alto grado di sicurezza alimentare, (la cui disciplina è oggi contenuta nel Regolamento (CE) n. 178/2002), è quanto mai evidente nell'ipotesi di immissione in commercio di alimenti geneticamente modificati. Prima del 2003, i prodotti alimentari transgenici rientravano

33 LUCIFERO N., *L'immissione in commercio degli alimenti geneticamente modificati*, in Riv. Dir. Alim., fasc. 2, 2017, pag. 54

34 LUCIFERO N., *op.cit.*, pag. 53

35 Tra i numerosi autori, che hanno discusso della tematica in questione, si segnala: COSTATO L., *I principi fondanti il diritto alimentare*, in Riv. Dir. Alim., fasc. 1, 2007, pp. 2-5; Id. *Principi e requisiti generali della legislazione alimentare*, in COSTATO L., GERMANÒ A., ROOK BASILE E. (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, vol. III, Il diritto agroalimentare, Torino, 2011, pp. 19 ss.

36 Si vedano i Considerando nn. 8, 9 e 12 del Regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, pubblicato in G.U.C.E. L 31 del 01.02.2002, pag.1. Il tema della sicurezza alimentare è stato oggetto di profonde discussioni. Si segnala, tra gli altri, un articolo, che ripercorre le evoluzioni dottrinali sul tema, illustrando, altresì, la visione più moderna della sicurezza alimentare. In particolare, CANFORA I., *L'evoluzione delle regole europee sulla trasparenza: verso un sistema di «Sicurezza alimentare 2.0»*, in Riv. Dir. Alim., fasc. 3, 2020, pp. 4-14

nell'applicazione della procedura autorizzativa, distinta rispetto a quella di cui alla Direttiva 2001/18/CE, prevista dal Regolamento (CE) n.258/97³⁷. Questo concerneva una procedura semplificata per i cd. *novel foods*³⁸, che comportava l'accertamento da parte dell'Autorità Competente dello Stato della sostanziale equivalenza del prodotto con un altro già in commercio, evitando che questo fosse sottoposto al vaglio della Commissione³⁹. Il principio della sostanziale equivalenza rappresenta senza dubbio un passaggio fondamentale nel processo di valutazione della sicurezza degli alimenti transgenici, ma non costituisce di per sé una effettiva valutazione della sicurezza (Considerando 6 Regolamento (CE) n. 1829/2003). Da qui, discende la ratio, sottesa alla scelta del legislatore comunitario, di dedicare una normativa ad hoc per gli alimenti e i mangimi geneticamente modificati: segnatamente, il Regolamento (CE) n. 1829/2003, che concerne la disciplina autorizzativa, e, il Regolamento (CE) n. 1830/2003, che detta regole specifiche in materia di etichettatura e di tracciabilità dell'alimento e del mangime modificato nel genoma.

Mentre, nel caso della Direttiva 2001/18/CE, la procedura autorizzativa potrebbe esaurirsi, salvo obiezioni degli altri Stati membri, anche solo a livello nazionale, sia nell'ipotesi dell'emissione deliberata nell'ambiente che di immissione in commercio, per gli OGM destinati all'alimentazione umana e animale si è optato per una centralizzazione della procedura sul piano comunitario⁴⁰. Tale disciplina, contenuta nel Capo II del Regolamento (CE) n.1829/2003⁴¹, si applica agli OGM⁴² destinati all'alimentazione umana⁴³, agli alimenti⁴⁴ che contengono o sono costituiti da OGM e

37 Regolamento (CE) n. 258/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 gennaio 1997, sui nuovi prodotti e i nuovi ingredienti alimentari, pubblicato in G.U.C.E. L 43 del 14.02.1997, pag. 1

38 Si tratta di «prodotti e [gli] ingredienti non ancora utilizzati in misura significativa per il consumo umano nella comunità e che rientrano in una delle seguenti categorie: I) prodotti e ingredienti alimentari con una struttura molecolare primaria o volutamente modificata; II) prodotti e ingredienti alimentari costituiti o isolati a partire da microorganismi, funghi o alghe; III) prodotti e ingredienti alimentari costituiti da vegetali o isolati a partire da vegetali e ingredienti alimentari ottenuti mediante pratiche tradizionali di moltiplicazione o di riproduzione che vantano un uso alimentare sicuro storicamente comprovato; IV) prodotti e ingredienti alimentari sottoposti ad un processo di produzione non generalmente utilizzato, per i quali tale processo comporti nella composizione o nella struttura dei prodotti o degli ingredienti alimentari cambiamenti significativi del valore nutritivo, del loro metabolismo o del tenore di sostanze indesiderabili» (articolo 1 § 2 Reg. (CE) 258/97)

39 LUCIFERO N., *op.cit.*, pag. 58; SAIJA R., *op.cit.*, pag. 19; ROSSI DAL POZZO F., *Profili recenti in tema di organismi geneticamente modificati nel settore agroalimentare fra procedure di comitato e tutela giurisdizionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, vol. 28, fasc. 2, 2014, pp. 350 ss.

40 ERRIGO M.C., *op.cit.*, pag. 290; ROSSI DAL POZZO, *op.cit.*, pag. 358

41 Tale Regolamento è dedicato alla disciplina normativa sia degli alimenti *GM*, che dei mangimi transgenici. Quest'ultimo profilo non sarà trattato, non essendo affine al tema della ricerca.

42 Si precisa che il Regolamento in esame accoglie la definizione di "organismo geneticamente modificato" di cui all'Articolo 2 n.2) Direttiva 2001/18/CE, ad esclusione degli organismi ottenuti mediante le tecniche di modificazione genetica elencate nell'Allegato I B della Direttiva (Articolo 2 n.5) Regolamento).

43 L'inciso "destinato all'alimentazione umana" significa che l'OGM in questione può essere utilizzato come alimento o come materiale di base per la produzione di alimenti (Articolo 2 n.8) Regolamento)

44 Si specifica che tale Regolamento accoglie la definizione di "alimento" di cui all'articolo 2 Regolamento (CE) n.178/2002 (Articolo 2 n.1) Regolamento (CE) n.1829/2003). Segnatamente, con tale termine si intende «qualsiasi sostanza o prodotto trasformato, parzialmente trasformato, o non trasformato, destinato ad essere ingerito, o di cui si prevede ragionevolmente che possa essere ingerito da esseri umani. Sono comprese le bevande, le gomme da masticare e qualsiasi sostanza, compresa l'acqua, intenzionalmente incorporata negli alimenti nel corso della loro produzione, preparazione o trattamento [...]. Non sono compresi: I) i mangimi; II)

agli alimenti che sono prodotti a partire da o che contengono ingredienti prodotti a partire da OGM⁴⁵ (Articolo 3 § 2 Regolamento).

Tale tutela precauzionale ex ante elaborata dal legislatore europeo si accompagna necessariamente a una protezione ex post in relazione agli alimenti geneticamente modificati, che si traduce nella previsione di obblighi in materia di tracciabilità e di etichettatura in capo ai fornitori di derrate alimentari, al fine di assicurare un adeguato livello di sicurezza e tutela per il consumatore finale. Tali obblighi non si applicano, però, se l'alimento in questione «contiene, è costituito o è prodotto a partire da OGM presenti in proporzione non superiore allo 0,9% degli ingredienti alimentari considerati individualmente o degli alimenti costituiti da un unico ingrediente, purché tale presenza sia accidentale o tecnicamente inevitabile⁴⁶» (Articolo 12 §§ 1 e 2).

L'etichetta dei prodotti alimentari, che contengono o sono costituiti da OGM, ovvero, sono prodotti a partire da o contengono ingredienti prodotti a partire da OGM, deve rispettare dei requisiti particolarmente rigidi, in modo tale da non trarre in inganno il consumatore finale. Segnatamente, qualora l'alimento sia composto da più ingredienti, la denominazione «geneticamente modificato» o «prodotto da [nome dell'ingrediente] geneticamente modificato» deve essere inserita tra parentesi nell'elenco di cui all'Articolo 6 Direttiva 2000/13/CE⁴⁷ immediatamente dopo l'ingrediente in questione (Articolo 13 § 1 lett. a)). Se tale ingrediente è indicato con il nome di una categoria, la dicitura «contiene [nome dell'organismo geneticamente modificato]» oppure «contiene [nome dell'ingrediente] geneticamente modificato prodotto da [nome dell'organismo] geneticamente modificato» è inserita nell'elenco degli ingredienti (Articolo 13 lett. b))⁴⁸. Qualora non sia previsto un elenco degli ingredienti sul prodotto alimentare in questione, la denominazione di cui alla lett. a) deve figurare sull'etichetta. Se, infine, si tratta di alimento non preconfezionato o preconfezionato in contenitori di piccole dimensioni, le suddette informazioni devono «comparire in modo visibile e permanente dove l'alimento è esposto o vicino

gli animali vivi, a meno che siano preparati per l'immissione nel mercato ai fini del consumo umano; III) i vegetali prima della raccolta; IV) i medicinali ai sensi delle Direttive del Consiglio 65/65/CEE e 97/73/CEE; V) i cosmetici ai sensi della Direttiva 76/768/CEE del Consiglio; VI) il tabacco e i prodotti del tabacco ai sensi della Direttiva 89/622/CEE del Consiglio; VII) le sostanze stupefacenti o psicotrope ai sensi della convenzione unica delle Nazioni Unite sugli stupefacenti del 1961 e della Convenzione delle nazioni Unite sulle sostanze psicotrope del 1971; VIII) residui e contaminanti».

45 Le ultime due categorie racchiudono la definizione di "alimento geneticamente modificato", ossia un alimento che contiene, è costituito o è prodotto a partire da OGM (Articolo 2 n.6)). Si specifica, inoltre, che l'inciso "prodotto a partire da OGM" allude a una derivazione, in tutto o in parte, da tali organismi, ma che non li contiene e non ne è costituito.

46 Il carattere accidentale o tecnicamente inevitabile di tale materiale deve essere opportunamente dimostrato dall'operatore alle Autorità competenti, attraverso la prova dell'adozione di tutte le misure appropriate per evitare tale presenza (Articolo 12 § 3).

47 Direttiva 2000/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, pubblicata in G.U.C.E. L 109 del 06.05.2000, pag. 29

48 Tali diciture, di cui alle lett. a) e b), possono anche essere apposte in una nota a piè di pagina aggiunta all'elenco degli ingredienti. Devono essere dunque «stampate con un carattere tipografico avente almeno la stessa grandezza di quello usato per l'elenco degli ingredienti. Se non è previsto un elenco degli ingredienti, essi appaiono in modo chiaro sull'etichetta» (Articolo 13 lett. d)).

ad esso, oppure sull'imballaggio, e» devono essere stampate «con un carattere tipografico sufficientemente grande da poter facilmente essere individuato e letto» (Articolo 13 §1 lett. e)).

Oltre a questa tipologia di informativa attinente alla mera natura genetica dell'alimento, l'etichetta deve specificare anche le caratteristiche e le proprietà di tale prodotto. In particolare, devono essere indicate le informazioni attinenti alla composizione, al valore o effetti nutrizionali, all'uso dell'alimento e alle implicazioni per la salute di alcune categorie di soggetti, se l'alimento è diverso dalla sua versione tradizionale. Inoltre, si deve specificare se quest'ultimo possa intaccare credenze di ordine etico o religioso (Articolo 13 § 2).

3.2 Il dibattito sulla possibile sussunzione delle NBTs all'interno della categoria OGM.

Il legislatore comunitario, nella descrizione dell'organismo geneticamente modificato di cui all'Articolo 2 n. 2) Dir. 2001/18/CE, ha deliberatamente adottato una definizione dal significato molto ampio in modo da garantire una certa flessibilità alle fattispecie normate rispetto alle probabili e possibili evoluzioni delle moderne biotecnologie⁴⁹. Al contempo, tuttavia, la generalità dei termini impiegati nelle definizioni giuridiche richiedono spesso delle chiarificazioni nella perimetrazione dell'oggetto presentato. È questo il caso del concetto stesso di OGM, la cui esposizione non è stata oggetto di una riformulazione complessiva, ma è rimasta ancorata alla versione originale⁵⁰, basata sulle conoscenze disponibili delle tecniche di ingegneria genetica al tempo della prima implementazione⁵¹. Di pari passo, con il progredire di queste ultime, si è avvertita la necessità, di provvedere ad un aggiornamento contenutistico di tale definizione per una più definita identificazione di tali organismi, che consentisse, di conseguenza una distinzione dalle versioni tradizionali. Inoltre, questo processo si è reso indispensabile, sotto altro profilo, rispetto al fine di precisare l'ambito di applicazione delle varie normative di

49 Si tratta, segnatamente, di una richiesta espressa dalla Commissione europea nel suo *Report on the Review of Directive 90/220/EEC in the Context of the Commission's Communication on Biotechnology and the White Paper*, del 10.12.1996, COM (96) 630 final: «*The flexibility of the Directive appears to be limited as it does not provide for easy adaption to technical progress of one of its technical Annexes. In a so fast-moving and continually evolving field, it is important to ensure that Community provisions are always based on the latest stage of experience and scientific knowledge. Therefore, the possibility of adapting all annexes of the Directive through a Regulatory Committee Procedure, could enhance flexibility and permit timely adaption of these highly technical parts of the Directive to rapidly advancing scientific and technical progress*» (Parte 10 del Report).

50 La necessità di un approfondimento delle questioni giuridiche intorno a tale nozione non è stata avvertita con urgenza, perlomeno, fino a poco tempo fa, nel dibattito pubblico. Difatti, come osservato, ci si è piuttosto focalizzati «sull'idea e sulla consistenza delle biotecnologie/ingegneria genetica nel senso della possibilità/legittimità di guardare come a realtà diverse alle biotecnologie nuove, legate allo sviluppo delle tecniche di laboratorio della biologia molecolare e alla messa a punto di impieghi del DNA ricombinante capaci di superare la barriera delle specie, rispetto a quelle tradizionali o convenzionali che non sono soggette a regole e controlli specifici», in SIRSI E., *op.cit.*, pp. 226-227.

51 SIRSI E., *op.cit.*, pag. 225; si veda anche: HARTUNG F., SCHIEMANN J., *cit.*; SIRSI E., *Note sulla definizione giuridica di OGM e sulle cd New Breeding Techniques in occasione dell'Audizione della 9° Commissione (Agricoltura e Produzione alimentare) del Senato del 13 luglio 2016*, reperibile in https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/004/418/Prof.ssa_SIRSI_DA_PUBBLICARE.pdf, 2016.

settore⁵², garantendo maggiore efficacia alle specificità dei divieti e delle deroghe⁵³. Recentemente, infatti, si è acceso un vivace dibattito circa l'integrazione delle cd. *New Breeding Techniques* all'interno della categoria OGM, con posizioni favorevoli⁵⁴ contrapposte ad altre fortemente dissenzienti.⁵⁵

Diversi studi giuridici hanno cercato di argomentare le possibili soluzioni di regolamentazione, attraverso l'analisi approfondita della portata della definizione di OGM, ai sensi della Direttiva 2001/18/CE. Alcuni hanno operato un tentativo interpretativo di recupero delle intenzioni originali del legislatore, basate sull'obiettivo di creare una normativa process-oriented⁵⁶. Altri, invece, hanno colto le singolarità di queste nuove tecniche, spingendosi nell'elaborazione di una prospettiva interpretativa innovativa, attraverso la dimostrazione di una duplice logica, insita nella Direttiva: «[...] *both process- and product-based*»⁵⁷.

Come anzidetto, un organismo si considera "geneticamente modificato", quando il suo materiale genetico «*has been altered in a way that does not occur naturally by mating and/or natural recombination*» (articolo 2 n.2) Direttiva). L'espressione "*altered in a way*" è stata concepita proprio per far leva sul metodo impiegato per realizzare le mutazioni, ossia l'inserimento, negli organismi, di geni provenienti dalle specie più disparate (cd. transgenesi)⁵⁸. Si tratta di una formula, che fa esplicito riferimento all'unico processo di alterazione genomica utilizzato fino al 2001 e su cui non esistevano, ancora, dati sufficienti a garantire certezze scientifiche sul suo impiego. Essa, dunque, è stata descritta, in modo tale da essere contrapposta alle tecniche convenzionali di breeding e ai processi naturali ("*does not occur naturally*", "in modo

52 La definizione di OGM è stata ripresa in vari regolamenti e direttive più specifiche, emanate successivamente. Si vedano, ad esempio, l'Articolo 22 § 5 lett. c) del Reg. n.178/2002, nell'individuazione delle funzioni dell'EFSA; l'Articolo 2 n. 5) del Reg. n. 1829/2003; l'Articolo 3 n.1) del Reg. n. 1830/2003; l'Articolo 3 n.2) del Reg. n. 1946/2003.

53 SIRSI E., *OGME AGRICOLTURA...*, cit., pag. 226

54 Tra gli studi eseguiti, che sono pervenuti alla conclusione positiva dell'applicabilità degli obblighi ai sensi della Dir. 2001/18/CE, si citano: la *German Federal Agency for nature Conservation (Bundesamt für Naturschutz)* ritiene, da un lato, che il termine "mutagenesi", citato nell'Allegato I B Direttiva, includa solo le tecniche di mutagenesi convenzionali indotte chimicamente o radioattivamente; dall'altro, conclude che «*the modifications caused by ODM and similar new techniques are carried out purposefully and lead to the incorporation of material into a host organism in which these nucleic acid molecules with certainty do not occur naturally. As this represents a target-oriented point mutation, Annex I A part 1 No. 1 has to be applied to the relevant genome editing techniques*», in ERIKSSON D., HARTUNG F., SCHIEMANN J., SPRINK T., op.cit., reperibile in <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4903111/>; in tal senso anche altre associazioni agricole e ambientali hanno concluso che sia la tecnica dell'*Oligonucleotide Directed Mutagenesis*, sia la tecnica *CRISPR-Cas9* sono classificabili come tecniche di modificazione genetica, in https://www.testbiotech.org/sites/default/files/Kraemer_Legal%20questions_new%20methods_0.pdf; in un report sulla valutazione dei potenziali rischi, associati alle colture realizzate tramite *New Plant Breeding Techniques*, l'*Environment Agency Austria* osserva che «*the individual new techniques differ widely in their approaches and characteristics. The potential risks are associated with the intended modifications, or with unintended effects resulting from application. This means that a case-specific risk assessment is necessary, as well as application of the precautionary principle*», in LAANINEN T., *New Plant-Breeding Techniques: applicability of EU GMO rules*, in European Parliamentary Research Service, 2019; del pari, infine, *EcoNexus*, un'organizzazione di ricerca per l'interesse pubblico senza scopo di lucro, conclude che «*there is a scientific case for classifying all the new breeding techniques as GM, and that their use should be regulated as rigorously as current GM techniques. [...] all of these techniques, though claiming great precision, can also have unintended effects and unpredictable consequences*», in LAANINEN T., op. cit.

diverso”, “*autrement*”). L’elemento determinante, per l’applicazione della Direttiva in esame, era la tecnica utilizzata e la sua, eventuale, «long safety record» (Considerando 17); poco importava, poi, in questo contesto, se la combinazione genomica del prodotto finale potesse essere raggiunta anche tramite processi naturali⁵⁹.

Inoltre, la definizione di cui all’Articolo 2 è completata dalle specificazioni di cui all’Allegato I A Parte 1 («*genetic modification occurs at least through the use of the techniques listed in Annex I A, part 1*» Articolo 2, lett. a)). L’Allegato è stato strutturato attraverso un cd. *inter alia approach*⁶⁰, fornendo una lista meramente esemplificativa di processi, per permettere a tecniche sconosciute o non pienamente conosciute di

55 Un’opinione diametralmente opposta, rispetto alle sopra citate istituzioni o organizzazioni internazionali, è accreditata, ad esempio, da: la cd. *New Breeding Techniques Platform* argomenta che la «*recognition by the EU that products developed with new plant-breeding techniques do not fall within the scope of GMO legislation would give strong impetus to the European plant breeding sector*», in *The regulatory status of plants resulting from New Breeding Technologies*, 2013, reperibile in <https://www.nbtplatform.org/background-documents/legal-briefing-paper---the-regulatory-status-of-plants-resulting-from-nbts-final-.pdf>; l’*European Academies’ Science Advisory Council (EASAC)* afferma, parimenti, che «*the products of new breeding techniques should not fall under GMO legislation when they do not contain foreign DNA. Thus, regulations should aim at specific traits or products rather than the technologies*», reperibile in <https://www.easac.eu/home/reports-and-statements/detail-view/article/easac-statem-2.html>; la *Netherlands Commission on Genetic Modification (COGEM)*, invece, tenendo conto della molteplicità delle NBTs, ha precisato, che «*plants developed using new biotechnological techniques but which do not contain a new combination of genetic material, such as ‘reverse breeding or cisgenesis products, would not fall within the scope of the EU GMO legislation and only plants or crops with new characteristics, and which are therefore identifiable and traceable, should then fall under the GMO legislation*», in *Should EU legislation be updated? Scientific developments throw new light on the process and product approaches*, 2009, reperibile in <https://cogem.net/en/publication/should-eu-legislation-be-updated-scientific-developments-throw-new-light-on-the-process-and-product-approaches/>; una medesima precisazione, riguardo però tecniche differenti, è stata avanzata dallo *UK Advisory Committee on Releases to the Environment*, che ritiene che «*only products resulting from cisgenesis and intragenesis should be considered as GMOs*», in https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/239542/new-techniques-used-in-plant-breeding.pdf; la *Zentrale Kommission für die Biologische Sicherheit (ZKBS)* ha chiarito come le tecniche dello *Zinc Finger Nuclease* e dell’*Oligonucleotide directed mutagenesis* non possano essere considerati OGM, in *Stellungnahme der ZKBS zu neuen Techniken für die Pflanzenzüchtung*, 2012, reperibile in www.zkbs-online.de; così anche il *Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit*, in <https://testbiotech.org/sites/default/files/BVL%20Cibus.pdf>; infine, il *Vlaams Instituut voor Biotechnologie* sostiene che «*targeted mutagenesis leads to one or a few mutations only, which can also occur spontaneously, and occur at the same mutation rate as in nature and conventional breeding. This does not lead to a GMO and therefore these organisms should either not be subject or should be exempted from the Directive*», in *CUSTERS R., When is an organism subject to the provisions of the EU GMO legislation? An in-depth analysis*, 2018, in https://www.vib.be/en/about-vib/organization/Documents/rc_bvl_2016_00533%20GMO%20definition%20legal%20analysis_final.pdf

56 Tra i più importanti, si menzionano: KRÄMER L., *Legal questions concerning new methods for changing the genetic conditions in plants*, 2015, reperibile in https://www.testbiotech.org/sites/default/files/Kraemer_Legal%20questions_new%20methods_0.pdf; SPRANGER T.M., *Legal Analysis of the applicability of Directive 2001/18/CE on genome editing technologies*, in *Bundesamt für Naturschutz*, 2015, reperibile in http://www.abl-ev.de/fileadmin/Dokumente/AbL_ev/Gentechnikfrei/Hintergrund/Spranger_Legal_analysis_of_genome_editing_technologies-4.pdf

57 BUNDESAMT FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ UND LEBENSMITTELSICHERHEIT, *Opinion on the legal classification of the new plant breeding techniques, in particular ODM and CRISPR-CAS 9*, 2015, pag. 3, reperibile in https://www.bvl.bund.de/SharedDocs/Downloads/06_Gentechnik/Opinion_on_the_legal_classification_of_New_Plant_Breeding_Techniques.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D2; Accolgono la medesima prospettiva anche: CUSTERS R., *The regulatory status of gene-edited agricultural products in the EU and*

rientrare nell'ambito di applicazione della Direttiva. Tra queste indicate, vi è l'incorporazione in un organismo ospite di molecole acido nucleico, che generano nuove combinazioni di materiale genetico in grado di riprodursi. Sotto il profilo letterale, una tale formula generica sta ad includere, nella definizione, «*any form of insertion of nucleic acid molecule capable of continued propagation*»⁶¹. Risulta, dunque, cruciale l'intervento mutageno che viene effettuato: se esso, in particolare sia frutto della natura, o dell'uomo⁶².

Al contrario, un simile *inter alia approach* non è stato riproposto nell'Allegato I B, dove si specificano le tecniche che sono escluse dall'applicabilità della Direttiva. In questa breve lista esaustiva, il termine più discusso, soprattutto in relazione alle NBTs, è quello della mutagenesi. Tale vocabolo è molto generico perché definisce qualsiasi mutazione del genoma. Si ritiene, perciò, che il legislatore comunitario abbia voluto segnalare l'esclusione delle sole tecniche di mutagenesi convenzionali, con più di cent'anni di applicazione, che provocano modificazioni genetiche attraverso l'esposizione degli organismi ad agenti mutageni, come sostanze chimiche o radioattive. Non possono essere definite tali, invece, le NBTs, per le quali, una *long safety record* non è riscontrabile⁶³.

In conclusione, appare evidente che, se si accogliesse tale visione process-oriented, la categoria delle NBTs dovrebbe essere inclusa nell'ambito di applicazione della Direttiva: specialmente per il fatto che, alcune di queste tecniche sfruttano dei passaggi della classica tecnologia del DNA ricombinante.

Tuttavia, visti i recenti sviluppi in campo di modificazioni genetiche, applicate all'agricoltura, si è operato un tentativo di ripensamento del tradizionale approccio di processo caratterizzante la disciplina. Alla luce delle tecniche più all'avanguardia, si è scorta una certa ambiguità nell'analisi dell'espressione "*altered in a way*", poiché potrebbe ben riferirsi sia al processo, sia al tipo di mutazione provocata, e, quindi, al

beyond, in Emerging Topics in Life Sciences, fasc. 1, 2017, pp. 221-229; FERNÁNDEZ ALBÚJAR G., VAN DER MEULEN B., *The legal GMO concept. Reassessment of the GMO definition in the light of new breeding techniques (NBTs)*, in European Institute for Food Law Working Paper Series, fasc. 3, 2017; *New Techniques Working Group Final Report*, European Commission, 2012.

58 KRÄMER L., *op.cit.*, pag. 4

59 SPRANGER T.M., *op.cit.*, pag. 17

60 SPRANGER T.M., *op.cit.*, pag. 15; KRÄMER L., *op.cit.*, pag. 17

61 SPRANGER T.M., *op.cit.*, pag. 13

62 Con specifico riguardo alle NBTs, si precisa come tali tecniche costituiscano un'alterazione dell'operato della natura, poiché «*organisms are modified in a targeted way that would otherwise definitely not have occurred in the concrete organism. As a targeted point mutation is involved, Annex I A Part 1 No. 1 [...] has to be applied to ODM and similar techniques*», in SPRANGER T.M., *op.cit.*, pp. 18-19

63 SPRANGER T.M., *op.cit.*, pp. 23 ss. *A contrariis*, si era espresso il *New Techniques Working Group*, istituito dalla Commissione europea nel 2007, nel suo *Final Report* del 2012. Segnatamente, sosteneva che «*The term "recombinant nucleic acid molecules" is used in Annex I B of Directive 2001/18/EC and Annex II Part A of Directive 2009/41/CE. In line with the aforementioned Directives, a recombinant nucleic acid molecule is created outside the cells through the formation of a new combination of genetic material/nucleic acid molecules. There was a discussion on how many nucleotides could constitute a new combination of genetic material/nucleic acid molecules in this context. A majority of experts concluded that in order to form a new combination, a nucleotide sequence of at least 20 bp is required. A minority of experts were of the opinion that under the current definition, the replacement of only one nucleotide in a nucleic acid molecule could be interpreted as a producing a recombinant nucleic acid*» (P. 6 del Report). Tuttavia, nella Direttiva, nulla viene esplicitato riguardo alla definizione di molecole di acido nucleico ricombinate, né, tantomeno, al numero di nucleotidi necessari.

prodotto finale realizzato⁶⁴. La duplicità di significato si ritrova anche nella definizione di *Living Modified Organism* di cui all'Articolo 3 lett. g) del Protocollo di Cartagena: un LMO consiste, infatti, in «*any living organism that possesses a novel combination of genetic material*» (prodotto finale) «*obtained through the use of modern biotechnology*» (processo).

In aggiunta, la disciplina complessiva è volta alla regolamentazione dell'emissione deliberata e dell'immissione in mercato di OGM (Articolo 4 Direttiva), per prevenire eventuali effetti negativi sulla salute umana e dell'ambiente. Ma la valutazione del rischio, a tal fine, non è effettuata sulla tecnica in sé, ma sul prodotto finale che realizza. Infatti, «*it is not the process itself that is considered dangerous; rather it is the product which results from the process that must be examined for its potentially harmful effects*»⁶⁵.

Una tale prospettiva innovativa potrebbe garantire l'esenzione dei prodotti realizzati con le NBTs, poiché, come noto, il risultato finale (e i rischi connessi alla sua emissione deliberata e alla sua immissione in commercio) non differisce da quelli che si sarebbero potuti ottenere con le convenzionali tecniche di breeding⁶⁶. Tra l'altro, l'applicazione della disciplina degli OGM risulterebbe inadeguata: ad esempio, tra i requisiti richiesti per la notifica ai fini dell'immissione in commercio delle piante geneticamente, nell'Allegato III B, nella sezione D n.12) figura la «Descrizione delle tecniche di identificazione e rilevazione». Uno degli aspetti caratterizzanti le NBTs, come già anticipato, è l'irrintracciabilità delle modificazioni da esse provocate: sarebbe pertanto impossibile soddisfare questo requisito, e la notifica sarebbe continuamente respinta per incompletezza del dossier. Inoltre, la non distinguibilità

64 Tale ambiguità è stata rinvenuta attraverso uno studio comparatistico delle diverse versioni linguistiche della definizione di OGM. Alcune definizioni, infatti, come quella lituana e spagnola, paiono porre l'enfasi sul prodotto finale piuttosto che sul prodotto. Si veda, in tal senso, FERNÁNDEZ ALBÚJAR G., VAN DER MEULEN B., *op.cit.*, pag. 9; dello stesso avviso, anche BUNDESAMT FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ UND LEBENSMILLESICHERHEIT, *op.cit.*, pag. 3; CUSTERS R., *op.cit.*, pag. 222

65 BUNDESAMT FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ UND LEBENSMILLESICHERHEIT, *op.cit.*, pag. 5

66 Questa è la conclusione a cui è pervenuto il *Scientific Advisory Mechanism* nella sua *Explanatory Note* del 2017, richiesta dalla Commissione europea. Segnatamente, il SAM afferma che «*changes to DNA sequence introduced by ODM, SDN1 and SDN2 which are generally relatively minor are indistinguishable from those that can occur by spontaneous mutation or by induced mutagenesis*» (pag. 94). Inoltre, sottolinea come «*in general the genome editing techniques show a much lower number or complete lack of unintended mutations as compared to organisms (plants, animals, microorganisms) obtained via CBT, in particular when compared to mutation breeding/induced mutagenesis. End products containing only the desired mutation(s) can be obtained much more quickly as compared with CBT through screening & selection*» (pag. 89), in SCIENTIFIC ADVISORY MECHANISM (SAM), *Explanatory Note 02/2017 on "New Techniques in Agricultural Biotechnology"*, European Commission, DG Research and Innovation, 28 aprile 2017, reperibile in <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/103eb49f-4047-11e7-a9b0-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-94584105>. Per un approfondimento giuridico sul tema: BERTOLOTTO E., DE JONG P., DE SEZE I., *From farm to fork: the regulatory status of non-GMO plant innovations under current EU law*, in *BioScience Law Review*, vol. 16, 2018, pp. 251-266; BOMEKE O., LEGGEWIE G., KAHRMANN J., *Aged GMO legislation meets new gene editing techniques*, in *Zeitschrift für Europäisches Umwelt und Planungsrecht*, vol.15, fasc. 2, 2017, pp. 176-182; CARMELIET T., GLAS G., *The European Court to rule on milestone in European GMO legislation: the legal classification of mutagenesis in plant breeding*, in *BioScience Law Review*, vol. 16, 2017, pp. 91-104; CUSTERS R., *op.cit.*; FERNÁNDEZ ALBÚJAR G., VAN DER MEULEN B., *op.cit.*; ROBIENSKI J., WASMER M., *Products of site-directed mutagenesis are not GMOs according to Art. 3 ad Appendix I B of the European Directive 2001/18/EC*, in *Journal of Consumer Protection and Food Safety*, 2018, pp. 135-138

tra tali organismi e quelli tradizionale rende complesso monitorare l'organismo lungo la catena di produzione e distribuzione. Nonché, risulterebbero di difficile attuazione anche i regimi di tolleranza zero o di coesistenza di cui all'articolo 26 bis Direttiva. Se alcuni paesi, in cui non esiste un regime così rigido, conducessero sperimentazioni attraverso queste tecniche, si potrebbero verificare delle contaminazioni transfrontaliere⁶⁷.

Sono diversi, dunque, i rilievi critici sollevati sulla eventuale applicabilità della Direttiva del 2001 alle NBTs. Emergono, infatti, diversi aspetti, che renderebbero tale disciplina inadeguata alle nuove conoscenze scientifiche e ai progressi più moderni in campo biotecnologico⁶⁸.

4. L'innovativa sentenza della Corte di Giustizia del 25 luglio 2018, C-528/16.

Tale discussione circa la natura giuridica delle nuove tecniche di *breeding* è stata recentemente portata alla cognizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella causa C-528/16 del 25 luglio 2018. Essa, nel pronunciarsi su una domanda di rinvio pregiudiziale da parte del Conseil d'État, specifica l'interpretazione della lettera e del contesto della Direttiva sugli OGM, in coerenza con i principi e le finalità del Trattato. Si tratta di una sentenza storica, che ha contribuito in modo determinante nell'attuale sistema normativo a porre "ordine" alla distinzione tecnico-scientifica tra le molteplici modalità di produzione agricola⁶⁹.

Il procedimento principale, in particolare, era stato instaurato il 12 marzo 2015 con ricorso dinanzi al Conseil d'État da un sindacato agricolo francese, la Confédération Paysanne, e da altre otto associazioni contro il Premier Ministre e il Ministre de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt. I ricorrenti richiedevano al Conseil d'État di procedere all'annullamento della decisione implicita di rigetto, che verteva, da un lato, sull'abrogazione delle disposizioni contenute nell'Articolo D. 531-2 del Code de l'Environnement nella misura in cui escludono dal campo di applicazione delle previsioni in tema di OGM le tecniche di mutagenesi. Dall'altro, concerneva la richiesta di proibizione della coltivazione e della commercializzazione delle varietà di colza rese resistenti agli erbicidi, tramite tecniche di mutagenesi sito-dirette (altro termine per indicare le NBTs).

Sulla base di questo contesto, le associazioni e il sindacato hanno ritenuto che le tecniche di mutagenesi, siano esse sito-dirette o aleatorie, implicano gli stessi risultati e pericoli derivanti dalla transgenesi. Sono diversi i rischi per l'ambiente e per la

67 BUNDESAMT FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ UND LEBENSMITTELSICHERHEIT, *op.cit.*, pp. 6 ss.

68 Nel 2017, tra l'altro, le autorità olandesi avevano avanzato una proposta di rielaborazione della Direttiva in esame (*Proposal for discussion on action to improve the exemption mechanism under Directive 2001/18/EC*, del 1° settembre 2017), in chiave di proporzionalità. L'obiettivo era quello di operare un tentativo di sopperire a tutte le limitazioni (sui costi, sulla lunghezza delle procedure autorizzative, sulla chiarezza della normativa...), che circondano tale disciplina, nonché di garantire un regime, ispirato a proporzionalità e ragionevolezza, per delle tecniche sostenibili e, scientificamente, *safe*. L'intervento in questione concerneva, in particolar modo, il contenuto dell'Allegato IB, mai modificato alla luce del progresso tecnico.

69 BEVILACQUA D., *Le definizioni di OGM, le intenzioni del legislatore e il bilanciamento di interessi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 3, 2019, pag. 377

salute umana e animale che possono verificarsi per il fatto, in particolare, della «*dissémination du matériel génétique suscitant l'apparition de mauvaises herbes qui ont acquis le gène de résistance à l'herbicide utilisé, de la nécessité d'augmenter par voie de conséquence les quantités et de varier les types d'herbicides utilisés, et de la pollution des eaux et de l'environnement en résultant*»⁷⁰. Inoltre, hanno anche sottolineato come si possano accumulare delle molecole cancerogene o interferenti endocrini in piante coltivate e destinate all'alimentazione umana o animale, senza contare i numerosi effetti indesiderati, causati da mutazioni non intenzionali o fuori bersaglio, che si possono generare. Pertanto, sotto un profilo giuridico, i ricorrenti ritengono che l'Articolo D. 531-2, di cui si è richiesta l'abrogazione ai convenuti, violi diverse disposizioni normative: l'Articolo 3 del Protocollo di Cartagena, l'Articolo 2 della Dir. 2001/18/CE, l'Articolo 4 della Dir. 2002/53/CE, l'Articolo 5 della Charte de l'Environnement, e, più in generale, il principio di precauzione, richiamato dall'Articolo 191 § 2 TFUE.

In realtà, sotto un profilo puramente scientifico, tali tecniche differiscono dalla transgenesi poiché consentono di modificare il genoma di una specie senza inserire DNA estraneo o inserendolo “temporaneamente” (si ricordino le fasi di “selezione”, § 1). Perciò, per contro, il Premier Ministre e il Ministre de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt sostengono fermamente che le argomentazioni attoree e le rispettive pretese siano infondate. Difatti, i rischi elencati dai ricorrenti non derivano dalle proprietà che la pianta ha ottenuto, ma dalla tipologia delle tecniche di coltivazione utilizzate dagli agricoltori. Inoltre, le mutazioni involontarie e gli effetti negativi che esse possono comportare potrebbero essere rimossi dai processi di selezione vegetale, tramite tecniche di incrocio: invero, le tecniche di mutagenesi sito-diretta sono simili, sia sotto il profilo metodologico sia quello dei rischi che comportano, a quelle spontanee o indotte in maniera aleatoria.

Secondo il giudice francese, i metodi di mutagenesi tradizionale sono stati utilizzati per decenni, senza generare rischi accertati per l'ambiente o la salute umana e animale. Mentre, per quanto riguarda le nuove tecniche di mutagenesi sito-diretta o mutagenesi causale in vitro, che generano varietà resistenti agli erbicidi, risulta impossibile determinare l'esistenza e la rilevanza dei rischi delle nuove varietà, da esse generate. Difatti, «*en l'absence à ce jour de toute évaluation des risques préalablement à la commercialisation des variétés non transgéniques comme de suivi et de traçabilité postérieurement à leur mise sur le marché, les seules évaluations, en ce qui concerne les variétés tolérantes aux herbicides, sont réalisées dans le cadre de la procédure d'autorisation de mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques auxquels ces variétés ont été rendues résistantes*»⁷¹. Perciò, tenuto conto della mancanza di una valutazione del rischio appropriata su tali tecniche e dei rischi e dei possibili effetti richiamati, si dovrebbe ritenere in un'ottica precauzionale che le varietà resistenti agli erbicidi create con la mutagenesi sito-diretta sono simili a quelle realizzate con la transgenesi. In aggiunta, «*dès lors que le développement des techniques nouvelles permet une accélération dans la production de modifications du patrimoine génétique sans proportion avec celles qui*

70 Conseil d'État, *Confédération paysanne et autres*, Décision N. 388649, 3 ottobre 2016, Considérant 25.

71 Conseil d'État, *Confédération paysanne et autres*, Décision N. 388649, 3 ottobre 2016, Considérant 27.

sont susceptibles d'intervenir de manière naturelle ou aléatoire, la possibilité d'occurrence de dommages résultant de modifications non intentionnelles du génome ou des propriétés de la plante ainsi obtenue serait corrélativement multipliée»⁷².

Viste la peculiarità delle questioni sollevate, nonché delle incertezze interpretative conseguenti, il Conseil d'État ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia quattro questioni pregiudiziali: se gli organismi ottenuti mediante le tecniche di mutagenesi costituiscano OGM ai sensi dell'articolo 2 Dir. 2001/18/CE, anche se dichiarate esenti, dall'articolo 3 e dall'Allegato I B della suddetta Direttiva, dagli obblighi sull'emissione deliberata e sull'immissione in commercio degli OGM. Segnatamente, si chiede se, le tecniche di mutagenesi sito-diretta sia da considerare come una tecnica di ingegneria genetica e, quindi, come tale, da annoverarsi tra quelle di cui all'Allegato I A, cui rinvia l'articolo 2. E, infine, se gli articoli 2 e 3, nonché gli Allegati I A e I B della Dir. Del 2001 intendano esentare dalle misure di precauzione, di valutazione del rischio e di tracciabilità tutti gli organismi e le sementi modificati geneticamente da mutagenesi, oppure solo quelli ottenuti da metodi convenzionali di mutagenesi aleatoria tramite radiazioni ionizzanti o esposizione ad agenti chimici mutageni esistenti precedentemente all'adozione di tali norme.

Se le varietà, ottenute attraverso la mutagenesi, costituiscono varietà geneticamente modificate ai sensi dell'articolo 4 Dir. 2002/53/CE, e, come tali, non sono esenti dagli obblighi previsti da questa disciplina. Ovvero, se, al contrario, esse costituiscano una deroga agli obblighi, previsti per l'iscrizione delle varietà GM, nel catalogo comune per le specie delle piante agricole, e, quindi, se il campo di applicazione della Dir. Del 2002 risulti identico a quello degli articoli 2 e 3 e all'Allegato I B della Dir. Del 2001.

Se gli articoli 2 e 3, nonché l'Allegato I B della Dir. Del 2001, costituiscano, nella misura in cui escludono la mutagenesi dal campo di applicazione di tale disciplina, una misura di armonizzazione completa, proibendo agli Stati membri di assoggettare gli organismi in questione a tutti gli obblighi o parte di essi, contenuti nella Direttiva. Ovvero, se gli Stati membri godono di una certa discrezionalità, nel recepimento di tali disposizioni, sul regime applicabile agli organismi, costituiti tramite mutagenesi.

Infine, se, alla luce dell'evoluzione dei procedimenti dell'ingegneria genetica, della comparsa di nuove varietà di piante, ottenute grazie alle nuove tecniche moderne, e delle incertezze scientifiche attuali sul loro impatto e sui rischi potenziali per l'ambiente e la salute umana e animale, la validità degli Articoli 2 e 3 e degli Allegati I A e I B della Dir. 2001, con riguardo al principio di precauzione, garantito dall'Articolo 191 § 2 TFUE, possa essere messa in discussione, nella parte in cui esentano le tecniche di mutagenesi dall'applicabilità degli obblighi precauzionali sulla valutazione del rischio e sulla tracciabilità.

4.1 La pronuncia della CGUE.

Come emerge dalle questioni sopra riportare, la CGUE si è trovata ad indagare sulla difficile collocazione delle piante in questione all'interno della categoria OGM.

⁷² Conseil d'État, *Confédération paysanne et autres*, Décision N. 388649, 3 ottobre 2016, Considérant 28.

Nella risoluzione della prima questione, infatti, la Corte ha analizzato la natura ibrida delle nuove tecniche di mutagenesi, dirette a creare una resistenza agli erbicidi. Difatti, tale categoria risulta estremamente varia poiché alcune fanno ricorso ad agenti mutageni chimici o fisici (come le tecniche di mutagenesi “convenzionali”), altre, invece, sfruttano le procedure o dei passaggi dell’ingegneria genetica. Ciononostante, la Corte ha rilevato che in entrambi i casi si realizza una modificazione genetica “innaturale”, ai sensi dell’Articolo 2 n. 2) Direttiva 2001/18/CE. Si conclude, dunque, che «gli organismi ottenuti mediante tecniche o metodi di mutagenesi devono essere considerati OGM»⁷³, ai sensi del predetto articolo.

Secondo la Corte, tale assunto trova conferma dall’impianto sistematico della Direttiva del 2001. Infatti, la Corte richiama l’Allegato I A Parte 1, cui l’Articolo 2 n.2) lett. a) rinvia: questo, sebbene non si riferisca esplicitamente alle tecniche di mutagenesi, elenca una lista non esaustiva di tecniche, rientranti nell’applicazione della Direttiva. L’inciso *inter alia* iniziale determina, infatti, la possibilità di interpretare estensivamente il disposto dell’Allegato I A Parte 1. Tra l’altro, il legislatore comunitario non ha deliberatamente incluso la mutagenesi nella lista tassativa di tecniche che non comportano modificazioni genetica, di cui alla Parte 2 del medesimo Allegato.

La mutagenesi, al contrario, è menzionata espressamente nell’Allegato I B, «tra le tecniche e i metodi di modificazione genetica ai quali fa riferimento l’articolo 3 § 1, di detta Direttiva, relativo agli organismi che devono essere esclusi dall’ambito di applicazione di quest’ultima». Questi ultimi, tuttavia, sono esonerati dagli obblighi di valutazione del rischio e di tracciabilità di cui alla Direttiva del 2001, a condizione che le tecniche utilizzate per produrli non abbiano impiegato molecole di acido nucleico ricombinante o di OGM diversi da quelli costituiti mediante uno o più metodi/tecniche individuati dall’Allegato in questione (tra cui la mutagenesi).

Al fine di una corretta interpretazione delle disposizioni in esame, la Corte sottolinea come sia indispensabile non arrestarsi alla lettera della norma del diritto dell’Unione e considerare anche il contesto in cui la normativa è stata adottata, nonché gli scopi percepiti dal legislatore. Perciò, ritiene che l’Articolo 3 § 1, letto in combinato disposto con l’Allegato I B n.1), debba essere oggetto di una interpretazione restrittiva. Infatti, nell’Allegato in esame, il termine “mutagenesi” è utilizzato in maniera molto generica senza dare ulteriori indicazioni circa l’esclusione di alcune categorie di tecniche (come quelle oggetto del caso di specie).

Per colmare queste lacune, la Corte opera una lettura “dinamica” delle norme in questione, combinandole con le intenzioni del legislatore, nonché i principi e le finalità, che caratterizzano il diritto europeo. A tal fine, infatti, è stato ripreso il testo del Considerando 17, che enuncia espressamente un’esclusione dall’applicazione della Direttiva del 2001 delle tecniche di modificazione genetica applicate convenzionalmente e dotate di una lunga tradizione di sicurezza. Le nuove tecniche di mutagenesi sito-diretta, implicanti il ricorso all’ingegneria genetica, hanno trovato

⁷³ Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Grande Sezione, sentenza del 25 luglio 2018, C-528/16, punto 30, 38.

un utilizzo in agricoltura solo in tempi recenti, per cui non vi è una conoscenza scientifica sufficiente sugli effetti positivi o negativi che possano derivarne. Infatti, come sostiene anche il giudice del rinvio «i rischi legati all'impiego di tali nuove tecniche o nuovi metodi di mutagenesi potrebbero essere simili a quelli risultanti dalla produzione e dalla diffusione di OGM tramite transgenesi». Pertanto, secondo la Corte, «da un lato, la modifica diretta del materiale genetico di un organismo tramite mutagenesi consente di ottenere i medesimi effetti dell'introduzione di un gene estraneo in detto organismo e, dall'altro, [...] lo sviluppo di tali nuove tecniche o nuovi metodi consente di produrre varietà geneticamente modificate a un ritmo e in quantità non paragonabili a quelli risultanti dall'applicazione di metodi tradizionali di mutagenesi casuale». Dunque, emerge con chiarezza che nel rispetto del principio di precauzione (Considerando 8) la preservazione e la tutela della salute umana e dell'ambiente risultino di primaria importanza in tale contesto (Considerando 5). La capacità degli organismi in questione di riprodursi e diffondersi, anche oltre le frontiere nazionali, potrebbe provocare dei danni irreversibili (Considerando 4): risulta, pertanto, imprescindibile che il loro sviluppo e utilizzo debba essere controllato attentamente. Questo è possibile solo attraverso la sottomissione di tali organismi alle procedure di autorizzazione, all'emissione deliberata e all'immissione in commercio, di cui alla Direttiva 2001/18/CE, altrimenti, si disconoscerebbero le intenzioni del legislatore comunitario sopra citate.

Ciò premesso, le questioni seguenti risultano, evidentemente, di più agile risoluzione. Per quanto attiene alla seconda, relativa in particolare all'interpretazione dell'Articolo 4 § 4 della Direttiva 2002/53/CE, si ritiene che anche le varietà vegetali ottenute mediante tecniche di mutagenesi sito-diretta rientrino nella definizione di "varietà geneticamente modificate", di cui all'articolo citato. Infatti, tale disposizione, pur non facendo esplicito riferimento alla mutagenesi, richiama l'Articolo 2 n.1) e 2) della Direttiva 90/220/CE. Poiché quest'ultima è stata abrogata dalla Direttiva 2001/18/CE, si ritiene che l'Articolo 4 § 4, summenzionato, debba essere inteso nel senso dell'Articolo 2 n. 1) e 2) della Direttiva del 2001.

Un altro profilo, concernente la seconda questione posta dal giudice di rinvio, riguarda, invece, i criteri per l'esclusione di determinate varietà geneticamente modificate dall'ambito di applicazione dell'Articolo 4 § 4 Direttiva del 2002. Difatti, quest'ultimo non richiama l'Articolo 3 § 1 della Direttiva del 2001, in combinato disposto con l'Allegato I B n.1). Tuttavia, visto il coordinamento esistente tra la Direttiva del 2001 e quella del 2002, apparirebbe incoerente imporre, a determinate varietà GM, gli obblighi in materia di valutazione dei rischi per la salute umana e dell'ambiente, (ex Articolo 7 Dir. 2002/53/CE, richiamando l'Articolo 4 § 4 della medesima Direttiva), quando, al contempo, sono esentate dalla Direttiva del 2001. Perciò, la definizione di varietà geneticamente modificata, di cui all'Articolo 4 § 4 Direttiva del 2002, comprende non solo la definizione di cui all'Articolo 2 della Direttiva del 2001 con gli annessi Allegati, ma anche le deroghe e le esenzioni contenute nell'Articolo 3 § 1 della suddetta Direttiva.

La terza questione, invece, concerne la dialettica tra poteri sovranazionali e poteri statali. Si richiede, segnatamente, un chiarimento sulla portata del contenuto

dell'Articolo 3 della Direttiva del 2001, in combinato disposto con l'Allegato I B n.1). Segnatamente, si chiede di specificare se tale articolo debba essere inteso nel senso di impedire agli Stati membri di assoggettare gli organismi, ottenuti attraverso tecniche di mutagenesi convenzionali, agli obblighi di cui alla Direttiva del 2001 o ad altri obblighi. In una prospettiva di sussidiarietà la Corte sostiene le prerogative di regolazione degli Stati membri, i quali, nei limiti in cui il legislatore comunitario non abbia altrimenti disposto, sarebbero «liberi di definirne il regime giuridico, assoggettandoli nel rispetto del diritto dell'Unione, in particolare delle norme relative alla libera circolazione delle merci sancite dagli Articoli da 34 TFUE a 36 TFUE, agli obblighi di cui alla Direttiva 2001/18 o ad altri obblighi». Tale interpretazione appare coerente, da un lato, con il principio di precauzione, che consente, qualora vi siano delle motivazioni ragionevoli, di istituire dei provvedimenti più severi rispetto a quelli comuni. Dall'altro, appare in linea con l'organizzazione del sistema di regolazione europeo della sicurezza alimentare, definito da una disciplina armonizzata e comune agli Stati membri senza però pregiudicare il loro diritto «a partecipare ai procedimenti di policy e rule-making sovranazionali e senza escludere le loro competenze di esecuzione, ma uniformando le finalità e i principi del sistema, teleologicamente indirizzato al raggiungimento di un livello elevato di tutela della salute che non alteri il mercato comune»⁷⁴.

Infine, la quarta ed ultima questione sollevata verte sulla validità degli Articoli 2 e 3, in combinato disposto con l'Allegato I B della Direttiva del 2001, alla luce del principio di precauzione, di cui all'Articolo 191 § 2 TFUE. La Corte conclude, che sarebbe opportuno discutere di tale questione solo nell'ipotesi in cui essa avesse adottato un'interpretazione differente della natura delle nuove tecniche di mutagenesi sito-dirette, ossia una natura non GM.

5. Riflessioni critiche: limiti nell'applicazione del principio di precauzione e possibili conseguenze sulla libera circolazione delle merci in Europa

Conclusivamente, la complessa controversia portata all'attenzione della Corte di Giustizia ha costituito un'occasione per fornire una soluzione alle diverse polarizzazioni delle opinioni sulle *NBTs*, dovute alla molteplicità di aspetti su cui esse hanno un impatto⁷⁵. Come emerge dal testo della sentenza, la Corte ha recuperato le intenzioni originali del legislatore comunitario, confermando un'interpretazione dei progressi scientifici di ultima generazione incentrata sull'approccio cautelativo⁷⁶.

Le conclusioni raggiunte dai Giudici di Lussemburgo, tuttavia, hanno generato un certo stupore, sia sotto il profilo del metodo ermeneutico utilizzato, sia sotto il

⁷⁴ BEVILACQUA D., *op.cit.*, pag. 383

⁷⁵ MARIANI S., *New Breeding Techniques e OGM: le innovazioni in agricoltura al vaglio della Corte di Giustizia. Il caso della mutagenesi sito-diretta (causa C-528/16)*, in *Diritto e Giurisprudenza Agraria, Alimentare e dell'Ambiente*, fasc.3, 2019, pag. 21, reperibile in www.rivistadga.it

⁷⁶ SPILLER E., *Tecniche "nuove", obblighi "nuovi"? La CGUE in «riscrittura giudiziaria» della direttiva n.18/2001 CE. Nota a Confédération Paysanne v. Ministre de l'Agriculture (C-528/16)*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, fasc.1, 2019, pag. 521.

profilo, conseguente, dell'implementazione e dell'attuazione delle regole enunciate. Difatti, fondamentale nella decisione è stato il ruolo rivestito dal principio di precauzione, che ha ispirato nel 2001 la stessa adozione di una disciplina in tema di OGM a livello europeo. Come noto, tale principio giuridico mutuato dal diritto ambientale⁷⁷ esprime ed impone «ai soggetti a cui si rivolge (stati nazionali, istituzioni pubbliche e private, nonché singoli individui) una linea di condotta ideale da osservare per fronteggiare il rischio ed il pericolo sottesi all'ignoto tecnologico, quando la scienza rivela di non essere in grado di fugare l'incertezza che attanaglia la decisione sociale sul "se" e sulle "modalità" dell'agire»⁷⁸.

In campo alimentare, il principio costituisce uno strumento di elezione per garantire la *food safety*, attraverso l'adozione di misure per gestire il rischio, attuale o anche solo meramente potenziale, derivante da un'incertezza scientifica attorno ad un prodotto alimentare. Si precisa, tuttavia, che non si tratta di un approccio necessario e obbligatorio, come si desume dalla lettera dell'Articolo 7 Reg. (CE) n. 178/2002⁷⁹ sulla sicurezza alimentare, ma è un criterio che deve intervenire a precise condizioni. La stessa Commissione europea nel 2000 aveva emanato una Comunicazione, contenente delle direttive per una corretta applicazione del principio in esame⁸⁰. In particolare, tale principio si inserisce nella fase di gestione del rischio⁸¹

77 ROSSI G., *Diritto dell'ambiente e alimentazione*, in Riv. Quad. dir. Amb., fasc. 1, 2015, reperibile in <https://www.rqda.eu/giampaolo-rossi-diritto-dellambiente-e-diritto-dellalimentazione/>

78 IZZO U., *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, (e-book), in <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001253/>, UNITN e-prints, 2007, pag.5; si veda, anche, SAVONA P., *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in Federalismi.it, 2011

79 Il principio di precauzione è stato formalmente inserito nel Reg. (CE) n. 178/2002 come caposaldo della sicurezza alimentare. L'Articolo 7, rubricato, infatti, "Principio di precauzione", statuisce che : « *qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio*». L'utilizzo del verbo "possono", fa desumere una sua applicazione facoltativa. Inoltre, si precisa, al § 2, che «*Le misure adottate sulla base del paragrafo 1 sono proporzionate e prevedono le sole restrizioni al commercio che siano necessarie per raggiungere il livello elevato di tutela della salute perseguito nella Comunità, tenendo conto della realizzabilità tecnica ed economica e di altri aspetti, se pertinenti. Tali misure sono riesaminate entro un periodo di tempo ragionevole a seconda della natura del rischio per la vita o per la salute individuato e del tipo di informazioni scientifiche necessarie per risolvere la situazione di incertezza scientifica e per realizzare una valutazione del rischio più esauriente*».

80 Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione, Bruxelles, 2.2.2000, COM (2000)

81 Come emerge anche dal testo della Comunicazione della Commissione, il principio di precauzione si inserisce nella seconda fase dell'analisi del rischio, ossia una strategia preliminare per l'eventuale adozione di misure limitative determinate attività. Segnatamente, «la valutazione del rischio è effettuata dall'Autorità tramite il Comitato scientifico e i gruppi permanenti di esperti scientifici che forniscono pareri secondo le proprie competenze. La valutazione del rischio, intesa come la probabilità di subire danni alla salute a seguito dell'utilizzo di alimenti non sicuri, è gestita in 4 fasi: 1) identificazione del pericolo; 2) caratterizzazione del pericolo; 3) valutazione dell'esposizione; 4) caratterizzazione del rischio. La valutazione risponde a specifiche richieste di consulenza scientifica da parte della Commissione, del Parlamento europeo e degli Stati membri dell'Ue allo scopo di indirizzare le politiche di settore da adottare. Inoltre, così come previsto nel *Codex Alimentarius*, anche per il diritto europeo la comunicazione del rischio consiste nello "scambio di informazioni e pareri concernenti rischi e fattori di rischio tra valutatori e gestori del rischio, consumatori e altre parti interessate". La comunicazione è intesa sia come un continuo passaggio di informazioni ai consumatori, sia come gestione delle informazioni attraverso il Sistema di Allarme Rapido (Rasff) che entra in funzione in caso di

quando, a causa della mancanza di dati scientifici sufficienti⁸², vi è il sospetto di un danno derivante dallo svolgimento di una determinata attività (come, nel caso di specie, dall'emissione deliberata o dalla commercializzazione di alimenti, creati tramite ingegneria genetica). Del resto, queste sono considerazioni che si inseriscono nel filone consolidato della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di sicurezza alimentare, per cui una corretta applicazione del principio di precauzione «*presupposes, first, identification of the potentially negative consequences for health of the substances or food concerned, and, second, a comprehensive assessment of the risk to health based on the most reliable scientific data available and the most recent results of international research*»⁸³.

Qualora dunque, a seguito di una adeguata valutazione e identificazione del rischio, si reputi necessario prevedere misure che inibiscono una data attività e, come nel caso di specie, sacrificano ex ante la libera circolazione delle merci nell'Unione, queste devono rispondere a determinati requisiti. In particolare, devono essere «proporzionali»⁸⁴ rispetto al livello prescelto di protezione, non discriminatorie nella loro applicazione⁸⁵, coerenti con misure analoghe già adottate⁸⁶, basate su un esame dei potenziali vantaggi e oneri dell'azione o dell'inazione (compresa, ove ciò sia

effettivo e reale pericolo per la salute umana. Il tal modo, in caso di accertato pericolo, si garantisce in tempo reale la comunicazione a tutti i paesi membri dei rischi diretti o indiretti per la salute pubblica legati ad alimenti, mangimi o materiali a contatto. Alcune regole di riservatezza bilanciano il dovere di trasparenza nei confronti dei consumatori con gli interessi economici delle aziende del settore agroalimentare. Infatti, la comunicazione concerne unicamente l'identificazione dei prodotti, la natura del rischio e le misure adottate. Al contempo, la trasparenza dei processi decisionali comporta che debbano essere comunicate anche eventuali difficoltà nell'attività di valutazione che possono creare incertezze nei confronti degli interessi coinvolti e dei beneficiari ultimi delle politiche», in MARTONE A., *Emergenza rifiuti e possibili rischi per la sicurezza alimentare tra "vecchie e nuove ombre"*, in Federalismi.it, 2017

82 BEVILACQUA D., *op.cit.*, pp. 380 ss.

83 Si veda, ad esempio, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 2 dicembre 2004, C-41/02, *Commissione c. Danimarca*, § 63; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 28 gennaio 2010, C-333/08, *Commissione c. Francia*; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 19 gennaio 2017, caso C-282/15, *Queisser Pharma GmbH & Co. KG*. L'identificazione del rischio appare necessaria, poiché «*hazard alone is not sufficient to justify restrictive measures and must be distinguished from the concept of risk. The existence and identification of a specific risk must be at the origin of regulatory measures applying to a specific category of goods or activities. This is also why, under EU law, authorization regimes providing for a risk assessment validated by designated independent agency or competent authority are not the general rule, but the exception*», in BERLOLOTTO E., DE JONG P., DE SEZE I., *op.cit.*, pag. 263

84 Si precisa che la *proporzionalità* debba essere intesa come la configurazione delle misure «secondo il livello di protezione prescelto. Il rischio può essere raramente ridotto a zero, ma una valutazione incompleta del rischio può ridurre notevolmente l'ambito delle opzioni possibili per coloro che debbono gestirlo. Non sempre un divieto totale può essere una risposta proporzionale al rischio potenziale. Tuttavia, in alcuni casi, è la sola risposta possibile», Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione, Bruxelles, 2.2.2000, COM (2000), pag. 3

85 La *non discriminazione* comporta che «situazioni comparabili non devono essere trattate in modo diverso e che situazioni diverse non debbono essere trattate nello stesso modo, a meno che non vi siano motivi oggettivi», Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione, Bruxelles, 2.2.2000, COM (2000), pag. 4

86 La *coerenza* implica che «le misure debbono essere di portata e natura comparabili a quelle già adottate in aree equivalenti, nelle quali tutti i dati scientifici sono disponibili», Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione, Bruxelles, 2.2.2000, COM (2000), pag. 4

possibile e adeguato, un'analisi economica costi/benefici)⁸⁷, soggette a revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici⁸⁸, e in grado di attribuire la responsabilità⁸⁹ per la produzione delle prove scientifiche necessarie per una più completa valutazione del rischio»⁹⁰.

Per quanto attiene alla recente pronuncia della Corte di Giustizia, impregnata di un approccio «*to say yes with caution*»⁹¹, alcuni sostengono che il principio di precauzione, in questo contesto, sia stato richiamato e applicato in maniera impropria e contrastante con le direttive fornite dalla Commissione⁹². Difatti, si è reputata irragionevole la scelta di sottomettere queste nuove tecniche di mutagenesi precise e sostenibili a delle procedure autorizzative particolarmente severe, quali

87 La *cost/benefit analysis* comprende non solo i vantaggi economici derivanti dall'azione o inazione, ma anche «considerazioni non economiche, quali l'efficacia delle possibili azioni e la loro accettabilità da parte del pubblico». Tra l'altro si precisa una sorta di «gerarchia» tra i vari interessi, che possono confliggere in tale valutazione: si statuisce infatti come la tutela della salute umana risulti preponderante rispetto agli interessi di natura economica. Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione, Bruxelles, 2.2.2000, COM (2000), pag. 4

88 Le misure sono, per loro natura, provvisorie, e devono essere necessariamente revocate, o modificate, qualora l'originaria incertezza scientifica, che aveva legittimato la loro adozione, sia stata colmata dai recenti sviluppi della scienza. Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione, Bruxelles, 2.2.2000, COM (2000), pag. 4

89 Quest'ultimo requisito implica che, «i paesi che impongono il requisito della previa approvazione (autorizzazione all'immissione sul mercato) sui prodotti considerati a priori pericolosi prevedono l'inversione dell'onere della prova, trattando tali prodotti come pericolosi a meno che e sino a quando gli operatori economici non compiano le ricerche necessarie per dimostrare che tali prodotti sono sicuri. Se non vi sono procedure di previa autorizzazione, la responsabilità di dimostrare la natura di un pericolo e il livello di rischio di un prodotto o di un processo può spettare agli utilizzatori o alle pubbliche autorità. In questi casi, potrebbe essere adottata una specifica misura precauzionale consistente nell'imporre l'onere della prova sul produttore o sull'importatore, ma ciò non può costituire una regola generale». Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione, Bruxelles, 2.2.2000, COM (2000), pag. 4

90 Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione, Bruxelles, 2.2.2000, COM (2000), pag. 3

91 BELLONI M.P., *Nel limbo degli OGM: tra divergenze interpretative e disciplinari, alla ricerca di un accordo tra Stati Uniti e Unione Europea. È questione di etichetta, ma anche di etica*, in Riv. It. Dir. Pubbl. comunit., 2006, pag. 137

92 Si vedano, tra gli altri: ALBISINNI F., *op.cit.*; BERTOLOTTO E., DE JONG P., DE SEZE I., *op.cit.*; BOERSMA R., GREMMEN B., POORTVLIET P.M., PURNHAGEN K.P., *On the legal categorization of new plant breeding technologies: insights from communication science and ways forward*, in European Journal of Risk Regulation, vol. 10, 2019, pp. 180-186; BOGNER A., TORGERSEN H., *Precaution, responsible innovation and beyond – In search of a sustainable agricultural biotechnology policy*, in Frontiers in Plant Science, vol. 9, n. 1884, 2018; BJORVATN C., BORGE O.J., BRATLIE S., FROST P., HALVORSEN K., HEIENE G., HOFMANN B., HOLST-JENSEN A., HOLST-LARSEN T., MALNES R., MELLEGÅRD H., MYSKJA B.K., PAUS B., SANDVIG B., SJØLI S.I., SKARSTEIN B., THORSETH M.B., VAGSTAD N., VÅGE D.I., *A novel governance framework for GMO. A tired, more flexible regulation for GMOs would help to stimulate innovation and public debate*, in EMBO reports, vol. 20, 2019; CARROLL D., RONALD P.C., URNOV F.D., *op.cit.*, pp. 800-802; COLLONIER C., VIVES-VALLÉS J.A., *op.cit.*; ERIKSSON D., HARWOOD W., HOFVANDER P., JONES H., ROGOWSKY P., STÖGER E., VISSER R.G.F., *A welcome proposal to amend the GMO legislation of the EU*, in Trends in biotechnology, vol. 36, n. 11, 2018, pp. 1100-1103; LAANINEN T., *op.cit.*; MARIANI S., *op.cit.*; NBT PLATFORM, *NBT Platform's position regarding European Court of Justice's ruling on Case C-528/16*, reperibile in www.nbtplatform.it; PURNHAGEN K.P., WESSELER J.H.H., *Maximum vs. minimum harmonization: what to expect from the institutional and legal battles in the EU on gene editing technologies*, in Pest management science, 2019, pp. 2310-2314; QUARANTA A., *OGM e mutagenesi fra innovazione, scienza, dubbi, paure e sterili dibattiti*, in Ambiente & sviluppo, fasc. 4, 2019, pp. 291-299; SIRSI E., *Quale disciplina per l'editing genomico in agricoltura?*, 2019, reperibile in www.senato.it;

quelle degli OGM, mentre, maggiori libertà di circolazione sono concesse a prodotti derivanti da tecniche di mutagenesi convenzionali, che provocano mutazioni casuali⁹³. Come anzidetto, la giustificazione di tale netta distinzione tra tecniche di mutagenesi è stata rinvenuta dalla Corte attraverso una “interpretazione dinamica” del diritto nell’esistenza o meno di una *long safety record*, di cui al Considerando 17 della Direttiva.

In realtà, tale esegesi normativa, richiamata nelle Conclusioni dell’Avvocato Generale Michal Bobek⁹⁴, dovrebbe guardare all’evoluzione della tecnologia e della società (nel caso di specie, esigenze di *food security*)⁹⁵, e non «interpretare la direttiva OGM sulla base delle condizioni di fatto e delle conoscenze scientifiche esistenti nel 2001»⁹⁶. Tra l’altro, se si pone l’attenzione sulle intenzioni del legislatore comunitario del 2001, questi, attraverso l’utilizzo di termini volutamente generici, aveva tenuto conto del possibile progresso tecnologico⁹⁷. Perciò non dovrebbe condividersi l’interpretazione, basata sul Considerando 17 (dove neppure compare il termine “mutagenesi”), per la quale il legislatore abbia voluto escludere le sole tecniche di mutagenesi “safe”. Una tale distinzione implicita, in base al livello di sicurezza, non si rinviene nel testo della Direttiva, perché né l’Articolo 3 né l’Allegato I B, nell’escludere tassativamente alcune tecniche dall’applicazione della Direttiva, fanno riferimento al requisito della “lunga tradizione di sicurezza”. Ulteriore conferma si trova poi nello speculare Allegato I A, dove il legislatore ha esposto, in maniera esplicita, le distinzioni tra le tecniche, seppur in maniera non esaustiva⁹⁸.

Oltre a questa incoerenza tra il dettato normativo e le intenzioni del legislatore, nelle motivazioni della Corte è stato colto un ulteriore profilo critico concernente il concetto di *safety*. In particolare, la Corte si concentra sulla *lack of experience*⁹⁹ andando a riprendere il ragionamento effettuato dal legislatore del 2001, al momento di emanare la Direttiva. Ma quando e come può essere determinato il momento in cui si debba ritenere l’esperienza scientifica sufficiente per definire la sicurezza di un prodotto (alimentare e non) adeguata?¹⁰⁰. Gli OGM hanno una tradizione di sicurezza di trent’anni alle spalle: ciononostante, ancora sono soggetti alle stesse procedure

SPILLER E., *op.cit.*; SOWA S., TWARDOWSKI T., TYCZEWSKA A., ZIMNY T., *op.cit.*; WASMER M., *Roads forward for European GMO policy – Uncertainties in wake of ECJ judgment have to be mitigated by regulatory reform*, in *Frontiers in bioengineering and biotechnology*, vol. 7, n.132, 2019

93 SIRSI E., *op.ult.cit*

94 Conclusioni presentate dall’Avvocato generale Michal Bobek il 18 gennaio 2018, § 100

95 Tra i tanti, sul tema si vedano: COSTATO L., *Dalla food security alla food insecurity*, in *Riv. Dir. Agr.*, 2011; JANNARELLI A., *La nuova food in-security: una prima lettura sistematica*, in GERMANÒ A., ROOK BASILE E. (a cura di), *Agricoltura e in-sicurezza alimentare, tra crisi della PAC e mercato globale*, Milano, 2011

96 Difatti, sempre secondo Bobek, «i ricorrenti non starebbero chiedendo alla Corte un’attività ermeneutica, bensì ambirebbero a una riscrittura giudiziaria della normativa, cercando di inserire nella direttiva OGM categorie ivi non previste». Tuttavia, tale attività non è di competenza della Corte, bensì del legislatore. MARIANI S., *op.cit.*, pag. 20.

97 Conclusioni presentate dall’Avvocato generale Michal Bobek il 18 gennaio 2018, § 77

98 Conclusioni presentate dall’Avvocato generale Michal Bobek il 18 gennaio 2018, § da 90 a 97

99 BOGNER A., TORGENSEN H., *op.cit.*, pag. 2

100 BOGNER A., TORGENSEN H., *op.cit.*, pag. 1; MARIANI S., *op.cit.*, pag. 21; WASMER M., *Roads forward for European GMO policy – Uncertainties in wake of ECJ judgment have to be mitigated by regulatory reform*, in *Frontiers in bioengineering and biotechnology*, vol. 7, n. 132, 2019, pag. 4

autorizzative e agli stessi controlli di sicurezza, ex ante ed ex post, ispirati originariamente da un'esigenza precauzionale.

L'utilizzo del principio di precauzione, dunque, dovrebbe essere parallelo agli sviluppi della scienza, e le misure in forza di esso emanate dovrebbero adeguarsi ai progressi della tecnologia. L'individuazione del rischio, di conseguenza, deve essere concreta e corredata da un numero considerevole di ricerche scientifiche¹⁰¹. Si evoca dunque una indispensabile correlazione tra la precauzione, la proporzionalità e la ragionevolezza¹⁰². Come visto nei paragrafi precedenti, diversi studi hanno dimostrato non solo come i prodotti derivanti dalle NBTs non siano distinguibili da quelli realizzati tramite CBTs sotto il profilo genetico, ma anche che ulteriori rischi, rispetto alle tecniche "convenzionali", non sono riscontrabili. Tant'è che, sulla base di queste esperienze scientifiche, l'Avvocato Generale Bobek ha suggerito che l'unico criterio discrezionale per l'applicazione della Direttiva del 2001 alle nuove tecniche fosse l'utilizzo delle molecole di DNA ricombinante (criterio indicato dal legislatore nell'Allegato I A Parte 1 n.1).

Un ultimo profilo di criticità attiene al tradizionale *process-based approach* nell'interpretazione della normativa degli OGM. Questo criterio ermeneutico dovrebbe, secondo alcuni, essere superato per procedere a una sua integrazione attraverso un *product-based approach*. Tale esigenza risulta evidente specialmente nel caso di specie, dove, al fine di ottenere una proporzionale classificazione delle NBTs e un conseguente regime giuridico appropriato, si dovrebbe operare una valutazione caso per caso oltre che delle tecniche anche dei prodotti, da esse realizzati¹⁰³. Altrimenti, apparirebbe evidente una violazione del principio di non discriminazione, invocato dalla Commissione tra i criteri di applicabilità del principio di precauzione: segnatamente, procedure differenti sarebbero trattate diversamente, anche se i prodotti, da esse scaturiti, risultassero identici¹⁰⁴. Inoltre, non pochi sono i problemi connessi in relazione alle difficoltà, che potrebbero presentarsi in ordine alla distinguibilità degli alimenti prodotti da CBTs e da NBTs, nell'ottica di un'importazione nell'Unione Europea¹⁰⁵. È impossibile distinguere queste due categorie di prodotti e ciò comporterebbe una notevole complessità

101 Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Michal Bobek il 18 gennaio 2018, § 148

102 BORGHI P., *op.cit.*; NAPOLITANO C., *Sicurezza alimentare ed etica della sostenibilità: profili di diritto amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2018

103 SIRSI E., *op.ult.cit.*

104 Si veda, in particolare ERIKSSON D., HARTUNG F., SCHIEMANN J., SPRINK T., *op.cit.*, dove si afferma che «In 2013, the European Academies Science Advisory Council (EASAC) has provided a comprehensive report on the risks and benefits of crop genetic improvement technologies, a term which is including NPBTs, genetic engineering and emerging plant breeding techniques. The report did not find evidence for an intrinsic higher risk of genetic engineering in comparison to conventional breeding technologies. This finding is based on solid science conducted in several thousand research projects and published in the last 20 years. [...] The EASAC report was endorsed by several academic organizations, most prominently by Anne Glover, former Chief Scientific Adviser of the President of European Commission (EC). "The conclusions of the report are based on the best possible evidence and I endorse its conclusions whole-heartedly».

105 AERNI P., *Politicizing the precautionary principle: why disregarding facts should not pass for farsightedness*, in *Frontiers plant science*, vol. 10, n. 1053, 2019.

nell'applicazione dei controlli stabiliti dalle normative europee per evitare contaminazioni accidentali o fraudolente¹⁰⁶.

Di fronte a queste problematiche tra le evidenze scientifiche e il quadro normativo delineato si manifesta chiaramente la rigidità e l'inadeguatezza dell'utilizzo del principio di precauzione. Questo, infatti, da strumento giuridico si è tradotto in un atteggiamento politico di stampo protezionistico¹⁰⁷, volto a soddisfare interessi sociali prescelti scaturenti da un senso di minaccia¹⁰⁸ legato non ad oggettive ed effettive esigenze di gestione di un rischio concreto, quanto, piuttosto, a sentimenti culturalmente diffusi¹⁰⁹. La Corte, perciò, pur rispettando la separazione dei poteri coinvolti nella decisione di queste politiche (Commissione e Parlamento), ha continuato a manifestare una propria discrezionalità nell'esigenza di ribadire i fondamenti valoriali sottostanti a una disciplina strutturata per principi¹¹⁰.

La trama delle criticità non risparmia neppure il tentativo di affidare ai singoli Stati membri la ricerca del delicato equilibrio sulla normazione della materia. Come noto, già da più di dieci anni si è registrato, in tema di OGM, una «rinazionalizzazione del regime giuridico»¹¹¹: una tendenza volta a concedere sempre più autonomia agli Stati membri, i quali, come risaputo, hanno sensibilità diverse circa la delicata tematica in questione. Tuttavia, anche in questo contesto aleggia una certa incertezza circa i margini della discrezionalità, (integrativa rispetto a quella dell'Unione Europea) concessa agli Stati membri: come limiti, infatti, incontrerebbero le disposizioni della Direttiva, la libertà di circolazione delle merci e altri obblighi

106 WASMER M., *op.cit.*, pp. 4-5

107 BELLONI M.P., *op.cit.*, pag. 298. Emerge, infatti, come si stia sminuendo il principio di precauzione, utilizzandolo «soltanto come un alibi... politico, come uno strumento di accusa e insieme come una scusa per non guardare avanti, trincerandosi dietro *slogan retrò* e decontestualizzati, dal sapore aprioristicamente antiscientifico, sottovalutando le nuove frontiere della ricerca, fondamentali per un'agricoltura più sostenibile dal punto di vista ambientale e della sicurezza alimentare (basti pensare al CRISP, una mutagenesi molto avanzata, che in base al *diktat* della CGUE, entrerebbe "senza passare dal via" sotto la definizione-ombrello di OGM)», in QUARANTA A., *op.cit.*, pp. 298-299

108 IZZO U., *op.cit.*, pag. 16; si veda anche BARTKOWSKI B., BAUM C.M., *Dealing with rejection: an application of the exit-voice framework to genome-edited food*, in *Frontiers in bioengineering and biotechnology*, 2019

109 BOGNER A., TORGENSEN H., *op.cit.*, pag. 8

110 FOLLIERI F., *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comun., fasc. 6, pp. 1495 ss.; GIOVANETTI T., *Biotechnologie e sicurezza alimentare: la tutela della salute del consumatore tra Corte costituzionale e Corte di giustizia della Comunità europea*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Biotechnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, pp. 336 ss.; RAGONE G., *La disciplina degli OGM tra Unione Europea e Stati nazionali: a chi spetta il diritto all'ultima parola su questioni giuridiche controverse?*, in *Rivista di Biodiritto*, fasc. 1, 2015, pp. 124-125

111 Emblematici risultano i tentativi di riaffermazione della partecipazione stata all'interno del processo decisionale per l'autorizzazione all'immissione nel commercio e all'emissione deliberata nell'ambiente, operati dalle Direttive 27/2008/CE, 412/2015/UE e 350/2018/UE. Per ulteriori approfondimenti circa il processo di rinazionalizzazione della disciplina sugli OGM, in dottrina, si citano, tra gli altri: RAGONE G., *op.cit.*; ROSSI DAL POZZO F., *Profili comunitari e internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Giuffrè, Milano 2005; SALVI L., *La "rin-nazionalizzazione della disciplina degli OGM: luci e ombre della regolazione nell'Unione Europea*, in CERRINA FERONI G., FROSINI T.E., MEZZETTI L., PETRILLO P. (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, vol. 1, tomo II, 2016; SPILLER E., *op.cit.*, pag. 523

derivanti dal diritto eurounitario¹¹². Lo spazio di intervento, in cui il legislatore nazionale può prendere provvedimenti, non appare dunque ben definito.

Un caso emblematico di queste crescente decentralizzazione, che comporta una geometria differenziata delle scelte nazionali¹¹³, è rappresentato proprio da un progetto di decreto francese successivo alla sentenza della Corte concernente le *NBTs*. Tale legislazione, se promulgata, proibirebbe sia la coltivazione, sia la vendita delle varietà vegetali ottenute tramite le nuove tecniche di mutagenesi (in particolare quelle in vitro), costituendo, di fatto, una restrizione agli scambi commerciali all'interno dell'Unione Europea.

Diverse associazioni e istituzioni¹¹⁴ provenienti da diversi Paesi europei hanno partecipato alla discussione sulla conformità del progetto di decreto francese al diritto europeo attraverso la cd. procedura TRIS. Alcune di esse hanno ritenuto, in particolare, che la proposta francese potesse contrastare il principio di applicazione uniforme del diritto europeo, poiché ivi si prevedono imposizioni ulteriori sulle tecniche di mutagenesi casuale in vitro. Oltre al fatto che la distinzione tra tecniche di mutagenesi in vivo e in vitro non si rinviene nella normativa europea, si ritiene tale categorizzazione irragionevole poiché non corroborata «*by scientific evidence since no robust scientific analysis has been provided in support of such a distinction*»¹¹⁵. Di conseguenza, l'inasprimento della disciplina prospettato dal legislatore francese apparirebbe contrario ai principi fondanti il diritto europeo e comporterebbe un ostacolo (forse ingiustificato) al mercato interno¹¹⁶. Inoltre, la possibilità di "innovare" in Europa risulterebbe particolarmente sacrificata dalla necessità di rispettare iter burocratici particolarmente gravosi, sia sotto un profilo di costi, che di tempistiche, impedendo di fatto l'avanzamento del progresso scientifico e tecnologico¹¹⁷.

Questa vicenda spinge a riflettere sulla effettiva discrezionalità (anche richiamata dalla sentenza della Corte di Giustizia C-528/16) di cui gli Stati membri dispongono nell'attuazione delle normative europee. In particolare, non risulta chiara la portata dell'autonomia interpretativa che ad essi fa capo. In generale, il sistema di sicurezza

112 Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sentenza del 25 luglio 2018, C-528/16, punto 79

113 CITTADINO F., *Libera circolazione degli OGM: più spazio per la tutela dell'ambiente alla luce della direttiva (UE) 2015/412?*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, vol.1, 2016, pag. 219

114 Tra queste, *Alianza por una Agricultura Sostenible, Primary Food Processors, European Coordination Via Campesina, Syndicat national de l'industrie de la nutrition animale, European Sustainable Agriculture Through Genome Editing, European Plant Science Organisation, Plantum, Plants for the Future, Verein der Getreidehändler der Hamburger Börse, Irish Grain and Feed Association, Ministerio de Agricultura, Ganaderia y Pesca, German Plant Breeders' Association, Agricultural Industries Confederation, COCERAL, Royal Dutch Grain and Feed Trade Association, International Seed Federation, EuropaBio, La Coopération Agricole, Copa-Cogeca, Terres Univia, Association Française des Biotechnologies Végétales*, in <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/fr/index.cfm/search/?trisaction=search.detail&year=2020&num=280&mLang=FR>

115 SNIA's contribution to French notifications 2020/280/F - 2020/281/F - 2020/282/F, 9 luglio 2020, punto 32

116 Del resto, assicurare la libera circolazione delle merci, costituisce uno dei principali obiettivi della legislazione alimentare stessa (ai sensi dell'Articolo 5 § 2 Reg. (CE) n. 178/2002) salvo, evidentemente, subentrino «motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale» (articolo 36 TFUE)

117 QUARANTA A., *op.cit.*, pag. 299

alimentare nell'Unione Europea si fonda, alla luce del principio di sussidiarietà, sull'armonizzazione delle scelte politiche: gli Stati membri, infatti, sono destinatari delle politiche elaborate a livello unionale, ma rivestono altresì un ruolo decisivo nell'attuazione e nell'implementazione delle stesse¹¹⁸. Ciò comporta che gli Stati membri siano beneficiari di una certa discrezionalità nell'adottare delle decisioni in tale settore, soprattutto quando a livello europeo si utilizza lo strumento della direttiva.

Tra l'altro, il rischio di creare un mosaico normativo risulta amplificato se si considerano i diversi livelli di governo e di normazione, esistenti all'interno del singolo Stato. Un caso simile è stato recentemente oggetto di una pronuncia della nostra Corte costituzionale che, seppur concernente esclusivamente gli alimenti OGM, ha evidenziato come, in una materia così complessa, esistano notevoli problemi di coordinamento anche tra lo Stato e le Regioni¹¹⁹.

118 PORPORA M., *Gli OGM e la frammentazione della governance del settore alimentare*, in Riv. It. Dir. Pubb. Comun., fasc. 6, 2015, pag. 1665

119 Segnatamente, il caso verteva sulla legittimità costituzionale dell'articolo 1 della Legge della Regione Molise del 13 novembre 2019, n.12 recante "Modifica all'articolo 2 della Legge Regionale 12 marzo 2008, n. 7 (Disposizioni transitorie in materia di coltivazione ed uso in agricoltura di organismi geneticamente modificati (OGM))". L'articolo in questione aggiungeva, all'articolo 1 di cui sopra, il comma 2-*bis*, in cui si prevedeva che la Regione sostenesse «la fornitura e l'utilizzo dei prodotti provenienti dalla filiera corta e dagli organismi non geneticamente modificati negli appalti pubblici di servizi o di forniture di prodotti alimentari ed agroalimentari destinati alla ristorazione collettiva di scuole di ogni ordine e grado, università, ospedali, luoghi di cura, gestiti da enti pubblici o da soggetti privati convenzionati. Per tale motivo, la fornitura e l'utilizzo di prodotti provenienti dalla filiera corta in misura superiore al 50 per cento oppure l'utilizzo di prodotti non contenenti organismi geneticamente modificati, pur nel rispetto della normativa statale vigente in materia di contratti pubblici, costituiranno titolo preferenziale per l'aggiudicazione degli appalti di servizi e forniture destinati alle attività di ristorazione collettiva». Secondo la Corte costituzionale, l'intervento normativo regionale comporta una ingiustificata limitazione alla libera circolazione degli OGM, debitamente autorizzati in conformità delle disposizioni europee. Difatti, la portata della norma impugnata, pur non essendo tale da impedire la commercializzazione degli OGM, ne comporta un ostacolo alla libera circolazione, attraverso la previsione di un criterio di punteggio aggiuntivo, che incentiva i partecipanti alla procedura al suo soddisfacimento (Punto 4.2). Tale limitazione, secondo la Corte, non può essere giustificata adducendo l'applicazione né dell'articolo 23 (concernente la clausola di salvaguardia, cui possono ricorrere gli Stati, sulla base di nuove o ulteriori informazioni divenute disponibili successivamente all'autorizzazione dell'OGM) né dell'articolo 26-*ter* della Direttiva 2001/18/CE (concernente, invece, la facoltà per lo Stato di prevedere restrizioni per la coltivazione degli OGM in tutto il suo territorio o parte di esso; mentre, nel caso di specie, si tratta di limiti alla circolazione). Infatti, «da un lato, [...] non vi sono acclarate evidenze scientifiche circa la presunta nocività degli OGM, fondandosi la valutazione del rischio argomentata dalla difesa regionale su considerazioni meramente ipotetiche [...]; dall'altro lato, le restrizioni consentite dalle norme europee hanno carattere temporaneo, richiedono una decisione motivata dello Stato membro e una valutazione della Commissione europea. [...] Elementi, questi, tutti assenti nel caso di specie, in cui si prevede soltanto una misura volta a penalizzare il ricorso agli alimenti contenenti OGM» (Punto 4.3). Non può nemmeno essere invocato l'Articolo 36 TFUE, a sostegno della normativa della Regione Molise, poiché non sussistono ragioni, attinenti alla salute o alla protezione del patrimonio culturale dei processi produttivi e del patrimonio genetico del cibo, che siano sufficienti a legittimare tali più severe restrizioni. Infine, oltre a statuire sulla illegittimità costituzionale della norma in esame, la Corte costituzionale è intervenuta per chiarire l'attribuzione delle competenze tra lo Stato e le Regioni, ex Articolo 117 Cost., proprio per evitare una frammentazione regolativa in una materia suscettibile di continui adeguamenti, a causa dei progressi scientifici e tecnologici. Perciò «a parte il fatto che le disposizioni impugnite riservano un trattamento peggiore agli OGM ma non proteggono per ciò stesso i prodotti e i processi produttivi tradizionali, la tutela del patrimonio culturale italiano, ivi compreso quello immateriale attinente agli alimenti, si ascrive alla potestà legislativa esclusiva statale di cui all'Art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., ed eccede, quindi, le competenze regionali» (Punto 4.4). Si veda: Corte Costituzionale, sentenza del 17 febbraio 2021 n.23

Questa esigenza di chiarire i rapporti tra regolatori, dunque, ha spinto lo stesso Consiglio Europeo, in una decisione del 2019, a richiedere alla Commissione uno studio, entro il 30 aprile 2021, alla luce della sentenza C-528/16, poiché «*the ruling [of the CJEU] brought legal clarity as to the status of new mutagenesis techniques, but also raised practical questions which have consequences for the national competent authorities, the Union's industry, in particular in the plant breeding sector, research and beyond. Those questions concern, inter alia, how to ensure compliance with Directive 2001/18/EC when products obtained by means of new mutagenesis techniques cannot be distinguished, using current methods, from products resulting from natural mutation, and how to ensure, in such a situation, the equal treatment between imported products and products produced within the Union*»¹²⁰.

Tale studio è stato pubblicato il 29 aprile 2021, ove emerge chiaramente una posizione alquanto incoerente della Commissione poiché, da un lato, ritiene che le NBTs costituiscano OGM a tutti gli effetti, ma sostiene parimenti che ci siano «[...] *strong indications that the current GMO legislation is not fit for plants produced by targeted mutagenesis and cisgenesis, and that it needs to be adapted to scientific and technological progress in order to be resilient, future-proof and uniformly applied. The study also shows that NGT products have the potential to contribute to sustainable agri-food systems in line with the objectives of the European Green Deal and Farm to Fork Strategy*»¹²¹.

Pertanto risulta di estrema urgenza provvedere a dei chiarimenti interpretativi circa la classificazione delle NBTs, al fine di comprendere quale sia effettivamente la normativa corretta applicabile non solo per un corretto funzionamento del mercato interno, ma anche per l'esigenza di tutelare i consumatori dai prodotti circolanti nell'Unione. Inoltre, evitare interpretazioni arbitrarie in settori così nuovi su cui gli stessi legislatori nazionali e internazionali non sono ancora intervenuti direttamente, porterebbe al collasso del concetto stesso fondante l'intero sistema europeo di armonizzazione¹²².

Del resto, «il diritto è prima di tutto espressione di un patto politico, prima ancora che economico, tra consociati»¹²³. Tuttavia, in settori come quello della modificazione genetica in campo alimentare, si rischia il disgregamento della "società globale"¹²⁴ di riferimento, causato, fondamentalmente, dalla disomogeneità del concetto stesso di rischio, che provoca un progressivo accentramento delle competenze legislative a livello nazionale. È imprescindibile, perciò, anche nell'ottica del commercio

120 Considerando 4, della Decisione (UE) 2019/1904 del Consiglio, dell'8 novembre 2019, che invita la Commissione a presentare uno studio alla luce della sentenza della Corte di Giustizia C-528/16 concernente lo statuto delle nuove tecniche genomiche conformemente al diritto dell'Unione e una proposta, se del caso tenendo conto dei risultati dello studio, pubblicato in G.U.U.E. L 293 del 14.11.2019, pag. 103

121 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Study on the status of new genomic techniques under Union Law and in light of the Court of Justice ruling case C-528/16*, Brussels, 29 aprile 2021

122 Si veda, a tal proposito, che sostiene, che «*the regulatory orientation at the technology must be revised in favor of a goal-oriented comprehensive agricultural policy emerging from an open political process of EU-wide opinion-formation among stakeholders and society at large*», in BOGNER A., TORGENSEN H., *op.cit.*, pag.2

123 PORPORA M., *op.cit.*, pag. 1674

124 CASSESE S., *Il diritto amministrativo globale: una sua introduzione*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., n.2, 2005

internazionale, tentare un recupero degli originali rapporti tra regolatori, fondati sul principio di sussidiarietà, per garantire una coerente governance alimentare¹²⁵.

6. La valenza globale dei problemi giuridici sulle biotecnologie di precisione.

La questione tassonomica sulla natura delle piante e dei prodotti alimentari derivanti dalle *New Breeding Techniques* e del conseguente apparato regolatorio applicabile a livello nazionale non è stato sollevato solo a livello europeo, ma ha avuto un'eco globale. Alcuni ordinamenti giuridici hanno tentato un approccio differente rispetto all'Unione Europea, tenendo piuttosto in considerazione le caratteristiche del prodotto finale realizzato mediante queste particolari tecnologie. Ciononostante, talvolta si scorgono anche in questi sistemi degli influssi di una concezione focalizzata sul processo utilizzato con i relativi limiti sottolineati nel capitolo precedente, rendendo più complessa la valutazione circa l'applicabilità della disciplina sulle biotecnologie.

L'adozione del cd. *product-based approach* risulta maggiormente adatta nell'elaborazione di una disciplina giuridica attinente a un argomento così controverso. Difatti, come brevemente accennato nei Paragrafi precedenti, si rivela una soluzione più "*science-based*" poiché in questo caso si assume che il rischio potenziale non sia insito nei metodi o nelle tecniche di modificazione genetica utilizzati, bensì nelle specificità genetiche create nell'organismo in questione: è infatti quest'ultimo che sarà destinato all'emissione nell'ambiente o all'immissione nel commercio e, eventualmente, anche al consumo umano o animale. Oltre dunque a evitare discriminazioni ingiustificate tra prodotti e restrizioni al commercio non indispensabili, «*a product-based approach has the advantage that is not necessary to consider whether the criticized dichotomy of GMO and non-GMO has to be supplemented by a third category [...] there is no regulatory gap between GMOs and non-GMOs*»¹²⁶. L'attenzione al prodotto, piuttosto che al processo, garantisce una tutela bilanciata, che evita da una parte che le NBTs e i prodotti da esse generati siano sottoposti ad un regime eccessivamente rigido senza apparenti ragioni scientifiche; dall'altra, limita il rischio di provocare danni alla salute umana e all'ambiente a causa di un regime esageratamente permissivo.

6.1 La disciplina statunitense.

L'ordinamento giuridico statunitense è tradizionalmente comparato con quello europeo poiché sono i due macrosistemi che adottano approcci di regolazione diametralmente opposti. Segnatamente, limitandoci alla disciplina sugli organismi geneticamente modificati, mentre il modello comunitario risulta strutturato secondo un sentimento fortemente precauzionale quasi reticente verso le innovazioni tecnologiche, il legislatore statunitense è animato da una sorta di «ottimismo

¹²⁵ PORPORA M., *op.cit.*, pag. 1675

¹²⁶ DEDERER H.G., HAMBURGER D., *op.cit.*, pag. 13; si vedano anche, su questo tema, HERRING R.J., *Opposition to transgenic technologies: ideology, interests and collective action frames*, in Nat. Rev. Genet., vol. 9, pp. 458-463; HERRING R., PAARLBERG R., *The political economy of biotechnology*, in Annual review of resource economics, vol. 8, 2016, pp. 397-416

tecnologico»¹²⁷. Infatti, la manipolazione genetica non è percepita come uno strumento obsoleto e pericoloso, bensì come un «perfezionamento di precedenti tecniche di ibridazione e quindi caratterizzata da rischi analoghi a quelli già noti da tempo»¹²⁸. Si spiega, dunque, la scelta del legislatore statunitense di non aver emanato una disciplina ad hoc concernente gli OGM, come in Europa, poiché si presume che il prodotto finale geneticamente modificato sia safe in maniera equivalente rispetto al corrispettivo “tradizionale”¹²⁹. Pertanto, sulla base della presunzione della sostanziale equivalenza tra i vari prodotti alimentari, frutto dell’ingegneria genetica o meno, ad essi si applicano indistintamente gli standard tradizionali previsti dalle normative già esistenti poiché «le attuali conoscenze scientifiche [...] non richiederebbero allo stato l’emanazione di norme specificatamente dedicate agli OGM»¹³⁰.

Questi principi sono stati esplicitati, per la prima volta, nel *Coordinated Framework for Regulation of Biotechnology* del 26 giugno 1986¹³¹. Redatto dall’*Office of Science and Technology Policy* (OSTP)¹³², si tratta di un *announcement of policy* finalizzato a definire le competenze delle tre Agenzie governative che si occupano di OGM¹³³. A tale scopo, tale documento ha individuato tre principi che continuano, ancora oggi, ad

127 BELLONI M.P., *op. cit.*, pag. 135; Si vedano anche: BERGESON L.L., *Enlisting modern technologies to ensure a safe food supply*, in *Natural resources & environment*, vol. 31, 2017, pp. 64-70; ROSSO GROSSMAN M., *Genetic engineering in the United States: regulation of crops and their food products*, in DEDERER H.G., HAMBURGER D. (a cura di), *Regulation of genome editing... cit.*, pag. 267

128 BELLONI M.P., *op. cit.*, pag. 135. Non a caso, gli Stati Uniti figurano tra i maggiori produttori di organismi geneticamente modificati nel mondo. Si vedano, per ulteriori approfondimenti: AFTAB S.O., AHMAD A., ASHRAF S., GHOURI M.Z., ISMAIL M., MUNAWAR N., *Regulatory, ethical, and social aspects of CRISP crops*, in AHMAD A., KHAN S.H., KHAN Z. (a cura di), *CRISP CROPS. The future of food security*, Springer, Singapore, 2021, pp. 267 ss.; ARAKI M., ISHII T., *Towards social acceptance of plant breeding by genome editing*, in *Trends in plant science*, 2015; ARAKI M., ISHII T., *Consumer acceptance of food crops developed by genome editing*, in *Plant cell reports*, vol. 35, 2016, pp. 1507-1518

129 In proposito alla sostanziale equivalenza tra prodotti, si vedano: BLUME Y., MEDVEDIEVA M.O., *Legal regulation of plant genome editing with the CRISP/Cas9 technology as an example*, in *Citology and genetics*, vol. 52, fasc.3, 2018, pp. 205-206; GALANT C.R., *Labeling limbo: why genetically modified foods continue to duck mandatory disclosure*, in *Houston law review*, 2005, pp. 125-164; SIRSI E., *Note sulla definizione giuridica degli OGM...cit.*, pag. 8; WOLF J.D., WOLF C., *Policy and governance perspectives for regulation of genome edited crops in the United States*, in *Frontiers in plant science*, vol. 9, n.1606, 2018, pag. 3

130 FERRARI M., IZZO U., *op.cit.*, pag. 179

131 *Coordinated Framework for Regulation of Biotechnology*, Federal Register, Vol. 51, 1986, pag. 23302. Esso è stato aggiornato, poi, nel 1992 e nel 2017.

132 L’OSTP è un ufficio istituito dal *Congress* nel 1976, con la funzione di assistere la Presidenza degli Stati Uniti nelle politiche riguardanti la scienza, l’ingegneria e la tecnologia. Per ulteriori approfondimenti: <https://www.whitehouse.gov/ostp/>

133 «This notice describes the comprehensive federal regulatory policy for ensuring the safety of biotechnology research and products. Specifically addressed are agency policies that formed part of the previously proposed *Coordinated Framework for the Regulation of Biotechnology*, published in the *Federal Register* December 31, 1984 (49 FR 50856, hereinafter “the December 84 Notice”). These agency policies build upon experience with agricultural, pharmaceutical, and other commercial products developed by traditional genetic modification techniques. Existing statutes provide a basic network of agency jurisdiction over both research and products; this network forms the basis of this coordinated framework and helps assure reasonable safeguards for the public. This framework is expected to evolve in accord with the experiences of the industry and the agencies, and, thus, modifications may need to be made through administrative or legislative actions», OSTP (1986), pag. 23303; per un approfondimento dottrinale sul tema, si vedano: BLUME Y., MEDVEDIEVA M.O., *op.cit.*, pag. 205 ss.; FERRARI M., IZZO U., *op.cit.*, pp. 178 ss.; SIRSI E., *OGM E AGRICOLTURA*, *cit.*, pp. 233 ss.

orientare l'operato delle istituzioni federali: «*products of biotechnology are not fundamentally different from conventional products; regulations should focus on the product rather than on the process; and regulatory jurisdiction for biotechnology products should be based on their use*»¹³⁴. Tra l'altro, alla luce delle crescenti questioni sollevate da alcune organizzazioni ambientaliste o associazioni di consumatori sulle nuove biotecnologie (tra cui il *genome-editing* e le altre NBTs), il *Working Group on Biotechnology* ha riadattato il *Coordinated Framework for the Regulation of Biotechnology*, al fine di rispondere adeguatamente ai possibili rischi che possono comportare i nuovi metodi di ingegneria genetica. Tale obiettivo è stato raggiunto nel 2016, attraverso la pubblicazione della *National Strategy for Modernizing the Regulatory System for Biotechnology Products*, ove il punto focale «[...] implies that risk assessment for biotechnological products should be combined with the development of innovations and methods for health and environment protection, fostering the society's trust into legal regulation mechanisms, and the reduction of unnecessary costs and burdens»¹³⁵.

La regolazione dei *genetically-engineered crops* si ispira quindi a un «*risk-based, scientifically sound approach*»¹³⁶, poiché fortemente ancorata al profilo tecnico-scientifico della descrizione delle proprietà del prodotto¹³⁷ ed è gestita da tre agenzie federali: l'*United States Department of Agriculture (USDA)*, l'*Environmental Protection Agency (EPA)* e la *Food and Drug Administration (FDA)*¹³⁸.

134 ROSSO GROSSMAN M., *op.cit.*, pag. 270. Si tratta di linee generali che confermano una predilezione del legislatore statunitense, ai fini della regolamentazione, per la considerazione delle caratteristiche del prodotto finale. Infatti «*the application of traditional genetic modification techniques is relied upon broadly for enhanced characteristics of food (e.g., hybrid corn, selective breeding), manufactured food (e.g., bread, cheese, yogurt), waste disposal (e.g., bacterial sewage treatment), medicine (e.g., vaccines, hormones), pesticides (e.g., Bacillus thuringiensis) and other uses. Federal agencies implement an array of laws which seek to ensure the safety of these products. A concise index of these U.S. laws was published in the Federal Register November 14, 1985 (50 FR 47174, hereinafter "the November 85 Notice"). These laws are product-specific because they regulate certain product uses, such as foods or pesticides*». Perciò, questo approccio realizza un contemperamento di interessi, poiché da un lato esso «*provides the opportunity for similar products to be treated similarly by particular regulatory agencies*», al fine di prevenire ingiustificate discriminazioni di trattamento; mentre dall'altro, è finalizzato a «*achieve a balance between regulation adequate to ensure health and environmental safety while maintaining sufficient regulatory flexibility to avoid impeding the growth of an infant industry*», in OSTP (1986), pp. 23303-23304.

135 BLUME Y., MEDVEDIEVA M.O., *op.cit.*, pag. 206; si veda, anche: COWAN T., GALLO M., SARATA A., SARGENT JR.J., *Advanced gene editing: CRISPR-Cas9*, in CRS Report, 2017, reperibile in <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44824.pdf>

136 OSTP, *Exercise of federal oversight within the scope of statutory authority: planned introductions of biotechnology products in the environment*, in Federal Register, vol. 57, 1992, pag. 6753

137 L'organismo geneticamente modificato, in particolare, sarà soggetto alle procedure autorizzative e ai controlli previsti dalle tre istituzioni federali (USDA, EPA, FDA) solo nell'ipotesi in cui esso possieda i requisiti previsti.

138 Infatti, il gruppo di lavoro del 1984, incaricato di redigere il *Coordinated Framework for the Regulation of Biotechnology*, aveva concluso che «*agencies involved with regulating agriculture, foods, medical devices, drugs, biologics, and pesticides have had extensive experience with products that involve living organisms in their manufacture and/or ultimate use including releases into the environment for these purposes. By the time a genetically engineered product is ready for commercialization, it will have undergone substantial review and testing during the research phase, and thus, information regarding its safety should be available. The manufacture by the newer technologies of food, the development of new drugs, medical devices, biologics for humans and animals, and pesticides, will be reviewed by FDA, USDA and EPA in essentially the same manner for safety and efficacy as products obtained by other techniques. The new products that will be brought to*

Negli Stati Uniti si tende, in generale, a salvaguardare il più possibile il principio fondante l'intera disciplina: ossia, la sostanziale equivalenza. Per cui, l'obbligatorietà di soggiacere a determinati standard o a procedure autorizzative per l'immissione in commercio o altri utilizzi non è la regola bensì l'eccezione. Infatti, lo *Statement of Policy: Food derived from New Plant Varieties*¹³⁹, quando si tratta di *GE foods* ruota attorno alla definizione di food additive, con tutti gli oneri che ne conseguono: tuttavia, la regola generale presume che tutti gli alimenti geneticamente modificati, qualunque sia la tecnica utilizzata, siano GRAS¹⁴⁰. La maggior parte delle nuove biotecnologie di precisione, tra l'altro, non aggiungono del materiale genetico esogeno per provocare le mutazioni, ma agiscono direttamente sul genoma dell'organismo stesso; altre, invece, sfruttano passaggi della tecnologia del DNA ricombinante introducendo un gene o una sequenza genomica esterna, ma che, in primo luogo, consiste in DNA di specie sessualmente compatibili o affini, e in secondo luogo, verrà eliminata attraverso il processo di selezione. Pertanto, risulta difficile immaginare una plausibile applicazione della procedura di controllo sulla *safety* dei prodotti alimentari così generati¹⁴¹. Del pari, se si pone l'attenzione sulla definizione di *bioengineered food*¹⁴² ai fini dell'etichettatura, è probabile che la maggior parte degli alimenti, modificati attraverso biotecnologie di precisione, ricadano nell'eccezione contenuta di cui al 7 USC § 1639 (1) (B) poiché i risultati raggiunti possono essere ottenuti anche tramite le *conventional breedings*.

Perciò, da un lato, tale sistema normativo risulta particolarmente accomodante verso i prodotti derivanti da *New Breeding Techniques*, e quindi costituisce un vantaggio economico non indifferente soprattutto per i piccoli agricoltori, visto il minor numero di costi che tali tecnologie richiedono. Dall'altro, tuttavia, alcuni autori hanno sottolineato come tali prodotti costituirebbero una deregulation forse pericolosa, per la quale una valutazione caso per caso potrebbe non essere sufficiente¹⁴³. Difatti, enorme è la portata applicativa di tali tecniche i cui prodotti,

market will generally fit within these three agencies' review and approval regimes».

139 57 FR pp. 22984-23005

140 «The method by which food is produced or developed may in some cases help to understand the safety or nutritional characteristics of the finished food. However, the key factors in reviewing safety concerns should be characteristics of the food product, rather than the fact the new methods are used», 57 FR pp. 22984-22985

141 PECK A., *Re-framing biotechnology regulation*, in Food Drug Law Journal, vol. 72, 2017, pp. 314-340

142 Si tratta di un alimento che «(A) [...] contains genetic material that has been modified through in vitro recombinant deoxyribonucleic acid (DNA) techniques; and (B) for which the modification could not otherwise be obtained through conventional breeding or found in nature» (7 USC § 1639 (1)), salvo che si tratti di «(a) food served in a restaurant or similar retail food establishment, (b) very small food manufacturers, (c) a food in which no ingredient intentionally contains a bioengineered (BE) substance, with an allowance for inadvertent or technically unavoidable BE presence of up to five percent (5%) for each ingredient, (d) a food derived from an animal shall not be considered a bioengineered food solely because the animal consumed feed produced from, containing, or consisting of a bioengineered substance, (e) food certified under the National Organic Program» (7 CFR § 66.5). In via generale, è previsto l'obbligo per tutte le *entities* che producono *BE foods* di garantire la tracciabilità del materiale genetico modificato, attraverso dei «[...] records that are customary or reasonable to demonstrate compliance with the disclosure requirements»

143 Tra gli altri: CONKO G., KERSHEN D.L., MILLER H., PARROTT W.A., *A risk-based approach to the regulation of genetically engineered organisms*, in Nat. Biotechnol., vol. 34, fasc. 5, pag. 498; DAVIES K.M., DEVOS Y., NIELSEN K.M., PODEVIN N., *op.cit.*; PECK A., *op.cit.*, pp. 328-329

finora, non sono mai rientrati nelle definizioni indicate dall'attuale disciplina¹⁴⁴: da qui, l'auspicio di alcuni di rinnovare la regolamentazione in modo tale che essa risulti «[...] *“fit for purpose”, noting that narrow definitions of GE products may not apply to plants developed with new technologies. Second, regulation and risk assessment must be “proportional to the level of risk” to health and environment, especially when products of new technology (for example cisgenesis) resemble conventionally-bred plants. Third, regulatory measures should prevent harm, but also stimulate innovation and encourage consumer acceptance of new products. Fourth, regulatory frameworks must facilitate international harmonization to avoid trade disputes and damage caused by asynchronous authorizations. Finally, regulatory systems must ensure that products with “equal potential to cause harm” face to similar risk assessments that focus on characteristics of the plant, not the process of development*»¹⁴⁵.

6.2 La disciplina canadese.

Il Canada, al contrario di Stati Uniti ed Europa che hanno rispettivamente adottato un *product-based* e un *process-based approach*, ha individuato una categoria unica senza operare differenziazioni tra processi impiegati o prodotti che presentano una serie di caratteristiche. Si tratta di una applicazione forse più incisiva dell'approccio di prodotto poiché si sottomettono alle procedure di valutazione del rischio tutte quelle piante che presentano un *novel trait*, ottenuto con qualsiasi tecnica di modificazione genetica (da quelle dell'ingegneria a quelle convenzionali), e quindi, quasi la totalità¹⁴⁶. Segnatamente, una pianta è definita come *Plant with Novel Trait* (PNT) qualora «(i) *the new trait is not present in stable, cultivated populations of the plant species in Canada, or the trait is present at a level significantly outside the range of that trait in stable, cultivated populations of that plant species in Canada, and (ii) where the new trait has*

144 Ad esempio, l'USDA e l'APHIS hanno negato la regolamentazione di alcune colture realizzate tramite *genome editing*, tra cui, «[...] *ZFN12 maize produced using ZFN technology for reduced production of phytate, [...] CRISP/Cas-edited mushroom with an antibrowning phenotype, [...] waxy corn developed by DuPont Pioneer using CRISP/Cas technology [...], CRISP-edited tomato variety*», in AFTAB S.O., AHMAD A., ASHRAF S., GHOURI M.Z., ISMAIL M., MUNAWAR N., *op.cit.*, pp. 277-278. Si vedano inoltre: STOEY E., *Crisp-edited mushroom dodges regulation*, 2016, reperibile in <https://www.chemistryworld.com/news/crispr-edited-mushroom-dodges-regulation/1010298.article>; UNGLESBEE E., *Brave new crops. Gene editing comes to agriculture*, 2016, reperibile in <https://www.dtnpf.com/agriculture/web/ag/news/article/2016/06/17/gene-editing-comes-agriculture>. Per quanto attiene, invece, all'FDA, gli sviluppatori tendono a partecipare alle consultazioni volontarie con l'agenzia su queste nuove tecnologie; tuttavia, il database delle consultazioni ancora non include le varietà vegetali realizzate con le NBTs. «*The database does, however, include numerous other varieties to which USDA has granted a nonregulated status – for example, Okanagan Specialty Fruits' Arctic apples genetically engineered to resist browning. FDA's response letter, sent at the end of the consultation process, notes that it relied on information supplied by Okanagan about the apples and Okanagan's reminded the developer about its responsibility to obtain clearances from USDA and (if necessary) EPA and to comply with applicable label requirements. FDA indicated that it had no further questions, but emphasized that it is Okanagan's “continuing responsibility to ensure that foods marketed by the firm are safe, wholesome, and otherwise in compliance with all applicable legal and regulatory requirements”*», in ROSSO GROSSMAN M., *op.cit.*, pag. 301; FDA, *Biotechnology consultations on food from GE plant varieties*, 2018, reperibile in <https://www.cfsanappsexternal.fda.gov/scripts/fdcc/index.cfm?set=NewPlantVarietyConsultations>.

145 ROSSO GROSSMAN M., *op.cit.*, pag. 104; DAVIES K.M., DEVOS Y., NIELSEN K.M., PODEVIN N., *op.cit.*, pp. 1058-1060

146 SMYTH S.J., *Regulation of genome editing in plant biotechnology: Canada*, in *Regulation of genome editing*, *cit.*, pp. 114 ss.

*the potential to negatively affect environmental safety» (§ 2.1. Dir 94-08)¹⁴⁷. Per quanto concerne la definizione di *novel trait*, la Dir 94-08 rimanda alla *Part V – Release of seed della Seeds Regulation*, ove al § 107 (1) lo identifica come «[...] *a characteristic of the seed that (a) has been intentionally selected, created or introduced into a distinct, stable population of cultivated seed of the same species through a specific genetic change, and (b) based on valid scientific rationale, is not substantially equivalent, in terms of its specific use and safety both for the environment and for human health, to any characteristic of a distinct, stable population of cultivated seed of the same species in Canada, having regard to weediness potential, gene flow, plant pest potential, impact on non-target organisms and impact on biodiversity*»¹⁴⁸.*

La valutazione sullo status di una determinata pianta, al fine di comprendere se si tratti o meno di una PNT, è rimessa, come nel caso degli Stati Uniti, all'apprezzamento del produttore. Quest'ultimo dovrà effettuare uno studio specifico sul singolo prodotto in questione, indipendentemente dalla tecnica utilizzata¹⁴⁹. In particolare, questi deve verificare la sussistenza di due requisiti del *novel trait*, ossia se «(1) *the trait is new to cultivated populations of the species in Canada*¹⁵⁰, and (2) *the plant has a potential to have a significant negative environmental effect*¹⁵¹» (§ 2.1. Dir 2009-09)¹⁵².

Un ambito in cui, invece, il legislatore canadese non ha rispettato questa visione normativa focalizzata sul prodotto, e quindi sulla modificazione genetica che lo denota, risulta quello dell'etichettatura. Nell'ordinamento canadese l'etichettatura

147 GOVERNMENT OF CANADA, Directive 94-08 (Dir 94-08) Assessment Criteria for determining environmental safety of plants with novel traits, reperibile in <https://inspection.canada.ca/plant-varieties/plants-with-novel-traits/applicants/directive-94-08/eng/1512588596097/1512588596818#a21>

148 GOVERNMENT OF CANADA, Directive 2009-09: Plants with novel traits regulated under Part V of the *Seeds Regulations*: guidelines for determining when to notify the CFIA, reperibile in <https://inspection.canada.ca/plant-varieties/plants-with-novel-traits/applicants/directive-2009-09/eng/1304466419931/1304466812439>

149 «It is the responsibility of proponents (e.g., plant breeders, product developers, etc.), based on their expertise, on familiarity with their product, and on relevant scientific literature, to determine whether their product fits the definition of a PNT. Thus, the PNT status of a plant is determined on a case-by-case basis» (§ 2.1. Dir 94-08)

150 Segnatamente, «*a trait is considered new to cultivated populations of seed if it was introduced into Canada after December 1996, when Part V of the Seeds Regulations came into force. If a trait is bred into a plant from germplasm (of the same species) cultivated in Canada prior to December 1996, or previously authorized by the PBO for use in a plant of the same species, then the trait is not new: the plant is not a PNT and is not subject to regulation under Part V of the Seeds Regulations*» (§ 2.1. Dir 2009-09)

151 Si precisa che, una volta appurato il carattere della novità del tratto nell'organismo, «[...] *a developer must then determine if the plant has the potential to have a significant negative environmental effect. When assessing this potential, a proponent should obtain or produce data that compare the plant to an appropriate Canadian comparator line (or lines), in terms of: weediness potential, gene flow, plant pest potential, potential negative impact on non-target organisms [and] other potential negative impacts on biodiversity*» (§ 2.1. Dir 2009-09).

152 In tale definizione, non rientrano, per espressa previsione legislativa, «(a) *seed grown in Canada outside of containment before the coming into force of this Part in such a manner that the seed constitutes a distinct, stable population in the Canadian environment; (b) seed grown in containment in such a manner that there is no release into the environment of any genetic material from the plants derived from the seed; and (c) seed that is derived from seed referred to in paragraph (a), or from seed in respect of which an unconfined release has been authorized under paragraph 111(1)(b), and that is substantially equivalent, in terms of its specific use and safety both for the environment and for human health, to seed of the same species, having regard to weediness potential, gene flow, plant pest potential, impact on non-target organisms and impact on biodiversity*», § 108 Part V Seeds Regulation

degli alimenti è volontaria, come si evince anche dallo stesso titolo della legge che disciplina tale materia: *Voluntary labeling and advertising of foods that are and are not products of genetic engineering*¹⁵³. In questa disciplina, l'elemento che circoscrive il suo ambito applicativo è dato dalla tecnica impiegata, promuovendo perciò un approccio regolativo di processo. Infatti, nel definire l'espressione *genetic engineering*, si fa riferimento alle « [...] *techniques by which the genetic material of an organism is changed in a way that does not occur naturally by multiplication and/or natural recombination. Examples of the techniques used in genetic engineering include but are not limited to the following: a) recombinant DNA (rDNA) techniques that use vector systems; b) techniques involving the direct introduction into the organism of hereditary materials prepared outside the organism; c) cell fusion (including protoplast fusion) or hybridization techniques that overcome natural physiological, reproductive, or recombination barriers, where the donor cells/protoplasts do not fall within the same taxonomic family*»¹⁵⁴ (§ 3.1). La scelta di propendere per un approccio di processo, piuttosto che di prodotto, può trovare una giustificazione nell'introduzione della legge stessa, ove lo Standard esplicita come il termine di cui al § 3.1 non deve essere confuso con quello di *genetic modification*. Quest'ultimo, infatti, indica una categoria generale che rappresenta ormai la maggior parte degli alimenti offerti nel mercato: tendenzialmente, tutti gli alimenti sono frutto di una modificazione genetica, ottenuta sia attraverso tecniche di ingegneria genetica, sia attraverso metodi più naturali che appartengono a una tradizione dell'agricoltura trasmessa da migliaia di anni. Tuttavia, l'attenzione del consumatore, e la pretesa di informazioni è rivolta solo a uno specifico insieme di tecnologie, ossia quello dell'ingegneria genetica¹⁵⁵.

Tra l'altro, proprio in occasione del recente sviluppo delle nuove biotecnologie di precisione, si è inserita una *note* che circoscrive l'ambito definitorio del *genetic engineering*: segnatamente, esso «*does not apply to techniques that give rise to genetic material and products, which also occur naturally as a result of multiplication and/or natural recombination, and are otherwise indistinguishable from them. For example, use of genome editing and other new breeding technologies to introduce characteristics which could also be*

153 Canadian General Standards Board—CAN/CGSB-32.315-2004 Reaffirmed 2016, reperibile in <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ongc-cgsb/programme-program/normes-standards/internet/032-0315/index-eng.html#a9>

154 Da tale definizione, sono poi escluse alcune tecniche. Segnatamente, «*unless the donor/recipient organism is derived from any of the above techniques, examples of excluded techniques include but are not limited to the following: a) in vitro fertilization; b) conjugation, transduction, transformation, or any other natural c) process; d) polyploidy induction; e) mutagenesis; f) cell fusion (including protoplast fusion) or hybridization techniques where the donor cells/protoplasts fall within the same taxonomic family*» (§3.1)

155 «*It has been recognized that the term genetic modification is sometimes used as a synonym for genetic engineering as defined in this standard. However, to genetically modify a plant, animal, or micro-organism implies making any change to the genetic makeup of the organism by any intentional means whatsoever and is defined in this manner in the Food and Drug Regulations. Because of the broad nature of this definition, many food products would be considered genetically modified, and very few could be considered non-genetically modified. In order to meet the needs of consumers for information about the application of specific techniques of biotechnology, the standard limits itself to claims about the use of genetic engineering in the production of foods and food ingredients*» (Introduction, *Voluntary labeling and advertising of foods that are and are not products of genetic engineering*). SIRSI E., *op.cit.*, pag. 242

achieved by the above excluded techniques, would not be treated as products of genetic engineering».

In conclusione, si nota come l'ordinamento canadese, nonostante una disomogeneità in alcuni settori circa l'approccio adottato, è strutturato sulla base di valutazioni caso per caso che garantiscono una certa flessibilità del sistema senza operare delle distinzioni significative tra le nuove biotecnologie sostenibili. Nonostante per alcune tecniche, come il CRISP/Cas9, siano ancora in corso dei *field trials* per studiarne gli effetti e i potenziali rischi, l'applicazione delle *New Breeding Techniques* è riconosciuta positivamente non solo nella legislazione canadese, ma anche nell'attività agricola: infatti, sono state recentemente approvate per la coltura e commercializzazione, due varietà di canola realizzate tramite gene editing¹⁵⁶.

6.3 La disciplina giapponese.

Al pari del Canada, anche nella normativa giapponese sugli organismi geneticamente modificati emerge una discrepanza tra la pretesa di regolazione incentrata sulle qualità del prodotto finale e le effettive definizioni contenute nella disciplina che ne delimitano l'ambito applicativo¹⁵⁷. Segnatamente, il Giappone ha ratificato il Protocollo di Cartagena nel 2003, ratificandolo attraverso l'*Act on the Conservation and Sustainable use of Biotechnology Diversity through Regulations on the Use of Living Modified Organisms*¹⁵⁸, al fine di regolare l'impiego dei LMO nella ricerca, nell'agricoltura nonché nell'industria, garantendo il benessere e la salute delle generazioni attuali e future¹⁵⁹ (Article 1). L'oggetto della disciplina riguarda tutti quegli organismi¹⁶⁰ che, all'interno del loro genoma, possiedono «[...] nucleic acid, or a replicated product thereof, obtained through use of the any of the following technologies: (i) those technologies as stipulated in the ordinance of the competent ministries, for the processing of nucleic acid extracellularly ; (ii) those technologies, as stipulated in the ordinance of the competent ministries, for fusing of the cells of organisms belonging to different taxonomical families» (Article 2 (2)).

Perciò l'elemento determinante il riconoscimento di un organismo come geneticamente modificato è la presenza di molecole di acido nucleico esogene, anche se di queste non si trova una specifica definizione nella legge; si deve, dunque,

156 CANADIAN FOOD INSPECTION AGENCY, *Decision Documents – Determination of Environmental and Livestock Feed Safety*, 30 luglio 2018, reperibile in <https://inspection.canada.ca/plant-varieties/plants-with-novel-traits/approved-under-review/decision-documents/eng/1303704378026/1303704484236>

157 ISHII T., *Regulation of genome editing in plant biotechnology: Japan*, in *Regulation of genome editing*, cit., pp. 239 ss.

158 *Act on the Conservation and Sustainable use of Biotechnology Diversity through Regulations on the Use of Living Modified Organisms*, Act n. 97 of 2003, reperibile in https://www.env.go.jp/en/laws/nature/act_csubdrmo.pdf

159 «This Act shall have the purpose of ensuring the precise and smooth implementation of the Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity (hereinafter referred to as “the Protocol”), thereby contributing to the welfare of humankind and helping to assure healthy cultural lives for the people now and in the future, by devising measures to regulate the use of living modified organisms in order for the conservation and the sustainable use of biological diversity through international cooperation» (Article 1)

160 Un organism è definito come «[...] a single cell (excluding a single cell forming a cell-2- colony) or a cell colony which is stipulated in the ordinance of the competent ministries as having the capacity to transfer or replicate nucleic acid, and viruses and viroids» (Article 2 (1)).

presumere che possano essere indistintamente considerate valide sia molecole di DNA sia di RNA. Pare, quindi, che anche la legislazione giapponese abbia provveduto all'adozione di un *product-based approach*¹⁶¹, anche se la composizione genomica non è l'unica condizione che viene esplicitata poiché, di seguito, si specificano chiaramente anche i metodi attraverso cui si ritiene che si realizzi un LMO. Tra l'altro, nelle *Regulations related to the Enforcement of the Law Concerning the Conservation and Sustainable Use of Biological Diversity through Regulations on the Use of Living Modified Organisms*¹⁶² si elencano alcune tecniche (e non caratteristiche genomiche del prodotto finale) che, nonostante comportino l'inserimento di molecole di acido nucleico, sono escluse dal novero di cui all'*Article 2 (2)*¹⁶³.

6.4 L'Argentina e la prima legge sulle *New Breeding Techniques*.

Nonostante diversi paesi dispongano di un sistema regolatorio sugli organismi geneticamente modificati il cui fulcro risiede nello studio e nell'accertamento delle caratteristiche e delle proprietà del prodotto finale, al fine di determinare il regime applicabile, si è dimostrato come la mera predisposizione di una disciplina così strutturata non sia stata sufficiente per regolamentare le piante e gli alimenti derivanti dall'utilizzo di NBTs.

Sono queste le ragioni che hanno ispirato l'Argentina, uno dei primi paesi al mondo, ad adottare una normativa sulle *New Breeding Techniques*. La disciplina argentina, peraltro modificata nel febbraio 2021 senza stravolgere la preesistente regolazione sugli OGM, ha lo scopo di comprendere la natura del prodotto così realizzato: in altri termini, valutare se il risultato dell'impiego di tali metodi avesse generato o meno un OGM¹⁶⁴. Tale studio, durato circa tre anni, è partito dall'analisi delle definizioni giuridiche già contenute nella normativa. Segnatamente, si definisce *Organismo Vegetal Genéticamente Modificado* (OVGM) un «organismo vegetal que posea una combinación de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología moderna», vale a dire, attraverso «a) la aplicación de técnicas in vitro de ácidos nucleicos, incluido el ácido nucleico recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u organelas, o b) la fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no sean técnicas

161 ARAKI M., ISHII T., *A future scenario for the global regulatory landscape regarding genome-edited crops*, in *GM Crops Food*, vol. 8, 2017 pp. 44-56; ISHII T., *op.cit.*, pag. 244

162 MEXT – MHLW – MAFF – METI – MOE, *Regulations related to the Enforcement of the Law Concerning the Conservation and Sustainable Use of Biological Diversity through Regulations on the Use of Living Modified Organisms*, 2003, reperibile in <http://www.biodic.go.jp/bch/english/law.html>

163 In particolare, si tratta di: «(i) technology for processing by using, as nucleic acid to be introduced into cells, only the nucleic acid shown in the following: A. the nucleic acid of living organism belonging to the same species as that of the living organism which the cells originate from; B. the nucleic acid of living organism belonging to the species that exchanges nucleic acid with the species of the living organism which the cells originate from in natural conditions (ii) technology for processing by using, as nucleic acid to be introduced into viruses or viroids, only the nucleic acid of viruses or viroids that exchanges nucleic acid with the viruses or viroids in natural conditions». L'utilizzo dei LMO, in ogni caso, deve essere previamente autorizzato e la procedura apposita è differenziata a seconda della tipologia di impiego che si desidera effettuare con l'LMO in questione

164 LEMA M.A., WHELAN A.I., *Regulation of genome editing in plant biotechnology: Argentina*, in *Regulation of genome editing*, *cit.*, pp. 19 ss.

utilizadas en la reproducción y selección tradicional»¹⁶⁵ (Artículo 2 n. 27 e 8 Res. 701/11¹⁶⁶).

Queste definizioni, in realtà, non ponevano particolari problemi interpretativi poiché risultava chiaro il discrimine tra un organismo “tradizionale” e un organismo “geneticamente modificato”, ossia l’impiego della tecnologia del DNA ricombinante. Le New Breeding Techniques, tuttavia, si ponevano a metà strada tra le due definizioni poiché alcune di esse, effettivamente, implicavano l’utilizzo anche solo di meri passaggi della tecnica di transgenesi, ma il prodotto che ne derivava assomigliava maggiormente a una coltura “convenzionale”, che non a una GM¹⁶⁷. Risultava perciò riduttivo includere semplicemente i risultati derivante dalle nuove tecniche di precisione nell’una o nell’altra definizione.

Nel 2015, a tal fine, è stata elaborata la Resolución 173/2015¹⁶⁸, specificatamente dedicata a disciplinare un procedimento di valutazione, basata esclusivamente su evidenze scientifiche, circa la natura GM o meno del prodotto¹⁶⁹ derivante dalla NBTs. Segnatamente, in base alle modificazioni legislative più recenti, è necessario

165 Si può notare come le definizioni di OVGM e di biotecnologia moderna ricalchino quelle contenute nel Protocollo di Cartagena, relative ai *Living Modified Organisms*, che consistono in «[...] any living organism that possesses a novel combination of genetic material obtained through the use of modern biotechnology», la quale ultima implica «[...] the application of: a. in vitro nucleic acid techniques, including recombinant deoxyribonucleic acid (DNA) and direct injection of nucleic acid into cells or organelles, or b. fusion of cells beyond the taxonomic family, that overcome natural physiological reproductive or recombination barriers and that are not techniques used in traditional breeding and selection» (Article 3 lett. g) e i)). L’Argentina ha firmato il Protocollo di Cartagena nel 2000, ma non lo ha mai ratificato, tuttavia, la sua regolamentazione presenta forti echi delle previsioni contenute nel Protocollo medesimo. Per ulteriori approfondimenti si vedano: LEMA M.A., WHELAN A.I., *op.cit.*, pag. 24

166 Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca, BIOTECNOLOGIA AGROPECUARIA, Resolución 701/2011, Establécense los procedimientos de presentación y evaluación de solicitudes de liberación experimental de Organismos Vegetales Genéticamente Modificados que no cuenten con aprobación comercial, del 27-oct-2011, publicada en el Boletín Oficial del 02-nov-2011, n. 32268, pág. 8

167 LEMA M.A., WHELAN A.I., *Regulatory framework for gene editing and other new breeding techniques (NBTs) in Argentina*, in GM Crops and Food, vol. 6, 2015, pag. 254; LEMA M.A., *Regulatory aspects of gene editing in Argentina*, in Transgenic Res. Vol. 28, 2019, pp. 147-150

168 Ministerio de Agricultura, Ganadería y pesca, Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca, Resolución 173/2015, del 12-may-2015, publicada en el Boletín Oficial del 18-may-2015, n. 33131, pág. 40. Si precisa, tuttavia, che tale Resolución è stata modificata da: Ministerio de Producción y Trabajo, Secretaría de Alimentos y Bioeconomía, Resolución 36/2019, Establécense por medio de la presente medida los procedimientos para establencer el alcance del marco regulatorio de los organismos genéticamente modificados vegetales respecto de nuevas tecnicas de mejoramiento que utilicen biotecnología moderna y la acumulación de eventos biotecnologicos, con base en el asesoramiento caso a caso de la Comision Nacional Asesora de Biotecnología Agropecuaria (CONABIA). Deroganse Resoluciones, del 26-jun-2019, publicada en el Boletín Oficial del 01-jul-2019, n. 34145, pág. 31, e segnatamente dall’Annexo I della Resolución, concernente il *Reglamento para establecer el alcance del marco regulatorio y para el análisis de riesgo de organismos genéticamente modificados vegetales*; oltre a Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, Secretaría de Alimentos, Bioeconomía y Desarrollo Regional, Resolución 21/2021, Establécense los procedimientos para determinar cuando un organismo, obtenido a partir de la aplicación de las nuevas tecnicas de mejoramiento (NBT, por sus siglas en ingles), se encuentra alcanzado en el marco de la resolución n. 763 de fecha 17 de agosto de 2011 del enconces Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y su normativa complementaria, del 04-feb-2021, publicada en el Boletín Oficial del 08-feb-2021, n. 34580, pág. 19. Entrambe le risoluzioni saranno riprese nel corso della descrizione della procedura per la valutazione della natura dei prodotti derivanti da NBTs.

169 È definito *Producto* quella «entidad biológica a la cual se le aplicó una NBT para la obtención de un nuevo fenotipo» (Artículo 2 Res. 21/2021).

che l'interessato si rivolga alla Coordinación de Innovación y Biotecnología de la Dirección Nacional de Bioeconomía de la Secretaría de Alimentos, Bioeconomía y Desarrollo Regional del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, attraverso la realizzazione di una Instancia de Consulta Previa (ICP) (Artículo 3 Res. 21/2021), dove sollecita la Comisión Nacional Asesora De Biotecnología Agropecuaria (CONABIA)¹⁷⁰ per una valutazione della natura del risultato del processo di miglioramento genetico: ossia, verificare se questo costituisce o meno una nueva combinación de material genético¹⁷¹.

Condizione indispensabile per avviare un procedimento di consultazione in tal senso, consiste nella previa iscrizione presso il Registro Nacional de Operadores con Organismos Vegetales Genéticamente Modificados (RNOOVGM)¹⁷²; in alternativa, si può realizzare una certificazione equivalente, secondo le direttive della Coordinación de Innovación y Biotecnología, al solo scopo di procedere al processo di valutazione scientifica¹⁷³ (Artículo 4 Res. 21/2021).

Per quanto attiene le ICP per gli organismi vegetali realizzati tramite NBTs, si precisa che l'interessato debba presentare «una nota con carácter de Declaración Jurada», che contenga almeno la «información sobre el tipo de organismo y la especie involucrada, la técnica de mejoramiento utilizada, el rasgo mejorado, evidencia de los cambios genéticos buscados y para aquellos casos que la técnica utilice un plásmido transitorio o un OGM intermediario, demostrar la ausencia de los mismos en el producto final»¹⁷⁴ (Artículo 5

170 CONABIA è «[...] a multi-disciplinary, inter-institutional commission of experts. Its main role pertains to biosafety assessment and/or the evaluation of confinement/containment measures for every application pertaining activities with GMOs. It also has a broad role as advisor in scientific and technical issues pertaining agroindustrial biotechnology», in LEMA M.A., WHELAN A.I., *Regulation of genome editing*, cit., pag. 23

171 L'espressione Nueva combinación de material genético si riferisce al «cambio producido en el genoma del organismo por la incorporación, en forma estable y conjunta, de UNO (1) o más genes o secuencias de ácido nucleico que forman parte de una construcción genética definida» (Artículo 2 Res. 21/2021).

172 Tale registro è stato istituito da Secretaría de Agricultura, Ganadería Pesca y Alimentos, Resolución 46/2004, *Créase en jurisdicción de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos el Registro Nacional de Operadores con Organismos Vegetales Genéticamente Modificados, que funcionará en el ámbito de la Coordinación de Proyectos Especiales de Biotecnología del Area Semillas. Requisitos para la presentación de solicitudes de inscripción. Creación de un listado nacional de los citados organismos vegetales*, del 07-ene-2004, pubblicata in el Boletín Oficial del 28-ene-2004, n. 30327, pág. 9. Segnatamente, «La solicitud de inscripción en el Registro Nacional de Operadores con Organismos Vegetales Genéticamente Modificados tendrá carácter de declaración jurada y deberá ser presentada cumpliendo los siguientes requisitos: a) En el caso de personas físicas copia certificada por Autoridad Competente del Documento Nacional de Identidad de la persona física o Pasaporte si ella fuera extranjera. b) En el caso de las personas jurídicas copia certificada por Autoridad Competente del contrato social debidamente inscripto y documentación que acredite la representación de quien actúa en su nombre (Artículos 31 y 32 del Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto N° 1759 T.O. 1991). c) Constituir domicilio en la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES en cumplimiento de lo establecido en los Artículos 19, 20 y 21 del Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto N° 1759/72 T.O. 1991» (Artículo 2 Res. 46/2004)

173 Nel caso in cui non si sia iscritti al RNOOVGM sarà opportuno «a. En el caso de personas humanas, se requiere copia de su Documento Nacional de Identidad (D.N.I.) o Pasaporte, si no tuviese dicho Documento. b. En el caso de personas jurídicas, se requiere copia certificada por Autoridad Competente del contrato social debidamente inscripto y documentación que acredite la representación de quien actúa en su nombre. c. Declarar por nota domicilio legal y real. d. La documentación anterior deberá remitirse mediante la modalidad Trámites a Distancia (TAD)» (Artículo 4 Res. 21/2021).

174 Inoltre, all'Annexo III della Res. 21/2021, si trova una guida alla compilazione della ICP per il produttore di organismi vegetali. L'ICP deve essere divisa in tre parti. La prima, il Módulo General, deve contenere i dati

Res. 21/2021). Una volta ricevuta, la Coordinación de Innovación y Biotecnología è tenuta ad effettuare una valutazione preliminare circa le informazioni ricevute, entro un termine di ottanta giorni decorrenti dalla data della presentazione della ICP, avviando anche una consultazione con la CONABIA. Dunque, sulla base delle informazioni trasmesse dall'interessato, nonché sulle eventuali informazioni supplementari richieste sia dalla Coordinación sia dalla CONABIA, è quest'ultima che valuterà se il prodotto NBTs abbia generato o meno una nueva combinación de material genético, nonché «[...] *si existe evidencia científica suficiente sobre la ausencia de evento/s empleados transitoriamente durante el proceso de obtención del producto*» (Artículo 7 Res. 21/2021). Da questo articolo si percepisce la flessibilità che denota questa normativa: infatti, sarebbe stato un controsenso se il legislatore argentino avesse optato per una struttura simile alle legislazioni sugli OGM appartenenti agli altri Paesi definite, come si è visto precedentemente, da delle liste di tecniche da impiegare o di caratteristiche che il prodotto deve possedere, al fine della determinazione dell'applicabilità del regime. In questo caso, invece, si è optato per una diretta valutazione caso per caso del singolo prodotto, senza identificare quali fossero le *New Breeding Techniques*, con lo scopo di garantire un'estensione della disciplina anche a prodotti derivanti da metodi che al giorno d'oggi non sono ancora stati scoperti¹⁷⁵.

Qualora, al termine dell'esame delle caratteristiche genomiche del prodotto in questione, si pervenga alla conclusione che non vi è alcun materiale genetico nuovo inserito, la CONABIA emette un *dictamen técnico*, notificandolo alla Secretaría de Alimentos, Bioeconomía y Desarrollo Regional del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, che provvederà a notificare tale decisione all'interessato, specificando che il suo prodotto non rientra nell'applicazione della Resolución 763/11¹⁷⁶. Eventualmente, la CONABIA o la Coordinación potranno anche raccomandare la convenienza di istituire un piano di monitoraggio specifico se le caratteristiche del prodotto lo richiedono (Artículo 8 Res. 21/2021).

Tale disciplina, inoltre, si preoccupa della possibilità di valutare la natura del prodotto anche solo allo stadio di sviluppo e progettazione. La ratio di tale scelta

anagrafici del *Responsable legal del Interesado que realiza la consulta* e del *Responsable técnico del Interesado que realiza la consulta*, oltre a identificare il *desarrollo, producto* e la *linea*. La seconda parte, invece, è il *Módulo Organismo*, che deve indicare la *descripción taxonómica hasta el rango más detallado posible* e il *nombre asignado al genotipo obtenido*. Infine, l'ultimo *Módulo*, concerne la sezione dedicata alla biologia molecolare dell'organismo. Segnatamente, si devono inserire la *descripción detallada de la técnica utilizada y todos sus pasos aplicados en el caso presentado*, la *descripción molecular de las secuencias nucleotídicas blanco del organismo, en su estado previo a aplicar la técnica*, la *función conocida de las secuencias en su estado previo a aplicar la técnica*, i *cambios esperados/ obtenidos en las secuencias blanco luego de aplicar la técnica*, i *cambios esperados/obtenidos en la función de las secuencias y el fenotipo luego de aplicar la técnica*, una *mapa de toda construcción genética o fragmento de ácido nucleico utilizado en el proceso de obtención, detallando los elementos genéticos (en caso de corresponder)*, nonché *presentar evidencia que demuestre que el producto obtenido no presenta nuevas combinaciones de material genético*. Si veda, in proposito, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/345000-349999/346839/norma.htm>

175 LEMA M.A., WHELAN A.I., *Regulatory framework for gene editing*, cit., pag. 258

176 Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, Resolución 763/2011, Establécense los lineamientos de las actividades que involucren Organismos Genéticamente Modificados (OGM), del 17-ago-2011, publicada en el Boletín Oficial del 23-ago-2011, n. 32218, pag. 12

risiede nel fatto che utilizzare le *NBTs* è molto più conveniente, in termini di costi, rispetto alla transgenesi, oltre al fatto che il produttore può desiderare ottenere un organismo che sia più vicino possibile a quello convenzionale per questioni etiche o anche solo manageriali. Tuttavia, se il produttore decide di investire nell'esecuzione di determinati procedimenti può accadere che, alla fine, il risultato finale venga definito un OVGM, sulla base delle valutazioni scientifiche effettuate dagli organi competenti. Per cui, paradossalmente, si avrebbe una doppia perdita: da un lato, si è investito in un percorso che non ha permesso di raggiungere l'obiettivo desiderato e perciò si subisce una perdita in termini economici; dall'altro, per poter sfruttare il prodotto ottenuto, è necessario sottostare ai diversi iter burocratici richiesti per l'emissione nell'ambiente o per l'immissione in commercio dell'OVGM¹⁷⁷.

Al fine di ovviare a queste inconvenienze, nella disciplina delle *NBTs* sono disciplinati i cd. *productos hipotéticos*, che consistono in qualsiasi «*entidad biológica en etapa de diseño al cual se le aplicará una NBT para obtener un fenotipo deseado*» (Artículo 2 Res. 21/2021). In tal caso, l'interessato dovrà realizzare una ICP seguendo lo stesso procedimento previsto per i prodotti già finiti. La CONABIA, perciò, effettuerà un'analisi preliminare ed emetterà una risposta orientativa, che sarà notificata all'interessato tramite la Secretaría. Per ogni singolo caso, la CONABIA indica anche tutti i procedimenti di biosicurezza che dovranno essere attuati dall'interessato durante lo sviluppo del prodotto. Il risultato finale ottenuto dal produttore dovrà poi essere sottoposto nuovamente alla procedura di identificazione descritto nei primi articoli della normativa, al fine di confermare l'analisi preliminare svolta (Artículo 9 Res. 21/2021).

7 Considerazioni conclusive.

Le moderne tecnologie costituiscono oramai un “*habitat*” essenziale, quasi indispensabile, nella vita dell'uomo. Ogni volta che le innovazioni lambiscono o intersecano diritti fondamentali dell'uomo - come nel caso del diritto alla salute -, emerge con una certa sistematica la difficoltà dell'ordinamento giuridico ad assimilare, per un verso, tempestivamente i vari cambiamenti imposti dalle evoluzioni della conoscenza tecnico-scientifica, e a ricomporre, per altro verso, un equilibrato temperamento dei differenti interessi economici e sociali per la tutela riconosciuta dal sistema giuridico alle persone¹⁷⁸. Nel settore ricondotto alle scienze biotecnologiche si concentra in special modo lo spettro problematico dell'intero percorso di regolazione, a partire dalla tempestività con cui il legislatore nazionale e sovranazionale riesce a comprendere le impellenze delle prospettive tecnologiche, fino al delicato equilibrio di bilanciamento delle incidenze sull'ammissibilità o meno di determinati processi legati all'innovazione tecnologica¹⁷⁹.

177 LEMA M.A., WHELAN A.I., *Regulatory framework for gene editing*, cit., pag. 258-259

178 Per un'analisi sulle complessità delle dinamiche di bilanciamento degli interessi coinvolti nei rapidi processi di ammodernamento tecnologico, si veda, da ultimo D'AVACK L., *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018

179 Infatti, «se si agisse troppo presto, in contesto di perdurante incertezza non solo scientifica, quando ancora non si può dire con certezza se un dato prodotto o processo implichi dei rischi e quali, vi sarebbe il pericolo di perdere preziose opportunità di sviluppo. Invece, quando lo sviluppo scientifico è tale da poter conoscere con certezza quali rischi si porta dietro l'innovazione, non è più possibile esercitare alcun controllo significativo su di

Recentemente, questa esigenza di realizzare una sorta di “parallelismo” tra progresso scientifico e adattamento giuridico si è acuita con la scoperta, nel settore agro-alimentare, delle cd. *New Breeding Techniques*. Come si è riscontrato nei Capitoli precedenti, i legislatori nazionali non sono rimasti indifferenti di fronte all’impatto tecnologico introdotto da queste biotecnologie di precisione. Il tema di fondo si è dunque focalizzato sulla ricerca di soluzioni normative che potessero disciplinare questi nuovi metodi, non pienamente definibili in merito alla loro natura. Infatti, le NBTs e i prodotti da esse realizzati sono contraddistinti da inedite peculiarità, in quanto sotto il profilo scientifico queste tecniche non possono essere ricondotte alla tradizionale contrapposizione tra la tecnologia del DNA ricombinante (o transgenesi), tipica degli OGM, e le *Conventional Breeding Techniques* (CBTs), impiegate tradizionalmente in agricoltura. In estrema sintesi, tali singolari tecnologie di breeding si distinguono per la loro eterogeneità, poiché al fine di provocare una mutazione nel DNA dell’organismo, in alcuni casi utilizzano passaggi della transgenesi, mentre in altri sfruttano dei meccanismi naturali insiti nell’organismo stesso.

Peraltro, la particolarità non si limita alle procedure di produzione, in quanto appaiono singolari anche le caratteristiche e le proprietà del prodotto finale, atteso che quest’ultimo è il risultato dell’incrocio tra organismi della stessa specie o di specie affini e sessualmente compatibili; pertanto, il prodotto finale non contiene transgeni (ossia geni esogeni appartenenti a specie animali o vegetali totalmente diverse) come si riscontra invece nel caso degli OGM. Inoltre, mediante meccanismi di selezione vegetale la particolare mutazione indotta tramite NBTs diviene irrintracciabile, con la conseguenza di annullare ogni elemento distintivo tra organismi “convenzionali” (in cui la modificazione genetica avviene naturalmente) e organismi ottenuti tramite biotecnologie di precisione (in ragione del fatto che la struttura genomica di questi ultimi risulta coincidente, nonostante la manipolazione intervenuta).

Appare evidente come queste particolari caratteristiche implicino non poche difficoltà nell’attuare le verifiche previste lungo la filiera agro-alimentare di queste nuove tecniche. La natura “ambigua” delle NBTs ha evidentemente comportato per i vari ordinamenti, a livello globale, notevoli complessità nell’individuazione di una disciplina che potesse garantire un controllo effettivamente calibrato sulle specificità di tali tecnologie e dei prodotti da esse generati. In via generale, due sono stati gli approcci di intervento adottati dai legislatori nazionali e sovranazionali: una prima soluzione, del tutto minoritaria, adottata dall’Argentina (e poi accolta anche dal Cile e dal Brasile), è stata quella di introdurre un’apposita fonte normativa che stabilisse una procedura di valutazione della natura di un dato prodotto comunque realizzato (tramite CBT, transgenesi o anche NBT). Questo esame, svolto da un Comitato scientifico nazionale, consiste nell’analizzare, in via preventiva, la composizione

essa», in RUGGIU D., *Modelli di governance tecnologica e diritti fondamentali in Europa. Per un right-based model of governance*, in *Rivista di filosofia del diritto*, fasc. 2, 2016, pag. 344. Per ulteriori approfondimenti circa il *too early/too late dilemma* si veda, tra gli altri: KEARNES M., RIP A., *The emerging governance landscape of nanotechnology*, in GAMMEL S., LOSCH A., NORDMANN A. (a cura di), *Jenseits von Regulierung zum politischen Umgang mit der Nanotechnologie*, Berlino, Akademische Verlagsgesellschaft, 2009, pp. 97-121

genomica del prodotto, in modo da verificare la presenza o meno di materiale genetico “nuovo”, non esistente in natura e quindi permette stabilire il regime applicabile. Nel primo caso, si tratterà di OGM, e quindi il prodotto sarà sottoposto a controlli più stringenti per la commercializzazione; nella seconda ipotesi, invece, l’organismo sarà considerato “convenzionale”. Viene, quindi, negata una autonoma rilevanza a queste nuove tecniche biotecnologiche, in quanto l’emissione deliberata nell’ambiente o l’immissione in commercio confluisce in una delle due categorie “genetiche” già note alla comunità scientifica.

La seconda soluzione, adottata nella maggior parte degli altri sistemi giuridici, comporta di fatto una sorta di sussunzione delle *NBTs* e dei prodotti da esse derivanti all’interno delle normative già esistenti in tema di modificazioni genetiche applicate all’agricoltura. Questi tentativi di inclusione si sono tuttavia rivelati fallimentari, come si evince dalla breve disamina di alcuni di questi ordinamenti nei Capitoli secondo e terzo, poiché nessun regime preesistente possiede una precisa visione di insieme circa i molteplici aspetti che contraddistinguono le *NBTs*.

Segnatamente, occorre distinguere un primo fenomeno inclusivo contraddistinto dalla presenza di una legislazione in materia di OGM che, ai fini dell’applicazione, si incentra esclusivamente sul processo, e quindi sui passaggi che permettono di raggiungere una data modificazione genetica (cd. *process-based approach*). Tra gli ordinamenti che presentano una tale disciplina sulle modificazioni genetiche occupa una fondamentale posizione l’Unione Europea. La regolazione europea risale agli albori dello sviluppo della tecnologia del DNA ricombinante, ove ancora non vi era una quantità di documentazione scientifica sufficiente da assicurare sulla *safety* degli organismi così ottenuti. Infatti, per questa ragione, il legislatore comunitario ha predisposto un sistema normativo permeato dal principio di precauzione, in modo da sopperire alle incertezze scientifiche del tempo. Nonostante i cospicui progressi ottenuti nel campo dell’ingegneria genetica, ancora oggi rimane fondamentale, seppur risalente, la Direttiva 2001/18/CE, il cui approccio fortemente cautelativo è stato ripreso anche nei successivi Regolamenti e nelle Direttive più recenti.

Tale spinta precauzionale ha poi condotto il Giudice della Corte di Giustizia dell’Unione Europea ad affermare come anche le *New Breeding Techniques* debbano essere considerate tecniche di ingegneria genetica suscettibili di rientrare nel campo di applicazione del regime sugli OGM. Tuttavia, tale presa di posizione è stata considerevolmente criticata poiché operava una rigida classificazione considerando in realtà solo uno degli aspetti singolari che contraddistinguono queste nuove biotecnologie, ossia il processo. Peraltro, tale considerazione risulta paradossale se si pone l’attenzione al contenuto del regime normativo europeo: infatti, è vero che la condizione per l’applicazione della disciplina attiene alla tipologia di tecnica impiegata (si veda, in particolare l’Allegato I A Dir. 2001/18/CE), ma ad essere sottoposto alla procedura di valutazione del rischio ambientale è il prodotto finale. Perciò la comunità scientifica e giuridica ha mostrato perplessità sulla decisione di sottoporre a procedure così rigide e costose i prodotti *NBT*, le cui caratteristiche genomiche, come visto pocanzi, si distinguono solamente dai prodotti OGM mentre risultano indistinguibili dai prodotti convenzionali. Tra l’altro, in ragione dei

numerosi studi che confermano l'assenza di rischi ulteriori per la salute umana e per l'ambiente di tali prodotti rispetto a quelli convenzionali, appare ancora più evidente un'applicazione eccessiva e non necessaria del principio precauzionale. In tal modo, perciò, si realizzerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra due tipologie di prodotti emessi nell'ambiente o immessi nel mercato, che, seppur ottenuti mediante metodi differenti (CBT e NBT), risultano sostanzialmente identici e non evidenziano particolari rischi per la salute.

Occorre inoltre sottolineare come l'applicazione del principio precauzionale risente della peculiare cultura europea sull'alimentazione, notoriamente fondata sul concetto di salubrità del prodotto strettamente connesso all'integrità del patrimonio genetico dell'organismo vegetale. In altri termini, vi è una posizione fortemente restrittiva verso l'intervento umano nel consueto operare della natura, che si riflette inevitabilmente sulla legislazione. È evidente come questo comporti il rischio di ottenere una normativa caratterizzata da una dimensione eccessivamente prudentiale, che non considera il carattere oggettivo delle prove scientifiche, basandosi invece su concezioni ideologiche ancora dominanti.

Un superamento di queste problematiche non indifferenti potrebbe esse dato, come si è visto nel Capitolo terzo, da una diversa considerazione regolativa delle NBTs, che risponde maggiormente ad esigenze di certezza scientifica e giuridica, data la natura ibrida di tali tecnologie. Si tratta, in particolare, di un altro modello giuridico adottato da altri Stati, che si fonda su una valutazione delle proprietà e dei tratti specifici del singolo prodotto finale, al fine di garantire un intervento ponderato sui rischi effettivi che le modificazioni genetiche in esso contenute possono provocare (cd. *product-based approach*). Tale approccio legislativo, che risulta sicuramente più *scientifically-oriented*, risulta più adatto a valorizzare le potenzialità di impiego delle NBTs: numerose, infatti, sono le prospettive risolutive evidenziate dalla comunità scientifica al problema della *food security*, oltre ai benefici economici e sostenibili che il loro utilizzo comporterebbe, rispetto alle tecniche di transgenesi. Inoltre, una valutazione del rischio calibrata sul caso di specie, indipendentemente dal mezzo adottato per raggiungerlo, permetterebbe una tutela della salute umana e dell'ambiente effettiva ed efficiente, senza al contempo reprimere ingiustificatamente la portata applicativa di tali metodi.

Questo approccio si è riscontrato, in particolare, nell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti, del Canada e del Giappone. Tutti questi sistemi si contraddistinguono per accogliere, sotto il profilo legislativo, una presunzione della sostanziale equivalenza tra tutti i prodotti: difatti, negli Stati Uniti, ad esempio, gli organismi geneticamente modificati appartengono alla classe dei prodotti GRAS, ossia *Generally Recognized As Safe*, e, solo nel caso in cui presentino determinati caratteri legislativamente previsti, possono essere sottoposti a obblighi di valutazione del rischio ai fini della commercializzazione. In Canada, invece, si è adottata una normativa che si incentra ancor più marcatamente sul prodotto: infatti, si considera, ai fini dell'applicabilità della disciplina sui controlli e autorizzazioni, la presenza di un cd. *novel trait*, indipendentemente dal metodo attraverso cui questo è ottenuto (convenzionale, transgenico o tramite NBTs). Del pari, anche il Giappone ha predisposto una

normativa che si incentra sulle caratteristiche identificative del genoma del prodotto, valutando la sottomissione di quest'ultimo alla disciplina autorizzativa in base alla presenza di eventuali molecole di acido nucleico esogene (di DNA o RNA).

Nonostante l'impronta adottata da questi sistemi verso la regolazione del prodotto, ad un'analisi più attenta si coglie come il percorso valutativo e autorizzativo di quest'ultimo non sia del tutto disgiunto dalle influenze dello specifico processo di produzione. Si pensi, ad esempio, alla definizione giapponese di *Living Modified Organisms* (LMO), di cui all'Article 1 dell'*Act on the Conservation and Sustainable use of Biotechnology Diversity through Regulations on the Use of Living Modified Organisms*, ove vengono precisate anche le tecniche, che realizzano tali organismi; o all'Article 2 (2) del medesimo Act che, nel delimitare il campo di applicazione della disciplina, individua un elenco di tecniche e non di prodotti. Del pari, anche la definizione canadese di genetic engineering di cui § 3.1 del *Voluntary labeling and advertising of foods that are and are not products of genetic engineering*. In tale ipotesi, come per il caso dell'Unione Europea, la demarcazione di tale concetto fondata sul processo si è resa necessaria per rispondere all'esigenza dei consumatori, portatori di un dato ideale di *food safety*, di ottenere informazioni non tanto sulle modificazioni genetiche in sé, che possono essere indotte anche da meccanismi naturali, quanto su una precisa categoria di tecniche d'ingegneria genetica.

Pertanto, questo tipo di approccio differente nella regolazione delle *NBTs* rischia di far riemergere la rilevanza delle procedure di produzione anche in questi sistemi, ponendoli quindi di fronte alle medesime problematiche limitative rilevate in particolare nella legislazione dell'Unione Europea.

È quindi difficile alla fine di questo percorso trarre una conclusione definitiva su quello che può essere il sistema migliore nella regolazione delle *NBTs*. Di certo possono essere sollevate una serie di criticità che si riscontrano a prescindere dalle scelte di normazione e di regolazione adottate nei singoli stati.

La criticità ad oggi più significativa si sostanzia nelle incertezze definitorie e applicative che si riscontrano nei singoli ordinamenti; questo implica evidentemente una notevole limitazione non solo sotto il profilo del commercio internazionale, ma anche sotto il profilo delle attuali sfide climatiche che incidono necessariamente sulla produzione, sia dal punto di vista della qualità che della quantità. Emerge dunque la necessità di convergere unitariamente verso «categorie concettuali ordinanti»¹⁸⁰, che permettano di delineare una disciplina normativa unificata su temi di importanza planetaria, quali appunto i prodotti derivanti dalle *New Breeding Techniques*.

Una proposta, in tal senso, è stata avanzata da alcuni paesi (Argentina, Australia, Brasile, Canada, Guatemala, Honduras, Paraguay e Stati Uniti) mediante una comunicazione alla World Trade Organization (WTO) al fine di elaborare un internazionale statement sulle biotecnologie di precisione che sia «[...] *non-binding on supporting countries but provides the necessary guidelines for preventing regulatory asymmetries and, in turn, potential trade disruption*» e che coordini «[...] *efforts to ensure that the regulatory approaches for these techniques, which include gene editing, are*

180 ROSSI P., SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Milano, UTET giuridica, 2015, pag. 152

scientifically based and internationally harmonized»¹⁸¹. L'obiettivo di tale statement è quello di incentivare una doverosa collaborazione tra gli Stati al fine di diminuire le distanze regolative tra le diverse varie discipline normative, al fine di evitare ingiustificate disparità di trattamento tra prodotti e limitazioni al commercio internazionale non necessarie, salvo il caso in cui sussistano evidenze scientifiche che ne sostengano la legittimità¹⁸². Seppur non vi siano ancora aggiornamenti sull'ufficialità dell'adozione dell'*international statement*, esso costituisce comunque un primo passo verso la possibilità di individuare una disciplina condivisa sulle nuove tecniche esaminate, visti i numerosi benefici che potrebbero apportare all'economia, all'agricoltura e al benessere della popolazione mondiale.

181 Difatti, si sottolinea come «*agricultural innovation has played an essential role in increasing yields and productivity in support of growing, prosperous civilizations. Innovations in precision biotechnology, such as gene editing, have brought the promise of major improvements in terms of the ease and precision of introducing desirable traits into agricultural organisms, as compared to other breeding methods. Farmers continually need to broaden access to new tools to improve productivity, plant and animal health, and environmentally sustainability, and need to help address global challenges such as climate change, pest and disease pressures, and the safety and security of worldwide food supplies, as well as meet consumer preferences and demands for healthier, higher quality foods at affordable prices. Government policies must continue to foster innovation, including in the public sector and by small and medium-sized enterprises (SMEs), and mitigate unintended, unnecessary barriers to the entry of agricultural products. [...] Precision biotechnology products have the potential to play a critical role in addressing the challenges facing agricultural production, including by contributing to increasing the supply of foods and other agricultural products, in a sustainable way*», in WORLD TRADE ORGANIZATION, *International Statement on Agricultural Applications of Precision Biotechnology. Communication from Argentina, Australia, Brazil, Canada, Guatemala, Honduras, Paraguay and the United States of America*, 30 ottobre 2018, reperibile in https://www.wto.org/english/news_e/news18_e/sps_01nov18_e.htm

182 «*[...] the undersigned governments acknowledge that [...] given the differences internationally in approaches used to assess agricultural biotechnology, due consideration should be exercised by governments to avoid arbitrary and unjustifiable distinctions between end products derived from precision biotechnology and similar end products obtained through other production methods; to ensure appropriate science- and risk-based approaches consistent with the protection of human, animal and plant health and the environment, due consideration should be given to available scientific and technical information when updating existing regulatory frameworks or applying these frameworks to products of precision biotechnology, and when using available flexibility within existing regulatory frameworks for agricultural products; regulatory approaches necessary to help ensure safety (of humans animals, plants, and the environment) in respect of products derived from precision biotechnology should be science- and risk-based, transparent, predictable, timely, and consistent with relevant international trade obligations; cooperative work by governments to minimize unnecessary barriers to trade related to the regulatory oversight of products of precision biotechnology, including the exploring of opportunities for regulatory and policy alignment, should be pursued where possible; this collaborative work should promote constructive dialogue with trading partners and agricultural stakeholders on potential trade issues related to precision biotechnology, so as to support open and fair trade and encourage research and innovation; public communication efforts can build trust in regulatory frameworks and improve the acceptability of future agricultural innovations that will help farmers address global challenges with a view to the production of abundant, safe and affordable food, feed, fibres, and energy in the 21st century*», in WORLD TRADE ORGANIZATION, *International Statement on Agricultural Applications of Precision Biotechnology. Communication from Argentina, Australia, Brazil, Canada, Guatemala, Honduras, Paraguay and the United States of America*, 30 ottobre 2018, reperibile in https://www.wto.org/english/news_e/news18_e/sps_01nov18_e.htm

VULNERABLE STATES, THREATENING MIGRANTS. THE PARADOXICAL END OF THE RIGHT TO ASYLUM.

Chiara Scissa*

Abstract. *Vulnerability has been associated both to humans and non-humans to describe their internal or external exposure to risk and damage, assuming distinctive substantial and methodological characteristics. Whereas ethics and feminist studies explored the inherent and contextual vulnerability of individuals, development and peace and conflict scholarship generated precise sets of indicators and criteria to qualify vulnerable States and measure their level of fragility. This contribution explores a recent trend, where the European Union and its Member States claim to be vulnerable to the threat posed by irregular migrants to hide their unwillingness to manage migration. The current migration "crisis" at the EU-Belarus border seems to prove that such a political manipulation of vulnerability might lead to the paradoxical end of the right to asylum, where States are allowed to derogate from human rights law to protect their borders against irregular migrants.*

Abstract. La vulnerabilità viene associata sia all'essere umano che al non-umano al fine di descrivere l'esposizione interna o esterna a rischi e danni, assumendo caratteristiche sostanziali e metodologiche differenti. Mentre gli studi femministi ed etici hanno esplorato la vulnerabilità inerente e contestuale degli individui, la dottrina sullo sviluppo e gli studi su pace e conflitto hanno generato precisi set di indicatori e criteri per qualificare gli Stati vulnerabili e misurare il loro livello di fragilità. Questo contributo esplora una tendenza recente in cui l'Unione Europea e i suoi Stati Membri si dichiarano vulnerabili alle minacce poste da migranti irregolari per nascondere la mancanza di volontà di gestire la migrazione. L'attuale "crisi" migratoria al confine tra UE e Bielorussia sembra dimostrare che tale manipolazione politica della vulnerabilità possa portare alla paradossale fine del diritto di asilo tale per cui gli Stati potrebbero derogare dal diritto dei diritti umani per proteggere i propri confini dai migranti irregolari.

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. Human vulnerability. - 3. Vulnerability and the non-human. - 3.1. The economic vulnerability of companies. - 3.2. Climate and environmental vulnerability of territorial areas. - 4. Precarious institutions and Vulnerable States. - 5. EU Member States vulnerable to the threat of irregular immigration: The EU-Belarus case. - 6. Conclusions.

9. Introduction.

*«To adopt a word and use it means not only to take it, so to say, ‘seriously’ but also to make a choice, to situate it within a discourse, and – with reference to the legal, institutional, political and social contexts – within a field of forces, needs, interests, expectations, normative frameworks».*¹

What would happen if you heard an expression associating two concepts, which have never been associated before? For instance, what happened when you first found out about robots and their emotions?² How did you feel when you first read about the rights of rivers, trees and rocks?³ I assume that some of you felt confused, others were eager to know more. Some others enquired about the implications of putting two opposed worlds together.

In this contribution, I bring an innovative example to the table, this one focusing on vulnerable States. As we will see, vulnerability has been widely explored in ancient and contemporary times as a quality inherent or contextual to human beings. However, vulnerability is a highly versatile concept, which has been applied also to non-human objects and entities. By analyzing the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU) on the matter, we will gather the main features, in terms of definition, methodology and criteria, at the core of the economic vulnerability of undertakings and the climate/environmental vulnerability of territorial areas within EU law. Finally, many fields of study – from development to peace and conflict studies, from security studies to international relations – focused on vulnerable or fragile States, namely those unable or unwilling to implement their core functions with regards to defend their borders and protect their own population. Recently, however, the Union and its Member States have been claiming their vulnerability to the threat of irregular immigration and reacted with restrictive and deterrence measures to safeguard their sovereignty. This new perspective comes with drastic repercussions for migrants and their rights. By illustrating the current migration “crisis” at the EU-Belarus border, this article argues that the EU’s political manipulation of vulnerability might lead to the paradoxical end of the right to asylum, where States are deemed vulnerable to the threat posed by migration flows and drastic human rights restrictions are justified to protect their borders from such an alleged menace.

¹ *PhD in Law at Sant’Anna School of Advanced Studies (Pisa, Italy). chiara.scissa@santannapisa.it My deepest gratitude to Prof. Francesca Biondi Dal Monte and Prof. Elena Vivaldi for their constant support.

T. Casadei, *La vulnerabilità in prospettiva critica*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, a cura di O. Giolo e B. Pastore, Carrocci Editore, 2018, p. 73. My translation from Italian.

² C. Schettini, *The Employment of Emotional AI in Healthcare*, in *The Yuan*, 18 January 2022, <https://www.the-yuan.com/213/The-Employment-of-Emotional-AI-in-Healthcare.html?fbclid=IwAR0ljz8dF9S-uoSbbyuz4QJUtsFqmQOAB5wWGotWLFg7cwZ6-CbqPvzjepA>.

³ Cyrus R. Vance Center for International Justice, Earth Law Center, *International Rivers, Rights of Rivers*, 2020, <https://3waryu2g9363hdvii1ci666p-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/sites/86/2020/09/Right-of-Rivers-Report-V3-Digital-compressed.pdf>; R. Nash, *Do Rocks Have Rights? Thoughts on Environmental Ethics*, in M. Mooney and F. Stuber (eds) *Small Comforts for Hard Times*, Columbia University Press, 1977.

10. Human vulnerability.

As accurately described by Marano, in the ancient Latin literature and philosophy, *vulnus* (name), *vulnerabilis* (adjective) and *vulnerare* (verb) were often used not only to refer to the physical wounds affecting the fragile human body, but they also defined defenseless animals and even address Jesus Christ.⁴

More specifically, Latin scholars used *vulnus* also to describe the wounds affecting the human soul, especially when one's love or life had been damaged.⁵

In the Aeneid, the term *vulnera* was associated to damage caused to trees or rocks, while in Ovid the apparatus of the *res publica* (namely the Roman provinces) was also considered vulnerable.⁶ In other words, in ancient times, vulnerability meant as fragility and exposition to danger could characterize the concrete flesh of human beings as much as animals, plants and lifeless objects, since all creatures, breathing or not, could be wounded, damaged, and broken. Interestingly, Marano suggests that, despite vulnerability permeated both the animated and inanimate world in the ancient literature and philosophical thought, the term was not found in Latin legal sources; a gap that, as we will see, has been filled over time.⁷

In our times, vulnerability has been investigated by many fields of study, ranging from philosophical to development studies, from law to climate science. Overall, although the concept has evolved since the I century B.C., it still commonly refers to the corporal fragility of the humankind, meaning the individual's organic propensity to disease and disability, and their inability to avoid an inescapable death.⁸ Part of the feminist scholarship reflects upon the ontological dimension of vulnerability, common to each human being «whose autonomy or dignity or integrity are capable of being threatened».⁹ Other approaches and underlying feminist theories of vulnerability have attempted to define the conditions of vulnerability of humans – being them single individuals, groups or communities. The leading law and society scholar Martha Albertson Fineman affirmed that vulnerability cannot be confined to particularly fragile groups or defenseless victims, as each human being is inevitably vulnerable to physical, psychological and emotional harm, despite our efforts to avoid pain and mitigate the impact of misery. Our limited capacity to shield us from suffering gives rise to our body's vulnerability.¹⁰ An alternative scholarship discourages the

4 G. Marano, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabilis, vulnus, vulnerare*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, op. cit., p. 14. Just to name a few, please see M.B. McCoy, *Wounded Heroes: Vulnerability as a Virtue in Ancient Greek Literature and Philosophy*, Oxford University Press, 2013; P. Acher, *Herodotus and the Vulnerability Ethic in Ancient Greece*, in *Arion. A Journal of Humanities and the Classics*, n.2.2012, pp. 55-99; S. Brill, *Violence and Vulnerability in Aeschylus' Suppliants*, in W. Wians (ed.), *Logos and Muthos: Philosophical Essays in Greek Literature*, State University of New York Press, 2009, pp. 161-80.

5 G. Marano, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabilis, vulnus, vulnerare*, op. cit., p. 22.

6 Id. For further reference, please see, L. Boccioni Palagi, *Vulnus alit venis et caeco carpitur igni (Verg. Aen. 4,2)*, in *Munus amicitiae. Scritti in memoria di Alessandro Ronconi*, parte I, Le Monnier, 1986, pp. 23-42.

7 G. Marano, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabilis, vulnus, vulnerare*, op. cit., p. 22. For further reference, please see, C. Di Giovine, *Il relegato e il nemico. Spunti di riflessione su alcune metafore in Ovidio, Trist. 3.11*, in *Rivista di filologia e di istruzione classica*, 2. 2006, pp. 165-76.

8 B. S. Turner (ed.), *Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania, 2006, p. 29.

9 W. Rogers, *Vulnerability and Bioethics*, in C. Mackenzie, W. Rogers, S. Dodds (eds), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014.

10 M.A. Fineman, *The vulnerable subject and the responsive state*, in *Emory Law Journal*, n.2.2010, pp. 251–275.

universal application of ontological vulnerability, as it risks universalizing some targeted individual factors of vulnerability at the expense of other less detected factors, ultimately making them invisible. Selective labelling would risk discriminating against the people it once sought to protect. Accordingly, «[t]he blanket application of the notion vulnerable populations undermines respect for individual autonomy, thereby opening up its own set of potential harms»¹¹. The taxonomy elaborated by McKenzie, Rogers and Dodds attempts to overcome these opposing scholarships by providing three different yet interconnected forms of vulnerability (inherent, situational and pathologic) affecting the individual, where both internal and external factors of vulnerability coexist. Since the end of the 20th century, vulnerability has been increasingly associated to migrants and international protection-seekers.

The increasing number of people on the move, in the aftermath of the fall of the USSR, the outbreak of the Yugoslavian war and the armed conflicts in Africa, drove the attention of scholars and of the international community to migrants in vulnerable situations, promoting *ad hoc* policies and legal frameworks to address compelling factors of migration and vulnerability.

According to OHCHR and the Global Migration Group, «migrants in vulnerable situations are thus persons who are unable effectively to enjoy their human rights, are at increased risk of violations and abuse and who, accordingly, are entitled to call on a duty bearer's heightened duty of care».¹² Their vulnerability may therefore arise in countries of origin, transit and destination, being a cause of migration or the result of precarious and unsafe conditions in the country of destination. The multiple forms of vulnerability that could be developed along the migration route are recognized in the 2016 New York Declaration on Migrants and Refugees as well as in the 2017 Draft Principles and Practical Guidance on the Protection of the Human Rights of Migrants in Vulnerable Situations within Large and/or Mixed Movement. Both include border management and return among the policies and practices that create or exacerbate migrant insecurity. Objective 7 of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration encourages States to address and reduce vulnerability at each stage of migration. Recently, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted an Action Plan for the Protection of Vulnerable Persons in the Context of Migration and Asylum (2021-2025) defining them as «persons found to have special needs after individual evaluation of their situation and are entitled to call on States' obligation to provide special protection and assistance. [...] it is for the national authorities, based on national legislation and international obligations, to effectively identify on a case-by-case basis the vulnerabilities [...]».¹³ Particularly relevant to the present discussion on vulnerability and migration is the interpretation given by the European Court of Human Rights (ECtHR) that has significantly contributed to shaping the collective conception of

¹¹ W. Rogers, *Vulnerability and Bioethics*, *op. cit.*, p. 69.

¹² OHCHR-Global Migration Group, *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*, 2018, <https://www.ohchr.org/en/issues/migration/pages/vulnerablesituations.aspx>

¹³ Committee of Ministers of the Council of Europe, Council of Europe Action Plan on Protecting Vulnerable Persons in the Context of Migration and Asylum in Europe (2021-2025), 1403rd meeting, CM(2021)67-final, 5 May 2021.

vulnerability. According to the interpretation of the judges in Strasbourg, vulnerability would characterize individuals not as such, contrary to the ontological vision, but as they are inserted in a disadvantageous social, institutional and historical context.¹⁴ In 2011, the Court recognized the category of international protection-seekers as a vulnerable group, along with Gypsies, disabled people, HIV-ill, and minors. In the landmark case *M.S.S. v. Belgium and Greece*, concerning the transfer of an Afghan international protection-seeker from Belgium to Greece under the Dublin II Regulation, the ECtHR took into account the fact that the claimant was particularly vulnerable because he belonged to an underprivileged group and because of «everything he had been through during his migration and the traumatic experiences he was likely to have endured previously».¹⁵ The condition of inherent vulnerability as an international protection-seeker is thus added to the harm caused by the Greek authorities in the reception camp. The severe deficiencies of the Greek asylum system – characterized by insufficient reception facilities, lack of access to the labour market and the excessive length of the examination of the international protection request – revealed the institutional context from which stemmed the vulnerability experienced by the Afghan man. In this case, the Court considered both the inherent vulnerability of international protection-seekers together with other factors, including the psychological damage associated with their precarious status in Greece, his total dependence on State institutions and the systemic deficiencies of the Greek asylum system. Unlike ancient times, where legal sources did not consider vulnerable factors, vulnerability is currently endorsed in legal and policy provisions, and it has been interpreted by judicial authorities both at the national and supranational level. Overall, however, these disciplines devoted little attention to vulnerability associated to inanimate objects or non-human entities, although greatly used both by scientists, politicians, and the public.

11. Vulnerability and the non-human.

Beyond human beings, vulnerability can refer to objects, environments, human beings, physical or legal subjects, which proves its high flexibility and adaptability. It could, for instance, be used to determine the seismic risk of buildings in a particular area as well as to label those territories exposed to climate change, environmental degradation and disasters. Plants, animals and ecosystems may be vulnerable to climate change too, as well as to pollution, rising temperatures and ocean acidification. Vulnerability also defines the exposure of local authorities to mafia infiltration.¹⁶ Nutritional vulnerability is measured as the probability of recording an increase in the rate of epidemics or mortality in relation to inadequate nutritional consumption. The following sections explore vulnerability associated to non-human objects, namely the economic vulnerability of undertakings, the environmental and climate vulnerability of territorial areas and the vulnerability of States in

14 L. Peroni, A. Timmer, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, op. cit., p. 1064.

15 ECtHR, *M.S.S. v Belgium and Greece*, n. 30696/09, 21 January 2011, para. 232.

16 M. Virgilio, *La vulnerabilità nelle fonti normative italiane e dell'Unione Europea: definizioni e contesti*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, op. cit., p. 161.

the context of EU law to gather some essential features of vulnerability when applied to non-human entities.

3.1. The economic vulnerability of companies.

While individuals' economic vulnerability represents the loss of well-being that can result from both internal and external shocks - such as risk mismanagement, sudden exposure to risk, loss of resilience, lack of support and/or barrier removal actions by family networks, services and public institutions – companies' economic vulnerability in the context of EU competition law is measured in terms of the influence that other firms can have on the performance and profit of other companies in the same market.¹⁷ Whereas the CJEU can play an active role in interpreting EU human rights law to evaluate the existence of a situation of human vulnerability by adopting a case-by-case analysis, in the market field the Court can only act as supervisor to ensure the proper functioning of the market. In order to safeguard the market's ability to self-regulate, the Court restricts the designation of vulnerable companies only to exceptional cases, where vulnerability can respectively figure as a determining factor for granting subsidies to fragile companies or for determining an abuse of dominant market position. As said, the CJEU qualifies a company as vulnerable in very few cases, for instance when its fragility in the market is due to a stagnant demand, under-utilization of capacity, job cuts, plant closures, uncompetitive low prices imposed by exporting producers in third countries that may jeopardize the natural competition of the market.¹⁸ The CJEU can also use vulnerability to evaluate the abuse of dominant market position, which would make a company too strong to be "vulnerable" to natural competition.

In *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*, for example, the Court considers the belonging to groups of companies operating throughout Europe and worldwide as a crucial element, along with the leading role that the Michelin group plays in the investment and research sector, as well as the special extent of its range of products.¹⁹

In *Hoffmann-La Roche & Co. AG.*, the Court named the elements to be considered to assess whether a company is less dependent and vulnerable to competition: «[...] the relationship between the market shares of the undertaking concerned and of its competitors, especially those of the next largest, the technological lead of an undertaking over its competitors, the existence of a highly developed sales network and the absence of potential competition are relevant factors, the first because it enables the competitive strength of the undertaking in question to be assessed, the second and third because they represent in themselves technical

17 G. Talamo, *Vulnerabilità ontologica e misurazione ex ante: un contributo dalla letteratura economica*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, op. cit., p. 221. Si veda, A. De Giuli, *Sul concetto di "vulnerabilità" secondo la Corte di Giustizia UE*, in *Diritto Penale e Uomo*, p. 11

18 Please see, CJEU, *Exécutif régional wallon and SA Glaverbel v Commission of the European Communities*, n. 62/87 and 72/87, 8 March 1988, para 17.

19 CJEU, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*, n. 322/81, 9 November 1983, para. 55

and commercial advantages and the fourth because it is the consequence of the existence of obstacles preventing new competitors from having access to the market».²⁰

As briefly outlined, in the case of economic vulnerability of undertakings, EU Treaties bind the Court of Justice to simply safeguard the natural competition. Companies' vulnerability is therefore relevant to assess whether a company is disproportionately exposed to external shocks or if it abuses of dominant position in the market. To do so, the Court examines the internal and external potential factors of vulnerability according to a set of specific criteria to be restrictively interpreted so to guarantee the self-regulating nature of the market. Therefore, in this field, the CJEU cannot play a flexible role in interpreting and applying vulnerability to the subject involved.

In the framework of the covid-19 pandemic, the economies of the Union and its Member States have been extremely hit. In the attempt to support EU Member States to tackle the negative effects of the health crisis on their economy, the European Commission allowed the Member States to derogate from the EU discipline on State aid and to adopt *ad hoc* measures to help small and medium undertakings facing the correlated shocks. In this context, scholars attempted to identify the core determinants of the economic risk linked to covid-19. As suggested by Noy et al, those determinants are not only the virus itself but also the exposure to it, meant as the direct losses and damages experienced by undertakings following lockdown measures, and the vulnerability of certain economic sectors to it.²¹ In this context, according to Ferri, vulnerability «is determined by a reduced liquidity arising from the decrease in demand due to the pandemic in combination with factors inherent in the way in which that sector is organised».²² Also in this case, therefore, vulnerability can be easily detected through specifically targeted criteria set out at the Union level. Extraordinary measures and derogation to ordinary rules are outlined in a specific legal framework adopted by the Commission and followed by the Member States.

3.2. Climate and environmental vulnerability of territorial areas.

The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) defines vulnerability as «the propensity or predisposition to be adversely affected. Vulnerability encompasses a variety of concepts and elements including sensitivity or susceptibility to harm and lack of capacity to cope and adapt».²³ In other words, the report explains that a highly vulnerable system would be a system that is very sensitive even to modest changes in climate, where “sensitive” means potential for

20 CJEU, Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. n. 85/76, 13 February 1979, para 48. Please see also, K. Piątkowska, Abuses of dominant position in the Commission's Guidance and the case-law of the Court of Justice and the General Court, 2014, <http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/51970>; A. De Giuli, Sul concetto di “vulnerabilità” secondo la Corte di Giustizia UE, op. cit.

21. Noy, N. Doan, B. Ferrarini, D. Park, *The economic risk from COVID-19 is not where COVID-19 is*, in *VOX CEPR Policy Portal*, 1 May 2020, <https://voxeu.org/article/economic-risk-covid-19-not-where-covid-19>.

22 D. Ferri, *The Role of EU State Aid Law as a “Risk Management Tool” in the COVID-19 Crisis*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 20.2020, p. 4.

23 IOM, *Migration, Environment and Climate Change: Evidence for Policy (MECLEP) Glossary*, 2015, p. 128, <https://publications.iom.int/books/migration-environment-and-climate-change-evidence-policy-meclep-glossary>.

harmful effects, and for which the ability to adapt is severely constrained.²⁴ The IPCC acknowledges the difficulty to distinguish between “key” and “dangerous” vulnerabilities to climate change. This type of vulnerability combines objective criteria – such as the scale, magnitude, timing and persistence of harm – as well as normative and subjective elements that, however, are influenced by the perception of risk, which depends on the cultural and social context.²⁵ The Fourth Assessment Report of the IPCC identifies seven criteria from the literature that may be used to identify key vulnerabilities: 1) magnitude of impacts, 2) timing of impacts, 3) persistence and reversibility of impacts, 4) likelihood (estimates of uncertainty) of impacts and vulnerabilities, and confidence in those estimates, 5) potential for adaptation, 6) distributional aspects of impacts and vulnerabilities, and 7) importance of the system(s) at risk. Referring to vulnerability to climate change is widely used both for animated subjects, such as humans and ecosystems, and for entities such as areas or entire countries exposed to its effects.

Pursuant to EU law, the CJEU relies upon two criteria for designating environmentally vulnerable areas: whether measures for the conservation of vulnerable species are into force and whether the soil of those areas are contaminated. According to Directive 91/676/EEC concerning the protection of waters against pollution caused by nitrates from agricultural sources, Member States shall designate vulnerable areas on their national territory and establish related action programs. In the context of environmental vulnerability, Member States enjoy wide discretion in identifying and managing the risk of water pollution. For its part, the Court has ruled that EU law can hardly provide a clear list of criteria to identify if and when nitrates can contribute to water pollution.²⁶ The CJEU can only require Member States’ full compliance with EU environmental law and, to that end, may request to the European Commission and to Non-Governmental Organizations the preparation of reports on the environmental impact of certain activities carried out by EU countries.

In December 2019, the European Commission launched its ambitious strategy to be the world’s first climate-neutral continent reaching by 2050. The European Green Deal presents the instruments to implement for this ecological transition to take place.²⁷ The Green Deal acknowledges that climate change will significantly impact

24 J. Adejuwon, C. Azar, W. Baethgen, C. Hope, R. Moss, N. Leary, R. Richels, J-P. van Ypersele, *Overview of Impacts, Adaptation, and Vulnerability to Climate Change*, IPCC report 2001, <https://www.ipcc.ch/report/ar3/wg2/chapter-1-overview-of-impacts-adaptation-and-vulnerability-to-climate-change/>.

25 IPCC Fourth Assessment Report on Climate Change-Working Group II, Impacts, Adaptation and Vulnerability, Ch. 19.2, 2007, <https://www.ipcc.ch/report/ar4/wg2/>.

26 TITJUR, Boehringer Ingelheim Vetmedica GmbH and C.H. Boehringer Sohn v Council of the European Union and Commission of the European Communities, n. T-125/96 and T-152/96, 1 December 1999 para 38.

27 Communication, A European Green Deal, COM(2019) 640 final of 11 December 2019

some EU regions and communities more than others. Vulnerability is used to describe those «[...] most exposed to the harmful effects of climate change and environmental degradation», highlighting the need for a just energy transition to protect vulnerable households as well as micro-enterprises and transport users. In its new EU Strategy on Adaptation to Climate Change, the Commission interchangeably defines people, planet and prosperity as vulnerable to climate change, without clarifying that vulnerability of humans might conceptually and concretely differ from vulnerability of the planet and nations' development.²⁸ It also does not refer to the criteria employed by the Court of Justice to assess the economic vulnerability of undertakings, thus substantiating the hypothesis that the Commission does not operate any distinction between human and non-human vulnerability and, consequently, does not treat them differently.

12. Precarious institutions and vulnerable States.

So far, we have explored different facets of vulnerability depending on the subject to which it refers.

We have seen that vulnerability applied to human beings requires a case-by-case analysis of both objective and subjective factors that might have an impact on the individual.

Exactly because each individual manifests different sources of vulnerability, at a different stage and intensity, human vulnerability cannot be confined in fixed definitions and criteria, as these would inevitably recognize some targeted factors of vulnerability and exclude others, thus exacerbating it rather than easing it. This is why a definition of vulnerability or vulnerable groups is absent from the relevant jurisprudence of the ECtHR and the CJEU and why scholars tend to agree that this is for the best.²⁹

Conversely, the analysis of relevant CJEU judgments revealed that vulnerability associated to companies and territories is subject to specific criteria and requirements that must be met to qualify as vulnerable and benefit from favorable standards. Although the same term is used, therefore, it is possible to pinpoint essential differences between human and non-human vulnerability, since diverse approaches, theories and criteria are employed. Sometimes, however, the scholarship may make these boundaries blurrier.

In his sociological study on human rights, Brian S. Turner argues that human rights, such as the right to life or health, have emerged and evolved as a «protective juridical shield» to our organic, biological vulnerabilities that we alone are unable to cope with.³⁰ As Turner puts it «We need social support and legal protection precisely because we cannot successfully respond to our vulnerability by individual acts undertaken in isolation. We need collective

28 Communication, *Forging a climate-resilient Europe - the new EU Strategy on Adaptation to Climate Change*, COM(2021) 82 final of 24 February 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0082&from=EN>.

29 E. Diciotti, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ars interpretandi*, n.2.2018; R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars interpretandi*, n.2.2018; S. Zullo, *Definire e Comprendere la Vulnerabilità sul Piano Normativo: Dalla Teoria al Metodo Critico?*, in *La Vulnerabilità come Metodo*, a cura di A. Furia e S. Zullo, Carrocci Editore, 2020.

30 B. S. Turner (ed.), *Vulnerability and Human Rights*, op. cit., p.29.

arrangements, including human rights protection».³¹ Hence, individuals have created social and political institutions to ensure human security and human rights protection. These institutions, however, would turn out to be imperfect themselves, inadequate and precarious just as much as the individual's life is, giving rise to the paradox that Turner calls «institutional precariousness».³²

The social, political and legal institutions that human communities have established to counteract their ontological vulnerability are themselves fragile and exposed to corruption, self-interest and greed. Social institutions fail to manage social change, political institutions are unable to protect the interests of individuals, and human rights law needs to be continuously reviewed in light of its misapplication and failures.³³ Turner recognises, therefore, that human rights can be a double-edged sword. On the one hand, people need a State to respond to the various causes of human vulnerability but, on the other hand, the State and its institutions often constitute the very cause of violations of individual's human rights, generating cases of pathogenic vulnerability. The human rights violations perpetrated by failed States are an emblematic example of such a vicious circle of vulnerability.

Indeed, “vulnerable States” or “fragile States”, preferred by development experts as well as in peace and conflict studies as opposing to “failed States”, have flourished since the ‘80s as conflict-torn developing countries started to be seen as a menace to international security, peace and order. These political rather than legal concepts define States that cannot or do not want to provide for the basic needs of their populations and control their sovereign territory.

Quantitative and qualitative scholarship found causes of State's weakness in external aggression, war and civil conflicts, weak institutions, corruption, systemic violations of human rights, economic collapse, among others. For their degree of fragility, until mid-2000s, these States were allowed to reduce their compliance with its international law obligations and

deserved a distinctive type and level of international support by donors.³⁴

Following the sociological perspective, some traditional features of vulnerability seem attachable also to fragile States. Indeed, internal and external factors can wound the “flesh and bones” of the State, meaning its population and territory.³⁵ Like individuals, States could be exposed to invasion, civil unrest, or misery. In my opinion, however, two elements allow to distinguish State's vulnerability, as intended in the development, and peace and conflict circle, from human vulnerability, as meant in ethics and feminist philosophy.

First, even in case of external factors of vulnerability exceeding the control of the State, such as external aggression, it cannot neglect its due diligence to comply with international human rights law. As pointed out by Berkes, Eurasian fragile States whose territory is in part controlled by a *de facto* external regime – i.e. Azerbaijan, Georgia, Ukraine, and the Republic of Moldova –, had resorted to unilateral declarations to exclude the application of a signed

31 Ivi., p. 10.

32 Ivi., p.31.

33 Ibidem.

34 A. Berkes, *Compliance of Territorially Fragile States With International Human Rights Law*, in *Revue québécoise de droit international*, 2021, p. 13, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3864406

35 C. Mackenzie, W. Rogers, S. Dodds (eds), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, op. cit., p.6.

human rights treaty to the region over which they lost control. Treaty monitoring bodies, however, rejected the admissibility of those territorial declarations and held that the State cannot arbitrarily and unilaterally renounce to its binding commitments. Therefore, such declarations do not have any legal effect.³⁶ Emblematically, in *Ilașcu and Others v. Moldova and Russia*, concerning applicants detained by *de facto* authorities in the unrecognized Transnistrian region in Moldova, the ECtHR acknowledged for the first time that a fragile State continues to have positive human rights obligations over all its territory, even if beyond its effective control.³⁷

Second, internal or external factors of vulnerability, if generated by or associated to the deliberate misconduct of the State, do not appear comparable to human vulnerability. Under Turner's institutional precariousness, institutions are fragile because, in one way or another, they privilege their interest over individuals'. In development scholarship, a vulnerable or fragile State is unable or unwilling to protect its own population. In the first case, we've seen that States cannot simply "give up" their duties and must protect human rights within their whole territory, regardless of whether some areas are no longer under their control. In the second case, a State that intentionally ignores its duty to protect its own population is openly violating its international obligations. Justifying these wrongdoings would result in neglecting the State's agency in these dynamics and its core responsibilities. Therefore, intentional misconduct perpetrated by the State or its institutions cannot, in my opinion, make them vulnerable as meant by the feminist scholarship. Although referring to the same concept, human vulnerability and State's vulnerability are triggered by different factors and different approaches are endorsed to detect them. As in the case of non-human vulnerability, also State's vulnerability is measured through a set of indicators, responds to specific criteria and methodology.

Vulnerable or fragile States have been widely explored in development, peace and conflict, diplomatic and security studies and have been particularly used in the political arena. Indexes, lists and indicators have been developed to map these countries and measure their level of fragility. As in the case of economic and climate vulnerability, quantitative elements and specific requirements are thus needed for a State to classify as vulnerable.

The US Agency for International Development (USAID) defines fragile States as those whose institutions lack political will or capacity to adequately fulfil its core functions, such as ensuring security and justice, respecting human rights, poverty reduction etc. Fragile States encompass "vulnerable States", which are «unable or unwilling to adequately assure the provision of security and basic services [...] and where the legitimacy of the government is in question», and States in crisis, affected by conflict or unable or incapable of controlling their territory or providing basic necessities, or without legitimacy to do so».³⁸

36 A. Berkes, *Compliance of Territorially Fragile States With International Human Rights Law*, op. cit., p. 6.

37 ECtHR, *Ilașcu and Others v Moldova and Russia*, n. 48787/99, 4 July 2001, para 331-335.

38 USAID, *Fragile States Strategy*, 2005, [https://www.oecd.org/dac/conflict-fragility-resilience/docs/38368714.pdf](https://gsdrc.org/document-library/fragile-states-strategy/#:~:text=USAID's%20fragile%20states%20strategy%20was,need%20for%20greater%20contextual%20understanding.&text=Identification%20of%20priorities%20that%20reflect,reform%20and%20capacity%20of%20institutions; OECD-DAC, <i>Principles for Good International Engagement in Fragile States & Situations</i>, 2007, <a href=).

USAID developed a fragility assessment framework where a pattern of fragility consists of three components, namely relationships between the State and society, outcomes produced by those relationships, and effectiveness or legitimacy.

Each part has country-specific outcomes that interact with the others, exacerbating or reducing State's fragility.³⁹ The UK Department for International Development (DFID) endorses a broader definition, in which «fragile states are countries where the government cannot or will not deliver its basic functions to the majority of its people, including the poor».⁴⁰ Emblematic examples of fragile countries are those conflict-torn as well as those under dictatorship or autocracy «where human rights are routinely abused».⁴¹ The OECD definition focuses on the protection of human rights and security: «States are fragile when state structures lack political will and/or capacity to provide the basic functions needed for poverty reduction, development and to safeguard the security and human rights of their populations».⁴² In brief, State's fragility is determined by a number of political, social, economic and environmental indicators. Similarly, the World Bank list of fragile and conflict-affected situations classifies fragile States according to four criteria: «a) the weakest institutional and policy environment; or b) the presence of a UN peacekeeping operation reflecting a decision by the international community that a significant investment is needed to maintain peace and stability there; or c) flight across borders of 2,000 or more per 100,000 population, who are internationally regarded as refugees in need of international protection, as this signals a major political or security crisis; or d) those that are not in medium- or high-intensity conflict, as such countries have gone beyond fragility».⁴³ Interestingly, the World Bank includes forced migration as a symptom of State's failure in complying to its basic responsibilities. The presence of refugees and internally-displaced persons (IDPs) is also relevant for the Fragile States Index developed by The Fund for Peace, where it «measures the pressure upon states caused by the forced displacement of large communities as a result of social, political, environmental or other causes, measuring displacement within countries, as well as refugee flows into others».⁴⁴ At the same time, however, DFID specified that «minor failures on human rights» are not enough to qualify a State as fragile, otherwise «[...] almost every country in the world would qualify as fragile. [...] the fragile states approach points to the problems of a particularly vulnerable subset of states».

This last passage is extremely relevant, as it stresses that State's fragility depends on an intertwined set of factors and that minor failures in complying with human rights are not enough to qualify as such. In other words, State's vulnerability cannot stem from one single factor, especially when this is occasional and manageable.

³⁹ Ivi, p. 3.

⁴⁰ DFID, *Global Issues: Fragile States*, 2010.

⁴¹ DFID, *Eliminating World Poverty: Building Our Common Future*, 2009, p. 69, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/229029/7656.pdf.

⁴² OECD–DAC, *Principles for Good International Engagement in Fragile States & Situations*, op. cit.

⁴³ World Bank, *Classification of Fragility and Conflict Situations for World Bank Group Engagement*, 2021, p. 2 <https://www.worldbank.org/en/topic/fragilityconflictviolence/brief/harmonized-list-of-fragile-situations>

⁴⁴ Index available at <https://fragilestatesindex.org/indicators/s2/>

It is my opinion, however, that Western leaders and mass media have over time manipulated the notion of vulnerability and unreflectively overlapped the different definitions, approaches and implications respectively at the core of human vulnerability in philosophical studies and of State's vulnerability in development studies. In this regard, Butler refers to the political manipulation of vulnerability by those who hold power and do not want to lose it: «In those instances, it is their privilege which has become 'vulnerable' to being undone by increasing demands for equality and freedom».⁴⁵

The precarious life felt by ontologically vulnerable individuals has been transposed to the precarious power held by States' elites.

The fear stemming from such a vulnerability leads State's power-holders to defend their dominant position against destabilizing threats. According to Butler, the violent reaction of the at-the-time US president George W. Bush in the aftermath of the collapse of the Twin Towers in New York, is an emblematic attempt to hide his country's «unbearable vulnerability» behind military aggression.⁴⁶ Similarly, during the 2002 consultations on the Draft Treaty establishing a Constitution for Europe, the issue of EU interstate solidarity was discussed in the context of migration inflows: «It is important, therefore, that we are able to offer assistance to Member States which, because of their geographical position, are particularly vulnerable to the threat of illegal immigration».⁴⁷ In this statement, irregular migration is clearly depicted as a threat to the security of States that, in light of their particular vulnerability, required solidarity and assistance from other Members. This statement illustrates that vulnerability, as intended in the philosophical debate, has been politically manipulated and applied to States. As a result, it connotes a radical shift from protecting vulnerable individuals to protecting the vulnerable State from threatening migrants.

Over the last decades, European leaders, fuelled by mass media, have explicitly or implicitly claimed their State's exposure to "unprecedented" and "massive" migration flows or even to migration "crises", which threatened not only their asylum system, but also the sovereignty of their nation and the integrity of their borders.⁴⁸

45 J. Butler, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, Routledge, New York, 2004, p. xi. Ivi, she mentions, for instance, the vulnerability of paternalistic institutions, which could be contested and dismantled, or the alleged vulnerability of colonial nations and their supposed right to attack and subjugate the colonies to defend themselves. Other concrete examples may include the fear felt by native workers in industrialized countries to lose their jobs because of the availability of cheaper workers coming from developing countries or the vulnerability felt by a white community in California to the arrival of black people.

46 Ivi, p. xi. See also, W. Tommasi, *Relazioni, dipendenza e vulnerabilità*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, op. cit., p. 106.

47 WD 022 - WG X - Comments by Baroness Scotland of Asthal and Mr Antti Peltomäki on the Working document 05, *Possible ways for the Working Group*, 20 November 2002, http://europeanconvention.europa.eu/EN/doc_wg/doc_wg2352.html?lang=EN, p. 11.

48 OHCHR, Press release: *Legal changes and climate of hatred threaten migrants' rights in Italy, say UN experts*, 21 November 2018, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23908&LangID=E>; Council of Europe Speech at the Seminar on the fight against racism, xenophobia, homophobia and transphobia, 25 July 2016, <https://www.coe.int/en/web/special-representative-secretary-general-migration-refugees/-/speech-at-the-seminar-on-the-fight-against-racism-xenophobia-homophobia-and-transphobia>; Visegrad Group, *Joint Statement on Migration*, 15 February 2016, <https://www.visegradgroup.eu/calendar/2016/joint-statement-on>.

Akin to the US, EU Member States reacted to the threat posed by irregular migration through deterrence and restrictive measures, this giving rise to the misperception that the State could be unable to manage migration flows. In other words, as fragile States cannot meet their basic responsibilities because exposed to factors of vulnerability, EU Member States claim their incapacity to manage migration because exposed to mass inflows.

The façade of vulnerability hides, however, the State's unwillingness to manage migration. As noted by Morawa, «[...] alleged vulnerability is sometimes nothing but a disguise of the fact that a state is in reality unwilling to change its practices in light of its human rights obligations [...]».⁴⁹

Emblematically, the Visegrad group (the Czech Republic, Hungary, Slovakia, and Poland) declared that «[...] uncontrolled mixed migration movements are a threat to the EU and Member States security. Concerned with the safety of our citizens, we agree that it is a threat that cannot be underestimated», urging for the protection of the Union's external borders and to stem the migratory flow.⁵⁰

After launching the New Pact on Migration and Asylum, six EU Member States called for continuing «exploring the possibility of establishing of regional disembarkation platforms outside the EU».⁵¹ In the following pages, I refer to the dramatic situation involving migrants stranded at the EU-Belarus border as emblematic example of State's alleged vulnerability to migration threats. It illustrates how the political manipulation of vulnerability by the Union and its Member States to a few thousand irregular migrants is exposing the latter to tragic violations of their human rights and might lead to the paradoxical end of the right to asylum.

5. EU Member States vulnerable to the threat of irregular immigration: The EU-Belarus case.

The relationship between the EU and Belarus has progressively deteriorated in 2020 when the former reacted to the fraudulent elections that took place in Belarus by imposing economic and financial sanctions as well as with visa restrictions. In summer 2021, the EU institutions accused the Belarussian government of instrumentalizing migrants to destabilize the Union as part of a strategy of hybrid attacks. As noted, «Minsk and Moscow know that one of Europe's biggest vulnerabilities is its visceral reaction to migration. This vulnerability, which was clear during the 2015 refugee crisis when the bloc was bitterly divided over giving security and shelter to refugees fleeing the war in Syria, has not been addressed».⁵²

In October 2021, twelve Member States – including Belarus' EU neighboring countries, Poland, Lithuania and Latvia – stated that «[...] all our external borders must be protected with maximum level of security. At the same time, our migration and asylum policy must be

49 A.H.E. Morawa, *Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law*, in *Journal of International Relations and Development*, n. 6.2003) p. 148.

50 Visegrad Group, *Joint Statement of V4 Interior Ministers on the Establishment of the Migration Crisis Response Mechanism*, 21 November 2016, <https://www.visegradgroup.eu/calendar/2016/joint-statement-of-v4>.

51 Non-paper, *Joint Position of Poland, Hungary, Slovakia, Czech Republic, Estonia, and Slovenia on the New Pact on Migration and Asylum*, <https://www.visegradgroup.eu/download.php?docID=457>

52 J. Dempsey, *Lukashenko Uses Migrants to Exploit Europe's Vulnerability*, 9 November 2021, <https://carnegieeurope.eu/strategieurope/85735>

abuse-resistant». ⁵³ To that end, they call for enhanced border management. In particular, with reference to reform of the Schengen Border Code proposed by the Commission in June 2021, the signatories encourage the Commission to include the possibility for the Member States to erect physical barriers for border control to effectively «prevent any threat to the Member States' internal security, public policy, public health and international relations» as provided by Recital 6.⁵⁴ In their opinion, «physical barrier appears to be an effective border protection measure that serves the interest of whole EU, not just Member States of first arrival», and their use should be funded by the EU.⁵⁵

The Union reported that, in 2021, the number of international protection claims increased up to a total of 10.769, meaning an increase of 414% for Latvia, 1050% for Lithuania and 493% for Poland compared to 2020, in addition to more than 15.000 migrants reportedly stranded in Belarus.⁵⁶ The majority came from conflict-torn countries, such as Iraq, Syria and Afghanistan. All three Member States declared the state of emergency and introduced emergency measures in their national immigration and asylum legislation.

There is a common *file rouge* characterizing the choice made by the three Member States in response to the Belarussian move. First, they all (unlawfully) limited the exercise of the right to asylum and resorted to illegal push-backs.

They imposed the rejection of all international protection claims of those who irregularly crossed, or attempted to cross, their border, banning the right to appeal. This practice has been condemned by the ECtHR multiple times. In *M.A. and Others v. Lithuania*, concerning the prohibition to entry the Lithuanian territory and the automatic expulsion of international protection-seekers back to Belarus, the Court found Lithuania responsible for violating Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR). In *M.K. and Others v Poland*, the ECtHR concluded that Belarus does not offer an adequate asylum and reception system.⁵⁷ Automatically expelling groups of migrants without an individual evaluation of their protection claim was found to be in violation of Article 4 Protocol 4 ECHR and Article 3 ECHR. The Court also concluded that the Polish Government had violated their right to an effective remedy under Article 13 ECHR and Article 34 ECHR; the latter because Poland did not implement the interim measures ordered by the Court in relation to the prohibition of the expulsion of third-country nationals to Belarus. Second, they all resorted to an indiscriminate

53 Joint letter, *Adaptation of the EU legal framework to new realities*, 7 October 2021 signed by Austria, Bulgaria, Cyprus, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Greece, Hungary, Lithuania, Latvia, Poland, Slovak Republic, 7 October 2021, https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2021/10/07/Joint-letter_Adaptation-of-EU-legal-framework-20211007.pdf?utm_source=POLITICO.EU&utm_campaign=78aac25596-EMAIL_CAMPAIGN_2021_10_08_04_59&utm_medium=email&utm_term=0_10959edeb5-78aac25596-190537903

54 Communication, *A strategy towards a fully functioning and resilient Schengen area*, COM(2021) 277 final of 2 June 2021.

55 Joint letter, *Adaptation of the EU legal framework to new realities*, op. cit.

56 See, Council of the European Union, Proposal for a COUNCIL DECISION on provisional emergency measures for the benefit of Latvia, Lithuania and Poland, n. 14692/21, 25 January 2022; Joint Communication, *responding to state-sponsored instrumentalisation of migrants at the EU external border*, JOIN(2021) 32 final of 23 November 2021 p. 2.

57 Ivi, para. 172-173.

use of force to deter arrivals. UNHCR expressed its deep concern regarding the unrestricted use of force that Latvia accorded to its police forces and border authorities, without limiting its use to a measure of last resort and only when justified, necessary and proportionate to the intended purpose, potentially leading to violations of the right to life and the prohibition of torture, inhuman and degrading treatment under the ECHR and the EU Charter. Third, all affected Member States used any other possible means to deter arrivals, from enforcing automatic detention to denying medical operators to provide first aid assistance to stranded migrants. Still, systematic push-backs and automatic returns to Belarus persist in disregard of EU and international asylum law, as repeatedly stated by the ECtHR and UNHCR, and of international human rights standards and customary norms, as pointed out by the UN.⁵⁸

The three Member States considered to be particularly exposed to unprecedented inflows of unwanted migrants, representing a threat to their national security and integrity. As a result, I argue that they felt vulnerable to the risks posed by irregular migration and resorted to aggressive, human rights-breaching national measures.⁵⁹ The derogation to human rights and asylum law was thus perceived as justified on the grounds that they allegedly could not, or did not want to, accept them, confirming Morawa's thought.

In addition, the Commission disseminated its, still pending, Council Decision proposal to implement emergency, temporary and exceptional measures to the benefit of Lithuania, Latvia and Poland in order to provide them with support in managing the "crisis" caused by the facilitation of irregular migration by the Belarussian regime.⁶⁰ Under the proposed Decision, the three Member States may 1) derogate from ordinary asylum procedures, insofar as they are allowed to extend the registration of international protection claims, apply the border procedure to all international protection-seekers, including children, and expanding the deadline within which to take a decision their admission in their territory; and 2) derogate from ordinary reception procedures. Lithuania, Latvia and Poland could provide different material reception conditions, provided that people's essential needs are nevertheless met. However, the Seimas Ombudsman found severe violations of international and EU human rights standards in the Lithuanian camps, where restrictions on migrants' freedom lasted for 40 days without adequate material reception conditions, including insufficient food, hygiene and healthcare, weather-appropriate clothing, footwear and the right to privacy; which equals to inhuman or degrading treatment.⁶¹

58 OHCHR, *Comment by UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet on the Belarus-Poland border situation*, 10 November 2021, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27791&LangID=E>

59 Reuters, *Polish PM draws link between London attack and EU migrant policy*, 23 March 2017, <https://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-poland-idUSKBN16U0TO>, where Polish Prime Minister Beata Szydło declared: «I hear in Europe very often: do not connect the migration policy with terrorism, but it is impossible not to connect them».

60 Commission, *Proposal for a Council Decision on provisional emergency measures for the benefit of Latvia, Lithuania and Poland*, COM(2021) 752 final of 1 December 2021.

61 Seimas Ombudsmen's Office of the Republic of Lithuania, *Report on ensuring human rights and freedoms in places of temporary accommodation of foreigners having crossed the border of the Republic of Lithuania with the Republic of Belarus*, 7 October 2021, http://hrmi.lt/wp-content/uploads/2021/10/E5339-Ataskaita_Migrantai_2021_RED_EN-1-2.pdf

Together with the proposed Council's decision, the Commission launched what has been called a «new asylum mini-package».⁶² This consists of a proposal for a Regulation for addressing situation of instrumentalisation in the field of migration and asylum (hereinafter, instrumentalization Regulation) and a proposal to amend the Schengen Border Code. The measures contained in the former are the same as appear in the Council Decision proposal of December 2021, thus formalizing the contradictory and human rights non-compliance character of the actions proposed. More into detail, the Commission states that the objective is to support the Member State facing a situation of instrumentalisation of migrants by creating a specific emergency migration and asylum management procedure, which would be added to the two emergency mechanisms in case of migration crisis and force majeure proposed in the framework of the New Pact. The Commission is therefore outlining an ordinary asylum and migration management mechanism and three extraordinary procedures «where the EU is under attack», in which derogation and enhanced interstate solidarity are required.⁶³

One could wonder the need of setting out three different mechanisms to respond to the same malfunctioning of one or more asylum systems by leveraging the same solutions. According to the proposed Regulation, a situation of instrumentalisation of migrants «may arise where a third country instigates irregular migratory flows into the Union by actively encouraging or facilitating the movement of third country nationals to the external borders, onto or from within its territory and then onwards to those external borders, where such actions are indicative of an intention of a third country to destabilise the Union or a Member State, where the nature of such actions is liable to put at risk essential State functions, including its territorial integrity, the maintenance of law and order or the safeguard of its national security».

Not only has the Commission failed to uphold the respect for migrant's rights in the regulation proposal, but it may be inconsistent with EU norms inasmuch as it attempts to make permanent the temporary provisions it proposed in December 2021 by virtue of Article 78.3 TFEU and which are still pending.⁶⁴

As for the Schengen Border Code revision proposal, the Commission endorses the same definition of migrant instrumentalization, enables the Member States to limit the number of border crossing points and requires them to intensify border surveillance, including with the help of the European Commission, to deal with this increasing threat, responding to those Member States that asked for clearer emergency guidelines.⁶⁵

Meanwhile, Ursula Von Der Leyen declared that the Commission aims to «ensure that migrants can be safely returned to their country of origin, with the support of their national

62 ECRE, *Editorial: Asylum Mini-Package: Derogations Through the Backdoor*, 21 January 2022, <https://ecre.org/asylum-mini-package-derogations-through-the-backdoor/>.

63 Communication, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of instrumentalisation in the field of migration and asylum*, COM(2021) 890 final of 14 December 2021, p. 3.

64 ECRE, *Editorial: Asylum Mini-Package: Derogations Through the Backdoor*, op cit.

65 Communication, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2016/399 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders*, COM(2021) 891 final of 14 December 2021.

authorities», while making no reference to migrants' evident need to international protection arisen in Belarus because of the inhuman and degrading treatment they have been exposed to.⁶⁶

What is happening at the EU-Belarus border is, in my opinion, the prelude of a paradoxical change, where States are allowed to permanently and easily derogate to human rights standards to protect their borders from their irregular arrival.⁶⁷ What emerges from this brief analysis of national and EU measures is a clear intention to safeguard the Member States in open disregard of State's international and EU obligations in the field of human rights. The Member States and the Commission seem to forget that the national interest must necessarily be balanced by the full respect of the human rights of migrants, as recently recalled by the ECtHR in *M.A. v. Denmark*. The State-centric vision of the Commission is evident in its own communications, where it reiterates that the Member States have been "forced" to adopt such emergency measures and it justifies their unlawful conduct in light of the ultimate aim of protecting their national security and territorial integrity.⁶⁸ Despite the objective increase in arrivals in these three countries, it is hard to believe that just over 10.000 people could jeopardize the stability of the asylum system of three developed Member States as well as constitute a real threat to their national sovereignty. The Union's myope justification to its Member States' grave human rights violations also passes through the statements of Ylva Johansson, EU Commissioner for Home Affairs. Enquired about the responsibilities of Poland in «destroying the phones of people, beating them up, dividing families, pushing back refugees», she replied that Poland was not to blame.⁶⁹ In her interview, the EU Commissioner links the tragedy happening at the border Belarus with the vulnerability of the EU: «I think we are vulnerable in two aspects. First, the lack of an agreement to deal with migration helps the narrative of migration being something toxic and difficult. And that is really what a regime like the Lukashenko regime are using. [...] the lack of an agreement makes us more vulnerable than we need to be».⁷⁰

66 European Commission, *Press release: Statement by President von der Leyen on the situation at the border between Poland and Belarus*, 8 November 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_5867

67 This conclusion could be equally inferred by analyzing the situation of migrants detained in Libya. Please see, L. Rodi, *Revocare il memorandum Italia-Libia*. *L'appello della società civile*, in *Altraeconomia*, 2 Febbraio 2022, <https://altreconomia.it/revocare-immediatamente-il-memorandum-italia-libia-lappello-della-societa-civile-a-governo-unhcr-e-oim/>

utm_source=sendinblue&utm_campaign=Newsletter_22022_Appello_Memorandum_ItaliaLibia&utm_medium=email

68 COM(2021) 752 final of 1 December 2021, *op. cit.*, p. 4,5,14.

69 Euronews, *Ylva Johansson "It's not really a migration crisis. It's a geopolitical crisis."*, 23 November 2021, <https://www.euronews.com/2021/11/23/ylva-johansson-it-s-not-really-a-migration-crisis-it-s-a-geopolitical-crisis>. She declared «No, I think it's important to understand who started all this, who is the one to blame as the Lukashenko. He's the one luring people into a very, very dangerous situation. So this is important to remember, but it's also important to remember that we are not Lukashenko, we are the European Union. Of course, we need to comply with other standards, and that's why I've been calling on the Polish government to be more transparent».

70 Id.

The Union's alleged vulnerability, according to Johansson, would rest in the absence of a coherent migration and asylum policy, exposing its Member States to migrant's instrumentalization.

In light of this gap, the Union reacted sharply, deploying existing and proposed measures to tackle this threat. In my view, this statement cannot be accepted. Although the New Pact on Migration and Asylum is under legislative scrutiny, the EU Treaties and the Common European Asylum System provide legal provisions concerning asylum and migration management, migrants' reception, transfer and protection procedures, as well as instruments to apply in the context of emergencies. The scope of the Temporary Protection Directive is to provide immediate protection and basic assistance to mass migrant movements at the border. Not only the Commission has not attempted to activate this instrument, but it aims to repeal it under the New Pact. Additionally, although the three affected Member States declared to be subject to unprecedented migration flows, the Commission did not opt for a mandatory relocation mechanism of international protection-seekers from Lithuania, Latvia and Poland to the rest of the EU, as occurred during the 2015 "refugee crisis" when Italy alone had to face the arrival of more than 116.000 third country-nationals. As the influx of 10.000 people in three Member States seems sufficient to call it a "migration crisis", to derogate from ordinary asylum norms, and to set out specific management mechanisms, the Commission should have called for EU Member States' solidarity through a swift and mandatory relocation process. The political division on migration and the lack of interstate solidarity cannot therefore justify the tragedy still ongoing at the external border.

6. Conclusions.

This contribution focused on States allegedly vulnerable to the threat posed by irregular migration and the grave repercussions for migrants' rights. We have seen that vulnerability is a flexible concept that has been used since ancient times both to describe human and non-human fragility. Vulnerability has been widely explored in bioethics and feminist literature as a quality inherent or contextual to human beings which cannot be crystallized in fixed definitions or criteria (section 1). Conversely, the economic vulnerability of companies (section 2) and the climate/environmental vulnerability of territorial areas (section 3) showed that non-human vulnerability is based on specific quantitative requirements and criteria. The analysis continued by analyzing vulnerability associated to States in the development, peace and conflict literature. In my view, internal and external factors of States' vulnerability, unwilling or unable to give effect to their core functions, can hardly be compared to the inherent and contextual vulnerability of individuals. States must always comply with their human rights obligations, even in case of aggression or conflict, and must be held responsible for their deliberate active or omissive misconduct. Although sharing the same concept, the four kinds of vulnerability examined in this contribution (i.e., individual vulnerability, economic vulnerability of undertakings, climate/environmental vulnerability of territories, vulnerability of States) differ in terms of definition, underlying theories and approaches, methodology, and nature of vulnerability factors.

Recently, however, Western leaders have manipulated vulnerability by unreflectively overlapping its features and implications respectively at the core of human vulnerability in philosophical studies and of State's vulnerability in development studies. In this regard, the EU stands out as emblematic example where vulnerability has been politically exploited by States' power-holders who fear to lose it in the face of destabilizing threats.

Akin to the US after 9/11, EU Member States reacted to the threat posed by irregular migration through aggressive and restrictive measures, this giving rise to the misperception that the State could be unable to manage migration "crises". I sought to demonstrate, however, that the presumption of State's vulnerability in the context of migration hides, in reality, the State's unwillingness to manage migration.

The dramatic situation involving migrants stranded at the EU-Belarus border illustrates the severe implications for migrants' life and rights of implying the State's vulnerability to migration threats. The emergency measures adopted at the national and EU level to tackle the "migration threat" were found to be unlawful by the ECtHR and raised severe concerns by UNHCR and NGOs.

The systematic push-backs to Belarus, the denial to exercise the right to asylum, the deliberate omission in providing aid, assistance and healthcare to people stranded at the border, automatic detention, and the legalized use of indiscriminate force are unlawful practices that undermine the whole EU project, based on democratic values and human rights-oriented objectives. The whole spectrum of human rights – the right to life, to dignity and integrity, to health and to family unit, among others –, is gravely threatened by this aggressive approach to migration.

It is therefore clear that the qualification of a State as vulnerable to irregular migration has to be handled carefully as it would entail a serious risk of a short-circuit in the EU migration and asylum policy, where unjustified compression of human rights would be justified to respond to pure national exigences, as the EU-Belarus case-study revealed. In this context, State's vulnerability to migration would not only harm third country-nationals, but also the other Member States. The Common European Asylum System can indeed properly function only if each national asylum system harmoniously coordinates with the others and if each country fulfils its obligations. Rejecting international protection-seekers implies a greater burden and responsibility upon other Union's States – in the EU-Belarus case, for instance, Germany has been accepting international protection-seekers originally entered in Poland – in violation of the principle of solidarity on which the EU migration and asylum policy must be based, pursuant to Article 67.2 and 80 TFEU.

What we are witnessing at the EU-Belarus border, and at the EU policy level in general, might be the prelude of the paradoxical shift from protecting vulnerable individuals to protecting vulnerable States from threatening migrants. Brought further, this new perspective could put a dramatic end to the EU right to asylum.

CONTRATTI PUBBLICI E CRITERI AMBIENTALI MINIMI

Giuseppe Franchina

Abstract

Il tema dei criteri ambientali minimi si lega, indissolubilmente, al principio di sostenibilità ambientale, che trova un positivo riconoscimento nell'ordinamento europeo. In Italia, i criteri ambientali minimi già previsti dal "vecchio" codice, con il "nuovo" codice dei contratti pubblici divengono una disciplina innovativa a tal punto da identificare il settore come strategico nel perseguimento della tutela dell'ambiente. I Cam sono disciplinati dall'art. 34 del codice dei contratti pubblici e dal Piano d'azione Nazionale, nel quale sono contenuti i requisiti minimi per le singole categorie merceologiche. I Cam sono oggetto di regolazione, anche, da parte dell'Anac, da ultimo investita nell'ambito del Green public Procurement, da un ruolo di monitoraggio e vigilanza sull'applicazione dei Cam stessi.

Abstract

The issue of minimum environmental criteria is inextricably linked to the principle of environmental sustainability, which finds a positive recognition in the European legal system. In Italy, the minimum environmental criteria are provided for by the "old" code and the "new" code of public contracts, through an innovative discipline to the point of identifying the sector as strategic in the pursuit of environmental protection. Therefore, the Cam are governed by art. 34 of the Code of Public Contracts and the National Action Plan, which contains the minimum requirements for the individual product categories. The CAM are subject to regulation, also, by the Anac, recently invested in the field of Green Public Procurement, by a monitoring and supervisory role on the application of the Cam themselves.

SOMMARIO: 1. Sostenibilità ambientale e innovazione. - 2. Gli obiettivi di sostenibilità ambientale nella UE. - 3. La sostenibilità ambientale nel codice dei contratti pubblici. - 4. Il piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione. - 5. Le linee guida Anac sui Cam. - 6. I Cam nella giurisprudenza amministrativa. - 7. Conclusioni.

1. Sostenibilità ambientale e innovazione.

Non è possibile occuparsi dei criteri ambientali minimi (CAM)¹ senza prima aver, opportunamente, ricondotto il tema al principio di sostenibilità ambientale².

1 Sul tema F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*; II; Milano, 2019, pp. 167 – 195.

2 Cfr. M. L. Antonioli, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Torino, 2016; Cfr. S. Ferlito, *L'ecologia come paradigma delle scienze sociali*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, vol. 2. N. 21 (2020), pp. 51 e ss.

Il principio trova, anzitutto, un positivo riconoscimento nell'ordinamento europeo giacché sia l'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea, che gli artt. 7 e 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea ne fanno esplicita menzione³.

In generale, è possibile sostenere come la opportunità di trovare e garantire un equilibrio, sistematico, tra le dimensioni economiche, sociali ed ambientali appare, oramai, una esigenza che pervade la dimensione giuridica⁴.

La sostenibilità⁵ improntata al rispetto della persona umana, della società e dell'ambiente⁶ si lega, fuor di dubbio, alle politiche di innovazione che permeano, anch'esse, l'amministrazione pubblica.

Si è sostenuto che "nell'ambito delle vicende proprie alla pubblica amministrazione il concetto di innovazione, anche nella sua stessa dimensione finalistica, intraprende a essere oggetto di considerazione. Talvolta lo si ritrova correlato ad altre attività o ad altri principi, come quello di sostenibilità ambientale, ed è in questi contesti che l'innovazione come principio giuridico manifesta le sue potenzialità e la sua natura trasversale. Sono ormai numerosi i documenti normativi

3 M. Francaviglia, *Le ricadute costituzionali del principio di sostenibilità a dieci anni dal trattato di Lisbona. Spunti ricostruttivi alla luce della giurisprudenza europea e costituzionale*, in focus "I dieci anni dal Trattato di Lisbona", n. 17, Federalismi, 2020, p. 62: "In primo luogo, occorre richiamare l'art. 3 TUE, ai sensi del quale, l'Unione "si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente"; e l'art. 5 TUE, ai sensi del quale l'Unione, nelle relazioni con il resto del mondo, "contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra". Da queste disposizioni, infatti, emerge la centralità della sostenibilità rispetto all'azione europea: essa, quale carattere indefettibile dello sviluppo perseguito dall'Unione, viene intesa come sinonimo in grado di compendiare e assorbire al suo interno tutti i macro-obiettivi di una crescita equilibrata, della stabilità dei prezzi, dell'economia sociale di mercato, del progresso sociale e della tutela ambientale. I testi, peraltro, rivelano come l'accezione di sostenibilità sia ampia, non limitandosi alle note questioni ambientali, ma proiettandosi anche sui temi economici e sociali. La sostenibilità viene, poi, invocata in relazione all'ambiente dall'art. 11 TFUE, ai sensi del quale "le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile". Una disposizione, si noti incidentalmente, di cui oggi è possibile vedere gli sviluppi e il recepimento a livello nazionale con il c.d. green public procurement: in questo caso, secondo quanto ricostruito nel paragrafo precedente, la sostenibilità è divenuto un principio caratterizzante l'organizzazione e il *modus agendi* della pubblica amministrazione nel settore degli acquisti pubblici –tramite l'obbligo di rispettare nei documenti di gara i cc.dd. criteri ambientali minimi stabiliti da apposito decreto ministeriale–, con la finalità di tutelare l'ambiente a beneficio anche delle generazioni future. Merita, poi, richiamare l'art. 140, TFUE che menziona "la sostenibilità della situazione della finanza pubblica" tra i criteri in ordine ai quali "la Commissione e la Banca centrale europea riferiscono al Consiglio sui progressi compiuti dagli Stati membri con deroga nell'adempimento degli obblighi relativi alla realizzazione dell'Unione economica e monetaria".

4 Cfr. G. F. Licata, *Public procurement and sustainability: wto rules, general principles and the practice of State's autonomy*, in *AmbienteDiritto.it*, 2/2021, pp. 1 e ss.

5 Cfr. D. Porena, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, in *Studi di Federalismi.it*, Torino, 2017, in particolare pp. 269 e ss.

6 Cfr. A. Galletti, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto ambientale dell'Unione Europea*, in *Rivista della Cooperazione giuridica Internazionale*, n. 62 del 2019, pp. 114-122; Cfr. D. Porena, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017; Id, *Il "rango" del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2016, pp. 1 e ss.

che prendono (finalisticamente) in considerazione l'innovazione nell'ambito della pubblica amministrazione, definendone contesti e modalità d'intervento"⁷.

Tali considerazioni sono state approfondite dalla dottrina ⁸ che ha analizzato le diverse accezioni ed i vari ambiti di applicazione con particolare riferimento al settore dei contratti pubblici, nel quale la sostenibilità, quale espressione giuridica, appare ancillare all'innovazione, integrando l'uno la piena realizzazione dell'altro.

Se ne deduce di conseguenza "come l'acquisizione di beni e servizi innovativi da parte della pubblica amministrazione non riscontra semplicemente singoli fabbisogni, e perciò non esclusivamente a questi si correla, ma si caratterizza anche come vero e proprio strumento di *policy*, idoneo a supportare anche scopi ulteriori (c.d. "secondari"), tra cui la sostenibilità e la tutela ambientale"⁹.

Sostenibilità ed innovazione addivengono i presupposti, culturali¹⁰ e giuridici, fondamentali per una politica di sviluppo e di costruzione di un nuovo metodo di perseguimento, effettivo, degli interessi pubblici, nazionali ed europei¹¹.

Papa Francesco, nell'Enciclica "*Fratelli Tutti*" prospetta un'economia che rispetti l'uomo e l'ambiente; un'economia che non prevalga su ogni cosa, che non prevalga sulla politica e sull'etica: "*spesso le voci che si levano a difesa dell'ambiente sono messe a tacere o ridicolizzate, ammantando di razionalità quelli che sono solo interessi particolari*" [...] *l'attuale sistema economico è insostenibile. Siamo di fronte all'imperativo di ripensare molte cose: come produciamo, come consumiamo, pensare alla nostra cultura dello spreco, la visione a breve termine, lo sfruttamento dei poveri, l'indifferenza verso di loro, l'aumento delle disuguaglianze e la dipendenza da fonti energetiche dannose. [...] Una sostituzione progressiva, ma senza indugio, dei combustibili fossili con fonti energetiche pulite. Abbiamo pochi anni, gli scienziati calcolano approssimativamente meno di trenta, per ridurre drasticamente le emissioni di gas a effetto serra nell'atmosfera...*"¹².

7 G.F. Licata in S. Licciardello, *Diritto amministrativo*, Le Monnier Firenze, 2020, p. 99.

8 B. Pastore, *Tecnologie emergenti, incertezza della scienza, regolamentazione giuridica*, in in *Teoria e critica della ragione sociale*, vol. 2, n. 17 (2018), pp. 109 e ss.

9 G. F. Licata, *I contratti pubblici come strumento di promozione dell'innovazione*, in *I contratti pubblici: La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, (a cura di) A. Maltoni, 2020, p. 218.

10 Per un approfondimento Cfr. U. Galimberti, *Heidegger e il nuovo inizio. Il pensiero al tramonto dell'Occidente*, Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano – ottobre 2020, pp. 36, 37; G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I, Considerazioni sull'anima nell'epoca della rivoluzione industriale, Bollati Boringhieri, Torino 2003, pag. 294; M. Recalcati, *Il gesto di Caino*, edito da Einaudi 2020, pagg 12 e 13.

11 Vedi le linee di politica energetica Ue 2020 già delineate nel 2008 dallo Strategic Energy Technology (SET) Plan; inoltre vedi i Programmi quadro di ricerca 7° PQ e successivamente Horizon 2020; in particolare vedi the Second Report on the State of the Energy Union, Annex "The Energy Union's five dimensions: policy observations at Member State and EU level", COM(2017) 53 final; sul piano teorico Cfr. F. Bettini, O. Amerighi, B. Burchi, P. Buttol, *A methodological approach to life cycle costing of an innovative technology: from pilot plant to industrial scale*, in *Proceedings of 2nd DIRE meeting on What is sustainable technology? The role of life cyclebased methods in addressing the challenges of sustainability assessment of technologies*, 2012.

12 Cfr. V. Pepe, L. Colella, *Prospettive di cambiamento*, (a cura di), *Saggi di diritto ambientale italiano e comparato*, Cap. II, "La Chiesa Cattolica e la questione ambientale", pp. 52 e ss.

Emerge, così, una profonda necessità di rimeditazione del metodo di analisi dei bisogni attuali in una dimensione di sapere giuridico, strutturalmente, estraneo a divisioni di per sé, da tempo, oramai superate; e ciò al fine di cogliere in maniera trasversale le forme e gli strumenti, di intervento dei vari settori di riferimento del diritto sul tema della tutela dell'ambiente¹³ e ricondurle al principio di sostenibilità, rappresentandone declinazioni. Contribuendo ad un equilibrio tra economia e società, favorendo un dialogo circolare, dalla sostenibilità e dalla innovazione, come vincoli assiologicamente, orientati alla crescita economica.

Evocare una regolazione circolare forte sembra “potersi trasferire al più generale rapporto tra economia, ambiente e diritto allo sviluppo, per poi ricongiungersi ad una riflessione conclusiva sulla economia circolare”¹⁴.

La crescita economica, di per sé, può avere un negativo impatto sull'ambiente giacché (storicamente) è risaputo, a partire dalla rivoluzione industriale sino alle politiche attuali, che la relazione tra mercato e progresso tecnologico ha avuto una incidenza negativa sull'ambiente.

Questo è dovuto “al fatto che i costi ambientali della attività economica non sono stati rivelati come costi nelle transazioni di mercato, sono cioè dei costi che riflettono esternalità negative. A chi produce o consuma, e nel far questo inquina, il mercato non fa pagare i costi dell'inquinamento”¹⁵.

L'economia circolare mediante la sostenibilità rappresenta invece il metodo di influenza sulle politiche ecologiche nel momento in cui si assumono le risorse dall'ambiente per restituirle all'ambiente stesso.

Un ambito di applicazione è quello dei contratti pubblici attraverso i criteri ambientali minimi di cui all'art. 34 del dlgs n. 50 del 2016, smi.

2. Gli obiettivi di sostenibilità ambientale nella UE.

13 Vedi sul tema F. De Leonardis, *Economia circolare (diritto pubblico)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche - VIII aggiornamento*; pp. 161 – 183; M. Frey, *Genesi ed evoluzione dell'economia circolare*, in *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, (a cura di) G. Rossi – M. Monteduro, Torino, 2020, p. 21 e ss.; F. De Leonardis, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, p. 25 e ss.; Cfr. M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Franco Angeli, 2020, p. 23: “La collocazione del nuovo modello di sviluppo nel contesto della politica industriale, anziché unicamente all'interno della politica della tutela ambientale, appare assai evidente in una prospettiva comparata. Non a caso lo stesso modello assume, negli Usa, la qualificazione di “*industrial ecology*” e di “*industrial simbiosi*” che ne caratterizza, anche in seno lessicale, il ruolo di strumento di politica industriale più che unicamente di tutela ambientale”; vedi pure C. Imbenbo, recensione al volume di M. Cocconi, in *giustamm*, Aprile 2021.

14 E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, anno 65, n. 98, (1 2018), p. 526; Cfr. G. Rossi, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente, per lo sviluppo*, in *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, cit., p. 3 e ss.

15 Cfr. Intervista di G. Borrelli al Prof. I. Mosu, in *Energia, ambiente e innovazione*, Enea Magazine, n. 1 del 2018, p. 6.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee sin dalla sentenza *Beentjes* (*Gebroeders Beentjes BV v. State of the Netherlands*, CGUE n. C-31/87, del 20 settembre 1988) si è espressa sull'ammissibilità di criteri non strettamente economici ai fini dell'aggiudicazione, sostenendo che la presenza di una clausola volta a contrastare il basso livello occupazionale non fosse incompatibile con le direttive comunitarie¹⁶.

Successivamente, la Corte di Giustizia riconosce la possibilità per una amministrazione pubblica di prevedere, in una gara di appalto, la introduzione di criteri di tutela ambientale ai fini della aggiudicazione della gara medesima¹⁷.

Con la sentenza della Corte di Giustizia *Concordia Bus Finland Oy Ab*, del 2002, si concorre, ancor meglio, alla definizione della consistenza e del campo di applicazione dei criteri ambientali minimi¹⁸. Apparendo necessario, in primo luogo, creare un collegamento dei CAM stessi con l'oggetto della gara (da prevedersi, esplicitamente, nel capitolato e nel bando, quindi nella documentazione tecnica) ed, in secondo luogo, occorre garantirne l'inserimento nel pieno rispetto di tutti i principi comunitari generali e di settore.

Con la sentenza *ENV-AG*, del 2003, la Corte sostiene che "le amministrazioni aggiudicatrici possono non solo scegliere liberamente i criteri d'aggiudicazione dell'appalto, ma anche stabilire la ponderazione di questi ultimi, purché tale ponderazione consenta una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa"¹⁹.

Infine, la Corte sul caso *Max Havelaar* (*Commission v. Kingdom of the Netherlands*, CGUE n. C-368/10 del 10 maggio 2012) ammette la possibilità di inserire nel bando di gara criteri inerenti a un particolare metodo di produzione o di distribuzione del bene o servizio oggetto della gara d'appalto. Non può poi disconoscersi il contributo che al tema viene pure dato dalla Commissione Europea²⁰.

16 Richiamando il caso *Beentjes*, la CGUE (*Commission v. France*, CGUE n. C-225/98 del 26 settembre 2000) ha ammesso la possibilità di inserire criteri di natura sociale (per contrastare la disoccupazione) nei bandi di gara.

17 Sentenza Corte di Giustizia delle Comunità Europee *Commissione c. Germania* (C-318/94, 28.03.1996).

18 Sentenza Corte di Giustizia delle Comunità Europee *Concordia Bus Finland Oy Ab* (C-513/99, 17.09.2002).

19 Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee *ENV AG* (C-448/01, 04.12.2003).

20 Vedi il sesto programma di azione per l'ambiente della Comunità europea, *Ambiente 2010: «il nostro futuro, la nostra scelta»*; la Comunicazione «Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile»; la Comunicazione: «Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici»; vedi pure Comunicazione della Commissione, 20 settembre 2000, COM (2000) 576, *Conciliare bisogni e responsabilità. L'integrazione delle questioni ambientali nella politica economica*; Comunicazione della Commissione, 7 febbraio 2001, COM (2001) 68: *Libro verde sulla politica integrata dei prodotti*; Comunicazione COM (2001) 31, del 24 gennaio 2001; Sesto programma di azione per l'ambiente della Comunità europea, *Ambiente 2010: «il nostro futuro, la nostra scelta»*; Comunicazione COM (2001) 264, del 15 maggio 2001; «Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile»; Comunicazione COM (2001) 274, del 4 luglio 2001: «Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici»; in materia vedi M. Antonioli, *Comunicazioni della commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, 2000; Cfr. P. B. Coret - N. Poubaix, *La*

Già con il Libro Verde (1996) si pongono le basi per l'idea (generale) secondo la quale il perseguimento di un'effettiva azione di tutela ambientale può essere raggiunta per il tramite della disciplina giuridica degli appalti²¹.

In seguito, è il Libro Bianco sugli appalti pubblici nell'Unione europea (1998) a consolidare l'idea stessa della piena legittimità della previsione di criteri ambientali minimi nella disciplina degli appalti, precisando, altresì, la possibilità di inserire determinati valori ecologici, di introdurre criteri ambientali in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, di escludere i soggetti condannati in via definitiva per reati ambientali²².

Gli appalti pubblici divengono "uno strumento mediante il quale non si soddisfa più esclusivamente l'interesse pubblico ad un mercato efficiente e concorrenziale, bensì uno strumento attraverso il quale si perseguono obiettivi di sviluppo sostenibile di più ampia portata, quale quelli ambientali e sociali"²³.

La disciplina degli appalti viene considerata, pertanto, come una disciplina giuridica strategica per il perseguimento della tutela ambientale purchè ciò avvenga nel pieno rispetto dei principi di concorrenza e di non discriminazione²⁴. Le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE prevedono la possibilità di inserire criteri non strettamente economici (tra cui quelli ambientali) nelle procedure di gara pubblica²⁵.

Le Direttive si spingono al punto da tradurre in misure concrete il diritto di tutela dell'ambiente, indicando criteri, stringenti, come per le eco-etichettature²⁶, per sistemi

communication interprétative de la Commission européenne relative à l'intégration des exigences environnementales dans le droit des marchés publics, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 3/2001, p. 731 à 766.

21 Comunicazione COM (1996) 583 def., del 27 novembre 1996; Libro Verde, in particolare pp. 44-46.

22 Comunicazione COM (1998) 143 def, dell'11 marzo 1998; Libro Bianco. Gli appalti pubblici nell'Unione europea, in particolare prg. 4.

23 A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in "Il diritto dell'economia", vol. 31, n. 95 (1-2018), p. 180; F. De Leonardis, *Green public procurement: from Recommendation to Obligation*, in *International Journal of Public Administration*, 2011, 34.

24 Sulla prevalenza del criterio economico vedi P. Sue Arrowsmith, *The Law of public and utilities procurement*, Sweet and Maxwell, 2014; In giurisprudenza viceversa sono ormai numerose le sentenze della Corte di giustizia secondo cui nel conflitto tra libera concorrenza e libera circolazione delle merci, da un lato, e tutela ambientale, dall'altro, si debba accordare tendenziale preferenza a quest'ultimo valore (cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 23 ottobre 2011, C-510/99; sentenza del 14 luglio 1998, C-389/96; sentenza del 7 febbraio 1985, C-240/83). Riguardo, invece, l'emersione dell'interesse ambientale nei Trattati, si veda infra, in dottrina si veda: G. Rossi, *Diritto dell'Ambiente*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 30 ss.

25 Per approfondimenti sul punto con riferimento alla vecchia normativa cfr. M. Brocca, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urb. app.*, 2003; M.S. Sabbatini, *Le direttive CE 2004/17 e 2004/18 in tema di appalti pubblici, concessioni e «grandi opere»: un riordino «in itinere»*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, 335 ss.; con riferimento, invece, alla nuova normativa cfr. L. Bimbi, *Appalti verdi: i criteri di aggiudicazione e il costo della vita nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.neldiritto.it*, 2016; P. E. Hasselgard, *The Use of Tender Procedures to Exclude State Aid: the situation under the Eu 2014 public procurement directives*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, Vol. 12, No. 1 (2017), pp. 16-28 (13 pages), Lexxion Verlagsgesellschaft mbH.

26 Considerando 29, art. 23 ed Allegato VI Direttiva 2004/18/CE.

di gestione ambientale²⁷, per criteri di esclusione in caso di reati ambientali accertati con sentenza passata in giudicato²⁸.

Infine, è stata riconosciuta la possibilità, a condizione di una specifica menzione nel bando che nel capitolato, e, quindi, nella documentazione tecnica strumentale al procedimento, di criteri ambientali minimi; e ciò è possibile anche in sede di esecuzione dell'appalto. Quindi sia in fase di progettazione che di esecuzione²⁹.

La continua evoluzione fin qui delineata prende ulteriore corpo, normativo, nelle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE³⁰. In particolare, la direttiva n. 24 c.d. "appalti" contiene, innumerevoli, innovazioni ambientali, soprattutto ribadendo l'effettività nell'ordinamento giuridico europeo delle politiche ecologiche previste, già, dal Trattato di Maastricht (attuale art. 11 TFUE). In specie, il considerando n. 91 stabilisce che "nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile". Parimenti, il considerando n. 41 specifica che "Nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali o altre misure ambientali in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE".

E' la fase di aggiudicazione dell'appalto che registra una delle novità più rilevanti; il criterio fondamentale per l'affermazione dell'economicità della prestazione cambia, non essendo più il "prezzo", ma identificandosi con il "costo del ciclo di vita"³¹.

A tal proposito l'art. 2, comma 1, n. 20 riconduce quest'ultimo concetto a "tutte le fasi consecutive e/o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione".

Il considerando 96 della direttiva sostiene che il concetto di "costo del ciclo di vita" comprende "tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture o dei servizi. Il concetto abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di

27 Considerando 44, art. 48, par. 2, lett. f, e art. 50 Direttiva 2004/18/CE.

28 Considerando 43 Direttiva 2004/18/CE; Cfr. D. Dragos - B. Neamtu, *Sustainable Public Procurement: Life cycles costing, in the new Eu directive proposal*, European Procurement & Public Private Partnership Law Review, Vol. 8, No. 1, Special Issue: Sustainable Procurement (2013), pp. 19-30 (12 pages), Lexxion Verlagsgesellschaft mbH.

29 A. Cicchinelli, *L'esecuzione dei contratti e la tutela dell'ambiente*, in www.giustamm.it, n. 2/2016;

30 Rispettivamente Direttiva 26 febbraio 2014/23/UE – Concessioni; Direttiva 26 febbraio 2014/24/UE – Appalti; Direttiva 26 febbraio 2014/25/UE – Settori esclusi.

31 E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?* Napoli, 2021, in particolare p. 234.

smaltimento finale ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali³².

Con riguardo al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'art. 67, pr. 2, direttiva n. 24 si sostiene che questa è determinata "sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita [...] e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione"³³. L'art. 68 della Direttiva individua gli elementi essenziali del "ciclo di vita" tra cui «i) costi relativi all'acquisizione; ii) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse; iii) costi di manutenzione; iv) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta e di riciclaggio; b) esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, a condizione che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato».

Se le prime sentenze della Corte di Giustizia ponevano un necessario collegamento dei CAM con l'oggetto della gara di appalto adesso la previsione di criteri ambientali si riferisce alle fasi del suo ciclo di vita³⁴.

Si elabora un nuovo principio di stretta connessione: "per un'altra fase del loro ciclo di vita anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all'oggetto dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi" (art. 68).

3. La sostenibilità ambientale nel codice dei contratti pubblici.

Il vecchio codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163 del 2006, aveva già recepito le istanze verdi contenute nelle direttive europee, menzionandole tra i principi fondativi della disciplina del settore³⁵.

32 Vedi L. De Pauli, *I costi del ciclo di vita nel nuovo codice degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, 6 del 2016, p. 625.

33 Vedi L. De Pauli, *I costi del ciclo di vita nel nuovo codice degli appalti*, cit. p. 626; vedi pure C. Lamberti, S. Villamena, *Nuove direttive appalti: sistemi di selezioni e criteri di aggiudicazione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2015, pp. 881 e ss.

34 F. De Leonardis, *Norme di gestione ambientale*, in *L'amministrativista*, Milano, 2020, pp. 1 – 20; Id., *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell'economia circolare*, in *Studi in tema di economia circolare*; Macerata, 2019, pp. 11 – 37; F. Fracchia- S. Vernile, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo sostenibile*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 2 del 2020, in particolare pp. 15 ss; G. Fidone – F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel codice dei contratti pubblici*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 3 del 2016, pp. 8-9; A. Farì, F. Lombardo, *I criteri ambientali nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Diritto e Pratica Amministrativa*, 2013, pp. 9 e ss.; M. Pennasilico, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, *Rassegna di diritto civile*, xxxv, 3/2014, pp. 762-763; B. Pogage, *I criteri ambientali negli appalti pubblici: dalle prime pronunce della Corte di Giustizia negli alla nuova direttiva 2004/18*, in *Urb. app.*, 2004, 12, pp. 12 e ss.; E. Bellomo, *Appalti verdi in urbanistica ed edilizia: i criteri ambientali minimi*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1/2020, 2, pp. 143-160; I. Grigout, *Profili di rilevanza ambientale nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Giustamm*, Marzo 2021.

35 G. Fidone – F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel codice dei contratti pubblici*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, cit. p. 23: "Di conseguenza tali disposizioni finivano con l'essere male attuate; ad esempio

Il riferimento è all'art. 2 del Codice, che dettava i principi della materia, tanto per la fase dell'affidamento, quanto per quella dell'esecuzione del contratto pubblico, prevedendo al comma 2 che «il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile». Pertanto, nei casi e nei limiti previsti dallo stesso codice, il principio di economicità può essere subordinato alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile³⁶.

Il nuovo codice degli appalti³⁷, d.lgs. n. 50 del 2016, si occupa in diverse disposizioni della tutela ambientale, secondo alcuni “in modi diversi non riconducibili ad una categoria unitaria”³⁸.

Rilevanza alla tutela dell'ambiente viene garantita già dall'art. 4 del nuovo codice che prevede la presenza della tutela dell'ambiente e dell'efficienza energetica tra i principi nel cui rispetto avviene l'affidamento dei contratti pubblici. L'art. 23, comma 1, lett. c) è volto ad assicurare la conformità alle norme ambientali ed ai sensi della lett. f) è volto a garantire il risparmio e l'efficientamento energetico medesimo. L'art. 80 pone, poi, come motivo di esclusione la violazione degli obblighi di cui all'art. 30, terzo comma (condanna in via definitiva per reati ambientali). Ulteriore tutela viene data dall'art. 95, 6 comma, il quale stabilisce che l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, come gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. Appare significativo far rilevare come in sede di rappresentazione dei principi l'art. 30 stabilisce che “il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico”.

il principio generale contenuto nell'art. 2 comma 2 del dlgs 163/2006 appariva largamente inattuato e le ragioni di economicità finivano con l'essere pur sempre prevalenti nell'orientare le decisioni delle pubbliche amministrazioni nella scelta degli appaltatori, senza spazio per l'utilizzo dei criteri ambientali”.

36 G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., fasc.5, 2012, pag. 819.

37 Per un approfondimento specifico sul punto si vedano: C. Lacava, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - i criteri di aggiudicazione*, in Giornale Dir. Amm., 2016, 4, 436; L. Carbonara, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e la tutela dell'ambiente. I criteri di aggiudicazione*, in GiustAmm.it, 2016, fasc. 2; Sul punto C. Viviani, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in Urbanistica e appalti, 2016, 8-9, 993, che sottolinea come a questo proposito risultino altrettanto complesse le linee guida realizzate dall'ANAC; Sulle certificazioni ambientali si veda: A. Benedetti, *Le certificazioni ambientali*, in G. Rossi, *Diritto dell'Ambiente*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 200 ss.

38 S. Villamena, *Codice dei contratti pubblici 2006, nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in Rivista Giuridica dell'Edilizia, fasc.3, 2017, pag. 101.

Tale innovazione appare rilevante specie in merito alla questione dedicata al necessario bilanciamento tra economicità e criteri ambientali, alla prevalenza dell'uno e dell'altro³⁹, ed alla previsione di criteri non strettamente economici⁴⁰.

Ma ciò che appare, ancora più, dirompente è la imperatività della previsione in sede di gara di criteri ambientali minimi. Se, però, in sede di previsione normativa europea (direttive) gli appalti verdi costituiscono una possibilità, nella disciplina italiana il legislatore pare voglia porre un vincolo al ricorso a criteri ambientali minimi negli appalti pubblici. E ciò nel pieno rispetto di una cultura dell'ambiente che diventa una linea guida fondamentale nelle *policy* pubbliche⁴¹.

Per l'art. 34 del d.lgs. n. 50 del 2016, modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017 ("Criteri di sostenibilità energetica e ambientale")⁴² «le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare».

La lettura testuale della disposizione appare propendere per un obbligo per le stazioni appaltanti di previsione di CAM, secondo le modalità previste dal PAN GPP (piano d'azione nazionale)⁴³.

In buona sostanza, le stazioni appaltanti devono prevedere i criteri ambientali minimi stabiliti nel settore merceologico oggetto della gara di appalto con possibilità di previsione di ulteriori criteri di tutela ambientale.

Infatti in tal senso va inteso l'uso dell'avverbio "almeno".

39 In giurisprudenza sono ormai numerose le sentenze della Corte di giustizia secondo cui nel conflitto tra libera concorrenza e libera circolazione delle merci, da un lato, e tutela ambientale, dall'altro, si debba accordare tendenziale preferenza a quest'ultimo valore (cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 23 ottobre 2011, C-510/99; sentenza del 14 luglio 1998, C-389/96; sentenza del 7 febbraio 1985, C-240/83). Riguardo, invece, l'emersione dell'interesse ambientale nei Trattati, si veda infra, in dottrina si veda: G. Rossi, *Diritto dell'Ambiente*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 30 ss.

40 M. Lottini, *Appalti comunitari: sull'ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2002, pp. 1950 ss.

41 In tal senso "*the procurer's beliefs and values are of high relevance in a transformation towards circular public procurement, simply not going for the lowest price, but finding an optimum combination that includes risk, time liness and cost for the public institution on a life-cycle basis. Eco-labels, standards, life cycle assessments and life cycle costing are core parts of the process*", S.D. Sönnichsen – J. Clement, *Review of green and sustainable public procurement: Towards circular public procurement*, In *Journal of Cleaner Production*, Volume 245, 1 February 2020, 118901: "This paper provides a comprehensive literature review of preliminary publications on green and sustainable public procurement from the year 2000 until now".

42 Per approfondimenti si rinvia a T. Cellura, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici*, Rimini, 2016.

43 Più in generale a livello europeo cfr. *Buying green. A handbook on green public procurement*, 3rd Edition, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, in particolare Chapter 1 – "Implementing GPP", prg. 1.4 "Sources of GPP criteria".

Il secondo comma dell'art. 34 stabilisce, altresì, che i criteri ambientali minimi "sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6".

La norma sembra voler affermare un sotto criterio rispetto a quello generale, riferendolo alla valutazione "miglior rapporto qualità/prezzo", per come stabilito dall'art. 95, comma 6.

La indicazione testuale contenuta nel comma 2, ovvero "sono tenuti in considerazione", pare, invece, porre una mitigazione della imperatività dei CAM ad una mera facoltà. Tuttavia, anche, per il comma 2, nel caso di presenza di CAM per il settore merceologico, si pone un obbligo, in tal senso, vincolante di valutazione dei criteri stessi.

L'articolo, inoltre, pone ulteriori descrizioni: a) l'obbligo è riferibile per affidamenti di qualsiasi importo, e quindi anche per gli appalti c.d. "sotto soglia"⁴⁴; b) per almeno il 50 per cento del valore a base d'asta, ed ovviamente solo nel caso in cui la categoria merceologica dell'appalto sia oggetto di criteri ambientali minimi⁴⁵.

Una quota inferiore al 50% è prevista per alcune tipologie di gare⁴⁶, così come è, diversamente, previsto, con impiego di CAM al 100% nei casi di gare «connesse agli usi finali di energia».

La previsione dei Criteri Ambientali Minimi si è correttamente ritenuto si "fonda sulla flessione degli equilibri negoziali verso scopi di tutela ambientale e promozione di un consumo ed utilizzo orientato dei prodotti. Si è di fronte ad un fenomeno di integrazione del contratto sulla base di obiettivi di sviluppo economico e sociale a medio-lungo termine determinati dal legislatore nazionale e sovranazionale. Non si tratta di un'indebita forzatura, bensì dell'armonizzazione tra il contratto ed i principi generali dell'ordinamento, tra cui la solidarietà 188 (art. 2 Cost.) e la funzione sociale dell'attività economica pubblica e privata (art. 41 Cost.)". Aggiungendo che "la normativa europea e la sua corrispettiva italiana riportano alla mente il paradigma contrattuale che qualche autore ha definito del «contratto ecologico» e che si declina, nel concreto, da un lato nell'interpretazione «ambientalmente conforme» del dettato

44 Il comma 1 dell'art. 36, come modificato dal «Correttivo Appalti» precisa che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti sotto soglia deve avvenire, in ogni caso, anche nel rispetto dei principi di cui all'art. 34 del codice, sui "CAM". In proposito il parere Cons. Stato, Comm. Spec., 30 marzo 2017, n. 782, espresso sul «Correttivo Appalti»: «la precisazione riguardante l'applicazione dei criteri ambientali minimi anche ai contratti sotto soglia è importante, perché tale disposizione non sembrava direttamente applicabile ai contratti sotto soglia, in virtù del combinato disposto degli artt. 35 e 36 (nella formula precedente l'intervento correttivo)»

45 Percentuale che, ai sensi del successivo comma 3 può essere oggetto di aumento progressivo con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. Il decreto in argomento è stato in effetti adottato con Decreto 24 maggio 2016 recante «Incremento progressivo dell'applicazione dei criteri minimi ambientali negli appalti pubblici per determinate categorie di servizi e forniture».

46 Servizi di ristorazione ospedaliera, assistenziale, scolastica e sociale di cui all'articolo 95, comma 3, lettera a), e dei contratti relativi ai servizi di ristorazione di cui all'articolo 144.

contrattuale e, dall'altro, nel richiamato adattamento del contratto a criteri di tutela e sviluppo ambientale orientato"⁴⁷.

4. Il piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione.

I CAM sono, pertanto, i requisiti ambientali definiti per le varie fasi del processo di acquisto, volti a individuare la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale lungo il ciclo di vita, tenuto conto della disponibilità di mercato definiti mediante l'adozione di un piano, previsto da un decreto ministeriale, volto alla definizione dei singoli criteri per categoria merceologica.

A tal proposito la legge n. 296 del 2006 (legge finanziaria 2007) all'art. 1 comma 1126, stabilisce che l'attuazione e il monitoraggio di un "Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione" è predisposto dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, di concerto con i Ministri dell'Economia e Finanze e dello Sviluppo Economico.

Il tutto sulla scorta di quanto indicato nella comunicazione (COM) 302, 2003, rubricata "Politica Integrata dei Prodotti" della Commissione europea dove al punto 5.3 viene rivolto agli Stati l'indicazione «ad elaborare e rendere accessibili al pubblico appositi piani di azione per l'integrazione delle esigenze ambientali negli appalti pubblici».

In questo contesto è stato varato il primo Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione (con acronimo GPP – PAN GPP), mediante il decreto ministeriale n. 135/2008, riformato con successivo decreto ministeriale del 10 aprile 2013 e poi del 2017.

Lo scopo del piano è senz'altro volto a definire gli obiettivi ambientali, mediante indicazioni tecniche qualitative e quantitative nelle categorie merceologiche di riferimento e si identificano come le «misure volte all'integrazione delle esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure di acquisto di beni e servizi delle amministrazioni competenti»⁴⁸.

5. Le linee guida Anac sui Cam.

⁴⁷ Sottolineando altresì che "i dati applicativi riferiti ai contratti per gli acquisiti della p.a. ed ai contratti per appalti pubblici già dimostrano che una percentuale non trascurabile dei bandi delle stazioni appaltanti accolga i CAM, predeterminando, di fatto, parte del contenuto del contratto che, a valle della gara, sarà stipulato" v. G. Sabatino, *Il diritto dell'economia circolare tra programmazione, contratto e responsabilità. Profili teorici ed applicativi in dialogo tra Repubblica Popolare Cinese ed Unione Europea*, in *Il diritto dell'economia* anno 66, n. 103 (3 2020), p. 412; Cfr. F. Vessia, *La responsabilità sociale delle imprese e dei consumatori*, in *Federalismi*, 31.07.2019.

⁴⁸ PAN GPP 2013 punto 4.1.

La modifica apportata dal d.lgs. n. 56 del 2017, al comma 3, dell'art. 34, impone l'inserimento dei CAM nei documenti della gara di appalto per ogni categoria e per ogni importo economico, anche nei settori considerati speciali, ed anche per gare aventi ad oggetto i beni culturali (ex art. 145, comma III, del codice stesso).

In sede di revisione del piano d'azione nazionale avvenuto con d.m. 11.10.2017 i CAM, necessari, da inserirsi nelle gare di appalto sono: "Specifiche tecniche per gruppi di edifici" (sezione 2.2), "Specifiche tecniche dell'edificio" (sezione 2.3), "Specifiche tecniche dei componenti edilizi" (alla sezione 2.4), "Specifiche tecniche del cantiere" (sezione 2.5) e "Condizioni di esecuzione (clausole contrattuali)" (sezione 2.7).

Con riferimento alla indicazione dei criteri di selezione, ultranei⁴⁹, (sez. 2.1) negli atti di gara è prevista il carattere facoltativo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (punto n. 2.6 d.m. del 2017). Addirittura, le amministrazioni possono inserire criteri premianti ai fini della concretizzazione di azioni e prestazioni ambientali ulteriori rispetto a quelle previste in sede di specifica tecnica per l'attribuzione di un punteggio superiore. Il che emerge oltre che dalle norme, anche dalle Linee guida ANAC n. 2 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa"⁵⁰. Sulla scorta di tali premesse appare utile affrontare un primo problema che l'Anac si è posto con riguardo alla previsione di CAM come limite all'applicazione effettiva del criterio del *favor participationis*⁵¹, specie con riguardo al settore dell'edilizia in riferimento ai Criteri Ambientali Minimi adottati con DM Mattim dell'11 ottobre 2017⁵².

Ciò che secondo l'Anac appare dirimente è l'uso di criteri non arbitrari e possibili da perseguire e realizzare. E' compito, pertanto, della amministrazione aggiudicatrice verificare, mediante una attenta analisi, la compatibilità dei CAM con il piano d'azione nazionale, e (conseguentemente) la sostenibilità dei CAM.

In altri termini si dovrebbe attribuire un punteggio positivo solo a miglioramenti effettivi rispetto a quanto previsto a base di gara⁵³. Per l'ANAC "in aderenza al dettato normativo che parla espressamente di documentazione progettuale, e al fine di non generare oneri eccessivi in capo agli operatori economici in fase di esecuzione, si ritiene opportuno che l'adozione dei criteri ambientali minimi sia prevista fin

49 Per una comparazione cfr. T. Gliozzo, *L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres*, AJDA, 23 décembre 2002, p. 1471.

50 Linee Guida n. 2, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" - Approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 1005, del 21 settembre 2016. Aggiornate al D. lgs 19 aprile 2017, n. 56 con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018.

51 Cfr. D. Pirvu- C. Baldan, *Access to the EU Public Procurement Market: Are There Disparities Based on the Origin of Economic Operators?*, in Journal of Economic Issues, Vol. 47, No. 3 (September 2013), pp. 765-779 (15 pages), Taylor & Francis, Ltd.

52 Vedi Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici.

53 Linee Guida n. 2, cit.

dall'avvio della progettazione dell'intervento, indipendentemente se la stessa sia interna o esterna alla stazione appaltante. Pertanto, già nella documentazione di gara relativa all'affidamento dell'incarico di progettazione bisogna specificare che il progetto dovrà essere redatto prevedendo l'inserimento dei criteri ambientali minimi. Indicazioni in tal senso dovrebbero essere previste anche nel caso di progettazione interna alla stazione appaltante"⁵⁴.

Appare necessario, pertanto, prevedere CAM nei documenti della gara per consentire alle imprese di valutare la partecipazione e l'eventuale impatto economico nella realizzazione.

Tra i criteri previsti dal d.m. 11.10.2017 "quelli che presentano maggiori problematiche applicative sono quelli inerenti la "selezione dei candidati", che possono avere un effetto limitativo della partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara aventi ad oggetto l'affidamento dei lavori; pertanto, si invitano le stazioni appaltanti a valutare con attenzione l'inserimento di tali criteri in funzione anche della tipologia di intervento e della rilevanza dello stesso, con l'obiettivo di garantire la più ampia partecipazione alle procedure di gara. In particolare, si suggerisce di inserire i criteri di "selezione dei candidati" solo nei casi in cui il possesso di requisiti aggiuntivi, quali il sistema di gestione ambientale o il rispetto dei principi di responsabilità sociale, sia da ritenersi strettamente necessario ad assicurare in relazione all'oggetto dell'affidamento, la migliore tutela ambientale e sociale e per interventi di particolare rilevanza in termini di importo, di natura dell'intervento, di ubicazione territoriale e di impatto nel contesto circostante"⁵⁵.

L'ANAC, nella classificazione dei criteri, individua 3 sottogruppi: 1) criteri relativi alla fase di progettazione, ossia criteri che attengono ad attività di stretta competenza del progettista che devono essere inseriti nella documentazione di gara delle procedure di affidamento delle attività di progettazione; 2) criteri relativi congiuntamente alla fase di progettazione e alla fase di esecuzione, ossia criteri che attengono ad attività di competenza sia del progettista che dell'appaltatore; 3) criteri relativi alla fase di esecuzione, ossia criteri inerenti attività di competenza dell'appaltatore.

Infine, si deve considerare il controllo affidato all'ANAC dall'art. 213, comma 9, tramite l'Osservatorio Contratti Pubblici il quale "provvede a monitorare l'applicazione dei criteri ambientali minimi di cui al decreto di cui all'articolo 34

⁵⁴ Anac, Schema Linee guida inerenti Applicazione dei Criteri Ambientali Minimi di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare dell'11 ottobre 2017 (Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici).

⁵⁵ Applicazione dei Criteri Ambientali Minimi di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare dell'11 ottobre 2017 (Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici)

comma 1 e il raggiungimento degli obiettivi prefissati dal Piano d'azione per la sostenibilità dei consumi nel settore della pubblica amministrazione".

Merita, infine, esplicita menzione l'accordo triennale sottoscritto dal ministro della transizione ecologica e dal presidente Anac (25.11.2021) mediante il quale alle attività di monitoraggio e vigilanza sull'applicazione dei Cam, nell'ambito del *Green public Procurement*, si accompagneranno pure attività di collaborazione d'indirizzo mediante la condivisione di linee guida per bandi, capitolati, simili atti, necessari per attuare le norme in materia di sostenibilità ambientale degli acquisti pubblici, al fine di fornire ausilio alle stazioni appaltanti, garantendo uniformità di indirizzi.

6. I Cam nella giurisprudenza amministrativa.

La giurisprudenza ha contribuito alla definizione della disciplina giuridica dei CAM⁵⁶. Sottolineando anzitutto che per gli affidamenti/appalti che prevedono l'obbligo di applicare i criteri ambientali minimi, la stazione appaltante non solo è obbligata a perseguire gli obiettivi di sostenibilità ambientale, ma deve, altresì, procedere concretamente secondo le modalità attuative ed i criteri minimi di cui al D.M. 7 marzo 2012⁵⁷. L'obbligatorietà di applicazione dei criteri ambientali minimi per l'Amministrazione è, infatti espressamente stabilita dalla legge (nel caso di specie, tale obbligo è stato effettivamente osservato, posto che i CAM sono stati espressamente recepiti nell'ambito delle Specifiche Tecniche allegate al Capitolato tecnico)⁵⁸.

Sotto altro profilo si è sottolineato come nelle fattispecie contrattuali comportanti l'obbligo di applicazione dei criteri ambientali minimi, l'individuazione e determinazione delle regole di gara non è mera espressione di discrezionalità amministrativa, ma costituisce invece applicazione necessaria della disciplina che il D.M. 7 marzo 2012. La locuzione "clausole contrattuali" di cui all'art. 34 del Codice dei contratti deve comprendere tutte le previsioni contenute nei CAM e suscettibili di conformare e regolare l'autonomia e la libertà negoziale della stazione appaltante e delle imprese partecipanti, sin dal momento del loro primo contatto per il tramite della indizione della procedura aperta al pubblico, e deve quindi essere correttamente intesa nel senso di imporre la inserzione nella legge di gara di tutte le previsioni contenute nei CAM che concretamente incidono sulla piena e consapevole formazione della volontà negoziale⁵⁹.

La logica di tale previsione consiste nel fatto che i criteri di aggiudicazione nelle gare pubbliche hanno il fine di assicurare una concorrenza concreta tra i partecipanti

56 Per un approfondimento delle pronunce della giurisprudenza sull'ambiente vedi L. D. Priscoli, *La concorrenza, Corte Costituzionale, servizi studi*, 2015, pp. 57 e ss.

57 Consiglio di Stato sez. V, n. 972/2021.

58 Tar Lazio, Roma, sez. I-bis, 2 agosto 2021, n. 9140

59 Tar Lombardia, Milano, 24 aprile 2020, n. 685.

alla gara; la selezione deve avvenire su basi oggettive e i criteri di aggiudicazione non devono essere tali da assicurare un vantaggio ad un singolo operatore economico a prescindere dai contenuti delle offerte⁶⁰.

Per il Giudice amministrativo i criteri ambientali minimi non possono essere qualificati in senso proprio come requisiti, né di partecipazione, né di esecuzione; sono elementi essenziali dell'offerta⁶¹.

Di recente i giudici di Palazzo Spada, hanno sottolineato che i CAM hanno un evidente costo che, al momento della progettazione di una procedura ad evidenza pubblica, deve essere debitamente considerato dalla stazione appaltante nella determinazione dell'importo a base di gara⁶². Un costo che deve essere, anche, sostenuto (e sostenibile) dalle imprese ed essere preventivamente riconosciuto e previamente remunerato.

In merito agli argomenti delle specifiche tecniche e dei criteri premianti la giurisprudenza sostiene che le specifiche tecniche premianti, che rilevano per l'assegnazione di un eventuale punteggio maggiore nella procedura di gara da aggiudicarsi secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa, "si distinguono dalle "specifiche tecniche di base" e dalle "condizioni di esecuzione/clausole contrattuali", alle quali unicamente fa riferimento la norma citata l'art. 34". Inoltre, la Corte sostiene che «le stazioni appaltanti sono comunque invitate ad utilizzare anche quelli «premiati» quando aggiudicano la gara d'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa», fissando una norma atta ad incentivare, senza rendere rigorosamente obbligatorio, l'adattamento della *lex specialis* ai suddetti criteri di

60 Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2020, n. 611.

61 Tar Campania, Napoli, sez. II, 8 marzo 2021, n. 1529: "*non di partecipazione, dal momento che questi afferiscono al concorrente, sia in quanto operatore economico (cd. requisiti generali), sia quale imprenditore del settore (cd. requisiti speciali); i requisiti di esecuzione sono invece condizioni soggettive ed oggettive dell'appaltatore, previsti onde assicurare il puntuale adempimento di obbligazioni inerenti al contratto pubblico per cui è stata indetta gara; in tal senso, essi sono esigibili non in capo al concorrente, e quindi fin dal momento della gara, ma solo dall'appaltatore ed al momento della stipulazione, essendo solo tale soggetto colui che deve assicurare la corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali; l'esigenza di una verifica successiva alla conclusione della gara è ascrivibile ad esigenze di economia procedimentale, diversamente costituendo un ingiustificato aggravamento del procedimento un accertamento preventivo relativo a tutti i concorrenti, nonché al rispetto del principio di proporzionalità e di favor participationis; invero, costituirebbe un onere eccessivo imporre a chi è semplice concorrente il possesso di condizioni e requisiti che si rivelerebbero privi di concreta utilità in caso di mancata aggiudicazione; in tal senso, in giurisprudenza si è ritenuto adeguato imporre al concorrente in fase di partecipazione il mero impegno all'acquisizione di mezzi e beni necessari per l'eventuale esecuzione del contratto*". Per il Tar Veneto «la documentazione sulla conformità dei prodotti offerti ai CAM, non attiene né ai requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, né a criteri di valutazione da utilizzare per l'affidamento dell'appalto, ma è volta solo ad attestare in modo ufficiale le caratteristiche dei prodotti già offerti dalla concorrente» - quindi, «l'integrazione documentale sui requisiti CAM non determina alcuna modificazione dell'offerta ... ma ha una finalità meramente dimostrativa di caratteristiche possedute ab origine dai prodotti offerti, che sono rimasti invariati» (Tar Veneto, Sez. I, 18 marzo 2019, n. 329; cfr. anche Tar Trentino Alto Adige, sez. I, 16.01.2018, n. 12).

62 Consiglio di Stato nella sentenza n. 8088 del 2019.

carattere “premiante”»⁶³. Sempre con riguardo alle specifiche tecniche e criteri premianti il Tar Veneto, sui CAM dedicate agli arredi di interni stabilisce che nella documentazione tecnica presente nella gara di appalto “pur contenendo una descrizione dettagliata e puntuale dei prodotti da offrire e delle relative caratteristiche” non è necessaria il rispetto dei CAM di cui al D.M. 11.01.2017⁶⁴.

Il Consiglio di Stato sull’art. 34 e sul DM 11 gennaio 2017 (CAM Edilizia) sostiene che «è indispensabile il rispetto dei criteri minimi ambientali in fase di progettazione esecutiva, mentre solo l’offerta di condizioni superiori rispetto a quelle minime può costituire criterio premiante, in quanto variante migliorativa» - la commissione giudicatrice correttamente «ha attribuito un maggior punteggio in relazione ai parametri all’offerta tecnica della ditta (...) in relazione alle esplicite migliorie proposte rispetto ai CAM»⁶⁵.

Per concludere dobbiamo evidenziare che per il Consiglio di Stato “la tutela e la salvaguardia dell’ambiente, già presente fra i principi fondamentali della Costituzione italiana mediante la previsione di cui all’art. 9, ha assunto una valenza sempre più fondamentale anche sulla spinta del diritto europeo, ed un esercizio esegetico ampliativo della portata dell’art. 32 Cost. ha consentito di estendere l’ambito della tutela garantita alla salute pubblica anche mediante le certificazioni di prodotto ..., sino a ricomprendervi il “diritto alla salubrità dell’ambiente”, anche mediante la disciplina, e la conseguente possibilità di certificazione ambientale, di attività delle singole imprese complessivamente rispettose dell’ambiente, e la stessa

63 Cons. Stato, Sez. III, 17 aprile 2018, n. 2317

64 Tar Veneto, Sez. I, 18 marzo 2019, n. 329: “Tuttavia, si deve ritenere che l’obbligo di rispettare i criteri minimi ambientali derivi direttamente dalla previsione contenuta all’art. 34 del dlgs. n. 50/2016, che costituisce norma imperativa e cogente e che opera, pertanto, indipendentemente da una sua espressa previsione negli atti di gara. Ciò è possibile in forza del meccanismo di eterointegrazione ricavabile dall’art. 1374 c.c. ... Difatti, nel caso di specie è ravvisabile una mera lacuna nella legge di gara, dal momento che la Stazione appaltante ha ommesso di inserire la regola sul rispetto dei CAM, prevista come obbligatoria dall’ordinamento giuridico. E tale lacuna può quindi essere colmata, in via suppletiva, attraverso il meccanismo di integrazione automatica, in base alla normativa vigente in materia (cfr. Cons. Stato, sez. III, 24.10.2017, n. 4903. Sempre il Tar Veneto, sull’art. 34, comma 2, affermando che i criteri premianti devono essere semplicemente “tenuti in considerazione”, «non comporta un obbligo di utilizzo, né la necessaria rigida corrispondenza tra le stesse ed i criteri di valutazione delle offerte tecniche contenuti nella *lex specialis* (Tar Veneto, Sez. I, 18 marzo 2019, n. 329). Il Tar Sicilia Catania, sui mezzi di prova delle specifiche tecniche e dei criteri premianti stabiliti dai CAM, stabilisce che «i parametri fissati dal d.m. CAM, quanto ai mezzi di prova, sono per loro natura (necessariamente) elastici e da leggersi sempre in *bonam partem*, per evitare che una lettura formalistica conduca, di fatto, a rendere la partecipazione ad una gara una sorta di “corsa ad ostacoli”, più di quanto non lo sia comunque per l’affastellarsi di tante fonti diverse che devono essere rispettate nella presentazione dell’offerta, fonti che a volte non sono tra loro nemmeno congruenti» - «nel caso di specie l’offerta tecnica ... non può certo dirsi indeterminata solo perché è stata prevista la possibilità di fornire dopo l’aggiudicazione e quindi, in sede di esecuzione (perciò a evidente distanza di tempo rispetto al momento in cui è stata formulata l’offerta) addirittura prodotti migliorativi rispetto ai criteri di cui al d.m. CAM (che infatti, proprio perché vi sono continue evoluzioni dei prodotti, deve essere periodicamente aggiornato e ipotizza finanche che gli stessi mezzi di prova di ciascun criterio indicati nel d.m. possano diventare inapplicabili a seguito della modifica degli standard del settore)» (Tar Sicilia Catania, Sez. II, 8 marzo 2019, n. 509).

65 Cons. Stato, Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1748.

Corte Costituzionale italiana ha inquadrato l'ambiente nell'ambito dei valori costituzionalmente protetti, come "una sorta di materia "trasversale" in ordine alla quale si manifestano competenze diverse tanto attinenti allo Stato, quanto spettanti alle singole regioni»⁶⁶.

7. Conclusioni.

L'amministrazione nella individuazione dei CAM deve verificare che la scelta di criteri ambientali minimi, garantisca comunque la partecipazione più ampia possibile tra gli operatori economici, non immettendo criteri impossibili da raggiungere.

Il principio di proporzionalità implica "che siano adottate le misure di tutela dell'ambiente che, a parità di efficacia, siano le meno restrittive per le libertà antagoniste – le quali sono in genere di natura economica- e che, in ogni caso, nel comprimere queste libertà, si agisca in modo tale che vi sia, appunto, proporzione tra l'entità delle limitazioni imposte e i risultati perseguiti attraverso le stesse"⁶⁷.

Inoltre, l'amministrazione deve indicare i CAM nella documentazione di gara ai fini della migliore preparazione degli operatori economici alla partecipazione.

Il bilanciamento deve 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 alcuni di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati"⁶⁸.

Le difficoltà tuttavia non mancano e sono state già evidenziate in quanto appalti ed ambiente, "si muovono oggi in un tessuto tecnico normativo del quale non è sempre facile trovare il bandolo sistematico". Queste incertezze, tuttavia, rendono necessario ricondurre la disciplina "ad un ordine ragionevole e sistematico, che si riesca ad imbrigliare le tecniche all'interno delle valutazioni giuridiche suggerite dalla norme, che si riesca a costruire un impianto concettuale che tenga conto del fondamentale riferimento del diritto dell'uomo, secondo i principi dell'ordinamento giuridico dell'Unione; questo richiede un aggiornamento dell'interpretazione sistematica, apprezzando ed ampliando il ruolo dell'amministrazione e della giurisdizione"⁶⁹.

L'interpretazione sistematica dei principi in materia ambientale nella logica e nella sfera di irradiazione della sostenibilità addivene la fonte di apprezzamento giuridico di ogni ambito normativo, che non si pone quale ambito passivo di regolazione di

⁶⁶ Consiglio di Stato nella sentenza 1635 del 2019.

⁶⁷ M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 1-2, Torino, 2012, p. 78; Cfr. M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Roma.

⁶⁸ Sentenza Corte Costituzionale n. 58 del 2018.

⁶⁹ I. M. Marino, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, cit. p. 2199.

fenomeni sociali, ma sviluppa in sé un moto funzionale riflesso all'esterno in una sorta di dimensione giuridico-esistenziale oltre il piano della mera legalità⁷⁰.

Ciò perché la forza regolatrice del principio di sostenibilità consente una libera trasformazione ed un preciso orientamento dei diritti medesimi verso la tutela dell'ambiente come tutela del rapporto uomo/natura, e quindi della tutela dell'uomo che tramite le forme della democrazia costruisce alla radice le condizioni della propria esistenza e della propria sopravvivenza⁷¹.

Ecco che, allora, l'amministrazione ha il dovere di considerare la tutela dell'ambiente, per come disciplinato dal diritto nazionale ed europeo, nell'esercizio delle proprie attività. Lo deve fare, soprattutto, alla luce dei profili sociali che riveste il sistema dei cam⁷². Un'azione doverosa che si conforma al migliore raggiungimento degli interessi pubblici deve, in definitiva, tenere in considerazione la questione ambiente. Lo si deve fare in sede di bando di gara, di redazione del contratto, di esecuzione del contratto, perché di fatto questi rappresentano gli strumenti di intervento nel modello di sviluppo di ogni territorio.

In tal senso l'Assemblea del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici ha approvato le Linee guida per la redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica da porre a base dell'affidamento di contratti pubblici di lavori relativi al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC).

In particolare gli articoli 44 e 48 d.l. n. 77/2021 (c.d. Decreto Semplificazioni 2021, conv. in l. n. 108/2021) prevedono procedure speciali per la realizzazione di "grandi opere" in adesione al progetto di fattibilità tecnica ed economica PFTE (di cui all'art. 23, comma 5, del dlgs n. 50/2016).

E' previsto che le stazioni appaltanti possono affidare sia la progettazione che l'esecuzione dei lavori anche sulla base del medesimo PFTE in relazione alle procedure di affidamento a valere sulle risorse del PNRR e del PNC.

In tal senso le linee guida indicano i principi generali che indirizzano i contenuti del progetto di fattibilità; tra questi emerge la "previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, in particolare attraverso la definizione di criteri ambientali minimi (CAM)".

Quindi, in definitiva il settore degli appalti diventa strategico, in specie se orientato al pieno rispetto della tutela dell'ambiente e della sostenibilità ambientale.

⁷⁰ Su questi profili Cfr. C. Palumbo, *Norma, Diritto, Interpretazione. Grammatica e Filosofia del diritto a partire da Salvatore Pugliatti*, Torino, 2016, p. 21.

⁷¹ Cfr. K. Popper, *Tutta la vita è risolvere problemi*, Milano, 1996, in particolare p. 207 e ss.; Cfr. pure F. Modugno, *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, Osservatorio Costituzionale, AIC, dicembre 2014, pp. 1 e ss.

⁷² E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?* cit. p. 242.

Tali obiettivi, del resto, sembrano, ormai, immanenti nell'ordinamento, nell'esercizio di ogni funzione amministrativa.

EL PATRIMONIO CULTURAL EN EL MARCO DE LA TEORÍA DE LOS BIENES COMUNES. ¿DE LO PÚBLICO "INSTITUCIONAL" A LO PÚBLICO "COMÚN"?¹

Domenico D'Orsogna - Annarita Iacopino

L'articolo analizza il rapporto tra beni culturali e *commons* e le "luci e ombre" dell'amministrazione "condivisa" dei beni culturali. La dimensione del "comune" è già presente nell'ordinamento giuridico all'interno degli schemi "istituzionali" e, quindi, nei modelli di organizzazione e di attività amministrativa il cui baricentro è segnato, più che da un regime di proprietà (pubblica o privata) dall'esercizio di funzioni e compiti di governo pubblico dei vari settori a cui i beni accedono.

The article analyses the relationship between cultural heritage and commons and the "lights and shadows" of the "shared" administration of cultural heritage. The dimension of the "common" is already present in the legal system within the "institutional" schemes and, therefore, in the models of organization and administrative activity whose center of gravity is marked, rather than by an ownership regime (public or private) by the exercise of public governance functions and duties of the various sectors to which the assets access.

SUMARIO: 1. Patrimonio cultural y bienes comunes: interferencias y relaciones. 2. El patrimonio cultural y sus "bienes". 3. El "asalto" al patrimonio cultural y la cuestión de los bienes comunes. 4. Los bienes culturales y la noción jurídica de bienes comunes. 5. El valor paisajístico de los "dominios colectivos" y de los "bienes de uso cívico". 6. El paisaje como "ambiente cultural". 7. Patrimonio cultural y la "función cultural" de los poderes públicos. 8. "Valorización" y gestión del patrimonio cultural: el papel de la subsidiariedad. 9. Luces y sombras de la administración "compartida" del patrimonio cultural.

¹ Lo scritto è stato elaborato nell'ambito di un progetto di ricerca interdisciplinare curato dall'Istituto Andaluz del Patrimonio Histórico(IAPH) dal titolo "*De lo público al bien común: emergencia de otros modelos de gestión del patrimonio cultural*", coordinato da Benito Burgos Barrantes, i risultati sono pubblicati nella rivista "Patrimonio Histórico", edita dallo stesso Istituto. Nell'economia di uno sforzo e una riflessione condivisi i §§ 1 - 6 sono stati scritti da Domenico D'Orsogna; i §§ 7, 8 e 9 da Annarita Iacopino. La stesura finale in lingua spagnola del contributo è stata revisionata da Yolanda Fernandez Vivas, Profesora de Derecho Constitucional nella Universidad de Alcalá de Henares.

1. Patrimonio cultural y bienes comunes: interferencias y relaciones.

Que el patrimonio cultural tiene que ver con los "bienes comunes" parece una afirmación obvia.

Esta afirmación se menciona constantemente en el animado e intenso debate que se ha generado sobre este tipo de bienes.

Así, es tenida en cuenta cuando se hace referencia a la definición y a las propuestas de clasificación que cada vez son más numerosas en relación con la controvertida categoría jurídica de los bienes comunes (ver FIDONE, 2017).

Del mismo modo, también se hace referencia a esta afirmación, más recientemente, como un ámbito en el que se podrían llevar a cabo posibles pruebas de modelos de "autoadministración", ya sea entre los propios ciudadanos (DURET, 2000, 2004) o bien mediante una "administración compartida", entre los ciudadanos y las instituciones (esta es la fórmula propuesta por Arena: 2017) para "el cuidado" y la "gestión" de los bienes comunes (BOMBARDELLI, 2016).

Sin embargo, tan pronto como se profundiza el análisis de ambos elementos – patrimonio cultural y bienes comunes – resulta que el vínculo entre el patrimonio cultural y la teoría de los bienes comunes no resulta tan claro ni tan evidente como podría parecer a primera vista. De hecho, se presenta como un dato que aparece "colocado", es decir, que se presupone que ha de entenderse en el contexto de la teoría de los bienes comunes, en lugar de haberse demostrado que debe entenderse de esta manera.

Además, el debate sobre el tema contiene múltiples elementos sugestivos que, "de forma natural", dirigen al intérprete a ordenar los dos términos de la relación en una secuencia evolutiva: de la teoría del patrimonio cultural a la teoría de los bienes comunes; es decir, de la solución "institucional" a la solución "común" para los problemas relacionados con el "cuidado" del patrimonio cultural.

El objetivo de este artículo consiste en aportar algunos elementos de reflexión destinados a arrojar luz sobre la naturaleza real de la relación que existe entre el patrimonio cultural y los bienes comunes, conscientes del riesgo de que "la suposición inválida de que la correlación implica una causa es probablemente uno de los dos o tres errores más serios y comunes del razonamiento humano" (GOULD, 1996).

Asimismo, otro dato del que debemos partir es del hecho de que, hasta ahora, mientras que los elementos - y también los límites – de la solución institucional parecen estar bastante definidos, los de la solución "común" no lo están en absoluto.

En este sentido, y aunque la teoría de los bienes comunes parece bastante compacta en su *pars destruens*, en la que prevalece la concepción de lo "común" como un elemento adecuado para romper la clásica dicotomía entre propiedad pública y privada (ver NIVARRA, 2017; *in sensu contrario*: FERRAJOLI, 2013) en realidad, no lo es en absoluto en su *pars costruens*, ya que "la categoría de bienes comunes, a pesar de

que ahora es objeto de estudio por parte de abundante literatura de carácter multidisciplinar, todavía está buscando su propia identidad", y continúa situada "entre el mito y la realidad" (BONETTI, 2013).

Una identidad que, de acuerdo con la opinión de algunos autores, se debe construir alrededor de un elemento estructural: esto es, en torno a la idea de la existencia de bienes y recursos en los que es inherente el intercambio. Así pues, se señala que "primero debe existir el bien común" y posteriormente habrá que ocuparse de su gestión, es decir, solo después "surge el problema de su gobierno" (FIDONE, 2017). Según otros, por el contrario, la atención debe centrarse, exclusivamente, en la actividad: lo "común" como "principio político" (DARDOT; LAVAL, 2015) a partir del cual avanzar para construir otra "forma de gobernar" (MICCIARELLI, 2014) mediante una forma de autoorganización en la que no cabe ninguna interferencia por parte de "autoridades externas".

Esta última línea interpretativa generaliza y absolutiza un elemento (situándolo además en un nivel prescriptivo) en el contexto de los estudios empíricos de Elinor Ostrom, ganador del premio Nobel de economía 2009, de acuerdo con la cual es solo una de las "condiciones" que se ha revelado como recurrente en los casos en los que se ha producido una gestión "exitosa" de los bienes comunes: en el cumplimiento de los modelos de gestión desarrollados de manera independiente y durante un largo periodo de tiempo por las comunidades de usuarios de los recursos comunes (OSTROM, 1990; HESS; OSTROM, 2009).

Por ello, y teniendo en cuenta de que este es un debate "contaminado por muchas ideas preconcebidas de carácter ideológico" (SCOCA, 2002; VITALE, 2013), resulta necesario aclarar y fijar el contenido de algunos puntos.

En primer lugar, hay que indicar que en el panorama de la doctrina jurídica también existe una línea interpretativa más serena y prudente (y, por lo tanto, menos conocida), que aquí se asume como la hipótesis de trabajo: aquella según la cual la dimensión de lo "común", aunque ya está presente en el sistema, puede reconstruirse especialmente dentro de los esquemas "institucionales" y, por lo tanto, dentro de los modelos de organización y de la actividad administrativa cuyo centro de gravedad está marcado, más que por un régimen de propiedad (pública o privada) por el ejercicio de funciones y deberes públicos de gobernanza de los diversos sectores a los que acceden los bienes (BOSCOLO, 2012).

2. El patrimonio cultural y sus "bienes".

En segundo lugar, la opción de centrar la atención en la experiencia jurídica italiana se basa en dos razones que parecen prometedoras a nivel heurístico.

A este respecto, hay que tener en cuenta las aportaciones de la doctrina italiana a la construcción del *acquis* europeo en el ámbito del patrimonio cultural (ver PRIETO DE PEDRO, 1992; VAQUER CABALLERÍA, 1998) que, como es sabido, se fundamenta en tres pilares teóricos: la doctrina alemana del Estado de cultura o

Kulturstaat, la doctrina francesa del servicio público cultural y la doctrina italiana del patrimonio cultural. El primero se refiere al marco constitucional del fenómeno cultural en su significado más holístico; el segundo y el tercero, por su parte, se centran en institucionalizar el régimen de derecho público en los dos componentes o dimensiones principales del fenómeno cultural, que son, por un lado, la “actividad”, en particular la realizada por las autoridades públicas a través de los servicios públicos culturales y, por otro lado, los “bienes” (bienes culturales). (VAQUER CABALLERÍA, 1998; 2015).

La referencia a considerar es, por lo tanto, la doctrina sobre los bienes culturales, cuyo origen radica en los trabajos de la Comisión Franceschini, establecida con la Ley 26 de abril de 1964, n. 310, del Parlamento italiano, que tenía por objeto estudiar las condiciones que en ese momento estaban vigentes y las necesidades en orden a la tutela y valorización de las cosas de valor cultural. En su Primera Declaración, la Comisión definió el patrimonio cultural en los siguientes términos: *“Appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i Beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i Beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivístico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà”*.

Inspirado en el texto de esta Declaración, Massimo Severo Giannini publicó en 1976 su estudio clásico *Los bienes culturales*, que sienta las bases de una doctrina fundamental en la dogmática posterior sobre el patrimonio cultural. Este ilustre autor, miembro eminente de dicha Comisión, enfoca la naturaleza jurídica de los bienes culturales en base a dos aspectos: la inmaterialidad y la publicidad. El autor se basa en el concepto de bien de Salvatore Pugliatti para afirmar que el bien cultural tiene como soporte una cosa, pero no se identifica con la cosa misma, sino con el bien que radica en el valor cultural que es inherente a la cosa en sí misma considerada. Por esta razón, la misma cosa, es decir, el mismo objeto es (o puede ser) elemento material de varios bienes jurídicos, en concreto, de un bien patrimonial y de un bien cultural. En este sentido, y sobre la base de estas premisas, la calificación del bien cultural como inmaterial supone que lo material es el soporte del bien, pero no es el bien en sí mismo, ya que su naturaleza viene dada por el valor cultural que tiene, lo que es inmaterial. En segundo lugar, el autor lo califica como un bien público “no en cuanto bien de propiedad, sino en cuanto bien de fruición” (GIANNINI, 1976). Esta diferenciación entre cosas y bienes y entre bienes y bienes culturales también se puede encontrar en el artículo 46 de la Constitución española y de esta manera ha sido ampliamente aceptada por la doctrina (en este sentido, VAQUER CABALLERÍA, 1998, 2015).

A los fines de nuestra investigación, es importante subrayar que, de acuerdo con la experiencia jurídica italiana, se sitúa en un primer plano sobre todo la dimensión de derecho público de los “bienes” culturales, lo que constituye, por lo tanto, un dato homogéneo tal y como se considera en la teoría de los bienes comunes.

3. El "asalto" al patrimonio cultural y la cuestión de los bienes comunes.

La experiencia italiana presenta características completamente peculiares también en el segundo ámbito de análisis, la cuestión de los bienes comunes. En primer lugar, porque el debate se consolida primero en la dimensión jurídica y luego se extiende, a través de diferentes formas, a las esferas político-institucionales, a la acción administrativa y a la sociedad civil.

"Italia S.P.A. El Asalto al Patrimonio Cultural" es el título de un libro de 2002 del arqueólogo e historiador del arte Salvatore Settis, uno de los primeros en alertar sobre la tendencia hacia un uso "incorrecto" del patrimonio cultural, que estaba siendo tratado como "un cadáver al que resucitar (...) a través de la retórica de los "depósitos culturales", para ser confiados a la sabiduría empresarial de los particulares o incluso para ser utilizados (...) por el Ministerio de Economía, si fuera necesario venderlo, como generador de ingresos" (SETTIS, 2002).

Poco después, de hecho, un Decreto Ley creó dos sociedades de carácter público, Patrimonio dello Stato S.p.A. e Infrastrutture S.p.A., con el objetivo de obtener recursos económicos a través de técnicas de desarrollo económico de una serie de bienes inmuebles de titularidad pública diseñadas según el modelo de las finanzas privadas. Y, posteriormente, en aplicación de una norma aprobada en 2010, que forma parte del Decreto Legislativo n. 85 de 2010 conocido como "federalismo demanial", un gran catálogo de propiedades, muchas de las cuales pertenecen al patrimonio cultural italiano, pueden ser objeto de distintas formas de alienación o cesión también a inversores internacionales.

Más o menos en el mismo período en el que se publica la obra de Settis, en Italia se va consolidando una reflexión sobre los bienes comunes, con el objetivo declarado de "cambiar la ruta" (MATTEI, REVIGLIO, RODOTÀ, 2007) que, hasta ese momento, había contado con el beneplácito generalizado de la doctrina jurídica, que había aceptado y apoyado, durante la década anterior, el imponente programa de reducción, o mejor dicho, de "re-regulación" en la esfera pública (MAZZAMUTO, 2000; DUGATO, 2002) que se había llevado a cabo a través de privatizaciones de organismos públicos, desinversiones de bienes públicos, y en la externalización (outsourcing) de los servicios públicos locales.

La cuestión de los bienes comunes se impone, en retrospectiva, en el momento en que se pasa de las privatizaciones de primera generación que "tenían que ver con *assets* que, en una economía capitalista, están naturalmente destinados a particulares (bancos, empresas, empresas)" a las denominadas privatizaciones de segunda generación, que "marcan el cambio en relación con la soberanía del mercado de los bienes que, tradicionalmente, habían sido considerados más por su *valor de uso* que por su valor de cambio" (NIVARRA: 2012).

De este modo, la doctrina propia de derecho privado encuentra una categoría de

bienes que fue fijada previamente por la ciencia jurídica de derecho público (RANELLETTI, 1897: "*res communes omnium*"; CAMMEO, 1960: "cosas comunes"; hasta el punto de inflexión marcado por GIANNINI, 1963: "bienes para uso colectivo") y que, desde la segunda mitad de la década de 1900 fue objeto de un estudio en profundidad, especialmente en los ámbitos la ciencia económica y política (HARDIN, 1968; HELLER, 1998; FENNEL, 2004; OSTROM: 1990; HESS -OSTROM: 2009).

La intervención en recursos básicos y de carácter vital como el agua (ver CRISMANI, 2016), o de carácter identitario, como el patrimonio cultural, junto con la privatización de varios servicios públicos locales y las reacciones que estos hechos han producido en la sociedad italiana, ayudan a explicar el gran desarrollo del debate italiano sobre los bienes comunes (CORTESE, B., 2017).

De este modo, hemos captado una primera conexión o nexo, en cierto modo "genético", entre el patrimonio cultural y la teoría de los bienes comunes.

4. Los bienes culturales y la noción jurídica de bienes comunes.

Sin embargo, hay otro más convincente y significativo.

Cabe recordar que en 2007 se creó una Comisión en el Ministerio de Justicia italiano, presidida por el jurista Stefano Rodotà (conocida, por ello, como la "Comisión Rodotà") a la que se le encomendó la tarea de formular una propuesta para reformar el Código Civil de 1942 en la parte relativa a los bienes públicos.

Al final de su trabajo, la Comisión preparó un proyecto de ley, que nunca fue aprobado por el Parlamento.

Sin embargo, la propuesta del articulado de la Comisión Rodotà contiene una "definición jurídica" de bienes comunes, formulada de la siguiente manera: "*Los bienes comunes son las cosas que expresan utilidad funcional para el ejercicio de los derechos fundamentales, así como para el libre desarrollo de la persona. Los bienes comunes deben ser protegidos y salvaguardados por el ordenamiento jurídico, también en beneficio de las generaciones futuras.*

Los titulares de bienes comunes pueden ser entidades jurídicas públicas o privadas, en cualquier caso, su disfrute colectivo debe estar garantizado, dentro de los límites y de acuerdo con los métodos establecidos por la ley".

Y a continuación, se incluye una lista de ejemplos (no exhaustiva) de bienes comunes: "(...) ríos, arroyos y sus fuentes; lagos y otras aguas; aire; parques definidos por la ley, bosques y zonas boscosas, zonas montañosas de gran altitud, glaciares y nevadas perennes; costas y extensiones de costa declaradas reserva ambiental (...); zonas arqueológicas, culturales, medioambientales y otras zonas paisajísticas protegidas".

Con respecto a los bienes públicos, la Comisión propone la plena aceptación del principio (que, por otro lado, ya había sido aceptado en la en la doctrina y en la jurisprudencia: ver POLICE, 2008; ROMANO TASSONE, 2008, RENNA, 2009; GIANI, 2016) según el cual la dimensión pública de los bienes puede garantizarse

independientemente de si la titularidad (propiedad) le corresponde a un organismo público (noción de bien público en sentido objetivo: "por destinación")

Así surge el vínculo, que es el que aquí se pretende buscar, entre los bienes culturales y los bienes comunes.

La definición de bienes comunes proporcionada por la Comisión Rodotà propuso, en retrospectiva, la "generalización de un modelo ya conocido por el sistema: el de los bienes culturales", que se tomaron como paradigma de referencia tanto para los bienes comunes como para los bienes públicos y la reforma sobre esta disciplina en el Código Civil.

De hecho, y basándose en su estatuto jurídico, los bienes culturales ya eran "bienes comunes" en el sentido propuesto por la Comisión: "bienes de fruición colectiva", tanto si eran propiedad pública como si eran propiedad privada, ya que estaban considerados como bienes que "desarrollan una utilidad funcional para el ejercicio de los derechos fundamentales, así como para el libre desarrollo de la persona" y que están (y estaban) "protegidos y garantizados por el ordenamiento jurídico, también en beneficio de las generaciones futuras".

Sin embargo, es un hecho que la propuesta de reforma nunca ha sido aprobada y que los bienes culturales nunca llegaron a ser convertidos, como se pretendía, en una especie dentro de un género más amplio, que constituyen los bienes comunes.

Si esto es así, está claro que cuando, como sucede a menudo, se hace retroceder la categoría teórica de los bienes comunes sobre el patrimonio cultural, o incluso a su estatuto jurídico, se está llevando a cabo una operación que, a nivel jurídico, puede resultar engañosa o, al menos, una mera dogmática superflua.

Además, hay que indicar que, en desarrollos posteriores, la categoría de los bienes comunes también fue invocada en el contexto de acontecimientos como el referéndum sobre servicios públicos locales (como, por ejemplo, en el caso del referéndum sobre las aguas públicas) y varias ocupaciones de espacios públicos que estaban abandonados y en desuso.

Luca Nivarra ha señalado, a este respecto, que la manera en la que "divienen común los bienes ocupados, o las empresas que administran los servicios públicos, presentan muchos más puntos de conexión con la noción de bienes comunes fijada por la ciencia económica, algo que (...) no sucede con la definición jurídica de bienes comunes proporcionada por la Comisión Rodotà".

Esta última, en la que el estatuto jurídico de los bienes culturales constituía el paradigma de referencia, insiste en dar prioridad al rasgo de la fruición (que ha de ser garantizado a la comunidad) antes que a la gestión ("reclamado" por la comunidad) (NIVARRA, 2017).

5. El valor paisajístico de los "dominios colectivos" y de los "bienes de uso cívico."

Otro de los elementos más originales del debate jurídico surgido en Italia es que algunos modelos que, de acuerdo con la doctrina, potencialmente podían ser considerados ejemplos de "bienes comunes", como los "dominios colectivos" (sobre los cuales se verá a continuación la Ley de 20 de noviembre de 2017, n. 168), han sido interpretados, por un lado, como la recuperación (o quizás el redescubrimiento) de antiguas instituciones legales canceladas por la modernidad que tuvieron su origen en la Ilustración o, por otro lado, las ramificaciones extremas de instituciones de un pasado distante que han pasado por más o menos siglos de historia y profundos cambios en los sistemas jurídicos indemnes (GROSSI: 1977; MARINELLI, 2013, 2017).

Una realidad, ésta, muy compleja y con enormes diferencias que se ha extendido por todo el territorio italiano, desde los Alpes hasta las regiones del sur y las islas: las "Antiche Regole" del Véneto, las "Consorterie" de Piemonte y del Valle de Aosta, los "Comunelle del Carso", las "Vicinie" de Friuli, las comunidades familiares de montaña, las "Comunanze agrarie" de Umbria y Marche; las "Universidades agrarias" de Lazio, los dominios cívicos y derechos de uso cívico en el sur de Italia, los "Tratturi" (que se han generalizado especialmente en Molise, Abruzzo y Puglia), o los "Masi chiusi", entre otros.

Este aspecto resulta tan amplio que no se puede desarrollar aquí, ni siquiera brevemente.

Sin embargo, es útil, por un lado, recordar una indicación del alcance metodológico contenido en el último estudio publicado sobre el tema. Así pues, y dado que "debemos estudiar estos temas en una clave histórica y no ideológica, (...) es apropiado mantener una línea divisoria entre el ámbito de los dominios colectivos y las teorías elaboradas por la dogmática de los bienes comunes" (SPOTO, 2020); y, por otro lado, es también útil para aclarar cuál es el vínculo que, por otro lado, ciertamente existe, pero que resulta más correcto destacar sin tener que recurrir a la mediación del filtro teórico de los bienes comunes, que se sitúa entre los "dominios colectivos" (o "usos cívicos", si se le da a esta expresión un sentido más amplio) y la tutela (protección) del patrimonio cultural.

Este es un aspecto que ha estado en el foco desde los años ochenta del siglo XX, cuando se entendió que los bienes cívicos podían desempeñar, o más bien llevar a cabo naturalmente, una función ambiental. Un ilustre historiador, Giuseppe Galasso, que ocupó en esta época el cargo de subsecretario en el Ministerio del Medio Ambiente, interpretó esta tendencia, al percibir cómo representaban una enorme herencia para preservar y mejorar. La ley n. 431 de 1985 sobre la protección del paisaje (conocida como la "Ley Galasso"), por lo tanto, tomó en consideración explícitamente los usos cívicos porque, como el Tribunal Constitucional aclaró en algunas sentencias relevantes (Tribunal Constitucional n.133 / 1993; n. 46 / 1995; n.113 / 2018) - "Junto con los intereses locales (...), existe el interés de la comunidad en general en la conservación de los usos cívicos en la medida en que contribuye a la protección del medio ambiente y el paisaje": un "interés unitario de la comunidad

nacional para la conservación de usos cívicos, en la medida en que contribuyan a determinar la forma del territorio en el que se ejercen, como producto de una integración entre el hombre y el medio ambiente natural "(CERULLI IRELLI, DE LUCIA, 2016; MARI, 2019).

6. El paisaje como "ambiente cultural".

La ley a la que hemos hecho referencia, la Ley n. 431 de 1985 sobre la protección del paisaje, marcó un paso evolutivo fundamental en el ordenamiento jurídico italiano.

En Italia, como se sabe, ya existía una tradición dilatada y rica de protección paisajística, que remontaba a la Ley de 29 de junio de 1939, n. 1497, de Tutela de las Bellezas Naturales. Italia es también el primer país en elevar a rango constitucional la protección del paisaje (art. 9.2 de la Constitución Italiana de 1948).

De hecho, fue la Ley n.431 de 1985 que pasó claramente de la lógica fragmentaria del "vínculo" (CASSESE, 1975), que caracterizaba las leyes coetáneas y gemelas de 1939, la ley n. 1089, sobre las "cosas del arte" y la citada ley sobre las "bellezas naturales" (sobre estas leyes, ver ALIBRANDI, FERRI, 1985) – a desarrollar un enfoque sistémico, basado en el carácter obligatorio del "plan paisajístico"¹ y en el concepto de gestión "integradora" (IMMORDINO, 1991; CARTEI, 1995).

En primer lugar, se amplía el objeto de protección: se pasa de las bellezas naturales al "paisaje" entendido como "forma del territorio" (PREDIERI, 1969, 1981), tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos; un sistema de relaciones creado y recreado continuamente por las comunidades humanas: "ambiente cultural" y "de vida" (el hábitat) de los seres humanos (GIANNINI, 1973; CAFAGNO, 2007; CAFAGNO, M., D'ORSOGNA, D., FRACCHIA, F., 2018).

Objeto de protección paisajística son los "valores" naturales, estéticos y culturales del territorio (ver VAQUER CABALLERÍA, 2018).

La ley califica como bienes paisajísticos, entre otros, áreas tales como el litoral, los ríos y torrentes, los glaciares, las montañas y los volcanes, o los parques y reservas nacionales o regionales; y también las cosas de destacada "belleza natural" o "singularidad geológica", incluidos los "árboles monumentales".

Los instrumentos de intervención también cambian: se le da un papel protagonista al "plan paisajístico", un instrumento de escala macro-territorial (regional) y que se sitúa en el centro de todo el sistema de planes que pudiera tener un impacto en el territorio (planes territoriales, de ordenación, ambiental, de los parques y áreas naturales protegidas, de las cuencas hidrográficas, de carácter hidrogeológico, de las zonas forestales, etc ...). El plan paisajístico también debe incluir, dentro de él, todas las normas y limitaciones de carácter puntual y fragmentario preexistentes, volviéndolas a ensamblar en una visión unificada y general.

El Tribunal Constitucional ha aclarado, desde los años ochenta del siglo pasado (sentencias núms. 151, 152 y 153 de 1986; núms. 327 y 344 de 1990), que la tarea principal de la planificación del paisaje es precisamente coordinar y reparar

¹ En la Ley de 1939 el "plan territorial paisajístico" tenía un carácter facultativo.

efectivamente ("Integrar"), en un nivel funcional, todas las competencias (separadas en el nivel abstracto) relacionadas con los temas del gobierno del territorio, el medio ambiente o el paisaje (ZEVIANI PALLOTTA, 1998, D'ORSOGNA, 1994).

La Ley de 1985 preveía, por lo tanto, muchos rasgos que fueron desarrollados posteriormente de manera mucho más extensa por el Convenio Europeo del Paisaje del Consejo de Europa, firmado en Florencia en el año 2000 y por el Decreto Legislativo de 22 de enero de 2004, n.42, Código de los Bienes Culturales y del Paisaje (en adelante: el Código). Lo principal es la relevancia que se otorga al "contexto de vida" de todos los que forman parte del mismo, lo que también explica y fundamenta una mayor atención hacia el desarrollo sostenible en los perfiles ambientales y sociales vinculados a la "gestión" del paisaje y al "gobierno del territorio" (CARTEI, 2017), también reconocido por el Consejo de Estado en 2012: el "gobierno del territorio" debe entenderse como la intervención de organismos exponenciales en su territorio, de acuerdo con un desarrollo total y armónico del mismo "a la luz" tanto del potencial de construcción de los lugares en relación con las necesidades reales de vivienda de la propia comunidad y las preferencias concretas de los lugares, ya sean por su valor ambiental y paisajístico, como por las necesidades económicas y sociales de la comunidad que está arraigada en ese territorio" (Sentencia de la Corte Constitucional, sección IV, 27 de mayo de 2012, n. 2710) .

Los desarrollos más recientes tanto en la legislación regional como en las experiencias locales han utilizado estas directrices como base (URBANI, 2015; D'ORSOGNA 2015).

Por lo tanto, se buscó una mayor participación de las comunidades y los órganos territoriales mediante la gestión "integrada", en virtud de la cual fue abriéndose la posibilidad de colaboración de la sociedad civil, también en la línea impulsada por diversos actos y documentos internacionales, desde la Agenda 21 de la ONU (1997) hasta la Nueva Agenda Urbana de las Naciones Unidas (HABITAT III, Quito, 2016), que declina los ODS de la Agenda 2030 en relación con el espacio urbano y que, a su vez, representa el punto de referencia de la Agenda Urbana para la Unión Europea, adoptado el 30 de mayo de 2016, y que es más conocido como el "Pacto de Ámsterdam".

Las áreas y los instrumentos a través de los cuales es posible detectar esta evolución son múltiples: la "revitalización" de los centros históricos (SCOCA, D'ORSOGNA, 1995); la "regeneración urbana" y sus herramientas (CARTEI, 2017); los "programas complejos" y los "programas de intervención integrados"; el conocido como el "derecho a la ciudad" o, para ser más precisos, el "derecho al ambiente urbano" (GUIDO, 2018) y las herramientas para el "cuidado" de los llamados "bienes urbanos comunes" (GIGLIONI, 2017, IAIONE, 2018); los pactos o acuerdos para la gestión integrada de las zonas costeras, fluviales, húmedas, paisajísticas, como, por ejemplo, los "contratos costeros", contratos fluviales, "contratos de laguna", "contratos de paisaje" (CASU, 2009; BOSCOLO, 2011); o los distritos culturales e itinerarios culturales (AREDDU, 2019).

El paisaje (que encontró, como ya se ha indicado previamente, su punto de partida en una de las dos leyes de 1939, la Ley de las "bellezas naturales") ha sufrido una

evolución muy adelantada respecto a la evolución que han tenido los bienes culturales – como se analizará en los siguientes párrafos – y respecto a los cuales el enfoque tradicional italiano, concentrado sobre todo en una categoría específica y particular – esto es, aquellos que tienen un “soporte material” – ha mostrado sus puntos fuertes, pero también algunas limitaciones.

El bien cultural - en este sentido restrictivo - se ha entendido durante mucho tiempo como una sinécdoque, como sinónimo de "patrimonio cultural" (PICOZZA, SICLARI, 2019).

Una perspectiva absolutista y, de alguna manera, "mutiladora", que, sin embargo, no está presente en la concepción del patrimonio cultural incorporado en la Constitución ni en la experiencia jurídica española (VAQUER CABALLERÍA, 1998; PRIETO DE PEDRO, 1992).

El Código de Patrimonio Cultural y Paisaje incluye espresamente en la legislación estatal, aunque ese concepto ya estaba implícito en el ordenamiento y presente en la doctrina (y en las leyes regionales), un concepto unitario de "patrimonio cultural", en línea con "la unidad de la función cultural" reconocido en el artículo 9 de la Constitución (IACOPINO, 2017, VIDETTA, 2018).

Según el artículo 2.1 del Código, los “bienes paisajísticos” y los “bienes culturales” son dos clases del género común “patrimonio cultural”,

7. Patrimonio cultural y la “función cultural” de los poderes públicos.

En los últimos veinte años, como acabamos de ver, el patrimonio cultural se ha visto afectado por una evolución notable, que ha afectado, no sin resistencia ni frenos, también a la esfera de los bienes culturales, cuya formulación básica siguió siendo la de la ley (n. 1089) de 1939, mencionada anteriormente, que había constituido el principal punto de referencia también para la elaboración teórica de Giannini.

De este modo, el tradicional perfil estático de la tutela se unió y se vinculó a un perfil dinámico (promocional) de la protección en sí, denominado “*valorizzazione*” (en adelante, valorización).

En la disciplina normativa, el término "valorización" se utiliza para hacer referencia al perfil funcional, es decir, a las funciones y actividades que tienen como finalidad dar una mejor “fruición pública” del patrimonio cultural. El término "gestión", por otro lado, se utiliza en relación con el perfil organizativo (de la “valorización”) a través de las distintas formas organizativas que se pueden adoptar para llevar a cabo dichas actividades de “valorización”.

La noción de “valorización” se introduce en el ámbito normativo a través del art. 152 del Decreto Legislativo no. 112 de 1998, que ofrece, por primera vez, una definición general de este término, así como una indicación analítica de las actividades que la caracterizan. Sin embargo, la norma no desplegó inmediatamente su carácter innovador por distintos motivos: el primero, porque el marco normativo, en su conjunto, todavía seguía estando basada en el sistema que se había implantado

con la legislación de 1939. El segundo motivo es porque, en ese mismo momento temporal, se estaba elaborando una legislación especial en la que, de manera paralela, se le daba un sentido económico-financiero a la “valorización” de los bienes públicos (al que ya hemos hecho referencia en el apartado 2 entre los factores que han contribuido a la “reacción” de los bienes comunes).

Sin embargo, la norma de 1998 es importante porque comienza de nuevo a iniciarse una evolución de la disciplina en el ámbito del patrimonio cultural después de un estancamiento prolongado, marcando así el inicio de un camino evolutivo que, a través de la reforma constitucional de 2001, culminará en el Código del patrimonio cultural y del paisaje (en adelante, el Código) de 2004, según el cual “La “valorización” consiste en el ejercicio de funciones y en la disciplina de actividades destinadas a promover el conocimiento del patrimonio cultural y garantizar las mejores condiciones para la utilización y la fruición pública del patrimonio en sí, también por personas con discapacidad, con el objeto de promover el desarrollo de la cultura” (art. 6, párrafo 1).

El Código se abre, como es lógico, con la reafirmación de la inseparabilidad y la continuidad de la tutela y la “valorización”: que “contribuyen a preservar la memoria de la comunidad nacional y su territorio y a promover el desarrollo de la cultura” (art. 1, párrafo 2), porque el fenómeno cultural es, al mismo tiempo, memoria y testimonio del pasado, experiencia del presente y génesis del futuro de una comunidad” (RIMOLI, 2016).

Esto supone la implementación y el desarrollo de una lectura por fin unitaria y “circular” (AINIS, 1991; RIMOLI, 1992; AINIS, FIORILLO, 2008) del art. 9 de la Constitución italiana (“*La República promueve el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica. Protege el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la nación*”), en virtud de la cual, además de la protección de su valor estético-cultural y del papel que desempeña el patrimonio cultural, se consolida la obligación de la “función cultural”, de la que la Constitución determina tanto sus fines como su resultado.

Una lectura que demanda la necesidad de llevar a cabo una recomposición armónica entre la promoción y la protección, entre el perfil dinámico y el perfil estático, tal como la doctrina de Derecho constitucional ha puesto de relieve desde hace tiempo (PREDIERI, 1969; MERUSI, 1975).

La tutela del patrimonio cultural, a la que se refiere la Constitución italiana, no termina en la conservación y la protección, sino que se extiende también a la promoción y el desarrollo, así como a la dimensión intergeneracional (véase el artículo 117, párrafo 2, letra s), y a la tutela del valor que tiene el progreso cultural de la sociedad, en el marco de los fines fundamentales establecidos en la Constitución (PREDIERI, 1969).

Una función unitaria que el art. 9 de la Constitución atribuye a la “República” en su conjunto (“*La República promueve ... Tutela ...*”), con la consecuencia de que la

"misión", que se impone a una pluralidad de sujetos ("pluralismo operativo"), es "común" (MERUSI, 1975). De este modo, la protección, la conservación y la "valorización" constituyen "un objetivo que se extiende a todos los sujetos del ordenamiento" (MERUSI, 2007), no solo al Estado-aparato, sino también a los otros niveles de gobierno (regional, provincial y municipal) y, además, tras la entrada en vigor del artículo 118 de la Constitución, reformada en 2001, también es aplicable a la propia sociedad civil (MANFREDI, 2011).

El Código, por lo tanto, tanto para los bienes como para las actividades culturales, confirma la solución "institucional", que se enriquece con la configuración del derecho a la cultura como un derecho fundamental (ZAGREBELSKY, 2014; CAVALLO PERIN, 2016; CARCIONE, 2013; VAQUER CABALLERÍA, 2015).

Desde esta perspectiva, resulta preciso destacar la ley n. 182 de 2015, que ha incluido la tutela del patrimonio cultural entre las actividades a las que se le deben garantizar las prestaciones suficientes que aseguren "los niveles esenciales" (establecidos en el artículo 117 párrafo 2, letra m, de la Constitución) de manera uniforme en todo el territorio nacional. Estos niveles constituyen la nueva acepción de la igualdad sustancial y, al mismo tiempo, el resultado dinámico en torno al cual, sobre el plano funcional, la República pluralista y de las autonomías debe armonizarse teniendo en cuenta los múltiples sujetos que forman parte de la misma (D'ORSOGNA, 2005, 2007, 2010).

8. "Valorización" y gestión del patrimonio cultural: el papel de la subsidiariedad.

La progresiva relevancia que ha ido adquiriendo el perfil de la "valorización" del patrimonio cultural ha determinado la necesidad de adaptar, en consecuencia, las estructuras organizativas y funcionales en ese sector. La primera innovación significativa en el sector específico, en contraste con el tradicional modelo centralizado y uniforme de administración pública, se introdujo en 1998 a través de la puesta en marcha de formas de cooperación "estructurales y funcionales" entre el Estado, las regiones y los entes locales basadas en el "principio de colaboración leal", que es el criterio que sirve para ordenar las relaciones entre los distintos niveles de gobierno (Criterio elaborado por el Tribunal Constitucional sobre la base de una lectura sistemática de la Constitución; en particular, de los artículos 1, 2, 3, 5, 97, 114, 117, 118, 120).

Asimismo, es preciso destacar la reforma del Título Quinto de la Segunda Parte de la Constitución llevada a cabo en 2001, que, en su artículo 118, constitucionalizó el principio de subsidiariedad en sus dos significados, tanto la subsidiariedad "vertical" como la "horizontal" (*ex multis*: CERULLI IRELLI, 2004), un principio que ha sido posteriormente incorporado y desarrollado por la legislación posterior.

El artículo 6.3 del Código (*"La República favorece y apoya la participación de particulares, de manera individual o asociados, en la valorización del patrimonio cultural"*),

es aplicación directa del principio de subsidiariedad horizontal (art. 118, párrafo 4, de la Constitución).

Las actividades de “valorización” deben llevarse a cabo desde una perspectiva integradora de los sujetos públicos y privados, mientras que siguen quedando a cargo de la administración pública las funciones de regulación, coordinación, supervisión y control, además de que la administración debe encargarse también de garantizar una prestación adecuada, uniforme y

universal del servicio cultural, al menos, en sus niveles esenciales y de garantizar igualmente la protección y salvaguardia del patrimonio cultural.

Así pues, se produce una interrelación recíproca entre la subsidiariedad vertical y la subsidiariedad horizontal, que “se entrelazan y se apoyan mutuamente” (MANGANARO, 2014), porque el principio de subsidiariedad horizontal se basa sobre el reconocimiento de la capacidad de la sociedad civil para lograr los intereses generales, sin olvidar la necesidad de que las entidades públicas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad vertical, garanticen, en todo caso, los niveles esenciales de la prestación (RESCIGNO, 2002; SORACE, 2012).

Se produce, de esta manera, una intersección en la que los sujetos públicos y privados convergen, y sin que se produzca ningún tipo de confusión a la hora de definir las posiciones, roles y responsabilidades que les corresponden a cada uno, que, como no podría ser de otra manera, son y deben estar claramente diferenciados desde el punto de vista jurídico (LEDDE, 1993) en el cuidado del interés público y que necesariamente influye en la identificación de las formas de organización necesarias para responder a las necesidades de la comunidad, y avanzando naturalmente hacia la creación de “estructuras organizativas de geometría variable” (MANGANARO, 2014).

Se consolida así un espacio en el que las entidades privadas operan y actúan para satisfacer los intereses generales y que se fundamenta en los principios de soberanía popular y de solidaridad social reconocidos en los artículos 1 y 2 de la Constitución, respectivamente, preceptos en los cuales algunos autores han identificado el fundamento último de la administración pública, entendida como una “forma” organizada de la sociedad civil (BERTI, 1994; BENVENUTI, 1994; ZITO, 2012).

Desde esta perspectiva, la ciudadanía y la sociedad civil se convierten en protagonistas “activos” también en los procesos de “valorización” del patrimonio cultural, tal y como se manifiesta en el Código, que se muestra favorable, por un lado a los modelos de co-planificación y participación en relación con los bienes paisajísticos (art. 144), y, por otro lado, a cualquier otra forma de acción consensuada aplicable a los bienes culturales (art. 112 y 115), como herramientas operativas que debe utilizar la administración de manera preferente.

Además, también resulta claro el papel que pueden asumir en la valorización del patrimonio cultural, los entes privados, ya sean propietarios, fundaciones de carácter

asociativo², organizaciones civiles³, asociaciones no lucrativas y todas las entidades que se prevén en la reciente ley de reforma del "Tercer sector" (Decreto Legislativo n. 117 de 3 de julio de 2017).

A estos sujetos se añade, además, una modalidad adicional de intervención de los sujetos privados, como, por ejemplo, entidades de lucro, que pueden participar a través de figuras como el mecenazgo cultural⁴, los patrocinios⁵ y asociaciones con participación pública y privada⁶.

Y La función cultural también se manifiesta a través de la intervención reguladora del Estado para proteger el derecho a la fruición colectiva, también a la luz de la codificación de los niveles esenciales de los servicios en el sector cultural que han sido mencionados anteriormente.

De acuerdo con esta perspectiva, la solución "institucional" (la función cultural de la República) parece evolucionar hacia una garantía más amplia del pluralismo de la cultura, a través del establecimiento de modelos organizativos adecuados para construir una "sinergia de competencias entre todos los actores públicos, institucionales y particulares involucrados" (Convención de Faro⁷, art. 1).

Modelos de estructura participativa, abiertos a la participación de la sociedad civil y la garantía de diferentes instancias (RIMOLI, 2016), que están en línea con la Convención de Faro, cuyo objetivo es poner en valor y tener en cuenta el nexo de unión "entre la cultura y la comunidad", ya presente en la Convención de la Unesco de 2003, y que identifica a la "participación" como un elemento esencial de las políticas culturales.

Una solución que evoca formas de acción concurrente o conjunta público-privada y en la que, por lo tanto, como se mencionó al comienzo de este trabajo, la dimensión de lo "común" encuentra su propio espacio de desarrollo y de legitimación dentro de un amplio rango de modelos "institucionales" de organización y actividades administrativas previstas en el derecho positivo.

9. Luces y sombras de la administración "compartida" del patrimonio cultural.

2 Las fundaciones de asociación son la expresión de formaciones sociales protegidas constitucionalmente de conformidad con el art. 2 de la Constitución. Entre las fundaciones de carácter asociativo (o fundaciones privadas) se encuentran las instituciones de asistencia y caridad, las fundaciones hospitalarias, las instituciones de seguridad social de los trabajadores independientes, las fundaciones de origen bancario, las llamadas fundaciones comunitarias y fundaciones de participación. Los llamados fundamentos de comunidades y fundaciones de participación son categorías "híbridas" entre el modelo de la fundación (fundaciones de beneficencia pública) y el modelo de la asociación (corporaciones), que tienen el propósito de mejorar la calidad de vida de la comunidad (las llamadas fundaciones comunitarias) que, sin embargo, persiguen un propósito de interés general (fundamentos de participación).

3 Las organizaciones cívicas son grupos organizados ocasionalmente para la protección de un interés general.

4 Decreto Legislativo n. 83 de 2014, convertido con enmiendas por la Ley n. 106 de 2014.

5 Artículos 19 y 151 del Decreto Legislativo n. 50 de 2016 (Código de Contratos públicos).

6 Artículo 151, párrafo 3, del Decreto Legislativo n. 50 de 2016 (Código de Contratos Públicos).

7 Convención del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad.

A este esquema general pueden también reconducirse modelos como, por ejemplo, la "administración compartida" – que ha sido diseñada por la doctrina (ARENA, 1997, 2017) y ampliamente implementada en la práctica por muchas autoridades locales - para el "cuidado" y "gestión" (los términos casi siempre se usan, dentro de estas fórmulas, en un sentido muy general y no en su sentido técnico) de bienes destinados al uso colectivo.

Estos "modelos" requieren al menos de dos "momentos" institucionales: por un lado, la aprobación de un reglamento por parte del ente local (generalmente, el municipio), y por otro lado, la celebración de un "pacto" de colaboración entre la autoridad local y los ciudadanos (ya sean individuos o colectivos).

Del análisis del contenido de los reglamentos municipales destaca también el hecho de que los acuerdos de colaboración previstos en ellos no pueden asimilarse a "contratos paritarios de derecho privado" (en este sentido, ARENA). Basta recordar, a este respecto, entre otros, los Reglamentos aprobados en el Municipio de Bolonia (2014) y el Municipio de Trento (2015) que generalmente rigen las formas de colaboración entre los ciudadanos y la Administración para el cuidado y la regeneración de los "bienes urbanos comunes". Pues bien, ambas normas, de hecho, califican la "función de promoción y coordinación de colaboración con ciudadanos activos" como una "función institucional" de la autoridad local y prevén el deber de la administración pública, de evaluar las propuestas de colaboración que reciban.

Esto es suficiente para afirmar que siempre es posible identificar, río arriba de los pactos o acuerdos de colaboración entre la Administración y los ciudadanos, un proceso de determinación discrecional del interés público concreto por parte de la Administración (SCOCA S.S., 2021).

En la forma de "administración compartida" descrita anteriormente, se prevén expresamente dos determinaciones (GIGLIONI, 2017): en primer lugar, un ejercicio de discrecionalidad "instrumental" (organizativa) a través de un reglamento (el art. 117.6 atribuye la potestad reglamentaria a los municipios); y, en segundo lugar, un acto de adhesión a la propuesta de colaboración, a través de una elección basada en una valoración discrecional que debe llevar a

cabo la Administración "de acuerdo con el criterio habitual de interés público" (SCOCA, 2002).

La actividad administrativa que precede y prepara el acto de adhesión al "pacto" - cualquiera que sea la naturaleza que se quiera reconocer en cada caso (ya sean contratos de derecho privado; contratos de derecho público, acuerdos de derecho privado especial: ver DIPACE, 2017) - constituye, a todos los efectos, actividad administrativa, con su propio estatuto jurídico y sometido a sus propios principios (principios de legalidad, funcionalidad, imparcialidad, proporcionalidad, etc.).

El acalorado debate sobre la "naturaleza" de estos acuerdos, por lo tanto, no es muy útil y resulta, de alguna manera, engañoso. De hecho, y a la luz de lo que se ha indicado, debe quedar claro que el enfoque subyacente no es correcto. El intento de

querer resolver en abstracto el problema de la "naturaleza" (pública, privada, mixta) de estos acuerdos para establecer cuál es la disciplina que ha de aplicarse a la relación jurídica entre la administración y los ciudadanos.

En relación con el acuerdo (el pacto de colaboración), se trata de establecer directamente qué régimen le es aplicable, basado en el análisis del derecho positivo. En nuestra opinión, dado que se trata de acuerdos que implican una "determinación discrecional", deben someterse a la Ley de procedimiento administrativo (Ley n. 241 de 1990, artículo 11).

En conclusión: la "solución institucional" a los problemas de cuidado y gestión del patrimonio cultural se ha visto afectada por un proceso evolutivo que está cambiando muchos de sus "ingredientes". También se enriquece con la dimensión "común", adoptando así una configuración más democrática y abierta, participativa e inclusiva de las más diversas instancias.

Incluso los partidarios del llamado modelo de la "administración compartida" de bienes comunes reconocen expresamente que el modelo que ellos defienden no es una alternativa a la Administración ni pretende reemplazarla, sino simplemente "acompañarla" y "subsidiarla" (ARENA, 2017).

Mientras tanto, han aparecido en escena nuevas fórmulas fascinantes: el "trueque administrativo"⁸ (CRISMANI, 2017; MANZETTI, 2018), la Administración que no ordena, pero coordina (CORTESE, F., 2016), la "Colaboración administrada" (CHIRULLI, 2018), o la "Co-ciudad" (IAIONE, 2018).

Todas estas figuras tienen en común el reconocimiento de una tendencia que ha sido bien recibida hacia la regulación de instancias participativas y colaborativas que han surgido espontáneamente en la sociedad civil⁹.

Esta tendencia, además de tener muchos aspectos positivos, también presenta algunos riesgos que deben tenerse en cuenta, como, por ejemplo, el riesgo de que se produzca un endurecimiento excesivo al interés espontáneo que es una de las características fundamentales del activismo democrático. Otro riesgo, aun mayor si cabe, puede darse si afecta al requisito de voluntariedad, requisito que deviene necesario para poder hablar de una participación verdaderamente democrática, transformando, de ese modo a los ciudadanos en "funcionarios" (PUBUSA, 2009; SARTORI, 2008; L. BOBBIO, 2006).

BIBLIOGRAFIA

AINIS, M. (1991) *Cultura e politica. Il modello costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1991.

AINIS, M.; FIORILLO, M. (2008) *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*. Milano: Giuffrè, 2008.

ALIBRANDI, T.; FERRI, P.G. (1985) *I beni culturali e ambientali*. Milano: Giuffrè, 1985.

⁸ Artículo 190 del Decreto legislativo de 18 de abril 2016, n. 50, "Codigo de los Contractos Publicos".

⁹ Más de 150 municipios italianos han aprobado reglamentos de este tipo.

- AREDDU, A. (2019) *Contributo allo studio degli itinerari culturali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
- ARENA, G. (1997) Introduzione all'amministrazione condivisa. *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, n. 117-119, pp. 29-65.
- ARENA G., *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006
- ARENA, G. (2017) Un nuevo derecho para la administración compartida de los bienes comunes. La experiencia italiana. *Revista de Administración Pública*, 2017, n. 203, pp. 423-441.
- BENVENUTI, F. (1994) *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*. Venezia: Marsilio, 1994.
- BERTI, G. (1994) *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*. Padova, CEDAM, 1994.
- BOBBIO, L. (2006) Dilemmi della democrazia partecipativa. *Democrazia e Diritto*, 2006, n. 4.
- BOMBARDELLI, M. (2016) La cura dei beni comuni come via d'uscita dalla crisi. En BOMBARDELLI, M. (dir) *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016.
- BONETTI, T. (2013) I beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano tra "mito" e "realtà". *Aedon*, 2013, n. 1, <<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2013/1/index113.htm>>.
- BOSCOLO, E. (2011) La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze. *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2011, n. 1, pp. 40-78.
- BOSCOLO, E. (2012) *Le risorse idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*. Milano: Giuffrè, 2012.
- CAFAGNO, M. (2007) *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*. Torino: Giappichelli, 2007.
- CAFAGNO, M.; D'ORSOGNA, D.; FRACCHIA, F. (2018) Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica. *Diritto e processo amministrativo*, 2018, n. 3, pp. 713-760.
- CAMMELLI, M. (2016) Unità e pluralismo culturale. En CHITI, E.; GARDINI, G.; SANDULLI, A. (dir) *Unità e pluralismo culturale*. Firenze: Firenze University Press, 2016, pp. 459-465.
- CAMMEO, F. (1960) *Corso di diritto amministrativo*. Padova, CEDAM, 1960.
- CARCIONE, M. (2013) Dal riconoscimento dei diritti culturali nell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale. *Aedon*, 2013, n. 2 <<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2013/2/index213.htm>>.
- CARTEI, G.F. (1995) *La disciplina del paesaggio tra conservazione e fruizione programmata*. Torino: Giappichelli, 1995.
- CARTEI, G.F. (2017) Rigenerazione urbana e governo del territorio. *Istituzioni del Federalismo*, 2017, n. 3, pp. 603-623.
- CARTEI, G.F. (2019) Strumenti giuridici della rigenerazione urbana. En PASSALACQUA, M.; FIORITTO, A.; RUSCI, S. (dir) *Ri-conoscere la rigenerazione: strumenti giuridici e tecniche urbanistiche*. Maggioli Editore: Santarcangelo di Romagna, 2019, pp. 17-38.
- CASSESE, S. (1975) I beni culturali da Bottai a Spadolini. *Rassegna degli Archivi di Stato*, 1975, pp. 116-142.

- CASU, S. (2009) Note in tema di gestione integrata del litorale e Conservatoria delle coste della Sardegna. *GiustAmm*, Novembre, 2009.
- CAVALLO PERIN, R. (2016) Il diritto al bene culturale. *Diritto Amministrativo*, 2016, n. 4, pp. 495-510.
- CERULLI IRELLI, V. (2004) Sussidiarietà (dir. amm.). *Enciclopedia giuridica*, agg. XII, 2004.
- CERULLI IRELLI, V.; DE LUCIA, L. (2016) Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso. *Politica del diritto*, vol. XLV, pp. 3-35.
- CHIRULLI, P. (2018) Sussidiarietà e collaborazione «amministrata». En CHIRULLI, P.; IAIONE, C. *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*. Napoli: Jovene, 2018, pp. 55-60.
- CORTESE, B. (2017) Patrimonio culturale, diritto e storia. En BATTELLI, E.; CORTESE, B.; GEMMA, A.; MASSARO, A. (dir), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*. Roma: RomaTrE-Press, 2017, pp. 11-23.
- CORTESE, F. (2016) Dentro il nuovo diritto delle città. *Munus*, 2016, n. 2, pp. V-XI.
- CRISMANI (2016), La protezione costituzionale del diritto all'acqua pubblica tra crisi finanziaria e diritti umani. L'art. 70.a della Costituzione slovena sul "Diritto all'acqua potabile". *Amministrazione in cammino*, 2016.
- CRISMANI (2017), Baratto amministrativo, En L. PERFETTI (dir), *Codice dei contratti pubblici commentato*. Milano: Wolters Kluwer, 2017, pp. 1546-1563.
- DARDOT, P.; LARVAL, P., *Del comune o della rivoluzione del XXI secolo*. Roma: DeriveApprodi, 2015.
- DIPACE, R. (2017) Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali. *Istituzioni del Federalismo*, 2017, n. 3, pp. 625-650.
- D'ORSOGNA, D. (1994) Piani paesistici e piani dei parchi regionali: linee di tendenza della legislazione regionale alla luce della legge quadro sulle aree protette. *Il Foro Amministrativo*, 1994.
- D'ORSOGNA, D. (2005) *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2005.
- D'ORSOGNA, D. (2007), Note su uguaglianza e differenza nella disciplina delle autonomie territoriali. En *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, vol. II. Padova: CEDAM, Padova, 2007, pp. 299-330.
- D'ORSOGNA, D (2010), Buona amministrazione e sussidiarietà. *Diritto e storia*, 2010, n. 9.
- D'ORSOGNA, D. (2015) Diritti culturali per lo sviluppo umano. En D'ORSOGNA, D.; SACCO, P.L.; SCUDERI, M. (dir), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte. Arte e Critica*, 2015, Anno XXI, Suppl. al n. 80/81, pp. 6-9.
- D'ORSOGNA, D. (dir) (2015) *Perequazione urbanistica. Materiali per la comparazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2015.
- DUGATO, M. (2002) La riduzione della sfera pubblica? *Diritto Amministrativo*, 2002, n. 1. 169-180.
- DURET, P. (2000) La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto. *Jus*, 2000, n. 1, pp. 96-145.
- DURET, P. (2004) *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*. Padova: CEDAM, 2004.

- FENNEL, L.A. (2004) Common Interest Tragedies. *Northwestern University Law Review*, 2004, vol. 98, pp. 907-990.
- FERRAJOLI, L. (2013) *Dei diritti e delle garanzie. Conversazioni con Mauro Barberis*. Bologna: Il Mulino, 2013.
- FERRI, D. (2008) *La Costituzione culturale dell'Unione europea*. Padova: CEDAM, 2008.
- FIDONE, G. (2017), *Proprietà pubblica e beni comuni*. Milano, Giuffrè, 2017.
- GANI, L. (2016) Destinazione e fruibilità dei beni (di interesse pubblico). Spunti per una rivisitazione della dinamica regolativa. *Nuove autonomie*, n. 2, 2016, pp. 163-184.
- GIANNINI, M.S. (1963) *I beni pubblici*. Roma: Bulzoni, 1963.
- GIANNINI, M.S. (1973) "Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1973, n. 1, pp. 15-53.
- GIANNINI, M.S. (1976) I beni culturali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1976, n. 1, pp. 5-38.
- GIGLIONI, F. (2017) La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la gestione del territorio. En DI LASCIO, F.; GIGLIONI, F. (dir), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*. Bologna: Il Mulino, 2017.
- GUIDO, R., (2018), *Diritto alla Città e Diritto all'Ambiente urbano. Dalle pratiche alle regole*, Tesi di Dottorato di ricerca, Università degli studi di Sassari (XXX Ciclo).
- GOULD, S.J. (1996) *Intelligenza e pregiudizio*. Milano: Il Saggiatore, 1996 (ed. or.: *The Mismeasure of Man*. 1981)
- GROSSI, P. (1977) *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*. Milano: Giuffrè, 1977.
- HARDIN, G. (1968) The Tragedy of the Commons. *Science*, 1968, n. 162, pp. 1243-1248.
- HELLER, M.A. (1998) The tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*, 1998, pp. 621-688.
- HESS, C.; OSTROM E. (2009) Panoramica sui beni comuni della conoscenza. En HESS, C.; OSTROM, E. (dir) *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*. Milano: Bruno Mondadori, 2009, pp. 3-28.
- IACOPINO, A. (2017) *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali. Spunti di riflessione nella prospettiva del risultato amministrativo*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2017.
- IAIONE, C. (2018) L'azione collettiva urbana tra partenariato pubblico-comunità e pubblico-comunità-privato. En CHIRULLI, P.; IAIONE, C. *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*. Napoli: Jovene, 2018, pp. 17-34.
- IMMORDINO, M. (1991) *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*. Padova: CEDAM, 1991.
- LEDDA, F. (1993) Problema amministrativo e partecipazione al procedimento. *Diritto Amministrativo*, 1993, n. 2.
- LEDDA, F. (1997) Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica. *Foro Amministrativo*, 1997, n. 5, pp. 1561 ss.
- MANFREDI, G. (2011) La valorizzazione dei beni culturali come compito costituzionalmente necessario. *Il capitale culturale. Studies on the Value of Cultural Heritage*, 2011, vol. 3, pp. 25-31.
- MANGANARO, F. (2014) Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche. *Diritto Amministrativo*, 2014, n. 1-2, pp. 45-99.

- MANZETTI, V. (2018) Baratto o baratti amministrativi. Una questione da dirimere. *Amministrazione In Cammino*, Marzo 2018 <<https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2018/04/03/baratto-o-baratti-amministrativi-una-questione-da-dirimere/>>, pp. 1-35.
- MARI, G. (2019) Concessione di valorizzazione e finanza di progetto: il difficile equilibrio tra conservazione, valorizzazione culturale e valorizzazione economica. *Aedon*, 2019, n. 2, <<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2019/2/index219.htm>>.
- MARINELLI, F. (2013) Usi civici e beni comuni. *Rassegna di Diritto Civile*, 2013, n. 2, pp. 406-422.
- MARINELLI, F. (2017) La proprietà come istituzione. “Un altro modo di possedere” quarant’anni dopo. En MARINELLI, F.; POLITI, F. (dir) *Un altro modo di possedere. Quaranta anni dopo*. Pisa: Pacini giuridica, 2017, pp. 9-19.
- MATTEI, U.; REVIGLIO, E.; RODOTÀ S. (dir) (2007) *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*. Bologna: Il Mulino, 2007.
- MAZZAMUTO, M. (2000) *La riduzione della sfera pubblica*. Torino: Giappichelli, 2000.
- MERUSI, F. (1975) Art. 9. En BRANCA, G., *Commentario della Costituzione (Articoli 1-12)*. Bologna-Roma: Zanichelli-Il Foro Italiano, 1975, pp. 434-460.
- MERUSI, F. (2007) *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali. Diritto Amministrativo.*, 2007, n. 1, pp. 1-13.
- MICCIARELLI, G. (2014) I beni comuni e la partecipazione democratica. Da un “altro modo di possedere” ad un “altro modo di governare”. *Jura Gentium*, 2014, vol. XI, n. 1, pp. 58-83 <https://www.juragentium.org/Centro_Jura_Gentium/la_Rivista_files/JG_2014_1.pdf>.
- NIVARRA, L. (2012) Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune. En MARELLA, M.R. *Oltre il privato e il pubblico. Per un diritto dei beni comuni*. Verona: Ombre Corte, 2012, pp. 69-87.
- NIVARRA, L. (2017) I beni comuni: dalla fruizione alla gestione. En BATTELLI, E.; CORTESE, B.; GEMMA, A.; MASSARO, A. (dir), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*. Roma: RomaTrE-Press, 2017, pp. 155-157.
- OSTROM, E. (1990), *Governing the Commons: the Evaluation of Institution for Collective Action*. New York. Cambridge University Press, 1990.
- PICOZZA E.; SICLARI, D. per una (ri)costruzione dei patrimoni culturali immateriali. *Federalismi.it*, 13 Novembre, 2019, n. 21 <www.federalismi.it>.
- POLICE, A. (dir) (2008) *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*. Milano; Giuffrè, 2008.
- PREDIERI, A. (1969), *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*. En *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. II, *Le libertà civili e politiche*. Firenze: Vallecchi, 1969, pp. 381-428.
- PREDIERI, A. (1981) Paesaggio. En *Enciclopedia del Diritto*, 1981, Vol. XXXI, Milano, pp. 503 ss.
- PRIETO DE PEDRO, J.J. (1992) *Cultura, culturas y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.
- La democrazia partecipativa: nuovo processo di democratizzazione o autolimita del potere? *Diritto e processo amministrativo*, 2009, n. 4, pp. 895 ss.

- RANELLETTI, O. (1897) Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. *Giurisprudenza Italiana*, 1897, IV, pp. 325 ss.
- RENNA, M. (2009) Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici. *Il diritto dell'economia*, 2009, n. 1, pp. 11- 25.
- RESCIGNO, G.U. (2002), Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali. *Diritto Pubblico*, n. 1, 2002, pp. 5-50.
- RIMOLI, F (1992) *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*. Padova: CEDAM, 1992.
- RIMOLI, F. (2016) La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura. *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, n. 5, 2016, pp. 505-526.
- ROMANO TASSONE (2008) Relazione di sintesi. En POLICE, A. (dir) *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*. Milano; Giuffrè, 2008, pp. 697-706.
- SARTORI G., *La democrazia in trenta lezioni*, Milano, 2008, 20 ss.
- SCOCA, F.G., D'ORSOGNA. D. (1996) Centri storici: problema irrisolto. En *Scritti in onore di Alberto Predieri*, 1996 Milano: Giuffrè, vol. II, pp. 1351 ss.
- SCOCA, F.G. (1997) Usi civici e irragionevolezza regionale. *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997,
- SCOCA, F.G. (2002), Autorità e consenso. *Diritto Amministrativo*, 2002, n. 3, pp. 431-457.
- SCOCA S.S., *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Il diritto dell'economia*, 2021.
- SETTIS, S. (2002) *Italia S.p.A. L'assalto al patrimonio culturale*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2002.
- SORACE D. (2012) *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*. Bologna: Il Mulino, 2012.
- SPOTO, G. (2020) Usi civici e domini collettivi: "un altro modo" di gestire il territorio. *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2020, n. 1, pp. 3-14.
- URBANI, P. (dir) (2015) *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*. Torino: Giappichelli, 2015.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (1998) *Estado y cultura. La función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1998.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2015) La relazione tra cultura e mercato nel diritto dell'unione europea: dall'eccezione alla diversità culturale. En D'ORSOGNA, D.; SACCO, P.L.; SCUDERI, M. (dir), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte. Arte e Critica*, 2015, Anno XXI, Suppl. al n. 80/81, pp. 29-33.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2018), *Derecho del territorio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
- VIDETTA, C. (2018) *Cultura e sviluppo sostenibile*. Torino: Giappichelli, 2018.
- VITALE, E. (2013) *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*. Roma-Bari: Laterza, 2013.
- ZAGREBELSKY, G. (2014) *Fondata sulla cultura. Arte, scienza e Costituzione*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2014.
- ZEVIANI PALLOTTA, F. (1998) La pianificazione ambientale come funzione di coordinamento nello Stato policentrico. *Foro amministrativo*, 1998.
- ZITO, A. (2012) Il principio del giusto procedimento. En RENNA, M.; SAIITTA, F. (dir) *Studi sui principi del diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2012, pp. 509-520.

HEALTH PROTECTION, PUBLIC POLICIES FOR SMOKING CESSATION AND REGULATION OF ELECTRONIC CIGARETTES IN BRAZIL AND THE UK: A STUDY OF COMPARATIVE PUBLIC LAW*

Costanza Nicolosi**

Abstract: Il contributo esamina, in chiave giuridico-comparata, la regolamentazione delle sigarette elettroniche negli ordinamenti del Regno Unito e del Brasile. La scelta dei modelli da comparare è dovuta non solo alle soluzioni diametralmente opposte accolte nella disciplina della materia, ma anche al differente modo di declinare il diritto costituzionale alla salute nei due ordinamenti presi in considerazione. Lo studio di tale profilo consente all'A. di pervenire a talune osservazioni sulle peculiari applicazioni in UK e in Brasile, dei principi di precauzione e di riduzione del danno.

ABSTRACT: *The present essay features a legal and comparative assessment of e-cigarettes' regulation, including the analysis of the constitutional right to health, as well as the practical peculiarities of the legal principles at the basis of e-cigarettes' regulation: namely the precautionary principle and the principle of harm reduction. The paper focuses in particular on two legal systems: Brazil's and the UK's. These two countries are indeed interesting because they feature two diametrically opposed models of e-cigarettes' regulation.*

INDEX: 1. Introduction 2. Constitutional rights to health 2.1 The UK Constitutional right to health 2.2 The Brazilian Constitutional right to health 3. Regulating e-cigarettes between the precautionary principle and harm reduction 3.1 The right to health, as declined by the principle of harm reduction 3.2 The right to health, as declined by the precautionary principle 4. Regulation of tobacco products (e-cigarettes?) in international law 5. The several approaches to the regulation of e-cigarettes 5.1 Prohibition 5.2. Regulation as medicinal products 5.3 Component ban 5.4 Regulation as poisons or hazardous substances 5.5 Regulation as tobacco products 5.6 Regulation as consumer products 5.7 Regulation as unique products 6. Regulation of e-cigarettes in the UK 6.1 Further restrictions in the devolved nations 6.2 Tobacco Control Plan for England 7. Regulation of e-cigarettes in Brazil 8. Considerations on the potential dangers of precaution 8.1. The availability heuristic 8.2. Probability neglect 8.3. Loss aversion and familiarity 8.4. A (mythical) belief in the benevolence of nature 8.5. System/tradeoff neglect 9. Conclusions

1. Introduction.

Having only been invented in 2003, e-cigarettes are relatively new to the market and countries are still in the process of determining the most effective policies. As a consequence, the global legislative landscape is highly varied, with some countries having no specific controls, while others banning them altogether¹.

This paper builds on the assumption that the regulatory environment adopted by a country affects the perceived harmfulness of e-cigarettes among citizens; and *vice versa*, the perceived harmfulness of e-cigarettes among policymakers and citizens may affect the choice of regulatory framework adopted in a given jurisdiction. Indeed, the use of e-cigarettes during a smoking quit attempt has been shown to facilitate short-term sustained abstinence in less restrictive regulatory environments, whereas restrictive regulatory environments may inhibit abstinence². Moreover, the perception that e-cigarettes are less harmful than conventional cigarettes is significantly higher in less restrictive regulatory environments (e.g., United Kingdom) than in more restrictive regulatory environments³.

Starting from this foundation, the paper aims at assessing e-cigarettes' regulation (and its impact) in two country studies, the United Kingdom ("UK") and Brazil, that - as will be discussed below- are placed at the antipodes of the regulatory spectrum. After having outlined the Constitutional right to health in general (Section 2), as well as it is enshrined in the UK and Brazilian Constitutions (Sections 2.1 and 2.2, respectively), the paper reconstructs the two main (alternative) principles for the declination of health protection, in general, as well as regulation of e-cigarettes, in

1 * Lavoro condotto nell'ambito del progetto "Health protection, public policies for smoking cessation and regulation of electronic cigarettes in Brazil and the UK: a study of comparative public law", finanziato da ECLAT s.r.l. tramite attribuzione di un assegno di ricerca.

**Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Catania e membro del Centro di Ricerca internazionale per la Riduzione del danno da fumo (CoEHAR) istituito presso la medesima Università.

Governments' efforts to regulate e-cigarettes are complicated by the variety of forms these devices come in, as well as the variety of names associated with this product (including e-cigarettes, electronic nicotine delivery systems, vape pens, personal vaporizers) and even brands under which they are sold. Added complexities include whether e-cigarettes contain nicotine, whether manufacturers make therapeutic claims and whether they are designed to mimic a tobacco product. These aspects are outside the scope of this paper, for further discussion see, L.K. LEMPERT, R. GRANA, S.A. GLANTZ, *The importance of product definitions in US e-cigarette laws and regulations*, Tobac. Control 25 (2016); H.-H. YONG, R. BORLAND, J. BALMFORD, *Trends in e-cigarette awareness, trial, and use under the different regulatory environments of Australia and the United Kingdom*, 17 Nicotine Tob. Res. 17, 1203–1211 (2015).

2 H.-H. YONG, S.C. HITCHMAN, K.M. CUMMINGS, *Does the regulatory environment for e-cigarettes influence the effectiveness of e-cigarettes for smoking cessation?: longitudinal findings from the ITC four country survey*, Nicotine Tob. Res. 19 (11), 1268–1276. (2017).

3 E.g., Australia. See, D.A. ERKU, S. KISELY, K. MORPHETT, K.J. STEADMAN., C.E. GARTNER, *Framing and scientific uncertainty in nicotine vaping product regulation: An examination of competing narratives among health and medical organisations in the UK, Australia and New Zealand*, Int. J. Drug Policy 78, 102699 (2020); H.-H. YONG, R. BORLAND, J. BALMFORD, *Prevalence and correlates of the belief that electronic cigarettes are a lot less harmful than conventional cigarettes under the different regulatory environments of Australia and the United Kingdom*, Nicotine Tob. Res. 19 (2), 258–263 (2017).

particular, namely: the principles of harm reduction and the precautionary principle (Section 3).

Afterwards the paper proceeds to deal with the alternative (administrative) models for e-cigarettes' regulation (Section 4), before considering specifically the UK and Brazilian systems (Sections 5 and 6, respectively). In conclusions, the paper puts forward some critical thoughts on the two principles (harm reduction and the precautionary principle) underlying the regulation of e-cigarettes (Section 7).

2. Constitutional rights to health.

The Constitutional right to health and health care, as declined by most fundamental charts around the world, finds its ancestors in international law. Indeed, in 1948 the United Nations formally recognized the international human right to health in the Universal Declaration of Human Rights ("the Declaration")⁴. in particular, art. 25 of the Declaration states the following:

*Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and wellbeing of himself and of his family, including ... medical care ... and the right to security in the event of ... sickness [and] disability*⁵

Subsequently, many nations adopted the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights ("ICESCR"), one of the implementing treaties of the Universal Declaration. ⁶Art. 12 of ICESCR provides that state parties *recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*⁷. ICESCR also provides enforcement provisions for states parties⁸. Since ICESCR, the UN has adopted other treaties that recognize the international human right to health and related health questions⁹.

4 U.N. Doc. A/810, at 76 (1948).

5 *Id.*, at 51.

6 U.N. Doc. A/6316 (1966).

7 *Id.*, at 51.

8 See generally, M.C. CRAVEN, *The international covenant of economic, social, and cultural rights*, 106-51, (1995) (discussing states' obligations in implementing ICESCR); M.C. CRAVEN, *The Domestic Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 40 Neth. Int'l L. Rev. 367 (1993) (discussing problems and possible solutions for enforcing ICESCR, including direct applicability).

9 See e.g., International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, U.N. Doc. A/6014 (1966) (entered into force Jan. 4, 1969) (providing in article 5(e)(iv) for the right to "public health, medical care, social security and social services"); Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, U.N. Doc. A/RES/34/180 (1980) (entered into force Sept. 3, 1981); Convention on the Rights of the Child, U.N. Doc. A/44/49 (1989) (entered into force Sept. 2, 1990). See also generally, S. KILBOURNE, *U.S. Failure To Ratify the U.N. Convention on the Rights of the Child: Playing Politics with Children's Rights*, 6 Transnat'l L. & Contemp. Probs. 437 (1996) (supporting adoption of the Convention and highlighting arguments of its opponents in the U.S.); A. DUNDES RENTELN, *Who's Afraid of the CRC: Objections to the Convention on the Rights of the Child*, 3 ILSA J. Int'l & Comp. L. 629 (1997) (providing historical overview on the Convention's adoption process in the U.S. and political controversy surrounding it); E. SCHWELB, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 15 Int'l & Comp. L.Q. 996 (1966) (discussing origins of the Convention and providing detailed comparative analysis of its provisions).

In addition, the World Health Organization (“WHO”) recognizes the international human right to health in its constitution by stating that

*[t]he enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition*¹⁰.

These foundational instruments have clearly influenced provisions regarding health and health care in national Constitutions, especially those drafted after World War II. Unsurprisingly, the definition of *health* and *health care* have proved controversial¹¹.

For example, the WHO’s constitution defines *health* broadly as *a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*¹².

Although the definition captures the full dimensions of the state of health, it is probably too broad a definition for government policy makers charged with the responsibility to define and establish a nation’s health care. Similarly, the definition of *health care* is fraught with other difficulties. For instance, there is no consensus on what type and amount of health care services constitute adequate care. Nor is there an understanding of the true cost or quality of those services. Scholars, however, have endeavored to delineate the crucial issue of what governments should assure or provide in terms of health care services and, specifically, what may be the content of a morally acceptable package of health care services¹³.

From a comparative-constitutional-law point of view, one can identify five types of Constitutional provisions addressing health and health care in national

10 CONST. OF THE WORLD HEALTH ORG, pmbl. (opened for signatures July 22, 1946) 10. For a list of member-states and their admission dates, see United Nations, List of Member States.

11 See e.g., F.H. MILLER (ed. by) *Rights and Resources*, (2003) (featuring articles that discuss health care resources) (2003); T. L. BEAUCHAMP, R. R. FADEN, *The Right to Health and the Right to Health Care*, 4 J. Med. & Phil. 118 (1979) (arguing that the right to health is a positive right and that if there is a right to health care goods and assistance it is only because of the pre-existing obligation to allocate resources for the goods and assistance); N. DANIELS, *Rights to Health Care and Distributive Justice: Programmatic Worries*, 4 J. Med. & Phil. 174 (1979) (discussing distributive justice and other theoretical problems with defining health care); C. FRIED, *Rights and Health Care- Beyond Equity and Efficiency*, 293 New Eng. J. Med. 241, 243-44 (1975) (describing rights to health care as including distributional rights and patient’s rights to not be deliberately misled, denied information, or abandoned by a physician).

12 CONST. OF THE WORLD HEALTH ORG. pmbl. (op.cit.)

13 See e.g., A. E. BUCHANAN, *The Right to a Decent Minimum of Health Care*, 13 Phil. & Pub. Aff. 55 (1984) (attempting to define a decent minimum standard of care); D. CALLAHAN, *What Is a Reasonable Demand on Health Care Resources? Designing a Basic Package of Benefits*, 8 J. Contemp. Health L. & Pol’y 1, 2-3 (1992) (pointing out that Americans may have had more difficulty than Europeans with defining standard of health care, because Americans started to search for the definition at the time of technological advances and public’s higher expectations); COUNCIL ON ETHICAL AND JUDICIAL AFFAIRS (AMA), *Ethical Issues in Health System Reform: The Provision of Adequate Health Care*, 272 JAMA 1056, 1058 (1994) (stating that the government should create a standard ensuring that every individual has adequate health care and emphasizing that adequate health care is case specific); D. M. EDDY, *What Care Is ‘Essential’? What Services Are ‘Basic’?*, 265 JAMA 782, 782, 786 (1991) (stating that defining essential care is thwart with difficulties because it must include considerations of cost, benefits and harms); see also N. DANIEL ET AL., *Benchmarks of fairness for health care reform*, (1996) (developing a tool for examining the fairness of health care reform proposals).

Constitutions: (i) a statement of aspiration, stating a goal in relation to the health of its citizens¹⁴; (ii) a statement of entitlement, stating a right to health or health care or public health services¹⁵; (iii) a statement of duty, imposing a duty to provide health care or public health services¹⁶; (iv) a programmatic statement, specifying approaches for the financing, delivery or regulation of health care and public health services¹⁷, and (v) a referential statement, incorporating by specific reference any international or regional human rights treaties recognizing a human right to health or health care¹⁸.

The fact that countries adopted their Constitutions during different historical periods is a critical factor in determining whether the constitution addresses health or health care. Constitutions reflect the period of their formation as well as the level of the Constitutional law development in other countries and international law at the time¹⁹. For purposes of the present discussion, the basic periods of Constitution - making have been categorized as follows²⁰: (i) 1660s-present, epitomized by England and its common law progeny, including the United States²¹; (ii) 1887-1960,

14 E.g., the Constitution of the Netherlands, ch. I, art. 22 (*The authorities shall take steps to promote the health of the population*).

15 E.g., the Constitution of Mozambique, pt. II, ch. III, art. 94 (*All citizens shall have the right to medical and health care, within the terms of the law, and shall have the duty to promote and preserve health*).

16 E.g., the Constitution of Uruguay, § II, ch. II, art. 44 (*The State shall legislate on all questions connected with public health and hygiene, endeavoring to attain the physical, moral, and social improvement of all inhabitants of the country. It is the duty of all inhabitants to take care of their health as well as to receive treatment in case of illness. The State will provide gratis the means of prevention and treatment to both indigents and those lacking sufficient means*).

17 E.g., the Constitution of Bulgaria, ch. II, art. 52 ((1) *Citizens have the right to health insurance that guarantees them accessible medical care and to free medical care under conditions and according to the procedure determined by law.*(2) *The citizens' healthcare is financed from the state budget, by employers, by personal and collective insurance payments, and from other sources under conditions and according to a procedure determined by law.*(3) *The state protects the health of the citizens and encourages the development of sports and tourism.*(4) *No one may be subjected to forced medical treatment or sanitary measures except in cases provided by law.*(5) *The state exercises control over all health institutions as well as over the production of pharmaceuticals, biologic[al] substances and medical equipment and over their trade*).

18 E.g., the Constitution of Czech Republic, ch. I, art. 10 (*International treaties, to whose ratification Parliament has consented and by which the Czech Republic is obligated, are part of the legal order; if the international treaty provides for something other than the law, the international treaty shall be used*).

19 See generally, J.-E. LANE, *Constitutions and Political Theory*, ch. 2 (1996) (discussing origins of modern constitutions); J. T. MCHUGH, *Comparative Constitutional Traditions*, 4 (2002) ("A constitution is an extrapolation of political, philosophical, sociological, economic, and other ideas and [I a manifestation of a higher purpose"); E. MCWHINNEY, *Constitution-Making: Principles, Process, Practice*, 6-9 (1981) (pointing out that constitutions reflect not only legal principles but political and social developments as well); W.F. MURPHY, *Constitutions, Constitutionalism, and Democracy*, in ; D GREENBERG et al (edited by), *Constitutionalism and Democracy*, (1993), 7-14 (providing overview of constitutions' functions and how they can reflect national changes); D. P. FRANKLIN, M.J. BAUN (edited by), *Political Culture and Constitutionalism: A Comparative Approach*, (1995) (containing articles comparing political cultures and constitutional traditions in different countries).

20 See J. ELSTER, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 Duke L.J. 364, 368-70 (1995) (analyzing constitution making process and factors that advance and hinder it).

21 See e.g., W.P. ADAMS, *The first American Constitutions: Republican ideology and the making of the state Constitutions in the revolutionary era*, (1973); G.B. ADAMS, *The origin of the English Constitution* (1912); S.E. FINER et al., *Comparing Constitutions* (1995); G. CASPER, *Changing Concepts of Constitutionalism: 18th to 20th*

epitomized by the European democratic states and constitutional monarchies, including liberated nations after World War II in both the democratic West and the Communist Eastern Bloc²²; (iii) 1945-1960; emergence of new nations from former colonies in Africa, Asia, and the Middle East²³; (iv) 1983-1994, the Latin American Constitutional revolution, replacing Constitutions adopted in the 19th and 20th centuries following liberation from colonial rule²⁴; and (v) 1989-present, the emergence of new democracies from the former Communist Bloc²⁵.

Despite being nowadays generally acknowledged and enshrined in the fundamental laws of many countries, great differences exist not as much as in the formal wording of the Constitutional provisions, as in the actual enforcement and availability of rights, which vary according to many factors, including: economic resources and degree of democratic maturity²⁶.

Century, 1989 Sup. CT. Rev. 311 (giving theoretical and philosophical background on American and Western European constitutionalism); N. MACCORMICK, *Does the United Kingdom Have a Constitution? Reflections on MacCormick v. Lord Advocate*, 29 N. IR. Legal Q. 1 (1978).

22 See e.g., S.E. FINER (edited by), *Five Constitutions* (1979); H. J. SPIRO, *Government by Constitution* 3-42 (1959).

23 See e.g., J.M. BROWN, *Modern India: the origins of an Asian democracy* (1985); J. CRAWFORD, *The creations of states in international law*, (1979); J. HAYNES, *Democracy in the Developing World* (2001); H.W.O. OKOTH-OGENDO, *Constitutions Without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox*, in D. GREENBERG ET AL. (edited by) (op.cit).

24 See D. LEHMANN, *Democracy and development in Latin America: economics, politics and religion in the post-war period* (1990); C.S. NINO, *Transition to Democracy, Corporatism, and Presidentialism with Special Reference to Latin America*, in *Constitutionalism and Democracy* 46 in D. GREENBERG ET AL. (edited by) (op.cit); K.W. THOMPSON (edited by 1991), *The U.S. Constitution and the Constitutions of Latin America* 56-58; J. MILLER, *Judicial Review and Constitutional Stability: A Sociology of the U.S. Model and Its Collapse in Argentina*, 21 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 77 (1997) (discussing the Argentinean Supreme Court's role in the 19th and 20th centuries and proposing a sociological model of judicial review).

25 See e.g., A.E. DICK HOWARD (edited by), *Constitution making in Eastern Europe* (1993); R.R. LUDWIKOWSKI, *Constitution making in the region of former Soviet dominance* (1996); J. ELSTER, *Constitution making in Eastern Europe: Rebuilding the Boat in the Open Sea*, 71 Pub. Admin. 169 (1993); S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*, in S. LEVINSON (edited by), *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*, 275 (1995).

26 Clearly, not all countries that have provisions regarding health and health care in their Constitutions have in practice lived up to these mandates. Indeed, some of the most resounding Constitutional commitments to health and health care are found in poorer countries, characterized by tenuous democracies. Haiti's constitution is exemplary of this phenomenon. Its Constitution indeed mandates to: *Strengthen national unity by eliminating all discrimination between the urban and rural populations and by recognizing the right to progress information, education, health, employment and leisure for all citizens*. Constitution of Haiti, pmb., § 5; *The State has the absolute obligation to guarantee the right to life, health, and respect of the human person for all citizens without distinction, in conformity with the Universal Declaration of the Rights of Man*. Id. at t tit. III, ch. 11, § A, art. 19. *The State has the obligation to ensure for all citizens in all territorial divisions appropriate means to ensure protection, maintenance and restoration of their health by establishing hospitals, health centers and dispensaries*. Id. at art. 23. Similarly, many countries that devote extensive resources to assuring the health of and providing health care to their populations have no relevant provisions in their Constitutions regarding health or health care. Therefore, the number and/or formal strength of Constitutional provisions does not appear to have a determinative role in the actual enforcement and availability of the right, as well as -economically speaking- the amount of resources that countries spend for the health care of their populations.

2.1. The UK Constitutional right to health

As it is well known, the UK lacks a formal written Constitution and thus derives its Constitutional principles from other laws. The UK is a signatory to the ICES and Cultural Rights and therefore there may be said to exist a commitment to the health-related rights expressed in those instruments. Furthermore, as to the supreme or Constitutional nature of the right, leading British scholars have emphasized the significance of rights (albeit not the right to health alone); the *fathers* of medical law as an academic discipline in the UK argued that the field was a *subset of human rights law*²⁷, while a more recent analysis notes a *strong argument that the conceptual unity of medical law is human rights*²⁸.

Yet, when we turn to the actuality of the right to health (and healthcare) in the UK, its fundamental rank becomes much less obvious.

This is perhaps unsurprising when one considers a broader historical and socio-political context, in which the relationship between the individual and the British state was traditionally regulated not through positive rights; but rather through negative *civil liberties*, meaning freedom and autonomy.

In the case of healthcare, this manifested itself through an organizational approach post-World War II; whereby (somewhat originally) the state-individual *nexus* was understood *not* in terms of rights of access to treatments and services, but rather as a duty placed upon government: *to promote the establishment in England and Wales of a comprehensive health service designed to secure improvement in the physical and mental health of the people ... and the prevention, diagnosis and treatment of illness*.¹

This was to be done by establishing institutions and processes within a National Health Service (“NHS”) underpinned by principles of comprehensiveness, universal access and free provision at the point of delivery. Hence, the creation of a sizable health infrastructure. Also paramount in the definition of a right to health of Constitutional rank is the UK’s *domestication* of the European Convention on Human Rights via the Human Rights Act of 1998. Beyond the official formulations, one might say that the right to health in the UK is more and more coming to include two peculiar nuances, which prove relevant in the context of the regulation of e-cigarettes and the UK’s embrace of the principle of harm reduction. First, over some two decades, there has been a consistent governmental emphasis upon expansion of a patient’s *right to choose* within a health system which otherwise appears somewhat centralized and ‘top-down’ in orientation²⁹.

27 I. KENNEDY, A. GRUBB, *Medical Law*, 3 ed, London (2000).

28 *R v North West Lancashire Health Authority*, ex parte A, D and G (1999).

29 The most recent (and radical) reform of the NHS, undertaken by the Conservative-Liberal Democrat administration, which was in office between 2010 and 2015, was in part underpinned by the slogan ‘*No decision about me, without me*’, capturing the idea of the patient as active participant (albeit, perhaps not an equal partner) in treatment decisions.

The goal is ‘shared decision-making’, ranging from relatively straightforward exercises of individual autonomy – such as the right to choose the time and location of specialist secondary care – to more complex decisional processes, such as agreed plans of care for particular conditions informed by the use of patient decision aid tools³⁰.

A further development has been the emergence of rights connected to decision-making on funding of healthcare treatments and services. Prompted in part by judicial decisions in the field³¹, government has imposed legal obligations upon healthcare institutions to provide explanations for decisions to refuse particular forms of treatment to which a patient and their physician seek access. It has also mandated establishment of internal processes which enable patients to demonstrate that their individual circumstances warrant exceptional departure from an institution’s policy not to fund a treatment or service for its local population. More generally, there is an expectation that decisions on treatments available –whether undertaken by national agencies such as the National Institute for Health and Care Excellence (NICE), or by local commissioners of health provision– will be rationally rooted in the best available evidence.

These requirements are expressed not only in the traditional form of duties placed upon NHS institutions, but also as rights vested in patients, set out in an NHS Constitution for England³², even though it should be noted that this document is almost entirely declaratory in character –that is, it merely sets out existing rights and responsibilities derived from statute or common law rather than creating new ones– and the Government has conceded that *it is not yet having the effect originally intended*, in large part because awareness of its existence remains low³³.

2.2. The Brazilian Constitutional right to health

Brazilian current Constitution, approved in 1988 culminated Brazil’s transition to democracy. Indeed, following the 1964 coup, Brazil endured two decades of repressive military rule. This dictatorship had a legalistic bent: it issued several Institutional Acts and even its own constitution in 1967 to legalize political purges and curtail most civil rights. Brazil’s new Constitution would then need to dismantle those authoritarian institutions, and reverse the ways in which the military’s

30 E. WICKS, *Human Rights and Healthcare*, Oxford (2007).

31 K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Health Care*, Cambridge (2007), ch. 6.

32 Something of a departure for a jurisdiction with no codified Constitutional document delineating the structure and functions of its political institutions, the NHS Constitution was created as a means of articulating the purpose, principles and values of the NHS with a view to preserving them for the future, to strengthen accountability by specifying expectations and lines of accountability, and to ‘empower’ patients (and NHS staff) by clarifying rights and responsibilities through codification. See, DEPARTMENT OF HEALTH, *High Quality Care for All*, (2008), ch. 7.

33 DEPARTMENT OF HEALTH, *Report on the Effect of the NHS Constitution*, (2012), para. 140.

economic policies had exacerbated socioeconomic and regional inequalities. In this context, it is important not dissociate the history of health as a human right in Brazil from the overall process of re-democratization that started in the late 1970s, and the strong social justice component that infused that process.

As the *economic miracle* (a period of exceptional economic growth during the military dictatorship)³⁴ started to wane and then turned into economic crisis, it became clear that poverty had not been solved by the *trickledown* strategy of that period³⁵. As explained by Sonia Fleury, a leading Brazilian social policy expert *the construction of a democratic institutional order supposed a rearrangement of social policies in response to society's demands for greater social inclusion and equality*³⁶. The Sanitary Movement, the strongest proponent of a Constitutional right to health, was part and parcel of that broader context. Its slogan *health and democracy* encapsulate its strong political message. As Sérgio Arouca, a leading member of the movement, forcefully put it during his opening address to the 8th National Health Conference of 1986 (a seminal step in the constitutionalization of the right to health): *Wealth grew in Brazil but the number of hungry people also grew. Wealth grew but the misery of a large majority of the population also grew. Wealth grew but marginalization also grew This is not bearable 'Health and democracy'!* Behind this phrase lays the understanding that it would be impossible to improve the well-being of the population unless the economic model would be reshaped too³⁷.

These social, economic and political dimensions of the historical context are crucial to the understanding of the project of the Sanitary Movement³⁸ that culminated with the legal recognition of health as a human right in the 1988 Constitution. The way the

34 The *economic miracle* was a period of high growth, averaging around 10%, that lasted from the late 1960s to the mid-1970s; see A. FISHLOW, *Brazil's Economic Miracle*, The World Today, 474–481 (1973).

35 R. P. BARROS, R. HENRIQUES, R. MENDONÇA, *Desigualdade e Pobreza no Brasil: Retrato de uma realidade inaceitável*, Revista Brasileira de Ciências Sociais, 123–142 (2000).

36 S. FLEURY, *Brazilian Sanitary Reform: Dilemmas between the Instituting and the Institutionalized*, Ciência & Saúde Coletiva, at 745 (2009).

37 S. AROUCA, Speech at the 8th National Health Conference, Brasilia (1986), video available at <https://pensesus.fiocruz.br/sa%C3%BAd-e-%C3%A9-democracia>. Translation of the author, from the original in Portuguese.

38 Though the movement became perhaps more prominent during the constituent assembly, which took place between February 1987 and September 1988, it was not a specific-purpose campaign formed simply to include health as a right in the new constitution. It was actually much older and had a much broader and perennial goal – that is, to improve health in Brazil through reforms of not only the public health system but also the economic and political ones.¹¹ See ESCOREL, *Reviravolta na saúde*. As a self-proclaimed movement with a distinct political identity, it dated back to the 1970s, when an interesting development started to occur, namely, the gradual prominence of a group of public-health experts with progressive, left-leaning ideas, in key technical posts in the bureaucracy of the military dictatorship. This group formed one of the early seeds of the Sanitary Movement, starting to introduce small incremental changes in the public system, such as the Pias, Programa de Interiorização de Ações de Saúde e Saneamento in 1976, aimed at expanding basic services and actions to the poor hinterlands of the country and the companion Ppreps, Programa de Preparação Estratégica de Pessoal de Saúde aimed at developing the human resources required to implement those actions and services. See generally, PAIVA, TEIXEIRA, *Health Reform and the Creation of the Sistema Único de Saúde*, at 7

right to health came from the very beginning to be framed was not so much in term of resources³⁹, as of *universal access*, in other words to transform the very idea of health from the mere treatment of diseases into a broader concept of physical and mental well-being inextricably dependent on other social, economic and political factors⁴⁰.

Indeed, in the First Symposium of National Health Policy in October 1979, taking place in the Brazilian National Congress, we find, perhaps for the first time in an formal document, the idea of health as a universal right, alongside several other principles and ideas that came to be adopted in the Constitution, such as the intersectoral character of the social determinants of health; the role of the state as regulator of the health market; decentralization, regionalization and hierarchization of the health system; popular participation and democratic control⁴¹.

It wasn't just the timing that was favorable. The broader political context was also helpful for at least two reasons. First, the idea that the health system needed reform was maturing rapidly in Brazil with the increasing financial crisis of the social insurance system in the late 1970s (to which health belonged) and its incapacity to provide access to health services to large sections of the Brazilian population⁴².

A plausible argument defended by the movement was that one important reason for this crisis was the high cost of services provided by private companies, whose participation in the system had grown during the military regime.

A credible solution accepted already during the final years of military period was, thus, to diminish private participation and enhance public delivery of services through what came to be known as 'integrated health actions' (Ações Integradas de Saúde – AIS), which aimed at greater integration of the municipal, state and federal levels of the public network.

Secondly, the movement's focus on health as a collective good of public relevance was in line with broader international trends. It was part of the international effort started in the 1960s and consolidated in the 1980s to transform the then-prevalent model of health from a curative, illness focused, hospitalcentric and high technology-based one into a preventive model, focused on primary care and the

39 See N. R. COSTA, *Inovação Política, Distributivismo e Crise: A Política de Saúde nos Anos 80 e 90*, (1996) for the crisis of the health system, and also for the interesting debate about whether the military period, at least in the health-care sector, actually helped towards universalism and equity, discussing the argument of J. MALLOY, *A Política de Previdência Social no Brasil* (1985)

40 Such an idea was of course influenced by international discussions promoted by the WHO and other international bodies, most prominently in the Alma Ata Conference and its Declaration of 1978, sponsored in collaboration by the WHO and UNICEF. See Declaration of Alma-Ata, International Conference on Primary Health Care, Alma-Ata, USSR, 6–12 September 1978.

41 CORDEIRO, *O Instituto de Medicina Social*, at 346.

42 T. M. LIMA, *O direito à saúde revisitado: Entre os ideais da Constituição de 1988 e o drama jurídico atual*, Revista de Informação Legislativa, at 183–184 (2014).

social determinants of health⁴³. The Conference of Alma-Ata in 1978 and its goal of health for all by 2000 is perhaps the most prominent expression of this international consensus in that period⁴⁴. The time seemed ripe, thus, for the ideas of the Sanitary Movement to percolate through the constituent assembly and find its way into the constitutional text. Often called the Citizen Constitution, Brazil's 1988 Constitution stands as one of the world's longest constitutions, with 250 articles that enumerate an impressive list of civil, political, social, economic, and even environmental rights.

One reason for its length is that this Constitution had to respond to the demands of different sectors of society. Formally, the responsibility for drafting the document fell to the National Constituent Assembly (Assembléia Nacional Constituinte - ANC), which deliberated for nearly two years. Health care rights became a cornerstone of Brazil's new democracy.

The meaning and content of health care rights, moreover, would not be decided exclusively by jurists, experts, or politicians. The push to make health care an obligation of the state came from civil society, and from the health care sector in particular.

These efforts first took shape at the 8^a Conferência Nacional de Saúde in 1986, with doctors and public health professionals at the forefront of this political project to make health care a fundamental right. This group worked to give legal shape to health rights, as those gathered approved the first blueprint for the SUS as a universal and free system and drafted several resolutions that ultimately made their way into the Constitution. At the same time, as mentioned above, one of the central aims of this meeting was to propose a more ambitious definition for health, one that abandoned the disease-centric approach of prior public health regimes to instead treat health care as a social, economic, and environmental issue.

"Health" in legal and policy contexts now encompassed issues like food access and nutrition, housing, education, income, employment and labor conditions, transportation, rest and recreation, the environment, land rights, and access to health care services.

The working papers and resolutions approved at this meeting also asserted the importance of community participation in public-health initiatives, recognizing that health care could not be solely articulated as individualized care but needed to account for family welfare and the wellbeing of the community⁴⁵.

43 PAIVA, TEIXEIRA, op. cit., at 19.

44 It is noteworthy that no reference to international human-rights law is made in the Sanitary Movement's documents, despite the fact that the UN International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights was adopted in 1966 and came into force in 1976.

45 What is remarkable about the health care debates in 1980s Brazil is how these ideas were not only conceived within national congresses and formal political processes, but also in the public sphere and through popular contestation. Women organized their own conference, the Conferência Nacional de Saúde e Direitos da Mulher, advocating for women's health issues while also pushing for a universal and nationalized system. Newspapers

When the Constitution was finally promulgated on 5 October 1988, the text of the Health chapter was much closer to the Sanitary Movement's ideal proposal than anyone else's⁴⁶. However, the movement's more radical aims of eliminating or significantly reducing the participation of private providers in the public system was not achieved. In a strategic concession, private providers were in the end admitted on a 'complementary' basis (Article 199), yet without access to public subsidies, and to this date have a significant presence in the health system. But the universal, egalitarian, state-funded right to health gained a place in the final text of the Constitution, reflecting almost entirely the ideas of the Sanitary Movement⁴⁷. As the final text reads (in the main provisions): *Article 196. Health is a right of all and a duty of the state and shall be guaranteed by means of social and economic policies aimed at reducing the risk of illness and other hazards and at the universal and egalitarian access to actions and services for its promotion, protection and recovery. Article 197. Health actions and services are of public importance, and it is incumbent upon the Government to provide, in accordance with the law, for their regulation, supervision and control, and they shall be carried out directly or by third parties and also by individuals or private legal entities.*

Article 198. Health actions and public services integrate a regionalized and hierarchical network and constitute a single system ... Paragraph 1. The unified health system shall be financed, as set forth in article 195, with funds from the social welfare budget of the union, the states, the federal district and the municipalities, as well as from other sources. Article 199. Health assistance is open to private enterprise. Paragraph 1. Private institutions may participate in a complementary manner in the unified health system, in accordance with the

reported on the welfare of Brazilian society, publishing statistics on infant mortality, malaria infection, and malnourishment. These reports documented the impact of income inequality and regional disparities on health outcomes.

46 The headline of *Visão Magazine*, a mainstream weekly of the time, gives a good if rather exaggerated indication. *Constituent: the end of private medicine*. See R. NETO, *Saúde*, at 84.

47 See PAIM, *A Reforma Sanitária Brasileira e o Sistema Único de Saúde*, at 632: The movement succeeded in inscribing a substantive part of its bill in the Constitution of the Republic and in the infra-constitutional legislation, even though it faced difficulties in the process of implementing what it had promised. It is interesting to note that, as progressive as they may seem, the Sanitary Movement's proposals were not progressive enough for the trade union movement, whose members wanted the complete elimination of private initiative from health. At the other end of the spectrum, health businesses thought those proposals were way too radical. See I. FALLEIROS, J. C. F. LIMA, G. MATTÁ ET AL., *A Constituinte e o Sistema Único de Saúde*, in C.F. PONTE, I. FALLEIROS, (edited by), *Na corda bamba de sombrinha: A saúde no fio da história*, Rio de Janeiro (2010), at 242. The speech of representative Arnaldo Faria de Sá (PTB-SP), of 18 June 1987, illustrates well the businesses' position: *If the state is unable to perform even basic health actions, or even eliminate mosquitoes that transmit disease, much less will it be able to perform medical and hospital services as the sanitarians want. In any case, if the project is approved as originally proposed, its price, once again, will be paid by the taxpayer. The nationalization will require that the tax burden on Brazilians will be doubled*. Senado Federal, *Anais da Assembléia Nacional Constituinte*, vol. 5, p. 2755. See also the speech of representative Inocêncio Oliveira: *to characterise health actions as being of public nature is to make the private sector unfeasible and, therefore, to make the entire health sector unfeasible in Brazil*. Senado Federal, *Anais da Assembléia Nacional Constituinte*, 23 July 1987, vol. 6, p. 3531.

directives established by the latter, by means of public law contracts or agreements, preference being given to philanthropic and non-profit entities.

It is worth noting that the 1988 Constitution was not the first to enumerate social and economic rights in Brazil, nor the only one to mention public health as the responsibility of government. Indeed, some version of these rights already appeared in Brazil's 1934 constitution (and in the three constitutions that followed, including the two written for dictatorships). But those prior constitutions did not guarantee universal suffrage, and they placed conditions or restrictions on the exercise of individual and social rights. Similarly, Brazil's health care system prior to the SUS was a public system, but not a universal one⁴⁸. This system was expanded and reformed over the next fifty-plus years, but it remained tied to profession, to the exclusion of rural workers, domestic workers, informal labor, and others. Those not covered by this system were designated *indigentes*, and had to rely on charity health services.

The 1988 Constitution thus did away with the ways in which citizenship had previously been stratified in Brazil, with its insistence that socioeconomic rights would be equally enjoyed, independent of race, class, gender, or profession. This Constitution also became the first to acknowledge long-standing racial, socioeconomic, and regional inequalities in Brazil, and the first to commit to reducing these inequalities and eradicating poverty. Therefore, the importance of the right to health in the new Constitutional architecture cannot be overstated, as with the 1988 Constitution free and universal health care became *not only* an individual right, but *also* a socio-political strategy for dealing with structural inequalities.

The SUS today guarantees coverage for all residents in Brazil, with about 70% of the population relying exclusively on its services. Brazil has a two-tiered system in which those who can afford it purchase private insurance plans. The SUS is unified but highly decentralized, with its various responsibilities divided between federal, state, and municipal levels of service. One of its accomplishments is the Programa de Saúde de Família (Program for Family Health, PSF), created in 1994 to provide primary care, dentistry, vaccinations, and medications for some of Brazil's poorest and most isolated communities. This unit leads Brazil's vaccination efforts, as the SUS oversees one of the world's largest vaccination programs in the world, combating more than 19 infectious diseases. The Programa de Saúde de Família innovates with its emphasis on families, instead of its individuals, as well as in its employment not only of doctors and nurses, but also of community health agents in order to strengthen links between the community and health services.

48 Starting in the 1930s, Brazil's government had created a network of social security funds (Institutos de Aposentadoria e Pensões, IAPS), which were differentiated according to profession, in a syndicalist-corporatist framework.

3. Regulating e-cigarettes between the precautionary principle and harm reduction.

From a legislative/administrative point of view, approaches to e-cigarette regulation fall within a spectrum of options, based on different (even contrasting) principles at either pole. The spectrum ranges from e-cigarettes bans based on a (over)focus on health protection at one end; to using e-cigarettes for harm reduction at the other end. The first model -the one super-focusing on health-protection- rests upon the conviction that policies ought to prevent (all?) potential dangers to health, including those deriving from e-cigarettes' use. The other end of the spectrum, aims at incentivizing policies that reduce the more harmful toxicological effects of smoking tobacco cigarettes.

To simplify, health protection's proponents claim that e-cigarettes: (i) are harmful, (ii) normalize smoking behavior, and (iii) serve as a gateway to nicotine addiction for non-smokers and youth. Rather than aiding smoking cessation, may believe the sale of e-cigarettes will encourage continued use of conventional cigarettes resulting in the dual use of both products, consequently inhibiting complete cessation⁴⁹. Countries that are committed to minimize the number of new users becoming addicted to nicotine (*i.e.*, health protection) enact prohibitive regulations, including restricting supply and/or imposing higher taxes.

At the other end of the spectrum, proponents of harm reduction argue that people will always use harmful products (and/or engage in risky behavior) and acknowledge that smokers eventually become addicted and cannot easily stop assuming nicotine. Therefore, the desirable goal is to divert people to use less harmful alternatives.

And e-cigarettes represent one of such safer alternatives (the preponderance of the scientific evidence does show they are far less harmful than traditional cigarettes), as they can help reduce (at least some of) the negative health impacts of smoking⁵⁰. Countries that are engaged in reducing harms (*i.e.*, harm reduction) enact less restrictive regulations, incorporate less-harmful products in their social agenda to reduce smoking, and might even allow positive financial incentive to encourage smokers to switch to a less harmful product.

49 W. HALL, C. GARTNER, C., FORLINI, *Ethical issues raised by a ban on the sale of electronic nicotine devices*, 110 *Addiction*, 1061–1067 (2015); N. KAUFMAN, M. MAHONEY, *E-cigarettes: Policy options and legal issues amidst uncertainty*, 43 *JLME* 1, 23–26 (2015); D.S. KENKEL, *Healthy innovation: Vaping, smoking, and public policy*, 35 *J. Pol. Anal. Manag.*, 473–479 (2016).

50 A.L FAIRCHILD, R. BAYER, *Smoke and fire over e-cigarettes*, 347 *Science*, 375–376 (2015). However, advocates of harm reduction do not always share the same views regarding the ultimate goals of e-cigarette use; some advocates argue that the goal should be to quit these harmful products entirely, whereas others believe risk minimization is sufficient. See *id.*, A. Fairchild, J. Colgrove, *Out of the ashes: The life, death, and rebirth of the "safer" cigarette in the United States*, 94 *Am. J. Public Health*, 192–204 (2004).

It is evident that the two approaches reflect more than just a choice between adopting one legal principle rather than the other. They also mirror different social preferences (*i.e.*, the intensity of the dislike for people engaging in behaviors not illegal *per se*, but generally frowned upon), different views of the tradeoff between state control and individual freedoms (*i.e.*, a paternalistic state *vs* individuals' self-determination), as well as general attitudes towards addiction (*i.e.*, is addiction a "fault" to blame, or a medical condition to treat?).

One main difference between the two approaches is the population on which they are focused. Health protection generally focuses on the (relatively smaller) health hazards that e-cigarettes pose to the (relatively larger) population of non-smokers, especially non-smoking youth. *Vice versa*, harm reduction focuses instead on the (relatively larger) health hazards that tobacco poses to the (relatively smaller) population of conventional cigarette smokers⁵¹.

Indeed, not only is smoking a *health hazard*, it is also a *social hindrance*, as smoking is more prevalent in lower socioeconomic groups, rather than in higher ones⁵².

51 The notion of non-smokers' right to health – especially bystanders and children – underpinned much of tobacco control developments through the 1980s and 1990s. Those involved in the campaigns, especially in the US, saw themselves as warriors battling the economic and political interests of tobacco companies. Backed by the evidence of the damage caused by smoking and the increasing efforts to ban public smoking, campaigners seized the moral high ground as smokers became the new social pariahs. Harm reduction tends to focus more on another slice of the population: those who want to switch away from smoking and towards the use of safer products.

52 As Dr M. Glover and colleagues commented: *The WHO target [of reducing global tobacco use] is unintentionally, but effectively, misdirecting the sector from focusing on how to reduce the incidence of smoking-related diseases, which is the real goal. The dictum to focus on reducing global tobacco use encourages a utilitarian focus on achieving behaviour change among as many people as possible for the least cost, regardless of unexpected negative consequences for the few. The least costly interventions are laws, regulations, taxes and mass media campaigns – blunt instruments applied state-wide or nationally. In this strategy, effectiveness is measured at a population level, using averages that erase outliers, such as disproportionately high smoking prevalence among subgroups. The policies are assessed for their potential to benefit the many, that is the most populous group, and this is usually the politically dominant group. ...Policies and laws designed to benefit the politically dominant group, inevitably leave aside the effects on minorities.*

M. Glover, et al., *Tobacco smoking in three "left behind" subgroups: indigenous, the rainbow community and people with mental health conditions*, *Drugs and Alcohol Today* (2020). Similarly, in an editorial in *The American Journal of Public Health*, D. Giovenco commented that: *harm reduction approaches...have the potential to accelerate the smoking 'endgame' and reduce inequalities more rapidly and effectively than traditional control initiatives...Without radical changes in our approach to tobacco control, unacceptable disparities in smoking-related disease and death may persist for decades* (emphasis added)

D.P. Giovenco, *Different Smokes for Different Folks? E-Cigarettes and Tobacco Disparities*, 109 *American Journal of Public Health*, 109, 1162–1163 (2019). This author was also the lead author of a study which looked at sales of combustible tobacco products and SNP in socio-demographically diverse part of New York City, concluding that the marketing of inexpensive, combusted tobacco products disproportionately saturates low-income, minority communities, while potentially lower risk, non-combusted products are more accessible in largely White and higher income neighborhoods. This pattern may exacerbate tobacco-related inequities. Public health policies should prioritize reducing the appeal and affordability of the most harmful tobacco products to help reduce health disparities. D.P. Giovenco et al., *Neighborhood Differences in Alternative Tobacco Product Availability and Advertising in New York City: Implications for Health Disparities*, 21 *Nicotine & Tobacco Research*, 21, 896–902 (2019).

Moreover, lower socioeconomic groups commonly start smoking at a younger age, smoke more cigarettes per day and stop smoking less often than people in higher socioeconomic groups. Therefore, low-income smokers are more intensely addicted to nicotine and are likely to require more support to stop smoking⁵³. Furthermore, families in poorer countries are likely to be more severely affected by the economic impact of smoking deaths and disease⁵⁴.

In particular, harm reduction strongly focuses on socially-disadvantaged groups who would be most in need of easy(er) access to low-risk products, including: indigenous populations⁵⁵, lower-income groups (featuring a higher smoking prevalence than the general population and disproportionate tobacco-related health

53 See generally, WHO, *Tobacco and inequities; guidance for inequities in tobacco-related harm*, (2014). The conclusions drawn for Europe are easily relevant for other parts of the world as well. Indeed, smoking prevalence among vulnerable groups in the UK is considerably higher than in the general population. See, L. SZATKOWSKI, A. MCNEILL, *Diverging trends in smoking behaviours according to mental health status. Nicotine and tobacco research*, 356–60 (2015). In 2018, the Australian Parliament conducted a review of e-cigarettes and heard evidence from academics and clinicians about the smoking toll among vulnerable groups. One witness focused on the risks of smoking posed to Aboriginal and Torres Straits islanders, while another stated that 70% of those with a diagnosis of schizophrenia and 61% of bipolar patients smoked. PARLIAMENT OF THE COMMONWEALTH OF AUSTRALIA, *Report on the inquiry into the use and marketing of electronic cigarettes and personal vaporisers in Australia*. In Bangladesh, tobacco use is higher in the most vulnerable groups. Greater percentages of slum and illiterate Bangladeshis use smokeless tobacco (26% and 24%, respectively) compared to urban and highly-educated Bangladeshis (8% and 6%, respectively). A greater percentage of urban (46%) and highly-educated (52%) Bangladeshis did not use any tobacco at all compared to slum residents (36%), and illiterate Bangladeshis (32%). Moreover, poorest people are the least aware of the risks of tobacco. P. DRIEZEN ET AL., *Awareness of tobacco-related health harms among vulnerable populations in Bangladesh: findings from the international tobacco control (itc) Bangladesh survey*, 13 *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 848 (2016).

54 Indeed, these countries house the world's largest populations of smokers, who are invariably men. It is men who are typically the main breadwinners while women remain at home looking after the family and household. Should the breadwinner be lost to smoking-related disease, the situation for women, already in a precarious economic situation can only worsen.

55 Information on indigenous populations relies on the work of Dr Glover (op.cit). Indigenous or first-nation people live in over 90 countries, numbering around 370 million, making up 5% of the global population and for about 15% of the global poor (largely due to the multiple negative social, racial, political and economic impacts of colonization over centuries). Data indicate the high prevalence of smoking among indigenous peoples (e.g., 83% of Yolŋu men in Australia; 74% of Nenets men in Russia). Moreover, many indigenous populations have long-standing tobacco-using traditions with social and cultural landscapes very different from those observed in non-indigenous communities (e.g., in New Zealand, smoking rates among Māori women are much higher than non-Māori women). In 2019, Dr Glover made a submission to the Danish government concerning the Kalaallit Nunaat people of Danish-administered Greenland pointing to all the diverse ways in which colonisation has impacted on the health and wellbeing of the people (compared to other Nordic countries) and how one-size-fits-all Nordic tobacco control policies are potentially damaging to this population. According to Dr Glover, tobacco-prevention measures failing to take account of the varieties of traditions which exist among indigenous populations infringe on the very FCTC's art. 4.2c stating: *the need to take measures to promote the participation of indigenous individuals and communities in the development, implementation and evaluation of tobacco control programmes that are socially and culturally appropriate to their needs and perspectives*. It is also worth mentioning that some indigenous communities have positively responded to the introduction of low-risk products, for instance: the Sami people from northern Scandinavia and Finland have been making the transition from smoking to snus; in New Zealand, Māoris have opened vape shops and implemented a switching program called Vape2Save.

issues); and populations generally more likely to have enduring drug⁵⁶, alcohol, and/or mental health problems.

These special populations of smokers (especially those living in the poorer countries) are often more disadvantaged in trying to access e-cigarettes because, for instance: they live in environments (such as public housing, prisons⁵⁷, mental health hospitals⁵⁸, etc.) more prone to outright domestic bans; they might be able to access e-cigarettes only thorough the Internet (as well as ready access to electricity), which in turn requires a credit card for purchases (and an address for delivery⁵⁹); onerous taxation severely affects their disposable income⁶⁰.

Therefore, failure to embrace harm-reduction principles (and products) afflicts *poor people specifically*, but also *societies as a whole*, as it exacerbates social disparities, marginalization, and discrimination. Thus, prohibitionist regulatory environments that deny and/or restrict access to low risk products (including e-cigarettes) have the (perhaps unintended, but surely practical) effect of showing little compassion and assistance precisely to those most in need.

56 The high level of smoking among those with substance-use problems can exacerbate drug-related health issues. Services around the world report in excess of 85-90% of those attending for treatment also smoking tobacco. In recent years, drug-related deaths in the UK have been rising, particularly among older, long-term users also suffering from smoking-related diseases, which generally rank high in the list of co-morbidities for those addicted to opiates. Similarly, in a cohort study of 845 users in residential substance use treatment in the USA, around a quarter died during the course of the study, with smoking-related causes outstripping those related to drugs and alcohol. R.D. HURT ET AL., *Mortality following inpatient addictions treatment. Role of tobacco use in a community-based cohort*, 275 JAMA, 1097-1103 (1996).

57 Smoking is an entrenched part of prison culture, not least because tobacco itself is a currency in many prisons. Coming largely from economically and socially disadvantaged communities, most of those subject to jail time are already smokers. Studies from different countries put smoking levels at up to 80%. in prisons, smoking helps inmates deal with the manifest stresses of incarceration: boredom, isolation from family as well as the constant risk of violence and intimidation. See, M. BAYBUTT ET AL., *Tobacco use in prison settings: A need for policy implementation*, in WHO, *Prison Health Guide* (2012). R. RICHMOND, ET AL., *Tobacco in prisons: a focus group study*, 18 Tobacco Control, 176-182 (2009).

58 In one meta-analysis across 20 countries, those with a diagnosis of schizophrenia had an average smoking prevalence of 62%, while a study of US veterans with PTSD had a smoking prevalence nearly double that of veterans without PTSD. ASH, *Smoking and Mental Health* (No. 12; Fact Sheet) (2019). Also in the UK, 40-80% of people with a mental health condition smoke and they consume 42% of all tobacco, smoking more heavily and frequently. While smoking prevalence among UK adults has dropped to around 15 per cent, smoking rates among those with mental health problems have remained stubbornly unchanged for around 20-30 years. F RYAN, *The psychology behind smoking cessation – Mindsets, culture and preventing relapse*, Smoking Cessation and Mental Health Summit, Royal Society of Medicine, London (30 September, 2019).

59 For homeless people, cigarettes provide the whole panoply of benefits including emotional calming, relief from boredom, and socializing aspects. L. DAWKINS ET AL., *A cross sectional survey of smoking characteristics and quitting behaviour from a sample of homeless adults in Great Britain*, 95 Addictive Behaviors, 35-40 (2019). C. MATTHEWS, *Smoking and the Homeless: There is Hope*, Vaping Daily. <https://vapingdaily.com/support/homeless-community/> (2019, March 5). However, their homeless status makes it even more difficult for cessation services to intervene.

60 Homeless people on the streets, smoking and sharing cigarettes can be an aspect of social glue or a way of coping with both stress and boredom for a group of otherwise isolated and marginalized people. This is also the case for those living alongside generations of smokers.

Legally speaking, the two approaches are based on two different legal principles. Health-protection systems are based on (a strict) application of the *precautionary principle*; whereas harm-reduction systems are based on *harm reduction*, which finds it desirable to encourage the reduction of harm associated with the use of combustible cigarettes, which includes encouraging users to switch to a less harmful product (e.g., e-cigarettes). Before zooming in on the different models of regulation (Section 4) and, specifically the UK and Brazilian ones (Sections 5 and 6, respectively), we find it useful to spend some words on both legal principles.

3.1 The right to health, as declined by the principle of harm reduction.

Harm reduction refers to policies, regulations, and actions focused on *reducing* (rather than *eradicating*) health risks, usually by providing safer forms of hazardous products, or encouraging/incentivizing less risky behaviors. Harm reduction can be traced as far back as the 1920s (even though at the time, it was not called as such, neither was it a coherent principle, legal or otherwise); interestingly, its origins are rooted in the response of the scientific/medical communities to inhibiting state regulation.

Indeed, following the first legal bans on unauthorized possession of opiates, doctors in both the USA and the UK prescribed morphine or heroin to addicted patients to help them manage their condition. In 1926, a committee of UK doctors agreed it was legitimate medical practice to prescribe addicted patients (as a treatment of last resort) morphine, heroin, and/or cocaine⁶¹.

In the 1960s, the rise of recreational drug use across North America and Europe favored the dissemination of harm-reduction sensibility among consumers, epitomized by the development of lay advice about how to use drugs in a safer way⁶². Harm reduction for safer consumption of alcoholic beverages and spirits goes back to early provisions regulating the content of alcoholic drinks in order to reduce contamination and risk of poisoning.

Later complemented by attempts to modify drinking practices in drinking venues and finally, by the 1970s, the trend was to make drinking safer for drinkers and those affected by drinking. Harm reduction as a health strategy came to prominence during the HIV/AIDS epidemic of the 1980s⁶³. Among other things it was encapsulated in the slogan *safer sex*, one of the very epitomes of the harm-reduction approach, as it

61 Ministry of Health, UK, *Departmental committee on morphine and heroin addiction*, Rolleston report (1926).

62 G.V. STIMSON, *Minimising harm from drug use*, in J. Strang, J., M. Gossop (edited by), *Heroin Addiction and Drug Policy: The British System*, Oxford (1994).

63 The phrase came to be associated with those in gay communities on the American west coast and in New York, who bonded together in grassroot-action groups to protect their health in the face of fear and vilification from society at large.

acknowledges that sexual abstinence was neither a practical or actually feasible method to prevent HIV transmission, whereas condoms and safer-sex behaviors were key⁶⁴.

Once it became clear that people injecting drugs were similarly at risk, new campaigns arose demanding safer initiatives for those that (for whatever reason) would continue to inject drugs (e.g.: needle and syringe exchanges, opiate substitute therapy, overdose prevention, and drug consumption rooms). By the mid-1980s, there was already a Dutch drug-using group who were offering help and peer support to users in the Netherlands. This was very much in the context of what might be termed *guerrilla public health*, initially undertaken with no support from health professionals. The UK took this further in the form of a partnership of user activists and public health officials and clinicians that offered both practical support and secured critical political backing. This created a safe environment for injecting-drug users, who had access to opiate substitute prescribing and needle exchange facilities.

Similarly, the opioid crisis which has hit the USA at the end of the '90 and early 2000s has changed official thinking on drug-harm reduction. Funding is now available for opiate substitute treatment and the provision of the drug naloxone which immediately reverses the effect of opioid overdose, while the Surgeon General has publicly supported the provision of needle exchange⁶⁵.

Today, Harm Reduction International defines *drug harm reduction* as: *policies, programs and practices that aim to reduce the harms associated with the use of psychoactive drugs in people unable or unwilling to stop*⁶⁶. The defining features being the focus on: (i) the prevention of harm, rather than of the drug use itself; and (ii) the people continuing to use drugs". Nowadays, harm reduction is pervasive in every legal system. Indeed, more or less everywhere in the world everyday lives are replete with potentially dangerous products or behaviors being modified (by manufacturers, regulators or consumers) to *enable use while reducing risk of harm* (e.g.; designing motor vehicles and roads to make travel safer; mandating use of seat belts and crash helmets while driving, separating drinking and driving by law; driver licensing; etc.); or the introduction of products offering *safer options* (e.g.; zero-calories soda drinks

64 At the time the Ottawa Charter was published, the USA was in the grip of an HIV/AIDS epidemic. In the early '80s, there were all kinds of myths and misinformation about AIDS, ranging from a public perception that you can *catch* AIDS from toilet seats, or touching sufferers, through to pulpit rantings about God's revenge on homosexuals. But once it was established that the AIDS virus was transmitted through bodily fluids, gay activists in the most affected cities of San Francisco and New York began a grassroot, community-based, self-help initiative to educate and support their peers about safer sexual practices.

65 M. Meehan, *Surgeon General Supports Needle Exchanges To Limit Disease From Opioid Crisis* (2018), available at: <http://wfpl.org/surgeon-general-supports-needle-exchanges-to-limit-disease-from-opioid-crisis/>.

66 HARM REDUCTION INTERNATIONAL, *What is harm reduction? A position statement*, available at <https://www.hri.global/what-is-harm-reduction>.

and low-fat foods; even refrigerators as means to improve food storage and reduced food contamination).

However pervasive the current (even subconscious) application of harm reduction, smoking lagged behind⁶⁷, mainly due to the “late” discovery of cigarettes’ actual danger to health, as well as the lack of reduced-risk options⁶⁸. Indeed, from the 1980s, the main tobacco harm-reduction product was nicotine replacement therapy (“NRT”), *i.e.* the provision of controlled doses of pure nicotine *via* gums, patches, lozenges, inhalers and sprays⁶⁹.

E-cigarettes (a relatively new product) are arguably the newest frontier of tobacco harm-reduction, as they prove to be *far less harmful* (up to 95% less harmful⁷⁰) than traditional cigarettes, and provide an *enjoyable* way to consume nicotine. In turn, this has raised challenges for governments in terms of appropriate regulatory models, and the legal principle on which to base it.

Tobacco harm reduction has travelled a separate road to drugs, sex and alcohol harm reduction. Indeed, in the context of reducing harm from smoking, smokers ought to be allowed to be informed about services and/or products that can reduce harm.

Governments should then create policies, and regulations that enable smokers to have information about and access to such harms-reducing services and/or products⁷¹. Similarly, manufacturers who can provide products that are less harmful than smoking (including tobacco companies) ought to be allowed (even encouraged?) to produce them. At this point in the global debate on e-cigarettes,

67 The idea of tobacco harm reduction can be traced to Professor Michael Russell, a UK psychiatrist. He observed that people smoke for the effects of nicotine, but that illness and premature mortality result from the tar that they inhale. Russell pointed to the health gains that might be achieved if the tar in cigarettes could be reduced, while maintaining nicotine levels.⁷

68 Notable (yet not widespread) exceptions being snus in Scandinavia and smokeless tobaccos in the USA.

69 NRT was first used in the USA in 1984. It is now the medically approved way to consume nicotine without tobacco and is included in the WHO’s List of Essential Medicines.

70 In 2018, Public Health England experts reviewed the available studies of biomarkers of exposure. Based on its assessment of the evidence, Public Health England concluded in 2018: *Vaping poses only a small fraction of the risks of smoking and switching completely from smoking to vaping conveys substantial health benefits over continued smoking. Based on current knowledge, stating that vaping is at least 95% less harmful than smoking remains a good way to communicate the large difference in relative risk unambiguously so that more smokers are encouraged to make the switch from smoking to vaping* Public Health England, Evidence review of e-cigarettes and heated tobacco products (2018).

71 Among others, Prof. Kozlowski has been writing about the rights of smokers to be properly informed about harm reduction options. One of his earliest papers framed this premise as follows: *The right to information derives from the principle of respect for autonomy [...]. If people are deprived of information relevant to their health, they will necessarily be deprived of choices that might protect their health. In a tradition deriving from the Nuremberg Code (1949)¹⁰ and the United Nations Declaration of Human Rights (1948), the American Public Health Association concluded, ‘Human rights must not be sacrificed to achieve public health goals, except in extraordinary circumstances in accordance with internationally recognized standards’.* L.T. KOZLOWSKI, *Harm reduction, public health, and human rights: smokers have a right to be informed of significant harm reduction options*, Nicotine and Tobacco Research, 67–72 (2002).

these two elements are not (always) aligned. Products are available, but governments are not providing access to them or information about them. Scientific evidence is available, from some of the world's leading scientific and medical institutions, and yet there is a resistance to accept it from some of the world's most significant tobacco control activists⁷².

The UK (which deservedly is one of the study countries of this paper) undoubtedly stands out for embracing tobacco harm-reduction policies. In 2007, the UK Royal College of Physicians ("RCP") explicitly advocated for tobacco harm-reduction in its report *Harm reduction in nicotine addiction*, which argued that *Harm reduction in smoking can be achieved by providing smokers with safer sources of nicotine that are acceptable and effective cigarette substitutes*, and suggested the potential for rebalancing the market in favor of safer nicotine products⁷³.

3.2. The right to health, as declined by the precautionary principle.

Defining the precautionary principle is not an easy task. Indeed, it has been said that there exist at least 20 different definitions of the principle; many incompatible with one another⁷⁴. Originally rooted in sociology and philosophy⁷⁵, the precautionary principle stood as an ethical rule regulating human behavior in the so-called *society of risk*, and only relatively recently has it come to assume a central role as a legal principle.

The distinguishing feature underlying the precautionary principle is the impossibility to meaningfully assess the risks deriving from (un)identified sources.

Hence, it does not concern so much the *actual risks*, but rather the *potential risks* that scientific uncertainty does not (yet) allow to fully establish. From this perspective, it is necessary to distinguish the precautionary principle from the prevention principle, which allows interventions aimed at preventing the occurrence of certainly-existing and already-proven risks. In other words, we can say that the precautionary principle is aimed not at *actual risks* (which are covered by the prevention principle), but at *potential ones i.e.*, risks about which there are scientific uncertainties.

72 This is especially the case for Swedish snus, where there is approximately 50 years of epidemiological evidence to prove the issue. From a human rights perspective, smokers should be allowed to have information about and access to snus, and yet it is banned in many countries in the world. This makes no sense when the most harmful of nicotine delivery devices, a cigarette, is freely available almost everywhere in the world.

73 ROYAL COLLEGE OF PHYSICIANS, TOBACCO ADVISORY GROUP, *Harm reduction in nicotine addiction: helping people who can't quit*, p. 241 (2007).

74 See generally C.R. SUNSTEIN, *The Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge (2005).

75 This meaning dates back to the classical works of H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation* (Suhrkamp Verlag 1979) and *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung* (Suhrkamp Verlag 1985). See also U. BECK, *Risk Society: Towards a New Modernity* (1992). For further references to the precautionary principle in philosophy, see particularly L. MARINI, L. PALAZZANI (edited by), *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica* (2008).

Indeed, if prevention takes place to avoid the occurrence of a certain risk, precaution aims at regulating a still-uncertain risk whose occurrence can neither be excluded, nor proven with certainty. Prevention needs sufficient data to identify a certain or probable risk, whereas precaution kicks in when such information is missing, and therefore it is impossible to determine the probability of risk occurrence. This also means that the precautionary principle requires early intervention, so as to prevent the transformation of a potential risk into a real one. Generally (depending on the definition of the principle), such an intervention is justified only in order to avoid potentially-grave and irreversible damage. Precautionary measures also need to be based on at least plausible scientific hypotheses. The precautionary principle therefore stands for the approach that scientific uncertainty should not prevent the application of preventive and cost-effective measures in cases of potentially serious or irreversible harmful effects, which can be identified mainly by scientific progress and technological developments⁷⁶.

The legal nature of the precautionary principle appeared for the first time in German environmental law, where it aimed at providing a rationale for regulation in cases of an unclear causal relationship between the source of the harm and the potential damage⁷⁷.

There is no agreement as to when the principle made its first appearance in international law, even though its origins can probably be traced back to the 1980s, when several charters and conventions made reference to some elements of precaution⁷⁸.

Finally, the 1992 Rio Declaration provided the first relatively precise articulation of the precautionary principle, stating that *where there are threats of serious or irreversible*

⁷⁶ More precisely, the precautionary principle applies in any case where activities might cause risks for human health and – in more general terms – for the enjoyment of rights, but such risks are only potential, as there is not yet definitive evidence as to their existence and scope. In such cases, public authorities can allow the activities only after collecting data which might reasonably exclude the potential for grave dangers, therefore complying with the principles of proportionality, non-discrimination, and coherency. There is also a disclosure obligation imposed on the public authorities towards those who are exposed to such risks. Such understanding of the precautionary principle has been shaped by the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR). See in particular, *Guerra et al v Italy* (1998) App. No. 14967/89; *Tatar v Romania* (2009) App. No. 67021/01; *McGinley v United Kingdom* (1998) App. No. 21825/93; *Roche v United Kingdom* (2005) App. No. 32555/96. Compare also D. Xenos, 'Asserting the Right to Life (Article 2, ECHR) in the Context of Industry' (2007) 3 Ger Law J 231.

⁷⁷ See L. GRUSZCZYNSKI, *Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law: A Critical Analysis of the SPS Agreement* Oxford (2010) 158 (quoting S. Boehmer-Christiansen, 'The Precautionary Principle in Germany – Enabling Government' in T. O'Riordan, J. Cameron (edited by), *Interpreting the Precautionary Principle* (1994)).

⁷⁸ See for example the 1982 World Charter for Nature (requiring special precautions to be taken in order to prevent discharge of radioactive or toxic wastes) and the 1989 Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (*determined to protect the ozone layer by taking precautionary measures to equitably control total global emissions*).

damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation⁷⁹. More recently, this formulation was reaffirmed by several eminent scholars and ecological non-governmental organizations in the so-called 'Wingspread Statement', which states that *when an activity raises threats of harm to human health or the environment, precautionary measures should be taken even if some cause-and-effect relationships are not fully established scientifically*⁸⁰. This definition has quickly become the most accepted and referred-to formulation of the principle, nowadays widely (even if not uniformly⁸¹) applied in different countries⁸² as well as at the international level, including in areas other than environmental law, as (relevant for purpose of our discussion) protection of health⁸³.

However, given the mutable formulations of the precautionary principle in different international instruments, it comes as no surprise that no uniform application of the principle has been achieved in international law.

79 Rio Declaration on Environments and Development, 14 June 1992, UN A/Conf 151/5/Rev 1 (1992), reprinted in 31 ILM 876 (1992) principle 15.

80 Wingspread Statement on the Precautionary Principle, 25 January 1998, reprinted in C. Raffensperger, J. Ticker (edited by), *Protecting Public Health and the Environment: Implementing the Precautionary Principle* (1999); *cfr.* Regulation (EC) No 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety [2002] OJ L 031.

81 For instance, differences exist with respect the thresholds of scientific uncertainty for the principle's application, the requirement (or lack thereof) to carry out a cost-benefit analysis, the proportionality test, and allocation of the burden of proof. *See generally*, Gruszczynski (op. cit.) 160-161.

82 The precautionary principle has gradually taken on a central role in EU law, even if somewhat it seems to be applied more strictly than does international law. First, it seems there are different thresholds for the application of the principle. Indeed, the Rio Declaration seems to imply that only *serious or irreversible threats* can trigger the application of the principle. On the other hand, EU law provides for a much lower threshold, having recourse to the precautionary principle simply in cases of *potential* risks. *See*, Communication from the Commission on the Precautionary Principle, 2 February 2000, COM/2000/0001 final, 17. Note, however, that other instruments of international law also provide for lower thresholds. *See* for instance, the Biosafety Protocol, which only speaks about a 'potential adverse effect' without qualifying its seriousness and probably presuming the irreversible character of threats connected with genetically modified organisms, or the Convention on Biological Diversity, which refer to 'threats of significant reduction or loss'. Second, prior to invoking the precautionary principle, EU law requires a scientific (and as-complete-as-possible) risk analysis in order to identify and assess uncertainties. *See*, Communication from the Commission on the Precautionary Principle (n 17) 13-14. International law adopts a more permissible approach in this regard, referring only to 'the lack of full scientific certainty' (Rio Declaration) or to a situation in which 'some cause-and-effect relationships are not fully established scientifically' (Wingspread Statement). The most important difference between the precautionary principle in international and EU law is probably that in the latter the principle is formulated as a mere signpost for risk managers, meaning that it simply gives a justification for regulatory action, without compelling risk managers to act in the first place. *Ibid* 15-16 (stating that 'the Commission or any other Community institution has broad discretionary powers, notably as regards the nature and scope of the measures it adopts' and 'responding does not necessarily mean that measures always have to be adopted. In this case, the decision to do nothing may be a response in its own right'). On the other hand, in international law, the principle is usually formulated as an imperative, requiring action in cases of uncertainty (if there is a threat of serious or irreversible damage).

83 *See* for example the Cartagena Protocol on Biosafety (touching upon the protection of human health as a part of its objective of safeguarding biodiversity); the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (*asking for a precautionary approach with regard to the protection of human life and health*).

At a certain general level, one may say that *the essence of the precautionary principle is that positive action ... may be required before the existence of a risk has been scientifically established*⁸⁴.

However, when it comes to details, any overall consensus disappears⁸⁵, both across countries and at the international-law level (including in areas other than environmental law (for instance the protection of human life and health⁸⁶). Indeed, differences exist in the precautionary principle's actual application and its procedural workings. For instance with respect to: (i) the thresholds of scientific uncertainty for the principle's application; (ii) the requirement (or lack thereof) to carry out a cost-benefit analysis; (iii) the proportionality test; and (iv) allocation of the burden of proof⁸⁷.

4. Regulation of tobacco products (e-cigarettes?) in international law.

As mentioned above, international law does acknowledge a general right to health. In 1981 the WHO published the *Global Strategy of Health for All by the Year 2000*⁸⁸. Its guiding principle was that *all people in all countries should have at least such a level of health that they are capable of working productively and of participating actively in the social life of the community in which they live*.

The following commitment to health promotion was enshrined in the 1986 Ottawa Charter for Health Promotion⁸⁹. The Charter stressed, at the top of the list, the imperative to build public policies supporting health (*any obstacles to health promotion should be removed with the aim of making healthy choices the easiest choices*). The Charter also makes clear that: *health promotion policy requires the identification of obstacles to the adoption of healthy public policies in non-health sectors, and ways of removing them. The aim must be to make the healthier choice the easier choice for policy-makers as well*. Furthermore,

84 J. BOHANES, *Risk Regulation in WTO Law: A Procedure-Based Approach to the Precautionary Principle* 40 Columbia J Trans Law 331 (2002).

85 GRUSZCZYNSKI (op. cit.) 160.

86 See for example the Cartagena Protocol on Biosafety (*touching upon the protection of human health as a part of its objective of safeguarding biodiversity*); the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (*asking for a precautionary approach with regard to the protection of human life and health*).

87 As a consequence of the alteration of the traditional allocation of the burden, the burden of proving the potential risks associated with a specific product (or its safety) may fall not on regulators, but rather on producers, manufacturers or importers. However, establishing the product's safety with absolute certainty is often exceedingly difficult (or even impossible) and may, in many cases, take many years (or even decades) to determine. See generally, L. GRUSZCZYNSKI, *Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law: A Critical Analysis of the SPS Agreement*, Oxford (2010) at 160-161.

88 WHO, *Global Strategy of Health for All by the Year 2000*, (1981) available at <http://apps.who.int/iris/handle/10665/38893>.

89 WHO, *Ottawa Charter for Health Promotion*, (1986), available at <http://www.who.int/healthpromotion/conferences/previous/ottawa/en/>.

it puts people at the center of this (*people cannot achieve their fullest health potential unless they are able to take control of those things which determine their health*).

However, the acknowledging the right to *health for all* did not mean embracing the principle of harm reduction, especially for those engaging in risky behaviors, such as drug users. Indeed, there was no attempt to encourage member states to empower and strengthen these individuals and their communities to make healthier choices.

Instead, the WHO and the UN Office of Drugs and Crime (UNODC) were staunchly opposed to the whole concept of harm reduction for these categories, as public health was viewed through a prism of abstinence, prevention, treatment, and regulation⁹⁰. As far as the WHO, UNODC were concerned, harm reduction for risky behaviors was simply a mechanism for condoning drug use. It took quite some time to for these international bodies to come to endorse drug harm-reduction interventions such as needle exchange. Specifically for tobacco-control policies, during the Ninth World Conference on Tobacco and Health in Paris in 1994, the WHO passed a resolution on the need to take international legal action to combat the global smoking epidemic. The international convention on tobacco control, to be known as the WHO Framework Convention on Tobacco Control ("FCTC"), was unanimously adopted in May 2003, during the 56th World Health Assembly.

Even though the FCTC does not itself contain any explicit vaping regulations, but its generic provision requiring signatories to '*take measures to prevent the initiation ... of tobacco products in any form*'⁹¹ has unleashed the regulatory trend to extend the restrictions already applied to tobacco products to e-cigarettes as well (often by calling upon the precautionary principle); or even to prohibit e-cigarettes altogether. In its own words, the FCTC declares itself deriving from the universal right to health for all, as cemented in a patchwork of international treaties: *...Recalling Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted by the United Nations General Assembly on 16 December 1966, which states that it is the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, ... Recalling also the preamble to the Constitution of the World Health Organization, which states that the enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition, ... Recalling that the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, adopted by the United Nations General Assembly on 18 December 1979, provides that States Parties to that Convention shall take appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care. ... Recalling further that the Convention on the Rights of the Child, adopted by the United Nations*

90 G.V. STIMSON, *AIDS and injecting drug use in the United Kingdom 1988-93: the policy response and the prevention of the epidemic*, 41 Social Science and Medicine; 699-716 (1995).

91 FCTC, art. 4.2(b).

General Assembly on 20 November 1989, provides that States Parties to that Convention recognize the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health.

In February 2005, the FCTC entered into force in international law as the world's first multi-lateral health treaty. The FCTC sets a framework for countries to construct *their own* tobacco control policies⁹², particularly the low/middle income countries who do not have the necessary resources to formulate their own policies from scratch. Its opening Convention statements (a.k.a., the Preamble) make specific reference to the right to health, namely, *the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*⁹³. Every two years, the Parties to the FCTC participate in the so-called FCTC Conference of the Parties (COP).

The very first article of the FCTC (art. 1d) defines *tobacco control* as *a range of supply, demand and harm reduction strategies that aim to improve the health of a population by eliminating or reducing their consumption of tobacco products and exposure to tobacco smoke*. However, the FCTC does not define harm reduction *per se* in its widest sense, therefore it could come to be interpreted as referring to any control intervention⁹⁴. Moreover, if on the one hand it is true that at the time of drafting the FCTC, the WHO had finally acknowledged the public-health imperative in relation to HIV and drugs, and therefore knew what harm reduction meant in those circumstances; on the other hand, it must be acknowledged that biases towards risky behaviors, including smoking, are strong⁹⁵. Furthermore, at the time there was an exceedingly

92 While the FCTC is *legally binding*, all this means in practice is that Parties have signed up to enacting controls in the spirit of custom and practice as applied to all international treaties. But aside from smuggling, tobacco control is an issue for domestic law and ultimately what passes into law remains in the gift of individual governments.

93 This is the same definition of contained in art. 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted by the United Nations General Assembly on 16 December 1966.

94 The lack of a properly-defined and implemented harm reduction *pillar* in the FCTC to sit alongside the three established pillars to prevent initiation, promote cessation and protect from environmental impact was criticized by Meier and Shelley as far back as 2006. In the light of the fact that many nations were failing to deliver on what the authors call *the first three pillars of the FCTC*. In their words: *unlike cessation efforts, nations need not do anything to introduce a harm reduction strategy; private corporations already are developing and marketing... products without government encouragement... Countries can work together within WHO to address issues of tobacco harm reduction, aiding each other in disseminating these results of basic science and translating these results into novel behavioural treatments, pharmacological regimes and tobacco products*". B.M. MEIER, D. SHELLEY, *The Fourth Pillar of the Framework Convention on Tobacco Control: Harm Reduction and the International Human Right to Health*, 121 Public Health Reports, 494–500. (2006).

95 At the E-Cigarette Summit held in London in November 2017, S. Jakes from the NNA made some key points that from a consumer point of view, smoking is not a disease, but a pleasurable activity that nonetheless presents serious health risks which smokers should be able to mitigate through personal choice access to low-risk products: *The word 'pleasure' seems to be something of an anathema to some in public health. One of the biggest challenges for consumers is in getting regulators, and those who advise them, to understand that for a great many people vaping is not a medicine, or simply a smoking cessation intervention, it works precisely because it isn't those things. It works because they enjoy it. They love the personalization that's made possible by the diversity of the market in devices, and the thousands of flavors available. They enjoy the identity of being a vaper and the sense of community that that entails. They love that vaping is similar to smoking, but at the same time a million miles away from it. "But vaping is more than just a pro-choice campaign. Whilst many vapers do*

limited variety of harm-reduction tools available at the time⁹⁶. Moreover, the legal history of the FCTC itself does suggest a certain (even strong) wariness towards the tobacco industry and its intentions. Indeed, art. 5.3 of the Convention expresses such wariness of the industry, even though in quite measured terms.

It states that: *in setting and implementing their public health policies with respect to tobacco control, Parties shall act to **protect these policies from commercial and other vested interests of the tobacco industry** in accordance with national law.* (emphasis added)

These words were agreed by consensus of the 193 governments drafting the treaty. Subsequently, however, during the less formal and legal negotiation of the FCTC Guidelines (occurred in COP working groups of only a small number of governments, together with NGOs), art. 5.3 was extrapolated to a set of Principles. NGOs and the WHO itself have pushed the 5.3 principles for interpretation to be the norm and they have become almost customary in terms of national interpretation and subsequent implementation. Such principles are:

*Principle 1: There is a **fundamental and irreconcilable conflict between the tobacco industry's interests and public health policy interests**. The tobacco industry produces and promotes a product that has been proven scientifically to be addictive, to cause disease and death and to give rise to a variety of social ills, including increased poverty. Therefore, **Parties should protect the formulation and implementation of public health policies for tobacco control from the tobacco industry to the greatest extent possible.*** (emphasis added)

Principle 2: Parties, when dealing with the tobacco industry or those working to further its interests, should be accountable and transparent. Parties should ensure that any interaction with the tobacco industry on matters related to tobacco control or public health is accountable and transparent⁹⁷.

regard it simply as a more pleasurable alternative to smoking, many others place more importance on the reduction in harm to their health, or the ability to use e-cigarettes to stop smoking. "We want to be able to make our own choices based on accurate information [but] we see the choices that are taken away from people by the arbitrary and counterproductive restrictions on reduced risk products.

96 At that time (1999–2003), e-cigarettes and vaping were unheard of and the only reduced harm product known was Swedish snus. The only alternatives to smoking spoken about were pharmaceutical nicotine replacement products, as referenced in the cessation section of the FCTC contained in art. 14.

97 The Principles' requirement that member states' dealings with the tobacco industry be open, accountable and transparent has, on practice, been overinterpreted to mean that *any and all* kinds of interaction with industry personnel (e.g., simply holding meetings or being present at events where tobacco industry staff are present) is deemed to be in contravention of the FCTC. Moreover, this extends beyond member state officials, to anybody with any connection to the industry that can be banned from attending the COP or international tobacco control meetings. Health 24, *Ex-WHO expert banned from tobacco conference after links to Marlboro* (2018) https://m.health24.com/News/Public-Health/ex-who-expert-banned-from-tobacco-conference-after-links-to-marlboro-maker-20180307_. Moreover, NGOs and medical organizations frequently lodge complaints if industry representatives are invited to speak to parliamentarians and other public bodies investigating the new products. See for example, *The Australian Parliament Report on the inquiry into the use and marketing of electronic cigarettes and personal vaporisers in Australia* (2018).

Principle 3: Parties should require the tobacco industry and those working to further its interests to operate and act in a manner that is accountable and transparent. The tobacco industry should be required to provide Parties with information for effective implementation of these guidelines.

Principle 4: Because their products are lethal, the tobacco industry should not be granted incentives to establish or run their businesses. Any preferential treatment of the tobacco industry would be in conflict with tobacco control policy.

Arguably then, actual harm-reductions (rather than *precautionary*) considerations were not the primary concerns leading the FCTC negotiations. Given this context, it is somewhat understandable that the thrust of the FCTC has been to reduce *all* tobacco use (*i.e.*, a *precautionary* approach), rather than to focus on the relative risks of different tobacco products (*i.e.*, a *harm-reduction* approach).

Consequently, most tobacco-control measures, promoted under the FCTC, have traditionally focused on reducing the supply of and demand for tobacco, thereby tending to treat e-cigarettes as just another declination of traditional cigarettes, rather than a different low-risk product, thereby neglecting the (significant) positive potential they carry for public health in general, and current smokers in particular.

The FCTC does not itself contain any explicit vaping regulations, its generic provision requiring signatories to ‘*take measures to prevent the initiation ... of tobacco products in any form*’⁹⁸ has unleashed the regulatory trend to call upon the PP in order to extend the restrictions already applied to tobacco products to e-cigarettes as well; or even to prohibit ENDS altogether.

However, things may be changing. Indeed, in 2014, the WHO published a report *Electronic nicotine delivery systems*, which states that public health authorities should prioritize research into e-cigarettes, and to invest adequately to develop the evidence as soon as possible, however stating (somewhat perplexing, given that the mistrust towards the industry is so strong to have found its way in legal treaties) that *the greater responsibility to prove claims about e-cigarettes scientifically should remain with the industry*⁹⁹.

Furthermore, the WHO and the FCTC COP Secretariat have started including e-cigarettes (as well as heat-not-burn products) in initial discussion papers and on the

⁹⁸ FCTC, art. 4.2(b).

⁹⁹ WHO, *Electronic nicotine delivery systems*, para. 35 p.10 (21 July 2014). Very interesting to notice that the “antipathy” towards the tobacco industry is reiterated in the WHO’s Time to Deliver report on tackling noncommunicable diseases. Indeed, in the section dealing with private sector relationships, the WHO encourages member states to engage *constructively* with the private sector, but specifically excludes the tobacco industry citing art. 5.3. It is also interesting to notice that such profound mistrust is not similarly directed towards other high-risk products industries. For instance, governments are encouraged to work with the alcohol industry by encouraging *economic operators in the area of alcohol production and trade to consider ways in which they could contribute to reducing the harmful use of alcohol in their core areas*. WHO, *Time to Deliver*, p.23 (2018), available at <http://www.who.int/ncds/management/time-to-deliver/en/>.

agenda at recent COPs. In particular, the COP held in 2014 ("COP 6") asked the WHO to prepare a briefing paper for the following COP in relation to e-cigarettes (and low-risk products in general).

The work was delegated to the WHO Study Group on Tobacco Product Regulation who came up with what, from a harm-reduction point of view, does seem a very promising report. In particular, para. 5 of the report on the potential role of low-risk products in tobacco control states that: *if the great majority of tobacco smokers who are unable or unwilling to quit would switch without delay to using an alternative source of nicotine with lower health risks, and eventually stop using it, this would represent a significant contemporary public health achievement*¹⁰⁰.

Given this context, one may even argue that it would be time to amend the guidelines principles mentioned above, as the tobacco companies have diversified their production to include products (*i.e.*, e-cigarettes specifically) that are neither *lethal*, nor give rise to a *variety of social ills*. However, demands for precaution are still very loud. TobRegNet produced another report in 2019¹⁰¹, which specifically demands recourse to the precautionary principle in the regulation of e-cigarettes.

5. The several approaches to the regulation of e-cigarettes.

As mentioned above, many different approaches have been generated for regulating e-cigarettes, whereby the (strict?) application of the precautionary principle or the (lax?) recourse to harm reduction are only two extremes along a regulatory line that has within it many different possibilities. Indeed, some jurisdictions ban e-cigarettes altogether, while others regulate them as medicinal products, poisons, tobacco products, consumer products, and/or unique products. And of course, not regulating e-cigarettes at all is also an option. Moreover, regulatory classifications are not mutually exclusive, as some countries use hybrid approaches, whereby e-cigarettes fall under several regulatory schemes. For the purpose of easier comparison and classification, this section provides an overview of seven ways governments can regulate e-cigarettes.

5.1. Prohibition.

As mentioned above, the strictest approach, prohibiting all legal access to e-cigarettes, is often motivated by the application of the precautionary principle and a desire to avoid all possible risks, whether or not such risks are scientifically

100 WHO, *Electronic Nicotine Delivery Systems and Electronic Non-Nicotine Delivery Systems* (2016), available at https://www.who.int/fctc/cop/cop7/FCTC_COP_7_11_EN.pdf.

101 WHO Study Group on Tobacco Product Regulation. Report on the scientific basis of tobacco product regulation: seventh report of a WHO study group. (No. 1015; WHO Technical Report Series). (2019), available at <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/329445/9789241210249-eng.pdf>.

substantiated¹⁰². Prohibition is usually implemented by banning the manufacture, export, import, sale and/or possession of e-cigarettes¹⁰³. The decision to ban e-cigarettes prioritizes the goal of avoiding use by non-smokers, such as most youth and never smokers¹⁰⁴.

Prohibition also addresses other important concerns, such as the health risks associated with dual use and the renormalization of smoking in public spaces¹⁰⁵. However, e-cigarette prohibition raises several ethical issues, as it infringes on smokers' autonomy and may perpetuate harm by preventing tobacco smokers from accessing a less harmful product¹⁰⁶. Indeed, by prioritizing the wellbeing of non-smokers and youth, banning e-cigarettes may pose harm to those who are looking for a less harmful smoking alternative¹⁰⁷.

5.2. Regulation as medicinal products.

Regulating e-cigarettes solely as medicinal products is the second strictest regulatory approach and is motivated by a desire to strictly limit e-cigarettes to those who will use them to quit smoking¹⁰⁸, rather than for recreational purposes.

On its own, this approach involves blocking all legal access to e-cigarettes except for use as smoking-cessation therapy. Regulatory mechanisms under this classification aim to promote safety among those who use e-cigarettes for therapeutic purposes and to ensure accurate product labelling¹⁰⁹ to enforce product standards and prevent companies from making false health claims¹¹⁰.

This model of regulation addresses some concerns at both ends of the health protection-harm reduction spectrum. This approach prevents non-smokers from legally accessing e-cigarettes, while allowing access to current smokers in order to reduce the harms associated with conventional tobacco smoking. Additional implementation options include: (i) restricting e-cigarettes' purchases to accredited

102 K. FARSALINOS, J. LE HOUZEC, *Regulation in the face of uncertainty: The evidence on electronic nicotine delivery systems (e-cigarettes)*, Risk Manag. Healthcare Pol. 157–167 (2015).

103 About 30 countries around the world have prohibited the sale of e-cigarettes, regardless of nicotine concentration (Institute for Global Toba, 2020). For example, in Lebanon, a decision of the Lebanese Republic Ministry of Public Health (Decision No. 1/207) prohibits the importing and trading of e-cigarettes, and the Lebanese government ordered that e-cigarettes be entirely removed from the country's market (Institute for Global Toba, 2020). Similarly, Singapore's Tobacco Control Act prohibits the sale, distribution, and importation of e-cigarettes in the country (Institute for Global Toba, 2020).

104 K. FARSALINOS, J. LE HOUZEC (op. cit.).

105 N. KAUFMAN; M. MAHONEY (op. cit.).

106 W. HALL et al. (op. cit), FARSALINOS, J. LE HOUZEC (op. cit.).

107 FARSALINOS, J., LE HOUZEC (op. cit.).

108 P. HAJEK, A. PHILLIPS-WALLER, D. PRZULI, ET AL., *A randomized trial of e-cigarettes versus nicotine-replacement therapy*, NEJM 380 (7), 629–637 (2019).

109 FARSALINOS, J., LE HOUZEC (op. cit.).

110 Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control, *Electronic Nicotine Delivery Systems and Electronic Non-nicotine Delivery Systems (ENDS/ENNDS)*, (2016).

pharmacies, (ii) applying strict regulation of internet sales in order to ensure compliance with pharmaceutical standards¹¹¹, and (iii) requiring a medical prescription for purchase. While regulating e-cigarettes solely as a medicinal product constitutes a very stringent approach, most jurisdictions that regulate e-cigarettes in this way have done so in conjunction with other regulatory schemes¹¹².

Despite the numerous advantages of this approach, there are also a few drawbacks. Indeed, regulatory burdens and a lengthy pharmaceutical approval process could create an *interim* black market for unregulated e-cigarettes purchases¹¹³, such black market may consequently become permanent if companies never go through the pharmaceutical approval process. Furthermore, the pharmaceutical approval process is likely to result in cost increases for e-cigarette manufacturers, raising prices and making these products less affordable to current smokers. Many e-cigarette and e-liquid manufacturers may also lack the necessary expertise or resources to register their products or comply with stringent medicinal regulatory standards¹¹⁴.

Moreover, applying medicinal regulations to e-cigarettes also creates unique challenges regarding access to these products. Indeed, requiring a prescription to use e-cigarettes will limit their accessibility and may encourage potential users to continue smoking tobacco.

Finally, while regulating e-cigarettes solely as medicinal products restricts accessibility, regulating e-cigarettes as a medicinal product *on top of other regulatory approaches* actually increases their accessibility by creating an additional pathway for accessing these products.

5.3. Component ban.

Regulatory mechanisms that constitute a component ban include: (i) setting product standards (e.g., banning e-cigarette liquids that contain nicotine concentrations above a designated level), (ii) entirely banning e-liquids that contain nicotine, or (iii) selectively banning certain e-liquid flavors¹¹⁵. Imposing an e-cigarette

111 P. CAPONNETTO, D. SAITTA, D., SWEANOR, R. POLOSA, *What to consider when regulating electronic cigarettes: Pros, cons and unintended consequences*, Int. J. Drug Policy 26 (6), 554–559 (2015).

112 For instance, Norway regulates e-cigarettes as medicinal products, tobacco products, and as unique products (Institute for Global Toba, 2020). There are 20 countries that regulate e-cigarettes as medicinal products (Institute for Global Toba, 2020). For example, the Philippines classifies e-cigarettes as medicinal products and medical devices (Institute for Global Toba, 2020), which means they must pass all quality, efficacy and safety evaluations conducted by the Food and Drug Authority of the Philippines before they can be sold (Republic of the Philippines Department of Health, 2014).

113 W. HALL et al. (op. cit).

114 P. CAPONNETTO, D. SAITTA, D., SWEANOR, R. POLOSA P. CAPONNETTO, D. SAITTA, D., SWEANOR, R. POLOSA (op.cit).

115 Conference of the Parties, (2016). E-liquids can be manufactured in a variety of flavors including menthol, fruit, candy, dessert, and tobacco. M.F. PESKO, D.S. KENKEL, H., WANG, J.M., HUGHES, *The effect of potential electronic nicotine delivery system regulations on nicotine product selection*, Addiction 111 (4), 734–744

component ban by prohibiting the sale of flavored e-liquids may discourage youth and young adults (who are presumed to prefer flavored e-cigarettes¹¹⁶) from initiating e-cigarette use. The most notable disadvantage of an e-cigarette component ban is that regulating the nicotine content of e-liquids, either by placing restrictions or banning nicotine-containing e-liquids entirely, may encourage current tobacco smokers to continue using conventional cigarettes.

5.4. Regulation as poisons or hazardous substances.

Regulating e-cigarettes as a poison or hazardous finds its rationale in the poisonous and potentially fatal nature of high nicotine concentrations¹¹⁷. Possible regulatory mechanisms of this sort include banning nicotine-containing e-cigarettes or placing restrictions on nicotine concentrations in e-liquids¹¹⁸. Banning nicotine-containing e-liquids would help address the goal of preventing current non-smokers from developing an addiction to nicotine. However, this selective ban does not address the risk of non-nicotine e-liquids and may complicate the achievement of smoking cessation goals¹¹⁹.

5.5. Regulation as tobacco products.

Tobacco products can be defined as *any product made or derived from tobacco that is intended for human consumption, including any component, part, or accessory of a tobacco product*¹²⁰.

(2016). Four countries have banned the sale of nicotine-containing e-liquids, and 32 countries regulate the nicotine concentration of e-liquids (Institute for Global Toba, 2020). Finland is currently the only country to place a ban on flavored e-liquids. E. OLLILA, *See you in court: Obstacles to enforcing the ban on electronic cigarette flavours and marketing in Finland*, Tob. Control (2019). In addition to a flavor ban, Finland has banned e-liquids that contain nicotine concentrations greater than 20 mg/ml (Institute for Global Toba, 2020). Israel has also implemented a component ban on e-cigarettes. The country has banned the manufacture, importation, and sale of e-cigarettes that have a nicotine concentration greater than 20 mg/ml (Institute for Global Toba, 2020).

116 M.B. HARRELL, S.R. WEAVER, A. LOUKAS, ET AL., *Flavored e-cigarette use: Characterizing youth, young adult, and adult users*, Prev. Med. Rep. 5, 33–40. (2017); M.F. PESKO, D.S. KENKEL, H., WANG, J.M., HUGHES (op. cit).

117 D.S. KENKEL, *Healthy innovation: Vaping, smoking, and public policy*, J. Pol. Anal. Manag. 35 (2), 473–479 (2016).

118 Australia, Belgium, Malaysia and Brunei Darussalam have adopted this regulatory approach (Institute for Global Toba, 2020). In Australia, it is illegal to possess or use nicotine as a non-therapeutic good, since nicotine is considered to be a dangerous poison. H. DOUGLAS, W. HALL, C. GARTNER, *E-cigarettes and the law in Australia*, Aust. Fam. Physician 44 (6), 415–418 (2015). This does not constitute a complete ban on nicotine-containing e-cigarettes, as these products can be purchased for therapeutic purposes with either a permit or prescription from a doctor. W. HALL et al. (op. cit), YONG ET AL., 2017 (op. cit). Non-nicotine e-cigarettes do not face this regulatory hurdle in Australia, therefore they can be sold and used legally. YONG ET AL., 2015 (op. cit). The regulation of e-cigarettes in Brunei Darussalam, on the other hand, focuses specifically on nicotine concentration. E-liquids with a nicotine concentration above 7.5% are classified as poison, whereas those with a nicotine concentration under this amount are classified as a tobacco product (Institute for Global Toba, 2020).

119 FARSALINOS, J., LE HOUZEC (op. cit).

120 U.S. Food & Drug Administration, 2019, December 9, *Vaporizers, e-cigarettes, and other electronic nicotine delivery systems (ENDS)*, available at <http://www.fda.gov/tobacco-products /products-ingredients->

By this definition, the classification of e-cigarettes as tobacco products is legally justified by the fact that nicotine is derived from tobacco¹²¹. Many policymakers find it convenient to classify e-cigarettes as tobacco products in order to include them in already well-established tobacco legislation. Under this approach, e-cigarettes would be available for purchase in the same manner and in the same places as conventional tobacco cigarettes¹²².

Adopting a health-protection perspective, the same legal arguments motivating the strict regulation of tobacco products can be applied to e-cigarettes, in that the latter are also highly addictive products that cause harm and may serve as a gateway to even more harmful behaviors¹²³.

Moreover, a notable benefit of regulating e-cigarettes as tobacco products is that the relevant legislation is already well-defined in most jurisdictions.

However, there also are several notable disadvantages, mostly deriving from harm-reduction considerations.

Indeed, regulating e-cigarettes as restrictively as tobacco products (including conventional tobacco cigarettes, cigars, and smokeless tobacco) despite different health risks may discourage people from switching completely to a less harmful alternative. Moreover, this regulatory approach is not be suitable whenever e-cigarettes do not contain nicotine¹²⁴.

5.6. Regulation as consumer products

Countries can regulate e-cigarettes as consumer products in order to include them within existing legislation promoting consumer protection¹²⁵. Regulating e-cigarettes as consumer products would generally address the risks relating to devices' possible

components/vaporizers-e-cigarettes-and-other-electronic-nicotine-delivery-systems-ends.

121 FARSALINOS, J., LE HOUZEC (op. cit).

122 W. HALL et al. (op. cit). They would be subject to the same policies as other tobacco products, including product labelling requirements, restrictions on advertising, minimum age requirements for purchase, and use restrictions in public places. 54 countries regulate e-cigarettes as tobacco products (Institute for Global Toba, 2020). In the United States, the Food & Drug Administration (FDA) has regulatory authority over all tobacco products, including e-cigarettes (U.S. Food and Drug Administration, 2016). The FDA classifies e-cigarettes as tobacco products, with an exception made for when they are marketed as drugs or combination products (*i.e.*, to use as a smoking cessation tool) (Institute for Global Toba, 2020). Manufacturers, importers and retailers of e-cigarettes are subject to the applicable provisions in the Family Smoking Prevention & Tobacco Control Act and the Food, Drug & Cosmetic Act. The Tobacco Control Act permits the FDA to regulate e-cigarette manufacture, import, packaging, labeling, advertising, promotion, sale, and distribution. J.K. MERRILL, A.J. ALBERG, J.R. GOFFIN, S.S. RAMALINGAM, V.N. SIMMONS, G.W. WARREN, *American society of clinical oncology policy brief: FDA's regulation of electronic nicotine delivery systems and tobacco products*, J. Oncol. Pract. 13 (1), 58–60 (2016). The FDA has established three restrictions on e-cigarettes under this authority related to minimum age of purchase, health warning labels, and where tobacco products may be sold, and has announced that more restrictions are forthcoming (Food and Drug Administ, 2019).

123 W. HALL et al. (op. cit).

124 FARSALINOS, J., LE HOUZEC (op. cit).

125 Unless additionally regulated or otherwise specified, e-cigarettes would then be available like other consumer products – in convenience stores, specialty shops, and on the internet. Id.

unsafety or faultiness¹²⁶. As such, possible regulatory mechanisms include: (i) the creation of quality control standards for e-cigarette products¹²⁷, (ii) tamper-proof containers, (iii) labeling rules regarding nicotine concentrations¹²⁸, (iv) post-market surveillance, (v) and product recall systems¹²⁹.

5.7. Regulation as unique products.

Rather than situating them within existing regulatory frameworks, some jurisdictions classify e-cigarettes as a unique product, enabling government policymakers to create new *ad hoc* legislation that pertains specifically to e-cigarettes¹³⁰. This approach enables policymakers to tailor ecigarette regulation to the

126 P. CAPONNETTO, D. SAITTA, D., SWEANOR, R. POLOSA P. CAPONNETTO, D. SAITTA, D., SWEANOR, R. POLOSA (op.cit).

127 Id.

128 FARSALINOS, J., LE HOUZEC (op. cit).

129 Consumer protections vary substantially between different jurisdictions, so regulation as a consumer-product will inevitably have different meanings in different places. Fifteen countries currently regulate e-cigarettes as consumer products (Institute for Global Toba, 2020). In Hungary, e-cigarettes are regulated primarily as consumer products (Institute for Global Toba, 2020), and are subject to art. 20 of the Tobacco Products Directive (2014/40/EU) (European Commission, 2017). This directive establishes safety and quality requirements for e-cigarettes, packaging and labelling rules, as well as monitoring and reporting requirements for manufacturers and importers (European Commission. Elec, 2017). By regulating the sale of e-cigarettes as consumer products, Hungary aims to achieve multiple competing objectives. The mandated use of warning labels, advising non-smokers to refrain from using e-cigarettes, and the prohibition of all e-cigarette promotion attempts to prevent non-smokers from adopting smoking behaviors, while still allowing current smokers to have relatively easy access to these products. It has been argued that this regulatory approach fails to specifically address the issues surrounding nicotine concentrations and may potentially give the impression that e-cigarettes are safe for anyone to use. FARSALINOS, J., LE HOUZEC (op. cit). Some countries have opted to regulate non-nicotine e-cigarettes as consumer products, while implementing stricter approaches for e-cigarettes that contain nicotine including prohibition, component bans, or regulating them as poisons or hazardous substances (Institute for Global Toba, 2020). Countries that have taken this bifurcated approach include Australia, France, Moldova, and Switzerland (Institute for Global Toba, 2020).

130 About 68 countries have regulated e-cigarettes as a unique product (Institute for Global Toba, 2020). In Denmark, e-cigarettes that are not considered medicines are regulated under the Electronic Cigarettes Act (Act No.426) (Institute for Global Toba, 2020). This Act regulates the sale, manufacture, import, packaging, labelling, advertising, and use of e-cigarettes (Danish Ministry of Health, 2016). It allows the sale of e-liquids with a nicotine concentration of up to 20 mg/L (Institute for Global Toba, 2020), and bans the sale of e-cigarettes to those under 18 years old (Danish Ministry of Health, 2016). The Act requires manufacturers and importers to notify the Danish Safety Technology Authority before introducing a product containing nicotine to the market, and it has provisions for packaging, labelling, and health warnings (Danish Ministry of Health, 2016). Advertising e-cigarettes is prohibited in Denmark and their use is forbidden in many public spaces (Danish Ministry of Health, 2016). Canada provides a similar example of how e-cigarettes can be regulated as a unique product. In Canada, e-cigarettes are regulated under the Tobacco & Vaping Products Act (TVPA) (Institute for Global Toba, 2020), in addition to the Canada Consumer Product Safety Act, the Food & Drugs Act, and the Non-Smokers' Health Act (Government of Canada, 2019). The TVPA regulates the manufacture, sale, labelling, and promotion of e-cigarettes sold in Canada (Government of Canada, 2018). The stated goal of the TVPA is to prevent youth from using tobacco and e-cigarettes (i.e., health protection), while allowing adult smokers to access e-cigarettes as a less harmful smoking alternative (i.e., harm reduction) (Government of Canada, 1997). The TVPA prohibits the sale of e-cigarettes to anyone under 18 years of age, as well as the sale of e-cigarettes that may be appealing to youth in the way that they look or function (Government of Canada, 2019). Canada has banned lifestyle advertising, advertising that is appealing to youth, and the use of testimonials and endorsements (Institute for Global Toba, 2020). Under the TVPA, certain additives have been banned, and restrictions have

unique needs, situations and goals of their citizens. As such, regulating e-cigarettes as a unique product can take on features that place it anywhere on the health protection/harm reduction spectrum, and even pursue both health protection and harm reduction, potentially making e-cigarettes accessible to current smokers while restricting access to non-smokers and youth¹³¹.

Regulating vaping and tobacco products in this way opens up the possibility of risk-proportionate regulation that would reflect the relative risks of each¹³². In contrast, if countries view e-cigarettes as entirely harmful, regulating them as a unique product allows a precautionary approach, such as restricting access for the entire population. The drawback of this approach is the amount of time it takes to develop and adopt new legislation, and the resources that must be dedicated to the process.

6. Regulation of e-cigarettes in the UK

Before Brexit, the UK used to regulate the e-cigarettes market, like the rest of the European Union, as mandated by the European Union Tobacco Products Directive (“TPD”) (2014/40/EU), entered into force on 19 May 2014, and implemented in the UK through the Tobacco and Related Products Regulations of 2016 (“UK Regulation”)¹³³. After Brexit, the UK passed two sets of regulations (in 2019 and 2020) to amend the UK Regulation. However, even after these modifications, the UK e-cigarettes regulatory scape remains for the most unchanged. Indeed, the Government itself indicated that it was not seeking to go above and beyond what was already in the TPD¹³⁴.

been placed on marketing flavored e-liquids (Institute for Global Toba, 2020). While Canada and Denmark have both taken a relatively moderate approach to regulating e-cigarettes, other countries have opted for far more restrictive approaches, while still operating under a unique product framework. For example, Cambodia, which has also classified e-cigarettes as a unique product, has taken a more restrictive approach. In *its Circular on Measures to Prevent & Terminate Consumption, Sales & Imports of Shisha and E-Cigarettes in the Kingdom of Cambodia*, Cambodia’s National Authority for Combatting Drugs banned the sale, importation, and use of e-cigarettes in the country (Royal Government of Cambodia, 2014). This example constitutes a precautionary approach, reflecting the health protection perspective.

131 As demonstrated by Canada.

132 K.M. CUMMINGS, S. BALLIN, D. SWEANOR, *The past is not the future in tobacco control*, Prev. Med. 140 (2020).

133 The UK Tobacco and Related Products Regulations 2016 (“the Tobacco Regulations”) implemented the TPD in the UK in full and came into force on 20 May 2016. The subject matter of the legislation is largely reserved and concerns harmonizing of trade. The Department of Health, therefore, has agreed to transpose the TPD on behalf of the Devolved Administrations in Scotland, Wales and Northern Ireland.

134 DEPARTMENT OF HEALTH ET AL, *Government response to the consultation on implementation of the revised Tobacco Products Directive (2014/40/EU)*, January 2016. For example, in October 2016 the Government stated that it had “no further plans to ban or restrict the sale of flavoured ecigarettes in England”. Question for Department of Health, 8 October 2016, available at Written questions and answers - Written questions, answers and statements - UK Parliament, and reiterated this point in November 2018. See Vaping - Hansard - UK Parliament. Similarly, the Government stated that it had “no current plans to extend smoke-free legislation to e-cigarettes or smokeless tobacco products”. Question for Department of Health, 18 October 2016, available at

Following Brexit, the first amendment, the *Tobacco Products and Nicotine Inhaling Products* (Amendment Etc.) (EU Exit) Regulation was passed in 2019. It sought to enable tobacco regulation to continue to function following the UK's withdrawal from the EU, including measures to allow for the establishment of new notification systems for producers placing tobacco products and e-cigarettes on the UK market. The Government subsequently introduced the *Tobacco Products and Nicotine Inhaling Products* (Amendment) (EU Exit) Regulation in 2020 to ensure that the UK met its obligations in relation to tobacco control and vaping products under the European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020¹³⁵. The Department of Health and Social Care also has a statutory duty to regularly review the regulatory impact of the UK Regulations and publish a report (known as a post implementation review), setting out its conclusions¹³⁶.

The UK implements an *ad hoc* regulation for e-cigarettes setting out requirements that cover: (a) product standards and nicotine strength; (b) safety; (c) labelling, and packaging; (d) notification and vigilance; and (e) advertising; and (f) annual reporting. Concerning product standards and nicotine strength, the requirements are as follows: (i) e-cigarette tanks are limited to a capacity of no more than 2ml; (ii) the maximum volume of e-liquid for sale in one refill container is restricted to 10ml; (iii) e-liquids are limited to a nicotine strength of no more than 20mg/ml; (iv) certain ingredients/additives including colorings, caffeine and taurine are banned; and (v) nicotine doses should be delivered by e-cigarettes at consistent levels under normal conditions of use.

Regarding safety, the UK mandates that e-cigarettes and refill products must: (i) be child-resistant and tamper evident; (ii) protected against breakage and leakage; and (iii) have a mechanism that ensures refilling without leakage (unless it is a disposable e-cigarette), in compliance with the standards for ensuring refilling without leakage set out in section 36 (10) of the UK Regulations 2016. Regulations for packaging and labelling mandate labelling and warning requirements, including: (i) statements of all substances contained in the product, and information on the product's nicotine strength, on the label; (ii) displaying instructions for use, information on addictiveness, and toxicity on the packaging and accompanying

Written questions and answers - Written questions, answers and statements - UK Parliament.

135 Under the 2020 regulations, the new notification system for tobacco products and e-cigarettes (set out in the 2019 regulations) would be used for the Great-Britain (GB) market only; the MHRA notes that “producers placing products on the Northern Ireland market will be required to notify using the EU Common Entry Gate (EU-CEG) system for the notification of tobacco and e-cigarette products”. See, E-cigarettes: regulations for consumer products - GOV.UK (www.gov.uk). The 2020 regulations also ensure that fees are only paid once when products are notified to both the EU and GB databases.

136 Written evidence submitted by the Department of Health (England) to the House of Commons Science and Technology Committee inquiry into e-cigarettes, March 2018, para 18. At the time of writing the PIR report has not yet been published.

information leaflet, this should include a reference that the product is not recommended for use by young people and non-smokers, as well as warnings for specific risk groups and possible adverse effects; and (iii) a health warning covering 30% of the surfaces of the unit packet and any outside packaging stating *this product contains nicotine which is a highly addictive substance*.

Regarding notification and vigilance, requirements are as follow: (i) all e-cigarettes and e-liquids are required to be notified to the Medicines and Healthcare products Regulatory Agency ("MHRA") before sale; (ii) producers of new, or substantially modified, e-cigarette and refill container products must submit a notification to the MHRA six months before they intend to put their product on the UK market; and (iii) producers of e-cigarettes or refill containers must establish and maintain a system for collecting information about all of the suspected adverse effects on human health of the product. Concerning advertising, the UK prohibits: (i) advertising or promotion (both, direct and indirect) of e-cigarettes and refill containers in print media, on the radio and television; (ii) promotional elements on e-cigarette packaging; and (iii) cross-border advertising and promotion of e-cigarettes.

Finally, the last set of restrictions concerns annual reporting. In particular, manufacturers and importers of e-cigarettes and refill containers will have to submit, annually, to the Secretary of State: (i) comprehensive data on sales volumes, by brand name and type of the product; (ii) information on the preferences of various consumer groups, including young people, non-smokers, and the main types of current users; (iii) the mode of sale of the products; and (iv) executive summaries of any market surveys carried out in respect of the above¹³⁷.

At the moment of writing, there is no national legislation restricting the use of e-cigarettes in public places¹³⁸. Both Action on Smoking and Health ("ASH") and Public Health England ("PHE") produced guidance on developing policies on the use of e-cigarettes in public places and workplaces, but ultimately the choice to allow employees to use e-cigarettes at work rests on employers¹³⁹. Some organizations

137 Medicines and Healthcare products Regulatory Agency, *E-cigarettes: regulations for consumer products*, (29 February 2016); ASH, *Countdown to 20th May 2016: Changes to tobacco regulations* (May 2016); ASH, *The impact of the EU Tobacco Products Directive on e-cigarette regulation in the UK*, (April 2016); Council Directive 2014/40/EU, OJ L 127, 3 (April 2014).

138 Unlike traditional cigarettes. Indeed, smoke-free legislation, introduced under the Health Act 2006, and enacted through a series of regulations across the devolved nations (including: Smoke Free Premises etc. in Wales; Regulations 2007, Prohibition of Smoking in Certain Premises in Scotland, Regulations 2006, and The Smoking in Northern Ireland, Order 2006) prohibits smoking in enclosed public places and workplaces, on public transport, and in vehicles used for work. Further details can be found in the House of Commons Library Briefing Paper on *Smoking in public places*. Under Section 1(2)(a) of the Health Act 2006 "*smoking*" refers to *smoking tobacco or anything which contains tobacco, or smoking any other substance*. E-cigarettes do not burn tobacco and do not produce smoke. The use of e-cigarettes therefore falls outside of the scope of current smoke-free legislation.

139 ASH, *Will you permit or prohibit electronic cigarette use on your premises?*, (October 2015).

(including: councils, hospitals and schools) and businesses (such as train companies and restaurants) have prohibited the use of e-cigarettes on their premises.

PHE aimed to make its guide *non-prescriptive* on the grounds that *no one-size-fits-all answer exists to the issue of e-cigarette use in public places and workplaces*. The document is a true embracement of harm-reduction considerations and in particular it sets out five key principles to consider, namely: (1) making clear the distinction between vaping and smoking; (2) ensuring that policies are informed by the evidence on health risks to bystanders; (3) identifying and managing risks of uptake by children and young people; (4) supporting smokers to stop smoking and stay smokefree, and (5) supporting compliance with smokefree law and policies¹⁴⁰.

Similarly, ASH also embraces harm reduction and provides the following *tips* when formulating a workplace policy on nicotine containing products: (i) be clear about what you are trying to achieve, especially on how you are intending to improve the situation; (ii) be clear about precisely what you are prohibiting, *i.e.*: electronic cigarettes, things that could be confused with cigarettes, or both; (iii) make sure your policy is good for health, by helping and not hindering smokers to reduce the harm caused by smoking to themselves and others; and (iv) consider the part that your policy can play in *renormalizing* or *de-normalizing* smokefree environments and promoting the right role models to children¹⁴¹.

6.1. Further restrictions in the devolved nations

In addition to the provisions set out by the UK Regulations, devolved nations may choose to apply greater restrictions and, in some instances, have done so. In particular, further restrictions in the devolved nations have addressed the sale of e-cigarettes to minors, mimicking the restrictions already in place for tobacco products. Regarding **England and Wales**, age restrictions on the purchase of tobacco products have been in place since the early 1930s. Under the Children and Young Persons Act 1933, it was an offence to sell tobacco to a person who appeared to be under the age of 16. The Children and Young Persons (Sale of Tobacco etc.) Order 2007 amended the 1933 Act and increased the minimum age of sale of tobacco from 16 to 18 years. Seven years later, Section 91(1) of the Children and Families Act 2014 also made it an offence for an adult to buy tobacco on behalf of someone under the age of 18 (a.k.a. *proxy purchasing*).

The Nicotine Inhaling Products (Age of Sale and Proxy Purchasing) Regulations 2015 extended these provisions to apply to nicotine products, like e-cigarettes. Regulation 2 makes the proxy purchasing of nicotine products an offence, while

¹⁴⁰ PHE, *Use of e-cigarettes in public places and workplaces Advice to inform evidence-based policy making*, (July 2016).

¹⁴¹ Ash (2015), (op. cit).

Regulation 3 prohibits the sale of nicotine inhaling products to persons under the age of 18. The Regulations include exemptions, however, for both prescription-only, and authorized, medicinal products and devices that are indicated for the treatment of a person under 18. Following a DHSC consultation between the 22 July 2019 and 15 September 2019 on the Post implementation review of tobacco legislation (which included the Nicotine Inhaling Products, Age of Sale and Proxy Purchasing) Regulations 2015), in January 2021 the Department of Health and Social Care ("DHSC") published the results of the review¹⁴².

Regarding nicotine-inhaling products, the DHSC concluded that: (i) e-cigarette smoking prevalence amongst 11-15-year olds had increased only slightly since 2014, indicating that the legislation has served to check growth in e-cigarette use, whereas adult prevalence over the same period had continued to increase, (ii) there is no evidence of significant costs to business from this legislation, and (iii) consultation responses from health-related NGOs, public sector bodies and businesses were generally supportive of this legislation¹⁴³. It added that while the DHSC had received limited evidence on NIPs, there was enough to conclude that the legislation had "achieved its original objective by limiting increases in use of NIPs amongst young people" and thus that the regulations would remain in force, without any changes¹⁴⁴.

Finally, the Welsh Government also attempted to introduce controls on the use of e-cigarettes in public places in 2015/16. Part 2 of the Public Health (Wales) Bill proposed restricting the use of nicotine inhaling devices in enclosed and substantially enclosed public and work places, thereby bringing the use of these devices in line with existing provisions on smoking. The Bill was ultimately rejected¹⁴⁵. A new Public Health (Wales) Bill 2016 was introduced in November 2016, though earlier proposals to restrict the use of e-cigarettes in public places were not included.

Moving to **Scotland**, restrictions on e-cigarettes were introduced under the Health (Tobacco, Nicotine etc. and Care) (Scotland) Act 2016, which came into force on April 1st, 2017. The Act brings Scotland in line with England and Wales by making it an offence to sell *a nicotine vapor product to a person under the age of 18* and to knowingly *[buy or attempt] to buy a nicotine vapor product on behalf of a person under the age of 18*.

As mentioned above, the UK Regulation prohibits cross-border advertising of e-cigarettes through a number of media channels, including radio, television and print

¹⁴² Department of Health and Social Care, *A Post Implementation Review Report of Tobacco Legislation Coming into Force Between 2010-2015*, (January 2021).

¹⁴³ Id.

¹⁴⁴ Id.

¹⁴⁵ A vote by the Assembly to pass the final text of the Bill in March 2016 was tied at 26-26. The Presiding Officer then exercised her casting vote and voted against the motion. Welsh Assembly, Stage 4 of the Public Health (Wales) Bill, "Decisions", 16 March 2016.

media. Scotland is currently considering whether to go further in this respect. The Health (Tobacco, Nicotine etc. and Care) (Scotland) Act 2016 provides powers for Scottish ministers to prohibit and restrict the advertising of vapor products (regardless of whether or not they contain nicotine) through secondary legislation, although this is not yet in place. The Scottish Government has outlined plans to launch a consultation on *restricting the advertising and promotion of Nicotine Vapour Products*¹⁴⁶.

Finally, in **Northern Ireland**, the Health (Miscellaneous Provisions) Act (Northern Ireland) 2016 makes provision for the Department of Health in Northern Ireland to enact regulations that would prohibit the sale of nicotine products to those aged under 18 years. It also allows for Article 4A of the Health and Personal Social Services (Northern Ireland) Order 1978 (purchase of tobacco on behalf of persons under 18) to be amended so that it applies (with or without modifications) in relation to nicotine products.

6.2. Tobacco Control Plan for England

On 17 July 2017, a new Tobacco Control Plan for England, updating the 2011-2015 Plan, was published. We believe it is important to mention in this paper as it is yet another manifestation of the UK's harm-reduction-driven approach to the regulation of e-cigarettes.

There is no move in the new Tobacco Control Plan for e-cigarettes to be covered by the smokefree legislation. Instead, the Plan states that PHE will *support local areas looking to implement local smokefree policies differentiating the levels of harm caused by existing tobacco products including e-cigarettes and other novel products*¹⁴⁷. The overall vision set out in the Plan is *to create a smokefree generation*, which it states, will have been achieved when *smoking prevalence is at 5% or below*. Regarding e-cigarettes, the Plan reiterates that the Government is *committed to evidence-based policy making* and thus aims to: help people to quit smoking by permitting innovative technologies that minimize the risk of harm, as well as maximize the availability of safer alternatives to smoking.

The Plan states that the DHSC will: monitor the impact of regulation and policy on e-cigarettes and novel tobacco products in England, including evidence on safety, uptake, health impact and effectiveness of these products as smoking cessation aids to inform our actions on regulating their use¹⁴⁸.

146 At the time of writing, the consultation documents had not been published. Scottish Parliament, Written Question: S6W-02154, answered by Maree Todd on 27 August 2021. For more information on the advertising of e-cigarettes, please see the June 2019 Commons library briefing paper, Advertising: vaping and e-cigarettes.

147 Department of Health, *Towards a Smokefree Generation A Tobacco Control Plan for England*, (July 2017), at 22.

148 Id., at 16.

PHE is tasked in the Plan with updating its *evidence report on e-cigarettes and other novel nicotine delivery systems annually until the end of the Parliament in 2022*, as well as continuing to provide smokers and the public with: clear, evidence based and accurate information on the relative harm of nicotine, e-cigarettes, other nicotine delivery systems and smoked tobacco, to enable informed decision-making¹⁴⁹.

Embrace to harm-reduction was also clear during a Westminster Hall debate in November 2021 on the forthcoming Plan, the Minister set out the Government's position on e-cigarettes: *The evidence is clear that e-cigarettes are less harmful to health than smoking. It remains the goal of the Government to maximize the opportunities presented by e-cigarettes to reduce smoking while managing any risks. Our regulatory framework enables smokers to use e-cigarettes to help them to quit, but we do not want to encourage nonsmokers and young people to take up those products*¹⁵⁰.

7. Regulation of e-cigarettes in Brazil.

In August 2009, the Brazilian National Sanitary Surveillance Agency ("ANVISA") passed a resolution stating that the authorization of sales and imports of any *electronic smoking device* intended either for smoking cessation, or as a substitute for conventional cigarettes was subject to confirmatory epidemiological and toxicological studies¹⁵¹.

This restriction was extended to all accessories and all formats of *electronic smoking devices*, regardless of their nicotine contents. Moreover, the resolution also banned their advertising at national level (however, the resolution did not prohibit individuals to bring these devices from other countries when for personal use). As no manufacturer has complied with these requirements so far, the 2009 measure has been acting, in fact, as an actual ban, thereby placing Brazil at the very opposite end of the spectrum between regulatory approaches based on harm reduction on the one hand, and precaution on the other. This was a primary reason for choosing Brazil as one of the two study countries this paper focuses on.

ANVISA's prohibition of ENDS advertising and restriction of sales may have had some effect in delaying their dissemination in the national territory, as Brazil still has lower proportions of e-cigarettes use, compared to countries with less restrictive measures on them¹⁵². However, recent studies suggest that use of e-cigarettes does

149 Id. A new Tobacco Control Plan was expected in July 2021, but has not yet been published at the time of writing.

150 Tobacco Control Plan - Hansard - UK Parliament.

151 Ministério de Saúde do Brasil, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, *Proíbe a comercialização, a importação e a propaganda de quaisquer dispositivos eletrônicos para fumar conhecidos como cigarro eletrônico*, RDC 46/2009, available at http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2009/res0046_28_08_2009.html.

152 S. GRAVELY, G.T. FONG, K.M. CUMMINGS, M. YAN, A.C. QUAH, R. BORLAND, ET AL., *Awareness, trial, and current use of electronic cigarettes in 10 countries: Findings from the ITC project*, Int J Environ Res Public

exist -and grow- in Brazil despite its exceedingly restrictive regulation¹⁵³, though such market is mostly illicit. Furthermore, the increasing availability of heat-not-burn products poses additional pressure on current e-cigarettes' restriction¹⁵⁴.

Another reason why Brazil was chosen as a country-study in this paper is that it is currently in the process of revising its e-cigarettes' regulation in a way that could make it finally lean more towards harm-reduction considerations.

A revision of Brazilian general resolution on tobacco product registration (in force since 2007)¹⁵⁵ has already been started in March 2017. The original definition of the tobacco products includes *manufactured products derived from tobacco using leaves or*

Health (2014); S.L. YOONG, E. STOCKINGS, K.L. CHAI, F. TZELEPIS, J. WIGGERS, C. OLDMEADOW, ET AL., *Prevalence of electronic nicotine delivery systems (ENDS) use among youth globally: a systematic review and meta-analysis of country level data*, Aust N Z J Public Health (2018); S. GRAVELY, P. DRIEZEN, J. OUMET, A.C.K. QUAH, K.M. CUMMINGS, M.E. THOMPSON, ET AL., *Prevalence of awareness, ever-use and current use of nicotine vaping products (NVPs) among adult current smokers and ex-smokers in 14 countries with differing regulations on sales and marketing of NVPs: cross-sectional findings from the ITC Project*, Addiction (2019); N. BERTONI, A. SZKLO, R.D. BONI, C. COUTINHO, M. VASCONCELLOS, P. NASCIMENTO SILVA, ET AL., *Electronic cigarettes and narghile users in Brazil: Do they differ from cigarettes smokers?*, Addict. Behav. (2019); Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *Pesquisa Nacional de Saúde 2019: Percepção do estado de saúde, estilos de vida e doenças crônicas – Brasil, Grandes Regiões e Unidades da Federação*, IBGE Rio de Janeiro (2020); A. SZKLO, C. PEREZ, T. CAVALCANTE, L. ALMEIDA, L. CRAIG, S. KAAI, ET AL., *Increase of electronic cigarette use and awareness in Brazil: findings from a country that has strict regulatory requirements for electronic cigarette sales, import, and advertising*, Tob. Induc. Dis. (2018); H. DAI, A.M. LEVENTHAL, *Prevalence of e-cigarette use among adults in the United States, 2014-2018*, JAMA (2019).

¹⁵³ However, the two most recent nationally representative studies to address this issue found that between 2015 and 2019 the prevalence of ENDS use among individuals aged 15-65 years increased from 0.45% (about 0.7 million people) to 0.72% (about 1.1 million people). N. BERTONI, A. SZKLO, R.D. BONI, C. COUTINHO, M. VASCONCELLOS, P. NASCIMENTO SILVA, ET AL. (op. cit.); Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (op. cit.). The International Tobacco Control Policy Evaluation Project (ITC) conducted in three of the most populous Brazilian cities showed that the proportions of EC awareness and EC ever use increased between 2013 and 2017 both among smokers and non-smokers who came to know and acquired the products through the internet, outside country, and/or in popular markets. A. SZKLO, C. PEREZ, T. CAVALCANTE, L. ALMEIDA, L. CRAIG, S. KAAI, ET AL. (op. cit.). According to A. Hazard, a specialist in the e-cigarette market in Brazil, regulation of tobacco-alternative products would be beneficial in increasing consumer safety. He told ECigIntelligence: *If ANVISA is really technical and pragmatic, analyzing it based on science, it will notice that the ban is no longer effective because the market is already out of control*. Hazard, who is president of Direta, a new non-governmental organization focused on reducing harm from smoking, believes that legalizing e-cigarettes would bring an increase in tax collection as well as leading to a safer market. “Consumers are going to avoid irregular commerce and have more control over what they are buying,” he said. Public opinion A recent survey by Datafolha, a leading Brazilian research institute, found that 72% of the population had heard of e-cigarettes and that 3% of Brazilian over-18s used them daily or occasionally. However, 67% of respondents thought e-cigarettes should not be allowed in the country, while 11.5% thought their sale should be regulated. The survey was carried out among 1,985 adults. The illegal trade in vaping products is believed to have grown uncontrollably during the course of the ban. “There is not a reliable survey to estimate this market, but it has certainly passed the BRL1bn (\$180m) mark, including an exponential growth of illegal import of products from Paraguay,” said Hazard. Between 2018 and 2019, ANVISA issued 76 notices of violations involving advertising and sales of e-cigarette and heated tobacco devices. Statements available at ecigintelligence.com-End of the ban Brazil nearing a decision at last on regulation of e-cigarettes.pdf.

¹⁵⁴ Relatório Reservado, Souza Cruz pressiona Anvisa por tabaco eletrônico, (4/06/2019), available at <https://relatorioreservado.com.br/noticias/souza-cruz-pressiona-anvisa-por-tabaco-eletronico/>; WHO, *Heated tobacco products: information sheet - 2nd edition*, available at <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-HEP-HPR-2020.2>; The Motley Fool, *Will “heat-not-burn” e-cigs kill off vaping? With a more cigarette-like*

extracts of leaves or other parts of tobacco plants in their composition, intended to be smoked, chewed or inhaled.

At that time, the proposition was made to consider e-cigarettes as a *new non-tobacco special product*¹⁵⁶. Nonetheless, at the end of the public consultation process, the original resolution remained unaltered¹⁵⁷.

More specifically for what concerns e-cigarettes, in June 2019 ANVISA kicked off the discussion about revising e-cigarettes' restrictions (in force since 2009)¹⁵⁸ in the light of updated scientific studies and growing international experiences about e-cigarettes' use and their impact on tobacco-control outcomes¹⁵⁹. All scientific and

experience, the next generation of electronic cigarettes could make vaping obsolete, available at <https://www.fool.com/investing/2017/01/24/will-heat-not-burn-e-cigs-kill-off-vaping.aspx>.

155 Ministério de Saúde do Brasil, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, RDC 90/2007, *Dispõe sobre o registro de dados cadastrais dos produtos fumígenos derivados do tabaco*, available at https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2007/rdc0090_27_12_2007.pdf; Ministério de Saúde do Brasil, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Consulta Pública N. 314 de 17/03/2017, available at <http://antigo.anvisa.gov.br/legislacao#/visualizar-etapa/343830>.

156 And heat-not-burn products derived from tobacco. Ministério de Saúde do Brasil, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, *Planilha de contribuições – análise*, available at <http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/61.282192821970/CP+314-2017+-+Planilha+de+Contribui%C3%A7%C3%B5es+-+An%C3%A1lise/6d931f81-83e8-427d-9711-0a0183bef3f8>; Relatório Reservado, (op. cit.).

157 Consulta Pública N. 314 (op. cit.).

158 Ministério de Saúde do Brasil, RDC 46/2009 (op. cit.); Ministério de Saúde do Brasil, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, TEMA 11.3 – *Novos tipos de produtos fumígenos*, available at <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/regulamentacao/agenda-regulatoria/2017-2020/temas/tabaco/arquivos/11-3.pdf>; Ministério de Saúde do Brasil, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, *Cigarro eletrônico* (05/10/2020), available at <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/cigarro-eletronico>. In order to allow a broad participation of the actors involved in this regulatory discussion, a “social participation plan” was outlined by ANVISA and included two public hearings held in 2019. Ministério de Saúde do Brasil. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Cigarro eletrônico*. (05/10/2020), available at <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/cigarro-eletronico>.

159 M. SLEIMAN, J.M. LOGUE, V.N. MONTESINOS, M.L. RUSSELL, M.I. LITTER, L.A. GUNDEL, ET AL., *Emissions from electronic cigarettes: key parameters affecting the release of harmful chemicals* Environ Sci Technol (2016); R.B. JAIN, *Concentrations of cadmium, lead, and mercury in blood among US cigarettes, cigars, electronic cigarettes, and dual cigarette-e-cigarette users*, Environ Pollut (2019); Q. LIU, C. HUANG, X. CHRIS LE, *Arsenic species in electronic cigarettes: determination and potential health risk*, J Environ Sci China (2020); N.D. FRIED, J.D. GARDNER, *Heat-not-burn tobacco products: an emerging threat to cardiovascular health*. Am J Physiol Heart Circ Physiol (2020); R.J. WANG, S. BHADRIRAJU, S.A. GLANTZ, *E-cigarette use and adult cigarette smoking cessation: a meta-analysis*, Am J Public Health (2021); M.E. PIPER, T.B. BAKER, N.L. BENOWITZ, D.E. JORENBY, *Changes in use patterns over 1 year among smokers and dual users of combustible and electronic cigarettes*. Nicotine Tob Res (2020); J.N. KHOUJA, S.F. SUDDLELL, S.E. PETERS, A.E. TAYLOR, M.R. MUNAFÒ, *Is e-cigarette use in non-smoking young adults associated with later smoking? A systematic review and meta-analysis*, Tob Control (2021); S.M. GAIHA, B. HALPERN-FELSHER, *Public health considerations for adolescent initiation of electronic cigarettes*, Pediatrics (2020); U.S. Department of Health and Human Services, *E-cigarette use among youth and young adults: a report of the Surgeon General. US Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health Atlanta*, (2016), available at https://e-cigarettes.surgeongeneral.gov/documents/2016_SGR_Full_Report_non-508.p; S. Soneji, J.L. BARRINGTON-TRIMIS, T.A. WILLS, A. M. LEVENTHAL, J.B. ÜNGER, L.A. GIBSON, ET AL., *Association between initial use of e-cigarettes and subsequent cigarette smoking among adolescents and young adults: a systematic review and meta-analysis*, JAMA Pediatr (2017) 171.

technical evidence presented during the public hearings is to be evaluated and consolidated and finally included in a *final broader regulatory impact assessment*. Additionally, the *social participation plan* was conceived to establish a further independent expert working group to review the existing literature on e-cigarettes¹⁶⁰. The deadline for completion of the regulatory impact assessment and, therefore, for also delivering a final decision on a new resolution on e-cigarettes, was October-December 2021. Therefore, it was expected that the results would be available for assessment in this paper. Unfortunately, the workings are running late and at the time of writing has not yet been delivered. We are thus obliged to leave to future works the assessment of any potential novelty in the Brazilian e-cigarettes' regulatory landscape.

8. Considerations on the potential dangers of precaution.

Legal recourse to the precautionary principle is problematic for the simple reason that it generally does not take into account the possibility that regulation of one risk will actually increase the occurrence of other risks¹⁶¹. Moreover, application of the precautionary principle raises three more reasons for concern: it is too vague, incoherent, and its application may forestall technical innovation.

First, the precautionary principle is *too vague* to effectively be a compass of good regulation. Indeed, as the appropriate amount of precaution derives from balancing several different interests, identifying the level of protection for precautionary purposes cannot avoid being influenced by consideration of *ad hoc* circumstances and – possibly – a high degree of political discretion, given the exceedingly discretionary nature of choosing the degree of (scientifically unprovable) risk that society can or cannot tolerate. It is also important to note that the legal evaluation of pre-emptive measures based on the precautionary principle shifts the general rules on the burden of proof, thereby further undermining product innovation.

Consequently, application of the precautionary principle will ultimately depend very little on legal arguments and more on both the intended level of protection (mainly a political choice) and on the evaluation of the available scientific data. It is therefore fair to conclude that the precautionary principle's intrinsic vagueness makes its application an issue more of a *political* rather than *legal* nature¹⁶². Moreover, not only is the precautionary principle hopelessly vague, it is also *incoherent*. Indeed, precautionary steps create dangers of their own that almost always fail to be

160 Ministério de Saúde do Brasil, TEMA 11.3 (op. cit.).

161 See, G.E. MARCHANT AND K.L. MOSSMAN, *Arbitrary and Capricious: The Precautionary Principle in the European Courts*, Washington DC (2004), 52-54.

162 For a detailed argument of the political use of the precautionary principle in European law, see G.A. FERRO, C. NICOLSI, *Vaping and the Precautionary Principle*, in L. GRUSZCZYNSKI (edited by), *The regulation of e-cigarettes* (2019).

appreciated¹⁶³. In particular, what often escapes consideration is that there are risks on all sides of social situations, and a comprehensive account of all these risks, makes application of the precautionary principle literally incoherent¹⁶⁴. In some cases, regulation might well deprive society of significant benefits, and hence produce serious harm that would otherwise not occur. In some cases, regulation eliminates the “*opportunity benefits*” of a process or activity, and thus causes preventable deaths.

If this is so, regulations turn out to be hardly precautionary. Sometimes, precautionary responses are likely to cause fear that outweighs any health benefit from other responses¹⁶⁵. Regulation sometimes violates the precautionary principle because it gives rise to *substitute risks*, in the form of hazards that materialize or are increased as a result of regulation¹⁶⁶.

Finally, the precautionary principle’s application *can forestall and undermine technical innovation* because the potential risks of new technologies and process are, by their very nature, unknown and are bound to remain so in the short and medium terms. Application of the precautionary principle could therefore, prevent new processes and invention to be disposable to society because of more-or-less supported uncertainty about its potential risks, and without taking into due account its potential benefits. The case of regulation of electronic cigarettes and related products (e.g., flavoring) provides a good example of all the dangers underling the precautionary principle’s application.

Indeed, despite years of research, we still lack scientific certainty as to the extent of human-health risks (or their actual existence) resulting from use of e-cigarettes.

Indeed, the position that seems to be dominant in the current regulatory practice (including, Brazil) is to impose strict regulations because of the many uncertainties surrounding e-cigarettes use and the need to ensure a high level of human-health protection in the face of *potential risks*¹⁶⁷. Indeed, the underlying assumption in many jurisdictions is that vaping is potentially just as harmful as regular smoking and that

163 C.R. SUNSTEIN, (op. cit):

164 Worse yet, taken at face value, application of the precautionary principle may result to be paralyzing, as accounting for uncertainty -and risks for all sides- would forbid to take any potential step the precautionary principle requires, because each precautionary steps creates new risks of its own. Indeed, because risks are on all sides, the precautionary principle forbids action, inaction, and everything in between. Id., p. 4. If the principle argues against any action that carries a small risk of imposing significant harm, then we should be reluctant to spend a lot of money to reduce risks, simply because those expenditures themselves carry risks. Here is the sense in which the precautionary principle, taken for all it is worth, is paralyzing: it stands as an obstacle to regulation and non-regulation, and to everything in between. Id., p. 33.

165 M. TUBIANA, *Radiation Risks in Perspective: Radiation-induced Cancer among Cancer Risks*, Radiat. Environ. Biophys. 3, 8-10.

166 See the discussion of risk-risk tradeoffs in J. GRAHAM, J. WIENER, *Risks vs. Risks*, Harvard University Press, Cambridge MA (1995); C.R. SUNSTEIN, *Health-Health Tradeoffs*, in C.R. SUNSTEIN, *Risk and Reason*, Cambridge University Press, Cambridge (2002), 133-52.

167 See for example, Southeast Asia Tobacco Control Alliance, *Statement on Singapore’s ban on emerging tobacco products like e-cigarettes*, (31 January 2018) <<https://seatca.org/?p=12027>>

it might represent a gateway or *rite of passage* towards consumption of traditional cigarettes¹⁶⁸ and produce a *normalization effect* (that is, increase social acceptance for smoking as a result of the growing popularity of e-cigarettes). Fear of a gateway effect into smoking is also found in the FCTC¹⁶⁹.

Application of the precautionary principle in practice may lead to undesirable results. Indeed, human beings, cultures, and nations often single out one or a few social risks as “salient”, and ignore the others. Especially if people lack statistical knowledge, they consider risks to be significant if they can easily think of instances in which those instances come to fruition.

To support regulation, it may be unreasonable to think it is enough that someone somewhere urges that a risk is worth taking seriously. But under the precautionary principle, the threshold burden is usually minimal, and once it is met, there is something like a presumption in favor of regulatory control. In this sense, the precautionary principle cannot provide any actual useful guidance, but only the illusion of guidance based on identifiable features of human cognition.

This paragraph aims at taking a step further in this direction by applying some results taken from behavioral economics and cognitive psychology¹⁷⁰. The aim of the paragraph is to show how using precautionary principle -in all its vagueness- for regulatory purposes inevitably leads to focus on some aspects of the regulatory situation, while downplaying or disregarding others. The reasons are to be found in an understanding of behavioral economics and cognitive psychology, particularly five points: (1) availability heuristic; (2) probability neglect; (3) loss aversion and familiarity; (4) a (mythical) belief in the benevolence of nature; and (5) system neglect.

The rest of the paragraph borrows such five concepts from social sciences and, as well as the legal works of Prof. Sunstein¹⁷¹ to apply them to the case of (legal) regulation of e-cigarettes.

8.1. The availability heuristic.

The availability heuristic refers to the cognitive phenomena that make some risks seem especially likely to come to fruition whether or not they actually are. When people use the availability heuristic, they assess the magnitude of risks by resorting to examples that can readily come to mind¹⁷². If people can easily think of instances in

168 See also art. 20.7 of the TPD, which requires member states to monitor market developments concerning e-cigarettes, in particular with respect to evidence relating to potential gateway effects.

169 WHO Framework Convention on Tobacco Control, opened for signature 16 June 2003 (entered into force 27 February 2005) 2302 UNTS 166.

170 C.R. SUNSTEIN, *The Law of Fear* (op. cit.).

171 See in particular, C.R. SUNSTEIN, *The laws of fear* (op. cit.).

172 See A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Judgement under Uncertainty*, in D. KAHNEMAN, P. SLOVIC, A. TVERSKY, *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, Cambridge (1982).

which the risk did occur, they are far more likely to be frightened than if they cannot. The availability heuristic illuminates the operation of the precautionary principle by showing why some hazards are widely acknowledged while some others go neglected.

Indeed, the happenstance that smoking products be purposefully aimed at young adults has already occurred in the past with the use of so-called Joe Camel (officially, Old Joe) in cigarettes advertising. Joe Camel was the advertising mascot for Camel cigarettes from late 1987 to 1997, appearing in magazine advertisements, billboards, and other print media and alleged to be purposefully directed at children and youth because of its manly appearance¹⁷³.

Through the availability heuristic, the fact that youth targeting has already happened in the past does influence (i.e., increases) the perceived likelihood that the same phenomenon might be occurring again, this time using e-cigarettes.

Familiarity also affects the perceived riskiness. A risk that is familiar, like that associated with smoking, will be seen as more serious than risks that are less familiar. Salience (i.e., availability of images seen and able to be recollected) is relevant as well. The problem with the availability heuristic playing in the regulatory application of the precautionary principle is that it can lead to serious errors, in terms of both excessive fear and neglect. Sometimes a certain risk, said to call for precautions, is cognitively available, whereas others, including the risks associated with regulation itself are not¹⁷⁴.

8.2. Probability neglect.

Probability neglect leads people to focus on the worst-case scenario even if it is highly unlikely. Indeed, people tend to attempt little or no assessment of probability at all when strong emotions are involved. And smoking -and associated dangers- does raise strong emotions that are easily conveyed to products considered "analogous", such as e-cigarettes. The actual issue of probability (i.e., the far less

173 Joe Camel lacked many typical camel traits, essentially appearing as a muscular humanoid with a camel's head. Feet were always to be covered, in footwear consistent with the rest of the outfit. The character also lacked a tail or hump. Advertising presented Joe Camel in a variety of "fun and entertaining, contemporary and fresh" situations, wearing "bold and bright" colors, blue and yellow where appropriate. His face remained the same in different advertising pieces, and images of his hands only used when necessary. In 1991, the *Journal of the American Medical Association* published a study showing that by age six nearly as many children could correctly respond that "Joe Camel" was associated with cigarettes as could respond that the Disney Channel logo was associated with Mickey Mouse, and alleged that the "Joe Camel" campaign was targeting children, despite the contention that the campaign had been researched only among adults and was directed only at the smokers of other brands. At that time, it was also estimated that 32.8% of all cigarettes sold illegally to underage buyers were Camels, up from less than 1%.

174 For tests on the effects of ease of imagery on perceived judgements of risk, see S.J. SHERMAN ET AL., *Imagining Can Heighten or Lower the Perceived Likelihood of Contracting a Disease: The Mediating Effect of Ease of Imagery*, in T. GILOVICH, D. GRIFFIN, D. KAHNEMAN (edited by), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgement* 82, Cambridge University Press, Cambridge (2002).

harmfulness of e-cigarettes compared to traditional smoking) tends to be neglected altogether, as people focus on one emotionally-gripping outcome among a large set of possibilities. When an image of a bad outcome is easily accessible, people will become greatly concerned about a risk, holding probability constant.

In the case of regulation of e-cigarettes and related products, probability neglect manifests itself also in the form of excessive public concern with certain low-probability hazards, an example of which is the 2019 “EVALI” outbreak of lung injuries in the United States. EVALI, which was initially thought to be caused by the intrinsic danger of vaping, was instead caused by the addition of a cutting agent, Vitamin E Acetate, to illicit cannabinoid vape pens¹⁷⁵. Only a small percentage of patients with EVALI reported vaping only nicotine, but they were primarily in states where tetrahydrocannabinol (THC) was illegal, and most had no toxicology testing¹⁷⁶.

Once the potential harm of vitamin E acetate was publicized and adulterated THC removed from the US market by Federal drug enforcement raids, the incidence of new cases fell precipitously¹⁷⁷.

However, interestingly for the consequences of the proposed ban and for our discussion, the failure to rightly assess the cause of EVALI has led to adverse changes in relative risk perceptions¹⁷⁸ and restrictions on Juul-flavored products. Therefore, if at all in the context of e-cigarettes regulation, the EVALI outbreak is relevant to show the risk of Do-It-Yourself (DIY) products, which -ironically enough- HC’s proposed flavor ban would increase¹⁷⁹, thereby possibly exposing users to increased levels of toxicity and other dangers¹⁸⁰.

Indeed, data show that *banning flavors became part of the problem, not the solution*.

175 C. BATES, *The outbreak of lung injuries often known as “EVALI” was nothing to do with nicotine vaping*, Qeios (2021); V.P. KRISHNASAMY, B.D. HALLOWELL, J.Y. KO, ET AL., *Update: characteristics of a nationwide outbreak of e-cigarette, or vaping, product use-associated lung injury—United States, August 2019*, (2020); B.C. BLOUNT, M.P. KARWOWSKI, P.G. SHIELDS, ET AL., *Vitamin E acetate in bronchoalveolar-lavage fluid associated with EVALI*, N Engl J Med. (2020); T. MUTHUMALAGE, J.H. LUCAS, Q. WANG, T. LAMB, M.D. MCGRAW, I. RAHMAN, *Pulmonary toxicity and inflammatory response of e-cigarette vape cartridges containing medium-chain triglycerides oil and vitamin E acetate: implications in the pathogenesis of EVALI*, Toxics (2020).

176 I. GHINAI, L. NAVON, J.K.L. GUNN, ET AL., *Characteristics of persons who report using only nicotine-containing products among interviewed patients with e-cigarette, or vaping, product use-associated lung injury—Illinois, August–December 2019*, MMWR Morb Mortal Wkly Rep. (2020).

177 V.P. KRISHNASAMY, B.D. HALLOWELL, J.Y. KO, ET AL., *Update: characteristics of a nationwide outbreak of e-cigarette, or vaping, product use-associated lung injury—United States, August 2019–January 2020*, MMWR Morb Mortal Wkly Rep. (2020).

178 D. DAVE, D. DENCH, D. KENKEL, A. MATHIOS, H. WANG, *News that takes your breath away: risk perceptions during an outbreak of vaping-related lung injuries*, J Risk Uncertain (2020).

179 A study estimates that up to 38.2% vapers would mix their own flavors if non-tobacco flavors were banned, P. DU, R. BASCOM, T. FAN, A. SINHARROY, J. YINGST, P. MONDAL, J. FOULDS, *Changes in flavour preference in a cohort of long-term electronic cigarette users*, Annals of the American Thoracic Society, (2020).

180 As PHE has identified, adding food flavorings to liquids does present an unknown risk.

Indeed, the restrictions on Juul-flavored products have led to a rise in Puff Bar products, which a recent analysis showed to be potentially more harmful than the Juul equivalents¹⁸¹.

8.3. Loss aversion and familiarity.

Economic scholarship has long shown that people are far more willing to tolerate familiar risks than unfamiliar ones, even if they are statistically equivalent¹⁸². In particular, loss aversion and familiarity make people dislike losses from the *status quo*, by making perceive loss from the *status quo* more undesirable than a gain is seen desirable¹⁸³. The workings of loss aversion make application of the precautionary principle problematic when regulatory decisions fixate on potential losses while downplaying potential gains from the status quo, thereby overall increasing risks and decreasing wellbeing.

In the case of regulation of e-cigarettes, the working of loss aversion seems extremely problematic as the well-being of adult smokers (who like teens also enjoy e-cigarettes flavoring) and wannabe quitters (who vape flavors as a quitting tool to stop smoking) is not given due consideration.

Indeed, not only do adults consume non-tobacco flavors (including “kid-appealing” fruit and candy) and sweeteners¹⁸⁴; they are by far the largest market for these products, and flavors are integral to their vaping experience¹⁸⁵ (surveys show that adults like dessert, fruit, and candy flavors more than tobacco flavors¹⁸⁶. Similarly, a large survey shows extensive and increasing use by adults of non-tobacco flavors in the United States¹⁸⁷). Critically important, adults use non-tobacco

181 E.E. OMAIYE, W. LUO, K.J. MCWHIRTER, J.F. PANKOW, P. TALBOT, *Flavour chemicals, synthetic coolants and pulegone in popular mint-flavoured and menthol-flavoured e-cigarettes*, Tob Control (2021).

182 See P. SLOVIC, *The Perception of Risk* 140-43, London (2000).

183 To see how loss aversion and the so-called *endowment effect* work, see R.H. THALER, *The Psychology of Choice and the Assumptions of Economics*, in *Quasi Rational Economics* 137, 143, New York (arguing that losses loom larger than gains); D. KAHNEMAN, J.L. KNETSCH, R.H. THALER, *Experimental Tests of Endowment Effect and Coase Theorem*, J. Pol. Econ. 1325, 1328 (1990); C. CAMERER, *Individual Decision Making*, in J.H. KAGEL, A.E. ROTH (edited by), *The Handbook of Experimental Economics* 587, 665-70, Princeton University Press, Princeton NJ (1995).

184 C. MEERNIK, H.M. BAKER, S.D. KOWITT, et al., *Impact of non-menthol flavours in e-cigarettes on perceptions and use: an updated systematic review*, BMJ Open (2019).

185 S. GRAVELY, K.M. CUMMINGS, D. HAMMOND, ET AL., *The association of e-cigarette flavors with satisfaction, enjoyment, and trying to quit or stay abstinent from smoking among regular adult vapers from Canada and the United States: Findings from the 2018 ITC four country smoking and vaping survey*. Nicotine Tob Res (2021).

186 C. RUSSELL, N. MCKEGANEY, T. DICKSON, M. NIDES, *Changing patterns of first e-cigarette flavor used and current flavors used by 20,836 adult frequent e-cigarette users in the USA*, Harm Reduct J (2018). Moreover, one study found 68% of American adult e-cigarette users had used non-tobacco flavors in the past 30 days; of these, 45% had used fruit, 44% menthol or mint, and 26% candy, chocolate or other sweet flavors. M.G. BONHOMME, E. HOLDER-HAYES, B.K. AMBROSE, C. TWOREK, S.P. FEIRMAN, B.A. KING, ET AL., *Flavoured non-cigarette tobacco product use among US adults: 2013-2014*, Tob Control (2016).

187 C. RUSSELL, N. MCKEGANEY, T. DICKSON, M. NIDES (op. cit).

flavors and sweeteners as an effective technique to quit smoking cigarettes¹⁸⁸, so flavor bans could have the harmful effect to reduce quitting smoking. Even more so considering that adult smoking is a significant driver of health disparities¹⁸⁹.

Indeed, adult smokers in middle age or older constitute the sub-population at most immediate risk of serious diseases and premature death. They are the population that benefits most immediately and substantially from smoking cessation. Indeed, the use of e-cigarette flavors also predicts for adult smoking cessation¹⁹⁰ and use of fruit and other sweet flavored e-liquids is positively related to smokers' transition away from cigarettes¹⁹¹. Compelling evidence shows that the rise of Juul in the United States was very effective in helping adults to switch completely away from cigarettes¹⁹².

Surely, youth vaping trends must be carefully monitored, with the goal of learning more about potential harms and identifying effective prevention strategies. However, the overarching focus on youth vaping loses sight of the potential of e-cigarettes to help adults quit smoking. That may come at a significant public health cost. Anything that can reduce the toll of morbidity and mortality from smoking deserves serious attention. When smokers believe that vaping is as dangerous as or more dangerous than smoking¹⁹³, many struggling to quit will be unwilling to try vaping as an alternative.

This invariably translates into less smoking cessation than if smokers correctly understood the relative risks of vaping and smoking. Potential lifesaving benefits of e-cigarettes for adult smokers should not be less deserving of attention than youths¹⁹⁴ who will not experience smoking-related or possibly unproven vaping-related chronic diseases for three decades. Concurrently social pressures and public health campaigns to quit smoking will remain strong.

188 Sustained use of e-cig based on flavors does not appear to be statistically significant, KASZA ET AL., *E-Cigarette Flavors and Frequency of E-Cigarette Use among Adult Dual Users Who Attempt to Quit Cigarette Smoking in the United States: Longitudinal Findings from the PATH Study*, International journal of environmental research and public health (2021).

189 At least in the United States, CDC, *Current cigarette smoking among adults in the United States and Tobacco-related disparities*.

190 D.M. JONES, D.L. ASHLEY, S.R. WEAVER, M.P. ERIKSEN, *Flavored ENDS Use among Adults Who Have Used Cigarettes and ENDS, 2016-2017*, Tob Regul Sci (2019); Friedman AS, Xu S., *Associations of Flavored e-Cigarette Uptake with Subsequent Smoking Initiation and Cessation*, JAMA Netw Open (2020).

191 L. LI, R. BORLAND, K.M. CUMMINGS, ET AL., *How Does the Use of Flavored Nicotine Vaping Products Relate to Progression Toward Quitting Smoking? Findings From the 2016 and 2018 ITC 4CV Surveys*, Nicotine Tob Res (2021).

192 S. PRAKASH, Y. XU, N.I. GOLDENSON, R. WISSMANN, R. GOUGELET, S. SHIFFMAN, *Transitions in smoking among adults newly purchasing the JUUL system*, Am J Health Behav (2021).

193 National Cancer Institute. Health Information National Trends Survey. HINTS 5 cycle 3 (2019).

194 T.J. MILLER, *The harm-reduction quandary of reducing adult smoking while dissuading youth initiation*, Am J Public Health (2020).

Finally, loss aversion contributes to neglect a growing body of evidence indicating that vaping can support smoking cessation. Randomized trials¹⁹⁵, and population studies report a near doubling of quit attempt success, and furthermore e-cigarettes are the most frequently used aid in quit attempts¹⁹⁶. The totality of the evidence indicates that regular vaping increases the success rate for adult smoking cessation.

Smokers are 82% more likely to quit with e-cigarettes compared to nicotine replacement therapy¹⁹⁷. Smokers unable to quit smoking with currently approved cessation methods¹⁹⁸ should be well informed about the relative risks of vaping compared to continued smoking and the efficacy of vaping to help them quit smoking. They should understand that completely substituting vaping for smoking reduces health risks, possibly substantially¹⁹⁹.

For quitting smoking, flavor vaping (in particular, switching from tobacco/menthol flavors to other flavors) increases the likelihood of successful quitting because non-tobacco flavors are *more* effective for cessation success²⁰⁰. Studies show that smokers who use non-tobacco flavored vape are more than twice as likely to quit as those who stay with tobacco flavors. A ban on flavors would force adults to switch back to tobacco flavors²⁰¹, decreasing their success at quitting cigarettes, and possibly acting as a trigger for cigarette use.

For those using flavored e-cigarettes as a quitting tool, precautionary measures risk to substantially increase reversion to smoking cigarettes. Indeed, Health England states that following a flavor ban, adults and teens will stop vaping and revert to cigarette smoking. This is consistent with other studies, which find: (i) that restrictions on minors' access to e-cigarettes are associated with higher adolescent cigarette smoking²⁰²; (ii) a considerable switching effect towards smoking cigarettes

195 J. HARTMANN-BOYCE, H. MCROBBIE, N. LINDSON, ET AL., *Electronic cigarettes for smoking cessation*, Cochrane Database Syst Rev. (2020); A. MCNEILL, L.S. BROSE, R. CALDER, E. SIMONAVICIUS, D. ROBSON, *Vaping in England: An Evidence Update Including Vaping for Smoking Cessation*, 2021; *A Report Commissioned by Public Health England*, Public Health England (2021).

196 R.S. CARABALLO, P.R. SHAFER, D. PATEL, K.C. DAVIS, T.A. MCAFEE, *Quit methods used by US adult cigarette smokers, 2014–2016*, Prev Chronic Dis. (2017).

197 Impartial bodies such as the Cochrane Collaboration endorse vaping as a way to quit smoking. Conventional smoking cessation therapy has barely changed in the last 20 years, and has left 4.6 million Canadians, 15% of the population, still smoking.

198 US Department of Health and Human Services, *Smoking Cessation: A Report of the Surgeon General. Centers for Disease Control and Prevention, National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion*, Office on Smoking and Health (2020).

199 National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine, *Public Health Consequences of E-Cigarettes*, The National Academies Press (2018).

200 O'LEARY E AL., *Critical appraisal of the European Union Scientific Committee on Health, Environmental and Emerging Risks (SCHEER) Preliminary Opinion on electronic cigarettes*, Harm reduction journal (2021).

201 See e.g., *Please, Health Canada, do not make vapers return to tobacco!*, J. Oyston (2021).

202 A.S. FRIEDMAN, *How does electronic cigarette access affect adolescent smoking?*, J Health Econ. (2015); Pesko MF, Hughes JM, Faisal FS., *The influence of electronic cigarette age purchasing restrictions on adolescent tobacco and marijuana use*, Prev Med. (2016).

following a flavor ban; as people -faced with lack of their preferred product- do choose to revert to a (more harmful) habit. Indeed, in one of the most recent surveys, 33.2% of adult vapers said they would go back to smoking if all vape flavors except tobacco were banned²⁰³; (iii) that making e-cigarettes less attractive to adolescents (e.g., by tax increases on adolescents) has the effect of increasing cigarette use²⁰⁴; (iv) that initial data on the impact of the flavor ban in San Francisco resulted in a statistically significant increase in cigarette smoking among young adults from 27.5% to 37.1%, and this increase *was not* replicated in districts without a flavor ban²⁰⁵.

A potential health benefit (that however the precautionary principle let go unremarked) is achieved whenever flavored e-cigarettes contribute to smoking cessation, or offer a substitute for smoking, or reduce smoking to low levels, or prevent initiation of use of combustible products²⁰⁶. These benefits accrue to both adults and youth.

8.4. A (mythical) belief in the benevolence of nature

The belief in the benevolence of nature makes men-made decisions and processes seem especially suspect. Indeed, studies show that people overestimate the carcinogenic risks from pesticides while underestimating the risks of natural carcinogens²⁰⁷.

Especially relevant for the case of regulation of e-cigarettes and related products, the belief in the benevolence of nature plays a major role in the operation of the precautionary principle especially for products and process that involve new technologies, such as e-cigarettes or appear too “artificial” (as in the case of sweet flavorings). Human intervention in the process of smoking is tainted by the biases towards all new technologies deriving from the belief in the benevolence of nature, as well as from the specific biases attaching to smoking itself, considered more as a despicable habit rather than a painful addiction.

8.5. System/Tradeoff neglect.

203 POSNER ET AL., *Reactions to sales restrictions on flavored vape products or all vape products among young adults in the US*, Nicotine & Tobacco research (2021).

204 M.F. PESKO, C. WARMAN, *The Effect of Prices on Youth Cigarette and E-Cigarette Use: Economic Substitutes or Complements?*, SSRN Electron J. (2017).

205 A.S. FRIEDMAN, *A Difference-in-Differences Analysis of Youth Smoking and a Ban on Sales of Flavored Tobacco Products in San Francisco, California*, JAMA Pediatr. (2021).

206 L.T. KOZLOWSKI, K.E. WARNER, *Adolescents and e-cigarettes: Objects of concern may appear larger than they are*, Drug Alcohol Depend. (2017); p. 174.

207 See P. SLOVIC, *The Perception of Risk* 291, (op. cit.).

Finally, system/tradeoff neglect refers to the inability to see that risks are part of systems, and that interventions into those systems can create risks of their own²⁰⁸. Much of the time, people neglect the systemic effect of one-shot interventions. They tend to assume that a change in a social situation would alter the part at issue without affecting other parts. System neglect can derive in the inability to give due consideration to the above-mentioned risks of resorting to DIY product and driving e-cigarettes users (back) to smoking, as well as other “less visible” social and economic risks, such as the resort to the black market²⁰⁹.

This possibility -however generally neglected- is consistent with the data. According to Public Health England a flavor ban would drive users to the black market and one study estimates that 30% of e-cigarette users would go to the illegal market due to a flavor ban²¹⁰. Another study finds that 19.2% of users would “find a way to buy” following a flavor ban²¹¹.

Precaution cannot be taken against *all* risks, not just because resources are limited, but also because efforts to redress any set of risks might produce other risks of their own. To the extent that the precautionary principle offers guidance, it is often because adverse systemic effects are simply being neglected²¹². The precautionary principle often seems helpful because analysts are focusing on the “target” risk, rather than on the systemic, risk-related effects of being precautionary, or even on the risk-related consequences of risk reduction.

208 C.R. SUNSTEIN, *Laws of Fear*, p. 35 (op. cit.).

209 Without non-tobacco flavors, widespread use of tobacco products will continue. Indeed, youth have been willing to use products with tobacco flavor over many decades. The underlying drivers of tobacco and nicotine use are stronger and deeper than the recent availability of non-tobacco flavors in e-liquids. Therefore, any restrictions on flavored products may cause unintended consequences, such as a surge in black-market products. The persistence of illicit drug use is a reminder that outlawing something does not make it go away; it mainly changes how it is supplied, meaning it could foster the further development of the black-market supply chain. The RIAS does not include any evaluation of the likely supply-side response to a vaping flavor ban. It has been estimated that a federal flavor ban in the United States would generate a black-market worth over \$US 12 billion. It is likely that existing illicit suppliers and informal social supply networks may add flavor vaping to their range of drugs. The result would be an increase in illegal actors having contact with youth with the risk of introducing youth to a wider range of illicit and dangerous substances and behaviors. R. COOMBER, L. MOYLE, N. SOUTH, *The normalisation of drug supply: The social supply of drugs as the “other side” of the history of normalisation*, Drugs Educ Prev Policy (2016).

210 FREITAS-LEMONS ET AL., *The Illegal Experimental Tobacco Marketplace I: Effects of Vaping Product Bans*, Nicotine & Tobacco Research (2021), pp. 1-10. According to the study, 30% of e-cigarette users would go resort to the illegal market in response to a flavor ban.

211 P. DU, R. BASCOM, T. FAN, A. SINHARROY, J. YINGST, P. MONDAL, J. FOULDS, *Changes in flavour preference in a cohort of long-term electronic cigarette users*, Annals of the American Thoracic Society, (2020).

212 See H. Margolis for his studies on risk judgements and cognitive foundations for the precautionary principle and to cast light some apparent anomalies in ordinary thinking about risks. Margolis suggests that people are sometimes subject to a kind of optical illusion, in which they focus on the harms associated with some activity or process, but fail to see the benefits. They will tend to think *better safe than sorry*, otherwise they will grasp both harms and benefits and engage in the kind of tradeoff analysis. See H. MARGOLIS, *Dealing with Risk*, Chicago University Press, Chicago (1996).

9. Conclusions

E-cigarettes are a relatively new product that might not only disrupt the tobacco market as we know it, through the redefinition of the smoking experience; it also may accrue enormous health benefits to those deciding to vape instead of smoking. However, regulations around the world are somewhat failing to acknowledge e-cigarettes' novelty and peculiarities and, for the most are treating (and taxing and restricting access to,...) them just like traditional cigarettes.

This paper aims at providing a comparative study of e-cigarettes' regulation, focusing on two study countries: the UK and Brazil. These countries indeed, lie at the opposite of possible regulatory choices, and thus are good for comparison, albeit so different. The paper also provides a legal analysis of the two legal principles at the foundation of e-cigarettes' regulation: the principle of harm reduction on the one hand, and the precautionary principle on the other.

Before concluding, the paper drawn a critical analysis of the precautionary principle. borrowing from social sciences, as well as renowned legal works, the paper argues that the precautionary principle might not turn out to be the best operative principle inspiring e-cigarettes' regulation. Beyond the legal reasoning, we find it important to understand how other forces (e.g., psychological) affect the actual application of the legal principles.

E-cigarettes provide huge (potential?) gains in terms of public health and governments perhaps ought to be less *precautious* of the potential harm and more *cautious* of the actual benefit they forgo.

LA 'DIVERSIONE' PENALE NEL DIRITTO DELL'AMBIENTE: SPUNTI COMPARATISTICI PER IL SISTEMA ITALIANO.

Mario Caterini e Alberto D'Aiello*

Abstract: Lo *status quo* del diritto penale dell'ambiente, disegnato dalla riforma codicistica del 2015, presenta diversi rilievi critici, in particolare in relazione al ruolo della sanzione penale. La comparazione con altri sistemi di tutela dell'ambiente può essere utile per superare le resistenze ad abbandonare l'attuale approccio prevalente in Italia, che vede appunto nella sanzione penale lo strumento privilegiato dal legislatore. Servendosi dei principi di *extrema ratio* e sussidiarietà del diritto penale, si auspica il rafforzamento delle alternative alla sanzione penale, con l'obiettivo di implementare un sistema più efficace sotto il profilo della prevenzione e del ripristino ambientale, anche alla luce delle attuali politiche di sostenibilità ecologica.

The status quo of environmental criminal law, designed by the code reform of 2015, presents several critical points, in particular in relation to the role of the criminal sanction. Comparison with other environmental protection systems can be useful in overcoming the resistance to abandoning the current approach prevalent in Italy, which sees the penal sanction as the preferred tool by the legislator. Using the principles of extrema ratio and subsidiarity of criminal law, it is hoped that alternatives to penal sanctions will be strengthened, with the aim of implementing a more effective system in terms of environmental prevention and restoration, also in light of current ecological sustainability policies.

SOMMARIO: **1.** La tutela dell'ambiente alla luce del principio di *extrema ratio* del diritto penale; – **2.** La diversione processuale dei sistemi anglo-americani in materia ambientale; – **3.** Il *quid pluris* della *restorative justice* nel diritto penale ambientale australiano; – **4.** La procedura negoziata di giustizia penale ambientale nell'ordinamento francese; – **5.** Prospettive *de iure condendo* nella tutela penale dell'ambiente.

1. La tutela dell'ambiente alla luce del principio di *extrema ratio* del diritto penale.

«Solo la pena necessaria è giusta. La pena è per noi un mezzo per raggiungere uno scopo. L'idea dello scopo postula però l'adattamento del mezzo al fine e la massima

parsimonia nella sua applicazione»¹.

Queste celebri e chiare parole di Liszt, sebbene risalenti nel tempo, suonano ancora attuali anche nella tutela ambientale, che sollecita una rimeditazione dell'intervento penale improntato all'*extrema ratio*², utile a una rinnovata e più efficace visione eco-giuridica. La stessa nozione giuridica di ambiente risulta mutevole, in quanto risente fortemente del contesto contingente, e soprattutto dell'evoluzione della sensibilità culturale, sociale e politica in merito alla sua tutela³.

Una svolta «quasi epocale»⁴ in tema di tutela penale ambientale si è avuta con l'ultimo intervento riformatore di cui alla legge n. 68 del 22 maggio 2015, con la quale il legislatore ha modificato radicalmente la disciplina. Com'è noto, infatti, non solo sono stati introdotti i nuovi delitti ambientali, di cui al Titolo VI-bis del codice penale, ma si è intervenuti anche sul T.U. dell'ambiente (D.lgs. n. 152/2006), mediante l'inserimento del cosiddetto "secondo pilastro" della riforma del 2015, vale a dire il meccanismo estintivo delle contravvenzioni ambientali, di cui agli artt. 318 bis - 318 octies⁵. Nel suo complesso, però, nonostante i buoni propositi del legislatore, gli effetti prodotti dalla novella del 2015 non sono quelli sperati.

Una delle principali criticità è legata alle scelte sanzionatorie finora adottate nel tutelare l'ambiente: nonostante la riforma rafforzi gli scopi ripristinatori rispetto a quelli meramente sanzionatori⁶, la sanzione criminale, secondo una abusata logica panpenalistica, continua a essere lo strumento privilegiato dal legislatore.

1 * Benché il lavoro sia frutto di riflessioni condivise, i paragrafi 1 e 5 sono attribuibili a Mario Caterini e i paragrafi 2, 3 e 4 ad Alberto D'Aiello.

F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. di A.A. Calvi, Milano, 1962, p. 46. Il testo originale recita: «Nur die notwendige Strafe ist gerecht. Die Strafe ist uns Mittel zum Zweck. Der Zweckgedanke aber verlangt Sparsamkeit in seiner Verwendung», ID., *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1883), Berlin, 1905, p. 161.

2 Ex multis, C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di "extrema ratio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 3, pp. 1447-1487; G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino, 2018, p. 65 ss.; E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 2 settembre 2021, pp. 1-14. Sempre in tema di *extrema ratio* del diritto penale, cfr. G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca dei limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1654 ss.

3 Occorre rilevare la recente approvazione della Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, con la quale sono stati modificati gli articoli 9 e 41 della Carta fondamentale, che oggi assicurano la esplicita tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, divenuti espressamente un valore fondante dello Stato.

4 L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 197 ss.

5 In tema, cfr. G. AMARELLI, *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 405-424; M. CATENACCI, *L'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale. Una riforma con poche luci e molte ombre*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2015, 2, p. 32 ss.; F.C. PALAZZO, *I nuovi reati ambientali Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 329; P. PATRONO, *I nuovi delitti contro l'ambiente: il tradimento di un'attesa riforma*, in *Legisl. pen. on line*, 11 gennaio 2016, p. 1 ss.

6 Può farsi riferimento all'art. 452-duodecies c.p., che impone al giudice di ordinare al reo, al momento della condanna, il recupero e il ripristino dello stato dei luoghi, ovvero all'art. 452-decies c.p., che subordina la concessione di misure premiali e la riduzione della pena all'esecuzione di interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino dello stato dei luoghi.

Si comprendono allora le opportunità che si possono cogliere nello studio comparato del diritto dell'ambiente, anche in merito alle tendenze volte a limitare l'impiego della sanzione penale. È difficile prescindere da questo *modus operandi*⁷, specie in una materia come quella ambientale ove sono robusti i legami con esigenze di carattere economico e politico, che finiscono, inevitabilmente, per prospettare nuove, e forse più appropriate, soluzioni giuridiche. La *ratio* sottesa alla comparazione è proprio quella di evitare l'apologia del *particulare*⁸, cioè della chiusura verso il confronto con altre esperienze giuridiche.

Nel nostro caso, l'indagine attiene ai meccanismi di diversione processuale in materia ambientale, dunque alle misure sanzionatorie ispirate a una logica di riparazione e non più solo punitiva, soprattutto con riferimento alle persone giuridiche che, allo stato attuale, non beneficiano del meccanismo estintivo dei reati ambientali, introdotto dalla riforma del 2015, nonostante tale forma risulti essere quella predominante di criminalità ambientale.

Proprio con riguardo alla responsabilità da reato ambientale degli enti, possono prendersi in considerazione i sistemi giuridici di *common law*, come quello statunitense e inglese. Il riferimento è ai cosiddetti meccanismi di *diversion*, ossia di sottrazione al procedimento penale di quei reati per i quali il processo, nella sua forma classica, viene ritenuto superfluo, se non dannoso⁹. Si tratta di linee politico-criminali dirette alla marginalizzazione della sanzione penale, che si rinvergono negli istituti funzionali a estinguere il reato ambientale attraverso condotte riparative.

2. La diversione processuale dei sistemi anglo-americani in materia ambientale.

Con riferimento all'ordinamento statunitense, in materia ambientale, rilevano i diversi meccanismi sostitutivi della sanzione detentiva, quali il ricorso a strumenti negoziali di risoluzione dei procedimenti in materia di reati contro l'ambiente¹⁰.

Rispetto alla via ordinaria del procedimento giudiziario, infatti, si predilige un percorso di risoluzione alternativa delle dispute, specie in merito alle fattispecie ambientali, con l'obiettivo di poter meglio tutelare i molteplici e contrastanti interessi

7 G. ALPA, M.J. BONELL, D. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH, A. ZOPPINI, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Urbino, 2012, p. 3 ss.

8 Sulla comparazione giuridica intesa come antidoto all'apologia del *particulare*, si veda R. GIURATO, *Giurisprudenza, dottrina, legislazione: John Philip Dawson e la storia del case law in Europa*, in J.P. DAWSON, *Gli oracoli del diritto*, a cura di R. GIURATO, Napoli, 2014, p. XXIII ss.

9 G. MANNOZZI, *La diversion: gli istituti funzionali all'estinzione del reato tra processo e mediazione*, in *disCrimen*, 20 dicembre 2019, pp. 1-27.

10 Sul tema, più in generale, si veda F. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione «negoziata» per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind. pen.*, 2/2013, p. 740.

delle parti coinvolte, come spesso avviene nelle vertenze ambientali. In tal senso, dagli anni '90 del secolo scorso, negli Stati Uniti d'America è emersa la progressiva estensione alle imprese di sistemi di diversione processuale, i cosiddetti *Deferred prosecution agreement* (DPA) e *Non prosecution agreement* (NPA)¹¹, cioè accordi, rispettivamente, per differire o non procedere con l'incriminazione, il ricorso ai quali è stato così frequente che essi possono oggi ritenersi lo strumento prediletto nel contrasto alla criminalità economica, anche in virtù della diffusione di politiche criminali improntate alla logica del *too big to jail*¹².

Può definirsi DPA l'accordo tra pubblica accusa (*prosecutor*) ed ente indagato (*defendant*)¹³, sottoposto a valutazione del giudice, per cui l'ente, al fine di evitare l'esercizio dell'azione penale nei suoi confronti, si impegna, per un periodo di sorveglianza di solito da sei mesi a due anni, a realizzare una serie di prescrizioni riabilitative, tra cui l'accettazione dell'addebito mosso¹⁴, la collaborazione con l'autorità inquirente nell'individuare l'autore materiale del reato, la predisposizione di protocolli (*compliance programs*)¹⁵, con cui le società definiscono le attività da svolgersi sotto il controllo di un commissario esterno (*monitor*), il versamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento danni (*financial penalty*), donazione a istituti di beneficenza pubblici o privati, ecc., e infine la messa a disposizione del profitto ai fini della confisca.

In tali casi, l'esercizio dell'azione penale è differito e se l'ente osserverà, per il periodo di tempo fissato, le condizioni concordate, il procuratore procederà con l'archiviazione. Rispetto al DPA, l'NPA opera prima dell'iscrizione (*filing*) della persona giuridica nel registro delle notizie di reato, cioè senza che vi sia ancora una formalizzazione dell'accusa penale¹⁶. L'NPA, quindi, consiste nell'accordo tra

11 Per quanto concerne i riti alternativi di carattere negoziale dell'ordinamento statunitense, tra i quali il *plea bargaining* (rinuncia dell'imputato nel difendersi, dichiarandosi colpevole, per ottenere uno sconto di pena), si veda V. FANCHIOTTI, *Profili privatistici della giustizia penale statunitense*, in *Giur. it.*, 1992, p. 312.

12 Formulazione, coniata da B.L. Garrett, adoperata per esplicitare la necessità a seguito della crisi finanziaria di salvare le grandi banche rilevanti per l'economia globale, e ripresa poi da M. PEARLSTON, *Book Note: Too Big To Jail: How Prosecutors Compromise With Corporations*, by Brandon L. Garrett, in *Osgoode Hall L. J.*, 2016, pp. 1130-1132.

13 Per una più ampia disamina del DPA, si vedano S. ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *L. J. Soc. Just.*, 2011, p. 69 ss.; C.A. WRAY, R.K. HUR, *Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World: The Thompson Memorandum in Theory and in Practice*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 2006, 43, p. 1095 ss.

14 Il principio di presunzione d'innocenza sembra comunque assicurato, in virtù della mancata ammissione di colpevolezza. In merito alla relazione tra presunzione d'innocenza e diversione processuale, v. B. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di «diversione» nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2014, pp. 47-59.

15 Si rinvia a A. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale. La bonifica ed il ripristino ambientale. Uno studio de iure condito e de iure condendo*, Torino, 2020, p. 57 ss., secondo cui l'adozione, da parte degli enti, di questi modelli organizzativi, funzionali a prevenire ulteriori reati, ha un'efficacia premiale in termini di riduzione della pena pecuniaria.

16 L'NPA è tipicamente impiegato quando non vengono presentate accuse penali, a differenza del DPA finalizzato a regolare le accuse già depositate. Solo in quest'ultimo caso interviene il giudice, non nel primo,

autorità inquirente e società indiziata stipulato ‘privatamente’, ossia senza il vaglio giudiziale, con l’effetto di evitare l’apertura del procedimento penale.

Gli obiettivi principali di queste due tipologie di accordi si rinvencono nella necessità di far rispondere per i reati compiuti in ambito aziendale un numero sempre più elevato d’imprese, seppur attraverso formule di *diversion* più flessibili e celeri, nonché di evitare ripercussioni negative sul mercato, che in genere sono causate dai procedimenti penali. L’impostazione di fondo è quella tipica del sistema statunitense, non interventista e che lascia abbastanza liberi i protagonisti del mercato di operare secondo prescrizioni non stringenti utili al corretto funzionamento dello stesso. Tale sistema di amministrazione della giustizia, che attraverso la minaccia della sanzione penale tende a evitare di processare le società, ben evidenzia il carattere discrezionale che qualifica l’azione penale nei sistemi di *common law*, in contrasto con l’obbligatorietà della stessa, almeno teorica, propria del nostro sistema. La *ratio* del trattamento più mite che viene riconosciuto alle persone giuridiche che accedono a queste forme di *diversion*, si rinviene nell’atteggiamento di collaborazione con la giustizia, mettendo in atto anche un riassetto aziendale attraverso modelli di gestione della società conformi ai parametri ecosostenibili, con un’efficacia che sembra maggiore di quella meramente deterrente propria della sola minaccia della sanzione penale¹⁷.

Sulla scia del modello di diversione processuale statunitense, anche nel sistema del Regno Unito sono stati previsti meccanismi di *diversion*, a mezzo di una disciplina *ad hoc*. Tra i due sistemi si rinvencono delle differenze: *in primis* è diversa la fonte, in quanto negli USA la diversione processuale deriva da consuetudini consolidate, e avvalorate da alcune linee guida; nel Regno Unito, invece, è stata predisposta un’apposita disciplina positiva, il *Crime and Courts Act*¹⁸ del 2013, *Section 45, Schedule 17*, che introduce i *Deferred Prosecution Agreements*¹⁹. Un’ulteriore differenza riguarda la mancata adozione nel Regno Unito di meccanismi di *Non-Prosecution Agreements* perché tali accordi sono considerati non conformi ai principi che presiedono al sistema processuale penale inglese, per via della mancanza di una deliberazione

sebbene si verifichino pochi casi di ripensamento giudiziario; in questi termini, L.A. CUNNINGHAM, *Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform*, in *Fla. L. Rev.*, vol. 66, 2014, p. 18. In merito, si veda anche N. BERTOLINI, *Brevi note sulla responsabilità da reato degli enti e delle persone giuridiche negli Stati Uniti: le Federal Sentencing Guidelines*, in *Foro ambr.*, 2003, pp. 527-535.

17 Per un’analisi circa lo sviluppo di un nuovo sistema di tutela ambientale nel contesto statunitense, si veda R.F. BLOMQUIST, *The Logic and Limits of Environmental Criminal Law in the Global Setting: Brazil and the United States Comparisons, Contrasts, and questions in Search of a Robust Theory*, in *Tulane Environ. Law J.*, 2011, pp. 83-98.

18 U.K. *Crime and Courts Act* (2013), *Section 45 e Schedule 17*, in www.legislation.gov.uk. Il *Crime and Courts Act* (2013) ha ottenuto il *Royal Assent* il 25 aprile 2013, corredato di un apposito *Code of Practice* (2014).

19 Ciò sembrerebbe contraddire l’impostazione propria dei sistemi di *common law*, ma, in realtà, si spiega con la necessaria regolamentazione dell’istituto nell’ordinamento inglese, non essendo quest’ultimo caratterizzato da una lunga tradizione di figure di *diversion*, al contrario di quello nordamericano, F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione “negoziata” per l’ente collettivo indagato*, cit., p. 753.

giudiziale sul patto tra *prosecutor* e *defendant*²⁰.

Tra i maggiori benefici di tali meccanismi di diversione processuale, si può segnalare, innanzitutto, l'effetto deterrente, in quanto vengono pattuite misure rimediali abbastanza intrusive, che vanno dal pagamento di ingenti somme di denaro, all'implementazione del

sistema di *compliance* che, incidendo a fondo sulla struttura organizzativa degli enti, indirizza la loro *governance* verso parametri ecosostenibili.

In aggiunta, altro vantaggio che spinge all'accordo è relativo alla possibilità di attenuare le conseguenze accessorie che spesso fanno seguito alla condanna penale, quali ad esempio il fallimento dell'ente con altrettanti effetti nefasti per investitori, creditori e dipendenti²¹. Da ultimo, poi, un altro beneficio si rintraccia nel risparmio delle risorse pubbliche occorrenti per i processi penali e per le attività degli organi inquirenti²². Si incoraggia, in tal modo, una cultura della cooperazione tra imprese e autorità, che incentiva le prime ad auto-denunciare gli illeciti in contesto aziendale, adottando poi dei *compliance programs*, proiettati a ridurre la probabilità di realizzazione di altri reati, così promuovendo modalità di recupero e di contenimento della pericolosità sociale²³.

3. Il *quid pluris* della *restorative justice* nel diritto penale ambientale australiano.

20 Sul punto, tra i più recenti contributi della letteratura italiana, F. NICOLICCHIA, *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità "penale" degli enti: alcuni rilievi sulla base della "lezione americana"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 3-4, p. 781 ss., ha precisato come la presenza del giudice serva proprio ad evitare potenziali abusi a scapito degli enti indagati, a fronte dell'ampia discrezionalità riconosciuta ai procuratori. Sempre in tema, si veda F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana. Alcuni spunti de jure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2016, p. 85 ss.

21 Per una disamina sui benefici dei meccanismi di diversione processuale, v. V. D'ACQUARONE, R. ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Resp. amm. soc. ent.*, n. 2/2018, p. 135 ss.

22 Per un'indagine quantitativa su DPA e NPA che sia in grado di riflettere queste considerazioni, si può fare riferimento a W.A. KAAL, T.A. LACINE, *The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993-2013*, in *Bus. Law.*, Vol. 70, 2014, pp. 61-119.

23 Bisogna comunque tenere presente le critiche mosse al sistema americano in riferimento agli accordi di diversione processuale. Questo genere di accordi, infatti, limita la funzione punitiva e deterrente del diritto penale e la condanna sociale che dovrebbe accompagnare ogni *criminal prosecution*; cfr. D.M. UHLMANN, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in *Md. L. Rev.*, Vol. 72, 2013, p. 1331. Si osserva, poi, più in generale, come negli USA una percentuale molto alta di procedimenti non finisce davanti al giudice per la necessità delle procure di risparmiare, con uno sbilanciamento del potere contrattuale dalla parte del *prosecutor*, così R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 2 ss.; nonché F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana. Alcuni spunti de jure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2016, p. 82.

Il sistema penale australiano si caratterizza non solo per la non punibilità in caso di condotte riparatorie *post factum*, ma anche per il ricorso a percorsi di giustizia riparativa, introducendo il principio del dialogo nel meccanismo punitivo²⁴. Tale soluzione sembra rappresentare uno strumento di *diversion* - e quindi un possibile approccio alternativo, partecipativo e risolutivo delle problematiche ambientali - meno oneroso e maggiormente efficace in chiave preventiva, rispetto all'esercizio dell'azione penale.

L'approvazione in Australia del *National Parks and Wildlife Amendment Act 2010*²⁵, esplicita una riconsiderazione della funzione tipica della sanzione in materia di reati ambientali compiuti nello svolgimento dell'attività d'impresa, attraverso l'inserimento di un impianto sanzionatorio particolarmente ampio e "differenziato", che prende in considerazione le specifiche caratteristiche dell'impresa e punta, in questo modo, al rafforzamento dell'efficacia dissuasiva della sanzione, ma anche alla valorizzazione dell'alto potenziale della sanzione pecuniaria²⁶.

In Australia, le pene detentive per i reati ambientali non sono molto diffuse; al contrario, la multa a fini ambientali è la risposta sanzionatoria maggiormente utilizzata come strumento che tende a scoraggiare le offese, ma anche per tentare di sanare in maniera concreta, destinando le relative somme alla riparazione, il danno arrecato al bene ambiente.

I connotati tipizzanti dei programmi di giustizia riparativa sono: volontarietà e libertà, in quanto le parti partecipano attivamente prestando il loro consenso; ruolo fondamentale del precetto penale, senza negoziati tra reo e vittima, con la previsione di una condotta corrispondente *ex ante* ed *ex post*, in ossequio alla funzione preventiva del diritto penale; la centralità della vittima tenuta in alta considerazione; infine, la riparazione intesa come cura del bene giuridico, senza rimanere confinati nella tradizionale logica risarcitoria²⁷. Considerate le particolarità della criminalità ambientale, che si discosta dai più classici profili criminologici, il ricorso a percorsi di giustizia riparativa può risultare più flessibile e adatto a tutelare le reali necessità

24 In tema di programmi di giustizia riparativa, si veda F. MCELREA, *The role of restorative justice in RMA prosecutions*, in *Resour. Manag. J.*, 27 luglio 2004, vol. XII, pp. 1-15.

25 La conseguenza tangibile di questa modifica legislativa, è stata quella di aver aumentato il numero delle tipologie di sanzioni, nell'ottica della flessibilità dell'azione penale, potendo disporre di una vasta gamma di percorsi punitivi, R. WHITE, *Reparative justice, environmental crime and penalties for the powerful*, in *Crime Law Soc. Change*, 2016, p. 128 ss.

26 Secondo M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 240 ss., le forme di "non punibilità" sono espressione dell'*extrema ratio*, della sussidiarietà penale; quanto più risarcimento e riparazione avvengano *post factum*, tanto più essi modificano, sino a fare scemare, il bisogno di pena. Sempre in merito alle possibili alternative alla pena detentiva, si veda A. MENEGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008, p. 313 ss.

27 *Ex plurimis*, F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, in *Dir. pen. cont.*, 24 dicembre 2014, pp. 1-30.

delle vittime²⁸, nonché ad assicurare una più efficace prevenzione in confronto ai classici strumenti di giustizia penale²⁹.

I benefici insiti in questa procedura potenzialmente possono essere diversi: la ricostruzione dei rapporti, umani e sociali, danneggiati dall'illecito; il supporto e la partecipazione in questo percorso delle vittime³⁰ (congiuntamente all'autore del reato e alla comunità); la ricerca di condotte riparative proiettate al futuro³¹. In questo cammino, secondo i suoi sostenitori, si realizza effettivamente un certo ideale di giustizia, che disciplina l'agire umano nel contesto di una rete sociale, dalla quale non può prescindere e al cui equilibrio deve tendere, la cosiddetta «giustizia dell'incontro, oltre quella della pena e dell'accordo»³².

Il *quid pluris* della giustizia riparativa, propria del sistema penale australiano, si rinviene nel suo essere incentrata sul conflitto e sulla 'riparazione' dell'offesa all'ambiente; essa guarda al reato ambientale come un fenomeno che, prima di essere trasgressivo di una norma penale, è offensivo di qualcosa o di qualcuno. Ma ciò che rileva maggiormente in sede di giustizia riparativa è la centralità dei modelli di gestione delle società nel regolarizzare le politiche aziendali, orientandole verso lo sviluppo sostenibile, invocandosi la necessità di sistemi di regolamentazione e di attuazione che penalizzino e sanzionino secondo modalità conformi alle dimensioni e alle attività tipiche della società³³.

4. La procedura negoziata di giustizia penale ambientale nell'ordinamento francese.

Per un'indagine comparativa nell'ambito francese, l'aspetto più significativo, si può individuare nei meccanismi di giustizia penale negoziata. Il riferimento è alla cosiddetta modalità alternativa al procedimento penale, espresso dalla "Convenzione

28 Gli studi effettuati all'estero hanno evidenziato che la giustizia riparativa ha un'efficacia cosiddetta "trasformativa" a vantaggio della vittima, della comunità, del reo; così D. STENDARDI, *Ricorso alla mediazione penale e ad altri programmi di giustizia riparativa nella gestione dei reati contro l'ambiente. Spunti di riflessione dall'estero*, in AA.VV., *La mediazione dei conflitti ambientali. Linee guida operative e testimonianze degli esperti*, Milano, 2016, p. 159.

29 Il contrasto alla criminalità potrà caratterizzarsi con la valorizzazione di strumenti riparativi-compensativi in aggiunta o in sostituzione a quelli repressivi, così F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 140 ss.

30 Sul punto, cfr. L. EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 5, pp. 527-531.

31 L'attuazione del paradigma eco-giuridico necessita di atti di responsabilità individuali verso l'ambiente ma anche di interventi istituzionali diretti a valorizzare programmi di giustizia riparativa in sede ambientale, C. BOIN, J. SALM, K. RONCADA, *Restorative justice and environment*, AJUFE, 2022, p. 93 ss.

32 C. MAZZUCATO, *La giustizia riparativa in ambito penale ambientale. Confini e rischi, percorsi e potenzialità*, in AA.VV., *La mediazione dei conflitti ambientali. Linee guida operative e testimonianze degli esperti*, cit., p. 138, che sottolinea appunto il fatto che la giustizia riparativa lavori sulla dimensione relazionale dei protagonisti della fattispecie ambientale delittuosa.

33 V. DINI, *La mediazione penale ambientale: scenari non troppo futuribili*, in *Amb. svil.*, 4/2018, p. 248.

giudiziaria di interesse pubblico" (*Convention judiciaire d'intérêt public*, CJIP)³⁴. Con tale istituto, introdotto con la "Loi Sapin II"³⁵, il legislatore francese ha inserito un meccanismo di transazione nell'ambito del diritto penale, che, per un verso, mira a incentivare le imprese a dotarsi, in via preventiva, di programmi di conformità a modelli organizzativi, e dall'altro, permette, quale ulteriore incentivo, il pagamento di una sanzione pecuniaria per arrestare l'eventuale azione penale. La CJIP concede alle autorità che dispongono del potere di procedere con l'azione penale, la possibilità, da un lato, di sanzionare senza infliggere una pena, e dall'altro, di prescrivere un piano di ripristino della conformità. Ciò trova riscontro nell'art. 31 del codice di procedura penale francese, ai sensi del quale se «il pubblico ministero esercita l'azione penale e richiede l'applicazione della legge», egli comunque mantiene, in linea con il principio di opportunità dell'azione penale (art. 40-1 c.p.p. francese), la possibilità di non perseguire i responsabili delle trasgressioni. Il principio dell'opportunità dell'azione penale è stato giudicato conforme alle finalità di un equo processo³⁶. Il maggior beneficio è quello di garantire, ad un'impresa che sottoscrive la CJIP, di evitare un'eventuale condanna, connessa comunque alla messa in atto di un programma di ripristino della conformità³⁷. Relativamente alla fattispecie negoziale, bisogna sottolineare che l'azione penale non si estingue con la semplice pattuizione della CJIP, bensì attraverso l'esecuzione degli obblighi previsti dalla stessa convenzione³⁸.

Nel quadro generale di risoluzione del conflitto al di fuori del processo penale con finalità marcatamente ripristinatorie, sempre in Francia è stata introdotta, poi, la nuova ipotesi di Convenzione giudiziaria di interesse pubblico in materia ambientale (*Convention judiciaire d'intérêt public en matière environnementale*, CJIPE). Si tratta di un istituto di giustizia penale negoziata di derivazione americana, inserito anch'esso per

34 L'introduzione di questa particolare forma di giustizia penale negoziata in Francia, è stato giustificato in relazione alla presa d'atto del fallimento nel contrasto al fenomeno della corruzione, così C. GHRÉNASSIA, E. SACCHI, *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP): aspettando la transazione penale*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2018, pp. 1-17.

35 La Legge n. 2016-1691 del 9 dicembre 2016, nota appunto come "Loi Sapin II", ha riguardato le esigenze relative alla trasparenza, alla lotta contro la corruzione e alla modernizzazione della vita economica, istituendo anche l'Agenzia Francese Anticorruzione (AFA).

36 Proprio in merito al concetto di fondatezza che deve connotare tutti i casi di accusa penale, si esprime la CEDU, dettagliatamente ai sensi dell'art. 6 della Convenzione.

37 In questi termini, relativamente ai vantaggi che contraddistinguono il modello francese di negoziazione penale, in ottica anche concorrente con gli altri strumenti previsti dagli ordinamenti giuridici stranieri, v. C. GHRÉNASSIA, E. SACCHI, *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP): aspettando la transazione penale*, cit., p. 12 ss.; nonché, riguardo alla relativa efficacia e utilità dimostrata, v. E. DAOUD, H. PARTOUCHE, *Etude comparative des CJIP: bilan et perspectives*, in *Dalloz actualité, Dossier*, 27 aprile 2020, p. 1 ss.

38 Per un'analisi della dottrina italiana in merito alla CJIP, cfr. M. GALLI, *Giudicare l'avvenire. Uno studio a partire dalla Convention judiciaire d'intérêt public*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, p. 1285 ss.; nonché B. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di «diversione» nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, cit., p. 47 ss.

mezzo della cosiddetta “*Loi Sapin II*” del 2016. Per quanto concerne la sua operatività, i reati che danno luogo alla CJIPE tra Procuratore generale e persona giuridica indagata, sono i soli delitti previsti dal Codice dell’ambiente e quelli connessi, fin quando non sia stata esercitata l’azione penale.

Il contenuto di tale Convenzione si articola in una o più delle seguenti prescrizioni: versamento all’Erario di una somma di denaro, a titolo di ammenda; regolarizzazione della condotta illecita all’interno di un programma di conformità entro massimo 3 anni; assicurazione della riparazione del pregiudizio ecologico, sempre nel termine di 3 anni. Si tratta, dunque, di un ulteriore istituto che, in alternativa all’azione penale, è diretto a evitare, a monte, l’instaurazione e la celebrazione di un processo penale, che, specie in materia ambientale, denota evidenti difficoltà probatorie, costi elevati per le parti e un elevato tasso di aleatorietà³⁹. Allo stesso modo, e qui risiede la peculiarità della CJIPE, assenza di una condanna non significa anche difetto di una sanzione: l’impresa, infatti, è vincolata a versare comunque un’ammenda, nella quantificazione della quale il Procuratore dovrà tenere conto di elementi sia finanziari (il profitto conseguito in maniera illegittima), ma anche comportamentali, in particolare il grado di collaborazione della persona giuridica e la sua condotta *post factum*⁴⁰. Infine, ai fini del perfezionamento della nuova CJIPE, la società, non solo ha il compito di pianificare un vero e proprio *compliance program* in materia ambientale, ma deve anche procedere alla riparazione integrale del danno arrecato all’ambiente.

La risposta riparatoria, nel sistema giuridico francese, viene considerata funzionale e proporzionata alle fattispecie ambientali, indice di una chiara linea politica-criminale che reputa necessario esercitare l’azione penale nelle modalità ordinarie soltanto in presenza di illeciti ambientali gravi e irreversibili⁴¹. Si aderisce, dunque, a una logica premiale diretta a valorizzare la reintegrazione del bene giuridico ambiente, seguendo le evidenti necessità di effettività di tutela a base comunitaria, così rinunciando all’applicazione della pena qualora le prescrizioni ripristinatorie siano state correttamente adempiute.

5. Prospettive *de iure condendo* nella tutela penale dell’ambiente.

39 Le procedure di convenzione negoziale penale sembrano sia soddisfare le aspettative del legislatore, sia raggiungere risultati pratici per il comportamento che devono assumere le società, J.B. PERRIER, *Transaction pénale et corruption: entre pragmatisme et dogmatisme*, in *Rec. Dalloz*, 2016, p. 1318 ss. In argomento, v. anche F. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione «negoziata» per l’ente collettivo indagato*, cit., p. 740.

40 In argomento, J.B. PERRIER, *La convention judiciaire pour les infractions environnementales: vers une compliance environnementale*, in *Rec. Dalloz*, 2020, p. 396 ss.

41 Per una visione d’insieme sugli interventi normativi francesi a tutelare l’ambiente, si veda C. LARONDE-CLÉRAC, *Droit pénal de l’environnement*, in *Rev. jur. env.*, 4/2014, pp. 651-664.

Nel tentativo di assicurare all'ambiente una più efficace tutela, dunque, l'analisi comparata rappresenta un'utile prospettiva per una possibile riforma volta a ripensare il ruolo della sanzione penale⁴². Fra tradizione e attualità, infatti, essa offre la possibilità di riflettere sul ruolo della punizione, superando l'idea, storicamente radicata nei penalisti, che la pena sia sempre e solo afflittiva, e che in taluni casi non possa essere anche riparativa dell'offesa⁴³. L'attuale tutela penale dell'ambiente – nel complesso con una netta propensione punitiva – è un indice della cosiddetta “perenne emergenza”, cioè della tendenza a far fronte alle situazioni di maggiore presunta insicurezza sociale, in maniera compulsiva, senza razionalizzare la risposta sanzionatoria rispetto al fine sotteso alla tutela⁴⁴.

Gli spunti comparativi finora analizzati militano invece a favore del principio di opportunità dell'esercizio dell'azione penale. Il senso della *diversion* è proprio questo, cioè estromettere dal processo penale quei reati per i quali il procedimento sarebbe superfluo o non opportuno.

In definitiva, con la diversificazione sanzionatoria e procedurale delle risposte al reato si tende alla concretizzazione dei principi di *extrema ratio* e sussidiarietà del diritto penale, diretti a limitare l'intervento penale allorché si possa ricorrere a procedure di degradazione dell'illecito o di risoluzione alternativa della controversia, con conseguenze più proporzionate e soprattutto una tutela più effettiva. Seguendo tale strada, risulta necessario orientare le scelte sanzionatorie in base a quelli che potranno essere i loro effetti futuri, e dunque i benefici sulla tutela penale dell'ambiente. In tal senso, la componente afflittiva della pena in taluni casi potrebbe essere subordinata a quella c.d. riparativa, in quanto il fine sotteso alla medesima tutela dovrebbe essere più adeguatamente individuato nel proteggere *pro futuro* il bene ambiente, in tutte le sue singole componenti, perché solo così si potrà aspirare ad un avvenire effettivamente sostenibile⁴⁵. La bonifica, la messa in sicurezza, il ripristino dello stato dei luoghi, assolvono infatti a una comune funzione di reintegrazione del bene ambiente, di ascendenza comunitaria⁴⁶.

Tali strumenti, per alcuni versi assimilabili a forme di diversione, non mancano

42 Sul tema dell'efficacia dell'indagine comparativa nel diritto penale ambientale, si veda G. CORDINI, *Origine e svolgimenti del diritto ambientale comunitario*, in *Dir. gest. ambiente*, 2003, n. 2, p. 299 ss., secondo il quale la tutela dell'ambiente rappresenta condizione di una crescita economica sostenibile per un aggregato sociale e, dunque, di un'effettiva integrazione europea.

43 M. DOVA, *Vi è spazio per una pena prescrittiva-reintegratoria in materia ambientale?*, in *Lexambiente*, 2021, p. 19, ha messo in luce i limiti delle scelte politico-criminali fin qui adottate in materia ambientale, caratterizzate dal perseguire le finalità di prevenzione generale e speciale soltanto mediante la minaccia della pena detentiva.

44 Sull'attitudine del attuale sistema penale a dar risposte a supposte situazioni emergenziali mediante opzioni legislative irrazionali e in violazione del principio di sussidiarietà del diritto penale, si veda S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, p. 29 ss. In tema, recentemente, cfr. D. PERRONE, *Diritto penale ambientale e “ticking time bombs” interpretative: tra tensioni nuove ed antiche, sotto il profilo della prevedibilità ex art. 7 cedu*, in *Legisl. pen.*, 30 dicembre 2021, p. 1 ss.

45 A. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale*, cit., p. 119 ss.; nonché C. BOIN, J. SALM, K. RONCADA, *Restorative justice and environment*, cit., p. 102.

nel nostro sistema: si pensi all'art. 452-*decies* c.p., che subordina la concessione di misure premiali e la riduzione della pena all'esecuzione d'interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino dello stato dei luoghi; all'art. 452-*duodecies* c.p., che impone al giudice di ordinare al reo, al momento della condanna, il recupero e il ripristino dello stato dei luoghi; all'art. 452-*terdecies* c.p., che presenta uno schema punitivo tanto insolito quanto interessante, poiché ad essere incriminata è la stessa inottemperanza alla prescrizione reintegratoria⁴⁷.

D'altra parte, i limiti che accompagnano tali strumenti ne dimostrano l'insufficienza rispetto a un sistema di vera e piena diversione. Il ripristino dello stato dei luoghi può svolgere un ruolo prezioso nel recupero dell'ambiente se consegue all'esclusione della sanzione penale. L'art. 452-*decies* c.p., invece, prevede solo una riduzione della pena dalla metà a due terzi, senza valorizzare l'obiettivo principale, cioè il reale recupero della funzionalità del bene offeso⁴⁸. E sotto questo profilo emerge la necessità di un percorso alternativo idoneo a monitorare l'effettivo ripristino 'prima' della sentenza di condanna o di patteggiamento. Conservano ancora attualità, sul punto, le considerazioni di autorevole dottrina nel sostenere che «la razionalità e la praticabilità dei comandi, l'effettiva continuità dei controlli, l'efficienza organizzativa e tecnica delle strutture [...] giocano un ruolo ben più importante che un'irrazionale alluvione di sanzioni penali»⁴⁹.

Sicché, dalle esperienze collaudate in altri sistemi giuridici che condividono questioni ambientali simili a quelle italiane, risulta auspicabile l'approdo a una maggiore flessibilità dell'azione penale che, nel rispetto delle garanzie fondamentali, possa gestire le fattispecie ambientali tramite strumenti alternativi, in un'ottica di estensione della logica del risarcimento e delle condotte riparatorie, che in molti casi può risultare più appropriata alla tutela *pro futuro* del bene giuridico ambiente⁵⁰.

46 Si pensi ai principi di precauzione, azione preventiva, correzione alla fonte dei danni causati all'ambiente, nonché al principio del "chi inquina paga", codificati nell'art. 191 TFUE e trasposti nell'art. 3 *ter*, D.lgs. n. 152/2006. *Ex multis*, M. LOMBARDO, *Il principio "chi inquina paga" e la responsabilità ambientale da inquinamento diffuso nel diritto dell'Unione Europea*, in *Dir. un. eur.*, 2011, fasc. 3, p. 719 ss.

47 Per una disamina delle condotte riparatorie nella tutela penale dell'ambiente, si veda C. RUGA RIVA, *Bonifica e ripristino nel diritto penale dell'ambiente. Il ruolo delle condotte riparatorie nelle dinamiche della punibilità e la natura degli obblighi ripristinatori*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, p. 720 ss.

48 La norma in esame, con la locuzione «si adopera per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori», sembra 'accontentarsi' della 'buona volontà' del trasgressore e non del risultato finale, vale a dire il risanamento dell'ambiente. Sul punto, cfr. M. TELESICA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 17 luglio 2015, p. 12 ss.

49 C. FIORE, *Prospettive della riforma penale. Il ruolo della legislazione speciale*, in *Dem. dir.*, 1977, p. 688.

50 Così F. POMES, *Procedura estintiva delle contravvenzioni ambientali e funzione ripristinatoria del diritto penale*, in *Lexambiente*, 4/2019, pp. 60-74, in merito alla progressiva tendenza del diritto penale ambientale ad avere una funzione sempre più marcatamente ripristinatoria. In tema, si veda già C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 15.

Sempre con riferimento alla tematica della responsabilità da reato ambientale degli enti, si potrebbe valutare, inoltre, l’inserimento di sistemi di *cooperation* tra le imprese e le autorità deputate ai controlli sull’ambiente e alla prevenzione dei rischi, diretti non tanto alla riparazione *ex post*, quanto al controllo e alla cooperazione *ex ante*⁵¹. Si tratterebbe di incentivare le imprese verso modalità di adempimento collaborativo o *cooperative compliance*⁵², tramite l’assunzione di sistemi di gestione ambientale o modelli certificati, mediante un’interlocazione costante e preventiva con le autorità di settore al fine di giungere a una valutazione condivisa delle situazioni in grado di provocare rischi per l’ambiente⁵³. A fronte di tale cooperazione dovrebbero introdursi meccanismi premiali di “deresponsabilizzazione” per l’ente.

Il nucleo di una futura riforma dovrebbe fondarsi sulla considerazione che l’inflizione di sanzioni penali sia una delle strade percorribili, però all’interno di un più ampio ventaglio di alternative. Proprio nel diritto penale dell’ambiente risultano più evidenti le carenze dei tradizionali sistemi di giustizia penale, dal momento che non riescono a ‘riparare’ né il bene ambiente, né le relazioni incrinare dalla fattispecie di reato. Sembra, perciò, opportuna non solo una diffusione più ampia degli strumenti di estinzione delle contravvenzioni ambientali, ma anche l’introduzione di nuovi meccanismi di *diversion*, applicabili anche agli enti, che incentivino i singoli e le imprese ad attuare piani di prevenzione e ripristino ambientale, al di fuori della repressione penale, rendendo così maggiormente efficaci gli strumenti di tutela dell’ambiente.

La centralità della riparazione nei reati contro l’ambiente, quale procedura diversiva, è così marcata che, in prospettiva di riforma, si auspica una sua ulteriore valorizzazione come pena principale, superando così la logica marcatamente retributiva⁵⁴. Potrebbe costituire uno strumento particolarmente utile, in quanto, da un lato, permetterebbe di ottenere effetti deflattivi del carico giudiziario, in linea anche con le note esigenze di riforma della giustizia riemerse prepotentemente di recente⁵⁵; dall’altro, consentirebbe una tutela più efficace del bene ambiente, volgendo lo sguardo al futuro, all’eliminazione dei danni ambientali nell’orizzonte

51 Si ribadisce, in tal modo, la centralità del principio di precauzione nel settore ambientale; in tema I. SALVEMME, *Il ruolo del principio di precauzione nel “nuovo” diritto penale dell’ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 246 ss.

52 L’adozione del *compliance program*, rappresenterebbe l’emblema del programma di riabilitazione pattuito tra le parti, così F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell’esperienza anglo-americana*, cit., p. 87.

53 La prevenzione ambientale si concretizza nella predisposizione di modelli organizzativi, frutto della cooperazione tra imprese e autorità amministrative, F. PALAZZO, *I nuovi reati ambientali. Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell’ente*, cit., p. 332.

54 C. RUGA RIVA, *Bonifica e ripristino nel diritto penale dell’ambiente. Il ruolo delle condotte riparatorie nelle dinamiche della punibilità e la natura degli obblighi ripristinatori*, cit., p. 738 ss.

55 *Ex pluribus*, G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della ‘Legge Cartabia’*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021, pp. 1-30; M. BOUCHARD, *Giustizia riparativa, vittime e riforma penale. Osservazioni alle proposte della Commissione Lattanzi*, in *Quest. giust.*, 23 giugno 2021, p. 1 ss.

dello sviluppo sostenibile e delle future generazioni.

Proprio su queste ultime necessità il legislatore ha recentemente focalizzato la sua attenzione, attraverso il riconoscimento esplicito della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dalla Carta costituzionale.

La Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, segna un passo significativo, sancendo al più alto livello la necessità di salvaguardare biodiversità ed ecosistemi e, con essi, la vita umana.

In un testo costituzionale, l'inserimento della tutela dell'ambiente quale diritto fondamentale assolve certamente a una funzione di orientamento e indirizzo del legislatore ordinario (e non solo), le cui decisioni, specialmente in termini di politica ambientale, risultano fortemente condizionate dalle indicazioni di principio fornite dalla legge fondamentale dello Stato⁵⁶. Alla luce delle nuove norme sovraordinate, dunque, si potrà procedere a una rivalutazione costituzionalmente orientata del sistema di tutela penale ambientale⁵⁷. I parametri costituzionali, infatti, sono capaci di attribuire al bene giuridico un effettivo ruolo 'critico'⁵⁸; solo partendo dalla piena afferrabilità del bene protetto potrà ritenersi legittimo l'assoggettamento a sanzione penale, presupposto essenziale per un processo d'integrazione sociale⁵⁹. In questo senso, emerge la necessità di un radicale cambiamento anche e forse ancor prima dal punto di vista culturale, essendo auspicabile l'affermarsi di un'autentica coscienza ambientale che s'indirizzi verso la consapevolezza, decisiva per raggiungere un'effettiva tutela, di un senso di responsabilità per la sostenibilità ambientale, tra le priorità del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), meglio noto come *Recovery Plan*⁶⁰.

56 Diffusamente, in merito alla connessione tra le tematiche ambientali e l'assetto costituzionale, ponendo necessariamente il sistema costituzionale davanti a nuove sfide volte a implementarne la tutela, si veda S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, n. 3, pp. 4-38.

57 Con il recente intervento legislativo si è inteso riconoscere una tutela diretta e immediata al bene ambiente, assumendo ciò un'importanza nella prospettiva penalistica da valutare in particolare a proposito dell'incidenza sulla visione antropocentrica ovvero ecocentrica dell'ambiente. Infatti, tra gli altri, S. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, p. 1732 ss., ha ribadito l'irrinunciabile connessione tra la tutela penale e un valore primario costituzionalmente riconosciuto.

58 F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1107 ss.

59 Tali acquisizioni in tema di bene giuridico, poi, se seguite dalla selezione di adeguate tecniche d'incriminazione, ispirate a ragionevolezza e ai caratteri di sussidiarietà e meritevolezza di pena, potrebbero essere in grado di dar vita a una, legittimamente auspicabile, connessione tra garanzia ed effettività della tutela penale dell'ambiente. Sul concetto di ragionevolezza e dell'equilibrio delle scelte sanzionatorie, si veda F.C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 ss.

60 Una buona parte degli investimenti, circa 68,9 miliardi di euro stanziati dal PNRR, sarà dedicato a misure di tutela dell'ambiente, relative, ad esempio, alla lotta al cambiamento climatico, alla tutela delle risorse idriche, fino alla mobilità sostenibile, L. GIURATO, *Il percorso della transizione energetica: da un'economia basata sull'energia pulita alla "rivoluzione verde e transizione ecologica" del Recovery Plan*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021, fasc. 1/2021, pp. 1-25.

In definitiva, per realizzare un'effettiva tutela dell'ambiente, anche in questo settore occorre un maggior radicamento dei principi di *extrema ratio* e frammentarietà del diritto penale, che dovrebbero relegare la sanzione a un ruolo realmente sussidiario tutte le volte in cui si possa ricorrere a strumenti di definizione alternativa del procedimento penale, senza trascurare, al tempo stesso, gli ampi orizzonti utili a conformare la stessa tutela dell'ambiente a quelli che saranno gli sviluppi futuri della transizione ecologica in atto.

LA FINANZA ISLAMICA A SOSTEGNO DELLA TRANSIZIONE ENERGETICA NEL CONTESTO GIURIDICO ED ECONOMICO ITALIANO: GREEN SUKUK.

Marianna Sorbilli*

Il presente contributo si è concentrato sull'analisi dei *green sukuk* quali strumenti di finanza islamica in grado di offrire una preziosa opportunità per favorire ed accelerare il processo di transizione energetica. Essi, infatti, risultano perfettamente in linea con l'Agenda per uno sviluppo più sostenibile in un'ottica di attrazione di capitale da destinare al sostegno della transizione energetica. Il presente lavoro illustra, inoltre, una proposta di apertura del sistema economico-giuridico italiano al mondo della finanza islamica in grado di rivedere le tecniche di *funding* e valutare la concreta possibilità di far ricorso a modelli culturali/finanziari distanti dal nostro in grado di garantire uno sviluppo ecologico nel rispetto dei diritti umani e dell'ambiente.

The article concentrates on the analysis of green sukuk as an instrument of Islamic finance able to offer a precious opportunity to promote and accelerate the energy transition process. Thus, they are perfectly in line with the Agenda for a sustainable development with an interesting approach to attract capital in order to direct it toward energy transition. Therefore, this contribution presents a proposal to open a window for the Italian legal and economic system toward Islamic finance. In that regard, it is necessary to review the Italian funding techniques and consider a concrete possibility of using a cultural and financial model, different from our Italian one, in order to grant an ecological development in respect of human rights and environment.

SOMMARIO: 1. Emergenza climatica e necessità di attrazione di capitale per sostenere lo sviluppo sostenibile. – 2. Perché la finanza islamica a sostegno dello sviluppo sostenibile? – 3. I principi alla base della finanza islamica. – 4. I Sukuk: certificati di investimento islamici. – 5. Green and sustainable Sukuk. – 6. Green Sukuk in Italia: prospettive future.

1. Emergenza climatica e necessità di attrazione di capitale per sostenere lo sviluppo sostenibile.

Il percorso verso una finanza sostenibile¹, che punta ad uno sguardo planetario, risulta ad oggi *in fieri* e tutt'altro che compiuto. È inevitabile affermare come molteplici siano stati i tentativi di sensibilizzazione dell'opinione pubblica, nonché delle istituzioni e degli investitori sui temi della sostenibilità².

Ma è, altrettanto, innegabile osservare come le prime concrete risposte siano inizialmente arrivate da un mercato di nicchia che ha puntato a collocare sul mercato una serie di prodotti e processi cogliendo in anticipo la necessità di un'esigenza di cambiamento in grado di incentivare processi di produzione volti ad accelerare l'imperativo di favorire la transizione energetica.

Trattare di transizione energetica vuol significare non prescindere da un dato fondamentale, ossia la necessità di evitare la preannunciata catastrofe climatica prevista per il 2050 dall'IPCC³.

Durante la COP 26 è stato, infatti, osservato come nonostante i progressi compiuti, risultano necessari ulteriori e maggiori sforzi per raggiungere l'obiettivo di limitare il riscaldamento globale a + 1,5° C.

A tal proposito, la conferenza delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici tenutasi a Glasgow ha indicato tra le iniziative più importanti la necessità di un impegno dei paesi sviluppati ad aumentare i contributi finanziari al fine di raggiungere l'obiettivo di 100 miliardi di USD all'anno di fondi per aiutare i paesi in via di sviluppo a contrastare i cambiamenti climatici, l'adozione dell'impegno globale per la riduzione delle emissioni di metano e la messa a punto del codice di Parigi⁴. Nella dichiarazione finale della COP 26, inoltre, è stato evidenziato come per raggiungere l'obiettivo di 1,5° C è necessaria una riduzione delle emissioni di CO₂ entro il 2030⁵.

1 * Abilitata all'esercizio della professione forense, specialista in professioni legali- Università di Bari – Master MISLAM – Luiss School of Government. mariannasorbilli@gmail.com.

A. Las Casas, *Dai diritti di emissione alla finanza green. Le nuove frontiere e i limiti dei modelli privatistici per la tutela dell'ambiente*, in *Teoria crit. regol. soc.*, 21, 2020, p. 129 ss.; F. Vessia, *La responsabilità sociale delle imprese e dei consumatori*, in *federalismi.it*, 15, 2019, p. 2 ss.; M. Robles, *Finanza di progetto e «sostenibilità» eco-sistemica*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 450 ss.; M. Renna, *Strumenti finanziari e terzo settore*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 289 ss.; M. Meli, *Ambiente e mercati finanziari: i Debt-for-Nature Swaps*, in *Osserv. dir. civ. comm.*, 1, 2016, p. 79 ss.

2 Con riferimento all'origine del termine «sostenibilità», K. Bosselmann, *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, Aldershot, 2008, p. 9, ha evidenziato come la parola sostenibilità fu utilizzata per la prima volta nel trattato di scienze forestali di H.C. von Carlowitz, *Sylvicultura oeconomica, oder haußwirthliche Nachricht und Naturmäßige Anweisung zur wilden Baum-Zucht*, Leipzig, p. 1713, con riferimento alle richieste di interventi sostenibili volti a tutelare il patrimonio naturale. Sul tema v. M. Pennasilico, *La «sostenibilità ambientale» nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello «sviluppo umano ed ecologico»*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2020, p. 7. e spec. nota 17.

3 Per un approfondimento v. IPCC *Sixth Assessment Report* reperibile in www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_FinalDraft_FullReport.pdf.

4 Sul tema, v. per tutti, T. Rosembuj, *Climate change or the New Green Deal*, in *AmbienteDiritto.it*, 4, 2019, p. 75-85; V. Popovski, *The Implementation of the Paris Agreement on Climate Change*, Londra, 2018; D. Bodansky, *The Legal Character of the Paris Agreement*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2016, p. 142-150; S. Nespor, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2016, p. 81 ss.

5 *The 2030 Agenda for Sustainable Development* è stata adottata il 25 settembre 2015 dalla 70° Assemblea generale delle Nazioni Unite. Si può considerare l'Agenda 2030 quale tappa fondamentale per l'evoluzione delle politiche internazionali in tema di sviluppo sostenibile, poiché comporta un ripensamento generale dei modelli di sviluppo precedenti. Cfr. E. Giovannini, *L'utopia sostenibile*, Bari-Roma, 4ª ed., 2018, pp. 35-45.

Emerge, pertanto, come oggi la sostenibilità ambientale, data la sua natura transazionale, sia al centro degli sforzi delle istituzioni internazionali e nazionali volti a delineare nuove cornici all'interno delle quali la finanza dovrà muoversi⁶.

Corre, infatti, l'obbligo di evidenziare come l'obiettivo della neutralità climatica passi attraverso la necessità di incrementare la fiducia degli investitori e, soprattutto, di orientare i flussi di capitale verso attività che rispettino su larga scala gli obiettivi ambientali e sociali definiti in sede internazionale in coerenza con l'Action Plan.

In tale direzione, pertanto, risulta fondamentale che anche lo sviluppo tecnologico cammini di pari passo nel sostenere la transizione dell'industria verso un'economia decarbonizzata affinché gli stessi stabilimenti industriali possano concretamente adattarsi a nuovi sistemi di produzione⁷. Lo sforzo delle imprese dovrebbe pertanto essere quello di adottare *best practice* ambientali che siano compatibili con la tenuta economica dell'impresa stessa⁸, soprattutto se si trova ad operare in un contesto di mercato internazionale, che si declinano in termini di responsabilità sociale d'impresa⁹. È evidente, dunque, che siamo in una fase di "transizione" che richiede soluzioni che, in parte, devono essere ancora trovate e ricercate e proprio volgendo lo sguardo ad Oriente emerge come siano state messe in atto iniziative le cui potenzialità possono favorire e accelerare lo sviluppo sostenibile anche in Italia. Si tratta sostanzialmente di sostenere un processo graduale che vede la sostituzione dell'uso di combustibili fossili con un'economia neutra in termini di emissioni di carbonio¹⁰.

Le riserve di combustibili fossili, infatti, potranno sicuramente essere utili – prima che si esauriscono oppure sia troppo costose acquistarle – ma con la consapevolezza che debbano essere strumentali ad una fase di transizione verso un nuovo regime energetico, fondato su risorse energetiche rinnovabili, quindi inesauribili, disponibili non solo a costi decrescenti (la loro diffusione comporterà un graduale abbassamento dei prezzi), ma anche, seppur con intensità variabile¹¹, ovunque sulla terra.

6 Sulle linee evolutive della sostenibilità v. R. Fazioli, *Obiettivo sostenibilità. Il difficile cammino della transizione energetica*, Roma, 2021; M. Pennasilico, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, cit., p. 4 ss.; F. Ekardt, *Sustainability. Transoformation, Governance, Ethics, Law*, Cham, 2020; E. Caterini, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018; G. Lombardini, *Visioni della sostenibilità. Politiche ambientali e strumenti di valutazione*, Milano, 2016.

7 Come evidenziato nel *Libro Bianco Economia Digitale*, in *centroeconomia digitale.com*, 2020, p. 72, la dimensione economica e ambientale e il progresso tecnologico risultano legati da un rapporto inscindibile. In questo senso anche A. Fari, *Ambiente e innovazione: profili giuridici*, in G. Rossi e M. Monteduro (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, p. 45 ss.

8 P. Perlingieri, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 86.

9 Sul tema si veda M. Libertini, *La responsabilità d'impresa e l'ambiente*, in *La responsabilità dell'impresa*, Convegno per i trent'anni di Giurisprudenza commerciale, Bologna, 8-9 ottobre 2004, Milano, 2006, p. 199 ss.; A. Addante, *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, Napoli, 2012; G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro e U. Perfetti (a cura di), *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente. Precauzione - responsabilità - assicurazione*, Napoli, 2012; F. Balluchi, K. Furlotti, *La responsabilità sociale delle imprese. Un percorso verso lo sviluppo sostenibile. Profili di governance e di accountability*, 2ª ed., Torino, 2019; F. Degl'Innocenti, *La responsabilità di impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, Napoli, 2019.

10 Osserva E. Ferrero, *Le comunità energetiche: ritorno a un futuro sostenibile*, in *Ambiente & sviluppo*, 8-9, 2020, p. 678 come il cambiamento debba avvenire non solo nell'ambito della filiera energetica, ma anche attraverso la partecipazione attiva dei cittadini nella tutela dell'ambiente, in ossequio ai principi di sussidiarietà e democraticità che permeano l'ordinamento vigente. In tal senso cfr. anche E. Cusa, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1, 2020, p. 75 ss.

Quanto appena riferito non solo sarebbe determinante in un'ottica di protezione del Pianeta a livello internazionale ma – questione di non poco momento – sarebbe auspicabile per assottigliare gli annosi contrasti tra paesi industrializzati da sempre mossi dalla necessità di avere pieno controllo sulle riserve energetiche. Si potrebbe, infatti, ipotizzare di spostare siffatta competizione sulla ricerca, sull'innovazione e sull'evoluzione tecnologica, nonché a livello nazionale sul miglioramento delle infrastrutture e delle opere pubbliche (energia, trasporto, telecomunicazione, abitazioni ecc.).

Per incentivare questo importante filone, che vede la *green economy*¹² quale protagonista indiscussa, occorre rivedere le tecniche di *funding* e valutare la concreta possibilità di fare ricorso a modelli culturali/finanziari distanti dal nostro.

A tale scopo è interessante osservare come sia possibile trovare proprio nella finanza islamica – fondata sui principi di trasparenza, responsabilità sociale e contenimento della speculazione – uno degli strumenti più adatti a sostenere gli investimenti nel settore delle energie rinnovabili.

2. Perché la finanza islamica a sostegno dello sviluppo sostenibile?

Il concetto di sviluppo sostenibile lo si trova per la prima volta nel Rapporto Brundtland¹³, anche chiamato “*Our Common Future*”, pubblicato nel 1987 dalla Commissione mondiale su ambiente e sviluppo (WCED) che ravvisa nello sviluppo sostenibile non solo la soddisfazione delle aspettative di benessere e di crescita economica, ma anche il rispetto dell'ambiente e la preservazione delle risorse naturali e, più precisamente, afferma che «lo sviluppo sostenibile

11 Interessante a tal proposito, seppur con specifico riferimento a quattro paesi dell'Africa (Etiopia, Kenya, Nigeria, Mozambico) il report dell'IAI, *Africa's Energy Future. Energy Leapfrogging Potential in four African Countries*, 2021, reperibile in cloud.est.polito.it/index.php/s/Hw3iH7ySwpKBKFi, in cui si evidenzia come da un punto di vista energetico l'Africa subshariana abbia assistito al cambiamento più radicale della sua storia. In particolare, è stato evidenziato che il processo di accesso all'energia si è sviluppato per questi paesi del continente africano attraverso la possibilità di saltare i passaggi intermedi (*leapfrogging*) caratterizzati da un uso inefficiente o insostenibile delle materie prime energetiche, come quelli sperimentati in altre regioni come la Cina o il Sud-est asiatico durante le loro fasi di sviluppo. Ciò è stato reso possibile da un *mix* di ragioni tecnologiche, normative e finanziarie, in cui la transizione energetica gioca un ruolo fondamentale. In tale prospettiva, l'analisi del *leapfrogging* si fonda essenzialmente su quattro pilastri – balzi in avanti – in grado di garantire una accelerazione della transizione energetica anche in Africa: l'utilizzo di fonti rinnovabili che sostituiscano i combustibili fossili e le biomasse tradizionali con *focus* su emissioni GHG e cambiamenti climatici; passaggio da una generazione centralizzata ad una generazione distribuita; passaggio da un mercato «classico» dell'elettricità ad un nuovo approccio di *business*; passaggio da un sistema analogico ad uno digitale. Per un'analisi generale sullo sviluppo del diritto ambientale, in una cornice di sostenibilità, anche nei paesi africani v. C. Ott Duclaux-Monteil, *Tendances générales du droit de l'environnement africain pour le développement*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2020, p. 194 ss.

12 Riferimenti al modello di economia circolare si rinvencono nella l. 28 dicembre 2015, n. 221 sulla *green economy*, nella l. 19 agosto 2016, n. 166 sulla donazione e distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici a fini di solidarietà sociale e di limitazione degli sprechi, nonché nell'art. 95, comma 6, lett. c, c. app. In arg. si veda M. Pennasilico, *Economia circolare e diritto: ripensare la “sostenibilità”*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 711; M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, 2020; P. L'Abbate, *Una nuova economia ecologica. Oltre il Covid-19 e il cambiamento climatico*, Milano, 2020; V. Cavanna, *Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il rapporto «Signals 2014» dell'Agenzia europea dell'Ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, p. 821 ss.; B. Pozzo (a cura di), *Green economy e leve normative*, Milano, 2013.

13 Il documento, commissionato dalle Nazioni Unite, è indicato, con il nome della coordinatrice Gro Harlem Brundtland, che nel 1987 presidiava la Commissione.

è uno sviluppo che soddisfi i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri»¹⁴.

La sostenibilità rappresenta la chiave di lettura per comprendere la cornice entro cui dovrebbe muoversi qualsiasi politica che punti ad uno sviluppo sensibile all'interesse ambientale¹⁵. Inoltre, poichè il principio di sostenibilità è associato al concetto di sviluppo, appare rilevante la necessità che lo sfruttamento delle risorse debba avvenire tenendo in considerazione che i bisogni delle generazioni presenti devono essere soddisfatti preservando i bisogni delle generazioni future. Ciò, risulta perfettamente in linea con gli insegnamenti della religione islamica che vede gli esseri umani da un lato come servi di Allah (*a'bd*) e dall'altro come vice-reggenti sulla terra (*Khalifah*). In un caso, dunque, come destinatari dei comandamenti che vietano di arrecare qualsiasi danno all'ambiente, nell'altro caso come protettori dell'ambiente in grado di garantire i bisogni delle generazioni future.

Sul punto è bene, tuttavia, evidenziare come «l'individuazione anticipata dei bisogni e delle aspirazioni delle generazioni future facendo ricorso al metro di valutazione delle generazioni presenti» comporta ¹⁶ «tensioni antinomiche» nella nozione di “sviluppo sostenibile”. La sostenibilità ha, infatti, una dimensione futura nel momento in cui ravvisa l'abilità delle generazioni presenti di creare un bilanciamento tra lo sfruttamento delle risorse, gli strumenti di investimento, il progresso scientifico e l'accesso ai servizi essenziali con la protezione dell'ambiente¹⁷. Un punto centrale, tuttavia, è indiscutibile: se si vuole una crescita economica che duri nel tempo e si mantenga il patrimonio naturale da trasmettere alle generazioni future è necessario che il flusso di sfruttamento delle risorse avvenga nei limiti della capacità di ricostituzione e di assimilazione delle stesse, limite che sembra essere stato di gran lunga superato¹⁸.

Come osservato, si tratta, dunque, di comprendere fino a che punto lo sviluppo sostenibile sia in grado di soddisfare anche l'esigenza di protezione sostenibile per «evitare il sacrificio dell'ambiente fino al limite della sostenibilità»¹⁹.

14 A. Sassu, *Sviluppo economico e tecnologie per un futuro sostenibile*, in M.C. Scarnicci, A. Marcelli, P. Pinelli, A. Romani e R. Russo (a cura di), *Economia, ambiente e sviluppo sostenibile*, Milano, 2014, p. 103 ss., sottolinea come questa definizione si riferisce ad un sistema chiuso rappresentato dal pianeta Terra in cui il reddito disponibile cresce continuamente, lasciando la qualità ambientale e lo sfruttamento del patrimonio costanti nel tempo. L' a. specifica, inoltre, come l'obiettivo sia quello di realizzare una crescita economica che non sacrifichi alcuna caratteristica dell'ambiente. Cfr. I. Borowy, *Defining Sustainable Development for Our Common Future. A History of the World Commission on Environment and Development (Brundtland Commission)*, London, 2014.

15 V. M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 37. Lo studio sulla sostenibilità dello sviluppo su scala globale affonda le sue radici nel pensiero e nelle iniziative dell'italiano Aurelio Peccei, che, tra i primi, ne aveva riconosciuto la centralità per le future strategie di *governance*.

16 M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 291 ss.; Id., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, cit., p. 37 ss.; G. Bologna, *Manuale della sostenibilità. Idee, concetti, nuove discipline capaci di futuro*, 2ª ed., Milano, 2008, p. 87; S. Ciccarelli, *Differenti concezioni di sviluppo sostenibile*, in *Fil. quest. pubbl.*, 1, 2005, p. 35 ss.

17 V. G. Cordini, *Diritto ambientale comparato*, in *Tratt. dir. amb.* Dell'Anno e Picozza, I, *Principi generali*, Padova, 2012, p. 101 ss.

18 I. Musu, *Introduzione all'economia dell'ambiente*, 2003, Bologna.

19 La riflessione sul tema è di M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, cit., p. 138; Id., *Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione delle categorie civilistiche*, in Id. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 35 ss.

La soluzione sembrerebbe essere nel mezzo, in particolare nella ricerca di un punto di equilibrio tra i due profili: la tutela ambientale passa attraverso la sua sostenibilità²⁰, e viceversa, così contemperando le esigenze di crescita economica con quelle di giustizia ambientale²¹. Sul punto è interessante osservare come proprio la religione islamica indica tra i valori primari la necessità di conservare e preservare l'ambiente²². La natura viene, infatti, considerata come elemento fondamentale della vita umana²³.

In quest'ordine di idee preme, infatti, considerare che nella visione dell'Islam il benessere dell'ambiente è strettamente correlato al benessere spirituale dell'essere umano, pertanto ne deriva che la sua degradazione costituisce una diretta conseguenza dell'incapacità dell'uomo di coltivare e alimentare la propria componente spirituale, intellettuale e fisica.

20 La sostenibilità – nota M. Pennasilico, *Economia circolare e diritto: ripensare la “sostenibilità”*, cit., p. 713 - «è, dunque, in grado di coniugare e indirizzare un insieme di fenomeni, coinvolgendo la totalità dei meccanismi di funzionamento della comunità di riferimento e permettendo, così, di valutare elementi diversi e apparentemente distanti dalla medesima società. In tal senso, la sostenibilità è lo specchio fedele della società, che può dirsi “giusta” soltanto se effettivamente sostenibile. La “crescita” di una “società sostenibile” è una crescita non già materiale e quantitativa, bensì culturale e qualitativa, che esalta cioè la consapevolezza critica, il capitale sociale e ambientale, l'uso ragionevole e responsabile delle risorse naturali, il senso civico, l'impegno per il bene comune, la partecipazione attiva e la *governance* democratica».

21 Per A. Fari, *Ambiente e innovazione. Una prospettiva giuridica*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2020, p. 96, «la tutela dell'ambiente si consegue non solo attraverso vincoli alle attività economiche ma anche, e soprattutto, orientando lo sviluppo a fini ecologicamente compatibili, finanche riconoscendo che il perseguimento di finalità ambientali può essere, esso stesso, il motore di iniziative economiche che consentono lo sviluppo»; altresì G. Rossi, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2020, p. 4 ss.; G. Perlingieri, «Sostenibilità», *ordinamento giuridico e «retorica dei diritti»*. *A margine di un recente libro*, in *Foro napoletano*, 2020, p. 101 ss.; N. Lipari, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004, p. 149 s.

22 In un'analisi comparata tra i principi islamici posti a tutela dell'ambiente e i principi costituzionali della tutela ambientale corre l'obbligo di evidenziare che nel diritto islamico la tutela ambientale è direttamente disciplinata dalla *Sharī'a*, mentre nel nostro sistema costituzionale è la formulazione aperta dell'art. 2 Cost. che consente di estendere la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo anche al diritto a vivere in un ambiente salubre e di riconoscere doveri di solidarietà ambientale a carico di tutti i consociati, tanto pubblici quanto privati. Sull'ambiente quale valore costituzionale, G. D'Alfonso, *La tutela dell'ambiente quale «valore costituzionale primario» prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in F. Lucarelli (a cura di), *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 3 ss.; N. Lipari, *Introduzione*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi “ecologica” del diritto contrattuale*, Napoli, 2016, p. 15; in giurisprudenza Corte cost., 24 giugno 2003, n. 222, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 1002 ss., con nota di G. Manfredi, *Sul riparto delle competenze in tema di ambiente, e sulla nozione di ambiente, dopo la riforma del titolo V della Parte II della Costituzione*. Ora anche la l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, recante «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente» (consultabile in riformeistituzionali.gov.it), inserisce nella Carta costituzionale un espresso riferimento alla tutela dell'ambiente e degli animali modificando gli artt. 9 e 41. In particolare, l'articolo 1 della l. cost. introduce un nuovo comma all'articolo 9, al fine di riconoscere, nell'ambito dei Principi fondamentali enunciati nella Costituzione, un principio di tutela ambientale. L'articolo 2 della l. cost. n. 1 del 2022 modifica l'articolo 41 della Costituzione in materia di esercizio dell'iniziativa economica. In primo luogo, interviene sul secondo comma e stabilisce che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi «in danno alla salute e all'ambiente», in secondo luogo, interviene sul terzo comma dell'articolo 41, riservando alla legge la possibilità di indirizzare e coordinare l'attività economica, pubblica e privata, a fini non solo sociali, ma anche «ambientali». Per un'analisi dei progetti di legge sulla “costituzionalizzazione” della tutela ambientale e dello sviluppo sostenibile, si v. ampiamente E. Leccese, *L'ambiente: dal codice di settore alla Costituzione, un percorso al contrario? (Riflessioni intorno ai progetti di legge per l'inserimento della tutela ambientale e dello sviluppo sostenibile tra i principi fondamentali della Costituzione)*, in *ambientediritto.it*, 2020, p. 935 ss.

La responsabilità principale dell'uomo è pertanto quella di prendersi cura dell'universo e di mantenerlo, come parte integrante di esso²⁴. Ciò rende la finanza islamica, e i suoi investitori, particolarmente sensibili verso la possibilità di sostenere progetti ecosostenibili in grado di investire capitale per sostenere progetti *green* anche in paesi non islamici²⁵. Se, infatti, la grande presenza di musulmani in Italia non ha, ad oggi, aperto possibili scenari di compatibilità della finanza convenzionale con la finanza islamica, ci si aspetterebbe che la possibilità di favorire la transizione energetica, quale percorso dalle vedute di interesse globale, possa suscitare, anche in Italia, un certo *appeal* verso concrete aperture alla finanza islamica in un'ottica di attrazione di capitali stranieri.

3. I principi alla base della finanza islamica.

Considerata la crescente importanza economica dei paesi del Golfo e i notevoli investimenti effettuati nel campo delle rinnovabili, risulta di palmare evidenza notare come nell'ultimo cinquantennio si stia assistendo ad un'economia occidentale sempre più interessata al sistema finanziario islamico.

La finanza islamica è, infatti, caratterizzata da una serie di strumenti finanziari che hanno la prerogativa di rispettare i principi della legge e della giurisprudenza islamica, d'ora in poi indicati come *Sharī'a compliant*²⁶. Tra i principi di maggior rilievo, ai fini che qui interessano, vi è il divieto di pagamento di interessi legati al fattore temporale, frutto di una semplice rendita finanziaria non correlata ad un'attività reale, bensì ad un debito monetario, che porta con sé un determinato livello di rischio (*ribā*)²⁷, il divieto di stipulare contratti che prevedono

23 Per un approfondimento sullo sviluppo sostenibile nell'economia islamica, v. M. Yurtseven, K. Bayram, T. Azrak, *Islamic Finance System as a Catalyst for Sustainability in the Economy*, in M. Kabir Hassan, M. Saraç, A. Khan (a cura di) *Islamic Finance and Sustainable Development. A Sustainable Economic Framework for Muslim and Non-Muslim Countries*, Cham, 2021, p. 291 ss.

24 Per un approfondimento sul ruolo della *Sharī'a* nella protezione del Pianeta cfr. M.U. Chapra, *The Islamic Vision of Development in the Light of Maqāsid Al-Sharī'ah*, in *Islamic Research and Training Institute Islamic Development Bank*, 2008, p. 1 ss.

25 Cfr. M. Obaidullah, *Managing Climate Change: The Role of Islamic Finance*, in *IRTI Policy Paper Series*, 2017, p. 32.

26 In particolare la parte della legge coranica che influisce direttamente sul commercio, sull'uso del denaro e, dunque, *latu sensu*, sull'intero contesto commerciale e sui contratti sia chiama *Sharī'a mu'amalat*. Per un approfondimento cfr. G. Paciullo e F. Ceppi, *Il diritto altrove. La sponda sud del Mediterraneo*, Roma, 2004, p. 66 ss.; F. Castro, *Il modello islamico*, a cura di G.M. Piccinelli, Torino, 2007, p. 9 ss.; B. Kettei, *Introduction to Islamic Banking and Finance*, Singapore, 2011, p. 19 ss.; M.H. Khamali, *Sharī'ah law: An introduction*, Oxford, 2008, p. 17 ss.; U. Moghul, *Approximating Certainty in Rationation: How to Ascertain the 'Illah (Effective Cause) in the Islamic Legal System and How to Determinate the Ratio Decidendi in the Anglo-American Common Law*, in *Journal of Islamic Law*, 1999, p. 141 ss.

27 La proibizione del *ribā* è presente in molte *Sure* del Corano: «Quel che voi prestate ad usura perché aumenti sui beni degli altri, non aumenterà presso Dio. Ma quel che date in elemosina, bramosi del volto di Dio, quello vi sarà raddoppiato» (30:39); «Coloro che praticano l'usura, il dì della Resurrezione sorgeran dai sepolcri come chi è reso epilettico dal contatto di Satana. Questo perché essi hanno detto: la compravendita è come l'usura. Ma Dio ha permesso la compravendita e ha proibito l'usura» (2: 275). Per un approfondimento storico sul divieto di "interesse" nelle transizioni finanziarie nei Testi Sacri, v. T.V. Russo, *L'emissione dei titoli di debito (sukuk) nei sistemi finanziari islamici. Prospettive e opportunità per il mercato europeo*, in *rivista.dirittobancario.it*, 2019, p. 447, nota 33.

irragionevole incertezza o ambiguità (*gharar*)²⁸, il divieto di speculazione (*maysir*)²⁹, il divieto di investire in attività proibite dalla *Shari'a* quali la distribuzione/produzione di alcol, armi, carne suina, gioco d'azzardo, pornografia, tabacco (*harām*) e l'obbligo, da parte di ogni musulmano adulto, di versare una tassa/elemosina sulla ricchezza detenuta che viene destinata, in forma di solidale aiuto, alle categorie più svantaggiate della società islamica (*zakāt*).

Emerge da quanto si qui riferito come ciò che caratterizza la finanza islamica è sostanzialmente una condanna della ricchezza prodotta senza investire e, soprattutto, senza parteciparvi. Con ciò non si vuole intendere che l'economia islamica sia un'economia di gratuità³⁰ ma, al contrario, il profitto lecito è importante per l'investitore musulmano purché assistito da uno schema di condivisione dei profitti piuttosto che di interessi (*ribā*)³¹.

Ne deriva che la stessa banca islamica si potrebbe qualificare quale gestore o distributore di fondi, attività e progetti. A differenza di una banca convenzionale, infatti, la banca islamica non concede prestiti, bensì investe in operazioni che hanno come attività sottostante un bene reale nella forma di scambio (*mudarabah*) o anche di partecipazione (*mudarabah* e *musharakah*).

In tale ottica, pertanto, la condivisione dei profitti e delle perdite diventa la fonte attraverso cui misurare il guadagno all'interno dell'economia islamica: la percentuale di profitto guadagnata non è altro che una sorta di remunerazione per lo sforzo imprenditoriale³². Ma vi è di più. Affinché ciò sia possibile è imprescindibile che la produzione dell'utile debba avvenire solo ad attività finanziaria compiuta e portata a termine, motivo per il quale è possibile prevedere *ex ante* il riparto dell'utile stesso, ma non del rendimento. Schema che viene conosciuto come *profit and loss sharing* (PLS) su cui si informa ogni transazione commerciale islamica³³.

28 Questa ricerca della chiarezza informativa nei contratti e negli strumenti finanziari islamici porta ad evitare situazioni di asimmetria informativa. Una delle fattispecie in cui potrebbe ricorrere *gharar* riguarda quelle transizioni finanziarie che possono sfruttare la carenza di informazioni per investire le somme prese a prestito in settori *haram* (vietati). Si tratterebbe di un fenomeno di *moral hazard*. La *ratio*, come osservato da T.V. Russo, *L'emissione dei titoli di debito (sukuk) nei sistemi finanziari islamici. Prospettive e opportunità per il mercato europeo*, cit., p. 452, «è quella di scongiurare tutti quei fenomeni di 'ingiustizia contrattuale' diffusi nel mondo pre-islamico nei quali le eccessive incertezze e le asimmetrie informative erano motivo di contrasti e ambiguità non conformi ai precetti morali di solidarietà».

29 Spesso il termine *maysir*, inteso come arricchimento dovuto alla fortuna, viene associato alla parola *qimar* – di cui però non si fa menzione nel Corano – che si riferisce sempre alla variabilità dei risultati di un accordo, ma in una formulazione più grave: nei contratti in cui vi è *qimar*, infatti, la vincita o la ricchezza di un soggetto segue all'impovertimento dell'altro. Più semplicemente si è in presenza di *maysir* in una lotteria, mentre si è in presenza di *qimar* in un gioco di carte dove la vincita di un soggetto corrisponde al denaro perso da un altro. Per un approfondimento Cfr. M. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, Chichester, 2007.

30 Come osservano F. Miglietta e P.P. Rampino, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, Milano-Torino, 2017, p. 14, il guadagno non è vietato in alcun modo nella finanza islamica, ma chi vuole aiutare il fratello musulmano in difficoltà ha la possibilità di farlo attraverso strumenti *ad hoc*, come il *qard hasan* (mutuo gratuito).

31 La presenza di *ribā* viola l'idea fondamentale di giustizia che permea il Corano: proibendo transizioni inique si vuole evitare che il bisognoso possa indebitarsi oltre quello che può pagare e che, allo stesso tempo, il finanziatore ne possa approfittare.

32 Così cfr. F. Miglietta, P.P. Rampino, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., *passim*.

33 V. F. Miglietta, P.P. Rampino, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 13; per un approfondimento storico v. R. Hamaui, M. Mauri, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano*

L'utilizzo degli strumenti della finanza islamica nel campo delle rinnovabili ha trovato applicazione non solo nei territori dove si utilizza la finanza islamica, ma anche nei territori basati su un'economia convenzionale aperta allo sviluppo degli strumenti finanziari islamici. Ad esempio, noto è il progetto "One Solar Watt Per Person" sviluppato da una *partnership* di aziende australiane in Indonesia per dotare lo Stato di 250 MW di potenza derivata completamente da energia solare, che è stato poi sperimentato anche in Europa (Francia), dove si è ricorso alla finanza islamica per l'installazione di tetti fotovoltaici. Entrambi i progetti sono stati finanziati attraverso l'emissione di *green sukuk*.

Nel corso degli ultimi anni la finanza islamica ha acquisito una primaria e sempre più emergente importanza nell'ambito dell'economia globale, soprattutto, se volgiamo lo sguardo agli investimenti effettuati nell'ambito delle rinnovabili, motivo per il quale, considerata la grave crisi climatica in cui si versa, si potrebbe ipotizzare di favorire e accelerare la transizione energetica attraverso la promozione di investimenti sostenibili di matrice islamica.

Si tratta sostanzialmente di strumenti finanziari conformi alla *Sharī'a*, simili ad un'obbligazione, ma che possono essere incanalati verso investimenti ambientali.

La legge islamica, come anticipato, infatti, proibisce ciò che è noto come "*ribā*"³⁴, ossia impedisce il ricorso agli strumenti di debito così come strutturati dai mercati finanziari occidentali che generalmente remunerano l'investimento attraverso la corresponsione di interessi, oltre al rimborso del capitale.

Importante, tuttavia, sin da subito sottolineare che il mercato del debito non è proibito purché il prestito sia *asset based* – ossia vi sia un bene sottostante – e non sia *interest based*.

A tal proposito il *Council of the Islamic Fiqh Academy of the Organization of Islamic Conference* (OIC) ha indicato l'emissione dei *sukuk* non solo legittima, ma anche in grado di essere considerata quale alternativo strumento di finanziamento in grado di incontrare le esigenze degli emittenti e degli investitori islamici con i principi di finanza convenzionale basati sul tasso d'interesse³⁵.

Si evince, pertanto, che laddove il prestito sia *asset based*, ossia trovi il proprio fondamento non solo nella remunerazione della moneta, ma anche nel suo legame con dei beni in grado di generare profitti da distribuire, lo stesso non potrà considerarsi vietato, anche perché in grado di realizzare l'obiettivo del *risk sharing*³⁶.

il mondo del profeta, Bologna, 2009.

34 Ogni musulmano è consapevole del divieto di *ribā*: il problema, piuttosto, risiede nella definizione e traduzione di *ribā* in concetti economici moderni. Sul punto, la domanda che ci si potrebbe porre afferisce al campo di applicazione del *ribā* e, in particolare, al comprendere se esso si riferisce al tasso di interesse, qualsiasi sia il livello applicato, o solo all'usura. Molti economisti moderni definiscono formalmente *ribā*, in alcuni casi, come un premio fissato *ex-ante*, in altri casi, come strettamente legato al tempo e all'ammontare del prestito, in altri casi ancora, come un pagamento garantito indipendentemente dai risultati o dai motivi per i quali il denaro è stato preso a prestito. *Ex multis* cfr. Z. Iqbal e A. Mirakhor, *An introduction to Islamic Finance. Theory and Practice*, Singapore, 2ª ed., 2011, p. 100 ss.

35 V. IIFM, *Sukuk Report. A comprehensive study of the global sukuk market*, 10ª ed., 2021, p. 102.

36 A tal proposito osserva T.V. Russo, *L'emissione dei titoli di debito (sukuk) nei sistemi finanziari islamici. Prospettive e opportunità per il mercato europeo*, cit., p. 446, come il sistema occidentale del trasferimento dei rischi e, quindi, privo di un *asset* sottostante reale è da un lato esposto a fenomeni di incremento, ma dall'altro lato esposto a fenomeni di default devastante. La finanza islamica, in tale prospettiva, risulterebbe meno rischiosa in termini di microeconomia e maggiormente protettiva sul piano sociale, poiché non basata su transazioni altamente speculative. Cfr. anche Z. Iqbal e A. Mirakhor, *An introduction to Islamic Finance. Theory and Practice*, cit., p. 157 ss.

La conformità ai principi etico-religiosi del sistema finanziario islamico si spinge sino al punto di considerare prioritaria l'esigenza di rispettare i principi della *Shari'ā* di fronte alla possibilità di un'operazione maggiormente efficiente in termini economici. Può, pertanto, affermarsi che l'adeguata allocazione delle risorse non risponde alle sole leggi dell'efficienza economica, ma funge da preziosa chiave di lettura per comprendere che la finanza islamica è, prima di tutto, una finanza etica³⁷.

5. I Sukuk: certificati di investimento islamici.

L'approvazione nel 1988 della *Fiqh Accademy*³⁸ ha aperto la via per la nascita e l'evoluzione del mercato dei *sukuk* in base al giudizio di seguito espresso: “qualsiasi combinazione di beni o il oro usufrutto possono essere rappresentati da uno strumento finanziario scritto che può essere negoziato al prezzo di mercato a patto che la composizione del gruppo di beni rappresentato attraverso il *sukuk* consista per la maggior parte di beni tangibili”.

Con il passare del tempo lo sviluppo del mercato dei *green sukuk* è stato sostenuto principalmente da due fattori: l'ingresso nel mercato delle obbligazioni *green* da parte di grandi paesi emergenti, come Malesia, Indonesia e Bahrain, e la crescente attenzione delle istituzioni sovranazionali al tema della sostenibilità ambientale³⁹. Tuttavia, già negli anni '70 la Giordania ha autorizzato l'emissione di titoli di debito attraverso la *Jordan Islamic Bank* con l'obiettivo di raccogliere fondi per finanziare diversi progetti, per poi seguire con operazioni simili anche Turchia, Iran, Sudan, Pakistan e in Malesia⁴⁰.

I *sukuk*, pertanto, più che ai *bond* e alle cartolarizzazioni, sembrerebbero potersi ricondurre agli istituti che prevedono le separazioni patrimoniali, sia pure con significative differenze rispetto a quelle note alla finanza convenzionale⁴¹.

37 M.T. Usmani, *An introduction to Islamic Finance*, Karachi, 1998, p. 11 ss., evidenzia come l'economia islamica non sia indifferente al perseguimento del profitto, ma, a differenza del sistema capitalistico, non può prescindere da restrizioni di imposizione “divina” che limitano e guidano allo stesso tempo l'attività umana. Ciò, in considerazione del fatto che le imposizioni “divine” sono le uniche in grado di assicurare che la circolazione della ricchezza, la giustizia distributiva e le pari opportunità viaggino sullo stesso binario e siano protese verso un unico obiettivo: la realizzazione dei bisogni primari della persona.

38 Organo religioso della *Organisation of the Islamic Conference*. Dopo l'approvazione favorevole circa l'emissione dei *sukuk* nel 1988, si è assistito ad un susseguirsi di una serie di emissioni, la prima delle quali non islamica, Shell MDS Bhd's, che aveva emesso un *sukuk* per 125 milioni di Ringgit malesi nel 1990.

39 J.S. Keshminder, M.A. Syafiq e M. Mardi, *Green sukuk – Malaysia surviving the bumpy road: performance, challenges and reconciled issuance framework*, in *Qualitative Research in Financial Markets*, 2021, p. 76 ss; Liu Felicia HM e Lai Karen PY, *Ecologies of green finance: Green sukuk and development of green Islamic finance in Malaysia*, in *A Economy and Space*, 2021, p. 1896 ss.

40 Cfr. T.V. Russo, *I contratti Sharī'a compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi. Contributo allo studio*, Napoli, 2014, p. 96 ss. A tal proposito interessante osservare il caso iraniano del 1994, dove il “municipio” di Theran ha emesso dei *musharakah bonds* per finanziare la costruzione del progetto del Navab Development Project, prevedendo centri commerciali lungo l'arteria stradale.

41 F. Miglietta e F.G. Starita, *Una tassonomia dei contratti*, in *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, a cura di C. Porzio, Roma, 2009, p. 81 ss., secondo cui l'assimilazione del termine *sukuk* ai *bond* islamici è impropria. In tal senso anche Liu Felicia HM e Lai Karen PY, *Ecologies of green finance: Green sukuk and development of green Islamic finance in Malaysia*, cit., p. 1900, secondo cui «in analysing the development of green *sukuk* and its impact on the current green bonds regime, we do not view them as competing forms of alternative green finance. Instead, we examine their roles as distinctive financial instruments, focusing on how they emerge and mobilise knowledge domains that are embedded in wider ecologies of financial markets and practices».

Diversamente da un finanziamento obbligazionario normale, infatti, nel quale la raccolta fondi entra nel bilancio dell'emittente senza un vincolo di destinazione, il finanziamento tramite *sukuk* deve necessariamente avere un collegamento diretto con gli *asset* reali legati all'emissione e ai flussi ottenuti dall'uso di tali *asset*⁴².

Più in concreto, i *sukuk*, la cui emissione nel mondo aumenta in maniera considerevole⁴³, rappresentano certificati rappresentativi della titolarità di un *asset* per un periodo definito di tempo, che attribuiscono il diritto proporzionato ad un profitto derivante dai flussi di cassa rinvenienti dall'utilizzo di quell'*asset* e non già ad un interesse correlato all'importo dell'investimento.

La differenza più rilevante tra *sukuk* e obbligazioni è dettata dal fatto che nelle seconde si assiste ad un debito dell'emittente, mentre nei *sukuk*, vi è il rischio derivante dalla solvibilità dell'emittente, rappresentato altresì da una partecipazione nella titolarità di un *asset* esistente o «*well defined*», nonché di un progetto *Shari'a compliant*⁴⁴.

La caratteristica del *sukuk*, in una prospettiva di investimento, risiederebbe nella possibilità che un soggetto partecipi alla proprietà di un bene gestito conformemente alla *Shari'a* ottenendo in cambio dei proventi periodici derivanti dall'attività stessa⁴⁵. In tale operazione il divieto dei *ribā* verrebbe superato perché il rendimento deriverebbe dalla *performance* del bene gestito e sarebbe legato ad un progetto imprenditoriale. In tale prospettiva, anche il principio del *Profit and loss Sharing* sarebbe rispettato in ragione del fatto che si assiste ad una condivisione del rischio da parte dell'investitore. In tale direzione, infatti, va osservato che uno dei profili più interessanti circa l'emissione dei *sukuk* è dato dal fatto che il detentore del certificato debba essere perfettamente a conoscenza sia in merito "al

42 Una delle maggiori criticità dei *green bond* è collegata alla mancanza di un quadro normativo definito e puntuale in grado di delineare cosa è *green*, comportando una sorta di autoregolamentazione nel mercato globale secondo cui è *green* ciò che viene definito come tale dall'emittente stesso. Per un'analisi completa dei profili di criticità dei *green bond* e la proposta di «rimediazione in chiave ecologica dei dispositivi fondamentali del diritto privato che muovono soprattutto dal discorso sui beni comuni» v. A. Las Casas, *Dai diritti di emissione alla finanza green. Le nuove frontiere e i limiti dei modelli privatistici per la tutela dell'ambiente*, cit., p. 138 ss., spec. p. 145. Sul contratto ecologico v. M. Pennasilico, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 767 s.; con ulteriori sviluppi anche in Id., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, cit., p. 810 ss., ove si considera "contratto ecologico" «l'espressione sintomatica di un "mutamento di paradigma" in materia contrattuale, tale da mettere in discussione, sotto la spinta del modello globale dello "sviluppo sostenibile", l'adequatezza della nozione stessa di contratto, come formulata dal codice del 1942, e da imporre una conformazione "ecologica" dell'autonomia negoziale» (pp. 810 e 811); v. anche Id., *Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell'officina dell'interprete*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 25 ss.; Id., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 287 ss.; Id., *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia (A proposito del libro di Nicola Lipari)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1246 ss.; F. Longobucco, *La contrattazione ecologicamente conformata nell'ottica del diritto civile*, in *ambientediritto.it*, 2019, 3, p. 1 ss.; S. Persia, *Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile "sostenibile"*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2018, p. 16 ss.

43 È stato sostenuto dalla S&P Global, nel report "Islamic Finance 2021-2022: Toward Sustainable Growth", reperibile eticanews.it/wpcontent/uploads/2021/06/RatingsDirect_IslamicFinance20212022TowardSustainableGrowth_48071285_May-03-2021.pdf, che vi sarà un incremento delle emissioni di *sukuk* ed un'espansione nel settore di *takaful* (le assicurazioni islamiche), nonché l'espansione delle quote di mercato nel contesto della ripresa delle economie finanziarie islamiche. In particolare, è stata prevista una crescita dell'industria finanziaria globale pari al 10% e 12% per il 2022.

44 In questo senso v. T.V. Russo, *L'emissione dei titoli di debito (sukuk) nei sistemi finanziari islamici. Prospettive e opportunità per il mercato europeo*, cit., p. 456.

45 Cfr. F. Miglietta, P.P. Rampino, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 49.

cosa” sta finanziando, sia in merito “al come” il bene, di cui è comproprietario, venga gestito perché il finanziamento o l’attività di investimento devono essere già stati predeterminati⁴⁶.

È evidente, pertanto, la differenza tra titoli obbligazionari e *sukuk*. Nei titoli obbligazionari non vi è alcuna condivisione dei profitti e delle perdite.

L’impresa, infatti, si obbliga a pagare un certo tasso di interesse e questo rendimento è legato al tempo e allo stesso tempo slegato dagli andamenti societari. Inoltre, nei titoli obbligazionari l’investitore conosce solo in modo generico come l’impresa utilizzerà i fondi presi a prestito. L’impresa non è infatti obbligata ad utilizzare i fondi in un modo che sia conforme alla *Sharī’a*, anzi, al contrario, potrebbe utilizzarli per scopi proibiti dalla *Sharī’a*.

Le numerose emissioni da parte di enti sovranazionali non islamici (per esempio i certificati islamici della International Finance Corporation, del gruppo World Bank, nel 2009, per 100 milioni di dollari con scadenza a cinque anni) testimoniano come le emissioni di *sukuk* non siano necessariamente per gli islamici, ma possono rappresentare una *asset class* simile ai titoli obbligazionari⁴⁷.

Secondo l’ultimo report dell’*International Islamic Financial Market* l’emissione dei *sukuk* ha registrato un aumento del 19,84% nel 2020 rispetto all’anno precedente e si è stimata una curva di crescita positiva anche nel 2021⁴⁸.

Il mercato globale dei *sukuk* registra, infatti, un *trend* crescente a partire dal 2015, mostrando come il 25 % del mercato sia dominato dalla Malesia, il 19% dal Arabia Saudita, il 27 % dagli Emirati Arabi ed un 6 % in Europa. La Turchia ha, inoltre, definito come la parte di sviluppo infrastrutturale della Turchia sarà finanziata attraverso i *sukuk*, ha infatti raccolto sul mercato internazionale 3 miliardi di dollari attraverso l’emissione di un nuovo *sukuk* a 5 anni. Tra i principali *player* in tema di finanza islamica vi è da ricordare Regno Unito, Germania, Lussemburgo e Francia. Il primo *sukuk* europeo è quello del *land* tedesco della Sassonia-Anhalt del 2004⁴⁹ ed a seguire due società inglesi, nel 2005 e 2010, rispettivamente la *British Sanctuary Building* e l’*International Innovative Technologies*. Nel 2014 anche Gran Bretagna e Lussemburgo hanno emesso il loro primo *sukuk* sovrano per 200 milioni di sterline e 200 milioni di euro, quinquennale⁵⁰.

6. Green and sustainable sukuk.

46 A tal proposito, interessante osservare come una delle criticità dello strumento dei *green bond*, a differenza dei *green sukuk*, è rappresentata dal fatto che «l’allineamento degli interessi delle parti realizzato per via contrattuale attraverso lo strumento dei *green bonds* – per quanto possa determinare in concreto incentivi economici per la destinazione di risorse a specifici obiettivi di miglioramento ambientale – in assenza di efficaci strumenti di *enforcement* sembrerebbe rimettere alla buona volontà degli attori dei mercati finanziari l’effettivo conseguimento dei benefici ambientali», così A. Las Casas, *Dai diritti di emissione alla finanza green. Le nuove frontiere e i limiti dei modelli privatistici per la tutela dell’ambiente*, cit., p. 144. Sul punto una chiave di lettura potrebbe essere offerta dalla rimeditazione in chiave ecologica degli strumenti di diritto privato. V. M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, cit., p. 291 ss.; Id., *La “sostenibilità ambientale” nella dimensione civil- costituzionale: verso un diritto dello “sviluppo umano ed ecologico”*, cit., p. 7 ss.

47 A. Thomas, *Opportunities with sukuk and securitisations*, in *Structuring Islamic Finance Transaction*, a cura di A. Thomas, S. Cox, B. Kraty, London, 2005, p. 168.

48 IIFM, *Sukuk Report. A comprehensive study of the global sukuk market*, 10^a ed., 2021.

49 Cfr. T.V. Russo, *L’emissione dei titoli di debito (sukuk) nei sistemi finanziari islamici. Prospettive e opportunità per il mercato europeo*, cit., p. 473 ss.

50 Sul tema v. F. Miglietta, P.P. Rampino, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 64 ss.

I *sukuk*, come sopra evidenziato, sono legati strettamente all'economia reale e vengono usati per finanziare attività che siano *Shari'a compliant*. Interessante, tuttavia, osservare come negli ultimi anni hanno guadagnato terreno anche i cosiddetti *green sukuk*, utilizzati per finanziare iniziative ecosostenibili, come ad esempio la produzione di energia rinnovabile, la gestione dei rifiuti, l'agricoltura sostenibile, la costruzione di edifici efficienti dal punto di vista energetico, la gestione delle risorse naturali o altri progetti volti a mitigare i rischi del cambiamento climatico⁵¹.

È importante notare come l'emissione dei *green sukuk* è destinata a finanziare progetti volti a favorire lo sviluppo sostenibile e la tutela dell'ambiente e mitigare il cambiamento climatico⁵².

In particolare, il *green sukuk* è finanziariamente identico ad un *sukuk* convenzionale e l'unica differenza risiede nell'uso dei proventi che devono essere destinati a progetti *environmentally friendly*, quindi secondo i dettami dei *green bond*⁵³. Come sottolineato in precedenza, a differenza delle obbligazioni, infatti, devono corrispondere ad un certo progetto, generalmente un progetto immobiliare o infrastrutturale.

Il crescente interesse verso l'adozione di *green sukuk* non è supportato solo da un evidente ed incoraggiante sviluppo del mercato dei *sukuk*, ma risulta anche essere in linea con la crescente consapevolezza degli investitori sui valori etici e sociali che muovono l'emissione di tali *sukuk* per raccogliere fondi che possano finanziare progetti a sostegno delle rinnovabili⁵⁴.

È solo di recente che il concetto dei *green sukuk* ha ricevuto un interesse esponenziale. La maggior parte dei *green sukuk* sono generalmente correlati a finanziare progetti di *green energy*.

Durante l'*United Nations Global Warming Conference* (COP21), tenutasi in Parigi, la IDB ha rivelato il suo interesse nell'emissione di *green sukuk* per i suoi 55 paesi membri.

Tra i primi *green sukuk*⁵⁵ vi è da ricordare quello che è stato emesso nel 2017 in Malesia – dove era stato emesso il primo *sukuk* convenzionale – dal gruppo Tadau Energy che ha raccolto 58 milioni di dollari per finanziare un impianto alimentato ad energia solare⁵⁶.

51 M.A. Syafiq e J.S. Keshminder, *What drives green sukuk? A leader's perspective*, in *Journal of Sustainable Finance and Investment*, 2020, p. 1 ss.; S. Basov e M.I. Bhatti, *Islamic Finance in the Light of Modern Economic Theory*, London, 2016; U.F. Moghul, S.H.K. Safar-Aly, *Green sukuk: the introduction of Islam's environmental ethics to contemporary Islamic finance*, in *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.*, 2014, p. 1 ss.

52 In questo senso, J.S. Keshminder, M.A. Syafiq, M. Mardi, *Green sukuk – Malaysia surviving the bumpy road: performance, challenges and reconciled issuance framework*, cit., p. 78, i quali sottolineano come «Compared to normal *sukuk*, green *sukuk* issuance involves an additional process as it carries a higher level of governance and disclosure. The issuer must conduct a "greenness" assessment via a second opinion provider. This process requires the issuer to disclose all information ranging from the issuer's overarching objectives, strategies, policies and processes which qualifies the project as green».

53 Così come definiti dagli *Standard Green Bond Principles* (GBP da International Capital Market Association) e dagli *ASEAN Green Bond Standards*.

54 A. Thomas, *Opportunities with sukuk and securitisations*, in *Structuring Islamic Finance Transaction*, cit., p. 168 ss., il quale, in maniera condivisibile, evidenzia come non vi siano ragioni per non ricorrere all'adozione dei *sukuk* utilizzando anche *asset* che siano situati in paesi non islamici.

55 Prima ancora, il primo *green sukuk* era stato emesso nel 2012 da Legendre Patrimoine e Anouar Hassoune Conseil, conosciuto come l'*Orasis sukuk*. Il progetto, nel caso di specie, intendeva finanziare la costruzione pannelli solari.

56 «*Helping Malaysia Develop the Green Sukuk Market: Facilitating Sustainable Financing*», *The World Bank*, January 7th 2019, reperibile in documents.worldbank.org/curated/en/586751546962364924/Helping-Malaysia-

L'Indonesia, invece, nel 2018, ha emesso il primo *green sukuk* al mondo come titolo sovrano, coinvolgendo banche, manager e fondi pensionistici asiatici, americani ed europei. Il progetto del valore di 1,25 miliardi di dollari è stato utilizzato per finanziare diversi servizi pubblici come la realizzazione di centrali fotovoltaiche, la costruzione di una ferrovia a doppio binario per ridurre l'impatto del trasporto su strada ed ha consentito di apportare enormi miglioramenti al sistema di gestione dei rifiuti.

Oltre a ridurre l'impatto ambientale, questi progetti hanno assecondato anche la crescita economica e lo sviluppo infrastrutturale del Paese.

A tal proposito corre l'obbligo evidenziare come di recente anche nei Paesi del Golfo comincia ad esserci un crescente interesse verso tali strumenti finanziari.

Nel 2019 Majid Al Futtai, una *retail company* basata negli EAU ha raccolto 600 milioni di dollari con il primo *Green Sukuk* nella regione, seguito da un altro *green sukuk* del valore di 1 miliardo di dollari emesso dalla IDB – che ha sede in Arabia Saudita – per finanziare i progetti di energia rinnovabile, trasporti *green* e misure di prevenzione dell'inquinamento tra i suoi Stati membri⁵⁷.

Di recente anche la compagnia petrolifera statale Saudi Electricity ha emesso un *green sukuk* a 5 e a 10 anni del valore di 1,3 miliardi di dollari: si tratta del primo *sukuk* emesso da una società saudita. Diviso in due *tranches*, il *sukuk* è composto dal 650 milioni di dollari di certificati che matureranno nel 2025, mentre i rimanenti 650 milioni matureranno nel 2030.

I proventi secondo quanto previsto da un programma nazionale che fa parte dei progetti di trasformazione digitale e di sostenibilità aziendale serviranno a finanziare l'installazione di contatori intelligenti e a facilitare la transazione del Regno verso un'economia *low-carbon*, in accordo con lo schema "*Saudi Arabia's Vision 2030*", introdotto nel 2016 per ridurre la dipendenza dell'Arabia saudita dal petrolio, diversificando la propria economia e puntando al miglioramento dei servizi pubblici in diversi settori come la sanità, l'istruzione, le infrastrutture, il turismo e la cultura.

A testimonianza, inoltre, del crescente interesse verso il potenziale degli strumenti di finanza islamica a sostegno di progetti sostenibili vi è il recentissimo annuncio della Infracorp B.S.C. circa l'emissione del primo *green sukuk* in Bahrain del valore di 900 milioni di dollari volto a implementare lo sviluppo delle infrastrutture dei paesi del Golfo, del nord Africa e delle regioni del Sud Asia⁵⁸.

7. *Green sukuk* in Italia: prospettive future.

Lo sviluppo dei *green sukuk* come forme di investimento eco-sostenibili anche in Italia potrebbe aprire alla possibilità di attrarre investimenti che possono finanziare progetti nel campo della transizione energetica anche da parte di investitori di fede islamica.

Develop-the-Green-Sukuk-Market-Facilitating-Sustainable-Financing-Case-Study.pdf

57 "World's 1st Benchmark Corporate Green Sukuk", Majid Al Futtai, May 15th 2019, reperibile in majidalfuttai.com/en/media-centre/press-releases/2019/05/majid-al-futtai-lists-world-s-firstbenchmark-corporate-green-sukuk-on-nasdaq-dubai.

58 Il Presidente della Infracorp B.S.C. (compagnia specializzata nell'investimento in infrastrutture e nel settore dello sviluppo sostenibile) ha specificato come «with *green sukuk* growing by more than 17 percent year-on-year in 2021, to \$15 billion and expected to remain a key theme of the Islamic finance market in 2022, *sukuk* issuance activity is expected to stand between \$170 billion in 2022» e con riferimento alla emissione del primo grande *green sukuk* in Bahrain ha sottolineato che esso si configura quale «response to the market's appetite for opportunities that generate returns also in addition to participating in leaving a significant and tangible ESG impact».

È doveroso prendere atto del fatto che in Italia non vi è mai stata una concreta apertura alla possibilità di affiancare agli strumenti di finanza convenzionale strumenti di finanza conformi alla *Shari'a*, in un'ottica di necessità di riorientare le fonti di approvvigionamento⁵⁹. Eppure i *sukuk* potrebbero rappresentare strumenti in grado di sostenere lo sviluppo delle imprese italiane. Basti guardare i mercati internazionali e subito si percepisce come aziende non islamiche abbiano potuto dare attuazione alla realizzazione di progetti ambiziosi non solo nel campo energetico, ma anche infrastrutturale⁶⁰.

In tal senso, infatti, si può osservare come attraverso l'emissione di *sukuk* è stata possibile la costruzione di una ferrovia a doppio binario per ridurre l'impatto del trasporto su strada in Indonesia nel 2018, la costruzione di nuovi terminal aeroportuali a Kuala Lumpur, con un *sukuk* da 150 milioni di dollari USA, la messa in sicurezza delle dighe in Pakistan nel 2011, gli impianti di energia rinnovabile nel 2013 in Francia, nonché la ristrutturazione delle autostrade in Malesia nel 2012⁶¹.

Considerata l'emergenza climatica e la forte sensibilità degli investitori islamici per le energie rinnovabili, l'Italia potrebbe acquisire notevoli fonti di finanziamento in progetti *green* che riscuotono consenso e grande interesse anche nei paesi che adottano la *Shari'a*.

D'altronde, guardando i maggiori *player* europei Germania, Francia, Lussemburgo, ma anche il Regno Unito che hanno attratto investitori stranieri attraverso l'emissione dei *sukuk*, si dovrebbe rendere sempre più concreta la possibilità anche per l'Italia di cogliere l'opportunità di acquisire fonti di finanziamento per il settore delle rinnovabili che, soprattutto ai giorni d'oggi, suscitano un forte interesse all'estero.

Se si volge lo sguardo alla finanza convenzionale è di immediata evidenza come anche i *green bond* rappresentano un'opportunità per aumentare la disponibilità di capitali necessari non solo per favorire il processo di transizione verso un'economia più sostenibile, ma anche per consentire la riduzione dei costi di debito per progetti che aspirano al raggiungimento di un impatto ambientale positivo⁶². Tuttavia, è stato evidenziato come tra le lacune maggiormente evidenti che può colpire la finalità perseguita dai *green bond* vi è la possibile esposizione degli stessi a fenomeni di *greenwashing*⁶³. In siffatta ipotesi, in particolare,

59 Un tentativo di affrontare questi temi è stato fatto nel 2016 dall'On. M. Bernardo, presidente della commissione finanza, che ha portato in Parlamento una proposta di legge avente ad oggetto la finanza islamica intitolata: "disposizioni relative al trattamento fiscale in merito alle operazioni di finanza islamica" la cui finalità era quella di regolare il trattamento fiscale di operazioni finanziarie poste in essere osservando i principi della *Shari'a*, al fine di assicurare un'imposizione equiparabile a quella delle operazioni finanziarie convenzionali nel pieno rispetto della Costituzione ed in conformità ai trattati internazionali.

60 "Green Sukuk", *Climate Bonds Initiative*, 2020, reperibile in climatebonds.net/projects/facilitation/green-sukuk.

61 Per un'analisi approfondita v. F. Miglietta, P.P. Rampino, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 72 ss.

62 Cfr. K.G.M. Nanayakkara, S. Colombage, *Does compliance with Green Bond Principles bring any benefit to make G20's 'Green economy plan' a reality?*, in *Accounting & Finance*, 2021, p. 4257 ss.; A. Quaranta, *Il mio nome è Bond: Green Bond. Non è tutto green ciò che luccica*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2021, p. 874.

63 Come osservato da A. Las Casas, *Dai diritti di emissione alla finanza green. Le nuove frontiere e i limiti dei modelli privatistici per la tutela dell'ambiente*, cit., p. 140, un aspetto critico legato ai *green bond* afferisce alla definizione di cosa è "green" favorendo una sorta di «autoregolazione degli attori economici» nel mercato globale secondo cui è "green" ciò che viene definito tale dall'emittente. Sul punto, infatti, i GBP (*Green Bond Principles*) hanno ad oggetto un quadro di riferimento volto ad elencare le *Green Project Categories* e ad incentivare il perseguimento di un certo livello di trasparenza nella gestione dell'operazione finanziaria, ma non prendono posizione in merito al carattere *green* dei progetti. In tal senso, ICMA, *Green Bond Principles. Voluntary Process Guidelines for Issuing Green Bonds*, 2018, p. 4, «(...) the GBP's purpose is not to take a

verrebbe vanificato l'ulteriore interesse dell'investitore che non si esplica solo nella remunerazione del capitale investito, ma anche nell'ulteriore interesse ad aver contribuito al miglioramento ambientale⁶⁴. Nel caso dei *green sukuk*, invece, il rendimento dell'investitore è strettamente legato al progetto e alla necessità che esso sia eseguito in maniera conforme agli obiettivi ambientali che si intende raggiungere. Ne consegue che nel caso dei *green sukuk* l'emissione degli stessi dipende direttamente dalla *performance* del bene sottostante o del progetto volto al perseguimento dell'interesse ambientale, mentre nei *green bond* si assiste al rischio di *non-performance* poiché, come sostenuto, lo schema contrattuale utilizzato sembrerebbe escludere che «l'inesatto conseguimento del beneficio ambientale» possa assumere rilievo «come inadempimento dell'emittente»⁶⁵.

È chiaro che il percorso da attraversare per l'offerta in Italia di strumenti finanziari islamici richiede di superare le principali criticità riscontrabili sia dal lato della domanda che dal lato dell'offerta, soprattutto sul piano fiscale. Allo stesso tempo, tuttavia, occorre riconoscere che la conclusione di contratti atipici, quali i *green sukuk*, si presta al rispetto del criterio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., laddove si avrebbe la possibilità di attrarre un pubblico di nuovi investitori partecipi di un mercato globale nel quale possano ritrovare prodotti conformi alla propria tradizione di appartenenza alla luce dei principi di rango costituzionale di solidarietà e di uguaglianza⁶⁶.

Sarebbe, ad esempio, auspicabile apportare alcune modifiche alla legge 30 aprile 1999, n. 130 e rivedere le norme tributarie in tema di tassazione, poiché il doppio trasferimento dei beni, tipico di molte operazioni del diritto *Shari'a compliant*, comporta una doppia imposizione fiscale in ragione della doppia vendita, rendendo più gravosi e meno competitivi gli strumenti finanziari islamici⁶⁷.

Un ulteriore problema riguarda la nozione stessa di attività bancaria prevista dal nostro T.U. per cui l'ente creditizio è un'impresa la cui attività consiste nel raccogliere depositi rimborsabili e nel concedere prestiti.

A tal proposito, anche nelle banche islamiche esistono fondi di investimento, ma vi è la necessità di rispettare il principio del *profit and loss sharing* (PLS) per cui la rimborsabilità è necessariamente dipendente dagli andamenti del progetto finanziato e dagli andamenti della gestione della banca.

position on which green technologies, standards, claims and declarations are optimal for environmentally sustainable benefit...». In tema v. altresì, P. De Gioia Carabellese, S. Davini, Derivati sostenibili, "green-washing" e tutela legale: dallo "stakeholder" al "green stakeholder", in Pers. merc., 2021, p. 164 ss.; A. Quaranta, Il mio nome è Bond: Green Bond. Non è tutto green ciò che luccica, cit., p. 875 ss.

64 Cfr. A. Las Casas, *Dai diritti di emissione alla finanza green. Le nuove frontiere e i limiti dei modelli privatistici per la tutela dell'ambiente*, cit., p. 138 ss. il quale, altresì, sottolinea come i «c.d. *green bonds*, attraverso il *medium* del contratto, mettono in opera un meccanismo di allineamento degli interessi delle parti che aspira a trasformare il beneficio ambientale in benefici privati sia per l'investitore che per l'emittente e a fornire ad entrambi adeguati incentivi per perseguire obiettivi di miglioramento ambientale».

65 A. Las Casas, *Dai diritti di emissione alla finanza green. Le nuove frontiere e i limiti dei modelli privatistici per la tutela dell'ambiente*, cit., p. 141 ss. il quale per superare il rischio di *non-performance* invita, in una prospettiva giuridica, a misurarsi con la necessità di «offrire alle parti meccanismi coercitivi» per soddisfare l'interesse dell'investitore volto non solo alla remunerazione del capitale investito, ma anche all'ulteriore utilità di aver contribuito al miglioramento ambientale.

66 In tema cfr. L.M. Franciosi, *Finanza islamica e finanza convenzionale: etica vs. speculazione?*, in *Banca Impresa Società*, 3, 2017, p. 523 ss.

67 Per un approfondimento sul tema v. Cfr. Alvaro S., *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici*, 2014, reperibile in www.consob.it.

Pertanto, con riferimento alla condivisione dei profitti e delle perdite, che mal si concilia con quanto previsto dal nostro Testo Unico Bancario, si potrebbe trovare una soluzione legislativa guardando gli altri Paesi che hanno già sperimentato soluzioni compatibili con la finanza islamica.

Il Regno Unito ha, infatti, trovato una soluzione laddove ha previsto che la banca in caso di perdita è obbligata ad offrire al depositante un rendimento che questi è libero o meno di accettare⁶⁸.

Il ricorso alla finanza islamica può costituire un'ottima possibilità di accesso al credito da parte delle imprese per l'esecuzione di progetti d'investimento, nel caso di specie quelli volti all'utilizzo delle rinnovabili, con il vantaggio dell'abbattimento dei costi correlati al progetto medesimo, dettata dall'eliminazione dell'interesse sul capitale preso a prestito e dalla sostituzione dello stesso con una remunerazione verso tutti i soggetti investitori nel bene reale, comportando una rimodulazione dei rapporti contrattuali⁶⁹ differente rispetto allo schema della finanza convenzionale.

È emerso, infatti, da quanto sin qui riferito, che l'impatto ambientale dei sistemi di produzione e consumo, lo sfruttamento indiscriminato delle risorse e il depauperamento dell'habitat naturale rappresentano una minaccia per la salute dell'uomo e per la biodiversità della natura.

È doveroso prendere atto del rischio, sempre più imminente, di "collasso" dell'intero ecosistema naturale⁷⁰. L'individuazione di strumenti in grado di garantire uno sviluppo sostenibile, che medi tra le ragioni del mercato e quelle di tutela dell'ambiente, è necessaria e quanto mai urgente per evitare la catastrofe climatica annunciata più volte ed in tempi non sospetti. Si potrebbe, pertanto, ragionevolmente ipotizzare che i *green sukuk* possono essere una preziosa opportunità per favorire ed accelerare il processo di transizione energetica, poiché risultano perfettamente in linea con l'Agenda per uno sviluppo più sostenibile⁷¹.

Vista la normativa italiana e la prassi italiana appare chiara, pertanto, la necessità di formulare apposite e specifiche modifiche legislative coerenti con l'art. 41 della Cost. italiana affinché, gli istituti della finanza islamica possano trovare spazio nell'economia interna. Milita in tal senso anche la recente approvazione della proposta di legge costituzionale in materia di tutela ambientale che con la modifica dell'art. 41 intende garantire che l'iniziativa economica non solo non debba svolgersi in modo da recare danno alla salute e all'ambiente, ma anche che è compito della legge determinare i programmi e i controlli opportuni perché

68 «In questo modo, non solo la disciplina sull'attività bancaria sarebbe rispettata, ma anche il cliente della banca sarebbe tutelato», così F. Miglietta, P.P. Rampino, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 87 la quale, inoltre, con riferimento alla separazione tra banca e impresa e i relativi vincoli partecipativi abbia indicato come lo schema partecipativo di alcune banche islamiche potrebbe essere assimilato al contratto di associazione in partecipazione disciplinato dall'art. 2549 c.c.

69 Il cliente, infatti, partecipa direttamente ai profitti e alle perdite di gestione, diventando un «cliente-socio», così G.M. Piccinelli, *Operazioni islamiche di provvista e di gestione del risparmio. Il modello del cliente-socio*, in G. Gimigliano, G. Rotondo (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, Milano, 2006, p. 34 ss.

70 Per un approfondimento sull'analisi dei problemi ambientali, cfr. P. Bevilacqua, *La terra è finita. Breve storia dell'ambiente*, Roma-Bari, 2009; W. Behringer, *Storia culturale del clima. Dall'Era glaciale al Riscaldamento globale* (2010), trad. di C. Bertani, Torino, 2013.

71 Sugli obiettivi dell'Agenda 2030 si v. M. Montini, F. Volpe, *Regulation for Sustainability: Promoting an Ecology-based Approach*, in *federalismi.it*, 3, 2017, p. 2 ss.; S. Browne, *Sustainable Development Goals and UN Goal-Setting*, Abingdon, 2017; L. Chiussi, *The UN 2030 Agenda on Sustainable Development: Talking the Talk, Walking the Walk?*, in *Comunità intern.*, 2016, p. 49 ss.

l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini ambientali⁷².

D'altronde è necessario immaginare di poter vedere il più vicino possibile un Paese che guardi alla sostenibilità come un valore da raggiungere concretamente attraverso il ricorso a tutti gli strumenti, le tecnologie e l'innovazione a disposizione, anche di natura finanziaria, rendendo la possibilità di accesso al mercato scevra da qualsiasi discriminazione fondata su modelli culturali distanti dal nostro⁷³.

I *green sukuk*, come i *green bond*, vi rientrano a pieno titolo, con l'auspicio che l'impianto normativo italiano possa concretamente offrire un canale di accesso al mondo della finanza islamica⁷⁴ per il perseguimento della tutela ambientale.

72 Sulla recente riforma dell'art. 9 e 41 della l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, recante «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente» (consultabile in riformeistituzionali.gov.it), v. supra nota 22.

73 Sul divieto di discriminazione, non solo nei mercati finanziari, v. ampiamente D. Maffei, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Nuove legg. civ. comm.*, 2015, p. 161 ss., il quale sottolinea come *in primis* i fenomeni di discriminazione sono illeciti in quanto ledono la dignità della persona. L'Autore, tuttavia, precisa come il pregiudizio arrecato al mercato dalla discriminazione colpisce i contratti aperti al pubblico, restringendo, dunque, il campo di applicazione alle sole dichiarazioni rivolte al pubblico. In senso contrario v. G. Carapezza Figlia, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013, p. 105 ss., Id., *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2015, p. 1401, il quale sottolinea come la disciplina anti-discriminatoria operi anche nei rapporti tra privati, infatti, «la diffusione del pregiudizio sociale in uno specifico mercato rilevante può comportare che, a fronte del medesimo comportamento discriminatorio, pur espresso nell'ambito delle dichiarazioni individuali, sia fortemente ostacolato o addirittura precluso l'accesso dei componenti del gruppo svantaggiato a un determinato bene o servizio». In questo senso anche A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 218 ss., secondo cui, considerata l'essenza della discriminazione quale lesione della dignità umana, il divieto di discriminazione è ravvisabile non solo «nei rapporti e scambi che sollecitano il pubblico», ma anche «in quelli individuali»; altresì, B. Checchini, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Torino, 2019, p. 16 ss., la quale, vista la normativa europea e nazionale, considera superata la «resistenza» del nostro ordinamento ad ammettere una tutela antidiscriminatoria anche alla contrattazione tra privati.

74 Cfr. F. Miglietta, P.P. Rampino, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 88, i quali propongono l'emissione di *sukuk* a sostegno di progetti innovativi per la ristrutturazione, organizzazione e messa in rete di alcuni parchi archeologici italiani.

LA FUNZIONE GIUSTIZIALE DELL'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE ENERGIA RETI E AMBIENTE TRA ESIGENZE DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE E GARANZIE COSTITUZIONALI.

Andrea Patanè *

Abstract: La progressiva implementazione dei poteri di regolazione di strategici settori dell'economia (telecomunicazioni, energia, mercati finanziari, trasporti), attribuiti alle Autorità amministrative indipendenti anche per far fronte alle sollecitazioni in tal senso provenienti dal diritto dell'Unione europea, ha determinato un parallelo rafforzamento della "funzione giustiziale" esercitata dalle stesse. L'attribuzione della funzione giustiziale intende, pertanto, rispondere a plurime esigenze di giustizia in vario modo connesse agli ambiti regolati dalle *Autorities*, così aspirando a contemperare la rapidità della risoluzione delle controversie e l'elevata specializzazione per materia. Le funzioni giustiziali delle Autorità devono confrontarsi con i principi costituzionali in materia di tutela giurisdizionale dei diritti che, come noto, presuppongono un preciso modello di "giudice" e di "giurisdizione". Ne consegue che i procedimenti amministrativi giustiziali, quali strumenti alternativi alla risoluzione giudiziaria delle controversie, sebbene non possano essere considerati "surrogati" del procedimento giurisdizionale, debbano essere modellati sull'architettura dei predetti principi costituzionali in materia di giurisdizione, soprattutto in considerazione dell'esigenza di assicurare adeguate tutele ai soggetti coinvolti dalle decisioni con cui sono definite le controversie dinanzi alle *Autorities*.

Abstract: In Italy, the regulatory powers of strategic sectors of the economy attributed to independent administrative authorities (IAA) have been implemented. For example: telecommunications, energy, financial markets, transport. The European Union has solicited this type of solution with its directives. The strengthening of the independent administrative authorities has led to an increase in the "judicial function". The independent administrative authorities exercise the judicial function in regulated matters. The purpose of the judicial function is to give a rapid and highly specialized response to disputes. The judicial functions of the independent Authorities are relevant with reference to the constitutional principles regarding the judicial protection of rights. The Italian constitution establishes a detailed model of "judge" and "jurisdiction". Administrative judicial proceedings are alternatives to judicial dispute resolution. The proceedings of the judicial function must respect constitutional principles. The system must ensure adequate safeguards for the subjects involved in the decisions defining disputes before the Authorities.

SOMMARIO: **1.** La funzione giustiziale delle Autorità indipendenti: una questione di Diritto costituzionale; **1.1.** I principi costituzionali nell'esercizio della funzione giustiziale: cenni; **2.** Un caso di studio: la Delibera 188/2012/E/COM dell'ARERA; **2.1.** Funzione giustiziale e sindacato giurisdizionale: breve ricostruzione dei principi enucleati dalla giurisprudenza amministrativa. **3.** Le prospettive della funzione giustiziale nel quadro costituzionale. **3.1.** Le Autorità indipendenti come giudici *a quibus* nell'esercizio della funzione giustiziale. Notazioni conclusive.

8 La funzione giustiziale delle Autorità indipendenti: una questione di diritto costituzionale.

La progressiva implementazione dei poteri di regolazione di strategici settori dell'economia (telecomunicazioni, energia, mercati finanziari, trasporti)¹, attribuiti alle Autorità amministrative indipendenti anche per far fronte alle sollecitazioni in tal senso provenienti dal diritto dell'Unione europea², ha determinato un parallelo rafforzamento della c.d. funzione giustiziale esercitata dalle medesime Autorità negli ambiti materiali da esse stesse regolati³. L'attribuzione della funzione giustiziale

1 *Ricercatore in Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Bergamo. Quale assegnista di ricerca dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, dal 2018 al 2021, ha svolto attività di ricerca e supporto presso la Direzione Advocacy Consumatori e Utenti - Unità Arbitrati e Decisioni Controversie -dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente.

Per un inquadramento delle attribuzioni delle Autorità amministrative indipendenti si veda, a titolo esemplificativo, F. POLITI, *La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009. Con specifico riguardo alla deviazione dal principio di legalità nell'esercizio della competenza regolatoria da parte della Autorità indipendenti si veda M. CONDORELLI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti come strumento di democrazia partecipativa: mito o realtà?* in Jus on-line 2, 2020, pp. 82 ss. Sui rapporti tra regolazione e sistema delle fonti, vedasi M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Torino, Giappichelli, 2018. Della costante espansione, ad opera del legislatore unionale e nazionale, delle competenze delle Autorità costituisce un palpabile esempio l'evoluzione della disciplina dell'ANAC, cui addirittura l'art. 211 del Codice degli Appalti riconosceva il potere di chiedere al RUP di annullare un atto amministrativo in autotutela e, nel caso in cui questo non fosse stato fatto, la possibilità di irrogare al RUP una sanzione pecuniaria. Oggi la previsione è stata trasformata nel potere dell'Autorità di impugnare dinanzi al Giudice amministrativo qualsiasi atto amministrativo in materia di gare, così come previsto dall'art. 221, co. 1, bis, ter, quater introdotti dal Decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56.

2 Su tale profilo, cfr., per tutti, G. DE MINICO, *Il potere regolativo delle Autorità indipendenti: Italia ed Europa a confronto* in, a cura di, C. LANNELLO, *Le Autorità indipendenti tra funzione regolatoria e Judicial Review*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018; P. BILANCIA, (a cura di), *Introduzione, La regolazione dei mercati di settore tra Autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, Giuffrè, 2012; nonché S. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 2, 2017, pp. 423-463. Con specifico riguardo alle influenze del diritto eurounitario sulle funzioni giustiziali delle Autorità indipendenti, cfr. O. DESIATO, *Le politiche dell'Unione Europea in favore della «degiurisdizionalizzazione» e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di ADR per i consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 5, 2016, pp. 1793 ss.

3 Per uno studio più ampio sul punto si veda, tra l'altro, la ricerca curata dall'Ufficio studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, in www.giustizia-amministrativa.iti; nonché, F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007.

intende, pertanto, rispondere a plurime esigenze di giustizia in vario modo connesse agli ambiti regolati dalle *Autorities*⁴, così aspirando a contemperare la rapidità della risoluzione delle controversie e l'elevata specializzazione per materia⁵.

Per funzione giustiziale, come noto, si intende l'insieme di strumenti e attività volti a «risolvere in modo imparziale e obiettivo» un conflitto senza che questo venga portato innanzi al potere giudiziario⁶, onde garantire una rapida risoluzione delle controversie eventualmente insorte nei settori affidati alle Autorità⁷.

Non v'è dubbio, quindi, che il confine tra "giustizialità" e "giurisdizionalità" delle funzioni sia talvolta sottile e abbisogni di essere rettammente definito al fine di evitare erronee sovrapposizioni⁸.

Epperò, nella prospettiva qui adottata, l'incidenza delle decisioni rese in sede giustiziale sulle situazioni giuridiche dei soggetti coinvolti impone di valutare, con riguardo al peculiare potere delle Autorità, l'effettivo rispetto delle garanzie che presidiano, nell'ordinamento costituzionale italiano, la funzione giurisdizionale. Ed infatti le funzioni giustiziali delle Autorità finiscono in qualche modo per intercettare i principi costituzionali in materia di tutela giurisdizionale dei diritti che, come noto, presuppongono un preciso modello di "giudice" e di "giurisdizione"⁹. Ne consegue che i procedimenti amministrativi giustiziali, quali strumenti alternativi alla risoluzione giudiziaria delle controversie, sebbene non possano essere considerati "surrogati" del procedimento giurisdizionale, debbano essere modellati sull'architettura dei predetti principi costituzionali in materia di giurisdizione,

4 R. ROLLI, A. TAGLIALATELA, *La 'legittimazione' costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista di Diritto amministrativo*, n. 2, 2010, pp. 49 ss.

5 L. DE LUCIA, F.F. GUZZI, *L'incerta natura giuridica dei procedimenti amministrativi a tutela del diritto d'autore online (Regolamento dell'AGCom n. 680/13/CONS)*, in *AIDA*, fasc.1, 2014, pp. 136 ss.

6 Sul tema, in generale, cfr. M. CALABRÒ, *la funzione giustiziale nella Pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2012, passim; F. MERUSI, M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. Dir.* aggiornamento VI, 2002; R. CHIEPPA, G. P. CIRILLO, *Le Autorità Amministrative indipendenti*, Padova, CEDAM, 2010; F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, a cura di, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996. Più di recente e in prospettiva costituzionalistica, v. T.E. FROSINI, *Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 22, 2018, pp. 2 ss.

7 Ed anche sotto questo profilo l'impatto del diritto unionale è stato decisivo. Si veda, ad esempio, la Direttiva 2008/52, con riferimento alla necessità di individuare procedure diverse dal contenzioso giurisdizionale, su cui, in vasta letteratura, cfr. almeno R. FRASCAROLI, *brevi note introduttive in tema di adr (alternative dispute resolutions) nella pubblica amministrazione*, in *Gazzetta amministrativa*, n. 1, 2012 pp. 1 ss. Sul tema, v. inoltre M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 2015, pp. 481-505. C. TROISI, *Autonomia privata e gestione dei conflitti. La mediazione come tecnica di risoluzione alternativa delle controversie*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007.

8 Lo dimostrano, ad esempio, gli studi di M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991; con riferimento alla funzione giustiziale, anche in chiave comparatistica, si veda E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Padova, Cedam, 1986; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1996. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952.

9 La dottrina sul punto è assai significativa. V. almeno, G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997; G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2013.

soprattutto in considerazione dell'esigenza di assicurare adeguate tutele ai soggetti coinvolti dalle decisioni con cui sono definite le controversie dinanzi alle *Autorities*. Sicché, contraddittorio tra le parti, posizione di parità¹⁰ dinanzi all'organo (indipendente) che assume la decisione e motivazione dei provvedimenti¹¹ divengono i termini di un comune "lessico della giurisdizione", che pur con i necessari adattamenti deve presidiare anche l'esercizio delle funzioni giustiziali.

In prospettiva costituzionalistica diventa, pertanto, interessante analizzare le singole discipline dettate dalle Autorità per l'esercizio della propria funzione giustiziale al fine di valutarne la rispondenza ai "canoni di giustizia"¹² stabiliti dalla Carta fondamentale¹³.

A tal uopo, nel presente scritto, si prenderà in esame la Deliberazione 188/2012 dell'Autorità di regolazione per l'Energia, Reti e Ambiente (ARERA)¹⁴, con la quale sono state dettate disposizioni in materia di risoluzione delle controversie concernenti l'accesso alla rete di trasmissione e distribuzione di elettricità e gas¹⁵. Nella trattazione si terrà conto delle novità apportate in materia dal Parlamento europeo¹⁶ e dei successivi atti normativi che li ha recepiti¹⁷.

10 Nella giurisprudenza della Corte costituzionale la parità tra le parti è definito un principio «cardine della disciplina del giusto processo»: vedi Corte cost. 30 luglio 2008 n. 331.

11 Una lettura critica sulla possibilità che le Autorità indipendenti possano essere ritenute "terze nello stesso modo in cui lo è un giudice" è in S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine» Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 14, 2018, pp. 2 ss.

12 S. LUCATTINI, *Fatti e processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, Fasc. 1, 2015, pp. 204 ss.

13 La recente istituzione delle Autorità indipendenti nell'ordinamento è il motivo per cui in Costituzione non è presente un riferimento specifico all'attività svolta da queste e la cui funzione è ricondotta nella sfera dell'art. 97 Cost. Si veda L. CARBONE, *Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1-2, 2015, pp. 1 ss. Più in generale si consideri che, nell'ambito della Costituzione formale, il tema delle Autorità indipendenti si muove tra due principi generali, espressi, rispettivamente, dall'art. 95 e dall'art. 97 Cost. L'art. 95, individua un modello di P.A. sottoposta alla direzione e alla responsabilità ministeriali e che per questo motivo non può essere applicato alle Autorità di regolazione indipendenti. Così come rileva Carbone, le Autorità indipendenti per il loro modo di operare posso essere ricondotte più nella nozione di imparzialità amministrativa, prevista dall'art. 97 Cost. La caratteristica fondante delle Autorità è, infatti, quella dall'alto tasso di imparzialità. Sul ruolo delle Autorità indipendenti nella Costituzione dopo la riforma del Titolo V si veda G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006.

14 S. LUCATTINI, *Per uno studio sull'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente. Rileggendo Vittorio Ottaviano* in, (a cura) di S. LICCIARDELLO, *Il Governo dell'Economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita. Atti di Convegno del 9 e 10 settembre Università degli Studi di Catania*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 211-220; F. SCLAFANI E L. ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas* in, (a cura) di, G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le Autorità Amministrative indipendenti*, op. cit.

15 Delibera ARERA, 18 maggio 2012, 188/2012/E/com.

16 Direttiva UE 2019/944, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE ed il cui art. 26 («*Diritto alla risoluzione extragiudiziale delle controversie*») stabilisce - tra l'altro - che «*Gli Stati membri garantiscono che i clienti finali abbiano accesso a meccanismi semplici, equi, trasparenti, indipendenti, efficaci ed efficienti di risoluzione extragiudiziale delle controversie*».

17 Vd. art. 24, co. 5, lettera 5 del D.lgs. 8 novembre 2021 n. 210, che modifica l'art. 44 del decreto legislativo 1° giugno 2011, n. 93. A tale Direttiva è stata data attuazione in Italia con D.lgs. 8 novembre 2021 n. 210, per

1.1 I principi costituzionali nell'esercizio della funzione giustiziale: cenni.

La funzione giustiziale si colloca tra l'amministrazione e la giurisdizione in una distinzione il cui fondamento normativo può essere individuato, tra l'altro, anche nella Costituzione, all'art. 117, co. 2, lettera l) che, nell'elenco delle materie di legislazione esclusiva dello Stato, distingue la «giurisdizione e norme processuali» dalla «giustizia amministrativa», attribuendo a quest'ultima un ruolo autonomo di rilievo costituzionale¹⁸.

La funzione giustiziale ha come scopo ultimo la risoluzione dei conflitti anche se questo avviene mediante un procedimento amministrativo. La legge ha attribuito alle Autorità indipendenti, in attuazione del principio di legalità, i limiti entro cui possono essere svolte le competenze loro assegnate in tema di funzione giustiziale¹⁹. Il legislatore ha ritenuto di affidare a queste Autorità la funzione giustiziale circoscrivendo la loro qualificazione con una particolare attenzione al divieto costituzionale di istituzione di Giudici speciali²⁰. Se l'ordinamento ritiene ragionevole attribuire a soggetti diversi dalla giurisdizione la possibilità di assumere decisioni di carattere giustiziale, anche al fine di svolgere una funzione deflattiva delle controversie dinanzi al giudice, è altresì ragionevole ritenere che le procedure giustiziali debbano perlomeno ispirarsi ai principi costituzionali sanciti per la tutela delle posizioni giuridiche di cittadini e imprese²¹.

Considerate le implicazioni e le conseguenze delle decisioni assunte attraverso la funzione giustiziale, si deve ritenere che taluni tra i principi sanciti dalla

effetto del quale - e per ciò che qui rileva - la partecipazione delle imprese elettriche alle procedure di risoluzione delle controversie affidate alla competenza dell'ARERA è, oggi, obbligatoria.

18 Parere Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana Adunanza di Sezione del 25 febbraio 2020 n. 61. *Non soltanto il ricorso straordinario, del resto, è espressione della funzione giustiziale. Al contrario, sono ormai numerosi gli esempi di istituti amministrativi giustiziali e, anzi, questi si sono moltiplicati negli anni recenti, anche a cagione della crisi in termini di arretrato e di lunghezza dei giudizi - maturata nella giurisdizione. Basti fare qualche esempio: oltre ai ricorsi amministrativi, i reclami alle Autorità indipendenti, le procedure di conciliazione presso vari organismi amministrativi e così via. Tutte queste ipotesi (e le altre non menzionate) vengono oggi ricondotte all'insieme disomogeneo (a parte l'elemento unificante di tipo finalistico, ossia la soluzione dei conflitti) delle procedure di ADR - Alternative Dispute Resolution).*

19 T.A.R. Lombardia, SEZ. II, Sentenza 8 febbraio 2018, n. 2226.

20 Sentenza Corte costituzionale 31 gennaio 2019 n. 13, «Peraltro, in caso di organi creati dopo l'entrata in vigore della Costituzione, il rischio di un aggiramento del divieto di istituzione di nuovi giudici speciali posto dall'art. 102, secondo comma, Cost., è stato ben presente a questa Corte, che infatti ha tratto dal divieto in parola un argomento decisivo per escludere nei casi dubbi la natura giurisdizionale del rimettente (sentenze n. 387 del 1996 e n. 44 del 1968)».

21 V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e Giurisdizione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 3, 2019, pp. 1825 ss.; questa argomentazione è stata utilizzata altresì anche con riferimento ai reati e all'idea per cui la giurisdizione debba essere riferita alla sentenza lasciando la prevenzione dei reati anche a strumenti diversificati, si veda sentenza Corte cost. 9 maggio 2013 n. 85 e S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato)*, Torino, 1999, 40.

Costituzione, quali la ragionevole durata del processo, il principio del contraddittorio, la parità tra le parti, siano mutuabili anche nel procedimento amministrativo per l'assunzione dei provvedimenti in sede giustiziale²².

Anzitutto si ritiene che la decisione debba essere assunta da soggetti in un'accertata condizione di terzietà rispetto alle parti che sono oggetto della controversia.

Gli organi deputati all'esercizio dell'amministrazione devono agire «secondo imparzialità (assumendo scelte ragionevoli e non arbitrarie a favore di una delle parti coinvolte)». Allo stesso tempo la funzione giustiziale è esercitata da soggetti «che non sono "terzi" rispetto agli interessi in gioco, anzi sono portatori di interessi (definiti dalla legge come pubblici) e sono chiamati a realizzarli attraverso valutazioni degli stessi interessi in gioco»²³. Per questo motivo le decisioni devono essere assunte da soggetti che possono godere di un elevato grado di autonomia rispetto a possibili condizionamenti.

Se nella giurisdizione terzietà vuol dire che il giudice deve essere estraneo alla lite, nella funzione giustiziale è necessario che i procedimenti amministrativi siano organizzati in modo da evitare che i funzionari che abbiano già trattato, per altre vicende, la posizione dei ricorrenti (ad esempio in sede regolatoria) possano esprimersi sulla controversia.

Un altro profilo attiene ad alcune garanzie che dovrebbero essere previste non soltanto per l'organo di vertice delle Autorità indipendenti, su cui ricade la responsabilità ultima della decisione, ma anche su coloro i quali predispongono le valutazioni preliminari²⁴. In tal senso sarebbe opportuno che i funzionari che contribuiscono all'assunzione della decisione abbiano una maggiore tutela rispetto alla possibilità di essere sottoposti agli indirizzi dell'amministrazione, tra l'altro, perché questi devono essere tutelati da eventuali provvedimenti finalizzati a influenzare le decisioni. Il tema si pone altresì con riferimento alla mobilità dei funzionari che, qualora siano loro attribuite delle funzioni nei procedimenti per l'assunzione delle decisioni in sede di funzione giustiziale, dovranno essere tutelati da eventuali provvedimenti di mobilità arbitraria come conseguenza del proprio operato. Di contro, nei confronti di coloro i quali assumono la decisione o predispongono gli atti istruttori, si dovrebbero immaginare forme di riconsiderazione o di

22 Si veda T.A.R. Lombardia 1936 del 2 settembre 2019 «*Malgrado la loro natura formalmente amministrativa, i procedimenti giustiziali sono quindi sottoposti a regole procedurali proprie, volte a garantire adeguatamente il contraddittorio e la partecipazione degli interessati, non essendo conseguentemente dovuta la comunicazione di avvio del procedimento, né l'avviso di cui all'art. 10 bis cit. (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 22.6.2018, n. 7032), che non è pertanto stato violato*».

23 V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e Giurisdizione*, cit.

24 Sul punto si vedano le diverse procedure adottate dalle Autorità indipendenti per la decisione delle controversie nell'esercizio della funzione giustiziale.

obbligo di astensione²⁵.

Uno degli elementi che deve caratterizzare la funzione giustiziale delle Autorità indipendenti risiede nella separazione, al loro interno, tra la funzione regolatoria e quella giustiziale²⁶. In altre parole, bisogna evitare che il regolatore assuma delle decisioni che possano entrare in conflitto di interesse con la propria funzione giustiziale o che i due momenti della propria azione possano influenzarsi²⁷.

Allo stato attuale tali limitazioni possono essere ricavate dalle disposizioni generali, ma non sono, perlomeno in tutti i casi, specificamente previste dalle procedure per la decisione delle controversie delle diverse Autorità.

Avendo assunto in questa riflessione come parametro di riferimento gli artt. 24, 111, co.1, co. 2, Cost. si ritiene che sussista la necessità che tutti i soggetti, che potrebbero essere interessati dalla decisione presa in sede giustiziale, debbano avere garantita la possibilità di partecipare al procedimento amministrativo giustiziale²⁸.

Considerando che la funzione giustiziale è un procedimento amministrativo²⁹ la partecipazione a questo è garantita dalle disposizioni dell'ordinamento³⁰; tuttavia è opportuno che il legislatore preveda maggiori tutele a garanzia dell'intervento delle parti nei procedimenti giustiziali, considerate le conseguenze che la decisione può

25 In tema di obbligo di astensione è stato introdotto nel 2012, con l'art. 6 bis, alla legge 7 agosto 1990 n. 241, il quale prevede che «*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*».

26 A.P. MORRIS, B. YANDLE, A. DORCHAK, *Regulation by Litigation*, Yale University Press, 2008.

27 In alcuni casi, invero, è lo stesso legislatore a "legare" espressamente (ed impropriamente) le due funzioni: ci si riferisce, in particolare, all'art. 23, co. 3, del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (d.lgs. n. 259/2003), ai sensi del quale «nella risoluzione delle controversie l'Autorità persegue gli obiettivi di cui all'art. 13», ovvero gli obiettivi dell'attività di regolamentazione. Aderisce a tale impostazione, seppur prospettando un "temperamento" dell'idea secondo cui la tutela degli interessi delle parti sarebbe anche l'occasione per tutelare gli interessi generali a cui la regolazione è preordinata, E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche* in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2014, pp. 60 ss. Pone la questione in maniera maggiormente problematica, M. CLARICH, *I ricorsi dinanzi alle autorità amministrative indipendenti*, in G. FALCON, B. MARCHETTI, a cura di, *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, pp. 128 ss.

28 È solo possibile, in questa sede, richiamare la copiosa dottrina sul punto anche di ambito giusciviltistico. L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, Cedam, 1970, che aveva messo in evidenza quello "schema fondamentale" di "giusto processo" desumibile dagli artt. 3, 24, 25, co. 1, 101-104, 107-108, 111 e 113 Cost.; M. CECCHETTI, voce *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Aggiornamento, Milano, Giuffè, 2001, pp. 595 ss.; A. ANDRONIO, sub *Art. 111*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, Utet, 2006, p. 2111; L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *Jus*, 2000, pp. 362 ss.; P. FERRUA, *Il 'giusto processo' in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. e giust.*, 2000, 1, pp. 5 ss.; ID., *Il giusto processo*, Bologna, Zanichelli, 2005; M.G. CIVININI, C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo civile" (Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000)*, Milano, FrancoAngeli, 2001.

29 Sul rapporto tra l'esercizio della funzione giustiziale in Italia e le caratteristiche della giustizia esercitata dagli *administrative tribunals* inglesi nella diversa lettura delle funzioni giurisdizionali oltre la magistratura ordinaria: si veda M. MACCHIA, *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, n. 1, pp. 1 ss.

30 Il riferimento è al capo III della l. 241 del 1990 in cui sono contenuti gli elementi della partecipazione al procedimento amministrativo, tra l'altro, in attuazione dei principi costituzionali.

avere sui soggetti interessati. La partecipazione durante tutto il procedimento amministrativo si rende ancora più necessaria in ragione del fatto che gli atti impugnabili del procedimento amministrativo sono solo quelli finali e non gli atti endoprocedimentali che, tuttavia, possono rappresentare un momento decisivo di non secondo momento per la controversia. In conseguenza di ciò è necessario che le parti possano avere la possibilità di partecipare attivamente alle diverse fasi del procedimento finalizzato a confluire nella decisione giustiziale³¹.

2. Un caso di studio: la Delibera 188/2012/E/COM dell'ARERA

L'ARERA, in attuazione della legge³², ha regolamentato le modalità per l'assunzione delle decisioni dei reclami in materia giustiziale. Anzitutto, nell'ottica di un rapporto tra funzione giustiziale e giurisdizionale, bisogna considerare che la funzione giustiziale è attribuita all'ARERA a seguito delle Direttive dell'Unione europea che hanno stabilito l'istituzione di questa funzione per quelle materie che nel nostro ordinamento sono attribuite alla regolazione da parte di questa Autorità³³. Il diritto dell'Unione è stato recepito attraverso l'adozione della normativa nazionale, la quale ha attribuito all'ARERA la competenza per la risoluzione delle controversie in sede giustiziale e il cui scopo è quello di garantire la decisione delle controversie a tutela dell'accesso al mercato³⁴. Attraverso la funzione giustiziale l'Autorità tutela e garantisce la libertà di accesso alle infrastrutture, così da assicurare un funzionamento competitivo del mercato energetico³⁵.

La scelta del legislatore europeo è stata quella di non demandare la risoluzione di

31 Per una lettura in chiave europea si veda S. LUCATTINI, *La rete procedimentale europea dell'energia*, in *Munus*, n. 1, 2015, pp. 2 ss.

32 L'Autorità ha regolato la funzione con la Delibera ARERA 188/2012; S. LUCATTINI, *Giustizia e regolazione nella risoluzione delle controversie infrastrutturali energetiche*, in *Giustizia Amministrativa*, 2013, n. 12 pp. 1 ss.

33 Tra le altre disposizioni si veda la Direttiva 2009/73 la quale prevede che «Gli Stati membri garantiscono che sia predisposto un meccanismo indipendente come un Mediatore dell'energia o un organismo dei consumatori al fine di assicurare un trattamento efficiente dei reclami e della risoluzione stragiudiziale delle controversie» e ancora « Gli Stati membri assicurano la messa in atto di disposizioni sulla risoluzione delle controversie in cui sia prevista un'autorità indipendente dalle parti, che ha accesso a tutte le informazioni pertinenti, in modo da consentire la rapida soluzione di controversie riguardanti l'accesso a reti di gasdotti». Con riferimento alla funzione giustiziale nella Pubblica amministrazione si veda, tra gli altri, M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2012.

34 «Interconnessione alle infrastrutture di rete e sul regime delle c.d. *essential facilities*; sul favor per la separazione tra gestione della rete e gestione del servizio; sul principio dell'*unbundling* in caso di integrazione verticale dell'operatore di mercato; sul divieto di sussidi incrociati; sulla c.d. prevedibilità della regolazione; sulla disciplina limitativa dei poteri di mercato dominanti; sulla tutela del consumatore; sulla funzione delle c.d. *Alternative dispute resolutions*; sulla trasparenza tariffaria nei mercati; sul rapporto tra regolazione e servizio di interesse economico generale, etc»: vedi F. CINTIOLI *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 2017, pp. 381 ss.

35 M. CLARICH, F. SCLAFANI, *La regolazione dei mercati energetici*, in AA.VV., *Il governo dell'energia per lo sviluppo del Paese*, Bologna, Il Mulino, 2002.

tali questioni alla sola tutela giurisdizionale che, tra l'altro, potrebbe non garantire tempi celeri di risposta³⁶. Ritenuto che la regolazione dell'ARERA prevede un tempo di sei mesi per la conclusione del procedimento³⁷, l'attribuzione della funzione giustiziale all'Autorità di regolazione per l'Energia le reti e l'ambiente garantisce che la decisione sia assunta in un contesto di elevata conoscenza tecnica della regolazione rispettando la celerità dei tempi nell'assunzione della decisione, esigenza che rappresenta un elemento essenziale per i produttori ed i distributori del mercato dell'energia, soprattutto in relazione agli investimenti da programmare³⁸.

L'Autorità decide sui reclami presentati contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema di gas naturale liquefatto o di distribuzione³⁹. L'oggetto dei reclami presentati all'ARERA attiene al rispetto degli obblighi imposti ai gestori sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale, i quali sono disciplinati dalla regolazione dell'Autorità. La normativa dispone che l'Autorità emani una specifica regolazione⁴⁰ per disciplinare⁴¹ le procedure di risoluzione delle controversie⁴². Inoltre, l'ARERA è competente a decidere dei reclami presentati per la risoluzione delle controversie insorte tra produttori e gestori di rete in relazione all'erogazione del servizio di connessione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili⁴³.

In forza dei suddetti provvedimenti legislativi⁴⁴, l'Autorità ha adottato la procedura per la trattazione dei reclami presentati da operatori contro un gestore⁴⁵, predisponendo il sistema di decisioni dei reclami attraverso uno specifico

36 Si è già accennato all'ultima Direttiva UE, in cui le fonti UE insistono sul tema della necessità di predisporre procedure "rapide" ed "efficaci"

37 Il procedimento amministrativo è regolato dall'Allegato A della Deliberazione ARERA n. 188/2012.

38 S. LUCATTINI, *Giustizia e regolazione nella risoluzione delle controversie infrastrutturali energetiche*, op. cit.

39 Articolo 44, co. 1 e 2 del Decreto legislativo 1 giugno 2011 n. 93.

40 Art. 44, co. 3. del Decreto legislativo 1 giugno 2011 n. 93.

41 Ai sensi dell'articolo 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481.

42 L'articolo 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481 prevede l'istituzione di apposite procedure di conciliazione e di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio che possano essere rimesse in prima istanza alle commissioni arbitrali e conciliative istituite presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, ai sensi dell'articolo 2, comma 2, lettera g) (già articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580; l'attuazione delle direttive previste dall'articolo 44, comma 3, del D.Lgs. 93/11, riguardanti anche la disciplina della trattazione dei reclami aventi ad oggetto le controversie di cui al medesimo articolo 44, commi 1 e 2, richiede un necessario e preliminare coordinamento con Unioncamere e le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; sia necessario, nelle more dell'avvio e della definizione dei suddetti rapporti con Unioncamere e le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, che la trattazione dei reclami previsti e disciplinati dall'articolo 44, commi 1 e 2, del D.Lgs. 93/11, sia comunque assicurata dagli Uffici dell'Autorità, ad eccezione dei reclami presentati da clienti finali e clienti-produttori; pertanto, sia necessario procedere all'adozione di un provvedimento disciplinante, nelle more dell'attuazione delle direttive di cui all'articolo 44, comma 3, del D.Lgs. 93/11.

43 Di cui all'art. 14, comma 2, lett. f-ter), del D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387.

44 Con deliberazione 57/2012/E/com.

45 Articolo 44, commi 1 e 2, del d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93.

procedimento amministrativo giustiziale⁴⁶.

Le considerazioni sulle modalità con cui si svolge il procedimento non sono secondarie, ma rappresentano la chiave di lettura privilegiata per comprendere il rapporto tra funzione giustiziale ed i principi costituzionali.

L'ARERA ha previsto, all'interno della propria struttura, una specifica organizzazione denominata Unità Arbitrati e Decisioni Controversie (in sigla, ADC), la quale ha il compito di dare attuazione al procedimento per la risoluzione delle controversie. Il ruolo dell'ADC rappresenta il mezzo attraverso cui l'Autorità svolge la funzione giustiziale in attuazione di quei principi già citati e che sono a fondamento della compatibilità dello strumento giustiziale nel quadro costituzionale.

Il procedimento si compone di diverse fasi, tassativamente previste da una procedura stabilita con Deliberazione dell'Autorità⁴⁷ e che si conclude con l'adozione della Decisione ad opera del Collegio. Il reclamo, presentato da chi ritiene che sia stata violata la regolazione⁴⁸, è l'impulso che avvia il procedimento giustiziale, suddiviso in una preliminare valutazione giuridica e tecnica che termina con la proposta di decisione al Collegio dell'Autorità.

Una volta instaurato il reclamo dinanzi l'Autorità, questo viene assegnato al responsabile del procedimento, il quale "gestisce" il reclamo attraverso tutti gli strumenti previsti dalla regolazione e che gli permettono di giungere ad una sua valutazione nel contraddittorio tra le parti.

Per l'approfondimento sugli elementi di dettaglio si rinvia alla disciplina sulla regolazione⁴⁹, tuttavia, si segnalano alcuni aspetti che rilevano ai fini di una lettura

46 In particolare, l'articolo 2 della Delibera ARERA 188/2012 del 2012 prevede che possono essere presentati dei ricorsi contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione per quanto concerne gli obblighi a tali gestori imposti in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale. Inoltre, la Disciplina si applica ai *prosumer* per le controversie insorte nei confronti di un gestore di rete. I *prosumer* possono, in alternativa, attivare direttamente la procedura giustiziale di cui alla presente Disciplina o dopo aver esperito, con esito negativo, il tentativo di conciliazione presso il Servizio Conciliazione di cui all'allegato A) alla deliberazione 209/2016/E/com. 2.3 La presente Disciplina si applica anche alle procedure di risoluzione delle controversie di cui all'articolo 14, comma 2, lettera f-ter), del D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, insorte tra produttori e gestori di rete in relazione all'erogazione del servizio di connessione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, non concernenti obblighi imposti in attuazione delle direttive comunitarie. In tali casi, l'Autorità, in deroga ai termini previsti dal presente provvedimento, adotta la relativa decisione, con propria deliberazione, nel termine di sei mesi dalla data di ricevimento del reclamo.

47 In particolare, la disciplina è prevista dall'allegato A alla deliberazione 18 maggio 2012, 188/2012/E/com come modificato ed integrato con deliberazioni 20 febbraio 2014, 59/2014/E/com, 11 dicembre 2014, 605/2014/E/com e 18 maggio 2017, 338/2017/E/com.

48 Art. 3, All. A alla deliberazione 18 maggio 2012, 188/2012/E/com.

49 Tra le altre parti, l'art. 5 Allegato A) Deliberazione 18 maggio 2012, 188/2012/E/com come modificato e integrato con deliberazioni 20 febbraio 2014, 59/2014/E/com, 11 dicembre 2014, 605/2014/E/com e 18 maggio 2017, 338/2017/E/com. La Direzione competente svolge le seguenti attività: riceve i reclami; costituisce e gestisce il protocollo e l'archivio relativo ai reclami di cui alla precedente lettera a) e alle conseguenti comunicazioni. A tal fine, provvede alla fase di archiviazione, ordinamento e conservazione dei documenti; verifica l'ammissibilità del reclamo e la sussistenza dei requisiti formali, di cui all'articolo 3, e sostanziali, di cui all'articolo 2, e invita, laddove necessario, il reclamante a regolarizzare o completare gli atti irregolari o

costituzionalistica della procedura. Il responsabile del procedimento istruisce il reclamo fondando le proprie argomentazioni giuridiche, oltre che sulle valutazioni tecniche fornite dalle competenti Direzioni dell'ARERA, sull'istruttoria suffragata dalle diverse argomentazioni delle parti in causa. Il tenore e le modalità di partecipazione delle parti al procedimento, così come sancito dalla regolazione, hanno una caratteristica che va oltre la partecipazione prevista dal procedimento amministrativo.

A differenza di quanto sancito dalla legge 7 agosto 1990 n. 241⁵⁰, la valutazione del Reclamo, sia com'è disciplinato dalle fonti dell'Autorità, sia come viene applicato nella prassi⁵¹, ha degli elementi tipici che si rifanno ai principi costituzionali in tema di giustizia.

Il procedimento attraverso cui si realizza la funzione giustiziale è caratterizzato da un robusto impianto del contraddittorio tra i reclamanti⁵². Una volta presentato il reclamo questo viene comunicato alle parti che sono invitate a partecipare con la presentazione di memorie e repliche nelle diverse fasi del procedimento giustiziale⁵³. Tra gli argomenti a sostegno della tesi della forte partecipazione all'interno del procedimento giustiziale in oggetto è possibile considerare che il responsabile del procedimento può, in contraddittorio tra le parti, svolgere un'audizione il cui esito viene formalizzato con la redazione di un verbale funzionale alla decisione⁵⁴. Una procedura che caratterizza la funzione giustiziale rispetto ai normali procedimenti amministrativi. Nel caso preso in esame per il presente studio si è rilevato come l'attività di risoluzione alternative delle controversie permette di ottenere un

incompleti eventualmente trasmessi, assegnando a tal fine un termine perentorio non superiore a 5 giorni; invia, ai fini dell'espressione dei pareri di cui al successivo comma 5.2, i reclami alle Direzioni tecniche, secondo le rispettive competenze per materia, dandone comunicazione alle parti, a meno che non ricorrano cause di irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o altri motivi per disporre l'immediata archiviazione dei reclami; evade le istanze di accesso ai documenti in suo possesso nel rispetto della normativa vigente; assicura che le Direzioni tecniche forniscano i pareri di competenza sui reclami assegnati nei termini previsti dal successivo comma 5.2; predispone e sottopone all'Autorità, entro 50 giorni dal ricevimento del reclamo, lo schema di decisione conclusiva; h) comunica alle parti la decisione assunta dal Collegio sul reclamo; i) acquisisce gli elementi, eventualmente emersi nell'ambito dello svolgimento delle attività disciplinate dal presente provvedimento, per l'avvio di procedimenti sanzionatori e prescrittivi ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettere c) e d), della legge 14 novembre 1995, n. 481.

50 Ci si riferisce alla legge 7 agosto 1990 n. 241.

51 Per una maggiore comprensione delle modalità di assunzione delle Decisioni si possono leggere le stesse sul sito istituzionale dell'ARERA nella Sezione "Decisioni".

52 Sul contraddittorio all'interno del procedimento giustiziale, S. ANTONIAZZI, *Procedimenti amministrativi, atti e provvedimenti dell'Autorità regolazione* in, a cura di, F. MERUSI, S. ANTONIAZZI, *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2017.

53 Art. 3, Allegato A alla deliberazione 18 maggio 2012, 188/2012/E/com come modificato ed integrato con deliberazioni 20 febbraio 2014, 59/2014/E/com, 11 dicembre 2014, 605/2014/E/com e 18 maggio 2017, 338/2017/E/com.

54 Art. 4, Allegato A, op. cit.

elevato⁵⁵ e rapido numero di decisioni nei tempi stringenti previsti dalla regolazione.⁵⁶ Sul punto è possibile considerare che difficilmente sarebbe possibile giungere ad un risultato altrettanto rapido, considerati i temi trattati e la possibilità per il responsabile del procedimento di reperire, all'interno della medesima Autorità, un parere tecnico⁵⁷.

Con riferimento alla qualificazione effettuata dalla giustizia amministrativa, nel giudicare la decisione dei reclami, la giurisprudenza considera preliminarmente che la funzione dell'ARERA ha natura «*paragiurisdizionale*», con i limiti che il giudice impone a questa attività⁵⁸.

Allo stesso tempo è la stessa giurisprudenza che riconosce un ruolo decisivo all'esercizio alternativo di risoluzione delle controversie svolto da ARERA e in quest'ottica viene, di conseguenza, letto il procedimento alla base della decisione⁵⁹.

In quest'intreccio di interessi il giudice amministrativo verifica, in attuazione della tutela giurisdizionale costituzionalmente garantita, il corretto adempimento del ruolo giustiziale svolto dall'Autorità, al fine di definirne i confini e la correttezza nello svolgimento del procedimento.

Si tralascia, in questa sede, di ripercorrere il dibattuto tema del sindacato giurisdizionale sugli atti regolatori, o di altra natura, delle Autorità indipendenti, in quanto ampiamente trattato da giurisprudenza e dottrina che hanno definito i confini della tutela giurisdizionale al fine di evitare che si realizzi una sostituzione del giudice all'attività amministrativa⁶⁰. Il profilo che rileva nella presente riflessione

55 Prevista dalla delibera n. 188/2012/E/com sono stati presentati in totale 499 reclami.

56 Nel corso del 2018 il tempo medio per la risoluzione delle controversie tra operatori economici, ex delibera n. 188/2012/E/com, gestite dall'Autorità, è di 6 mesi; il rispetto delle decisioni assunte dall'Autorità raggiunge quasi la quota del 100%. In particolare, la maggior parte delle decisioni sono state immediatamente ottemperate dalle parti, mentre per circa un 16% dei casi l'ottemperanza è avvenuta a seguito dell'intervento dell'Unità Arbitrati e Decisioni Controversie. Al fine di dare una più ampia diffusione dello strumento e di fornire agli operatori una più veloce conoscenza delle argomentazioni a fondamento delle Decisioni assunte è stato aggiornato, anche per le Decisioni del 2018, il massimario presente sul sito internet dell'Autorità e liberamente accessibile agli utenti. Questo strumento permette di fornire un quadro informativo completo delle attività svolte in attuazione delle funzioni affidate all'unità ADC.

57 Le materie in cui opera la funzione giustiziale dell'ARERA possono essere raggruppate in: Agevolazioni tariffarie, in ordine alla mancata applicazione dell'esenzione dal pagamento dei corrispettivi di trasmissione e distribuzione; la connessione a reti di distribuzione; il servizio di misura in cui sussiste una contestazione tra il gestore di rete e il GSE; il third party access (TPA); l'allocazione dei volumi di Gas; la distribuzione del gas, vedi sul punto A. PATANÈ, *La giurisprudenza avverso le Decisioni dell'Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente in attuazione della delibera 188/2012/E/Com*, Milano, Edizioni Educatt, 2020.

58 «Alternative alle misure giurisdizionali, devono rimanere tali e non confondersi con queste ultime; in una parola, devono essere non giurisdizionali e non divenire, alla fine, anch'esse giurisdizionali. Si perderebbe, in tal modo, lo scopo stesso delle misure alternative, che è quello di assicurare una tutela più semplice e possibilmente più rapida delle misure giurisdizionali», vedi A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comparato*, n. 3-4, 2015, pp. 758 ss.

59 S. ANTONIAZZI, *Procedimenti amministrativi, atti e provvedimenti dell'Autorità di regolazione*, op. cit.

60 Sul punto si segnala la Sentenza Consiglio di Stato, 27 marzo 2015, n. 854 (Delibera 612/2013/R/EEL). Con riferimento a tale decisione, in questa sede è rilevante quanto hanno scritto i Giudici con riferimento ai confini dei poteri dell'Autorità. Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello e nel punto in fatto e diritto n. 8 si sofferma

attiene alla valutazione per cui «il giudice può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire le proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate». In altri termini l'Autorità, nell'espletare la funzione giustiziale, persegue l'obiettivo dell'interesse pubblico affidatogli dalla legge e dunque effettua delle considerazioni nel merito rispetto ai temi oggetto della controversia. Nel fare questo, l'Autorità indipendente utilizza prioritariamente il parametro della regolazione⁶¹. Diversamente, il giudice svolge una funzione di tutela giurisdizionale in senso ampio verificando se il procedimento ha anzitutto rispettato il principio di legalità e dunque la legislazione che ha istituito e disciplina l'Autorità e poi se sussiste una corrispondenza tra la decisione assunta e quanto previsto dalla regolazione⁶².

2.1 Funzione giustiziale e sindacato giurisdizionale: breve ricostruzione dei principi enucleati dalla giurisprudenza amministrativa.

La risoluzione alternativa alle controversie attribuita alla competenza delle Autorità amministrative indipendenti non sfugge al sindacato della giustizia amministrativa.

ampiamento sul principio di legalità dell'azione amministrativa. Come ricordato nella sentenza, in attuazione degli articoli 23, 97 e 113 Cost. devono essere individuati lo scopo pubblico da perseguire ed i presupposti essenziali di ordine procedimentale e sostanziale per l'esercizio - in concreto - dell'attività amministrativa. L'applicazione di suddetto principio di legalità nelle materie demandate alle Autorità indipendenti è che queste possono esercitare poteri di etero-integrazione, suppletiva e cogente, dei contratti. Nel caso oggetto dell'appello, il Consiglio di Stato ritiene che l'Autorità abbia esercitato un potere di integrazione contrattuale che non persegue le finalità predeterminate dalla legge ed è per questo che risulta violato il principio di legalità nel senso di indirizzo verso lo scopo pubblico da perseguire. L'Autorità, secondo l'interpretazione del Giudice, ha esercitato un'indebita ingerenza di un potere pubblico nelle autonome autoregolazioni di interessi privati ad opera dei singoli contraenti. Il Consiglio di Stato, con la sentenza in oggetto, ha svolto un'interpretazione che si pone come margine ben definitivo rispetto alla libertà contrattuale.

61 Una valutazione sulla funzione giustiziale è stata svolta da M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *Federalismi.it*, 17 maggio 2017, pp. 2 ss.

62 T.A.R. Lombardia, Sez. I, Sentenza 3 settembre 2018 n. 2042. Con la sentenza in esame il giudice amministrativo si preoccupa di definire taluni aspetti rilevanti circa la potestà sanzionatoria attribuita all'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) dall'art. 4, comma 2, del D.lgs. 387/2003. In particolar modo il giudice evidenzia che l'accertamento degli elementi oggettivi e soggettivi dell'illecito amministrativo deve essere necessariamente rimesso all'Autorità amministrativa attributaria della *potestas* sanzionatoria. Oltre al giudizio sull'*an*, spetta all'Autorità anche il giudizio sul *quantum*, che permette di parametrare la sanzione all'effettiva gravità dall'agire illecito. Nel caso di specie, dunque, gli elementi istruttori e gli accertamenti compiuti da GSE S.p.A. (Gestore dei Servizi Energetici) in sede di verifica dell'ottemperanza all'obbligo di acquisto dei CV (certificati verdi) vengono trasmessi all'Autorità, affinché quest'ultima provveda ad esercitare i propri poteri sanzionatori. La segnalazione di GSE, che di regola presenta una valenza immediatamente lesiva, in questo caso funge da rappresentazione di una situazione di fatto, degradando così al rango di mera segnalazione. Cons. Stato, VI, 14 marzo 2000, n. 1348, *Italcementi*. 2 Cons. Stato, VI, 23 aprile 2002, n. 2199; Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2014 n. 6041, in cui con riferimento ad un provvedimento dell'Aeegsi, si ritiene che non sia sufficiente ad integrare un vizio che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, essendo necessario che emerga un contrasto con un principio definito di ragionevolezza tecnica.

Nonostante l'avvio piuttosto recente, (anche) l'attività in materia giustiziale dell'ARERA è già oggetto di copiosa giurisprudenza⁶³, che ha affrontato i profili del rapporto tra giurisdizione, funzione giustiziale e limiti a questa imposti.

Considerato che L'ARERA adotta le proprie decisioni all'esito del citato procedimento amministrativo, il controllo del giudice amministrativo è improntato alla verifica del rispetto della legittimità degli atti assunti alla luce delle previsioni normative e della regolazione; tuttavia, la giurisprudenza si è espressa in più casi sulla verifica del rispetto dei principi costituzionali, della legge e della regolazione nell'adozione delle decisioni, a valle della procedura giustiziale⁶⁴.

L'Autorità svolge una valutazione di tipo tecnico, fondata sul diritto unionale⁶⁵, sulle previsioni contenute nelle leggi di recepimento e sulla regolazione da essa emanata; nondimeno le decisioni in sede giustiziale sono caratterizzate da una forte componente di discrezionalità nell'apprezzamento delle diverse tesi dei reclamanti. In tal senso l'Autorità adotta una decisione "discrezionale" nell'apprezzamento delle tesi delle diverse parti sull'attuazione della regolazione, ma il carattere soggettivo della valutazione è determinato dall'autonomo apprezzamento che l'Autorità deve effettuare rispetto a quanto sostenuto⁶⁶.

In conseguenza di ciò il giudice non può sostituirsi alle valutazioni delle argomentazioni nel merito che hanno indotto l'Autorità ad assumere la decisione⁶⁷. Nondimeno questo profilo, che è stato trattato in dottrina e giurisprudenza, rappresenta una questione controversa⁶⁸.

63 Il legislatore ha deciso di attribuire la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per i provvedimenti assunti dall'ARERA ed ha attribuito la competenza funzionale al TAR Lombardia; la Corte costituzionale ha affermato che la discrezionalità attribuita al legislatore di derogare al modello della competenza non si pone in contrasto né con il principio di ragionevolezza laddove siano giustificate da ragioni di concentrazione ed unitarietà, né con il principio di naturale costituzione del giudice di cui all'art. 25 Cost., in quanto la deroga non incide sulla disciplina generale, ma sostituisce la vecchia norma con un nuovo ordinamento, designando, così, un nuovo giudice naturale: vedi M. CORRADINO, a cura di, *Come si scrive la sentenza amministrativa*, Bari, Cacucci editore, 2018, p. 33; si veda Corte Cost. 26 giugno 2007 n. 237.

64 A. LALLI, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, in M. D'ALBERTI, A. PAJINO, a cura di, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, op. cit.

65 L'attività delle Autorità indipendenti si svolge non solo in attuazione del diritto dell'Unione europea, ma lo stesso riconoscimento delle Autorità nell'ordinamento si può considerare in attuazione del riconoscimento dell'Italia da parte delle organizzazioni internazionali.

66 F. LIGUORI, *La giustizia innanzi all'AEEG*, in (a cura di), G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, Vol. II, 2012, Napoli, Editoriale Scientifica; S. BALZANO, *Funzioni giustiziali dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas nel settore della produzione energetica da fonti rinnovabili*, Ivi.

67 Si veda L. CARBONE, *Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, op. cit.

68 Parere dell'Ufficio Studi e massimario della giustizia amministrativa su Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale, 2017, «Il problema si è allora spostato sull'individuazione di eventuali limiti nell'esercizio del sindacato sull'analisi economica e sulle valutazioni tecniche. La tesi di un sindacato di tipo "debole", nel senso che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'Autorità, è stata da tempo superata dalla giurisprudenza amministrativa, che ha definito il sindacato "forte, pieno ed effettivo", ponendo l'attenzione unicamente sulla ricerca di "un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in

Il giudice amministrativo ha la possibilità di effettuare un controllo sui fatti a fondamento della decisione e dunque sulla corretta applicazione dei parametri utilizzati nella valutazione effettuata dall'Autorità. In questo modo la giustizia amministrativa valuta, nel merito, le decisioni giustiziali dell'Autorità, rilevando non solo le violazioni di legge nel corso del procedimento, ma anche le eventuali incongruenze commesse dall'Autorità nel decidere le controversie mediante il parametro della regolazione che la stessa Autorità ha adottato; ed è così che il giudice amministrativo finisce per intervenire, talvolta con pronunce caducatorie, non solo sulle decisioni finali assunte dall'Autorità in sede giustiziale, ma anche sulla retta interpretazione della disciplina regolatoria dettata dalla medesima Autorità⁶⁹.

Così, ad esempio, la giurisprudenza afferma che, *«pur non potendo il giudice sostituirsi all'amministrazione in ciò che è ad essa riservato»* nel valutare le Decisioni assunte in sede giustiziale, il sindacato giurisdizionale *«non può limitarsi ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale⁷⁰, ma deve estendersi, invece, all'esatta rappresentazione dei fatti, all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante: quanto sopra in coerenza con il principio - costituzionale e comunitario - di effettività della tutela giurisdizionale»⁷¹.*

Il giudice amministrativo ritiene che l'esercizio della discrezionalità esercitata dall'Autorità debba essere *«verificabile»* nel giudizio di legittimità, sotto *«i profili della coerente applicazione delle regole tecniche, rilevanti per il settore, nonché della corrispondenza degli atti emessi ai dati concreti, in modo logico e non arbitrario»*. A parere della giurisprudenza i provvedimenti siano censurabili quando *«risulti superato il margine oggettivo di opinabilità delle scelte»⁷².*

Il Consiglio di Stato ha sancito un orientamento "forte" rispetto ai provvedimenti delle Autorità indipendenti e, nel merito, ha esercitato un sindacato pieno nel sostituirsi alle valutazioni effettuate dall'Autorità⁷³. In una lettura costituzionale della funzione giustiziale non è secondario evidenziare come anche la giurisprudenza affermi che sussistono dei limiti al sindacato del giudice amministrativo rispetto alle

cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità indipendente sia stato correttamente esercitato⁷⁴.

69 Il Consiglio di Stato nella Sentenza Sez. VI, 12 ottobre 2011, n. 5519 ha ritenuto che il sindacato giurisdizionale si possa esercitare anche mediante la verifica rispetto alle valutazioni tecniche che sono state compiute dall'Amministrazione. Il caso attiene ad una Decisione dell'Autorità in cui questa ha effettuato una valutazione di merito. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che sussista una ragionevolezza delle valutazioni effettuate dall'Autorità. Secondo il Giudice amministrativo l'Autorità non ha commesso degli errori nelle valutazioni tecniche che sono state poste a fondamento della delibera.

70 Secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria.

71 Tra le altre, nella sentenza Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888.

72 Si veda in tal senso Cons. Stato, VI, 21 maggio 2013, n. 2722, 10 dicembre 2014, n. 6050; 6 maggio 2014, n. 2302; si veda altresì Cass., SS.UU., 14 maggio 2014, n. 10411.

73 Si veda sentenza sez. VI, 9 agosto 2016.

valutazioni dell'amministrazione sulle decisioni "tecniche" e dunque un limite alla valutazione nel merito delle decisioni assunte in sede giustiziale⁷⁴.

Il giudice amministrativo non può sostituirsi alle valutazioni dell'Autorità indipendente in sede giustiziale quando questa si è mantenuta all'interno dei propri confini di competenza⁷⁵. Il rapporto tra la valutazione dell'Autorità indipendente e il giudice amministrativo è tracciato da un cammino dove il giudice non può andare oltre le competenze che gli sono attribuite⁷⁶.

In quest'ottica, secondo il Consiglio di Stato, il principio del sindacato giurisdizionale pieno (e non meramente estrinseco-formale) può avere implicazioni anche a favore dell'Autorità, nella misura in cui impone di distinguere la difficile intelligibilità (che è il riflesso fisiologico della complessità tecnica della materia regolata) dall'irragionevolezza o dall'inadeguatezza motivazionale⁷⁷.

Nel supportare le decisioni giustiziali di ARERA il giudice amministrativo ha statuito che la complessità tecnica delle valutazioni che precedono le scelte regolatorie dell'Autorità spesso non rendono immediatamente percepibile, specie se guardato con gli occhi del "profano", l'iter logico-motivazionale che sorregge la "regola" o il "parametro" introdotto dall'Autorità. Tuttavia, questo non può essere utilizzato come elemento a fondamento dell'eventuale annullamento della decisione giustiziale.+

Il Consiglio di Stato ha stabilito che non è corretta la scelta del T.A.R. allorché definisce inadeguata la motivazione della decisione giustiziale non immediatamente intelligibile, sovrapponendo così il piano della complessità tecnica con quello della carenza motivazionale. Il giudice non può sostituirsi al regolatore ritenendo «*più ragionevole*» la soluzione prospettata dalla ricorrente rispetto a quella individuata dall'Autorità, senza farsi carico di giustificare sul piano tecnico-specialistico le ragioni di tale asserita maggiore ragionevolezza. Secondo quest'interpretazione la

74 Da ultimo è opportuno segnalare anche i limiti alla valutazione a tutela della discrezionalità della P.A. Infatti, la Corte di Cassazione in alcune note pronunce ha posto dei limiti affermando che «non è consentito al Consiglio di Stato un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili, *id est* l'esercizio, da parte del giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza». Cass. Civ., Sez. Un., 17 marzo 2008, n. 7063; seguita da Cass. Civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014 n. 1013.

75 Cass. Civ. Sez. Unite, 1 febbraio 2016, n. 1836.

76 Lo spettro di competenza è quello della valutazione del rispetto, da parte dell'Autorità, della legge e della regolazione. Diversamente il rischio è quello di effettuare una valutazione che è attribuita, per legge, all'Autorità indipendente (Cons. Stato, VI, 15 maggio 2015, n. 2479 e VI, 30 giugno 2016, n. 2947). Sul punto, senza dilungarsi, si segnala che sussiste un ampio dibattito oltre che una giurisprudenza della Corte CEDU sulla compatibilità dell'attività svolta dalle Autorità indipendenti nella loro funzione di ADR rispetto alla Carta europea dei diritti dell'uomo. Questa giurisprudenza non riconosce oggi alcun ambito di attività "riservato" all'Autorità indipendente e non sindacabile in modo effettivo dal giudice. Il solo ambito che è riservato all'Autorità attiene all'esercizio dei poteri che gli sono attribuiti ed il compito del Giudice è quello di valutarne la correttezza.

77 Sentenza Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165.

giurisprudenza ha tracciato una linea di confine tra la funzione giustiziale e quella giurisdizionale, ponendo un confine non superabile.

Un tema di particolare rilievo si pone rispetto all'eventuale sovrapposizione di una controversia dinanzi al giudice e di fronte all'Autorità in funzione giustiziale. La regolazione dell'Autorità ha espressamente previsto che il reclamo deve essere archiviato nel caso in cui, per la fattispecie oggetto dell'istanza, «sia stato presentato ricorso innanzi all'autorità giudiziaria»⁷⁸. Dunque, è espressamente prevista la cedevolezza della competenza a decidere del reclamo quando la medesima questione è oggetto di decisione dinanzi a un giudice amministrativo o civile.

Dalla lettura della regolazione emerge che l'identità di fattispecie, cui si riferisce la norma, non possa essere ristretta alla nozione di litispendenza e che tale identità sia riscontrabile, conseguentemente, in ipotesi ulteriori rispetto a quelle di coincidenza di *petitum* e di *causa petendi* tra le controversie pendenti in sede civile e in sede giustiziale⁷⁹.

La giurisprudenza amministrativa ha effettuato un'interpretazione approfondita della regolazione fondata, tra l'altro, sull'analisi - rilevante nelle considerazioni del presente contributo - che se il legislatore e poi il regolatore avessero voluto dare un'interpretazione più restrittiva all'esclusione lo avrebbero fatto. La previsione normativa «non solo non utilizza il termine "litispendenza", ma non evoca neppure la nozione di controversia».

Al fine di uno stretto rispetto della Costituzione (nella specie, art. 24 Cost.) la legislazione e la successiva regolazione dell'Autorità indipendente devono essere lette nell'accezione per cui il procedimento giustiziale non può proseguire, quando l'oggetto della questione è parallelamente oggetto di controversia dinanzi a un giudice. Ora, ciò non deve avvenire solo quando sussista un'identità delle controversie e solo in presenza di una perfetta coincidenza di entrambi gli elementi atti a identificare queste ultime. Non a caso la regolazione utilizza il termine «fattispecie» e questo «non solo non costituisce un sinonimo di "controversia", ma presenta, sul piano lessicale, una valenza del tutto diversa. La "fattispecie" è l'insieme dei fatti giuridicamente rilevanti ai fini dell'applicazione di una disciplina normativa, ed è quindi una nozione che appare in certa misura contigua rispetto a quella di *causa petendi*, ma che, altrettanto certamente, non evoca l'oggetto della tutela richiesta, ossia il *petitum*»⁸⁰.

Tuttavia, il confine è sottile e d'altra parte il rischio è quello di far arenare la funzione giustiziale se quest'interpretazione fosse, di contro, eccessivamente ampia. Su questo punto è ancora il Giudice amministrativo che ha individuato una chiave di lettura assai utile.

⁷⁸ Articolo 3, co. 9, sancisce dalla Delibera 188/2012/E/COM.

⁷⁹ Si veda sentenza Consiglio di Stato, Sez. VI, Sentenza 20 giugno 2019, n. 422.

⁸⁰ T.A.R. Lombardia, Sez. II, Sentenza, 20 gennaio 2017, n. 36.

La giustizia amministrativa ha ritenuto che l'Autorità sia legittimata a non archiviare il reclamo quando sussiste la necessità di effettuare una verifica del "fatto".

La prospettazione di una fattispecie giuridica simile, anche se pendente dinanzi ad un giudice, non rileva ai fini della regolazione se la questione da interpretare è differente e quindi sussiste un'incertezza del fatto "concreto".

Un altro tema oggetto di interpretazione da parte del giudice amministrativo e che tocca con decisione le corde del diritto costituzionale è quello che attiene al diritto alla difesa e al contraddittorio⁸¹. Nel caso dell'ARERA il giudice amministrativo ha censurato - in modo risoluto e nonostante discutibili prospettazioni della difesa erariale - i casi in cui l'Autorità assuma una decisione in violazione del diritto di difesa ed ha sottolineato che «il carattere di rimedio alternativo rispetto alla tutela giurisdizionale, destinato a sfociare nell'adozione di determinazioni vincolanti per le parti, comporta la necessità di assicurare, nel relativo procedimento, il rigoroso rispetto del diritto alla difesa e del contraddittorio»⁸².

Un altro profilo attiene ai limiti entro cui deve operare la funzione giustiziale. Appare evidente che il legislatore non ha inteso attribuire all'Autorità un potere ad ampio spettro, con la possibilità di assumere decisioni in ordine alla risoluzione di qualsivoglia controversia in relazione al settore regolato dall'Autorità; diversamente la legislazione ha circoscritto gli ambiti entro cui si può pronunciare l'Arera. Da ciò discende che l'Autorità non si può esprimere rispetto a qualsiasi controversia che riguarda operatori del settore regolato e nel caso in cui lo facesse violerebbe quanto previsto dalla legislazione.

Inoltre, l'Autorità non può, in sede giustiziale, assumere decisioni che hanno delle conseguenze su soggetti che non possono essere parti del procedimento di reclamo. La funzione giustiziale si riferisce ai soggetti che possono essere ritenuti operatori o gestori, con la conseguenza che non possono adottarsi provvedimenti concernenti soggetti terzi che non sono tra le figure professionali indicate dalla normativa e dalla regolazione⁸³. Qualora un soggetto terzo dovesse essere parte del procedimento non può essere il destinatario di una decisione in quanto la normativa non contempla questa ipotesi e l'eventuale provvedimento sarebbe adottato in assenza di un riferimento normativo⁸⁴.

81 Sul punto si veda l'ordinanza della Cassazione Sez. Unite 18 gennaio 2019 n.3 in merito all'attività giustiziale svolta dalle Autorità indipendenti.

82 Il riferimento è a T.A.R. Lombardia, Sez. II, Sentenza 20 giugno 2017, n. 1372. Nella vicenda in esame, la difesa erariale aveva sostenuto che la natura «non giurisdizionale della procedura di reclamo» comportasse la non estendibilità al rimedio giustiziale di principi propri del processo, come quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Tale lettura è stata in modo condivisibile censurata dal Collegio.

83 TAR Lombardia, Sez. II, Sentenza 14 giugno 2019, n. 1377.

84 T.A.R. Lombardia, Sez. II, Sentenza 14 giugno 2019, n. 1377 Delibera 61/2018/e/EEL; Consiglio di Stato, Sez. VI, Sentenza 25 luglio 2020, n. 5262, Sentenza T.A.R. Milano, 20 giugno 2017, n. 1372. In un'altra recente

Un altro limite alla valutazione della funzione giustiziale è rappresentato dagli accordi sottoscritti tra le parti. In questo caso, la sovrapposizione tra pattuizioni di diritto privato e valutazioni fondate sulla regolazione impongono all'Autorità di tenere in debita considerazione gli accordi e di valutarli come rilevanti ai fini della decisione stessa. L'Autorità, in sede giustiziale, non ha il potere di disapplicare gli accordi *inter partes*, perché questa competenza esorbita dalle funzioni sulla risoluzione delle procedure di reclamo. D'altra parte, gli aspetti che non sono occupati dalla regolazione sono a disposizione dell'autonomia contrattuale (art. 1322 cc.); di conseguenza in tale spazio è precluso un intervento regolatore di un qualsivoglia organismo indipendente⁸⁵.

D'altra parte, l'eventuale imposizione di una prestazione personale esige una previsione legislativa, in ossequio ai principi fondamentali sanciti dalla Costituzione e dalle fonti del diritto internazionale e dell'Unione europea (artt. 6 e 7 e art. 1, prot. n. 1, CEDU; art. 49 Carta di Nizza, artt. 23, 25, 97, Cost.)⁸⁶.

Si comprende che si tratta di corollari diretti del principio di legalità e del connesso canone di tipicità del provvedimento amministrativo» cui soggiace pure l'Autorità⁸⁷. Invero, i poteri giustiziali attribuiti dalla legge all'Autorità non permettono una lettura di tipo "finalistico", ma necessitano di provvedimenti puntuali a seguito del procedimento adottato dalla specifica regolazione dell'Autorità. Di contro, le Autorità indipendenti non possono adottare decisioni che non siano fondate su un potere espressamente sancito dalla legge, argomentando il proprio provvedimento su una generica esigenza di risultato.

Le Autorità indipendenti devono, dunque, assumere le proprie decisioni

sentenza il T.A.R. è intervenuto per censurare una decisione dell'Autorità (TAR Lombardia, Sez. II, Sentenza 7 giugno 2019, n. 1292) ritenendo come l'Autorità nell'assumere la decisione sul reclamo che gli era stato presentato è andata oltre i limiti delle parti che possono essere ammesse dinanzi al procedimento giustiziale. Secondo il giudice amministrativo l'Autorità non ha tenuto conto dei limiti della disciplina per la trattazione dei reclami presentati da operatori contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema gnl o di distribuzione. Il T.A.R. ha annullato la decisione di Arera censurando la scelta di adottare una decisione nei confronti di una società (Banca factoring S.p.A) che è priva di base normativa, perché è rivolta ad un soggetto che non può essere parte del procedimento di reclamo.

85 T.A.R. Lombardia, SEZ. II, Sentenza 3 maggio 2018 n. 1194, Deliberazione 16 luglio 2015 n. 343/2015/E/EEL; Nella sentenza del T.A.R. i giudici hanno ritenuto errata la decisione dell'Autorità in quanto questa si è «spinta a confutare e a superare la portata giuridica dell'accordo intervenuto tra Enel ed il produttore, senza essere stata investita (del resto nemmeno poteva esserlo) dell'accertamento – nemmeno in via incidentale – di un qualche vizio dello stesso che potesse limitarne la sua intrinseca efficacia. L'Autorità, invero, non ha il potere di disapplicare (annullare o superare) gli accordi *inter partes*, perché un compito di tal fatta esorbita chiaramente dai compiti e dalle funzioni connesse alla risoluzione delle procedure di reclamo».

86 T.A.R. Lombardia, SEZ. I, Sentenza 14 giugno 2019, n. 1376 Delibera 62/2108/E/EEL. Il giudice amministrativo nella richiamata sentenza cita altresì la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte Suprema ha precisato che tale facoltà sanzionatoria può essere esplicitata qualora sia prevista da «qualche norma di legge che chiaramente lo preveda, ostandovi il principio desumibile dall'art. 25 Cost., comma 2, nonché dall'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali» Cass. SS.UU., 5 luglio 2017, n. 16601.

87 Sentenza T.A.R. Lombardia, 1 giugno 2018 n. 1004.

fondandole su uno stretto principio di legalità non potendo, di contro, utilizzare un'eventuale teoria dei poteri impliciti a fondamento delle decisioni giustiziali assunte⁸⁸. L'eventuale "tentazione" delle Autorità indipendenti di assumere una decisione, utilizzando il criterio equitativo, in assenza di una specifica regolazione giuridica, impone uno stretto controllo da parte del giudice amministrativo, poiché ciò confligge con il principio di legalità che «*deve informare l'esercizio di poteri giustiziali da parte delle Autorità amministrative indipendenti*»⁸⁹.

Altro profilo strettamente collegato ai sopra richiamati principi attiene al rispetto, nelle decisioni giustiziali, dell'obbligo di motivazione tanto in senso formale, quanto in senso sostanziale. Non v'è dubbio, infatti, che le scelte regolatorie «se guardate solo "con gli occhi del profano" possono risultare di difficile comprensione e proprio in ragione di questa scarsa intelligibilità e possono apparire non supportate da un adeguato supporto motivazionale, volto ad esplicitare il percorso logico argomentativo che ne ha preceduto l'adozione»⁹⁰. Ne consegue che in sede di applicazione del precetto regolatorio a fini giustiziali, l'Autorità deve essere particolarmente rigorosa nel motivare i provvedimenti assunti, anche per colmare la difficoltà, per così dire, di comprensione "a monte" da parte dei destinatari ultimi della decisione; pena, ovviamente, il sindacato caducatorio da parte del g.a.

3. Le prospettive della funzione giustiziale nel quadro costituzionale.

Le considerazioni svolte permettono di affermare che la funzione giustiziale, esercitata dalle Autorità indipendenti, può avere un ruolo rilevante, anche in chiave deflattiva, per la rapida risoluzione di controversie dall'elevato carattere tecnico e regolate, anche solo in parte, dalla disciplina delle stesse Autorità⁹¹.

88 T.A.R. Lombardia, 8 ottobre 2018, n. 2226.

89 In conclusione, il T.A.R. censura con fermezza la decisione dell'Autorità in quanto il «*criterio equitativo diviene, in questo caso, non un meccanismo di specificazione dell'ordinamento in ragione di un'assenza di regolazione giuridica ma il veicolo attraverso cui, indebitamente, l'Autorità conferisce a sé un potere che l'ordinamento stesso non prevede*». Gli stessi Giudici amministrativi nella Sentenza T.A.R. Lombardia, 8 ottobre 2018, n. 2226 riferiscono dell'orientamento della Corte costituzionale, la quale ha affermato che è in contrasto con la Costituzione ed in particolare degli articoli 24 e 101, co. 2, Cost. l'adozione di provvedimenti che vengano interpretati come equitativi nell'accezione di "alternativi alla legge" Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 2016.

90 Cfr. *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale. Ogni potere ha il suo giudice e a tale regola generale non sfuggono le Autorità indipendenti*, Paper, Ufficio Studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato.

91 La possibilità che le Autorità indipendenti, già presenti nel nostro ordinamento, possano avviare o incrementare la propria attività giustiziale rappresenta un'ulteriore alternativa rispetto a tentativi di riforma dell'ordinamento che non hanno, fino ad adesso, prodotto i risultati sperati. Se guardiamo ad altri ordinamenti, il tema della funzione giustiziale o dell'assunzione di decisioni da parte dell'Autorità amministrativa è oggetto di studio e di applicazione da tempo così come la ricerca di metodi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione.

sul punto si veda—M.C. PANGALLOZZI, *Le trasformazioni del diritto amministrativo inglese: i «nuovi» administrative tribunals*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 2, 2016, pp. 453 ss.; L. PERONA, *L'appeal nelle agenzie federali statunitensi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 6, 2016, pag.

La scelta di affidare alle Autorità indipendenti la competenza di poter decidere della risoluzione alternativa di talune controversie, su materie in parte regolate dalle stesse Autorità, permetterebbe un ampliamento della capacità di risposta alle esigenze di giustizia che non possono tutte trovare rapida risoluzione nel giudice ordinario o amministrativo. Una scelta di questo tipo dovrebbe passare per una preferenza puntuale da parte del legislatore così com'è avvenuto con l'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione rispetto all'instaurarsi di un contenzioso⁹².

Una scelta di questo tipo implicherebbe, di certo, per il legislatore, di prevedere ulteriori e diverse forme di attribuzioni e competenze nella regolazione alle Autorità indipendenti. L'obiettivo è di fornire un'opportunità ulteriore, capace di permettere una decisione del reclamo secondo un procedimento caratterizzato da velocità e gratuità, nel pieno rispetto dei principi dell'ordinamento.⁹³ Se da una parte le attività già svolte dalle Autorità indipendenti dimostrano un efficace utilizzo di questi strumenti, come alternative alla risoluzione delle controversie, dall'altra però bisogna considerare che non esiste nel nostro ordinamento una legislazione organica che prenda le mosse dalla consapevolezza del ruolo che potrebbero svolgere le Autorità attraverso questi strumenti.

La risoluzione alternativa delle controversie da parte delle Autorità indipendenti non deve né essere letta come una duplicazione della risoluzione giurisdizionale né, tantomeno, essere applicata come alternativa a questa, poiché ciò comporterebbe una violazione dei principi costituzionali in materia. La chiave interpretativa è piuttosto quella dell'attuazione di uno strumento complementare alla tutela giurisdizionale e

1719 ss.; M. DELSIGNORE, *I rimedi alternativi alla judicial review oltre Manica*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 3, 2015, pp. 919-1010. Sul ruolo ADR si veda, S. SIMONE, *Le procedure ADR nelle Autorità indipendenti*, Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione, I paper dell'Osservatorio, n. 3, 2016. Sull'utilizzo della funzione giustiziale come alternativa a quella giurisdizionale si legga il capitolo «*I fallimenti del processo giurisdizionale*», in S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Giappichelli, Torino, 2012.

92 Si veda il Decreto-legge 21 giugno 2013 n. 69, convertito dalla legge 9 agosto 2013 n. 98; il legislatore ha introdotto una previsione di mediazione obbligatoria che viene prevista dal giudice nel corso del procedimento giurisdizionale. Si tratta peraltro di una tendenza rilevabile in numerosi ambiti e settori, che è stata definita come una sorta di "fuga" dal processo o persino dal diritto (M. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 371 ss.). Il tema ha anche riguardato la giustizia riparativa, su cui v. E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 182-210, secondo la quale tale sviluppo sarebbe da ricondurre al tentativo di trovare vie di fuga alle disfunzioni della giustizia tradizionale. Da notare come il tema sarà di certo oggetto di rapidi sviluppi in ambito penale, per l'imminente attuazione della c.d. Riforma Cartabia (l. 134/2021). Specificamente sulla conciliazione, P. BERNARDINI, *La conciliazione. Modelli esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, EGEA, 2001; I. BUZZI, *Introduzione alla conciliazione*, Milano, Giuffrè, 2003; M. DI ROCCO, A. SANTI, *La conciliazione: profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

93 Sulla crisi del monopolio della giurisdizione dello Stato con riferimento ad alcuni esempi concreti e alle possibili prospettive future, si veda G. VERDE, *Monopolio dello stato in tema di giurisdizione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, fasc. 2 pp. 371 ss.

che si colloca nel percorso di integrazione euromunitaria nel pieno rispetto dei principi costituzionali⁹⁴.

Nel caso preso in esame della funzione giustiziale dell'ARERA la netta maggioranza delle decisioni assunte non è successivamente oggetto di controversie dinanzi alla giustizia civile o amministrativa e che le parti adempiono a quanto stabilito, senza la necessità di ricorrere ad ulteriori procedimenti giurisdizionali.

Al fine di garantire un'attività coordinata ed efficace è auspicabile l'adozione di una legislazione che, prendendo spunto dall'impianto legislativo europeo, disciplini ed estenda la funzione giustiziale all'interno di un perimetro di conformità al dettato costituzionale, di cui è possibile individuare già alcuni elementi.

Anzitutto l'organo che assume la decisione deve garantire l'imparzialità tra le parti e deve essere tutelato rispetto ai possibili condizionamenti del proprio operato⁹⁵. La competenza tecnica deve essere letta in una duplice veste, da una parte in attuazione del principio del buon andamento della Pubblica amministrazione; dall'altra, di garanzia per le parti a tutela dei diritti e interessi legittimi. Da ciò deriva/discende la necessità che si realizzi una netta distinzione tra l'attività svolta dall'Autorità in sede regolatoria e quella in sede giustiziale. Questa distinzione non può essere ritenuta secondaria, in quanto è necessaria al fine di garantire un corretto adempimento del principio di terzietà, che l'Autorità deve assicurare nei confronti di coloro i quali utilizzano la funzione giustiziale per la risoluzione delle controversie.

Rispetto alle possibili perplessità sul fatto che il ruolo della funzione giustiziale possa andare oltre quanto previsto dai limiti costituzionali bisogna considerare che tutti i provvedimenti assunti, anche in sede giustiziale, sono sempre impugnabili dinanzi al Giudice amministrativo, competente per materia⁹⁶. L'attività di controllo è

94 M. CALABRÒ, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e modelli di a.d.r. nelle controversie tra cittadino e amministrazione*, in (a cura di), P. TANDA, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Atti del Convegno di Roma 9 ottobre 2014, Giappichelli, Torino, 2015, p. 84. A sostegno, ancora, della tesi per cui l'attività di risoluzione dinanzi alle Autorità è un metodo valido sia in un'ottica deflattiva, sia per un maggiore grado di approfondimento, si consideri che nel contenzioso che ha ad oggetto elementi di elevata complessità tecnica si assiste ad un elevato ricorso all'utilizzo delle consulenze tecniche d'ufficio, che tuttavia non possono sempre essere considerate come uno strumento utile, perché non garantiscono sempre una risposta esaustiva alla complessità delle questioni trattate. Sul punto si pone altresì la questione che l'utilizzo delle consulenze tecniche di parte rappresenta uno strumento, soprattutto nei casi più complessi, di sproporzione processuale, in quanto la parte con maggiori capacità economiche potrà produrre un maggiore sostegno alla propria tesi. In questa prospettiva, la funzione giustiziale garantisce all'operatore una tutela con minori spese e garantita da un'imparzialità tecnica fornita dall'Autorità indipendente. Sull'ampia tutela giurisdizionale nei confronti delle decisioni assunte, anche in sede giustiziale, dalle Autorità indipendenti, si veda M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2019.

95 Sul punto si vedano le considerazioni di A. PATRONI GRIFFI, *L'indipendenza del Garante*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2018.

96 Sull'assetto delle giurisdizioni è intervenuta la Corte costituzionale (sentenze 5 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191). Come è noto, la Corte ha censurato l'adozione, da parte del legislatore ordinario del 1998-2000, «di un'idea di giurisdizione esclusiva ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse», laddove «è evidente che il vigente art. 103, primo comma, Cost., non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione

finalizzata, del resto, a verificare lo stretto rispetto dei principi sopra ricordati, in primo luogo, della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Questo elemento, peculiare della funzione giurisdizionale, si ritrova anche nell'esercizio della funzione giustiziale in cui deve sussistere quel rapporto tra le richieste avanzate dalle parti e la decisione assunta⁹⁷. Se così non fosse si correrebbe il rischio di sovrapporre la funzione giustiziale con quella regolatoria o sanzionatoria, che è anch'essa propria delle Autorità indipendenti, ma da esse è indispensabile che rimanga distinta. Se l'Autorità nella propria decisione avesse la possibilità di esercitare altre funzioni che le sono proprie, quale quella sanzionatoria, si avrebbe una distorsione del *rapporto di affidamento* nella risoluzione della controversia che è a fondamento del nostro ordinamento.

Per questo motivo il legislatore, nel rispetto dei limiti dell'esercizio della propria discrezionalità, può individuare modalità alternative a quella giudiziale nella risoluzione delle controversie, ma «è necessario che l'ordinamento giuridico preveda anche misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse»⁹⁸.

3.1 Le Autorità indipendenti come *giudici a quibus* nell'esercizio della funzione giustiziale. Notazioni conclusive.

Un breve cenno merita, infine, l'ipotesi di riconoscere all'ARERA legittimazione a sollevare questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale⁹⁹. È pur vero, infatti, che l'Autorità si trova a decidere controversie tra operatori e gestori con riferimento all'applicazione della regolazione, ma non è inusuale che la Decisione dell'Autorità si debba fondare anche su leggi o atti aventi forza di legge, dall'applicazione dei quali possano scaturire dubbi di legittimità costituzionale.

Di recente la Corte¹⁰⁰ ha affrontato tale profilo con riguardo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (in sigla, AGCM)¹⁰¹. La tesi sostenuta in giudizio dall'AGCM è stata quella di ritenere di poter sollevare una questione di costituzionalità in via incidentale nell'ambito del procedimento sanzionatorio affidato alla propria competenza, in quanto soggetto istituzionalmente chiamato a

al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi».

97 Regolamento ARERA, Delibera 18 maggio 2012, 188/2012/E/com.

98 Sentenza Corte cost. 16 luglio 2013 n. 223.

99 Un altro tema di interesse e di studio è se gli atti regolatori delle Autorità potrebbero essere ritenuti oggetto di valutazione da parte della Corte in un'interpretazione sugli atti di rango primario delle Autorità indipendenti, sul punto si veda G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, op. cit., in particolare p. 299 ss.

100 Sentenza 31 gennaio 2019, n. 13.

101 E. VERDOLINI, *La legittimazione dell'Autorità antitrust come giudice a quo: quale identità giuridica per l'A.g.c.m.?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 novembre 2018.

dirimere una controversia, attraverso l'applicazione obiettiva della legge, in posizione di indipendenza e terzietà.

Come noto, la Corte si è mostrata di contrario avviso. Segnatamente, il giudice delle leggi, nel dichiarare l'inammissibilità della questione, ha sottolineato, *inter alia*, che la potenziale veste di "parte" in un contenzioso amministrativo avente ad oggetto i provvedimenti assunti dall'Autorità stessa implica il difetto proprio dell'indispensabile requisito della terzietà, che deve assistere il *giudice a quo*, seppure "ai limitati fini" della proponibilità della questione di legittimità costituzionale.

Sebbene tale decisione sembri contenere «un generale caveat a tutte le autorità indipendenti a non rimettere per nessuna delle funzioni di garanzia contenziosa a loro assegnata una questione di legittimità costituzionale»¹⁰², nella prospettiva qui ipotizzata, si ritiene di poter avanzare l'ipotesi di studio per un diverso percorso argomentativo. La Corte ha fatto prevalere un orientamento più restrittivo sulla qualificazione del giudice *a quo*¹⁰³. Il Giudice delle leggi non ha mancato di assumere decisioni in senso differente, con orientamenti diversificati rispetto alla qualificazione del giudice *a quo*¹⁰⁴. Un esempio, in senso contrario, è rappresentato dalla giurisprudenza della Consulta che ha già da tempo riconosciuto che un Collegio arbitrale può sollevare la questione di legittimità costituzionale¹⁰⁵.

Nondimeno, come riconosce la Corte nella citata sentenza, è possibile sollevare una questione di costituzionalità allorquando «sussista esercizio di "funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge" da parte di soggetti, "pure estranei all'organizzazione della giurisdizione", "posti in posizione *super partes*"»¹⁰⁶.

Ed infatti, nella citata sentenza, la Corte ha escluso la legittimazione dell'Autorità a proporre incidente di costituzionalità sulla base dell'assunto che nessun giudice potrebbe essere considerato «*super partes* quando appare portatore di uno degli interessi in conflitto dal momento che la censura investe proprio il provvedimento da lui emesso». Giova evidenziare, tuttavia, che l'assunto della Corte ha riguardato il promovimento della questione nell'ambito di un procedimento sanzionatorio, che deve essere – come già sopra osservato – tenuto distinto dai procedimenti *stricto sensu* giustiziali. In tal

102 A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni*, in *Federalismi*, n. 13, 2019, p. 2 ss.

103 Per una lettura della sentenza della Corte in chiave di ricostruzione della giurisprudenza della Corte sulla qualificazione del giudice *a quo* si veda M. CHIARELLI, *L'Autorità garante della concorrenza non è giudice: nota a Corte costituzionale 31 gennaio 2019*, n. 13 in *Federalismi*, 14, 2019, pp. 2 ss.

104 M. TROISI, *Incidentalità e giudici a quibus*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2020, p. 180 ss.

105 Corte cost. 6 novembre 2001, n. 376.

106 Le argomentazioni della Corte nella citata sentenza si riferiscono all'AGCM nella sua funzione sanzionatoria. Difatti, la sentenza 13 del 2019 si è soffermata sulla mancanza condizione di terzietà dell'AGCM perché questa potrebbe essere parte del processo amministrativo. E. VERDOLINI, *L'Autorità antitrust non può accedere al giudizio costituzionale: natura amministrativa e funzione di garanzia dell'AGCM nella sentenza 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2, 2020, p. 219 ss.

senso, potrebbe così ipotizzarsi una riflessione volta a indagare al microscopio la funzione giustiziale al fine di «*individuare spazi, al contempo, di possibile contatto e distinzione tra amministrazione “indipendente” e giurisdizione*»¹⁰⁷.

Orbene, in quest’ottica, non può trascurarsi che le Autorità amministrative indipendenti siano diverse tra loro non solo per funzioni ma anche per composizione e funzionamento interno. Inoltre, in quest’ultima ottica, bisogna distinguere in modo netto l’attività svolta dalle Autorità nell’esercizio della funzione di regolazione da quella sanzionatoria e infine dall’esercizio della funzione giustiziale. Ed è proprio con riguardo a tale ultimo ambito, laddove ricondotto alla sua dimensione di “giustizia” resa da un’Autorità nel rispetto del *lessico costituzionale della giurisdizione*, che potrebbe forse giungersi ad un ribaltamento (o, quanto meno, ad una mitigazione) della posizione di chiusura assunta dalla Corte costituzionale. Peraltro, le motivazioni addotte dal giudice delle leggi nella citata sentenza potrebbero fungere da pungolo per il legislatore, affinché promuova un’azione di rinnovamento della disciplina della funzione giustiziale delle Autorità, ispirata al concreto invero dei più volte richiamati principi costituzionali irrinunciabili in materia di giurisdizione¹⁰⁸.

107 A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull’Agcm: alcune considerazioni*, op.cit.

108 Sui requisiti richiesti della Corte, M.C. MARZOCCA, *La Corte costituzionale fa il punto sulla (non) legittimazione delle Autorità indipendenti come giudice a quo*, Rivista AIC, n. 1, 2020, pp. 200 ss. Sulla possibilità che le Autorità possano integrare i requisiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte «*ai limitati fini dell’art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell’art. 23 della legge n. 87 del 1953*» si veda, G. MAZZANTINI, M.C. MARZOCCA, *Legittimazione dell’Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea* in, Osservatorio costituzionale, fasc. 2, 2018, 26 giugno 2018, pp. 1 ss. S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine» Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, op. cit.

RECENSIONE

OLTRE LA PANDEMIA: BREVI RIFLESSIONI.

Armando Lamberti*

Abstract (IT): Il seguente contributo intende affrontare alcune delle problematiche che la pandemia da Coronavirus ha posto per la tenuta degli ordinamenti democratici, con particolare riguardo all'esperienza italiana, ma senza trascurare le tendenze (e le contraddizioni) generali del nostro tempo che l'emergenza sanitaria ha messo in evidenza, inclusi i pericoli per il costituzionalismo. La riflessione è sollecitata anche dal recente volume di Antonio Cantaro "Post-pandemia. Pensieri (meta)giuridici" (Torino, 2021).

Abstract (EN): The following contribution intends to address some problems that the Coronavirus pandemic has posed for the stability of democratic systems, with particular regard to the Italian experience, but without neglecting the general trends (and contradictions) of our time that the health emergency has put in evidence, including the dangers to constitutionalism. The reflection is also prompted by the recent volume by Antonio Cantaro "Post-pandemia. Pensieri (meta)giuridici" (Turin, 2021).

L'attenzione del giuspubblicista per i temi dell'emergenza sanitaria e delle sfide che attendono, nel prossimo futuro, le liberal-democrazie occidentali, per comprendere l'incidenza della pandemia "oltre la pandemia" stessa, è sollecitata anche dal recente volume "Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici"¹ di Antonio Cantaro, il quale affronta con lucida profondità analitica una moltitudine di questioni, che sono strettamente connesse e percorse da un sapiente *fil rouge*. La prospettiva, come dichiara l'Autore sin dalla premessa, è "sui fatti": muovere dai fatti e puntare ai fatti, con uno sguardo che mira alla complessità dei fenomeni, scavando nei meandri delle problematiche senza limitarsi al solo dato giuridico. Il fatto illumina il diritto e lo riempie di senso: questo è il punto di partenza per la riflessione, e per la critica, sulle dinamiche che stanno interessando il mondo da un paio d'anni a questa parte.

Critica, quella dell'A., che muove serrata sin dalle primissime pagine del volume, allorché, nel preannunciare il senso (meritorio) del suo lavoro, Cantaro denuncia la drammatica "assenza di coloro che hanno la responsabilità di prendersi cura delle

¹*Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico e di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Salerno. Il seguente contributo riprende e sviluppa l'intervento tenuto presso l'Università degli studi "G. Marconi" (Roma) in occasione della tavola rotonda per la presentazione del volume di Antonio Cantaro "Postpandemia. Pensieri (meta) giuridici" il 5 aprile 2022.

A. CANTARO, *Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici*, Torino, 2021.

fragilità, dei bisogni, delle domande dei governati” (p. 2), cioè delle *elites* chiuse in una bolla, pericolosamente distaccate (la deplorata “secessione” delle *elites*). Ecco, allora, l’emergere di un primo filo rosso che percorre le pagine del libro: la necessità di riappropriarsi di un “costituzionalismo dei governati” e di un’ “etica della cura”, contro le “elucubrazioni dei liberali da salotto” e le derive – che la pandemia ha contribuito ad acuire – della globalizzazione neoliberista², entro un contesto di “modernizzazione senza civilizzazione” altrimenti definito – usando un concetto dalla chiara eco gramsciana – alla stregua di una “rivoluzione passiva”.

La riflessione sulla pandemia – e sulle problematiche costituzionalistiche dell’emergenza e dell’eccezione – viene quindi inquadrata nell’ambito di un complesso di questioni: si potrebbe allora sostenere, se bene si è inteso il profondo sentire dell’A., che l’emergenza sanitaria – tanto se consideriamo il contesto italiano, quanto se leviamo lo sguardo di là dai nostri confini – si è rivelata essere un grande catalizzatore di tendenze da (ormai) lungo tempo in atto (la de-costituzionalizzazione strisciante, l’acuirsi delle diseguaglianze socio-economiche, la crisi dei diritti sociali³, la normalità emergenziale, la perdita della centralità dei Parlamenti...). Colpisce, evidentemente, l’analogia che viene opportunamente instaurata dall’A. con la *Belle Epoque*, addormentata nella meravigliosa spensieratezza descritta da Zweig ne *Il mondo di ieri*, ma che celava al suo interno – al di là della retorica delle *elites* – delle contraddizioni profonde, delle micce destinate ad esplodere con il primo conflitto mondiale. Quanto mai efficace, allora, diviene l’immagine del Titanic, il cui affondamento è per l’autore il segno di un vecchio ordine in disfacimento (non a caso, la metafora del naufragio del transatlantico è stata ripresa dal politologo Parsi nel titolo di un fortunato volume recentemente ripubblicato⁴). In fondo, le premesse del “momento Polany”, spesso evocate nella pubblicistica contemporanea, sembrano pericolosamente coincidere con gli accadimenti ed i fenomeni degli ultimi lustri.

Che la pandemia da Coronavirus rappresenti, simbolicamente, il Titanic del XXI secolo, e con esso del costituzionalismo democratico, è presto per dirlo, ma la provocazione intellettuale va accolta con la massima attenzione. Certamente, quel che è vero è che l’emergenza sanitaria, con riguardo al contesto costituzionale italiano, ha acuito alcune tendenze da tempo invalse, in nome dello “stato di necessità” per la “conservazione dei beni supremi della vita e della salute” (p. 24): la marginalizzazione del Parlamento, la concentrazione dei poteri nell’Esecutivo, la confusione nel sistema delle fonti.

² Al tema, in prospettiva di forte critica, l’Autore aveva già dedicato un ampio studio in tempi risaltanti (*La modernizzazione neoliberista: le istituzioni e le regole del nuovo ordine*, Milano, 1990).

³ Su cui, v., dello stesso A., *Il secolo lungo. Lavoro e diritti nella storia europea*, Napoli, 2006, e *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*, Torino, 2007.

⁴ V. E. PARSI, *Titanic. Naufragio o cambio di rotta per l’ordine liberale*, Bologna, 2022.

Un esempio per tutti⁵: nell'attuale assetto costituzionale, lo strumento normativo per eccellenza nell'affrontare gravi situazioni di emergenza è rappresentato dal decreto legge, adottato dal Governo "in casi straordinari di necessità e di urgenza" ai sensi dell'art. 77 Cost., la cui natura sostanzialmente, ma non formalmente, *extra ordinem* giustificerebbe – nella lettura offerta da Esposito⁶ – financo l'introduzione di norme derogatorie delle stesse disposizioni costituzionali.

E nondimeno la storia costituzionale italiana ha dimostrato – paradosso inimmaginabile ai Padri Costituenti – come, a fronte della totale inattuazione e mancata applicazione dell'art. 78 Cost., l'art. 77 sia stato invece utilizzato in maniera inconsulta e incontrollata, sino a determinarne una torsione patologica, tale per cui il decreto-legge è divenuto la fonte privilegiata di produzione normativa, strumento ordinario di espressione dell'indirizzo politico.

Quella fonte che la Costituzione ha deputato alla disciplina di situazioni contingenti, che richiede la sussistenza di presupposti straordinari di necessità e di urgenza – e, a maggior ragione, fonte destinata a fronteggiare le emergenze –, è stata invece patologicamente normalizzata. Il paradosso che, allora, ci ha consegnato l'emergenza pandemica deriva dal fatto che è stato usato per fronteggiarla uno strumento, quello del decreto-legge – non senza rilevanti forzature legate all'utilizzo contestuale dei DPCM –, che la prassi degli ultimi decenni ha reso sempre meno "straordinario". E, forse, proprio questa acquisita (e abusata) "normalità" della decretazione d'urgenza ha indotto molti a ritenere insufficiente il solo strumento del decreto-legge, così da giustificare l'impiego (discutibile) dei dPCM. In realtà, proprio perché vi è una disciplina costituzionale delle situazioni di straordinaria necessità e urgenza, lo stesso decreto-legge non può introdurre altre fonti dell'emergenza: vi è

5 Su cui, *amplius*, cfr., se si vuole, A. LAMBERTI, *Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*, in *Federalismi.it*, 6/2022, pp. 159-239, e A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2022, pp. 1-18.

6 Ci riferiamo, evidentemente, a C. ESPOSITO, *Decreto legge* (voce), in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, pp. 831 ss. La opzione ermeneutica di Esposito è chiaramente comprensibile tenendo conto del contesto storico-giuridico-istituzionale dell'epoca, in cui la preminenza della legge formale nel sistema delle fonti faceva emergere la natura sostanzialmente *extra ordinem* del decreto legge (v. anche F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019). Gli ultimi lustri, invece, hanno visto il sorgere di una "normalità emergenziale a bassa intensità" (così G. GUZZETTA, *Le fonti dell'emergenza alla prova della pandemia*, in F. S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, pp. 74-75), caratterizzata da "abusi costanti della decretazione d'urgenza o del proliferare di poteri emergenziali di autorità amministrative, il cui utilizzo, pressoché abituale, ha finito per sfumare la distinzione, fino a confonderla, tra normalità ed emergenza. Le fonti straordinarie dell'emergenza, prima della pandemia, insomma, hanno finito per divenire, nei fatti, delle fonti 'diversamente ordinarie'. Non c'è da stupirsi, pertanto – ed è qui il paradosso – che di fronte all'insorgere di un'emergenza di proporzioni epocali si siano sviluppati parallelamente due fenomeni all'apparenza contraddittori. Il primo è stato quello della diffusione, piuttosto ampia, almeno a livello degli attori politici e dell'opinione pubblica generale, della convinzione che la nostra Carta, a differenza di altre (che prevedono ad esempio una disciplina costituzionale dello stato di emergenza) fosse particolarmente impreparata alla gestione di tali situazioni. Il secondo è che, in assenza di altro, si è fatto uso degli strumenti abitualmente impiegati per la normalità emergenziale a bassa intensità, ma applicandoli, *sic et simpliciter*, su scala enormemente più grande".

cioè una riserva procedimentale, che prevede il coinvolgimento delle Camere e la trasformazione del decreto in legge di conversione⁷. Sarebbe stato costituzionalmente più corretto, allora, limitarsi all'utilizzo del decreto-legge, come fonte prediletta per la disciplina dell'emergenza. Oltretutto, non bisogna obliare che il decreto-legge deve recare, come dispone l'art. 15, comma 3, della legge 400/1988, "misure di immediata applicazione ed il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo".

Allora – e qui veniamo alle domande che si pone l'A. nel volume – tornare alla "normalità" dopo la pandemia significa riconsegnarci alla "normalità neoliberale" (pp. 25 ss.) – e, quindi, inevitabilmente, ad una realtà fatta di abusata decretazione d'urgenza, di torsioni anti-parlamentariste e di "normalità emergenziale/emergenza normalizzata" – o, invece, immaginare una "nuova normalità", che restituisca l'essenza del costituzionalismo democratico e sociale?

Di fronte a questi interrogativi, l'Autore mostra il suo pessimismo per le "formule magiche" della resilienza e della "retorica dei buoni sentimenti" (p. 41) degli ultimi mesi, denunciando – dietro l'apparenza di un cambio di paradigma – il celarsi di pericoli legati alle logiche del nuovo capitalismo digitale.

In questo contesto, lo stesso Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza viene sottoposto a revisione critica – a partire dall'idea stessa (ispirata ad una sorta di economicismo "naturalizzato") di *resilienza*, per la quale merita di essere richiamata la lucidissima intervista di Giuliano Amato all'*Osservatore Romano* (parlare di resilienza sarebbe come cercare di prevenire un conflitto atomico soltanto procurandosi dei bunker, senza intervenire sulle cause, v. p. 52).

Colpisce, poi, l'analisi quantitativa condotta dall'A., il quale ricorda come – a fronte di espressioni frequentissime come "competitività", "digitale", "concorrenza", etc. (il che certo non stupisce, vista l'importanza anzitutto economica del Piano) – siano impiegate raramente le "formule" del costituzionalismo democratico-sociale (due volte appena compare la parola "solidarietà", altrettante volte l'espressione "uguaglianza sostanziale", cinque volte "equità"...).

In questo contesto, il linguaggio è segnalatore di un'idea di *governance* – ecco un tratto comune che involge il pre-pandemia, la gestione pandemica e il post-pandemia – di ispirazione tecnocratica (v. Capitolo III), espressione di una "democrazia dall'alto" (come ricordato anche da Zagrebelsky) e di un paradossale populismo delle *elites*. A queste derive tecnocratiche – cui corrisponde, sul piano internazionale, il consolidarsi del "mercantilismo geostrategico" e delle logiche della geo-economia (o della geo-politica economica) – l'A. oppone la logica del "prendersi cura" (analizzata dal punto di vista antropologico come vero inizio della civiltà umana, p. 92), sublimata in un' "etica della cura" e in una concezione del governo –

⁷ Cfr. F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it*, 22.4.2020, p. 112.

costituzionalmente orientata – come “ascolto e cura degli amministrati” (p. 105).

Il richiamo allo splendido episodio della postulante nelle *Memorie di Adriano* della Yourcenar (presente sin dall'introduzione) è, in quest'ottica, funzionale all'affermazione di un “costituzionalismo dei governati”: al doppio pericolo delle *elites* chiuse in se stesse e della demagogia espressa da una “perniciosa mistica della libertà” (pp. 108-109), si presenta come alternativa una visione autentica della democrazia, restituita ai suoi fondamenti, intesa – volendo riprendere il celebre discorso di Lincoln per interpretare il senso delle parole dell'A. – come “governo del popolo, dal popolo, per il popolo”.

Chiari sono, quindi, all'A. i problemi di de-costituzionalizzazione (pp. 113 ss.) che fanno da sfondo a questi nostri ultimi lustri, di cui il mondo del digitale – tema su cui si permetterà il rinvio ad un mio recente lavoro⁸ – è palmare rappresentazione. Non è disagevole avvertire la forza di “poteri privati”⁹ (su cui opportunamente la *Rivista di Diritto Pubblico* ha inteso incentrare il suo ultimo numero) – che nel mondo digitale-algoritmico sono espressione di quel nuovo “capitalismo della sorveglianza” di cui ci ha reso edotti Shoshana Zuboff¹⁰ – i quali, detentori di un patrimonio eccezionalmente ampio di dati di milioni di utenti, sono in grado di esercitare forme di controllo che si spingono ben al di là della dimensione meramente economica.

L'A, non a caso, ravvisa il pericolo di una trasformazione degli stessi presupposti antropologici del costituzionalismo (pp. 124 ss.), lamentando l'avvento – indotto dalla nuova rivoluzione industriale rappresentata dal digitale – di un *homo digitalis*, chiuso nella sua “bolla” e reso “atomo” tra “atomi”.

Del tutto illusorie, allora, appaiono agli occhi di Cantaro le prospettive teoriche sul *societal constitutionalism*, segno di una regressione del costituzionalismo e di una “ritirata dell'età dei diritti” (p. 115): di fronte a giganti del web che si atteggiano a “Stati paralleli” (pp. 118 ss.), risulta fallace affermare – alla stregua di Teubner¹¹ – che la regolamentazione della rete dovrebbe essere «solo il frutto della stessa società civile e delle dinamiche sociali ed economiche da essa prodotte», così superando, però, «la logica politica degli Stati per imporre nella sostanza il dominio dei regimi privati globali, vale a dire di quel diritto prodotto esclusivamente dagli stessi portatori degli interessi settoriali del mercato»¹².

La tesi di Teubner, infatti, come notava anche Rodotà, conduce ad una sorta di

8 A. LAMBERTI, *L'ambiente digitale: una sfida per il diritto costituzionale*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di Paola Bilancia*, in *Federalismi.it*, 2 febbraio 2022, pp. 435 ss.

9 Su cui resta sempre attuale la lezione di G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, e, nelle materie gius-privatistiche, di C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977.

10 S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019, trad. it.

11 G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.

12 Così F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, in *Gnosis – Rivista italiana di Intelligence*, 2014, p. 66.

«medioevalismo istituzionale»¹³ che «rivela l'incapacità di elaborare categorie interpretative atte a far fronte ai problemi del presente»¹⁴. Parlare di fantomatiche "costituzioni civili" trans-nazionali, insomma, significherebbe arrendersi ai giganti del web, in nome di teorie descrittive dimentiche della vocazione prescrittiva del costituzionalismo, elevando così i poteri privati dell'universo digitale "al rango di soggetti costituzionali" e "veri sovrani", "legislatori, esecutivi e giudici del cyberspazio, senza alcuna separazione dei poteri" in un periglioso "Medioevo digitale"¹⁵.

Il diritto, allora – a partire dal diritto costituzionale – , è chiamato ad interrogarsi (in quanto *scienza giuridica*) e a fornire soluzioni (in quanto *politica del diritto*) sulla portata dirompente del nuovo universo digitale-algoritmico, onde evitarne la degenerazione in uno "stato di natura" trans-nazionale, pervaso dalla "dipendenza dagli algoritmi" (pp. 136 ss.) e da dinamiche di sfruttamento (che sempre più spesso si celano dietro l'espressione *gig economy*).

Le lezioni della "pansindemia" (v. Capitolo VII), così intesa dall'A. alla luce di un approccio onnicomprensivo, olistico, della salute – critico nei confronti di alcune tendenze del diritto internazionale sanitario – , sono molteplici, agli occhi di Cantaro e di chi abbia il piacere di leggerne l'opera. Le pagine conclusive consegnano un messaggio chiaro sui pericoli che il costituzionalismo democratico si trova ad affrontare (e che la pandemia ha contribuito a disvelare), a partire dalla "geopolitica economica" (p. 167), espressione della saldatura tra le dinamiche strategiche degli apparati profondi delle strutture statuali e le dinamiche economiche dei "poteri privati". Di fronte a queste sfide, come *tertium genus* tra il "realismo funzionalista" e l' "idealismo utopico" (pp. 168-169), si apre la strada del "costituzionalismo dei governati".

Il costituzionalismo della "cura". Per ascoltare chi ha poca voce.

Anche in nome – mi si permetta di dirlo da cattolico – di una solidarietà che non sia una manifestazione di intenti un po' retorica e melensa, ma che rappresenti una solidarietà "concreta", vissuta nella prassi politica, per tracciare la rotta di uno sviluppo umano integrale.

¹³ In questi termini S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet*, in *Politica del diritto*, 2010.

¹⁴ Così F. GALLO, *Il futuro non è un vicolo cieco. Lo Stato tra globalizzazione, decentramento ed economia digitale*, Palermo, 2019, p. 135.

¹⁵ Così M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, pp. 178-179.

Collabora con la Rivista

info (at) ambientediritto.it

AMBIENTEDIRITTO.it - EDITORE ©®

AMBIENTEDIRITTO.it - Rivista Giuridica Telematica di Diritto Pubblico - Electronic Review Law Public - Via Filangeri, 19 - 98078 Tortorici ME - Tel +39 0941.327734 - Fax digitale +39 1782724258 - Mob. +39 3383702058 - info (at)ambientediritto.it - (C.C. REA): 182841 - Direttore Responsabile, Proprietario ed Editore: Fulvio Conti Guglia - C.F.: CNTFLV64H26L308W - P.IVA 02601280833 - Pubblicata in Tortorici dal 2000 - Testata registrata presso il Tribunale di Patti - Reg. n. 197 del 19/07/2006 - ISSN 1974-9562 - (BarCode 9 771974 956204) - Pubblicazione quotidiana in formato elettronico -

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, Accredитamento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano Abbr. www.ambientediritto.it. - Catalogo (CINECA) - Codice rivista: E197807 - (Codice DoGi:) 9080 - Archivio Collettivo Nazionale dei Periodici ((ACNP)) Codice rivista PT03461393 - Catalogo internazionale (ROAD), patrocinato dall'UNESCO.

<https://www.ambientediritto.it/>



Copyright AD - AMBIENTEDIRITTO - EDITORE©®