ISSN 1974-9562

ANNO - XXII

AMBIENTE DIRITTO

RIVISTA SCIENTIFICA GIURIDICA inserita nell'Area **12 -** Classe **A -** ANVUR

All'interno i contributi dei seguenti Autori:

SAGGI: **Donatella del Vescovo, Enrico Giarmanà, Andrea De Lia, Francesco Fabrizio Tuccari, Giada Rossi, Daniele Porena, Carla Piffer, Nicolò Basigli, Irene Elia, Giovanni Barozzi Reggiani, Andrea Giordano, Sebastiano Licciardello, Giovanni Iudica, Giacomo Vivoli, Massimo Asaro, Luana Leo, Valentina Zampaglione, David Grifoni, Ludovico A. Mazzarolli, Pierre de Gioia Carabellese, Simone Davini, Maria Rita Maiolo, Stefania Scarascia Mugnozza, Andrea Conzutti, Vincenzo Pepe, Maria Carlotta Rizzuto, Andrea Caprara, Andrea Gratteri, Andrea Patanè, Federica Marconi, Giacomo Biasutti, Stefano Crocitto, Laura Sancilio;** *FOCUS:* **Marisa Meli, Giovanni Savarese;** *OSSERVATORIO* **a cura di Cesare Mainardis**

ISSN 1974-9562

AMBIENTEDIRITTO – EDITORE©®

Anno 2022 - Fasc. n. 3

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

ORGANIGRAMMA DELLA RIVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE:

Fulvio Conti Guglia

Iscritto dal 23/06/2006 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 SCIENTIFICO NAZIONALE E INTERNAZIONALE:

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

*(IUS/08) Università degli Studi di Granada – **Michele Belletti** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bologna – **Mario Bertolissi** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Padova – **Raffaele Bifulco** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università di Roma Luiss "Guido Carli" – **Francesca Biondi** Professoressa Ordinaria di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Milano – **Elena Buoso** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Padova – **Paola Caputi Jambrenghi** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bari "Aldo Moro" – **Sabino Cassese** Giudice emerito della Corte Costituzionale, Professore emerito della Scuola Normale Superiore di Pisa – **Emilio Salvatore Castorina** Professore Ordinario Diritto Costituzionale (IUS/08) Univiversità degli Studi di Catania – **Marcello Cecchetti** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Sassari – **Cristiano Celone** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo – **Alfonso Celotto** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08), Università degli Studi "Roma Tre" – **Ginevra Cerrina Feroni** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi di Bologna – **Mario Pilade Chiti** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze – **Antonio Colavecchio** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia – **Calogero Commandatore** Magistrato presso TAR Sicilia Palermo – **Claudio Contessa** Presidente della seconda Sezione del Consiglio di Stato – **Gabriella De Giorgi Cezzi** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli studi del Salento – **Emanuele Di Salvo** Presidente della quarta sezione penale della Corte di cassazione – **Marina D'Orsogna** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo – **Vera Fanti** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia – **Renato Federici** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Roma La Sapienza – **Leonardo Ferrara** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze – **Giancarlo Antonio Ferro** Professore associato di Diritto costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Catania – **Fabrizio Fracchia** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano "Luigi Bocconi" – **Diana Urania Galetta** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano – **Giuseppe Garzia** Professore Aggregato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Bologna – **Paolo Giangaspero** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste – **Loredana Giani** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Europea di Roma – **Walter Giulietti** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi dell'Aquila – **Matteo Gnes** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Urbino Carlo Bo – **Andrea Gratteri***

Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pavia – ***Antonio Guidara*** *Professore associato di Diritto Tributario (IUS/12) Università degli Studi di Catania –* ***Maria Assunta Icolari*** *(Professore associato (IUS/12) Università degli Studi G. Marconi di Roma) –* ***Lorenzo Ieva*** *Magistrato T.A.R. Puglia – Bari – Dottore di ricerca in diritto pubblico dell'economia –* ***Antonio Las Casas*** *Professore associato di Diritto Privato Comparato (IUS/02) Università degli Studi di Catania –* ***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 –* ***Francesco Manganaro*** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Mediterranea di Reggio Calabria, Presidente dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA) -* ***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 -* ***Remo Morzenti Pellegrini*** *Professore ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bergamo, già Rettore della medesima Università, Vicepresidente della Scuola Nazionale dell'Amministrazione –* ***Gracia Luchena Mozo*** *Professore Ordinario Universidada de Castilla-la Mancha –* ***Stefano Nespor*** *Professore a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Politecnico di Milano –* ***Dante Flàvio Oliveira Passos*** *Professor Adjunto de Administracão, Universidade Estadual de Paraìba –* ***Marco Olivi*** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Ca' Foscari di Venezia –* ***Gabriel Doménech Pascual*** *Profesor Titular de Derecho Administrativo (IUS/10) Universitat de Valencia –* ***Paolo Passaglia*** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università di Pisa –* ***Aristide Police*** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma Tor Vergata –* ***Nicoletta Rangone*** *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma LUMSA –* ***Cecilia Ricci*** *Professoressa Associata di Storia Romana (L-ANT/03)*

^

*Università degli Studi del Molise – **Maurizio Riverditi** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli Studi di Torino – **Raffaele Guido Rodio** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli studi di Bari – **Roberto Romboli** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pisa – **Tulio Raul Rosembuj** Professore Ordinario di Diritto Tributario IUS/12 (Universidad de Barcelona) e Prof. a contratto in LUISS – **Gianluca Ruggiero** Professore Associato di Diritto penale (IUS/17) Università del Piemonte Orientale – **Antonio Saitta** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Messina – **Ugo Salanitro** Professore Ordinario di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania – **Alessio Scarcella** Consigliere della Suprema Corte di Cassazione – **Giuliano Scarselli** Professore Ordinario di Diritto Processuale Civile (IUS/15) Università degli studi di Siena – **Andrea Scella** Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale (IUS/16) Università degli Studi di Udine – **Elisa Scotti** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo – Docente di Diritto dell'Ambiente – (IUS/10) Università degli Studi di Macerata – **Andrea Simoncini** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Firenze – **Sara Spuntarelli** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino – **Ernesto Sticchi Damiani** Professore Emerito di Diritto Amministrativo Università del Salento – **Antonio Leo Tarasco** Professore Ordinario Abilitato di Diritto amministrativo (IUS/10) Dirigente MiBAC (Ministero Beni e Attività Culturali) – **Vito Tenore** Pres. Sez. Giurisd. della Corte dei Conti Lombardia; Prof. Diritto del Lavoro Pubblico presso SNA (già SSPA), Doc. titolare di Diritto Amministrativo – **Fabrizio Tigano** Professore Ordinario di Diritto amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Messina – **Dario Elia Tosi** Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Valle d'Aosta – **Duccio Traina** Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Firenze – **Silvio Troilo** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bergamo – **Francesco Fabrizio Tuccari** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi del Salento.*

COMITATO DI REDAZIONE:

***Francesco Camplani** (Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Macerata; 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** (Cultrice della materia per l'insegnamento di Diritto costituzionale c/o l'Università degli Studi di Padova) – **Daniela Di Paola** (Funzionario MIUR) – **Giuseppina Lofaro** (Dottore di ricerca in Diritto Pubblico ed Economia – Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria) – **Agatino Giuseppe Lanzafame** (Referendario*

TAR LAZIO) ***Nicoletta Laurenti Collino*** *(Dottoranda in Diritto Pubblico, interateneo Trieste-Udine) –* ***Antonio Mitrotti*** *(Ricercatore in Diritto Amministrativo presso l'Università del Salento – Coordinatore Dottrina) –* ***Antonio Persico*** *(Dottorando in Diritto Pubblico – Università degli studi di Roma La Sapienza) –* ***Agostino Sola*** *(Praticante avvocato presso l'Avvocatura dello Stato) –* ***Leo Stilo*** *(Cultore della materia in Diritto Amministrativo, già Direttore della Rivista Il Nuovo Diritto) –* ***Luca Maria Tonelli*** *(Dottorando di ricerca in Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Perugia) –* ***Gianluca Trenta*** *(Dottorando di ricerca in Diritto Comparato nell'Università degli Studi Guglielmo Marconi) –* ***Giacomo Vivoli*** *(Professore a contratto in Diritto dell'Ambiente, Università degli Studi di Firenze).*

***

ELENCO DEI REFEREES:

Giuseppe Ugo Abate *(Università degli Studi di Palermo) –* ***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 Martìnez*** *(Universidad Externado de Colombia) –* ***Gianni Cortigiani*** *(Avvocato Distrettuale dello Stato di Firenze) –* ***Manlio D'Agostino Panebianco*** *(CeSIntES dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata) –* ***Simona D'Antonio*** *(Università degli Studi di Teramo) –* ***Sandro De Gotzen*** *(Università degli Studi di Trieste) –* ***Lorenzo De Gregoriis*** *(Università degli Studi di Teramo) –* ***Andrea De Lia*** *(Avv. penalista e Docente a contratto di Diritto penale) –* ***Giovanni D'Alessandro*** *(Università "Niccolò Cusano" di Roma) –* ***Viviana Di Capua*** *(Università di Napoli Federico II) –* ***Maria Rosaria Di Mattia*** *(Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) –* ***Ruggero Dipace*** *(Università degli Studi del Molise) –* ***Enzo Di Salvatore*** *(Università degli Studi di Teramo) –* ***Caterina Drigo*** *(Università di Bologna) –* ***Pietro Faraguna*** *(Università degli Studi di Trieste) –* ***Daniela Ferrara*** *(Università degli*

*studi di Palermo) – **Maria Dolores Ferrara** (Università degli Studi di Trieste) – **Luigi Ferrara** (Università di Napoli Federico II) – **Claudio Galtieri** (Doc. Univ. di Modena-R.Emilia, già Proc. Gen. Corte dei Conti) – **Biagio Giliberti** (Universitas Mercatorum) - **Valentina Giomi** (Università degli Studi di Pisa) – **Dimitri Girotto** (Università degli Studi di Udine) – **David Grifoni** Avvocato del Foro di Firenze – **Emanuele Guarna Assanti** (Università degli Studi Guglielmo Marconi) – **Francesca Guerriero** (Avv. penalista del Foro di Roma) – **Antonio Guidara** (Università degli Studi di Catania) – **Anna Rita Iacopino** (Università degli Studi dell'Aquila) – **Paolo Iafrate** (Università degli studi di Roma "Tor Vergata") – **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) – **Cesare Mainardis** (Università degli Studi di Ferrara) – **Marco Mancini** (Università Ca' Foscari di Venezia) – **Giovanna Marchianò** (Università degli Studi di Bologna) - **Karla Georgina Martinez Herrera** (Università degli Studi di Brescia) – **Donatantonio Mastrangelo** (Università degli Studi di Bari) – **Giulia Milo** (Università degli Studi di Trieste) – **Giuseppe Misserini** (Università degli Studi di Bari) – **Viviana Molaschi** (Università degli Studi di Bergamo) – **Davide Monego** (Università degli Studi di Trieste) – **Asensio Navarro Ortega** (Universidad de Granada) – **Alberto Oddenino** (Università degli Studi di Torino) – **Sandra Regina Oliveira Passos Bragança Ferro** (Centro Universitario Estácio da Amazônia) - **Vittorio Pampanin** (Università degli Studi di Pavia) – **Vera Parisio** (Università degli Studi di Brescia – Esperta in materia ambientale) – **Paolo Patrito** (Università degli Studi di Torino) – **Mauro Pennasilico** (Università degli Studi di Bari Aldo Moro) – **Vincenzo Pepe** (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) – **Francesco Perchinunno** (Università degli Studi di Bari) – **Alberto Pierobon** (Consulente per Enti in materia ambientale) – **Olivia Pini** (Università degli Studi di Modena) – **Rolando Pini** (Università degli Studi di Bologna) – **Patrizia Pinna** (Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze) – **Carmine Petteruti** (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) – **Oreste Pollicino** (Università Bocconi) – **Daniele Porena** (Università degli Studi di Perugia) – **Corrado Procaccini** (Avvocato del Foro di Benevento) – **Edoardo Carlo Raffiotta** (Università degli Studi di Bologna) – **Carlo Rapicavoli** (Direttore Generale presso Provincia di Treviso – Direttore ANCI Veneto e UPI Veneto) – **Nino Olivetti Rason** (Università degli studi di Padova) – **Pierpaolo Rivello** (Università degli Studi di Torino) – **Mariano Robles** (Università degli Studi degli Studi di Bari) – **Paolo Rossi** (Università degli Studi di Perugia) – **Gianpaolo Maria Ruotolo** (Università di Foggia) – **Francesco Emanuele Salamone** (Università degli Studi della Tuscia) – **Antonio Saporito** (Università degli Studi Niccolò Cusano) – **Ciro Sbailò** (Università degli Studi internazionali di Roma) – **Maria Stefania Scardigno** (Università degli Studi di Bari) – **Franco Sciarretta** (Unitelma Sapienza Roma) – **Andrea Sticchi Damiani** (Cultore di diritto amministrativo Avv. Foro di Lecce) – **Anna Tacente***

*(Università degli Studi di Bari) – **Alma Lucia Tarantino** (Università degli Studi di Bari) – **Marco Terrei** (Centrale di committenza del Comune di Lanciano) – **Grazia Maria Vagliasindi** (Università degli Studi di Catania) – **Tommaso Ventre** (LUISS Guido Carli) – **Marcello Vernola** (Universita di' Cassino e del Lazio Meridionale) – **Donato Vese** (Università degli Studi di Torino).*

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

Indice generale

RIVISTA SCIENTIFICA GIURIDICA INSERITA NELL'AREA 12 - CLASSE A - ANVUR.....I

ORGANIGRAMMA DELLA RIVISTA.....II

INDICE GENERALE.....IX

LA COOPERAZIONE EUROPEA ALLO SVILUPPO SI RAFFORZA CON L'ACCORDO DI GEORGE TOWN **DONATELLA DEL VESCOVO**.....1

L'IMPATTO DELLE FONTI RINNOVABILI IN AGRICOLTURA: ECO-AGRO-FOTOVOLTAICO E CONSUMO DI SUOLO **ENRICO GIARMANÀ**.....30

FRODE NELLE SOVVENZIONI PUBBLICHE: UNA PROSPETTIVA COMPARATA **ANDREA DE LIA**.....54

A INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DO FENOMÊNO CORRUPTIVO **FRANCESCO FABRIZIO TUCCARI**.....80

L'"ERGASTOLO OSTATIVO" E L'APPLICAZIONE DELLA TECNICA DELLE C.D. "DOPPIA PRONUNCIA" **GIADA ROSSI**.....128

NUOVE PROSPETTIVE DI SOSTENIBILITA' INTERGENERAZIONALE: LA SOSTENIBILITA' DELLE MATERIE PRIME NELLA TRANSIZIONE TECNOLOGICA ENERGETICA **DANIELE PORENA - CARLA PIFFER - NICOLÒ BASIGLI**.....149

REATI MINISTERIALI E FUNZIONE GIURISDIZIONALE ALLA PROVA DELLE RECENTI PRASSI: UNA IPOTESI PER LA "SPOLITICIZZAZIONE" DELLE PROCEDURE **IRENE ELIA**.....170

PER UN'AMMINISTRAZIONE CONDIVISA DEI COMMONS NELLA REALTÀ DEI COMUNI **GIOVANNI BAROZZI REGGIANI - ANDREA GIORDANO**.....187

IL REGIME GIURIDICO DEI MATERIALI PER L'EDILIZIA NELLA PROSPETTIVA DELLA TRANSIZIONE ECOLOGICA **SEBASTIANO LICCIARDELLO - GIOVANNI IUDICA**. .197

L'ECONOMIA CIRCOLARE DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE: LE COMPETENZE LEGISLATIVE REGIONALI NELLA "GESTIONE" DEI MATERIALI SPIAGGIATI **GIACOMO VIVOLI**.....214

ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA E FUNZIONI NEL PUBBLICO IMPIEGO: IL CASO DELLA DELEGA DEL DIRIGENTE SCOLASTICO **MASSIMO ASARO**.....236

FUORI DALLO SCACCHIERE EUROPEO: L'ADESIONE POLACCA AL MODELLO STATUNITENSE IN MATERIA DI ABORTO **LUANA LEO**.....252

L'ACCESSO ALLE INFORMAZIONI AMBIENTALI E LE PRIME AZIONI PER DANNO DA CAMBIAMENTO CLIMATICO. ESPERIENZE A CONFRONTO **VALENTINA ZAMPAGLIONE**.....273

LA SENT. N. 198/2021 DELLA CORTE COSTITUZIONALE E LA PRATICA DELL'USO DEI D.P.C.M. IN EPOCA COVID-19: NON SI TRATTA DI UN'ASSOLUZIONE, ANZI **LUDOVICO A. MAZZAROLLI**.....324

CONTRATTI DI FINANZIAMENTO INTERNAZIONALE E CLAUSOLE DI SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE, ANCHE NEL COMMON LAW INGLESE

PIERRE DE GIOIA CARABELLESE - SIMONE DAVINI.....343

SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE E GIURIDICA DEL RIUSO DEI MATERIALI PROVENIENTI DA DEMOLIZIONI EDILIZIE NEL RIPASCIMENTO DEGLI ARENILI

MARIA RITA MAIOLO.....370

RIFLESSIONI SU EFFETTIVITÀ E UTILITÀ DELLA TASSAZIONE DELLA PLASTICA

STEFANIA SCARASCIA MUGNOZZA.....401

PROSEGUE IL MOMENTO COSTITUZIONALE DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA LA "SVOLTA VERDE" DELLA POLITICA MONETARIA

ANDREA CONZUTTI.....419

LE "COMUNITÀ ENERGETICHE" COME NUOVI MODELLI GIURIDICI DI SVILUPPO SOSTENIBILE. PRIME NOTE SULL'ESPERIENZA FRANCESE

VINCENZO PEPE.....425

L'INCIDENZA DELL'INTERESSE AMBIENTALE NELLA PRODUZIONE E COMMERCIALIZZAZIONE DEI PRODOTTI AGRO-ALIMENTARI

MARIA CARLOTTA RIZZUTO.....448

DALL'ATTIVITÀ AGRICOLA ALL'IMPRESA AGRICOLA CHE OPERA NEL MERCATO. ALCUNE CONSIDERAZIONI DI ORDINE STORICO-EVOLUTIVO E SISTEMATICO
ANDREA CAPRARA.....472

DIRITTO PENALE ED UNIONE EUROPEA: UNA OVERVIEW

ANDREA DE LIA.....512

IL FUTURO DELLE GENERAZIONI E L'ETÀ PER L'ELETTORATO ATTIVO NELLA REVISIONE DELLA COSTITUZIONE

ANDREA GRATTERI.....552

LA PIANIFICAZIONE PAESAGGISTICA DELLA REGIONE TOSCANA TRA LEGISLAZIONE NAZIONALE E GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

MASSIMO ASARO.....581

LA SCUOLA TRA LE MISURE DI CONTENIMENTO DELLA PANDEMIA E I PROGETTI DI "RILANCIO" DEL PNRR

ANDREA PATANÈ.....601

IL DISTRETTO CULTURALE: L'INVERAMENTO DELLE GARANZIE OBBIETTIVE ATTRAVERSO LA CODETERMINAZIONE DELL'INTERESSE COLLETTIVO

GIACOMO BIASUTTI.....652

TUTELA COSTITUZIONALE DELL'AMBIENTE E OBIETTIVI DI SOSTENIBILITÀ NEL FRAMEWORK EUROPEO: IL RUOLO DELLE CORTI VERSO LA TRANSIZIONE VERDE

FEDERICA MARCONI.....681

LA LIBERALIZZAZIONE DEL FOTOVOLTAICO È UNA MINACCIA PER IL PAESAGGIO? PRIME OSSERVAZIONI A MARGINE DELL'ART. 9, CO. 1, L. 34/2022

STEFANO CROCITTO.....708

UN VIRUS CHE INFETTA ANCHE IL SISTEMA DELLE FONTI? IL DIFFICILE INQUADRAMENTO DELLE LINEE GUIDA ALLA LUCE DELLE CONTRASTANTI PRONUNCE DEL TAR LAZIO E DEL CONSIGLIO DI STATO.....724

LAURA SANCILIO.....724

IL CONCETTO DI "UTILITÀ AMBIENTALE" NELL'ART. 41 COST. RIFLESSIONI A SEGUITO DELLA LEGGE COSTITUZIONALE N. 1/2022

DAVID GRIFONI.....744

«IN CONDITIONALITY WE TRUST» RIFLESSIONI SULLE CONDIZIONALITÀ MACROECONOMICHE INTRODOTTE DAL RECOVERY AND RESILIENCE FACILITY

ANDREA CONZUTTI.....762

NATURA DELL'ATTO UNILATERALE D'OBBLIGO NELL'ACCORDO DI PROGRAMMA: ATTO DISPOSITIVO DI DIRITTI IN ATTESA DI ESPANSIONE?

GIACOMO BIASUTTI.....778

FOCUS.....802

I NUOVI PRINCIPI COSTITUZIONALI IN MATERIA DI AMBIENTE E SOSTENIBILITÀ

MARISA MELI.....803

MATERIALE DI RIPORTO E BONIFICA DEI SITI CONTAMINATI. UN RAPPORTO DIFFICILE

GIOVANNI SAVARESE.....809

OSSERVATORIO.....822

OSSERVATORIO DI DIRITTO DELL'ENERGIA

A CURA DI **CESARE MAINARDIS**.....823

COLLABORA CON LA RIVISTA.....827

SAGGI

LA COOPERAZIONE EUROPEA ALLO SVILUPPO SI RAFFORZA CON L'ACCORDO DI GEORGE TOWN

Donatella del Vescovo*

Abstract. Lo stadio più evoluto della cooperazione europea allo sviluppo è oggi l'Accordo di George Town frutto di analisi e valutazioni sull'efficacia delle precedenti convenzioni e nello stesso tempo uno strumento utile ad inserire i Paesi ACP in un contesto economico mondiale dal quale rimarrebbero inesorabilmente esclusi. Partendo da un *escursus* storico, questo lavoro si propone di esaminare innanzitutto l'Accordo di Cotonou, in maniera approfondita, per poi affrontare il tema del nuovo Accordo che propone un nuovo sistema di decentralizzazione dell'aiuto e di appropriazione delle politiche di sviluppo da parte dei beneficiari.

Abstract. *The most advanced stage of European development cooperation today is the George Town Agreement, the result of analyses and evaluations of the effectiveness of previous conventions and at the same time a useful instrument for placing the ACP countries in a world economic context from which they would remain inexorably excluded. Starting from a historical escursus, this work aims to examine first of all the Cotonou Agreement, in depth, and then to address the theme of the new Agreement that proposes a new system of decentralization of aid and appropriation of development policies by the beneficiaries.*

SOMMARIO: 1. Premessa. **2**. Il Sistema del "partenariato tra eguali". **3.** La necessità di cambiare il sistema Lomé. **4.** Il nuovo approccio di partenariato avvenuto con Cotonou. **5.** I cinque pilastri del partenariato. **6.** La normativa dell'OMC riguardante i PVS. **7.** I punti deboli dell'Accordo di Cotonou. **8.** Conclusioni.

1. Premessa.

La cooperazione europea allo sviluppo, oggi estremamente articolata, è storicamente caratterizzata dalle relazioni tra l'Unione europea[1] e le sue ex colonie, riunitesi nel gruppo dei Paesi dell'Africa subsahariana, dei Caraibi e del Pacifico[2].

Lo stadio più evoluto di queste relazioni iniziate con la convenzione di Youndè è oggi l'Accordo di George Town che mostra un costante adattamento ai mutamenti del contesto internazionale, essendo contemporaneamente il frutto di analisi e valutazioni sull'efficacia delle precedenti convenzioni e il necessario strumento utile

** Ricercatrice in Diritto dell'Unione Europea, Università di Bari.

1 Si avverte che nel corso di questo lavoro verrà utilizzata l'abbreviazione Unione Europea (UE) anche per quanto riguarda i riferimenti precedenti all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, ove la dizione esatta è Comunità Economica Europea.

2 Di seguito denominati ACP.

ad inserire i Paesi ACP in un contesto economico mondiale dal quale rimarrebbero inesorabilmente esclusi[3].

Il nuovo Accordo conclusosi il 3 dicembre 2020 ha sostituito il precedente Accordo di Cotonou siglato nel 2000, che nonostante sia scaduto già nel febbraio 2020 rimarrà valido in attesa che si concludano i negoziati[4]. Esso regolerà molti aspetti fondamentali nella relazione con gli Stati africani, come la cooperazione allo sviluppo e i rapporti commerciali.

Ai singoli Paesi ACP è lasciata dunque con le nuove regole piena facoltà decisionale relativamente al modello di sviluppo che ritengano più opportuno, nei limiti però di una conduzione politica ritenuta accettabile dall'Europa. Questi limiti come si vedrà pongono non pochi problemi derivanti soprattutto da una definizione degli stessi piuttosto imprecisa. Si parla infatti di "buon governo", di rispetto dei principi democratici dello stato di diritto, ma si fatica a riconoscere un limite certamente individuabile per esempio dei "gravi casi di corruzione" che determinano, come estrema conseguenza, la sospensione dell'aiuto stesso.

Partendo dunque da un *escursus* storico, questo lavoro si propone di esaminare innanzitutto l'Accordo di Cotonou, in maniera approfondita, per poi affrontare il tema del nuovo Accordo che come vedremo propone un nuovo sistema di decentralizzazione dell'aiuto e di appropriazione delle politiche di sviluppo da parte dei beneficiari.

Nostro obiettivo è dunque esaminare l'evoluzione delle relazioni tra Europa e Paesi ACP nella negoziazione, tuttora in corso, delle tante aree di libero scambio e nella revisione ormai compiuta dell'Accordo di Cotonou, mostrando una struttura giuridica dalle notevoli potenzialità, che se ben sfruttata, potrà diventare un modello esemplare nei rapporti tra Nord e Sud del mondo.

2. Il Sistema del "partenariato tra eguali".

La cooperazione tra i Paesi ACP e l'UE rappresenta un aspetto particolarmente importante della politica di sviluppo europea e delle sue relazioni esterne in generale[5].

3 A partire dall'aprile 2020, il Gruppo di Stati ACP è diventato l'Organizzazione degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (Organisation of African, Caribbean and Pacific States - OACPS).

4 Il testo del nuovo Accordo si trova in https://ec.europa.eu/international-partnerships/system/files/negotiated-agreement-text-initialled-by-eu-oacps-chief-negotiators-20210415_en.pdf

5 In generale sugli accordi conclusi dall'UE v. G. KOJANEC, *Gli accordi di associazione alla CEE*, Padova, 1965; P. FOIS, *Gli accordi degli Stati membri delle Comunità europee,* Milano, 1968; E. GRILLI, *The european Community and the developing countries,* Cambridge University Press, Cambridge, 1993; E. BARONCINI, A. NAVARRO GONZALES, *La Politica comunitaria de cooperacion al desarrollo,* in *Revista des instituciones europeas,*1994, p. 9; I. MACLEOD, I.D. HENRY, S. HYETT, *The external Relations of the European Communities,* Oxford, 1996; A. TIZZANO, *Note in tema di relazioni esterne dell'Unione Europea,* in *Dir. Un. eur.,* 1999, p. 20.

Il Trattato di Roma del 1957 istitutivo della Comunità Economica Europea, in un primo tempo costituiva la base giuridica della cooperazione con tale gruppo di Paesi (nonché con i Paesi e territori d'Oltre Mare[6]), che all'epoca erano per la maggior parte colonie di alcuni Stati membri[7]. Ma in seguito le Convenzioni di Yaoundè I e II tra gli Stati africani e malgasci associati e la stessa UE, firmate rispettivamente nel 1963 e nel 1969, hanno rappresentato il primo passo per la creazione di un vero e proprio partenariato[8]. Successivamente all'ingresso del Regno Unito nella UE[9] infatti, si era posto l'urgente problema del trattamento delle numerose ex colonie inglesi; fu così firmata a Lomè nel 1975 la I Convenzione tra la Comunità Europea e gli Stati membri, da una parte, e 46 Stati ACP, tra cui appunto anche quelli anglofoni, dall'altra[10].

Il primo modello di cooperazione, espresso dalla Convenzione di Lomè, si basava sul principio che, lo sviluppo economico, sociale e culturale non nasceva dalla semplice pratica degli scambi internazionali o dalla semplice erogazione di aiuti umanitari, bensì da una cooperazione e collaborazione continuativa in tutti gli ambiti tra Paesi sviluppati e non.

La Convenzione di Lomè non costituiva dunque soltanto un accordo preferenziale tra l'UE ed i Paesi ACP[11], ma poteva considerarsi in realtà una sorta di "cartina

6 Di seguito denominati PTOM e cioè: Anguilla, Isole Cayman, Isole Falkland, Georgia meridionale e Isole Sandwich meridionali, Montserrat, Pitcairn, Sant'Elena e 1e sue dipendenze, i territori dell'Antartico britannico, i territori britannici dell'Oceano Indiano, le Isole Turks e Caicos, le Isole Vergini britanniche, 1e Bermuda, la Nuova Caledonia e le sue dipendenze, la Polinesia francese, le Terre australi antartiche francesi, le Isole Wallis e Futuna, Mayotte, Saint Pierre e Mîquelon, Aruba, le Antille olandesi (Bonaire, curaçao, Saba, Sint Eustatius, Sint Maarten), la Groenlandia.

7 Il Trattato di Roma nella parte IV riservata all'associazione dei Paesi e Territori d'Oltremare all'UE (artt.131 e ss.), ha inteso recepire le istanze di quegli Stati membri, che pure nel quadro della nuova CE, intendevano comunque continuare a mantenere relazioni commerciali con le loro antiche colonie. Per l'attuazione di questa cooperazione volta a promuovere lo sviluppo sociale ed economico dei PTOM, fu istituito un fondo la cui dotazione è stata alimentata dai contributi versati per 5 anni dagli Stati membri, denominato Fondo europeo di Sviluppo (FES).

8 La I Convenzione di Yaoundè fu firmata il 20 luglio 1963 e raggruppava i Paesi allora membri dell'UE e diciotto Paesi africani. Per il testo della Convenzione v. GUCE, L 93 del 11 giugno 1964, p. 1431 ss. Con questo Accordo l'UE ha esteso la zona di libero scambio ai prodotti e alle materie prime provenienti dai Paesi africani contraenti, mentre questi dal canto loro, si sono impegnati a ridurre gradualmente i dazi e i contingenti alle importazioni nei confronti dell'UE. Alla scadenza di tale Accordo le parti lo rinnovarono per altri 5 anni con un contenuto sostanzialmente identico. La II Convenzione di Yaoundè fu firmata il 29 luglio 1969 ed entrò in vigore il 1 gennaio 1974, in GUCE L 282, del 28 dicembre 1970, p. 1 ss.

9 Il Trattato di adesione all'UE di Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca è stato firmato il 22 gennaio 1972, in GUCE, L 73 del 27 marzo 1972.

10 Tale Convenzione, in GUCE, L 25 del 30 gennaio 1976, p. 1 ss, è entrata in vigore il 1 aprile 1976. Sulla I Convenzione di Lomè v. in particolare F. MOSCONI, *La Convenzione di Lomè e i finanziamenti comunitari ai Paesi in via di sviluppo,* in *Riv. dir. eur.,* 1977, p. 377; J. RAUX, D. PERROT, *La Convention de Lomè,* in *Rev. trim. droit. eur.,* 1976, p. 314.

11 In quanto prevedeva un regime preferenziale non reciproco per le esportazioni dei Paesi ACP verso la CE.

tornasole" dell'evoluzione della politica europea di aiuto allo sviluppo perché, sebbene fissasse all'origine un'opzione preferenziale africana, poteva sintetizzare l'intera rete di rapporti tra Europa e Paesi in Via di Sviluppo[12] compresi in una logica di cooperazione[13].

La prima Convenzione di Lomè introdusse fondamentali innovazioni nel rapporto tra Nord e Sud del mondo. L'Accordo stabiliva infatti, come architettura delle relazioni ACP-UE, il sistema del "partenariato tra eguali" ovvero un modello cooperativo che cercava di equilibrare la parità e l'interesse reciproco dei contraenti con l'autonomia di scelta e l'esercizio delle sovranità individuali.

L'Accordo è stato costantemente rinnovato allo scadere della durata quinquennale e precisamente nel 1979, nel 1984 e nel 1989[14]. La quarta Convenzione[15], la cui durata fu fissata in dieci anni, fu rinegoziata nel 1995 (Lomè IV-bis) al fine, tra l'altro, di enfatizzare la questione democratica e la tutela dei diritti umani nelle politiche di cooperazione comunitaria.

12 Di seguito denominati PVS.

13 Cfr. W. BROWN, *Lomè IV, l'aggiustamento e la condizionalità politica,* Repubblica di S. Marino, 1999, p.51.

14 La II Convenzione di Lomè è stata stipulata il 31 ottobre 1979 ed è entrata in vigore il 1 gennaio 1981, in GUCE, L 374 del 22 dicembre 1980; la III è stata firmata l'8 dicembre 1984, ed è entrata in vigore il 1 maggio 1986, in GUCE, L 86 del 31 marzo 1986. Lomè IV è stata stipulata nel 1989 ed è entrata in vigore nel 1990, ed è stata la prima Convenzione a coprire un periodo di 10 anni, con una revisione dopo i primi 5 anni, revisione che si è avuta il 4 novembre 1995 nelle isole Mauritius e che ha dato vita a Lomè IV bis. Il numero dei Paesi ACP è aumentato di Convenzione in Convenzione a partire dai 46 Stati originari della I ai 58 della II ai 64 della III per arrivare ai 71 dell'ultima.

15 La IV Convenzione di Lomè è pubblicata in GUCE, 17 agosto 1991, L 229, p. 1 ss. L'Italia ha ratificato e reso esecutivo la Convenzione con legge 6 giugno 1991 n. 177, con la quale è stata data efficacia anche all'accordo interno per il finanziamento e la gestione degli aiuti CE ai Paesi ACP, firmato a Bruxelles il 17 luglio 1990 in GURI, suppl. ord. N. 138 del 14 giugno 1991, p. 1 ss. Lomè IV ha introdotto numerose innovazioni importanti. La promozione di diritti umani e il rispetto della democrazia sono diventati elementi chiave del partenariato, mentre nella cooperazione sono stati inseriti nuovi obiettivi come, ad es. il potenziamento del ruolo delle donne e la protezione ambientale. Un'altra importante innovazione è stata la cooperazione decentrata, vale a dire la partecipazione al processo di sviluppo di altri attori, come ad es. la società civile. La letteratura in tema di rinnovamento e conclusione della IV Convenzione di Lomé è vastissima; a titolo esemplificativo possiamo ricordare G. MAGANZA, *La Convention de Lomé*, in J. MEGRET, M. WAELBROECK, J. LOUIS, D. VIGNES, J.L. DEWOST, *Le droit de la Communauté écono mique européenne. Commentaire du traité et des textes pris polo-son application*, vol. 13, Bruxelles, 1990, in particolare p. 497 ss.; D. DORMOY, *Lomé IV, Les negociations et l'accord,* in *Rev. gén. droit int. pub.,* 1990, p. 635 ss.; A. ROCCO, *La IV° Convenzione di Lomé*, in *Comm. int.*, 1990, p. 397 SS.;N. PROUVEZ, *Les relations ACP-CEE dans le contexte de 1992 et de Lomé IV*, in *African Journ. Int. Comp. Law,* 1990, p. 249 ss.; F. NICORA, *Lomé IV: processus, phases et structures de la négociation*, in *Rev. marc. comm.*, 1990, p. 395 ss.; *Lomé IV°, 1990-2000. Contesto, innovazioni e miglioramenti*, in *Europa,* marzo 1990; C. COVA, *Lomé IV: une convention pour 10 ans*, in *Rev. marc. comm.,* 1990, p. 1 SS.; C. COVA, *Vers la IVe Convention ACP/CEE*, in *Rev. mare. comm.*, 1988, p. 198 SS.: C. COVA, *Les negociations pour le renouvellement de la IVe Convention de Lomé*, in *Rev. marc. comm.*, 1988, p. 569 ss.; M. LISTER, *The European Community and the Developing World. The Role of the Lomé Convention,* Avebury, 1988; D. MATTHEWS, Lomé *IV and ACP/EEC Relations: surviving the lost decade*, in *Cal. West. Int. Law Journ.,* 1991-1992, p. 2 ss.

Altra caratteristica di Lomè era quella non solo di stabilire l'ingresso nel mercato comunitario dei prodotti originari dai Paesi ACP in regime di franchigia doganale e senza reciprocità[16] (salvo alcune eccezioni), ma anche di garantire il diritto degli stessi ad un'assistenza tecnica e finanziaria, adottando in sostanza un approccio basato sulla cooperazione globale[17].

Gli strumenti principali previsti da Lomè erano dati in sostanza dalle preferenze commerciali[18], dallo *Stabex*, dal *Sysmin*[19] oltre che dagli aiuti tecnici e finanziari. In particolare, lo *Stabex* era un sistema volto alla stabilizzazione dei proventi delle esportazioni, attraverso trasferimenti finanziari da attuare nel caso di congiunture

16 Non vi è clausola di reciprocità da parte dei Paesi ACP, i quali sono tenuti unicamente ad applicare all'UE la clausola della nazione più favorita e a non praticare discriminazione tra i Paesi dell'Unione.

17 Gli interventi coprivano infatti ogni settore significativo per la promozione dello sviluppo nei PVS, così da comprendere l'agricoltura, l'industria, la sicurezza alimentare, il settore energetico e quello minerario, il commercio, lo sviluppo dell'imprenditoria, dei servizi, delle infrastrutture, nonché la cooperazione culturale, sociale, ambientale e regionale. Per un esame approfondito dell'evoluzione caratterizzata dalla fine della omogeneità sostanziale degli Stati membri della comunità internazionale, dal rilievo giuridico acquisito dalla disuguaglianza economica degli Stati, con la conseguente legittimazione di trattamenti differenziati con funzione riequilibratrice v. E. TRIGGIANI, *Il trattamento della nazione più favorita*, Napoli, 1984.

18 Un aspetto fondamentale della cooperazione economica e commerciale istituito sin dalla I Convenzione di Lomè è il regime delle preferenze commerciali, il quale prevede che i prodotti manufatti e i prodotti agricoli, che non sono direttamente in concorrenza con i prodotti soggetti alla Politica Agraria Comune, entrino nell'Unione senza dazi doganali né restrizioni quantitative. Per quanto riguarda invece i prodotti agricoli che sono in concorrenza con i prodotti che rientrano nella PAC, essi beneficiano di un accesso limitato anche se privilegiato, sono previsti cioè dei contingenti con dei diritti o dei prelievi ridotti o nulli.

19 L'analisi del funzionamento di questi meccanismi è molto complessa e, pur se interessante, fuoriesce dall'ambito di questo lavoro. Tale funzionamento brevemente si può così riassumere: il sistema STABEX ha come obiettivo la stabilizzazione dei proventi di un certo numero di esportazioni agricole dei Paesi ACP all'UE; per alcuni dei Paesi più poveri esso si applica anche alle esportazioni di questi prodotti verso altri Paesi ACP e, in alcuni casi, anche alle loro esportazioni totali di questi prodotti. Questi prodotti sono quelli dai quali dipendono le economie di questi Paesi e che risentono delle fluttuazioni dei prezzi, dei quantitativi o di entrambi i fattori (l'elenco dei prodotti rientranti nel sistema è attualmente previsto nell'art. 187 della IV" Convenzione). Il sistema si applica ai proventi delle esportazioni di uno Stato ACP dei prodotti in questione qualora, nell'anno dì applicazione, tali proventi originati dall'esportazione di ciascun prodotto abbiano rappresentato almeno il 5% (1% per gli ACP meno sviluppati, senza sbocco sul mare e insulari) del totale dei suoi proventi da esportazione di tutte le merci. Se in un determinato anno di applicazione del sistema i proventi delle esportazioni di un prodotto scendono in modo rilevante sotto la media dei proventi risultante da un certo periodo di riferimento- sei anni precedenti l'anno di applicazione, meno i due anni con i valori più elevato e più basso - interviene un contributo comunitario a riequilibrarli, a meno che il calo dei proventi sia la conseguenza di misure discriminatorie verso l'Unione. Il sistema SYSMIN è un sistema di finanziamento per i prodotti minerari e presenta caratteristiche analoghe allo STABEX: i finanziamenti si hanno quando il ricavato delle esportazioni rappresenta almeno il 15% (10% per gli ACP meno sviluppati) dei proventi delle esportazioni di uno dei prodotti minerari elencati nell'Accordo o almeno i120% (12%) dei proventi dell'insieme della produzione mineraria. Se si verifica o è previsto un calo di almeno i110% della capacità di produzione o di esportazione lo Stato interessato può chiedere alla Commissione di intervenire con un contributo. La differenza fondamentale con lo STABEX è che nel SYSMIN l'intervento europeo non è automatico, ma dipende da una valutazione della situazione concreta e dalla richiesta del Paese interessato. Per questi aspetti v. S. SIDERI, *La Comunità europea*

sfavorevoli nel mercato internazionale; il *Sysmin*, destinato precipuamente al risanamento ed allo sviluppo del settore minerario e delle materie prime nei Paesi ACP, si concretizzava in un sistema speciale di finanziamento che trovava applicazione nelle ipotesi di calo della capacità produttiva o di congiuntura economica sfavorevole.

Inoltre fondamentali, per l'attuazione degli interventi prefigurati, erano i protocolli finanziari allegati all'Accordo[20], nei quali venivano fissate le risorse disponibili, le fonti ed i canali di finanziamento (tra cui il Fondo Europeo di Sviluppo[21]).

---

nell'interdipendenza mondiale, Milano, 1989, p. 99 ss.; l'intervento di F. CONZATO, *Lo Stabex, al Convegno su La cooperazione CEE per lo sviluppo, Lomé e nuovo ordine economico,* Milano, 18-21 maggio 1992, p. 97 ss.; S. ALESSANDRINI, *Struttura e gestione della Convenzione di Lomé*, Torino, 1982; F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee,* 5 ed., Milano, 1997, p. 81 ss.

20 Sin dalla I Convenzione di Lomè sono stati via via elaborati e sottoscritti numerosi protocolli. Il protocollo è un atto bilaterale o plurilaterale integrativo che viene predisposto e sottoscritto per dare esecuzione alle norme generali contenute nella Convenzione. I protocolli possono essere suddivisi in due categorie: di contenuto economico e senza contenuto economico; quelli che interessano maggiormente questo lavoro sono, naturalmente , quelli a contenuto economico. Ne proponiamo alcuni esempi; *Il Protocollo sullo zucchero (n.3 Lomè I e n.5 Lomè IV)* Con il protocollo sullo zucchero, la Comunità accetta di acquistare ogni anno una quota fissa di zucchero di canna, grezzo o bianco dai produttori ACP a dei prezzi garantiti, stabiliti sulla base dei prezzi in vigore nel mercato interno europeo, dove lo zucchero viene commercializzato a prezzi liberamente negoziati tra acquirenti e venditori. *Il Protocollo sulle banane (n.6 Lomè I e n.5 Lomè IV)* Prevede il mantenimento della situazione esistente al momento della firma della prima Convenzione per quanto riguarda l'accesso ai mercati europei e i vantaggi di cui fruiscono gli ACP. In questo protocollo viene sancito l'impegno ad elaborare ed ad attuare azioni appropriate al fine di aumentare le esportazioni di banane degli Stati ACP sui mercati comunitari tradizionali e al fine di creare nuovi sbocchi nei mercati europei. Nel Protocollo contenuto nella IV Convenzione vengono specificati i mezzi a cui si potrà far ricorso per tali azioni e i settori in cui interviene.

21 II Fondo europeo di sviluppo (FES) è lo strumento principale degli aiuti europei alla cooperazione allo sviluppo degli Stati ACP nonché dei Paesi e Territori d'oltremare (PTOM). Gli articoli 131 e 136 del trattato di Roma del 1957 ne previdero la creazione per fornire aiuti tecnici e finanziari ai paesi africani ancora colonizzati all'epoca e con i quali alcuni Stati hanno avuto legami storici. Benché, su richiesta del Parlamento europeo, al Fondo sia riservato un titolo nel bilancio comunitario dal 1993, il FES non fa parte del bilancio comunitario generale. È finanziato dagli Stati membri, dispone di regole finanziarie proprie ed è diretto da un comitato specifico. Gli Stati membri fissano il bilancio del FES in seno al Consiglio mediante accordi che in seguito sono ratificati dal Parlamento nazionale di ciascuno Stato membro. La Commissione europea ed altre istituzioni istituite nel quadro del partenariato svolgono un ruolo chiave nella gestione quotidiana del Fondo. Ciascun FES è concluso per un periodo di circa cinque anni. Dalla conclusione della prima convenzione di partenariato nel 1964, i cicli del FES seguono in generale quelli degli accordi o delle convenzioni di partenariato. Primo FES: 1959-1964 . Secondo FES: 1964-1970 (Convenzione di Yaoundé I). Terzo FES: 1970-1975 (Convenzione di Yaoundé II). Quarto FES: 1975-1980 (Convenzione di Lomé I). Quinto FES: 1980-1985 (Convenzione di Lomé II) . Sesto FES: 1985-1990 (Convenzione di Lomé III). Settimo FES: 1990-1995 (Convenzione di Lomé IV). Ottavo FES: 1995-2000 (Convenzione di Lomé IV e sua revisione IV bis). Il 9° FES, concluso per lo stesso periodo dell'Accordo di Cotonou , è dotato di un importo di 13,5 miliardi di euro per un periodo di cinque anni. Inoltre, le rimanenze dei FES precedenti ammontano a oltre 9,9 miliardi di euro. Gli aiuti allo sviluppo forniti dal FES rientrano in un quadro europeo più ampio. In seno all'Unione Europea, i fondi del bilancio generale della Comunità possono essere utilizzati per determinate azioni. Inoltre, pur gestendo una parte delle risorse del FES (i prestiti e i capitali di

Tuttavia i limiti della Convenzione di Lomè sono stati molti, pur potendo essa dimostrare in realtà quanto il commercio potesse essere funzionale allo sviluppo e come attraverso questo tipo di relazioni possano essere introdotte, nel dialogo politico con i Paesi interessati, tematiche altrettanto importanti nelle relazioni internazionali. La condizionalità politica infatti, inizialmente nata con riferimento ai principi democratici e ai diritti dell'uomo, si è poi allargata all'ambiente, alle questioni di genere, ai diritti dei lavoratori e a numerosi altri temi.

La Convenzione di Lomè in sostanza conobbe, nel corso dei decenni, una costante evoluzione, anche attraverso modifiche dell'assetto e degli strumenti operativi. Questa evoluzione, sul piano più generale, rifletteva le vicende caratterizzanti il contesto nel quale l'Accordo si collocava, ed in particolare la recessione economica mondiale degli anni '80, il collasso dei sistemi socialisti dell'Est e la fine del bipolarismo, nonché l'accelerazione del processo di unificazione europea. Questa successione di eventi, infatti, non solo ha modificato il sistema delle relazioni internazionali, ma ha altresì rilevato la progressiva erosione di alcuni presupposti e caratteri distintivi dell'architettura disegnata da Lomè.

In particolare, al di là dei risultati effettivamente conseguiti da Lomè sul piano economico, possono realmente cogliersi i seguenti esiti: a) la cooperazione europea con i Paesi ACP risultava caratterizzata a monte da una "confusione di elementi coloniali anticoloniali e postcoloniali", che ha minato la funzionalità della Convenzione[22]; b) l'Accordo ha riunito, in modo indistinto, Paesi la cui eterogeneità si è nel tempo accresciuta[23]: si può infatti ritenere che solo pochi Paesi del gruppo ACP

rischio), la Banca europea per gli investimenti (BEI) contribuisce con risorse proprie per un importo di 1,7 miliardi per il periodo di cinque anni del 9° FES.

22 V. in questo senso S. ALESSANDRINI, nell'intervento, Il degrado economico africano e necessità di un rilancio, al convegno di Milano, *La cooperazione CEE per lo sviluppo, Lomè e nuovo ordine economico,* Milano, 18-21 maggio, 1992, p. 11 ss. e nell'intervento al convegno I rapporti verso l'esterno della Comunità dopo il 1992, tenutosi a Pavia il 22 maggio 1992; v. anche S. SIDERI, *La Comunità europea,* cit. (in particolare v. p. 113 ss.), il quale conclude la sua analisi sulla cooperazione comunitaria allo sviluppo con i Paesi dell'Africa con la considerazione che la politica posta in essere attraverso le Convenzioni di Lomé non è stata decisamente un successo: « ...il sistema di Lomé offre alla CE essenzialmente una fragile e transitoria sicurezza per i suoi settori economici più deboli ed, inoltre, un falso senso di missione, e forse di identità, a chi guarda al passato più che al futuro ». Per quanto riguarda i Paesi ACP la conclusione non è migliore, dal momento che, sempre secondo l'Autore, 1'« attaccamento » alle Convenzioni in questione nasce dalla speranza di ottenere migliori condizioni nel futuro e di appropriarsi dei « benefici materiali che scaturiscono dal rapporto privilegiato con la Comunità » e non dalla certezza di un reale miglioramento delle loro condizioni.

23 Il difetto fondamentale che alcuni Autori rimproverano al sistema di Lomè (v. in particolare F. POCAR nell'intervento *Dal Trattato di Roma alla IV Convenzione di Lomé*, al convegno *L'Europa unita e il Sud del mondo: problemi aperti e nuove prospettive*, Milano, 1-2 marzo 1991) è quello di non aver previsto un meccanismo completo di cooperazione tra la Comunità, da una parte e l'insieme degli Stati ACP, dall'altra, ma, al contrario, di essersi limitati a stabilire « un fascio di rapporti tra la Comunità ed i singoli paesi ACP » senza preoccuparsi di una loro collaborazione o integrazione reciproca. La IV' Convenzione cerca di ovviare a questa lacuna attraverso le disposizioni del Titolo XII dedicate proprio alla Cooperazione regionale, ma fino ad ora la situazione non si è modificata e i rapporti interni tra gli

stiano tuttora percorrendo la via dello sviluppo, a fronte invece della marginalizzazione politica ed economica che investe la maggior parte degli associati (in particolare gli Stati dell'Africa sub-sahariana); c) l'UE, mettendo in discussione l'originaria opzione preferenziale africana, ha instaurato sempre più spesso rapporti organici con aree del mondo, in via di sviluppo o in transizione, non comprese nel gruppo ACP; d) l'esigenza di maggiore efficacia ed efficienza negli interventi di assistenza, connessa alla scarsa capacità di gestione dimostrata dalle controparti, ha condotto l'UE ad adottare una inclinazione interventista e fortemente condizionante le scelte dei *partners* la quale, unita agli elementi già delineati, ha determinato la netta erosione del sistema del partenariato e della cooperazione decentrata.

La necessità dunque di configurare una nuova strategia di cooperazione, più responsabile e coerente, posta dall'insieme delle tendenze descritte e dall'evoluzione del ruolo dell'UE nel nuovo quadro geopolitico internazionale, risultava quindi rafforzata dall'analisi dei risultati effettivi fino a quel momento raggiunti dalle politiche di aiuto.

3. La necessità di cambiare il sistema Lomè.

La necessità di rinnovare la Convenzione di Lomè è stato oggetto di intense discussioni a partire dal 1996 data in cui la Commissione Europea ha pubblicato un Libro Verde[24] che ha contribuito ad aprire un ampio dibattito in Europa e nei Paesi ACP. In tale documento, oltre a mettere in luce le importanti trasformazioni dell'UE sia sul piano interno sia nel quadro delle relazioni esterne, la Commissione ha sottolineato la necessità che il dibattito sul futuro delle relazioni ACP-UE tenesse conto del «nuovo contesto globale», cioè dell'evolversi delle condizioni politiche ed economiche profondamente cambiate nel corso degli anni.

Oltre a ciò la Commissione metteva in luce la necessità di modificare le regole del partenariato, in modo da poter adottare misure diverse in relazione proprio alle diversità dei Paesi interessati. Anzi era stata addirittura prevista, tra le varie opzioni[25], la possibilità di scomporre la Convenzione di Lomé in una serie di accordi

Stati ACP sono del tutto inesistenti.

24 V. *Libro Verde sulle relazioni tra l'UE e i Paesi ACP all'alba del XXI secolo. Sfide e opzioni per un nuovo partenariato,* Bruxelles, 20 novembre 1996,Com (96)570, def; Sul futuro della politica di cooperazione allo sviluppo si vedano anche Commission européenne, *L'avenir des relations Nord-Sud. Pour un développement économique et social durable*, Luxembourg, 1997 e la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su *Democratizzazione, stato di diritto, rispetto dei diritti dell'uomo e sana gestione degli affari pubblici: le sfide del partenariato tra l'Unione europea e i paesi A CP*, Bruxelles, 12 marzo 1998, COM (1998) 146 def.

25 Le altre opzioni previste erano: 1) il mantenimento dell'accordo globale con modalità diverse in funzione del livello di sviluppo dei Paesi beneficiari; 2) un accordo globale che comprenda impegni generali, integrato da accordi bilaterali negoziati con i singoli Paesi o con gruppi di Paesi (come ad esempio l'Africa subsabariana); 3) la previsione di un accordo di cooperazione con i Paesi meno sviluppati che potrebbe essere aperto anche a quelli non facenti parte del gruppo ACP, in *Libro verde*

regionali. Tale orientamento sarebbe stato in linea con l'approccio generale adottato dall'UE nel corso degli ultimi anni nelle sue relazioni esterne, in funzione di strategie differenziate per regioni e sottoregioni, ma si sarebbe scontrato con la contemporanea tendenza alla globalizzazione del commercio internazionale.

C'è da dire che l'inefficacia della cooperazione europea nei Paesi ACP è stata spesso imputabile alla sottovalutazione del contesto istituzionale e politico dei Paesi partner. In molti di essi, infatti, piccoli miglioramenti economici sono stati vanificati dall'insorgere di conflitti, dalla disgregazione sociale e dai disastri umanitari che hanno costretto i committenti a focalizzarsi su aiuti di emergenza anziché su politiche di sviluppo a lungo termine.

L'appoggio alle istituzioni locali e regionali, la promozione di una società civile pluralista, l'attuazione delle riforme istituzionali e la lotta alla corruzione sono diventati quindi obiettivi prioritari delle politiche di cooperazione[26].

Per di più, i PVS coi quali l'UE aveva avviato da tempo relazioni di aiuto costituivano un gruppo assai variegato, le cui diversità crescevano col passare del tempo. I Paesi ACP, in particolare, non rappresentavano un nucleo omogeneo né sotto il profilo politico né dal punto di vista socio economico. Questa situazione, dunque, richiedeva una differenziazione funzionale e territoriale degli interventi di cooperazione. Le azioni e gli assetti operativi adottati dalla cooperazione europea dovevano quindi risultare diversificati secondo le esigenze e le caratteristiche delle aree in questione, nonché destinati al perseguimento di obiettivi concreti di sviluppo. Era necessario pertanto che la nuova politica di cooperazione dell'UE si basasse su un principio di concentrazione degli interventi, senza peraltro doversi tradurre nella esclusione dei Paesi non rientranti nelle preoccupazioni politiche ed economiche dell'Unione, ma piuttosto conducendosi alla definizione di singoli obiettivi di sviluppo a beneficio delle aree marginali e più arretrate.

Il partenariato e la cooperazione decentrata, elementi innovativi della Convenzione di Lomè, sono stati dunque progressivamente erosi dai caratteri della gestione effettiva degli aiuti europei. La nuova forma di cooperazione doveva pertanto confrontarsi con le tendenze evolutive del sistema economico-finanziario internazionale.

Le relazioni instaurate coi PVS al fine di promuoverne lo sviluppo dunque non potevano più fondarsi sull'adozione di semplici strumenti tariffari e/o commerciali, ma dovevano mirare alla reale integrazione delle aree arretrate nell'economia mondiale. Questa finalità richiedeva tuttavia l'accrescimento della valenza politica

cit., p. 46 s.

26 In numerosi documenti, la Commissione ha sottolineato queste priorità, ponendo come obiettivi la democratizzazione, lo Stato di diritto, il rispetto dei diritti umani e la sana gestione degli affari pubblici (COM (1998) 146 def. e COM (2000) 324 def.).

della cooperazione ed il riequilibrio, a maggior beneficio dei PVS, dei processi economici internazionali.

4. La normativa dell'OMC riguardante i PVS.

A questo punto del nostro lavoro ci preme evidenziare come le relazioni ACP-UE in realtà si sono adeguate alla normativa internazionale definita nel quadro della *World Trade Organization*. A tal proposito si dirà come l'entrata in vigore dell'Accordo OMC ha comportato in realtà una radicale modifica del regime normativo multilaterale degli scambi internazionali[27], mettendo di conseguenza in dubbio il trattamento preferenziale accordato ai PVS nell' ambito del GATT 1947.

A partire dai primi anni novanta si è assistito, infatti, ad una parziale riforma della intera struttura dell'ONU, che ha coinvolto in modo particolare gli organi operanti nei settori economico e sociale, seguita da alcuni importanti mutamenti in seno all'UNCTAD[28]. Tali modifiche di natura istituzionale costituivano uno dei risultati più incisivi di una radicale modifica dell'approccio seguito a livello universale in materia di sviluppo economico[29]. Ciò in conseguenza anche di alcuni importati mutamenti di ordine politico (la caduta dei regimi comunisti nei Paesi dell'Europa orientale) ed economico (il successo delle politiche di promozione delle esportazioni adottate dai Paesi del sud-est asiatico), che hanno determinato l'affermazione del liberismo quale unica strategia in grado di assicurare ritmi sostenuti di crescita.

Alcune risoluzioni dell'Assemblea generale (quali la Dichiarazione sulla cooperazione economica internazionale, adottata nel maggio 1990, e la Strategia internazionale per lo sviluppo per il quarto decennio delle Nazioni Unite, del dicembre dello stesso anno[30]) nonché i rapporti adottati al termine delle più recenti conferenze dell'UNCTAD[31] sottolineavano come lo sviluppo dei Paesi

27 Il regime previsto dall'OMC ha prodotto importanti modifiche nel regime degli scambi internazionali. Un settore in cui la disciplina è stata radicalmente modificata è quella della soluzione delle controversie scaturite dall'applicazione delle regole commerciali. Per un'analisi approfondita della disciplina della soluzione delle controversie commerciali v. A. LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, 1996.

28 United Nations Conference on Trade and Development, anche UNCTAD. In merito si v. G. CANTINI, *L'VIII conferenza dell'UNCTAD nel quadro della ristrutturazione del settore economico delle Nazioni Unite,* in *La Comunità Internazionale*, 1992, 233.

29 Per una autorevole dissertazione sull'integrazione del commercio sugli scambi mondiali basato sul regionalismo o sul globalismo v. E. TRIGGIANI, *La disciplina del commercio internazionale tra multilateralismo e regionalismo,* in *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio,* II convegno, Milano, 5-7 giugno 1997.

30 I due documenti sono commentati in L. RICCI, *La cooperazione allo sviluppo tra rinnovamento e stagnazione. La strategia per il IV decennio dello sviluppo delle Nazioni Unite*, in *La Comunità Internazionale,* 1991, 517 ss.

31 V. ad es. UNCTAD doc. TD/380 *Beyond the unification of markets: a global Community of cooperation and shared knowledge for security and development: report of the secretary-general of UNCTAD to UNCTAD X* del 29 luglio 1999 e anche UNCTAD doc. TD/390 *Report to the United Nations Conference on Trade and development on its tenth session held in Bangkok, Thailand, from 12 to 19 february 2000,* del 21 settembre

economicamente arretrati dovesse essere promosso favorendo un crescente coinvolgimento dei soggetti privati nei meccanismi di mercato e potenziando le funzioni di tutela dell'ordine sociale esercitate dagli organi di governo.

Coerentemente con tale prospettiva, si era posto in evidenza come una maggiore integrazione delle economie nazionali nella rete di interscambio commerciale su scala mondiale sarebbe risultata senza alcun dubbio funzionale al pieno sviluppo delle potenzialità dell'iniziativa economica privata e all'avvio di sostenuti processi di crescita. Ai fini che ci interessano, in seguito all'istituzione dell'Organizzazione mondiale del commercio alcune raccomandazioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite[32] avevano messo in risalto il ruolo che proprio questa organizzazione poteva effettivamente avere affinché le politiche nazionali e l'attività di cooperazione internazionale a favore dello sviluppo economico potessero essere realizzate con successo. Nel contesto di tale evoluzione, nel settembre 1986 venne adottata la Dichiarazione di Punta dell'Este[33], in cui le parti contraenti dedicarono particolare attenzione alle esigenze dei PVS. In primo luogo vennero richiamate la disciplina e la prassi fino a quella data affermatesi in seno al GATT, essendo previsto che il nuovo sistema commerciale multilaterale avrebbe contemplato l'applicazione di un trattamento differenziato e si sarebbe uniformato al principio di non reciprocità a favore dei PVS; in secondo luogo si era posta in evidenza la necessità di distinguere, all'interno della categoria dei PVS, i Paesi Meno Avanzati (PMA) quali potenziali beneficiari di un trattamento ulteriormente differenziato. Al contempo, nel testo della Dichiarazione era riprodotta la "clausola evolutiva" in cui non solo si ribadiva che i PVS avrebbero dovuto attenersi alla disciplina complessiva dell'Accordo generale in corrispondenza dei progressi registrati dalle rispettive economie nazionali, ma piuttosto era loro specificamente richiesto di realizzare simili progressi al fine di ampliare l'ambito soggettivo di applicazione del sistema normativo multilaterale degli scambi commerciali.

Anche in seguito il sistema normativo facente capo all'OMC conteneva un'ampia e dettagliata regolamentazione che conferiva ai PVS specifici diritti e obblighi che, in linea di principio tenevano in dovuta considerazione le difficoltà che i Paesi economicamente arretrati potessero incontrare nel dare attuazione alla vasta normativa prevista negli Accordi allegati. Da sottolineare, tuttavia, è il fatto che nessuna disposizione degli atti adottati a Marrakech contempla espressamente l'applicazione del "principio del trattamento differenziato". Tale approccio è stato fortemente criticato da alcuni autori[34] e interpretato come una negazione di quei

2000.

32 V. ad esempio UN doc. A/RES/55/182 *International Trade and Development* del 18 gennaio 2001.

33 La dichiarazione si trova nel testo integrale in http://www.sice.oas.org/trade/punta_e.asp

34 V. per tutti P. VINCENT, *L'impact des négociations de l'Uruguay Round sur le pays en développement*, in *Revue Belge de droit international*, 1995, 486ss.

diritti che i PVS erano riusciti ad affermare nel GATT e come un chiaro segnale di ritorno alla filosofia liberista cui l'Accordo generale si uniformava nel suo testo del 1947.

In realtà una delle principali lacune della disciplina elaborata a livello internazionale in materia di sviluppo economico riguardava innanzitutto la mancanza di una definizione di PVS universalmente accettata e applicata. Infatti, in ambito del GATT si era seguito il cosiddetto "criterio di autoelezione", in base al quale erano considerati in via di sviluppo i Paesi che si reputassero tali. La disciplina posta dall'Accordo OMC, al contrario, distingueva all'interno dell'ampia categoria dei PVS, i PMA: i secondi identificati in base ad una classificazione elaborata dalle NU[35], mentre dei primi permane l'assenza di una definizione di carattere generale. I PMA erano titolari di ulteriori diritti rispetto a quelli attribuiti ai PVS[36], ma ben più rilevante era il fatto che nel nuovo ordinamento del commercio internazionale solo i PMA e non, come nel sistema normativo del GATT 1947, tutti i PVS erano legittimati ad invocare l'applicazione nei loro confronti del principio di non reciprocità. Tuttavia questo principio era soggetto alla "clausola del ritorno graduale", potendo i PMA beneficiarne fintanto che continuavano a far parte di tale categoria.

In aggiunta a ciò i benefici dei Paesi economicamente arretrati, che differenziavano la loro posizione giuridica da quella degli altri membri dell'Organizzazione, si identificavano in a) concessione di deroghe temporanee[37] o permanenti[38], rispetto agli obblighi sanciti dagli Accordi allegati; b) concessione di periodi più lunghi rispetto a quelli accordati agli altri Stati membri durante i quali applicare misure protezionistiche[39]; c) applicazione di specifiche norme procedurali a tutela della loro posizione processuale nell'ambito del meccanismo contenzioso; d) possibilità di beneficiare dell'assistenza tecnica del Segretariato OMC. Pertanto coerentemente con l'approccio negoziale seguito durante l'Uruguay Round, la disciplina facente capo all'OMC mirava in sostanza alla completa integrazione dei PVS nel sistema

35 V. art.IX, paragrafo 2 dell'Accordo OMC. Nell'ambito delle NU vengono considerati meno avanzati i Paesi nei quali il valore di alcuni parametri economici e sociali specificamente determinati sia pari o inferiore a valori prefissati. La lista dei PMA è periodicamente aggiornata e attualmente comprende 48 Stati, 29 dei quali sono membri dell'OMC.

36 V. Accordo sull'Agricoltura, art.15, paragrafo 2; Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie, art.14; Accordo sui tessili e sull'abbigliamento, art.6, paragrafo 6.a); Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi, art.12, paragrafo 7; Accordo TRIMs, art.5, paragrafo 2; Accordo sulle sovvenzioni, art.27 paragrafi 2.a), 3 e 5; Accordo GATS, art. IV, paragrafo 3, Accordo TRIPs, art. 66; DSU, art.24.

37 v. ad es. gli artt. 65 e 66 dell'Accordo TRIPs che dispensano i PVS ei PMA dal dare attuazione all'Accordo (ad eccezione di alcune disposizioni) per un periodo rispettivamente di quattro e di dieci anni a partire dal 1° gennaio 1996. In alcune ipotesi è prevista la sospensione temporanea della disciplina di un accordo previa l'autorizzazione del competente comitato, come ad es. l'art.12 dell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie e l'art. 66, paragrafo 1 dell'Accordo TRIPs.

38 V. ad es. l'art.27, paragrafo 2.a) dell'Accordo sulle sovvenzioni e l'art.6, paragrafo 2 dell'Accordo sull'agricoltura.

39 V. ad es. l'art.9 , paragrafo 2 dell'Accordo sulle misure di salvaguardia.

commerciale multilaterale, giacché la maggiore apertura all'interscambio commerciale veniva considerata una condizione essenziale per avviare sostenuti processi di crescita economica. Il nuovo ordinamento multilaterale degli scambi commerciali dunque non modula il contenuto degli obblighi imposti agli Stati membri in funzione del livello di sviluppo economico raggiunto da ciascuno. Infatti ad esclusione dei PMA, i PVS erano tenuti al rispetto dei medesimi obblighi imposti ai Paesi industrializzati, anche se venivano loro concessi periodi transitori durante i quali adottare gli opportuni provvedimenti legislativi, amministrativi o giurisdizionali, ma al cui termine il loro *status* giuridico in seno all'Organizzazione, in nulla si differenziava dal regime generale.

5. Il nuovo approccio di partenariato avvenuto con Cotonou.

Con l'arrivo del nuovo millennio e con la scadenza della IV Convenzione di Lomè, vi è stato un mutamento significativo nelle relazioni ACP-UE. Uno spartiacque determinante nell'evoluzione delle relazioni UE-Africa è stato infatti l'Accordo di Cotonou del 2000, che ha avuto il compito di innovare le precedenti convenzioni di Lomé.

I negoziati dell'Accordo di partenariato, iniziati nel settembre del 1998, si sono conclusi con la firma a Cotonou (Benin) di un nuovo Trattato[40]. Questo concluso per una durata di 20 anni[41] introduceva un nuovo approccio di partenariato, facendo nel contempo aumentare il numero degli Stati interessati dalla cooperazione a 79[42]. Tale strumento alla luce del successo limitato riscosso dal principale metodo di gestione delle preferenze commerciali non reciproche delle Convenzioni che lo hanno

40 Accordo di partenariato tra i membri del gruppo degli Stati ACP da un lato e l'UE e i suoi Stati membri dall'altro, firmato a Cotonou il 23 giugno 2000, in *GUCE, L 317*, del 15 dicembre 2000, p.3 ss.

41 L'Accordo di Cotonou è entrato in vigore il 1 ° aprile 2003. Esso si applica a tutti gli Stati aventi ratificato l'accordo (15 Stati europei più 70 Stati ACP). L'Accordo in base all'art.93.3 viene applicato a partire dal primo giorno del secondo mese successivo la data nella quale gli strumenti di ratifica saranno stati depositati.

42 I 79 Stati ACP che partecipano a tale Accordo sono i seguenti:**Stati ACP (esclusi gli Stati ACP meno avanzati)**, Sudafrica (a titolo parziale), Antigua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Botswana, Camerun, Congo (Brazzaville), Cook (isole), Costa d'Avorio, Dominica, Repubblica Dominicana, Figi, Gabon, Ghana, Grenada, Guyana, Giamaica, Kenia, Marshall (Isole), Isola Maurizio, Micronesia (Stati federati di), Namibia, Nauru, Nigeria, Niue, Palau, Papuasia Nuova Giunea, Saint Christopher e Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent e Grenadine, Senegal, Seicelle, Suriname, Swaziland, Tonga, Trinidad e Tobago, Zimbabwe; **Stati ACP meno avanzati (PMA)** (ai sensi dell'allegato VI dell'accordo di Cotonou), Angola, Benin, Burkina, Faso, Burundi, Repubblica del Capo Verde, Repubblica Centrafrìcana, Ciad, Comore, Repubblica Democratica del Congo, Gibuti, Etiopia, Eritrea, Gambia, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Equatoriale, Haiti, Kiribati, Lesotho, Liberia, Malawi, Mali, Mauritania, Madagascar, Mozambico, Niger, Ruanda, Samoa, Sao Tomé e Principe, Sierra Leone, isole Salomone, Somalia, Sudan, Tanzania, Tuvalu, Togo, Uganda, Vanuatu, Zambia. Questa distinzione viene fatta dall'Accordo proprio per sottolineare ai sensi dell'art.84 "il trattamento speciale a favore dei Paesi ACP meno avanzati, che permette loro di trarre pienamente profitto dalle possibilità offerte dall'Accordo e in modo da accelerare il rispettivo ritmo di sviluppo".

preceduto era inteso a potenziare la dimensione politica, a garantire una nuova flessibilità oltre che a conferire maggiori responsabilità agli Stati ACP[43].

Il nuovo Accordo dunque, fondato principalmente sul rispetto dei diritti umani, dei principi democratici e dello stato di diritto, fu arricchito da un approfondimento del dialogo politico oltre che dal rafforzamento della cooperazione economica e finanziaria. Disposizioni innovative inoltre garantivano un più ampio coinvolgimento dei protagonisti economici e sociali nell'attuazione dei progetti e programmi di cooperazione[44].

L'Accordo, in sostanza, semplificato anche nella redazione (solo 100 articoli accompagnati da una serie di protocolli ed annessi contro i 369 precedenti), prefigurava un nuovo sistema di relazioni paritarie aventi come obiettivo, attraverso il sostegno mirato dell'UE, una dinamica di crescita istituzionale, sociale ed economica dei Paesi ACP. Obiettivo strategico era come sempre il rafforzamento dei processi d'integrazione regionale in quell'area, che contribuisse al loro inserimento nel processo di globalizzazione economica mondiale[45].

L'Accordo di Cotonou dunque aveva il compito di dare rilievo alla crescita del settore privato al fine di stabilire condizioni endogene di sviluppo nei Paesi ACP

43 Tra le monografie pubblicate sulla politica comunitaria di cooperazione allo sviluppo segnaliamo: C. COSGROVE-SACKS (ed.), *The European Union and Developing Countries. The Challenges of Globalization,* Basingstoke, 1999; A. LUCCHINI, *Cooperazione e diritto allo sviluppo nella politica esterna dell'Unione europea,* Milano, 1999; A. COX, J. HEALEY with P. HOEBINK, T. VOIPIO, *European Development Cooperation and the Poor,* Basingstoke, 2000; C. COSGROVE-SACKS (ed.), *Europe, Diplomacy and Development. New Issues in EU Relations with Developing Countries,* Basingstoke, 2001; M. HOLLAND, *The European Union and the Third World,* Basingstoke, 2002.

44 In base all'art.4 dell'Accordo gli attori non statali vengono coinvolti nel seguente modo: - informati e consultati sulle politiche e sulle strategie di cooperazione nonché sulle priorità di cooperazione, soprattutto nei settori che li interessano o li riguardano direttamente, e sul dialogo politico; - dotati di risorse finanziarie alle condizioni stabilite nel presente Accordo, al fine di sostenere i processi di sviluppo a livello locale; - coinvolti nell'attuazione dei progetti e dei programmi di cooperazione nei settori che li interessano o nei quali detengono un vantaggio comparativo; - sostenuti nello sviluppo delle loro capacità in settori critici, al fine di rafforzarne le competenze, in particolare in materia di organizzazione e rappresentazione, e per potenziare i meccanismi di consultazione, compresi i canali di comunicazione e dialogo, e promuovere alleanze strategiche.

45 Per una disamina dell'Accordo di Cotonou si vedano: K. ARTS, *ACP-EU relations in a new era: the Cotonou Agreement* in *Common Market Law Review,* February 2003, v. 40, n. l, pp. 95-116; O. BABARINDE, G. FABER, From Lomé to Cotonou: business as usuai?, in *European Foreign Affairs Review,*2004, vol. 9, pp. 27-47; S. BILAL, On the compatibility of Doha and Cotonou, in *Trade negotiations insights. From Doha to Cotonou,* 2002, n°4, p.3-6; S.C. CAMARA, S. GOMES, The political dimension of the new ACP-EU partnership, in *The Courier,* June -July 2000, issue 181, pp. 10-13; S. CANTONI, *Cooperazione multilaterale e finanziamento dello sviluppo,* Napoli, 2004; D. DEL VESCOVO, *Aiuto comunitario allo sviluppo nel quadro dell'Accordo di Cotonou,* in *La Comunità Internazionale,* vol. LX, 2005, pp. 51-74; R. GEBB, Post-Lomé: the European Union and the South, in *Third World Quarterly,* giugno 2000, vol. 21, n° 3, pp. 457-481; M. HAGUENAU, T. MONTALIEU, *L'évolution du partenariat UE-ACP de Lomé à Cotonou : de l'exception à la normalisation, Communication présentée aux XXèmes journées ATMCREDES, droits et développement,* Nancy, 25-26-27 mai 2004; P. HILPOLD, *EU development at a crossroad: the Cotonou Agreement and the principle of good goveraance*, in *European Foreign Affairs Review,* 2002, vol. 7, n 1, pp. 53-72.

prevedendo aiuti non rimborsabili ed il finanziamento di « micro-realizzazioni » a livello locale, il tutto in un'ottica decentrata.

Per quanto riguarda invece il quadro istituzionale, l'Accordo riprendeva quello già esistente nelle Convenzioni di Lomé e cioè prevedeva un Consiglio dei Ministri ACP-CE, un Comitato degli Ambasciatori e un Assemblea parlamentare. Il Consiglio dei Ministri, composto da una parte dei membri del Consiglio e della Commissione dell'UE e dall'altra da un membro del governo di ogni Stato ACP, era l'organo politico paritario più elevato che era investito del mandato di condurre il dialogo politico e di adottare gli orientamenti politici e le decisioni importanti riguardo alla messa in opera dell'Accordo. Il Comitato degli Ambasciatori era composto da un rappresentante permanente di ogni Stato membro dell'UE, da un rappresentante della Commissione e dal capo missione di ogni Stato ACP presso l'UE; esso assisteva il Consiglio dei Ministri ed eseguiva i mandati da esso conferitigli. L'Assemblea parlamentare congiunta era composta dai membri del Parlamento europeo e dai parlamentari delegati da ogni Paese ACP e svolgeva funzioni consultive.

5. I cinque pilastri del partenariato Cotonou.

La caratteristica dell'Accordo di Cotonou era in sostanza quella di riunire in un'unica prospettiva la politica, il commercio e lo sviluppo. Questo veniva garantito attraverso cinque pilastri interdipendenti:

a Il rafforzamento della dimensione politica delle relazioni ACP-UE (artt. 8-13);
b Il coinvolgimento della società civile, del settore privato e degli altri attori non statali (artt. 2 e 6);
c La riduzione della povertà, confermata come obiettivo chiave nel contesto delle strategie di sviluppo concordate a livello internazionale (NU)(artt.19-24);
d La creazione di una nuova struttura di cooperazione economica e commerciale (artt. 25-52);
e Infine una riforma della cooperazione finanziaria (artt. 62-68).

a) Il primo punto poneva l'accento su di un regolare dialogo politico[46]. È solo così, infatti, che si poteva assicurare una maggiore coerenza e un impatto sempre più crescente della cooperazione allo sviluppo. Questo perché dalle precedenti Convenzioni di Lomè era emersa la necessità di rafforzare proprio la componente politica della cooperazione in quanto spesso l'efficacia degli aiuti veniva compromessa da casi di corruzione o di cattiva gestione. Pertanto l'integrazione della dimensione politica rappresentava il punto di arrivo di un lungo percorso proprio partendo dalla considerazione che nella I Convenzione non si faceva alcuna allusione alla dimensione politica. Trattandosi infatti di un Accordo prettamente commerciale,

46 L'art.8, 1°c., testualmente recita: "Le parti procedono regolarmente ad un dialogo politico approfondito, equilibrato e globale, che porta all'assunzione di impegni da entrambe le parti".

l'UE aveva adottato una posizione neutrale rispetto alla vita politica nei Paesi ACP sottolineando così la sua volontà di rispettare la sovranità di tali Stati. La tendenza a voler introdurre la dimensione politica cominciò però già a partire da Lomè III: nel corso dei negoziati infatti, l'UE manifestò di voler introdurre una clausola in proposito, ma gli Stati ACP si mostrarono fortemente contrari, considerandola in contraddizione con i principi di sovranità e del partenariato su base paritaria. Solo con la fine della guerra fredda si è accelerato questo processo, l'Unione infatti basava le sue motivazioni sul fatto che gli aiuti per lo sviluppo economico dei Paesi ACP sarebbero sempre stati insufficienti se non fossero stati accompagnati da adeguati sforzi nella politica interna di questi Paesi.
Proprio alla luce di questo contesto venne attribuito un ruolo chiave al dialogo politico che in Cotonou fu reso molto più profondo e più ampio. Per garantirne l'efficacia, lo svolgimento del dialogo politico venne però ipotizzato in modo molto flessibile: poteva essere formale o informale, poteva svolgersi all'interno del quadro istituzionale, ma anche a livello nazionale, regionale e del gruppo ACP[47]. Oltre che nel rafforzamento del dialogo, la maggior importanza attribuita alla dimensione politica si manifestò anche nel definire all'interno dell'Accordo un insieme di principi politici che dovevano essere rispettati da entrambe le parti. Questi principi sono col tempo divenuti gli elementi essenziali del partenariato (il rispetto dei diritti dell'uomo, dei principi democratici, dello Stato di diritto, il "buon governo" definito come la "gestione trasparente e responsabile delle risorse umane, naturali, economiche e finanziarie ai fini di uno sviluppo equo e duraturo). Un accento particolare veniva posto sui diritti umani (art. 9) che sono sempre stati una parte integrante di uno sviluppo durevole. Le parti infatti all'interno del documento si sono impegnate a promuovere e a proteggere tutte le libertà e i diritti umani fondamentali, sia civili che politici, economici, sociali o culturali. Questo avveniva attraverso nuove procedure di consultazione che furono previste nei casi di violazione di questi diritti insieme ai principi democratici e dello stato di diritto. Infatti a differenza della precedente Convenzione di Lomé, con questo Accordo si poneva una maggior enfasi sulla responsabilità dello Stato autore della violazione in quanto avrebbe comportato per lo stesso la sospensione del partenariato. L'art.96 di Cotonou a tal proposito infatti disponeva che qualora una parte reputasse che l'altra non avesse soddisfatto un obbligo derivante dal rispetto dei diritti dell'uomo, dei principi democratici e dello stato di diritto di cui all'art. 9, avrebbe invitato l'altra parte a tenere consultazioni vertenti principalmente sulle misure da adottare per porre rimedio alla situazione. Le consultazioni non avrebbero dovuto superare i 60 giorni e se non avessero portato ad una soluzione accettabile si sarebbero autorizzate

47 V. art.8, 6° c. dell'Accordo.

misure appropriate[48] revocabili nel momento in cui venivano meno le ragioni che avevano condotto alla loro adozione. L'UE e i Paesi ACP si sono accordati anche su una nuova procedura specifica da applicarsi ai casi gravi di corruzione e questa costituiva una reale innovazione non solo nel contesto delle relazioni ACP-UE ma anche nelle relazioni internazionali[49]. Questa procedura è stata più volte applicata non solo in caso di corruzione concernente i fondi del FES ma anche più in generale in tutti i Paesi dove l'UE è finanziariamente implicata e dove la corruzione costituisce un ostacolo allo sviluppo.

b) L'Accordo conteneva inoltre disposizioni innovative miranti al coinvolgimento della società civile e degli altri attori economici e sociali nel contesto dell'associazione. È vero che Lomè I conteneva delle disposizioni relative ai microprogetti e Lomè IV disposizioni per la cooperazione decentrata, tuttavia la partecipazione degli attori-non statali fino a quel momento era confinata all'attuazione di progetti a livello locale, beneficiando inoltre di risorse finanziarie ridotte senza prevedere effettive occasioni di dialogo.

Quando iniziarono le consultazioni per il rinnovo della Convenzione di Lomè, emerse quanto fosse in contraddizione con i grandi cambiamenti a cui gli Stati ACP dovevano far fronte il fatto che i governi detenessero il monopolio nell'elaborazione delle politiche di sviluppo. Da quel momento in poi dunque la promozione della partecipazione di attori-non statali al partenariato cominciò ad essere considerata come una priorità nel rinnovo della Convenzione. Proprio nel rispetto di questo obiettivo infatti nell'art.6 dell'Accordo venivano definiti come attori-non statali: il settore privato, i partner economici e sociali comprese le organizzazioni sindacali e la società civile in tutte le sue forme, a seconda delle particolarità nazionali. Nello specifico in merito al concetto stesso di società civile è stata utilizzata nell'Accordo una accezione più ampia, comprendendo diverse categorie, come i gruppi per la difesa dei diritti umani, le associazioni di categoria, le associazioni femminili, i movimenti ambientalisti, le organizzazioni degli agricoltori, gli istituti di ricerca, i media, ecc.

48 Con l'espressione "misure appropriate" si intendono le misure adottate in conformità del diritto internazionale e proporzionate alla violazione. Nella scelta di tali misure si privilegiano quelle che pregiudicano meno l'applicazione dell'Accordo. Resta inteso che la sospensione dell'Accordo costituisce l'ultima risorsa.

49 In base al testo dell'art.97 «casi gravi di corruzione devono essere oggetto di consultazioni tra le parti. Ciascuna delle parti può invitare l'altra a procedere a consultazioni che iniziano entro 21 gg. dall'invito e non durano più di 60 gg. se 1e consultazioni non portano ad una soluzione accettabile per entrambe le parti, o se la consultazione è rifiutata, le parti adottano le misure appropriate. In ogni caso, incombe principalmente alla parte presso la quale si sono verificati i casi di corruzione gravi prendere le misure necessarie per rimediare immediatamente alla situazione. Le misure adottate dall'una o dall'altra Parte devono essere proporzionate alla gravità della situazione. Nella scelta di tali misure si privilegiano quelle che pregiudicano meno l'applicazione del presente accordo. Resta inteso che la sospensione costituisce l'ultima risorsa».

c) Un altro obiettivo dell'Accordo di Cotonou era quello di ridurre e, a lungo termine, sradicare la povertà in linea con gli obiettivi di sviluppo sostenibile e di integrazione progressiva dei Paesi ACP nell'economia globale[50]. A tal proposito occorre evidenziare come in contrasto con la precedente Convenzione, il nuovo Accordo propose una strategia talmente globale di sviluppo da richiedere all'UE, agli Stati Membri e ai partner ACP uno sforzo concentrato per stabilire una struttura consolidata e di cooperazione operativa. Le strategie di sviluppo attuate infatti hanno tenuto conto della situazione di ciascun Paese ACP assicurando la complementarietà e l'integrazione tra le questioni economiche, sociali, culturali e le questioni istituzionali, ambientali e di uguaglianza tra uomo e donna.
Questo approccio integrato inoltre si è concentrato su tre aree prioritarie di cooperazione: lo sviluppo economico, lo sviluppo sociale ed umano e l'integrazione e la cooperazione regionale[51], definendo appunto le priorità Paese per Paese, secondo il principio di differenziazione che costituiva uno dei principi del partenariato[52]. Il nuovo approccio a queste strategie di sviluppo è stato nel corso degli anni regolarmente rivisto mediante la pubblicazione annuale di un compendio che ha permesso di tenere conto delle migliori pratiche di sviluppo[53].

d) Per quanto concerne invece la cooperazione commerciale, vediamo come mentre precedentemente nel contesto della Convenzione di Lomè essa era basata essenzialmente su tariffe preferenziali, con Cotonou si è evoluta in un più completo gruppo di accordi. In questo senso infatti l'UE e i Paesi ACP stabilirono nuovi accordi commerciali con la conseguenza di una totale liberalizzazione del commercio

50 Così come cita l'art.19 dell'Accordo.
51 V. art.20 dell'Accordo.
52 Nell'art. 2 vengono indicati i principi fondamentali del partenariato: "La cooperazione ACP-UE, basata su un regime di diritto e sull'esistenza di istituzioni congiunte, si esercita in base ai seguenti principi fondamentali:
-parità dei partner e responsabilità delle strategie di sviluppo: ai fini del conseguimento degli obiettivi del partenariato, gli Stati ACP determinano sovranamente le strategie di sviluppo delle loro economie e società, tenendo debitamente conto degli elementi essenziali di cui all'articolo 9; il partenariato incoraggia l'assunzione da parte dei Paesi e delle popolazioni interessati della responsabilità delle strategie di sviluppo;
-partecipazione: a prescindere dal governo centrale, che costituisce il partner principale, il partenariato è aperto ad altri attori di vario tipo, al fine d'incoraggiare l'inserimento di tutti i settori della società, compreso il settore privato e le organizzazioni della società civile, nella vita politica, economica e sociale;
-ruolo centrale del dialogo ed esecuzione degli obblighi reciproci: gli obblighi assunti dalle parti nel quadro del dialogo sono al centro del partenariato e delle relazioni di cooperazione;
-differenziazione e regionalizzazione: le modalità e le priorità della cooperazione variano a seconda del livello di sviluppo di ciascun partner, delle sue esigenze, dei suoi risultati e della sua strategia di sviluppo a lungo termine; un'attenzione particolare è rivolta alla dimensione regionale; un trattamento speciale è accordato ai Paesi meno avanzati e si tiene conto della vulnerabilità dei Paesi senza sbocco sul mare e insulari.
53 Il compendio costituisce oggi un testo separato dall'Accordo, così è stato deciso congiuntamente dal Consiglio dei ministri ACP-CE.

tra le parti. Questi accordi includevano una maggiore cooperazione dei settori collegati al commercio, quali le politiche di concorrenza, la protezione dei diritti di proprietà intellettuale, la standardizzazione, la certificazione sanitaria e fitosanitaria e le politiche dei consumatori.
L'obiettivo della cooperazione economica e commerciale serviva in sostanza a promuovere l'integrazione progressiva dei Paesi ACP nell'economia globale, assicurando nel contempo la conformità con le regole OMC e il rispetto dei rispettivi livelli di sviluppo.
Per quanto riguarda le modalità e le procedure, l'Accordo di Cotonou prevedeva l'introduzione di nuovi accordi commerciali[54] dopo un periodo di preparazione di otto anni durante i quali veniva mantenuto in vigore il previgente regime di commercio[55]. Questi accordi sono stati negoziati a partire dal settembre 2002 a Bruxelles[56] e sono entrati in vigore il 1 gennaio 2008, anno in cui è finalmente partita la liberalizzazione degli scambi che è stata totalmente raggiunta nel corso di un periodo di transizione durato due anni.
Gli accordi di associazione economica hanno in sostanza preso il posto delle attuali "preferenze non reciproche" nelle relazioni commerciali tra l'UE e i Paesi ACP. Essi sono stati improntati ad una estrema flessibilità, tenendo cioè conto del diverso grado di sviluppo dei Paesi o delle regioni ACP, dei risultati dagli stessi conseguiti, dei nuovi sviluppi nella cooperazione commerciale e degli aiuti allo sviluppo.

e) L'ultimo pilastro su cui si basava il nuovo Accordo è come abbiamo detto la cooperazione finanziaria. Pertanto i finanziamenti da quel momento in poi hanno smesso di essere automatici ma sono stati costantemente soggetti a revisione in funzione dell'evoluzione dei bisogni di ciascun Paese[57]. Questo ha necessariamente

54 V. art. 34, 4°c. dell'Accordo.
55 Le modalità e le procedure dei nuovi accordi commerciali sono indicate negli artt.36 e 37 dell'Accordo.
56 Un incontro a livello ministeriale tra gli ACP e l'UE tenutosi il 2 ottobre 2003 ha segnato la transizione tra la prima fase dei negoziati tra la totalità dei Paesi ACP e l'UE e la seconda fase concernente i negoziati a livello regionale.
L'incontro ha dato vita a un rapporto congiunto adottato da entrambe le parti, che sintetizzava i loro punti di convergenza e di divergenza. Tra i punti di convergenza emersero: L'integrazione regionale, che rivestiva un importanza cruciale per lo sviluppo dei Paesi ACP; Un maggiore margine di flessibilità sugli accordi di associazione economica tale da garantire un migliore accesso ai mercati dei Paesi ACP nel quadro dell'Accordo di Cotonou, sempre nel rispetto delle regole OMC; Gli accordi dovevano essere sempre accompagnati da misure appropriate di aiuto allo sviluppo; in merito si veda V. C. WAGNER, *Economic Partership Agreement negotiations- state of play*, in *The Courier ACP-EU*, n.201, nov-dic, 2003, 21.
57 In base all'art.63 i «modi di finanziamento per ciascun progetto o programma sono determinati congiuntamente dallo Stato o dagli Stati ACP interessato(i) e dalla Comunità in funzione: a) del livello di sviluppo, della situazione geografica, economica e finanziaria dello o degli Stati ACP; b) della natura del progetto o programma, delle sue prospettive di redditività economica e finanziaria e del suo impatto sociale e culturale; c) nel caso di prestiti, dei fattori che garantiscono il servizio dei prestiti».

implicato che non venissero più per lungo tempo congelati nei Paesi incapaci di farne buon uso. Inoltre mentre in passato ciascun FES era suddiviso in vari strumenti[58], ciascuno dei quali funzionava seguendo una propria logica e proprie procedure e un metodo di programmazione con Cotonou si è provveduto a raggruppare e a razionalizzare gli strumenti del FES introducendo un sistema di programmazione evolutiva consentendo così una maggiore flessibilità e conferendo di conseguenza una maggiore responsabilità agli Stati ACP[59].

La totalità delle risorse del FES dunque con questo Accordo venne incanalata in tre strumenti: gli aiuti non rimborsabili, i servizi di consulenza e i capitali a rischio forniti al settore privato[60]. In tal modo è divenuto possibile per ciascun Paese usare queste risorse per finanziare una vasta gamma di differenti operazioni, facendo in modo differentemente dal passato che nessuna risorsa rimanesse bloccata per uno specifico obiettivo.

Gli aiuti non rimborsabili venivano in sostanza cogestiti dalla Commissione e dallo Stato ACP interessato. Gli ACP sceglievano essi stessi le regioni che avrebbero goduto del supporto, privilegiando quelle più attive nel negoziare gli accordi di partenariato economico con l'UE. Per quanto invece riguardava i capitali a rischio forniti al settore privato essi avevano come obiettivo quello di promuovere lo sviluppo delle imprese dei Paesi ACP, potendo quindi finanziare quelle imprese private che garantivano adeguati rinnovamenti commerciali ed economici. In tal modo si offriva ai Paesi ACP un certo numero di risorse disponibili per lo sviluppo del settore privato a medio e lungo termine.

Come sopra accennato, anche il sistema di programmazione ha subito con l'Accordo di Cotonou una riforma basata sulla distribuzione delle risorse adeguata ad una valutazione delle necessità e degli adempimenti. I criteri di necessità si sono in questi anni basati su elementi quali la quantità della popolazione, il grado di sviluppo sociale ed economico, il livello di indebitamento e la dipendenza o meno dai guadagni delle esportazioni. In tal modo le procedure per l'assegnazione dei fondi sono state notevolmente semplificate rispetto al sistema di base applicato sotto Lomè.

In ultimo occorre sottolineare che gli agenti esecutivi del nuovo Accordo rimasero gli stessi della Convenzione di Lomè (l'Ufficio di autorizzazione principale, l'Ufficio di autorizzazione nazionale e il Direttore di delegazione), mentre le responsabilità

58 Il FES era composto di vari strumenti, in particolare gli aiuti non rimborsabili e i capitali di rischio per la crescita del settore privato. Gli strumenti STABEX e SYSMIN volti ad aiutare rispettivamente i settori agricolo e minerario sono stati soppressi dall'Accordo di Cotonou. Tuttavia questo sistema di allocazione delle risorse rigido causava anche una mancanza di flessibilità nel quadro di ciascuna programmazione nazionale.

59 In base all'art.64 spetta allo Stato ACP interessato selezionare e istruire ogni progetto e gestire i fondi messi a sua disposizione in base alle condizioni previste nel presente accordo e di comune accordo tra le parti.

60 Una descrizione dettagliata di questi strumenti di cooperazione si trova nell'art.76 dell'Accordo.

amministrative e finanziarie sono state decentralizzate dalla Commissione al Direttore di delegazione, il quale aveva potere di decisione per i progetti sotto la soglia stabilita.

6. I punti deboli dell'Accordo di Cotonou.

Nonostante le modifiche innovative e positive evidenziate, Cotonou presentava però numerosi punti deboli.

Il primo che occorre sottolineare è la mancanza di interessi reciproci dichiarati nell'Accordo, rafforzando in tal modo la relazione di ineguaglianza fra le parti. L'Accordo, infatti, non fa alcuna menzione di quali siano gli innumerevoli interessi dell'Unione a seguitare la cooperazione con i Paesi ACP; questi appaiono pertanto, fin dall'inizio di questo Accordo, come dei "beneficiari" che si aspettano tutto da un "donatore" (in questo caso la UE), che si preoccuperà dei loro problemi di povertà ed emarginazione, senza aspettarsi nulla in cambio. Ciò introduce a nostro avviso elementi di debolezza nella partnership e rende utopistica una parte dei principi fondatori dell'Accordo (eguaglianza, impegni reciproci, partnership...). Non esisterà infatti una vera e propria partnership, fino a quando gli interessi reciproci delle partì non saranno evidenziati in modo da favorirne i relativi impegni e la reciprocità nella cooperazione. Occorrerebbe piuttosto che le relazioni ACP/UE si basassero su principi come la gestione trasparente, democratica e partecipativa. In caso contrario si rischierebbe di vedere la maggior parte degli obiettivi, soprattutto quelli volti verso lo sviluppo sociale ed economico, restare "lettere morte". Questo dimostra come non si sia fatto tesoro dell'esperienza derivata dalle precedenti Convenzioni di Lomé, nelle quali erano stati formulati molti buoni obiettivi e principi senza che gli stessi siano stati in sostanza tradotti in azioni concrete.

Altro punto debole risulta la mancanza dì coerenza politica e tecnica fra gli obiettivi di sviluppo economico e sociale previsti nell'Accordo e gli obblighi di integrazione nel mercato mondiale, contenuti nelle norme OMC al cui rispetto sono tenute le relazioni ACP-UE. La mancanza di coerenza politica fu resa ancora più evidente, in quanto: - da un lato l'Accordo di Cotonou ha sostenuto esclusivamente ed esplicitamente la via della neoliberalizzazione su scala mondiale, come concepita dai Paesi dominanti con l'obiettivo di livellare le strutture e le istituzioni degli Stati ACP (destatalizzare e privatizzare al massimo), in modo da permettere al mercato libero di impiantarvisi "perfettamente" e di svilupparsi alla stessa velocità attuale dell'Occidente[61]; - dall'altro, l'Accordo prevedeva, paradossalmente che ogni Stato ACP avesse la responsabilità di definire i propri orientamenti i propri obiettivi e priorità in materia di sviluppo economico e sociale (Artt. 2 e 4 dell'Accordo).

61 Cfr. art. 21 dell'Accordo.

Anche sulla privatizzazione, ulteriore obiettivo di Cotonou, ci sono stati una serie di ostacoli all'interno degli Stati ACP. Non bisogna infatti confondere il "rafforzamento del settore privato" con la privatizzazione. Una cosa infatti è liberalizzare l'accesso del privato in un certo numero di settori di attività, che sono sotto il monopolio dello Stato. Altra cosa è portare gli Stati ACP a rinunciare alle loro responsabilità, in particolare nell'organizzazione e nel finanziamento del trasporto ed altre infrastrutture sociali al fine di assicurare l'accesso di tutti i cittadini a servizi di base, come ad esempio l'accesso all'acqua potabile[62]. In realtà, ogni volta che si nomina la privatizzazione come la chiave di volta delle riforme economiche non si considera quasi mai il modo in cui essa dovrebbe avvenire cioè non solo attraverso una maggiore partecipazione popolare/europea (sindacati, associazioni di auto promozione, banche e cooperative popolari, ONG....), ma anche attraverso la ripresa economica e la creazione di imprese, stimolando così una vera e propria "economia sociale" in grado di che mobilizzare capitali in un certo numero di attività economiche-chiave.

Altra carenza dell'Accordo di Cotonou è che esso affronta, in modo alquanto timido la problematica dell'indebitamento dei Paesi ACP, l'art. 66 infatti è l'unico in tutto l'Accordo che contiene la regolamentazioni sul sostegno all'alleggerimento del debito nei Paesi ACP. Pertanto nonostante l'obiettivo dichiarato consistesse nell'alleviare l'onere del debito degli Stati ACP e di attenuare i loro problemi di bilancia dei pagamenti, non è stato affrontato nel modo giusto il peso attuale del debito di questi Paesi nei loro meccanismi strutturali. II problema del debito costituisce infatti, ancora oggi, una delle maggiori cause del peggioramento delle condizioni di vita delle popolazioni e dei lavoratori nei Paesi ACP, impedendo senza dubbio l'avvio di una vera e propria svolta economica e sociale. Le azioni ed i meccanismi previsti in tal senso sono abbastanza eloquenti in merito. Infatti pur potendo utilizzare non solo le risorse del 9° Fondo europeo di sviluppo ma anche i resti delle risorse non utilizzate nei programmi indicativi precedenti[63], questo non ha affatto risolto la crisi del debito. Tutto ciò non fa che aumentare il carattere insignificante dell'impatto di tale disposizione (l'art. 66) sul problema del debito. Inoltre, occorre sottolineare che il fatto di utilizzare tali fondi per contribuire a delle iniziative di riduzione del debito a livello internazionale, non ha fatto altro che ridurre in proporzione i trasferimenti diretti di fondi verso i Paesi ACP non riuscendo in tal modo fino ad ora ad attirare i nuovi flussi di capitali che ci si aspettava.

62 Così come è riportato nell'art. 25 dell'Accordo.

63 Lo stanziamento delle risorse previste ai sensi del presente Accordo per il periodo transitorio (9° FED + risorse non impegnate dei periodi precedenti + fondi della Banca Europea d'Investimento) equivalevano a circa 25,7 miliardi di euro, che corrispondevano a circa 1/10 del debito cumulato dai soli Paesi dell'Africa subsahariana (membro del gruppo ACP).

Ulteriore criticità risulta il fatto che l'Accordo non affronta in modo adeguato la questione della protezione della democrazia e della pace[64]. Esso infatti prevede solo principi generali sui valori politici che è necessario costruire e proteggere (democrazia, diritti dell'uomo, consolidamento dello Stato, buona gestione degli affari politici, lotta contro la corruzione, pace...), mentre manca di precisione sulle situazioni in cui le parti risultino aver violato un obbligo che deriva dal rispetto dei diritti dell'uomo, dei principi democratici e dello Stato di diritto... (artt. 9, 96, 97, 98). Ci si aspettava in realtà che almeno un allegato approfondisse tale questione, tanto più che l'Accordo fa riferimento a molti impegni internazionali, che meriterebbero una ricapitolazione. Inoltre l'Accordo privilegia una procedura di consultazione (art. 97), anche nei casi di gravi violazioni dei principi in questione. La dimensione vincolante quindi è gravemente assente, con la conseguenza di un mancato rispetto dell'Accordo da parte dei contraenti. Come detto dunque tra i principi generali menzionati si constata che la democrazia viene affrontata in modo ancor più cauto rispetto agli altri. Invece, il riconoscimento dell'universalità dei principi democratici (art. 9, 2° c.) sarebbe stato necessario creare un apposito meccanismo convenzionale per proteggere la democrazia emergente nei Paesi ACP, ad esempio, proclamando come non democratico ogni accesso al potere attraverso dei colpi di Stato, ribellioni e guerre civili, soprattutto quando si tratta di rovesciamenti di regimi democraticamente eletti, adottando in questi casi una misura che permetta di ricorrere alla "non esecuzione" dell'Accordo.

Anche la questione della corruzione è affrontata, con molte riserve. II fatto che "le misure appropriate" previste dall'articolo 97 dell'Accordo non riguardassero che "gravi casi di corruzione" di fatto non applicandosi "nei casi in cui l'Unione è un partner importante in termini di appoggio finanziario", ha permesso in realtà di tutelare tutte quelle operazioni di deviazioni e di corruzione che non venissero ritenute "gravi". Questo ha impedito di fatto di condurre una vera e propria lotta contro la corruzione, proprio in quanto è mancata la possibilità per i Paesi ACP di interpellare l'Unione per i casi di deviazioni e/o corruzione. In sostanza è come se l'Accordo destini le misure appropriate previste solo verso i Paesi ACP, come se fossero gli unici ad avere la responsabilità di tale flagello.

Ultimo punto di riflessione riguarda la pace e la prevenzione e risoluzione dei conflitti[65]. L'Accordo in realtà dà l'impressione di considerare i conflitti come situazioni di fatto e che le parti non interverrebbero se non per cercare di risolverli. Tuttavia a nostro avviso, alcuni principi meritavano invece di essere adeguatamente evidenziati. Come ad esempio il quadro giuridico internazionale, che afferma l'intangibilità e l'inviolabilità delle frontiere, nella misura in cui si sa che i conflitti

64 Cenni ai temi della democrazia e pace sono contenuti negli artt..11, 20, 33.
65 Art. 11 dell'Accordo.

transfrontalieri si riaffacciano nello spazio ACP (particolarmente nell'Africa sub-sahariana) fin dagli anni '90. Si spera a tal proposito che al più presto i Paesi membri dell'Unione adottino una politica comune su tali questioni.

7. La nuova strategia dell'Unione

Dopo tre anni di incontri e negoziati la Commissione Europea ha pubblicato nel giugno 2021 la versione definitiva del nuovo Accordo di partenariato tra l'Unione Europea e i Paesi ACP[66] che sostituirà l'Accordo di Cotonou. Un percorso complesso che ha messo a confronto gli interessi individuali dei Paesi e le loro rivendicazioni di potere nel definire il quadro vincolante per la cooperazione politica, economica e settoriale per il prossimo ventennio.

Volendo esaminare nel dettaglio le novità di questo Accordo, ma anche le sue criticità, riassumiamone le caratteristiche, esaminando in cosa esso differisca dall'Accordo di Cotonou.

L'Accordo di Georgetown è un trattato legalmente vincolante che dovrebbe dare forma ad una serie di relazioni politiche, sociali ed economiche tra 106 Paesi appartenenti a quattro continenti.

Tra le principali novità di questo Trattato è da evidenziare il definitivo abbandono del Fondo europeo di sviluppo (FES), che è stato il braccio finanziario della cooperazione UE-ACP per diversi decenni. Con questa modifica, l'Accordo probabilmente acquisterà una sua unicità proprio in base al fatto che i suoi protocolli regionali verranno in tal modo disconnessi dai finanziamenti. Le procedure riguardanti la cooperazione economica saranno ora governate dal "Global Europe"[67], il nuovo strumento finanziario di cui l'UE sarà l'unica ad avere responsabilità e autorità, e che verrà utilizzato per finanziare azioni esterne dell'UE in tutte le regioni,

66 Proposta di Decisione del Consiglio relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'Accordo di partenariato tra l'Unione europea, da una parte, e i membri dell'Organizzazione degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (OSACP), dall'altra, COM/2021/312 final. del 11/06/2021.

67 Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea, rappresentato dalla Presidenza portoghese, hanno firmato il regolamento che istituisce lo Strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale – Europa globale (NDICI-Global Europe). Regolamento (UE) 2021/947 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 giugno 2021, che istituisce lo strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale - Europa globale, che modifica e abroga la decisione n. 466/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga il regolamento (UE) 2017/1601 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE, Euratom) n. 480/2009 del Consiglio (Testo rilevante ai fini del SEE), *GUUE L 209* del 14.6.2021, pp. 1-78. Il regolamento è entrato in vigore il 14 giugno 2021. Il Global Europe è il principale strumento finanziario per l'azione esterna dell'UE ed è sempre più importante alla luce del pesante impatto economico e sociale della pandemia di COVID-19 a livello mondiale. Con una dotazione complessiva di 79,5 miliardi di euro a prezzi correnti, per il periodo 2021-2027, che rappresenta un aumento di oltre il 10% rispetto al ciclo di bilancio precedente, il nuovo strumento riguarderà la cooperazione con tutti i Paesi terzi.

comprese quelle al di fuori dei Paesi ACP. Il "Global Europe si articolerà intorno a tre pilastri fondamentali.

Il primo pilastro si incentra sulla componente geografica che promuoverà partenariati attraverso la cooperazione con i Paesi partner nelle seguenti regioni: vicinato europeo, Africa subsahariana, Asia e Pacifico, Americhe e Caraibi. Esso si concentrerà sugli obiettivi climatici e ambientali, l'eliminazione della povertà, la lotta contro le disuguaglianze e la prevenzione dei conflitti. Inoltre, i Paesi del vicinato europeo beneficeranno di una cooperazione politica rafforzata e di un sostegno finalizzato a migliorare la cooperazione regionale e a promuovere l'integrazione nel mercato interno dell'UE. La dotazione finanziaria della cooperazione geografica ammonterà a 60.388 milioni di euro, con quasi 30.000 milioni destinati all'Africa subsahariana, posta oggi al vertice delle priorità, con un incremento di circa il 12% rispetto al precedente quadro finanziario. Per il restante vicinato europeo saranno stanziati almeno 19.323 milioni di euro.

Il secondo pilastro riguarderà la componente tematica. I programmi tematici, a cui sono destinati 6.358 milioni di euro, finanzieranno azioni connesse agli obiettivi di sviluppo sostenibile a livello globale, compreso il sostegno alle organizzazioni della società civile. Si concentreranno quindi sui diritti umani e la democrazia, la società civile, la stabilità e la pace, oltre che su sfide globali come la salute, l'istruzione e la formazione, le donne e i bambini, il lavoro, la protezione sociale, la cultura, la migrazione e i cambiamenti climatici.

L'ultimo pilastro invece concerne una risposta rapida pari a 3.182 milioni di euro, da dedicare per finanziare la capacità di reagire tempestivamente nella gestione delle crisi, nella prevenzione dei conflitti e nella costruzione della pace. Tutte le azioni finanziate nell'ambito di questa componente mirano a rafforzare la crescita dei Paesi colpiti da crisi, a sviluppare le azioni umanitarie e per lo sviluppo oltre a dare seguito alle esigenze e alle priorità della politica estera. Inoltre, poiché il Global Europe è stato concepito per essere uno strumento più flessibile del FES, in grado dunque di affrontare nuove priorità e sfide diverse, 9.534 milioni di euro aggiuntivi saranno destinati a una serie di eventi imprevisti, quali le situazioni di crisi e post-crisi o la pressione migratoria.

Un altro cambiamento importante previsto nel nuovo Accordo sono le preferenze commerciali e gli accordi di partenariato economico che (insieme al dialogo politico e alla cooperazione allo sviluppo) facevano parte dell'Accordo di Cotonou, mentre ora saranno negoziate e disciplinate indipendentemente dall'Accordo stesso.

Il nuovo Accordo inoltre mira a promuovere un approccio multi-*stakeholder*, che consente ad un'ampia varietà di attori – inclusi parlamenti, autorità di enti locali, società civile e settore privato – di impegnarsi attivamente nella promozione della cooperazione e di maggiori processi di dialogo tra partner. Nella stessa ottica esso

promuove anche la partecipazione attiva dei giovani, incluso lo sviluppo, l'attuazione e il monitoraggio delle politiche che li vedono protagonisti. L'accordo di Georgetown in tal senso fornisce un quadro giuridico per la partecipazione effettiva della società civile, ma questo non significherà necessariamente che l'attuazione avverrà rapidamente in tutti gli Stati membri dell'UE e delle regioni ACP. Come successo con il precedente Accordo infatti, è probabile che ci sia un divario tra le possibilità offerte nell'Accordo stesso e la realtà sul campo, soprattutto nei primi anni. Inoltre, le procedure e le condizioni per garantire piena, strutturata ed effettiva partecipazione da parte delle organizzazioni della società civile non sono ancora ben chiare.

Come il precedente Cotonou, anche Georgetown si incentra su particolari temi chiave come i diritti umani, democrazia e *governance*. Esso riafferma infatti la precedente determinazione delle parti a "proteggere, promuovere e realizzare i diritti umani, le libertà fondamentali e i principi democratici, oltre che rafforzare lo Stato di diritto e il buon governo", riconoscendo il rispetto dei diritti umani come parte integrante per uno sviluppo sostenibile. Esso si sofferma anche sulla parità dei sessi, ma soprattutto sulla parità di genere che è uno degli obiettivi dell'Accordo e un tema che viene toccato in maniera trasversale in tutto il documento.

Anche lo sviluppo umano e sociale è una priorità strategica dell'Accordo mentre invece minore enfasi è data all'argomento economico. L'accordo post-Cotonou infatti è meno incentrato sul commercio, questo viene anche dedotto dal fatto che non vi è alcun riferimento al ruolo delle imprese sostenibili o all'agricoltura su piccola scala o agro-ecologia.

Il tema obbligato rimane quello della migrazione e mobilità, fondamentale in quelle zone, che però rispetto al precedente Accordo, vede limitati progressi anche se si specificano le diverse aree relative alla migrazione regolare su cui le parti dovrebbero investire (es. percorsi legali, migrazione circolare e comparabilità di tutte le qualifiche). In questo senso però, il nuovo Accordo presta scarsa attenzione agli aspetti positivi delle migrazioni, ai vari contributi che i migranti potrebbero dare ai Paesi di destinazione, e ai vantaggi che si avrebbero nel considerare la migrazione come una forza per lo sviluppo.

Riguardo all'ambiente l'Accordo tenta di discutere di sostenibilità ambientale e cambiamento climatico in modo olistico, considerando, ad esempio, le loro interconnessioni con il corrente (e dannoso) modello economico. Esso contiene norme che vedono un impegno a integrare sostenibilità ambientale e clima facendone un *mainstream* nelle agende in tutte le politiche, nei piani e negli investimenti, nel rispetto dei più rilevanti Trattati e convenzioni in materia di cambiamenti climatici, di mari e di biodiversità. Purtroppo, però l'Accordo non riconosce la contraddizione intrinseca in un'economia basata sulla crescita, anche quando presumibilmente tenta

di muoversi nella direzione della limitazione degli impatti dell'economia sull'ambiente.

Anche i temi della pace e sicurezza sono presenti nel testo. L'accordo di Georgetown infatti riconosce che pace, stabilità e sicurezza sono componenti fondamentali per uno sviluppo sostenibile, e riconosce l'importanza di raggiungere uno "sviluppo inclusivo" come prerequisito per la sostenibilità, la pace e la sicurezza. Esso impegna le parti a prevenire e affrontare le cause profonde del conflitto e della fragilità in modo più olistico e al coinvolgimento della società civile nei dialoghi e nelle consultazioni volte alla risoluzione dei conflitti. L'unico limite che secondo noi trova fondamento è che l'Accordo, non adotta un approccio integrato in caso di conflitti o crisi, e non riesce a collegare gli sforzi umanitari, sviluppo, pace e sicurezza in tutte le fasi del ciclo di un conflitto.

8. Conclusioni

Volendo trarre alcuni spunti conclusivi dall'analisi svolta, può osservarsi come il nuovo Accordo con i Paesi ACP sembri contenere alcuni elementi di continuità rispetto al precedente Cotonou anche se le priorità europee paiono essersi spostate soprattutto verso la transizione verde e la gestione delle migrazioni rispetto ai temi commerciali che monopolizzavano il precedente. Il tema commerciale pare infatti passare in secondo piano, a fronte di una maggiore enfasi sul contributo del commercio a una crescita inclusiva e sostenibile.

Di particolare impatto rispetto all'impianto precedente è il raggiungimento di un accordo quadro valido per tutti i partner, che fissa priorità e valori condivisi. Viene poi promossa una più esplicita differenziazione regionale tramite l'adozione di tre specifici protocolli che rispondano alle esigenze delle tre regioni componenti il gruppo degli ACP. Si tratta di una soluzione fortemente voluta dall'UE, soprattutto per quanto riguarda il protocollo con l'Africa.

Come si è osservato *supra*, una delle aree su cui l'UE ha premuto maggiormente è stata quella riguardante le migrazioni e la mobilità[68]. La tematica infatti è particolarmente sensibile perché costituisce uno degli argomenti su cui la divergenza di vedute fra Europa e Africa continua ad essere significativa. Infatti il principale terreno di scontro rimane quello degli accordi sui rimpatri, a riguardo dei quali la nuova intesa si appresta a rafforzare l'impianto precedente tramite un allegato apposito. In questo senso l'UE sta cercando di introdurre normative stringenti in materia di rimpatri in molti degli strumenti normativi in via di negoziazione ma, in questa come in altre aree controverse, dovrà presto riconoscere l'esistenza di interessi legittimi dei partner africani e non solo. Solo in questo modo, la nuova intesa

68 La migrazione costituisce un aspetto importante delle relazioni UE-ACP. Il quadro della cooperazione in questo settore è definito dall'articolo 13 dell'Accordo di Cotonou.

costituirà un primo passo verso il superamento di una relazione verticale e asimmetrica fra Europa ed Africa.

Per quanto riguarda soprattutto la partecipazione della società civile e degli altri attori non statali alla cooperazione, si constata che sicuramente molti sono stati i progressi fatti, ma molte sono ancora le cose da fare per assicurare che i meccanismi effettivi per una reale partecipazione siano più significativi. Gli attori infatti, mancano di *know-how* e di capacità, in particolare nei nuovi settori della cooperazione (per esempio nella prevenzione dei conflitti, nella lotta alla corruzione, nel sostegno al decentramento) e nell'utilizzo dei nuovi strumenti come la programmazione flessibile. Inoltre l'Accordo è vago sulle modalità per favorire la partecipazione degli attori-non statali e delle autorità locali.

Un altro punto fondamentale è quello che riguarda il dialogo politico. I negoziatori si sono accordati sui principi, anche se nella pratica è stato dimostrato che questi sono molto difficili da applicare. Notiamo infatti che, se l'UE considera questo dialogo come un modo conveniente per affrontare temi delicati e risolvere le difficoltà tra i diversi Paesi ACP, tutto questo però potrebbe essere visto da questi Paesi come un'ingerenza. Non c'è dubbio che il dialogo sia la situazione migliore per risolvere le divergenze e incoraggiare la comprensione reciproca, ma quando vi sono argomenti scottanti, esso deve essere effettuato, diversamente dal passato, in maniera attenta e senza caratteri di automaticità. Pertanto per la "salute" del dialogo politico, maggior enfasi dovrebbe essere messa nell'incoraggiare una comprensione reciproca in una grande varietà di settori (e non solo sugli elementi essenziali).

Viene sottolineata inoltre l'importanza cruciale dell'agricoltura e a questo riguardo si invita l'UE a facilitare le esportazioni agricole dei Paesi ACP attraverso la predisposizione di assistenza tecnica e adeguate risorse finanziarie e attraverso iniziative volte a promuovere la trasformazione, la commercializzazione, la distribuzione e il trasporto dei prodotti ACP. Sempre a proposito dell'agricoltura il nuovo Accordo invita l'UE a rafforzare il valore delle preferenze agricole di cui beneficiano attualmente i Paesi ACP e a tutelare più efficacemente i mercati di questi Paesi contro la concorrenza sleale dei prodotti agricoli e alimentari dell'UE.

Ultima ma non di minore importanza è la decisione di accordare ai Paesi ACP ulteriori risorse finanziarie e una maggiore assistenza tecnica, al fine di aiutare questi Paesi a migliorare la loro capacità di produrre e esportare, a migliorare i trasporti e le telecomunicazioni così come l'accesso all'acqua e all'energia elettrica.

Pochi giorni dopo l'Accordo sul post-Cotonou, è anche arrivata l'intesa fra Consiglio e Parlamento europeo sul nuovo strumento per il Vicinato, lo Sviluppo e la Cooperazione internazionale (NDICI)[69] da 70,8 miliardi di euro, che finanzierà anche

69 Neighbourhood, Development and International Cooperation Instrument. Uno strumento da 70,8 miliardi di euro nei prossimi sette anni per lo sviluppo, il vicinato e la cooperazione internazionale.

la cooperazione con i paesi ACP. Questa intesa in sostanza parte dal presupposto che i negoziati sugli Accordi di Partenariato economico condotti fino ad ora, hanno rilevato gravi divergenze tra i Paesi ACP e la CE su alcuni elementi chiave. Viene in esso riconosciuta dunque l'enorme importanza di un sistema commerciale multilaterale più equilibrato e paritario sotto l'egida dell'OMC, fondato su un trattamento speciale e differenziato per i PVS, compresi i Paesi meno avanzati e le piccole isole, e sulla trasparenza del processo decisionale.

Insomma in nuovo Accordo di partenariato si prefigge evidentemente degli obiettivi ambiziosi, ma notevoli appaiono ancora le difficoltà da affrontare. In realtà l'impressione che emerge nettamente è che l'Europa non sembra realmente intenzionata ad aprire un sincero dibattito per la creazione di nuovi accordi internazionali che permetterebbero agli Stati ACP di cessare di essere "la periferia del mondo". L'opacità delle clausole contenute in esso ne è una prova tangibile.

Permane infatti la sensazione che l'attenzione dedicata a un tema così importante sia ancora inferiore al dovuto, cosa effettivamente del tutto comprensibile data la difficoltà di seguire un processo in continua e rapida evoluzione come quello dei rapporti UE-ACP in questi anni.

Tuttavia esso rappresenta ad oggi il tentativo più significativo e concreto da parte della Comunità internazionale di affrontare il cruciale problema del rapporto Nord-Sud. Un serio ridimensionamento della portata di questo tentativo, nell'attuale complesso e delicato quadro delle relazioni internazionali, produrrebbe conseguenze gravissime nel problematico tentativo di costruire la pace.

È quindi auspicabile che una Unione Europea finalmente in grado di esprimere una propria autonoma politica estera, possa convincersi della assoluta priorità da attribuire ai suoi rapporti con i Paesi ACP.

Esso si concentrerà soprattutto sullo stato di diritto, la democrazia, e il sostegno ai diritti umani oltre che sul rafforzamento della guida strategica e del controllo da parte del Parlamento europeo.

L'IMPATTO DELLE FONTI RINNOVABILI IN AGRICOLTURA: ECO-AGRO-FOTOVOLTAICO E CONSUMO DI SUOLO

Enrico Giarmanà[*]

Abstract. Il fotovoltaico rappresenta una tra le soluzioni più economiche e sostenibili per la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile. Non di rado, la scelta dei siti localizzativi ha ad oggetto il suolo agricolo. Tale fenomeno, che in Italia ha portato verso un diffuso malcontento dell'opinione pubblica, innescato dal timore di "consumare" suolo agricolo, ha oramai la possibilità di attingere da soluzioni progettuali in grado di dare continuità alle attività tradizionalmente ricomprese nel dettato dell'art. 2135 c.c. Le perplessità emerse su questo versante costituiscono in buona parte il riflesso di una incompiuta regolamentazione da parte del legislatore nazionale. Tale incompiutezza, oltre che rilevare sul piano delle fonti del diritto, si riverbera anche sul fronte amministrativo del *permitting*, incidendo sui procedimenti di V.I.A. (acronimo di "Valutazione di Impatto Ambientale") di tali opere, influenzando, in modo particolare, il giudizio di cumulo degli impatti ambientali. I recenti interventi di riforma che hanno interessato la tematica sembrano aver fornito però qualche indicazione più chiara per la risoluzione dei conflitti interpretativi che per molti versi attanagliano la materia. Parallelamente, nell'attesa di un intervento di riforma più ampio, il fronte giurisdizionale si è mosso ultimamente registrando significative aperture verso una prassi più attenta a valorizzare maggiormente i caratteri peculiari che connotano le nuove tipologie di opere che più di recente hanno fatto ingresso nel panorama nazionale.

Abstract. *Photovoltaic represents one of the cheapest and sustainable solutions to produce electricity from renewable sources. Not rarely, agricultural sites are chosen as location sites for PV plants. This fact, which has led to a widespread disappointment of the public opinion, triggered by the fear of "wasting" agricultural land, has now the possibility to get new development solutions which are able to perform the activities mentioned by the art. 2135 of the Civil Code without any interruption. Doubts arisen in this field are the consequence of an incomplete regulation by national govern. This incompleteness, as well as has its relevance from a source-of-law perspective, reflects on the permitting side, impacting on the E.I.A. proceedings (acronyms of "Environmental Impact Assessment") of these plants, influencing, in a particular way, the cumulative impact assessment. The latest law reforms which invested this matter seem to have provided a clearer way to get a solution of the interpretation issues which afflict this matter. At the same time, waiting for a wide reform act, the jurisdictional side have recently made an important opening to a praxis that pay more attention to enhance the specific features of these new configurations which lately appeared on the national scenario.*

SOMMARIO: 1. Introduzione; **2.** L'eco-agro-fotovoltaico e il suo contributo alla transizione energetica: una nuova prospettiva di valorizzazione e di tutela del territorio; **3.** La regolamentazione del fotovoltaico in area agricola nell'ordinamento italiano; **3.1** *(segue).* I recenti interventi del legislatore in materia: il D.L. n. 17 del 1° marzo 2022; **4.** La Valutazione di Impatto Ambientale degli impianti fotovoltaici collocati in area agricola; **5.** Gli impatti cumulativi degli impianti fotovoltaici collocati

sul suolo agricolo al vaglio della giurisprudenza dei tribunali amministrativi (cenni); **5.1** La sentenza del TAR della Puglia n. 248 dell'11 febbraio 2022; **6.** Conclusioni.

1. Introduzione

Lo sviluppo delle fonti rinnovabili in agricoltura rappresenta uno dei temi di indubbia centralità nell'odierno quadro politico e normativo nazionale. L'argomento, già noto ai primi commentatori[1], è recentemente tornato alla ribalta a seguito del forte impulso che si è avuto sul fronte dello sviluppo di impianti fotovoltaici collocati in area agricola[2]. Tali opere, complessivamente considerate, talvolta definite come "agri-fotovoltaico", talaltra (alquanto grossolanamente) assimilate in toto alle tipologie di tipo "classico", o "fotovoltaico *tout court*"[3], vengono solitamente ricondotte ad una sorta di *reductio ad unum* in virtù di assimilazioni concettuali poco inclini a valorizzare i tratti distintivi che le contraddistinguono, investendo anche il versante amministrativo del *permitting*[4].

La materia, che non pare aver trovato ancora una ben definita collocazione sistematica, può dirsi di grande interesse in quanto pone interrogativi nuovi rispetto al passato, ove la ricerca delle soluzioni che meglio soddisfano l'interprete va di pari passo con il rapido processo di evoluzione tecnologica in atto. Ciò, di conseguenza, porta a domandarsi fino a che punto gli strumenti offerti dal legislatore interno possano dirsi coerenti rispetto all'obiettivo di agevolare l'attuale processo di transizione energetica, in ottemperanza ai vincoli europei di neutralità climatica. Per tale via, l'analisi del contesto normativo di riferimento non può allora prescindere da

1 *Dottorando in Diritto privato e Diritto privato comparato, Università degli Studi di Catania.
Tra i primi commenti, si rinvia a G. Ferrara, *Impresa agricola e produzione di energia*, in *Agricoltura Istituzioni Mercati*, 1/2008, pp. 33-47; L. Paoloni (a cura di), *Politiche di forestazione ed emissioni climalteranti*, Roma, Edizioni Tellus, 2009; Castellini, A., Pirazzoli, C., Ragazzoni, A., *Il futuro ruolo dell'agricoltore nella produzione di energia: prospettive e rischi nella costruzione della filiera*, in «Atti del XXXVII Incontro di Studio Ce.S.E.T.» Riforma Pac. Evoluzioni tecnologiche e trasformazioni ambientali: aspetti economici, estimativi, giuridici e urbanistici, Ferrara, 2007; A. Frascarelli, *Le energie rinnovabili in agricoltura*, in Agriregionieuropa anno 7 n°24, Mar 2011.

2 Tale fatto, di per sé, risulta ammesso in forza di quanto disposto dall'art. 12, comma settimo, del d.lgs. 387/2003, a mente del quale "*gli impianti alimentati da fonti rinnovabili possono essere ubicati anche in zone classificate agricole dai piani urbanistici nel rispetto delle disposizioni in materia di sostegno nel settore agricolo, della valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità e del patrimonio culturale e del paesaggio rurale*". L'incremento di impianti fotovoltaici localizzati in area agricola aiuterebbe non poco a ridurre l'ampio margine che separa gli attuali contingenti di potenza rinnovabile installata dagli obiettivi fissati dal PNIEC. Alla fine del 2020, la potenza complessiva rinnovabile installata in Italia era pari a 57,6 GW (di cui 22,5 GW di fotovoltaico), a fronte di un obiettivo di potenza complessiva pari a 95,2 GW, ove l'apporto maggiore, secondo le stime del PNIEC, dovrebbe provenire dal solare fotovoltaico, che dagli attuali 22,5 GW dovrebbe passare in poco meno di 10 anni a 52 GW.

3 In questi termini si è espresso il TAR della Puglia, Lecce, con la sentenza n. 248 dell'11 febbraio 2022 (v. *infra*).

4 V. Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 1423/2019.

una compiuta valutazione sugli effetti che le decisioni prese in sede legislativa sono in grado di produrre sugli equilibri delle diverse componenti in gioco, tra cui, non ultime, quelle ambientali direttamente coinvolte.

Le perplessità maggiori, può dirsi sin d'ora, originano da una significativa lacuna del nostro ordinamento. L'esercizio della funzione legislativa su questo versante è governato perlopiù da indirizzi che sembrano ispirati a finalità di politica legislativa, in luogo che orientati a comprendere e regolamentare fino in fondo il fenomeno in questione. L'integrazione delle fonti rinnovabili in agricoltura patisce oggi un solido *self restraint* del legislatore interno [5], la cui impostazione di fondo pare tesa a circoscrivere all'interno di una cornice ben definita i fenomeni trasformativi del territorio[6]. D'altra parte, il nodo da sciogliere concerne diversi profili di non agevole e pronta soluzione, trattandosi di controbilanciare adeguatamente gli irrinunciabili fondamenti di tutela delle componenti ambientali caratterizzanti il territorio con l'obiettivo di favorire il più possibile la diffusione delle fonti di energia rinnovabile, in vista del raggiungimento da qui al 2030 delle soglie di potenza fissate in seno al PNIEC, senza con ciò frustrare le opportunità e le aspettative di sviluppo derivanti dal processo di transizione energetica in atto.

2. L'eco-agro-fotovoltaico e il suo contributo alla transizione energetica: una nuova prospettiva di valorizzazione e di tutela del territorio

Al fine di meglio comprendere la complessità e la mutevolezza che accompagnano l'inquadramento normativo della fattispecie in commento, vale la pena provare a tratteggiare per sommi capi i termini della cornice fattuale di riferimento, ponendo in luce quegli elementi di rilievo che rappresentano una novità rispetto allo scenario precedente. A tal riguardo, occorre premettere che il costante avanzare di nuove tecnologie sul mercato continua ad alimentare lo sviluppo progressivo di nuove soluzioni progettuali in grado di massimizzare sempre più la produzione di energia da fonte fotovoltaica, riducendo, al contempo, gli impatti negativi che – solitamente -

5 All'inizio di settembre del 2021 il Mipaaf aveva reso nota l'intenzione di rispondere al crescente fenomeno della collocazione di impianti fotovoltaici in area agricola, predisponendo delle Linee Guida *ad hoc*. Poco più tardi, però, in risposta ad una interrogazione parlamentare, il Ministro Patuanelli sembra essere ritornato sui propri passi, esprimendo sensibili perplessità alla collocazione di impianti fotovoltaici in area agricola. Per la consultazione del testo integrale dell'interrogazione si rinvia al resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 569 di mercoledì 22 settembre 2021, disponibile su *www.camera.it*.

6 Da più parti è stato oramai precisato che sotto il profilo strettamente ambientale la questione non ha ragion d'essere, considerato che "*nell'ipotesi di ritardi o problematiche che limitino l'installazione degli impianti fotovoltaici sui tetti, resterebbe da collocare un buon 40% dei già menzionati impianti sui terreni agricoli e di conseguenza verrebbe utilizzato lo 0,34% della superficie agricola, pari a circa 40.000 ettari*", fonte: *Linee guida per l'applicazione dell'agro-fotovoltaico in italia*, Università degli Studi della Tuscia – Dip.to Scienze Agrarie e Forestali, progetto SAFE-Med, *Work Package n. 3: Innovazioni nei settori agrario e forestale per la sostenibilità energetica*.

si riverberano sulle diverse componenti ambientali di cui si compone il territorio. Tant'è che, differentemente dal passato, molti degli impianti fotovoltaici *utility scale* collocati oggi in area agricola, più di recente apparsi anche nel panorama nazionale, si connotano per l'adozione di accorgimenti tecnici del tutto inediti.

In proposito, è interessante osservare come, anche sotto il profilo della nomenclatura, altrettanto inedita risulti talvolta la terminologia utilizzata per definire le iniziative in commento. Fra le tante, è particolarmente significativo l'utilizzo del termine "eco-agro-fotovoltaico"[7], espressione che, *prima facie*, sembra fare riferimento a un apparato di nuova concezione, dal momento che presta una maggiore attenzione alla tutela e alla valorizzazione del complesso ecologico in cui l'opera si inserisce. In buona parte dei casi, si tratta di soluzioni tecnologiche che ben si prestano ad assicurare, da un canto, l'asservimento della componente impiantistica a garanzia della continuità dell'attività agropastorale, dall'altro, similmente, quantomeno con riguardo agli effetti su determinate matrici ambientali, ad individuare opportuni strumenti di mitigazione degli impatti attesi. Ciò avviene tramite l'adozione di misure volutamente orientate alla tutela del suolo e della biodiversità.

L'idea di fondo a cui si ispirano tali nuove configurazioni è quella per cui gli impianti fotovoltaici, oltre che apportare benefici in termini di riduzione delle immissioni di CO_2, possano costituire una concreta leva di sviluppo del territorio, contribuendo al mantenimento, ed in taluni casi al miglioramento, delle pratiche agricole sostenibili ed alla conservazione degli ecosistemi. Un simile risultato viene sovente raggiunto per mezzo di un riparto razionalizzato delle superfici a disposizione, ottenuto grazie alla ponderazione di tre principali componenti: fotovoltaico, agricoltura ed ecosistema. Per tale via, la tutela della biodiversità che insiste sull'areale è garantita dalla creazione di fasce arbustive e di aree destinate alla coltivazione, le quali, il più delle volte, vengono ricavate utilizzando le superfici che giacciono al di sotto dei moduli fotovoltaici. In taluni casi, dette porzioni di terreno vengono poi ulteriormente valorizzate tramite lo sviluppo di appositi piani colturali. In altri, il suolo viene volutamente lasciato a riposo per lunghi periodi, agricoltura cd. "a perdere". In entrambe le ipotesi, le soluzioni adottate si rivelano utili a contribuire alla tutela dello stato conservativo delle specie caratterizzanti la fauna locale[8].

7 L'espressione è stata coniata prendendo spunto da un progetto di impianto fotovoltaico in area agricola, presentato nel novembre 2021 presso il Ministero della Transizione Ecologica per l'espletamento della procedura di Valutazione di Impatto Ambientale statale, come ora richiesto per gli impianti di potenza superiore ai 10 MW a seguito alle modifiche intervenute in forza del D.L. 77/2021.

8 In argomento, H. Montag, G Parker & T. Clarkson, *The Effects of Solar Farms on Local Biodiversity; A Comparative Study*. Clarkson and Woods and Wychwood Biodiversity (2016).

Nondimeno, gli interventi di impianto e di conservazione di colture autoctone, erbacee e arboree, sono altresì utili a contrastare gli effetti erosivi e i processi di desertificazione, i quali possono interessare ampie porzioni delle aree agricole, soprattutto ove queste versino in stato di abbandono. L'adozione di tali accorgimenti è inoltre in grado di influenzare anche la componente idrologica e la temperatura del suolo[9] (cd. "microclima"), mitigandola opportunamente e riducendo, di conseguenza, il consumo idrico necessario all'attività irrigua. In tal modo, sembrerebbe quindi possibile conseguire reciproci vantaggi in termini di produzione di energia rinnovabile, di tutela ambientale, di conservazione della biodiversità, nonché, *last but not least*, di scongiurare il consumo di suolo agricolo.

Ciò che sembra mutare, in sostanza, è la prospettiva dalla quale muovono le iniziative in commento. L'esigenza di tutelare i tratti percettivi del territorio e gli elementi naturali che lo caratterizzano è oggi indubbiamente più sentita rispetto al passato, al punto da aver posto sotto altra luce la ricerca degli accorgimenti tecnici finalizzati a tutelare tali componenti. Prova ne è il fatto che i contributi di carattere ambientale arricchiscono oramai in maniera pregnante i contenuti della progettualità, conferendo a tali iniziative un'impronta dotata di maggiore spessore e tecnicismo.

A ogni modo, il dato sulla scorta del quale l'interprete dovrebbe essere indotto a osservare il fenomeno da una prospettiva diversa, che in realtà rivela molteplici spunti di riflessione, risiede nel fatto che un simile risultato sembra oggi perseguibile tramite l'adozione di un ampio ventaglio di soluzioni tecnologiche di più recente elaborazione. Ciò, conseguentemente, dovrebbe condurre verso un graduale abbandono delle "classiche" categorie concettuali che hanno sino ad oggi costituito il *discrimen* tra impianti fotovoltaici *tout court* e gli impianti "agrofotovoltaici". Il riferimento, in particolare, è rivolto a quelle letture (cui si darà maggior spazio *infra*) che intravedono esclusivamente nella maggiore o minore distanza dal suolo dei moduli fotovoltaici il principale tratto distintivo che contraddistingue la categoria in commento. Piuttosto, la gamma di interventi oggi praticabili in campo agricolo, che inevitabilmente variano anche alla luce delle stesse peculiarità del territorio (si pensi, a titolo esemplificativo, alla tipologia di colture, alla morfologia dei luoghi, alle condizioni climatiche, e così via), richiederebbe l'adozione di strumenti interpretativi nuovi che permettano all'interprete di orientarsi all'interno di un sentiero più pratico e accessibile.

9 A. Armstrong, N. J Ostle, J. Whitaker, *Solar Park microclimate and vegetation management effects on grassland carbon cycling*, in Journal Environmental Research Letters, Volume 11, N. 7, (2016).

3. La regolamentazione del fotovoltaico in area agricola nell'ordinamento italiano

S'era accennato in apertura alla circostanza per cui parte delle incertezze emerse su questo versante fossero in realtà da attribuire ad una incompiuta regolamentazione del fenomeno di che trattasi. Detta lacuna sembrerebbe a prima vista tradire la volontà dell'UE di sostenere e di incentivare l'integrazione delle fonti rinnovabili nel settore dell'agricoltura[10], rischiando di tradursi in un *vulnus* per un settore economico in continua espansione, attorno al quale ruotano oramai investimenti per nulla trascurabili[11]. L'assenza di una disciplina organica in materia porta inevitabilmente a muoversi su un terreno alquanto instabile, dovendo l'interprete ricercare *aliunde* gli appigli dai quali risalire alla nozione di impianto "agrofotovoltaico". Le poche indicazioni offerte dal quadro normativo vigente oscillano tra parametri talora riferibili ad aspetti meramente tecnico-strutturali o dimensionali (es. altezza dei moduli dal suolo, spazi tra le file, superfice complessivamente occupata), talaltra, invece, interessano più propriamente il profilo della continuità e del monitoraggio degli effetti dell'attività agropastorale praticata al di sotto dei moduli fotovoltaici.

A ben vedere, le ragioni che hanno condotto a un simile risultato risiedono nel dato per cui la collocazione di impianti fotovoltaici in area agricola ha sino ad ora costituito un fatto cui dare rilievo ai soli fini dell'accesso agli incentivi statali previsti dal d.lgs. 28/2011. Non per niente, i recenti interventi di riforma che continuano ad animare il dibattito in materia hanno interessato in prevalenza il contenuto dell'art. 65 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1[12], rubricato per l'appunto "*Impianti fotovoltaici in ambito agricolo*"[13]. Da qui, è possibile muovere già una prima considerazione di carattere generale. *De iure condito*, la scelta di aver confinato la disciplina di tali fattispecie all'interno di un coacervo di previsioni tra loro così disarticolate ed eterogenee accresce non poco gli sforzi richiesti per individuare il *discrimen* con altre

10 La Commissione europea, per sostenere l'agrofotovoltaico, intende attuare iniziative all'interno della strategia biodiversità europea, con lo scopo di accelerare la transizione verso un nuovo sistema alimentare sostenibile. La Commissione, inoltre, ha già proposto di integrare l'agrofotovoltaico nella Climate Change Adaptation Strategy, in via di approvazione. A riguardo, vi sono varie proposte dirette all'inserimento di tali configurazioni nelle Agende europee in materia di transizione energetica, fonte: *Linee guida per l'applicazione dell'agro-fotovoltaico in italia*, Università degli Studi della Tuscia – Dip.to Scienze Agrarie e Forestali, progetto SAFE-Med, *Work Package n. 3: Innovazioni nei settori agrario e forestale per la sostenibilità energetica*.

11 È stato stimato che nell'anno 2020 il montante complessivo di investimenti nelle fonti rinnovabili in Italia ha raggiunto la cifra di 9,1 miliardi di euro, per complessivi 10,9 gigawatt (+7% sul 2019), fonte: Irex Annual Report 2021.

12 Convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27.

13 Il primo comma dell'art. 65 del D.L. 24 gennaio 2012 n. 1 stabilisce che "*Agli impianti solari fotovoltaici con moduli collocati a terra in aree agricole non è consentito l'accesso agli incentivi statali di cui al decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28*".

ipotesi, non potendosi prescindere dal riferimento ai presupposti necessari all'accesso agli incentivi. Per altro verso, *de iure condendo*, come si dirà *infra*, convince poco la scelta di continuare a intervenire sulla medesima base normativa in luogo di identificare una *sedes materiae* più opportuna, in prospettiva, perché no, di una disciplina che tenga conto del fenomeno da un punto di vista più ampio.

Fatte le dovute premesse, occorre ora confrontarsi con il dato positivo, tenendo ferme, tuttavia, le considerazioni sopra sviluppate in ordine all'assenza di consolidati strumenti esegetici ai quali fare ricorso per la ris0luzione dei principali conflitti interpretativi. A tal fine, è opportuno muovere dal recente intervento di riforma che ha preso il nome di "decreto semplificazioni-bis" [14], con il quale il legislatore sembrava in un primo momento aver fornito qualche indicazione più puntuale riguardo i parametri dai quali attingere ai fini dell'acquisizione della qualifica di "agrofotovoltaico". Infatti, l'art 31, quinto comma, del D.L. 77/2021 ammetteva la deroga al divieto generale di accesso agli incentivi in area agricola[15] per gli impianti fotovoltaici che avessero adottato soluzioni "*integrative innovative con montaggio dei moduli elevati da terra, anche prevedendo la rotazione dei moduli stessi, comunque in modo da non compromettere la continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale*"[16]. In particolare, l'inciso contenuto nella seconda parte della disposizione ("*comunque in modo da…*") fungeva da clausola residuale dotata di notevole portata innovativa laddove, anche a voler prescindere dal requisito dettato dalla prima parte della norma ("*montaggio dei moduli elevati da terra*"), consentiva di valorizzare il dato per cui la realizzazione dell'impianto non avrebbe comunque compromesso la *continuità* dell'attività agricola e pastorale.

Tale lettura trovava poi ulteriore supporto nell'indicazione contenuta in seno al successivo comma 1-quinquies[17], il quale subordinava la deroga al divieto di accesso agli incentivi alla garanzia che venissero avviati "*sistemi di monitoraggio che consentano di verificare l'impatto sulle colture, il risparmio idrico, la produttività agricola per le diverse tipologie di colture e la continuità delle attività delle aziende agricole interessate*"[18]. In tale ultimo inciso sembrava trovare conferma la centralità del requisito della *continuità* dell'attività praticata sul suolo agricolo. Ciò, a parere di chi scrive, rafforzava ancor più la tesi secondo cui qualifica di agrofotovoltaico non avrebbe potuto ridursi al dato della maggiore o minore altezza dei moduli da terra, bensì avrebbe richiesto, pur sempre in via residuale ("*comunque in modo da…*"), l'idoneità della soluzione

14 Decreto Legge n. 77/2021, convertito, con modificazioni, dalla L. 29 luglio 2021, n. 108.
15 Di cui all'art. 65 del D.L. 1/2012 cit.
16 Così il comma 1-quater dell'art. 65 D.L. n. 1/2012, come introdotto dall'art. 31 comma 5 del D.L. 77/2021.
17 Introdotto dal medesimo D.L. n. 77/2021.
18 Così l'art. 65, comma 1-quinquies, D.L. n. 1/2012.

progettuale ad assicurare l'utilizzazione del suolo per l'esercizio dell'attività agro-pastorale[19].

3.1 *(segue).* I recenti interventi del legislatore in materia: il D.L. n. 17 del 1° marzo 2022

Il quadro di sintesi appena descritto ha rappresentato solo il punto di partenza dell'iter di interventi che, sul piano delle fonti, interessa la tematica in commento. Un ulteriore contributo in questa direzione è infatti giunto a quasi un anno di distanza dall'entrata in vigore del decreto "semplificazioni-bis", in forza un intervento capace di stravolgere l'approdo interpretativo appena illustrato. Con il Decreto Legge del 1° marzo 2022 n. 17[20] (cd. "decreto bollette") il legislatore è ritornato sulla questione del fotovoltaico in agricoltura, segnando un netto cambio di rotta rispetto all'impianto precedente. Per un verso, l'utilizzo della decretazione d'urgenza conferma quanto detto in linea generale in riferimento all'affidamento posto dal decisore pubblico nel limitare la regolamentazione del fenomeno a singoli, isolati, interventi di sutura. Anche in questa occasione, l'impostazione di fondo pare essere stata quella di calibrare le decisioni adottando gli indirizzi di politica legislativa più efficaci a sopperire al deficit di democraticità nel quale si innesta l'attività parlamentare.

Il testo licenziato in un primo momento dal Governo introduceva un requisito ulteriore rispetto alla formulazione previgente, individuandolo nel rapporto tra la superficie complessiva di cui dispone l'azienda agricola e quella occupata dai moduli fotovoltaici. A mente dell'art. 11 del D.L. cit., l'area interessata dall'impianto fotovoltaico, a prescindere dalla collocazione dell'opera, non avrebbe potuto ora eccedere la misura del 10% della complessiva "*superficie agricola aziendale*"[21]. In tal modo, veniva così individuato un rapporto di netta prevalenza tra la componente agricola e quella impiantistica, relegando quest'ultima a un fattore meramente accessorio e secondario di uso del suolo.

L'orizzonte applicativo dell'intervento veniva poi ulteriormente dilatato attraendo nell'orbita del limite in parola pressoché qualsiasi tipologia progettuale di impianto fotovoltaico integrato in campo agricolo. Un simile risultato scaturiva dal l'innesto di

19 Lettura che sembra anche conformarsi con la deroga al divieto di accesso al regime degli incentivi per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili su suolo agricolo. Occorre in proposito tenere conto che la garanzia della *continuità* dell'attività agro-pastorale comporta per converso la rinuncia al totale - indiscriminato - asservimento e sfruttamento del suolo ai soli fini di produzione di energia. È chiaro, infatti, che l'adozione di accorgimenti progettuali a garanzia della invocata *continuità* è in grado di incidere non poco sul complessivo quadro economico dell'iniziativa, facendo rientrare l'opera in una logica progettuale totalmente diversa.

20 Convertito con modificazioni dalla L. 27 aprile 2022, n. 34, su cui v. *infra*.

21 Requisito, giova rammentare, rilevante pur sempre ai fini dell'accesso agli incentivi per gli impianti agrovoltaici.

due nuovi commi nel testo dell'art. 65 del D.L. 1/2012[22]. Per tale via, il suddetto requisito dimensionale (i.e. il 10% della superfice agricola aziendale) assurgeva ad unica ed esclusiva direttrice tanto nei casi di "*impianti fotovoltaici con moduli collocati a terra*", quanto, parimenti, laddove questi avessero adottato "*soluzioni costruttive diverse da quelle di cui al comma 1-quater*"[23] (ovvero senza montaggio dei moduli elevati da terra).

L'allargamento del novero delle fattispecie cui estendere il confine dimensionale *de quo* consentiva di avanzare un duplice ordine di considerazioni. Da un canto, portava a interrogarsi in ordine a quali prospettive avrebbero propiziato soluzioni progettuali in grado di garantire la continuità dell'attività agro-pastorale, a scapito della produzione di energia, laddove l'accesso agli incentivi sarebbe rimasto comunque subordinato al solo requisito del rapporto tra il totale della superfice agricola a disposizione e quella occupata dai moduli, a prescindere da come questi sarebbero stati collocati. La novella, in altri termini, ridimensionava considerevolmente il rilievo della *continuità* dell'attività agricola introdotto dal "semplificazioni-bis", ponendo in secondo piano le aspettative di un progressivo sviluppo integrato delle due sfere di intervento[24]. Dall'altro, la modifica in questione avrebbe potuto disorientare non poco l'interprete, affaticando ulteriormente la ricerca di una definizione condivisa di "agrofotovoltaico". Infatti, ferme restando le difficoltà che avrebbero accompagnato le ipotesi di iniziative congiunte[25], la nozione risultante a seguito dei mutamenti illustrati avrebbe rischiato di porsi in rapporto di netta discontinuità rispetto alle indicazioni del passato. Per tali motivi, nel complesso, l'introduzione del limite in questione sembrava presagire una riduzione della mole di installazioni che avrebbero avuto accesso agli incentivi in area agricola. In luogo di incentivarne la realizzazione su larga scala, l'effetto conseguito sarebbe stato quello di un notevole ridimensionamento dell'ambito di applicazione della deroga al divieto di accesso agli incentivi.

Gli esiti poco soddisfacenti cui si sarebbe pervenuti in forza delle modifiche di cui s'è detto hanno da ultimo condotto il legislatore verso una radicale inversione di rotta, suggerendo di intervenire già in sede di conversione del Decreto.

22 Commi 1-septies e 1-octies, introdotti dall'art. 11, primo comma, lett. b) del D.L. 17/2022.
23 Art. 65 comma 1-octies D.L. 1/2012, introdotto dall'art. 11 del D.L. 17 del 1° marzo 2022.
24 Non risultando agevole distinguere a questo punto un impianto progettato come "agrovoltaico" da un fotovoltaico "*tout court*" laddove, in ogni caso, ciò che rilevava sarebbe stata la sola condizione per cui la superfice occupata non avrebbe potuto eccedere il 10% di quella complessiva agricola aziendale.
25 Ove cioè più aziende agricole avessero messo a disposizione di un unico proponente/investitore più lotti confinanti di terreno, i quali, tuttavia, non sarebbero stati tutti parimenti idonei ad accogliere la collocazione dell'impianto. In questi casi a quale dato si sarebbe dovuto fare riferimento per determinare quel "*10 per cento della superficie agricola aziendale*"? Il totale dei lotti di cui dispongono tutte le aziende che partecipano all'iniziativa o soltanto quelli interessati dalla collocazione dell'impianto?

L'impostazione sopra delineata è stata infatti ampiamente rivista nel corso dell'esame presso le aule parlamentari, portando ad una riformulazione del previgente impianto tramite l'inserimento di nuovi contenuti in sostituzione dei precedenti. Il varo della Legge n. 34 del 27 aprile 2022[26] ha comportato infatti l'eliminazione dei riferimenti agli accennati limiti dimensionali, sciogliendo in buona parte il nodo interpretativo sopra paventato. La nuova previsione, tuttavia, sebbene meno problematica della precedente, contempla adesso elementi di novità che non consentono di recedere ancora dalle considerazioni sopra sviluppate riguardo all'assenza di una regolamentazione unitaria del fenomeno.

Nell'ordine, l'integrale riscrittura della lett. *a*) della norma, come detto, ha definitivamente sgombrato il campo dalle perplessità sopra espresse circa l'introduzione del limite del 10% della superficie agricola fruibile. In tal modo, l'accesso ai regimi di incentivazione torna ad essere ammesso nei confronti di impianti fotovoltaici collocati in area agricola a prescindere dal rapporto con il totale dell'area occupata, potendo interessare in tutto o in parte la superficie a disposizione. Tale modifica consente inoltre di valorizzare nuovamente la lettura sopra prospettata, riammettendo la possibilità di enfatizzare il dato della *continuità* dell'attività agro-pastorale quale fattore tipizzante, in via residuale, la fattispecie di *agrofotovoltaico*.

A questo riguardo, s'era accennato sopra circa il rilievo assunto dall'attività di monitoraggio nell'ottica di una interpretazione tesa a innalzare il dato della *continuità* a (unico) presupposto qualificatorio. Ciò, tuttavia, suscitava non poche perplessità in ordine agli spazi lasciati vuoti dal legislatore per individuare in concreto le modalità con le quali verificare "*l'impatto sulle colture, il risparmio idrico, la produttività agricola per le diverse tipologie di colture e la continuità delle attività delle aziende agricole interessate*"[27]. Sul punto, il testo rivisitato dal Parlamento prefigura adesso una direzione più chiara, laddove demanda al CREA[28], in collaborazione con il Gestore dei Servizi Energetici S.p.a. (GSE), l'elaborazione di apposite Linee Guida recanti i criteri e le modalità con le quali passare al setaccio i risultati acquisiti sulla scorta degli indici di monitoraggio appena richiamati. Tale indicazione sembrerebbe a prima vista dotata di grande portata innovativa, stante che, da un canto, consente di individuare con maggior precisione la cornice di riferimento della fattispecie; dall'altro, mette in atto una sofisticata tecnica compilativa, in quanto affronta, e in parte risolve, la *vexata quaestio* circa i parametri stessi cui fare affidamento per l'individuazione della nozione di *agrofotovoltaico*. Per tale via, il testo della norma

26 Recante la "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° marzo 2022, n. 17*", approvata in via definitiva dal Senato della Repubblica nella seduta del 21 aprile 2022.
27 Così il comma 1-quinquies dell'art. 65 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1.
28 Consiglio per la ricerca in agricoltura e l'analisi dell'economia agraria.

risulta ora slegato da ogni riferimento a requisiti dimensionali o progettuali (e.g. maggiore/minore altezza dei moduli; spazi tra le file), avendo l'intervento di conversione traslato il fattore qualificatorio verso la maggiore o minore idoneità della soluzione adottata a garantire la *continuità* dell'attività agricola praticata al di sotto dei moduli fotovoltaici.

Le modifiche intervenute in sede di conversione si rivelano meritevoli di apprezzamento, innestandosi nel medesimo solco già segnato dalla novella del 2021. L'abbandono dei riferimenti ai caratteri costruttivi dell'opera comporta una maggiore coerenza dell'impianto normativo rispetto alla connaturata mutevolezza delle soluzioni tecnologiche utilizzabili. In questo senso, il criterio della *continuità* ben si presta a garantire in modo più appropriato il bilanciamento delle componenti ambientali ed economiche interessate. Per altro verso, *de iure condendo*, la scelta compiuta conferisce alla previsione di legge una maggiore permeabilità rispetto ai mutamenti dovuti al progressivo, galoppante, processo di sviluppo delle tecnologie applicate in ambito agricolo. Come accennato, in futuro è verosimile che lo sviluppo di nuove tecnologie consentirà di adottare soluzioni progettuali diverse da quelle oggi in uso[29]. Conseguentemente, l'aggancio a parametri costruttivi dell'opera finirebbe con il delimitare l'area di operatività della norma, laddove, in particolare, l'utilizzo di nuove tecniche costruttive non dovesse risultare conforme ai dettami dell'ordinamento. Così facendo, invece, la previsione sembra ammettere maggiori spazi, lasciando aperta la possibilità di far ricorso a tipologie progettuali diverse da quelle odierne, purché anch'esse idonee a garantire la *continuità* dell'attività agro-pastorale, da accertarsi, per l'appunto, tramite criteri di monitoraggio definiti a livello normativo.

Ciononostante, la conversione ad opera delle aule parlamentari, sebbene abbia in buona sostanza inciso nel senso auspicato, mantiene sullo sfondo alcuni tratti che avevano in un primo momento contrassegnato l'intervento in via d'urgenza. Nello specifico, la fase di conversione ha comportato l'introduzione di una sorta di vincolo *ad aedificandum* sulle aree agricole ove vengono realizzati impianti fotovoltaici, *recte* "agrovoltaici"[30]. Detto limite, che graverebbe sul fondo non nella sua interezza bensì esclusivamente sulle medesime particelle catastali ove trova collocazione l'opera[31], interessa un intervallo temporale piuttosto ampio, pari ai 10 anni "*successivi al rilascio degli incentivi statali di cui al decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28*". La *ratio* che sottende l'innesto di un vincolo di tal tipo pare essere quella di voler garantire un periodo di "riposo forzato" del suolo agricolo, evitando che esso venga "aggredito" da *ulteriori*

29 D'altronde, la fonte fotovoltaica si presta ad essere "*la più flessibile e adattabile ai bisogni dell'agricoltura*", sul punto v. TAR della Puglia, sez. di Bari, sent. n. 568/2022.

30 Dacché realizzati secondo le modalità di cui all'art. 65 commi da 1-quater a 1-sexies del D.L. 1/2012.

31 Ovvero su quelle risultanti a seguito di "*frazionamento o trasferimento a qualsiasi titolo dei terreni*".

richieste di installazione di impianti fotovoltaici per una durata considerevole di tempo. Per tale via, nel silenzio della legge, il riferimento generalizzato alla categoria degli "*impianti fotovoltaici*" sembrerebbe tuttavia implicare un divieto assoluto valevole per qualsivoglia tipologia progettuale[32].

Peraltro, da questo punto di vista, rimane ancora da chiarire come coordinare la previsione in commento con il disposto dell'art. 5, comma 1, lett. b) del d.lgs. 199/2021[33], stante che il divieto in questione è rivolto ai soli casi di "*ulteriori richieste di installazione*", dai quali esulano le ipotesi di rinnovo o di modifica di impianti esistenti. Di conseguenza, non risulta agevole individuare gli spazi di applicabilità che residuano laddove l'installazione dovesse occupare già l'intera superficie agricola a disposizione. Infatti, una volta decorso il periodo di fruizione dell'incentivo l'opera potrebbe continuare a insistere sul suolo in forza di un provvedimento di proroga, come, parimenti, di modifica che non comporti l'aumento dell'area di impianto occupata (e.g. *rewamping* o *repowering*), senza necessità di richiedere titoli autorizzativi per *ulteriori installazioni*. Un simile risultato, che non pare destinato a rimanere esclusivamente su un piano teorico, sembrerebbe però tradire le aspettative del legislatore, potendo piuttosto tradursi – *mutatis mutandis* - in un vero e proprio incentivo a usufruire della maggior superficie agricola possibile, visto e considerato che il divieto *de quo* interessa soltanto *ulteriori* impianti, laddove chiaramente residuino porzioni di terreno sui cui collocarli.

4. La Valutazione di Impatto Ambientale degli impianti fotovoltaici collocati in area agricola

I recenti interventi di riforma che si sono susseguiti in materia sembrano andare verso una direzione che vede sempre più nel dato della *continuità* dello sfruttamento agricolo del suolo il pilastro sul quale fondare il *discrimen* tra fotovoltaico "*tout court*" e agrofotovoltaico. Tale distinguo, oltre che incidere sul piano sistematico[34], assume inoltre rilievo anche sul versante autorizzativo, influenzando la sfera della discrezionalità amministrativa sotto diversi profili. A riguardo, prima di concedersi qualche riflessione più ampia circa i risvolti avuti sul fronte giurisdizionale, sembra opportuno inquadrare per sommi capi i punti chiave della cornice giuridica che governa la materia, soffermandosi, in modo particolare, sul procedimento amministrativo deputato alla valutazione degli impatti che solitamente

32 Tenuto conto, inoltre, delle difficoltà emerse sul fronte giurisprudenziale laddove l'interprete è stato chiamato a valutare cosa ricomprendere all'interno dell'inciso "impianti fotovoltaici", distinguendo tra impianti fotovoltaici *tout court* e impianti "agrovoltaici", su cui v. *infra* par. 6.

33 A mente del quale "*il periodo di diritto all'incentivo decorre dalla data di entrata in esercizio dell'impianto ed è pari alla vita media utile convenzionale della tipologia impiantistica in cui esso ricade*".

34 Soprattutto per ciò che concerne la deroga al divieto di accesso agli incentivi in area agricola di cui all'art. 65 del D.L. 1/2012.

accompagnano le opere in questione. Infatti, non diversamente da quanto è dato attendersi dalla realizzazione di un "classico" impianto fotovoltaico, anche le tipologie di impianti di cui si discute sono suscettibili di determinare modificazioni del territorio[35]. Di conseguenza, in questi casi vanno parimenti considerati tanto i mutamenti di tipo paesaggistico-percettivi[36], quanto quelli di natura più strettamente ambientale, che interessano fondamentali matrici di supporto alla biodiversità[37], quali, in particolare, gli habitat e il suolo.

In via preliminare, v'è da dire che parte delle conseguenze cui si è giunti su questo versante è derivata dall'immobilismo di cui si sono rese protagoniste le Regioni nel procedere in tempi rapidi ad una ricognizione e pianificazione del territorio[38]. Tale potestà, laddove esercitata per tempo, avrebbe potuto prevenire alla fonte l'ondata di insediamenti di impianti a fonti rinnovabili innescata dal *favor* manifestato in sede europea, in vista del raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione imposti dall'UE. L'indicazione data dal legislatore nazionale era infatti tesa ad agevolare tanto gli operatori del settore, fornendo loro le opportune coordinate già nella fase ideativa dell'opera, quanto l'autorità amministrativa chiamata a pronunciarsi[39]. Ciò, inoltre, avrebbe comportato una contrazione del numero di istanze autorizzative di impianti a fonti rinnovabili collocati in area agricola, agevolando per altro verso i procedimenti amministrativi in senso più chiaro e celere. Il prolungato silenzio da parte delle Regioni ha demandato agli operatori il compito di individuare le aree ove realizzare tali opere, aprendo le porte ad una sorta di "caccia all'oro" (i.e., di siti

35 Come ben evidenziato da Cons. Stato, Sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1201 per i profili di carattere paesaggistico. Ciò, tuttavia, non implica necessariamente una trasformazione in senso peggiorativo. Di diverso avviso è G. Marchianò, *Regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile in particolare nei terreni agricoli*, in Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it, Fascicolo 4/2020, p. 119.

36 M. Meli, *Quando l'ambiente entra in conflitto con sé stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, in Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it, Anno XXI, Fascicolo 2/2021, pp. 608 e 614.

37 In argomento, U. Barelli, *I limiti alle energie rinnovabili con particolare riferimento alla tutela della biodiversità*, in Rivista giuridica dell'ambiente, Anno XXIX, Fasc.1-2014. Nel 2021 il Ministero della Transizione Ecologica ha avviato il processo di definizione della nuova Strategia Nazionale per la Biodiversità al 2030, tenendo come punto di riferimento gli obiettivi della Strategia Europea per la Biodiversità al 2030, ove al paragrafo 2.2.5 si legge che "*la lotta ai cambiamenti climatici e alla perdita di biodiversità passa per l'aumento dell'energia rinnovabile proveniente da fonti sostenibili. L'UE darà la preminenza a soluzioni a somma positiva quali l'energia marina, l'eolico in mare che consente anche la rigenerazione degli stock ittici, i parchi solari con una copertura del suolo rispettosa della biodiversità, e la bioenergia sostenibile.*"

38 Il D.M. 10 settembre 2010 aveva riservato alle Regioni e alle Province autonome la possibilità di individuare aree e siti non idonei all'installazione di specifiche tipologie di impianti, ciò pur sempre al fine di "*accelerare l'iter di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili*".

39 Nel preambolo al D.M. 10 settembre 2010 si legge in proposito che "*l'elevato livello di decentramento amministrativo non deve essere un vincolo per l'efficienza o un elemento di indesiderata disomogeneità, bensì trasformarsi in una risorsa a vantaggio degli operatori e un elemento di maggiore vicinanza della valutazione alle caratteristiche del territori*".

localizzativi)[40]. Di conseguenza, si è assistito ad un notevole incremento di iniziative avviate presso le autorità regionali, con il duplice effetto di aggravare e di appesantire ulteriormente la macchina amministrativa, già di per sé non brillante quanto a efficienza procedimentale. A tale quadro, come noto, ha fatto da cornice una serie di pronunciamenti della Corte Costituzionale, con le quali diverse previsioni regionali sono state dichiarate in contrasto con i principi fondamentali che definiscono il riparto di competenze tra Stato e Regioni, in quanto travalicanti gli spazi concessi dal legislatore nazionale[41].

Ciò premesso, è utile in primo luogo evidenziare che le ragioni che portano il giudizio di compatibilità ambientale ad assumere un tale rilievo all'interno della tematica in questione risiedono nel fatto che la realizzazione di impianti fotovoltaici con potenza superiore a 1 MW, salvo casi eccezionali[42], necessita quantomeno della procedura di *screening* a V.I.A. di cui all'art. 19 d.lgs. 152/2006[43]. L'opera di semplificazione dei procedimenti amministrativi finalizzata ad elevare le soglie per l'esenzione dalle procedure di V.I.A. e di *screening* a V.I.A. non ha infatti riguardato gli impianti fotovoltaici collocati in area agricola, per i quali continua a trovare applicazione la soglia di 1 MW ai fini dell'avvio della procedura di *screening*[44]. Pertanto, la fase di acquisizione dei titoli necessari alla realizzazione e all'esercizio di

40 Fenomeno che è stato spesso impropriamente ricondotto al cd. *land grabbing* (letteralmente "accaparramento della terra"), portando la questione all'attenzione della Commissione UE (si rinvia al contenuto dell'interrogazione promossa da un gruppo di eurodeputati dal titolo "*Stop ai pannelli fotovoltaici sui terreni agricoli e al "land grabbing" europeo: il caso di Gela*"), alimentando al contempo non poche invettive da parte di testate giornalistiche nazionali e locali, v. *https://www.lecodelsud.it/povera-sicilia-ettari-di-terreno-agricolo-del-siracusano-destinati-al-fotovoltaico-scempio-paesaggistico-e-dellecosistema*.

41 La materia, come in più occasioni precisato dalla Consulta, "*si pone al crocevia fra la materia della "tutela dell'ambiente" e quella della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*" (C. Cost., sent. n. 86/2019). In argomento, V. Buratti, *Il principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili e l'illegittimità di divieti assoluti nella giurisprudenza costituzionale*", in Rivista giuridica dell'ambiente, 2019, vol. 34, p. 635 e ss.; M. Cocconi, *Programmazione e regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile*, in Diritto dell'economia: Rivista quadrimestrale di dottrina, giurisprudenza e documentazione, Vol. 27, n. 1, (2014), pp. 131-173.

42 Il riferimento è agli impianti fotovoltaici ricompresi all'interno di siti "compromessi" (quali, per es., ex cave, ex discariche, SIN), ovvero in aree qualificate *ex lege* come *idonee*, la cui elencazione ha subito un considerevole ampliamento in forza dei D.L. 17/2022 e 50/2022.

43 Ciò anche alla luce delle misure di semplificazione introdotte, dapprima, dal D.L. 77/2021, convertito, con modificazioni, nella L. 108/2021, e, da ultimo, dal D.L. n. 17/2022, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 34 del 27 aprile 2022, e dal D.L. n. 50/2022, allo stato in fase di conversione.

44 Per altro verso, sul fronte utility scale, in forza della modifica operata dall'art. 31, co. 6 della L. 108/2021, nel caso di impianti fotovoltaici collocati a terra su aree agricole aventi una potenza superiore ai 10 MW è stato disposto il deferimento alla procedura di V.I.A. di competenza statale e non più regionale; tale norma va letta in combinato disposto con quanto stabilito dal nuovo comma 2-bis dell'art. 8 del d.lgs. 152/2006 in relazione alle opere di cui al nuovo allegato I-bis, introdotto dall'art. 18, comma 1, lettera b), del D.L. 77/2021, necessarie al raggiungimento degli obiettivi fissati dal PNIEC, le quali, oltre all'istituzione di un organismo di valutazione ad hoc, beneficiano di una considerevole riduzione dei termini procedimentali per l'espletamento della V.I.A.

impianti fotovoltaici *utility scale* collocati in area agricola richiede il positivo esperimento di tale vaglio amministrativo. D'altra parte, una simile scelta, che vede nella V.I.A. (come anche lo *screening* di cui all'art. 19 del T.U.A.[45]) una fase irrinunciabile per le opere in commento, aiuta meglio a comprendere le ragioni per cui l'innesto nel Titolo III della Parte seconda del T.U.A. dei moduli acceleratori di cui agli artt. 27 e 27-bis[46] ha lasciato sostanzialmente immutata la centralità del giudizio di compatibilità ambientale rispetto all'acquisizione di tutti gli altri titoli[47].

A riguardo, l'ordinamento interno contempla una disciplina alquanto articolata in materia, in quanto tende a convogliare all'interno di un unico intervallo procedimentale l'analisi simultanea dei diversi profili d'indagine che assumono rilevanza ai fini del rilascio del titolo autorizzatorio. In linea generale, la V.I.A. consiste in quella procedura amministrativa "*finalizzata ad individuare, descrivere e valutare gli impatti ambientali di un'opera, il cui progetto è sottoposto ad approvazione o autorizzazione […] Essa mira a stabilire, e conseguentemente governare in termini di soluzioni più idonee al perseguimento di ridetti obiettivi di salvaguardia, gli effetti sull'ambiente di determinate progettualità*"[48]. Con particolare riferimento all'argomento di che trattasi, non essendo questa la sede opportuna per condurre un approfondimento di più ampio margine sul tema[49], un ruolo di maggior peso è assunto dal giudizio di cumulo degli impatti ambientali di cui si compone la V.I.A.[50]. Quest'ultimo, che trova luogo nei casi di maggiore o minore concentrazione di opere in un dato *buffer* territoriale, è finalizzato a scongiurare l'eventualità che singoli impatti di per sé non *significativi* possano recare, nel complesso, un sensibile pregiudizio su determinate matrici la cui compromissione risulterebbe apprezzabile e misurabile solo su scala più ampia (cd. *spatial boundaries*)[51].

45 Le considerazioni riguardo l'effetto cumulo della V.I.A. possono in parte ritenersi valide anche per ciò che concerne la procedura di *screening* di cui all'art. 19 d.lgs. 152/2006. Tale affinità, d'altronde, è stata di recente evidenziata dalla pronuncia del Cons. Stato Sez. II., n. 5379/2020.

46 Introdotti dall'art. 16 del d.lgs. n. 104 del 2017; rispettivamente, Provvedimento unico in materia ambientale (P.U.A.) e Provvedimento autorizzatorio unico regionale (P.A.U.R.).

47 A mente dell'art. 27 comma 8 d.lgs. 152/2006, "*la decisione di rilasciare i titoli di cui al comma 2 è assunta sulla base del provvedimento di VIA*".

48 Cons. Stato, Sez. II., n. 5379/2020.

49 Per cui si rinvia a E. Amante, *La valutazione di impatto ambientale secondo il Consiglio di Stato (commento a Sez. IV, sentenze 13 febbraio 2020, nn. 1164, 1166, 1167, 1169 e 1170)*, in Rivista giuridica di urbanistica, v., n. 4, (2020), pp. 1045-1063.

50 Il riferimento alla valutazione degli impatti *cumulativi*, oltre che nel T.U.A., si rinviene anche all'art. 4 comma 3 del d.lgs. 28/2011.

51 L'importanza della valutazione degli impatti cumulativi è stata più di recente ribadita da Cons. Stato, Sez. VI, n. 8163/2021, "*è l'effetto cumulativo degli impatti sul territorio a conformare la quantità ed il tipo d'interventi ammissibili e coerenti con le regole di tutela*"; da intendersi tanto sotto il profilo spaziale quanto, parimenti, quello temporale; v. European Commission DG XI Study on the Assessment of Indirect and Cumulative Impacts as well as Impact Interactions, May 1999. In giurisprudenza, più di recente, v. Corte di giustizia dell'Unione Europea, Sez. II, sent. 13 gennaio 2022, "*prendere in considerazione gli effetti cumulativi di progetti […] può rivelarsi necessario per evitare un'elusione della*

Per tale via, l'*assessment* cui è chiamata l'autorità competente al rilascio della V.I.A. consta di un giudizio di tipo qualitativo, volto anzitutto a individuare la tipologia di impatti attesi, e di uno quantitativo, logicamente successivo al primo, che appare piuttosto diretto a determinare se e in che misura il grado di pressione antropica atteso possa definirsi *significativo* rispetto alla matrice ambientale presa in considerazione. Da qui, la necessità che detto esame tenga conto di altri fattori impattanti già presenti sul sito - beninteso, pur sempre all'interno di un *buffer* circoscritto - o che potrebbero altrimenti scaturire sulla base della prevedibile – ragionevole - evoluzione del contesto localizzativo (derivante, in ipotesi, dalla realizzazione di altre iniziative dello stesso genere). Tale valutazione consta anch'essa in prima battuta di un giudizio di tipo qualitativo, volto a individuare, in via preliminare, se e quali impatti possano essere considerati in termini di cumulo. Se è pur vero che l'art. 6 comma 5 d.lgs. 152/2006, nella versione novellata in forza del d.lgs. 29 giugno 2010, n. 128, nell'individuare due differenti matrici metodologiche sulla scorta delle quali effettuare la valutazione degli impatti attesi - la prima di tipo quantitativo (*significativi*), la seconda più di tipo qualitativo (*negativi*) - sembrerebbe esprimere una naturale attrattiva della logica cumulativa verso il primo dei due parametri, non può negarsi come, in realtà, il giudizio qualitativo di individuazione e di analisi della tipologia di impatto precede logicamente quello relativo alla dimensione quantitativa del fenomeno. In tale secondo momento concettuale occorre quindi tenere conto tanto delle condizioni in cui potrebbero già versare determinate componenti ambientali, a prescindere cioè dalla realizzazione dell'opera (le quali, ad es., potrebbero presentare un sensibile grado di compromissione a causa di fattori non necessariamente legati all'esistenza di altre installazioni), quanto degli effetti su eventuali fonti impattanti già presenti o attese nell'area di *buffer*.

Cionondimeno, il giudizio sul cumulo non dovrebbe necessariamente tradursi, *sic et simpliciter*, in una mera sommatoria di impatti derivanti alla contestuale esistenza (o previsione) di opere. Piuttosto, occorrerebbe procedere con maggior rigore valorizzando i tratti distintivi che sorreggono determinate scelte progettuali e localizzative (si pensi, ad es., alla configurazione orografica del territorio, che può notevolmente variare anche a distanze abbastanza contenute, incidendo non poco sugli aspetti percettivi), soffermandosi maggiormente sulle peculiarità che, nello specifico, escluderebbero ogni impropria assimilazione con opere limitrofe (del tipo "ogni impianto fotovoltaico realizzato in area agricola comporta consumo di suolo"). Gli impatti, per l'appunto, prima ancora che *significativi* ai fini del cumulo, andrebbero verificati al fine di accertare se possano qualificarsi, a monte, come *negativi* (si pensi, per tornare all'esempio, all'avvio di piani colturali al di sotto dei

normativa dell'Unione tramite il frazionamento di progetti che, messi insieme, possono avere un impatto notevole sull'ambiente".

moduli, i quali mitigano fortemente, fino a escluderlo, il consumo di suolo agricolo). Ciò vale, ancor più, nei casi in cui gli impatti considerati interessino componenti diversificate del sistema ecologico e paesaggistico, quand'anche tali opere fossero in astratto riconducibili all'interno di una comune – ampia - tipologia progettuale (es. solare fotovoltaico).

In questo senso, la fase di valutazione degli impatti cumulativi andrebbe condotta con la necessaria prudenza in quanto un erroneo inquadramento amplia considerevolmente i margini della discrezionalità amministrativa[52], indirizzando il giudizio entro spazi prudenziali dai confini alquanto incerti[53]. Per converso, quanto detto non implica certo che piccoli accorgimenti progettuali siano di per sé sufficienti a esimere l'opera da ogni considerazione in termini di cumulo. Non si dubita del fatto che taluni impatti rimangano comunque ineludibili[54], soprattutto se raffrontati con lo *status ex quo ante*[55]. Ciò non toglie, tuttavia, che una eccessiva rigidità da parte del decisore pubblico rischia di condurre l'azione amministrativa verso derive ostruzionistiche, compromettendo il giudizio di compatibilità ambientale in virtù di assimilazioni della cui coerenza e legittimità sembra lecito dubitare.

5. Gli impatti cumulativi degli impianti fotovoltaici collocati sul suolo agricolo al vaglio della giurisprudenza dei tribunali amministrativi *(cenni).*

Sul fronte giurisprudenziale occorre prendere atto di una rotta ermeneutica dai tratti spesso ondivaghi e incostanti. L'assenza di appigli con i quali tracciare una netta linea di demarcazione tra la moltitudine di soluzioni progettuali di cui si discute ha talvolta portato la giurisdizione amministrativa a dover ricercare *aliunde* le motivazioni sulla scorta delle quali risalire ad una logica di sistema. Muovendosi su un terreno quantomai instabile, tale percorso ha tuttavia suggerito spesso agli interpreti l'utilizzo di formule che, *ratione materiae*, sono parse poco soddisfacenti. Lungi dal voler alimentare ulteriormente la diatriba sorta in ordine alla maggiore o

52 Che di conseguenza rischia di degradare la V.I.A. ad uno "*strumento di ostruzionismo per rinviare ulteriormente la definizione delle richieste di autorizzazione unica*", così Cons. Stato, Sez. IV, n. 4566/2014.
53 Considerato l'ampio ventaglio di cui già dispone l'autorità, aspetto recentemente ribadito da Cons. Stato, Sez. II., n. 5379/2020. In tal senso, l'individuazione di un comune orizzonte di legittimità dell'azione amministrativa diventa più che mai arduo e volatile, avuto riguardo inoltre alla *ratio* sottesa alla V.I.A. e all'insormontabile "ostacolo" – sia consentita l'espressione – dato dal principio di precauzione. Sul punto v. Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 7490/2021.
54 M. Meli, *Quando l'ambiente entra in conflitto con sé stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, cit., p. 609, "*il diritto dell'ambiente (nella sua accezione ampia sopra rappresentata) è sintesi di molteplici interessi, che possono porsi anche in conflitto tra loro e che implicano il ricorso a procedure complesse per individuare, di volta in volta, quelli da ritenere prevalenti*".
55 Sebbene non paia revocabile in dubbio il fatto che qualsiasi opera umana, in quanto tale, è destinata a incidere in qualche misura sull'ambiente circostante, come ribadito da Cons. Stato, Sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1201.

minore "autarchia" interpretativa della funzione giurisdizionale *in subiecta materia*[56], meritano qualche breve considerazione quelle pronunce nelle quali il profilo degli impatti cumulativi di impianti fotovoltaici in area agricola ha assunto un'autonoma – singolare - centralità ai fini del decidere.

Questo versante vede oscillare pronunciamenti ove i collegi, talvolta, sembrano esprimere un netto *favor* verso le fonti rinnovabili, stigmatizzando a più riprese quelle decisioni in cui le motivazioni del diniego non risultano supportate da una compiuta istruttoria in punto di (reale) *significatività* degli impatti attesi[57], dacché si limitano a formalizzare con eccessiva laconicità il dato relativo all'aggravio scaturente dall'ulteriore spinta antropizzatrice sul territorio[58]. In altre, per contro, viene ribadita quasi apoditticamente la "*necessità di valutare l'impatto cumulativo degli impianti fotovoltaici per cui è causa con altri già esistenti e immediatamente limitrofi*"[59].

Ciò che non convince riguarda non tanto gli esiti cui si giunge, quanto, perlopiù, il costrutto argomentativo che sorregge tali *decisa*. In luogo di enfatizzare i tratti distintivi dell'opera, escludendo, a monte, il giudizio di cumulo, l'indirizzo seguito sembra fare affidamento su letture talora avulse dal contesto normativo[60]. In tal modo, ciò che sfuma è la verifica circa l'effettiva sussistenza di comuni fonti di impatto (recte, *cumulativi*), che potrebbero anche non sussistere ove determinate condizioni (e.g. morfologia dei luoghi per gli aspetti percettivi, piani colturali,

56 M. Taghini, *La travisata ratio del fotovoltaico in agricoltura nell'età del protagonismo della prassi amministrativa e della deriva panprocessualistica del diritto tributario*, in Diritto e pratica tributaria, n. 6/2020, p. 2749, secondo cui "*le personali valutazioni (anche politiche) di meritevolezza sociale […] rimangono sotto traccia e ispirano comunque la soluzione desiderata, alimentando la strutturale e inevitabile ipocrisia del diritto giurisdizionale, costretto ad apparire "tecnico" anche quando persegue valori*".

57 Cons. Stato, Sez. VI, n. 8602/2021.

58 V. *ibidem*, "*La motivazione espressa, infatti, si risolve nel richiamare i presupposti della tutela paesaggistica in sé sull'area e la situazione di compresenza dei due impianti, rimanendo a livello aspecifico e generale, e cioè senza considerare - in termini concreti e puntuali - le caratteristiche dell'impianto, gli specifici effetti materiali del suo insediamento, oltre alle modifiche progettuali recepite a fini di mitigazione (su cui v.* retro*): se ne ricava una motivazione inadeguata a fornire evidenza delle concrete e specifiche ragioni (radicalmente) impeditive della realizzazione dell'impianto, e che rimane a livello generale o preliminare, senza affrontare in concreto un'analisi della fattispecie, finendo così per stigmatizzare l'effetto perturbativo derivante in sé dalla collocazione di un nuovo impianto* in loco".

59 Cons. Stato, Sez. IV, n. 8329/2021. Più di recente, in senso conforme, v. T.A.R. Puglia Lecce, Sez. II, Sent., 19/01/2022, n. 96.

60 "*il generale divieto di attività industriali e/o artigianali in zona agricola, non si riferisce a strutture così peculiari come gli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili*", v. TAR Abruzzo, Sez. I n. 363 del 19 ottobre 2020. Ciò, in alcuni casi, finisce per culminare in motivazioni financo di stampo valoriale, v. Cons. Stato, Sez. IV, n. 4566/2014., "*In tali ambiti la visibilità e co-visibilità è una naturale conseguenza dell'antropizzazione del territorio analogamente ai ponti, alle strade ed alle altre infrastrutture umane. Al di fuori delle ricordate aree non idonee all'istallazione degli impianti eolici la co-visibilità costituisce un impatto sostanzialmente neutro che non può in linea generale essere qualificato in termini di impatto significativamente negativo sull'ambiente […] La "visibilità" e la co-visibilità delle torri di aerogenerazione è un fattore comunque ineliminabile in un territorio già ormai totalmente modificato dall'uomo -- quale è anche quello in questione -- per cui non possono dunque essere, di per sé solo, considerate come un fattore negativo dell'impianto*".

tipologia di moduli, distanza tra le file, etc.) fossero tali da limitare, sino ad escludere, le "tradizionali" cause di compromissione delle matrici ambientali coinvolte.

Posizioni di tal tipo sembrano mal conciliarsi con la premessa di fondo per cui "*la valutazione che le amministrazioni sono chiamate a svolgere a tal fine deve essere incentrata su elementi specifici e concreti, nonché dar conto dell'effettivo e razionale - ancorché discrezionale - contemperamento fra tutti gli interessi specificamente coinvolti*"[61]. Per altro verso, rendono non poco difficoltosa l'individuazione di un comune (e condiviso) orizzonte applicativo della normativa in questione, demandando agli operatori la ricerca delle soluzioni più disparate atte a scongiurare improprie assimilazioni rispetto a opere limitrofe, in alcuni casi realizzate in epoche anteriori e sulla base di tecnologie vetuste che, in quanto tali, non consentivano di raggiungere l'attuale grado di integrazione con la componente agro-pastorale che insiste sul suolo.

5.1 La sentenza del TAR della Puglia n. 248 dell'11 febbraio 2022.

Come detto, il filone interpretativo sembra muoversi su un terreno abbastanza instabile. La valorizzazione dei tratti distintivi che connotano le installazioni in parola lascia spazio a considerazioni che talvolta sembrano andare oltre i limiti concessi dal quadro normativo sopra in sintesi illustrato. Ciò, più di recente, ha trovato conferma in una sentenza del TAR della Puglia[62]. Tale *decisum*, come si vedrà da qui a poco, è per un verso dotato notevole di portata innovativa in quanto, in via del tutto inedita, offre per la prima volta una distinzione tra fotovoltaico "*tour court*" e "agrofotovoltaico" attraverso una nuova lente prospettica[63], che collima in parte con la lettura proposta al superiore paragrafo 3. Dall'altra, le motivazioni articolate a supporto della decisione sembrano fare eccessivo affidamento su canoni interpretativi che non trovano fonte nell'ordinamento vigente, confermando quanto sopra detto circa l'opportunità di una regolamentazione della fattispecie che guardi al fenomeno in questione da un punto di vista più ampio.

La vicenda, in breve, prende il là dal ricorso promosso avverso le determinazioni di diniego espresse dagli organi della Regione Puglia e dalla Soprintendenza in riferimento ad un impianto fotovoltaico *utility scale* collocato in area agricola. L'opera, inizialmente proposta come fotovoltaico *tout court*, veniva successivamente modificata in "*impianto agri-ovo-voltaico, che garantirebbe invece la coltivazione agricola di più dell'80% della superficie disponibile, nonché il pascolo e ricovero di ovini, e infine*

61 Cons. Stato, Sez. VI, n. 8602/2021. In dottrina, v. U. Barelli, *I limiti alle energie rinnovabili con particolare riferimento alla tutela della biodiversità*, in Rivista giuridica dell'ambiente, Anno XXIX, Fasc.1-2014, p. 3.

62 T.A.R. della Puglia n. 248 dell'11 febbraio 2022.

63 In senso conforme, più di recente, si è nuovamente espresso il TAR della Puglia, Sez. di Bari, sent. n. 568/2022.

l'allevamento di api stanziali sul sito"[64], al precipuo fine di far fronte alle criticità rilevate dalla Regione Puglia nel corso dell'istruttoria. Tra queste, in particolare, veniva evidenziata la vicinanza con un altro impianto fotovoltaico, dal quale sarebbe derivato un impatto cumulativo in termini di ulteriore antropizzazione del territorio[65], con conseguente "*significativo consumo di suolo a danno dell'attività agricola*". A fronte delle modifiche apportate nel tentativo di superare il dissenso della Regione, quest'ultima esprimeva nuovamente parere negativo di compatibilità ambientale, ritenendo la variante proposta non sufficiente ad escludere un *significativo* impatto cumulativo. A supporto del diniego, venivano poi richiamati i contenuti del P.P.T.R., nella parte in cui esso limita la realizzazione di impianti fotovoltaici in area agricola in ragione del supposto contrasto con gli aspetti percettivi del paesaggio tipico della zona e del pregiudizio per la "*connettività e la biodiversità del sistema ambientale regionale*".

Chiamati a esprimersi sulla vicenda, i Giudici del TAR fondano l'articolato motivazionale sulla scorta di una inedita distinzione tra fotovoltaico *tout court* e *agrofotovoltaico*. Nel tentativo di enfatizzare la difformità degli impatti che potrebbero ripercuotersi sul suolo, il collegio amministrativo evidenzia in prima battuta che "*nel caso di impianti fotovoltaici* tout court *il suolo viene reso impermeabile, viene impedita la crescita della vegetazione e il terreno agricolo, quindi, perde tutta la sua potenzialità produttiva*". Da qui, segue argomentando che, per contro, nel caso di *agrofotovoltaico* gli impatti attesi sarebbero di altro tipo in quanto i particolari costruttivi consentirebbero "*la coltivazione sul terreno sottostante […] senza impedimenti per la produzione agricola prevista. Pertanto, la superficie del terreno resta permeabile, raggiungibile dal sole e dalla pioggia, e utilizzabile per la coltivazione agricola*".

Tale distinguo viene adoperato sotto un duplice profilo: da un lato, le ragioni della ricorrente vengono supportate valorizzando il dato nominalistico per cui le previsioni del P.P.T.R. farebbero esclusivo riferimento alla tipologia "classica" di fotovoltaico, e non di *agrofotovoltaico*. Quest'ultimo, argomenta il collegio, costituirebbe una soluzione impiantistica "*di nuova generazione*", come tale non prevista dalle previsioni del Piano, i cui contenuti non risulterebbero pertinenti nel caso di specie. Dall'altra, tale *discrimen* viene elevato ad elemento discretivo idoneo a scongiurare una valutazione di cumulo degli impatti sul suolo, considerata, in particolar modo, l'assenza del tipico effetto impermeabilizzante che, sulla scorta del ragionamento del TAR, conseguirebbe *sic et simpliciter* dalla realizzazione di un impianto fotovoltaico *tout court*.

64 Si legge ancora "*Il tutto accompagnato dalla proposizione di misure di mitigazione tanto in fase di cantiere quanto in fase di esercizio, mediante la piantumazione di specie autoctone, quali uliveto intensivo, posto dalla parte esterna alla recinzione, in modo da produrre un effetto naturale rispetto al contesto tipico locale*".

65 "*Il fattore di maggiore criticità, per il progetto in esame, è costituito dalla sottrazione di ulteriori 15 ha di suoli agricoli in aderenza ad un altro impianto già esistente, esteso per circa 24,6 ha*".

Sebbene possano condividersi, per le motivazioni sopra accennate, le censure mosse dal TAR in riferimento all'impropria assimilazione operata dalla Regione ai fini del cumulo degli impatti, maggiori perplessità suscitano gli assunti di partenza dai quali muove il ragionamento del collegio. Tali premesse, infatti, riecheggiano per certi versi i contenuti delle pronunce giurisdizionali sopra richiamate in quanto, similmente, tendono anch'esse a rifuggire verso considerazioni che non trovano appiglio nel quadro vigente. In particolare, il riferimento è a quegli effetti che, ad avviso del TAR, farebbero capo alle configurazioni fotovoltaiche di tipo "classico", quali l'impermeabilizzazione del suolo, la perdita potenzialità produttiva, la perdita di vegetazione e di biodiversità, la compromissione delle connessioni ecologiche, etc. Tutti aspetti che in verità, come sopra chiarito, ad oggi non sempre connotano le proposte progettuali localizzate in area agricola. In altri termini, secondo il ragionamento del TAR, la *vexata quaestio* concernente gli effetti sul suolo degli impianti fotovoltaici si risolverebbe nel binomio fotovoltaico *tout court* o agrofotovoltaico, indi per cui *terzium non datur*[66].

Invero, richiamando in parte qua le considerazioni articolate al superiore paragrafo 2, risulta più agevole comprendere le motivazioni per cui i contenuti della pronuncia del TAR della Puglia non colgano nel segno. La mutata sensibilità verso le istanze di valorizzazione e di tutela delle componenti biotiche e abiotiche del territorio, accompagnate da un costante sviluppo tecnologico, costituiscono fattori tali da consentire la realizzazione di impianti fotovoltaici sul suolo agricolo senza con ciò interrompere o compromettere il nesso funzionale che lega il suolo all'attività agro-pastorale tradizionalmente praticata. In questo senso, s'è detto[67], la maggiore o minore altezza dal suolo non sarebbe utile a integrare l'indice sul quale individuare il perimetro della nozione di *agrofotovoltaico*, tenuto conto che l'ampia varietà di colture in astratto praticabili al di sotto dei moduli consente oggi di valorizzare quale unico elemento tipizzante la sola *continuità* dello sfruttamento agricolo.

6. Conclusioni.

Le considerazioni sin qui sviluppate consentono di fornire qualche indicazione di massima che, *de iure condito*, nell'attesa di un intervento organico in materia, potrebbe agevolare il lavoro dell'interprete nel ricercare un comune orizzonte applicativo della normativa vigente. Infatti, perlomeno nell'immediato, non sembra agevole ipotizzare

66 Non a caso, in un recente precedente lo stesso Collegio, investito nuovamente di una vicenda dai tratti alquanto similari, ma che stavolta vedeva quale oggetto incriminato un l'impianto fotovoltaico di tipo "classico", si era espresso in senso contrario affermando che l'intervento avrebbe determinato una "*forte perdita di aree agricole con compromissione degli ecosistemi e della biodiversità pregiudicando la valorizzazione e la riqualificazione del paesaggio naturale e colturale tradizionale, già di fatto compromesso dalla presenza di importanti impianti di energie rinnovabili da fonte fotovoltaica*". V. T.A.R. della Puglia, Sez. II, Sent. n. 96 19/01/2022.

67 V. par. 3.

un radicale mutamento del quadro interpretativo illustrato. A questo proposito, la sentenza del TAR della Puglia di cui s'è detto potrebbe invero rappresentare un importante precedente sul quale inaugurare una nuova prassi ermeneutica più incline a valorizzare il dato dell'*effettività* degli impatti. Le ragioni ivi articolate, fermi restando i rilievi sopra espressi, si prestano a costituire un utile criterio guida, quantomeno per ciò che concerne, nello specifico, la valutazione degli impatti in termini di cumulo.

Ciò che rimane da chiarire è tuttavia la direzione che si intende conferire al fenomeno della collocazione di impianti a fonti rinnovabili in area agricola. Se l'obiettivo fosse quello di porre le due sfere in un'ottica di reciproca integrazione, sarebbe necessario allora puntare su strumenti tali da valorizzare quanto più possibile un simile connubio, senza con ciò pregiudicare le prospettive di sviluppo di soluzioni innovative che in futuro potranno fare affaccio sul mercato. Da questo punto di vista, il criterio della *continuità* dell'attività agro-pastorale, accompagnato dall'individuazione, a livello centrale, di indici di monitoraggio dei risultati, sembra costituire un buon compromesso rispetto al quadro normativo vigente. Diversamente, ove lo sviluppo tecnologico in agricoltura dovesse intendersi quale mera componente accessoria in ragione di una tutela rafforzata verso i fenomeni trasformativi del territorio, che punta a mantenere inalterate le tradizionali metodologie di sfruttamento del suolo agricolo, andrebbe in tal caso individuato in tempi brevi uno strumento di pianificazione territoriale efficace, capace di oltrepassare l'inerzia delle Regioni, fornendo agli operatori indicazioni chiare e precise che possano agevolare la realizzazione di impianti a fonti rinnovabili sul territorio.

Nel primo senso, però, militano gli indirizzi assunti dai nostri *partner* europei, i quali sembrano aver adottato un approccio sensibilmente diverso[68]. D'altra parte, il contrasto tra l'installazione di impianti fotovoltaici sul suolo agricolo e la tutela delle componenti naturali risulta recentemente smentito dalla nuova Strategia Europea per la Biodiversità al 2030[69]. Il degrado del suolo[70], si legge nel documento, "*ha tra le sue*

68 Più di recente, il governo tedesco ha annunciato di voler dare un forte impulso allo sviluppo del settore attingendo ai fondi del Germany's Renewable Energy Act (EEG), stimando un incremento di configurazioni fotovoltaiche abbinate all'agricoltura per circa 200 GW di potenza da collocarsi interamente su aree agricole. Fonte: Comunicato stampa congiunto dei Dipartimenti dell'economia e della protezione del clima (BMWK) dell'agricoltura (BMEL) reperibile al seguente link *https://www.bmuv.de/pressemitteilung/bestehende-flaechenpotenziale-besser-nutzen-mehr-photovoltaik-anlagen-auf-landwirtschaftlichen-flaechen-bei-gleichbleibend-hohem-naturschutz*.

69 *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0380&from=EN*.

70 Il quale costituisce "*uno degli ecosistemi più complessi e diversificati, è un habitat a tutti gli effetti, dimora di una varietà straordinaria di organismi che regolano e controllano servizi ecosistemici essenziali quali la fertilità, il ciclo dei nutrienti e la regolazione del clima. Il suolo è una risorsa non rinnovabile estremamente importante, vitale per la nostra salute e quella dell'economia, così come per la produzione di alimenti e nuovi farmaci*". Paragrafo 2.2.3 della Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030.

cause principali una cattiva gestione delle terre, ad esempio a ragione della deforestazione, il pascolo eccessivo, le pratiche agricole e forestali non sostenibili, le attività di costruzione e l'impermeabilizzazione del suolo"[71]. Circostanze che, nel caso di impianti fotovoltaici in area agricola (*recte*, eco-agro-fotovoltaici) non sempre sembrano ricorrere. Già a monte, occorrerebbe porre le dovute cautele prima di qualificare tali installazioni come causa di *impermeabilizzazione del suolo*, considerato che dalla realizzazione di un impianto fotovoltaico non consegue *impermeabilizzazione* bensì, al più, mera *copertura*, ovvero un fattore dotato di minore forza impattante e in ogni caso *reversibile*.

In tale ottica, l'interesse allo sviluppo di fonti energetiche rinnovabili non sembrerebbe prevalere in modo indiscriminato sulle altre componenti che costituiscono il paesaggio agrario[72]. Se è pur vero che "*rientra comunque nell'apprezzamento ponderato degli interessi rimesso all'amministrazione [...] la considerazione - con valorizzazione in sede motivazionale, nella misura in cui rilevante - anche dei suddetti profili di promozione delle energie da fonti rinnovabili*"[73], rimane fermo il principio di fondo per cui la realizzazione di impianti a fonti rinnovabili deve avvenire "*nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico*"[74]. Sul piano dei principi dettati dal quadro interno, le ragioni di tutela di carattere ambientale e paesaggistico andrebbero ad anteporsi a quelle di natura puramente energetico-speculativa, scongiurando dunque un vaglio amministrativo che si limiti ad assentire l'opera *sic et simpliciter*, in quanto necessaria al raggiungimento di determinati contingenti di potenza.

Per tale motivo, *de iure condendo*, sarebbe utile concentrare gli sforzi verso la ricerca di soluzioni che siano in grado di guidare l'interprete attraverso la delicata opera di bilanciamento degli interessi in gioco, nell'ottica del perseguimento di un comune obiettivo[75].

---

71 *Ibidem.*

72 In senso contrario v. P. Lattanzi – S. Villamena, *Agricoltura ed energia: dallo "scontro" fra interessi alla logica di "mutuo sostegno"*, nel volume *Ambiente, energia, alimentazione – Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, (a cura di) G. Cerrina Feroni - T. E. Frosini - L. Mezzetti- P. L. Petrillo, vol. 1 – Tomo II, *www.cesifin.it*, (2016), p. 554.

73 Cons. Stato, Sez. VI, n. 8602/2021.

74 Art. 12, comma 3, d.lgs. n. 387 del 2003; ulteriori prescrizioni nella medesima direzione si rinvengono altresì all' art. 4, comma 3, del d.lgs. 28/2011, nonché, da ultimo, nel d.lgs. 199/2021.

75 G. Marchianò, *op. cit.*, p. 110. L'A., correttamente, manifesta le dovute perplessità circa l'attuazione concreta di un tale principio alla luce della prassi ermeneutica interna e comunitaria. Sul punto, in una prospettiva di riforma, v'è stato chi, tra le possibili soluzioni da attuare per dirimere una volta per tutte il contrasto in questione, ha individuato quella di "*accogliere la produzione di energia mediante fonti fotovoltaiche tra le attività agricole principali riconoscendo appositamente il modello dell'azienda agroenergetica, cioè focalizzata sulla produzione di agroenergie, piuttosto che sulla coltivazione o sull'allevamento. D'altronde non è errato affermare che esista una certa analogia tra la produzione agricola e produzione di energia fotovoltaica: in entrambi i casi si utilizzano il territorio e la radiazione solare*", M. Taghini, *La travisata* ratio *del fotovoltaico in agricoltura nell'età del protagonismo della prassi amministrativa e della deriva panprocessualistica del diritto tributario*, in Diritto e pratica tributaria, n. 6/2020, pp. 2737-2738.

In tal senso, diversamente da chi ritiene che la spinta europea verso le rinnovabili debba *piegarsi a quello che viene considerato l'obiettivo più rilevante della regolamentazione sovra nazionale e comunitaria: la tutela del clima e dell'ambiente*[76], l'espressione che meglio si presta a rappresentare le attuali priorità è forse quella per cui la corsa agli obiettivi della transizione energetica debba al più *adattarsi* alle ragioni di tutela del territorio e dell'ambiente.

76 G. Marchianò, *Regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile in particolare nei terreni agricoli*, cit., p. 98.

FRODE NELLE SOVVENZIONI PUBBLICHE: UNA PROSPETTIVA COMPARATA

Andrea De Lia*

Abstract. Il contributo si sofferma sul tema degli strumenti di contrasto delle frodi nelle sovvenzioni pubbliche, sviluppando una comparazione tra il sistema penale italiano e quello tedesco, spagnolo e francese.

Abstract. *The paper focuses on the theme of the instruments to combat fraud in public subsidies, developing a comparison between the Italian criminal system and the German, Spanish and French one.*

SOMMARIO: 1. Premesse. **2.** Il legislatore tedesco "gioca d'anticipo". **3.** La soluzione spagnola: l'obiettivo della *protección máxima* ha generato un impianto caotico. **4.** Il sistema francese: la tutela affidata a figure incriminatrici "classiche" (con qualche problema di adattamento). **5.** Conclusioni.

1. Premesse.

La locuzione "frode nelle sovvenzioni" sta ad indicare, nella comune accezione, il fenomeno di indebita captazione (o di illegittimo impiego e, quindi, di "distrazione") di sussidi concessi dalla Pubblica Amministrazione o dall'Unione europea; si tratta, per il vero, di una questione criminale che, da anni, interessa il nostro Paese (e che non di rado si interseca con quella, più vasta, del contrasto della criminalità organizzata di tipo "mafioso") ma, più in genere, l'Europa.

Specie nel caso degli illeciti perpetrati dalle imprese ai danni dell'Erario, si è al cospetto di condotte che non ledono esclusivamente la sfera patrimoniale del soggetto concedente, atteso che esse, più in generale, mettono a rischio l'intero sistema economico, incidendo sul libero gioco della concorrenza; si è, peraltro, in un ambito ove, molto spesso, le erogazioni illegittime (o le "malversazioni") si inseriscono in un contesto antigiuridico ben più ampio, rappresentando esse l'epilogo di un rapporto deviato tra privato e Pubblica Amministrazione, vale a dire di fatti di *corruption.*

** Avvocato cassazionista, Professore a contratto di Diritto penale presso l'Università Statale di Milano.

Alla luce di quanto sopra esposto, ben si spiega come le politiche di contrasto, in detto settore, si siano mosse, nel tempo, su una duplice direttrice: a) un intervento, sempre più pregnante, degli organismi europei[1]; b) un processo di *law enforcement* attuato, soprattutto ricorrendo allo strumentario penalistico, dagli Stati membri.

L'UE, in particolare, ha spinto, progressivamente, per l'armonizzazione della legislazione dei Paesi membri[2], esercitando una forte pressione (sulla base di un impianto normativo di portata non incontroversa) ai fini dell'adozione da parte dei Governi di contromisure efficaci e dissuasive[3]; ciò nonostante, la primazia dei legislatori nazionali[4], come si dimostrerà da qui a breve, ha dato luogo all'elaborazione di sistemi "interni" di tutela dell'intervento pubblico nell'economia, attraverso gli "aiuti di Stato", assai differenziati.

L'obiettivo di questo saggio, allora, è rappresentato dall'individuazione, per l'appunto, attraverso una logica comparatistica, delle peculiarità che contraddistinguono alcuni ordinamenti penali europei e, in particolare, quello tedesco, spagnolo e francese, attraverso un confronto con quello italiano e, più esattamente, con i delitti di cui agli artt. 640-*bis*, 316-*bis* e 316-*ter* c.p. che, dal canto loro, alla luce della prassi, hanno mostrato alcuni problemi applicativi, confermando le perplessità esposte, a più riprese, dalla dottrina rispetto alla bontà delle scelte attuate, nel tempo, dal legislatore nostrano.

Si tratta di un tema già arato dalla dottrina, ma assai *à la page*, atteso che, evidentemente, i massicci interventi economici e finanziari attuati dall'Unione europea e dagli Stati membri ai fini del contrasto della crisi economica correlata alla pandemia da COVID-19, evidentemente, costituiscono, non solo in Italia, terreno fertile per l'illecito, specie in considerazione del fatto che molte delle misure di aiuto, per l'esigenza di garantire un immediato sostegno, sono state attuate attraverso procedure denotate da scarsi (se non addirittura inesistenti) controlli "a monte", in sede di accesso e di erogazione.

1 Vd. AA.VV., *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, 2014, 289 ss; E. BASILE, *Brevi note sulla nuova Direttiva PIF*, 12 dicembre 2017, in *www.penalecontemporaneo.it*; E. MAZZANTI, *La riforma delle frodi europee in materia di spese. Osservazioni a prima lettura sull'attuazione della "Direttiva PIF"*, 23 settembre 2020, in *www.sistemapenale.it*; W. NOCERINO, *L'istituzione della Super Procura europea e il complesso adeguamento interno*, 11 gennaio 2022, in *www.camminodiritto.it*.

2 Vd. V. MASARONE, *Rapporti tra diritto penale e fonti europee*, in Id. – A. Cavaliere (a cura di), *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, Napoli, 2018, 33 ss; V. MANES, *Il diritto dell'Unione europea e la sua influenza in materia penale*, in Id. – M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, 3 ss; A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2020, 3 ss.

3 Su questi temi vd. AA.VV., *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della Procura europea*, Pisa, 2018.

4 In argomento vd., nella sterminata letteratura, A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Napoli, 2019.

Sicché, i prevedibili effetti sul volume del futuro "contenzioso" sospingono verso un'analisi ricognitiva, ma nel contempo critica, del sistema vigente, con una particolare attenzione al formante giurisprudenziale e, quindi, al c.d. "diritto vivente".

2. **Il legislatore tedesco "gioca d'anticipo".**

2.1. Volgendo lo sguardo al sistema tedesco, si può rilevare che già dopo il secondo conflitto mondiale, in Germania, si cominciarono a registrare una vasta serie di illeciti relativi alle ingenti sovvenzioni erogate nell'ambito delle strategie pubbliche attuate per la ricostruzione post-bellica, finalizzate al rilancio dell'economia, soprattutto nel settore agricolo. Ad esempio, un contesto assai critico si rivelò quello dei sussidi elargiti ai produttori di uova di gallina, che formò oggetto di un'approfondita attività di ricerca affidata al Ministero della giustizia[5].

Venne, allora, varata la c.d. "legge sui sussidi" del 29 luglio 1976 (*Gesetz gegen mißbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen*, più brevemente, *Subventionsgesetz*; in sigla "SubvG"), in seno alla più ampia *Ersten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* (ovverosia la "*Prima legge per combattere la criminalità dei colletti bianchi*"; in sigla "WiKG")[6], con la coeva introduzione di un nuovo § 264 StGB, rubricato *Subventionsbetrug* (truffa nelle sovvenzioni), che venne collocato nella sezione XXI del Codice penale tedesco, dedicato a *Betrug und Untreue* (truffa e infedeltà)[7].

---

5 K. TIEDEMANN, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik: Erscheinungsformen, Ursachen, Folgerungen*, Amburgo, 1974, 11 ss; 66 ss. Sul tema, nella letteratura italiana, vd. E. MEZZETTI, voce *Frodi comunitarie*, *in Dig. disc. pen*., Torino 2010, 326. Sugli interventi attuati nel settore agricolo dal legislatore italiano, a partire dagli anni '60, nonché sulle correlate problematiche penalistiche, vd. G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri,* 1989, spec. 17 e 184; S. MANACORDA, *Profili politico-criminali della tutela delle finanze della comunità europea,* in *Cass. Pen.*, 1995, 230 ss.

6 Su questo argomento, sul contesto politico, economico e criminologico, vd. T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco,* Padova, 2013, 348 ss; L. EBERLE, *Der Subventionsbetrug nach Paragraph 264 StGB - ausgewählte Probleme einer verfehlten Reform,* Göttingen, 1983, 3 ss.

7 Tutto ciò mostra, dunque, una assai più precoce sensibilità del legislatore tedesco rispetto a quello nostrano in ordine al problema generale della tutela dell'intervento pubblico nell'economia. Anche in Italia, come ben risaputo, a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale, specie nel Mezzogiorno, sono stati compiuti notevoli sforzi economici per la ricostruzione e per consentire lo sviluppo delle regioni più svantaggiate [vd., soltanto per rammentare, nella vastissima letteratura, le opere in volumi enciclopedici: M. ANNESI, voce *Finanziamento (dir. pubb.),* in *Enc. Dir.,* vol. XVII, Milano, 1968, 627 ss; A. GALASSO, voce *Finanziamenti pubblici*, in *Noviss. Dig. It.,*. App., vol. III, Torino, 1982, 764 ss; G. COSSU, voce *Finanziamenti (dir. pubb.),* in *Enc. Giur.,* vol. XIV, Roma, 1989, 1 ss]. Tuttavia, nonostante che, dal principio, sia emerso il fenomeno dell'indebita captazione delle risorse pubbliche (anche da parte di associazioni criminali di tipo mafioso), l'introduzione della prima fattispecie incriminatrice, a carattere generale, nel settore, vale a dire l'art. 640-*bia* c.p., è avvenuta soltanto con la l. 19 marzo 1990, n. 55, poco prima della l. 26 aprile 1990, n. 86, con la quale è stato previsto il delitto di malversazione a danno dello Stato (art. 316-*bis* c.p.); soltanto con la l. 29 settembre 2000, n. 300 è stato, poi, varato l'art. 316-*ter* c.p. (attualmente rubricato "indebita percezione di erogazioni pubbliche"). Sul "ritardo" del

2.2. Si deve rilevare, in premessa, che con la legge sui sussidi, entrata in vigore il 1 settembre 1976 (e rimasta inalterata dalla sua introduzione), il legislatore tedesco abbia inteso fissare dei precetti di contenuto generale, che sono tuttavia strettamente correlati alla disciplina penale compendiata nel § 264 StGB o, per lo meno, in base a quanto dispone il § 1 della legge speciale, agli illeciti relativi alle sovvenzioni pubbliche concesse a valere su risorse nazionali.

Da una cursoria disamina della SubvG emerge, allora, che il legislatore tedesco ha chiaramente sancito l'obbligo, in capo alle amministrazioni concedenti, di precisare gli elementi "rilevanti" (*infra*) ai fini della concessione, del mantenimento, dell'impiego e della revoca delle provvidenze (§ 2) nonché, nella prospettiva opposta, quello, in capo al beneficiario, di informare l'ente sovvenzionante a tale riguardo (§ 3).

È stato stabilito, altresì, un generale divieto di operazioni fittizie e simulate su circostanze "determinanti", nella prospettiva del rapporto concessorio e dell'abuso di meccanismi negoziali finalizzati a frustrare lo "scopo della sovvenzione" pubblica (§ 4), nonché l'obbligo di restituzione dei benefici elargiti in caso di impiego degli stessi in difformità della legge o delle prescrizioni impartite dall'ente pubblico, ovverosia nell'ipotesi di "distrazione" (§5)[8]. Quanto al § 264 StGB[9], lo stesso è stato oggetto,

legislatore italiano nell'attuazione di misure efficaci nel settore vd. G. MARINUCCI, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale,* in M. Romano (a cura di), *La responsabilità penale degli operatori bancari,* Bologna, 1980, 47; F. BRICOLA, *Sovvenzioni all'industria e diritto penale,* in R. Costi – M. Libertini (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie alle industrie,* Milano, 1982, 351 ss; E. MUSCO, *Note critiche in tema di abuso di sovvenzioni in diritto penale, ibidem,* 434; N. MAZZACUVA, *Agevolazioni per la ristrutturazione e riconversione industriale e responsabilità dell'imprenditore, loc. ult. cit.,* 437; G. FIANDACA, *Sul controllo penale della captazione abusiva di finanziamenti pubblici da parte di privati beneficiari, ibidem,* 713; M. PARODI GIUSINO, *Il controllo penale dell'abuso dei finanziamenti pubblici*, Palermo, 1985, 20; C. PEDRAZZI, *I limiti dell'intervento penale nella materia degli incentivi finanziari,* in S. Mazzamuto (a cura di), *Il finanziamento agevolato alle imprese. Profili giuridici,* Milano, 1987, 782; M. PELISSERO, *Osservazioni sul nuovo delitto di malversazione a danno dello Stato,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 1992, F. COPPI, *Profili dei reati di malversazione e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche,* in Id. (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione. Studi in memoria di A. R. Latagliata,* Torino, 1993, 60 ss; E. MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea,* Padova, 1994, 23; M. GIANNONE, voce *Malversazione ai danni dello Stato,* in *Dig. Disc. Pen.,* sesto aggiornamento, Torino, 2008, 660 ss; N. MADIA, *La tutela penale dei finanziamenti pubblici all'economia,* Roma, 2012, 1 ss; C. BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione,* tomo I, *delitti dei pubblici ufficiali,* in Trattato di diritto penale, parte speciale, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, vol. I, Milano, 2013, 386; M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico,* Milano, 2013, 73.

8 Si tratta, dunque, perlomeno in riferimento alle agevolazioni in favore delle imprese, di un complesso normativo assai meno articolato e dettagliato rispetto al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 123, recante "disposizioni per la razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese".

9 Qui di seguito si riporta il testo vigente della disposizione. In corsivo sono indicate le variazioni apportate nel 2019 dal legislatore tedesco al testo in vigore dal 26 novembre 2015:

«(1) È punito con la reclusione fino a cinque anni o con la multa chiunque:

1. esponga a un'autorità responsabile dell'approvazione di una sovvenzione o ad un altro organismo o persona coinvolta nella procedura di sovvenzione (fornitore della sovvenzione) fatti rilevanti per la

dalla sua entrata in vigore, di diversi interventi modificativi; in particolare (solo per segnalare alcune delle innovazioni più rilevanti), con la legge 1 aprile 1998 è stato inserito un nuovo comma 3, che rinvia al comma 5 del § 263 in tema di truffa aggravata (dalla circostanza che la frode in sovvenzione sia stata realizzata da un'associazione criminale, con un conseguente innalzamento del carico sanzionatorio). Con la legge del 22 settembre 1998, inoltre, è stata introdotta, al comma 2, la previsione relativa alla "distrazione" delle sovvenzioni, giungendosi poi alle modifiche operate, da ultimo, nell'anno 2015[10] e nel 2019.

2.3. Si può osservare, allora, che il § 264 StGB venne introdotto a sistema in ragione dell'opportunità di colmare, a fronte di un fenomeno criminale in crescendo, un

sovvenzione per sé o per un'altra persona che sono errati o incompleti, che sono vantaggiosi per lui o per l'altra persona,
2. utilizza un bene o un vantaggio in denaro il cui uso è limitato da disposizioni di legge o dal fornitore del sussidio, contrariamente alla restrizione d'uso,
3. non informa il fornitore della sovvenzione su fatti rilevanti per la sovvenzione, violando le disposizioni di legge sull'assegnazione delle sovvenzioni, o
4. in una procedura di sovvenzione, utilizza un certificato attestante il diritto alla sovvenzione o fatti rilevanti per la sovvenzione, ottenuti a seguito di informazioni errate o incomplete.
(2) In casi particolarmente gravi, la pena è della reclusione da sei mesi a dieci anni. Un caso particolarmente grave è di solito quando l'autore del reato:
1. ha ottenuto per sé o per altri un ingiustificato e ingente sussidio per interesse personale o utilizzando documenti contraffatti o falsificati,
2. abusa dei suoi poteri o della sua posizione di pubblico ufficiale o funzionario europeo, o
3. si avvale dell'assistenza di un pubblico ufficiale o di un funzionario europeo che abusi dei suoi poteri o della sua posizione.
(3) L'articolo 263 (5) si applica di conseguenza.
(4) *Nei casi di cui al comma 1 numero 2, il tentativo è punibile*.
(5) Chiunque agisce incautamente nei casi di cui al comma 1, da 1 a 3, è punito con la reclusione fino a tre anni o con la multa.
(6) Ai sensi dei commi 1 e 5, non è sanzionato chi volontariamente impedisce la concessione del sussidio in conseguenza del reato. Se il sussidio non viene concesso senza intervento dell'autore del reato, questi non è punibile se cerca volontariamente di impedire che il sussidio venga concesso.
(7) Oltre alla reclusione almeno per un anno per i reati di cui ai commi da 1 a 3, il giudice può revocare l'idoneità a ricoprire cariche pubbliche e la capacità di ottenere diritti da elezioni pubbliche (art. 45 comma 2). I beni ai quali si riferisce il reato possono essere confiscati. Si applica la sezione 74a.
(8) È una sovvenzione ai sensi della presente disposizione:
1. un beneficio da fondi pubblici di diritto federale o statale ad aziende o società, almeno in parte
a) concesso senza corrispettivo di mercato e
b) destinato a promuovere l'economia;
2. un beneficio da fondi pubblici secondo il diritto dell'Unione Europea, che è concesso almeno in parte senza corrispettivo di mercato.
Ai fini del n. 1 è azienda o impresa anche quella pubblica.
(9) Ai sensi del comma 1 sono rilevanti per le sovvenzioni i fatti,
1. che sono designati dalla legge o, sulla base di una legge, dal fornitore della sovvenzione come rilevanti per la sovvenzione stessa o
2. ai quali la concessione, il recupero, l'ulteriore concessione o il mantenimento di un sussidio o di un beneficio sono subordinati per legge *o dal contratto di sovvenzione*».
10 Che si è sostanziata nell'aggiunta, rispetto alla versione in vigora dal 1998, nelle previsioni relative alle aggravanti di cui al comma 2 nn. 2-3, della locuzione «funzionario europeo».

vuoto di tutela, attesa la ritenuta inadeguatezza della norma incriminatrice di cui al § 263, in tema di truffa, a costituire un adeguato argine rispetto a condotte predatorie nel settore[11]. È opportuno sottolineare, in proposito, che, come emerge chiaramente dai lavori preparatori, il legislatore tedesco abbia introdotto tale fattispecie per creare un avamposto di tutela per la pianificazione dell'intervento pubblico nell'economia rispetto a condotte di sviamento, prendendo esplicitamente atto delle problematiche, anche di conformità costituzionale, sollevate dall'applicazione della *Zweckverfehlungslehre* (la c.d. "teoria dell'abuso di scopo") nel contesto del reato di cui al § 263 StGB (e non solo)[12].

La *Subventionsbetrug*, allora, è stata strutturata dal legislatore tedesco in maniera assai diversa rispetto alla frode "ordinaria", attraverso lo svincolo dalla finalità di profitto, dall'induzione in errore e dall'atto di disposizione da parte del soggetto passivo (che per quanto riguarda la figura di cui al predetto § 263 StGB è pacificamente ritenuto "elemento implicito di fattispecie")[13], nonché, in sostanza, da una lesione di natura patrimoniale (elemento costitutivo esplicito della *Betrug*)[14], potendo, al più, il danno rilevare nella prospettiva della circostanza aggravante di cui al comma 2 n. 1[15].

11 R. RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, vol. I, Monaco, 2022, 372; in giurisprudenza vd. BGH, Sez. I, 20 gennaio 1987, StR 456/86. La giurisprudenza ha anche affermato che una delle finalità sottendenti all'introduzione del reato di cui al § 264 StGB sarebbe rappresentata dalla necessità di superare le difficoltà probatorie collegate alla dimostrazione del danno conseguente a condotte fraudolente. Vd. in tal senso BGH, Sez. II, 3 agosto 1990, StR 367/89.

12 In base a tale impostazione si sostiene, in estrema sintesi, che il danno economico nella *Betrug* si sostanzierebbe nella frustrazione della libertà di disposizione patrimoniale, indipendentemente dalla sussistenza di una reale *deminutio;* essa, tuttavia, è stata rinnegata in più occasioni dalla giurisprudenza tedesca, come nel c.d. "*Melkmaschine Fall*" (il caso della mungitrice"), oggetto della assai nota pronuncia BGH, Sez. IV, 16 agosto 1961, StR 166/81. Sul tema vd. J. SCHLÖSSER, *Verfassungsrechtliche Grenzen einer Subjektivierung des Schadensbegriffes,* in *HRRS,* 2011, 254 ss. Più di recente, in riferimento al § 263 StGB del codice in vigore, in giurisprudenza, vd. BGH, Sez. IV, 4 luglio 2019, StR 36/19, secondo la quale: «la perdita patrimoniale a titolo di danno ai sensi del § 263, comma 1, del codice penale si verifica se la disposizione da parte dell'indotto ingannato comporta, dal punto di vista economico, direttamente, una riduzione del valore complessivo del suo patrimonio che non è compensata da un incremento (principio del bilanciamento totale). Il fattore determinante è il momento in cui i beni vengono dismessi, ovvero il confronto del valore del patrimonio immediatamente prima e dopo la dismissione». Sull'inapplicabilità di tale teoria all'infedeltà patrimoniale di cui al § 266 StGB (*Untreue*) vd. BVerfG, Sez. II, 23 giugno 2010, BvR 2559/08.

13 Vd. BGH, Sez. V, 19 agosto 2020, StR 558/19, che ha ribadito che, nell'economia del reato di cui al § 263 StGB, «determinante è il momento della dismissione dei beni».

14 H. J. WASSMANN, *Strafrechtliche Risiken bei Subventionen*, Stoccarda, 1995, *passim;* M. HEGER, *§ 264*, in K. Lackner – K. Kühl (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Monaco, 2018, 1510 ss; E. BASILE, *Il recepimento della direttiva PIF in Italia e l'*evergreen *art. 316-ter c.p.*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.,* 2020, 186 ss; vd., inoltre, in giurisprudenza, BVerfG, II Sez., 5 maggio 2021, BvR 2041/2021.

15 Sul punto la giurisprudenza ritiene, analogamente all'aggravante prevista per il delitto di truffa (§ 263 comma 3 n. 2 StGB), che possa considerarsi ingente un profitto indebito superiore a cinquantamila euro. Vd. BGH, Sez. I, 7 ottobre 2003, StR 274/03: «il requisito costituzionale della certezza (articolo 103, comma 2, della Legge fondamentale) si applica in linea di principio anche alle disposizioni sulle conseguenze giuridiche. Il concetto di "ingente" è di per sé indefinito. Solo quando viene interpretato

Per quanto concerne il bene giuridico tutelato dalla disposizione in disamina, sono emersi in dottrina, già all'indomani dell'introduzione della nuova figura incriminatrice, variegati orientamenti[16]; in estrema sintesi, secondo alcuni studiosi, la fattispecie *de qua* sarebbe mono-offensiva, con assiologia incentrata sul patrimonio statale, oppure, al contrario, sul buon andamento dell'azione amministrativa nel settore della programmazione economica; altri, invece (che costituiscono la maggioranza), ne hanno sostenuto la natura plurioffensiva, con varie sfumature.

Occorre, tuttavia, evidenziare che la struttura della disposizione, perlomeno secondo l'interpretazione resane costantemente dal *Bundesgerichtshof*, anche in ordine alla figura distrattiva di cui al comma 1 n. 2, rende, a ben considerare, tale argomento di rilievo più teorico che pratico, nel senso che si è al cospetto, come si chiarirà da qui a breve, di ipotesi che si integrano attraverso la mera condotta inadempiente da parte del beneficiario rispetto agli obblighi di corretta informazione (o gestione, nel caso della distrazione)[17].

---

dai tribunali assume i suoi contorni, rispondendo alle esigenze della certezza del diritto. La norma codificata, affinché sia prevedibile per il destinatario e controllabile per il sistema di giustizia penale, deve essere motivata dal giudice in via interpretativa… *sebbene* il giudice debba sempre verificare se la norma non sia applicabile per circostanze attenuanti e debba quindi essere impiegato il normale quadro sanzionatorio… il concetto di grande perdita di beni deve essere determinato da un punto di vista oggettivo… La delimitazione, che si basa su un valore di una perdita di beni di euro cinquantamila, crea la base per la certezza del diritto».

16 Sul punto vd. C. HACK, *Probleme des Tatbestands Subventionsbetrug, § 264 StGB, unter dem Blickwinkel allgemeiner strafrechtlicher Lehren,* Berlino, 1982, 19 ss; D. SANNWALD, *Rechtsgut Und Subventionsbegriff 264 StGB,* Berlino, 1982, *passim.*

17 Per quanto riguarda la dottrina italiana, sulle problematiche relative all'oggettività giuridica della truffa aggravata vd. G. INSOLERA, *Legge 19 marzo 1990, n. 55. Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di criminalità (commento art. 22)*, in *Leg. Pen.,* 1991, 487 ss; R. ZANNOTTI, *La truffa,* Milano, 1993, spec. 143; P. FIMIANI, *La tutela penale delle finanze comunitarie,* Milano, 1999, *passim*; G. SAMMARCO, *Interessi comunitari e tecniche di tutela penale,* Milano, 2002, *passim*; G. MARRA, *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche,* in S. Fiore (a cura di), *I reati contro il patrimonio,* Torino, 2010, 348-355. Per l'assiologia dei delitti di malversazione e di indebita percezione vd. A. GULLO, voce *Malversazione a danno dello Stato,* in G. Marini – C. Paterniti (a cura di), *Dizionario dei reati contro l'economia*, Milano, 2000, 413 ss; V. PLANTAMURA, *Brevi note sulla distrazione dei finanziamenti dalla loro destinazione legale,* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.,* 2003, 1181 ss; L. PICOTTI, *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione Europea per la protezione degli interessi finanziari comunitari,* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.,* 2006, 615 ss; M. RIVERDITI, *Delitti a tutela dell'attività di finanziamento pubblico,* in C.F. Grosso – M. Pelissero (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione,* in Trattato di diritto penale diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, *parte speciale,* vol. VI, Milano, 2015, 141 ss; M. GAMBARDELLA, *Sub 316*-bis, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina,* diretto da G. Lattanzi e E. Lupo, vol. IV, *i delitti contro la personalità dello Stato e i delitti contro la Pubblica Amministrazione,* Milano, 2015, 387-388. Quanto alla giurisprudenza, si può rilevare che secondo l'orientamento maggioritario (condizionato, forse eccessivamente, dalla non ineccepibile collocazione sistematica della disposizione, all'interno del Titolo XII, anziché nel Titolo II del codice, tra i reati contro la Pubblica Amministrazione) il bene giuridico tutelato dall'art. 640-*bis* c.p. sarebbe rappresentato dal patrimonio pubblico, inteso "in senso dinamico", ovverosia nella prospettiva della funzione di utilità sociale che esso riveste ai fini dell'intervento pubblico nell'economia (cfr. Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2017, n. 20664, "Stalla"); costituisce, inoltre, opinione dominante che il reato si consumi solo al momento della percezione indebita delle provvidenze pubbliche (vd. Cass., Sez. I, 17

2.4. Quanto alla struttura, il comma 1 n. 1 prevede (secondo consolidati orientamenti interpretativi a livello sia giurisprudenziale[18], sia dottrinale, vd. anche *infra*) una fattispecie di pericolo astratto, a condotta attiva, che si consuma già al momento in cui il soggetto presenta (nella fase iniziale della procedura concessoria, ma anche nel corso della stessa) all'autorità competente (sia essa pubblica, o privata-delegata) informazioni errate o incomplete, attraverso l'esposizione, cosciente e volontaria, di una situazione "vantaggiosa" per l'interessato, e quindi fatti non corrispondenti a vero "rilevanti" ai fini della procedura agevolativa[19].

luglio 2017, n. 39193), analogamente alla truffa di cui all'art. 640 c.p., che si perfeziona con la *traditio,* o meglio con la *deminutio patrimonii* (cfr. Cass., Sez. Un., 16 dicembre 1998, n. 1, "Cellammare"). Tale impostazione, che assegna alla truffa aggravata natura di figura di danno, si lega a doppio filo con quegli orientamenti, anche in questo caso prevalenti, che attribuiscono alla previsione di cui all'art. 640-*bis* c.p. carattere circostanziale (vd. Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2002, n. 26351, "Fedi", su cui vd. anche F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dici anni dall'intervento delle Sezioni unite sui criteri di distinzione,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2011, 1564 ss. Per un'opinione contraria a quella sposata dalle Sezioni Unite sia consentito il rinvio a A. DE LIA, *Ulteriori fattispecie di reato,* in A. Manna – A. De Lia, *Dieci nodi gordiani di diritto penale dell'economia,* Milano, 2021, 246 ss). Quanto, invece, alla malversazione e l'indebita percezione, in giurisprudenza si ritiene che il bene giuridico tutelato sia rappresentato dalla corretta allocazione delle risorse pubbliche destinate a iniziative di pubblico interesse, che si rivela una proiezione del buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. (cfr. da ultimo Cass., Sez. VI, 23 maggio 2018, n. 42924, per il delitto di cui all'art. 316-*bis* c.p., e Cass., Sez. VI, 12 maggio 2021, n. 31210, per l'indebita percezione). Conseguentemente, in ordine al momento consumativo, mentre per la malversazione è pacifico che il delitto si perfezioni al momento della distrazione (vd. per tutte Cass., Sez. VI, 12 luglio 2016, n. 43330; il tutto ferme le problematiche attinenti alla rilevanza degli "scostamenti", ben evidenziata da M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico,* op. cit., 70), per il delitto di cui all'art. 316-*ter* c.p., perlomeno secondo gli orientamenti maggioritari della suprema Corte, trattandosi di figura di danno, essa si integrerebbe con la concreta percezione dei benefici indebiti (vd. Cass., Sez. VI, 24 novembre 2021, n. 2125; *contra,* però, in considerazione del riferimento, ad opera del legislatore, al termine "concessione", vd. A. DE LIA, *Il momento consumativo nelle fattispecie criminose in materia di agevolazioni finanziarie alle imprese,* 24 gennaio 2018, in *www.archiviopenale.it;* Cass., Sez. VI, 17 novembre 2020, n. 1247, annotata da F. RIPPA, *Indebita percezione di erogazione pubbliche e* bonus *cultura: non c'è spazio per l'illecito penale*, in *Giur. It.,* 2021, 1975 ss).

18 Vd. anche BGH, Sez. I, 20 gennaio 1987, StR 456/86.

19 Sicché, a differenza del sistema italiano, un'unica previsione incriminatrice è destinata a regolare anche le procedure c.d. "automatiche": cfr. in tal senso, di recente, LG Stade, 16 dicembre 2020, 600 KL 141 J21934/20 (7/20), in tema di sovvenzioni in relazione all'emergenza "Coronavirus". Sul tema delle procedure "automatiche" e del ruolo dell'art. 316-*ter* c.p. vd. anche V. VALENTINI, *L'effetto boomerang dell'art. 316-*ter *c.p. tra principi costituzionali e obblighi comunitari,* in *Cass. Pen.,* 2005, 66 ss. In giurisprudenza è oramai pacifico l'orientamento in base al quale la fattispecie di cui all'art. 316-*ter* c.p. sia destinata ad assumere un ruolo marginale nel sistema, sussidiario rispetto al delitto di cui all'art. 640-*bis* c.p., rivestendo essa la funzione di sanzionare condotte non seguite dall'induzione in errore. Vd. Corte cost., ord. 12 marzo 2004, n. 95; Cass., Sez. Un., 19 aprile 2007, n. 16568, "Carchivi"; Cass., Sez. Un., 16 dicembre 2010, n. 7547, "Pizzuto" e, di recente, Cass., Sez. VI, 18 gennaio 2022, n. 2125. In argomento vd. anche M. CATENACCI, *I delitti di peculato,* in Id. (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia,* in Trattato teorico-pratico diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. V, Torino, 2016, 53 ss.

A tale riguardo, si può soggiungere che la giurisprudenza tedesca ha affermato, in più occasioni, che il reato si integrerebbe allorquando il soggetto agente esponga falsamente, dolosamente, all'ente sovvenzionante fatti incidenti sulla procedura (definibili come "rilevanti"), in astratto valutabili a favore del beneficiario, a nulla valendo, di converso, la circostanza che, attraverso un "ragionamento per controfattuale", la corretta esposizione avrebbe, comunque, consentito all'interessato di ottenere un sussidio pubblico[20]. Sulla medesima logica del pericolo astratto si reggono, inoltre, l'illecito omissivo di cui al n. 3[21], il falso documentale di cui al n. 4[22], nonché, a ben vedere, la condotta distrattiva di cui al n. 2[23]; tale ultima ipotesi, peraltro, è ritenuta in Germania "incompatibile" con quella disciplinata al n. 1, in quanto il bene giuridico tutelato, come rilevato anche dalla Corte federale tedesca, sarebbe già irrimediabilmente leso nel momento della concessione irregolare dei benefici pubblici, risultando, per l'effetto, irrilevante la condotta successiva di utilizzo contrario agli scopi dettati dalla misura di sostegno[24].

20 Vd., ad esempio, BGH, Sez. I, 20 gennaio 1987, StR456/86.

21 A tal proposito, occorre tener conto della circostanza che, secondo costanti orientamenti del *Bundesgerichtshof,* il reato di cui al comma 1 n. 1 si può sostanziare, oltre che attraverso la mera menzogna, mediante dichiarazioni "omissive" (vd. BGH, Sez. V, 28 aprile 1981, StR 692/80; BGH, Sez. V, 8 marzo 2006, StR 587/05). Talché, la previsione di cui al n. 3, che penalizza un "silenzio antidoveroso", assume un carattere tutto sommato residuale, avendo la funzione di sanzionare il soggetto che, obbligato in base alla legge, ad un atto amministrativo o negoziale, ometta la doverosa comunicazione di elementi ostativi alla concessione, all'erogazione o al mantenimento delle provvidenze pubbliche (vd. *infra, sub* nota).

22 Vd. W. PERRON, *sub § 264,* in A. Schönke – H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar,* Monaco, 2019, 2667.

23 La dottrina maggioritaria, in Germania, ritiene, in sostanza, che tutte e quattro le figure di cui al comma 1 siano imperniate sulla logica del pericolo astratto. Cfr. T. FISCHER, *Strafgesetzbuch,* Monaco, 2022, 2141, anche per i richiami bibliografici. In giurisprudenza vd. BGH, Sez. IV, 30 settembre 2010, StR 150/10 (che ha rimarcato come nel caso di distrazione, il raggiungimento complessivo dei risultati del progetto agevolato può rappresentare, al più, un elemento da valutare *quoad poenam*). Tale impostazione è certamente in linea con le ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre la fattispecie incriminatrice in disamina, come emerge dai lavori preparatori. Si tratta di una impostazione accolta, a più riprese, anche dalla giurisprudenza. Vd. ad esempio BGH, Sez. II, 3 agosto 1990, StR 367/89.

24 Cfr. BGH, Sez. I, 3 febbraio 2016, StR 375/15. In questa ipotesi l'imputato, nella domanda di sovvenzione all'investimento, aveva affermato, contrariamente a vero, che dei beni sarebbero stati acquisti come "nuovi di fabbrica", quanto invece erano risultati macchinari "ricondizionati". Successivamente, detti beni strumentali erano stati eliminati dalle immobilizzazioni materiali. La Corte federale, allora, pur rimarcando che le diverse condotte sarebbero state inquadrabili, astrattamente, nell'art. 264 comma 1 n. e n. 3 StGB, ha affermato che il bene giuridico tutelato dalla disposizione sarebbe stato già irrimediabilmente leso per l'effetto dell'originaria erogazione, risultando, in tal ottica, la successiva condotta distrattiva priva di contenuto lesivo. Si è soggiunto che la figura delineata dal n. 3 rappresenterebbe carattere sussidiario, essendo destinata ad operare solo nel caso di legittimità della concessione. Analogamente vd. BGH, Sez. I, 3 febbraio 2016, StR 383/15; più di recente, BGH, Sez. I, 23 aprile 2020, StR 559/19. In tal senso vd. anche R. RISSING VAN-SAAN, *Sub § 52,* numero marginale 153, in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar,* vol. II, Berlino, 2006. Nel sistema nostrano tale soluzione, accolta dalla dottrina prevalente (vd. S. SEMINARA, *La prevenzione e la repressione delle frodi a danno delle finanze comunitarie nell'ordinamento italiano,* in *Riv. Trim. Dir. Pen.*

La malversazione di cui al n. 2 (che può integrarsi *tanto* mediante azione *quanto* per omissione), inoltre, è l'unica ipotesi[25] regolamentata dal § 264 StBG per la quale è configurabile il tentativo; e ciò a seguito della riforma del 2019 che, proprio su tale punto, prendendo le mosse dalla "Direttiva PIF" [dir. (UE) n. 1371/2017 del Parlamento e del Consiglio europeo, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, ed in particolare dell'art. 5, in combinato disposto con l'art. 3 comma 2 (punto iii)], è sfociata da un dibattito parlamentare abbastanza acceso.

La conformazione delle ipotesi incriminatrici di cui al comma 1, dunque, le rende assai distanti dal concetto di *Betrug* ("frode") di cui al § 263 StGB, che si pone in rapporto di specialità rispetto alla *Subventionsbetrug*. Sicché, quest'ultima non assume, rispetto all'altra, natura circostanziale, rappresentando essa ipotesi autonoma[26]; con la conseguenza che la fattispecie generale (per via del rapporto di specialità reciproca a carattere escludente) può trovare applicazione nel contesto delle agevolazioni finanziarie menzionate dal predetto § 264 StGB soltanto nel caso in cui non ricorrano alcuni elementi costitutivi previsti da tale ultima disposizione[27].

2.5. Le figure di cui al comma 1 del § 264 StGB (ad eccezione di quella di cui al n. 2)[28] ruotano attorno al concetto di "fatti rilevanti", di cui all'attuale comma 9; si tratta, in altri termini, di elementi che la legge stabilisce come incidenti sulla procedura di agevolazione.

Si è dinnanzi, allora, ad una disposizione che, espressione della necessità del rispetto del principio di legalità e di colpevolezza[29], ha determinato alcune incertezze

Econ., 1994, 127 ss; G. SALCUNI, *La tutela delle finanze comunitarie. Controllo penale vd. cogestione pubblica delle risorse*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2004, 784 ss; G. FORNASARI, *Malversazione a danno dello Stato*, in A. Bondi, A. Di Martino, G. Fornasari, *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, 153-154; E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, in Trattato di diritto penale diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, *parte speciale*, vol. XV, Milano, 2013, 456), tuttavia, è stata recisamente rifiutata dalla giurisprudenza, che ammette il concorso tra la truffa e la malversazione facendo leva sulla (presunta) disomogeneità assiologica, nonché sulla diversità del momento consumativo, rilevandosi che a seguito dell'abusiva percezione, il soggetto beneficiario potrebbe, comunque, destinare i fondi ricevuti agli scopi sottesi alla concessione delle provvidenze. Vd., in particolare, Cass., Sez. Un., n. 20664/2017; in senso critico, però, vd. A. DE LIA, *Le Sezioni Unite sul rapporto tra truffa e malversazione. L'interpretazione come "arma letale" per la tutela degli interessi comunitari*, in *Giust. Pen.*, 2017, II, 449 ss.

25 Introdotta a seguito della "Convenzione PIF" del Consiglio europeo, del 26 luglio 1995, relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, che espressamente qualifica come "frode" la distrazione dei fondi rispetto agli scopi della concessione.

26 In tal senso, W. JOECKS – C. JÄGER, *Strafgesetzbuch. Studienkommentar*, 2021, 728.

27 Vd. BGH, Sez. V, 1 febbraio 2007, StR 467/16; K. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. II, Monaco, 2003, 866.

28 In riferimento alla *Verwendungsbeschränkung* (vale a dire la restrizione d'uso) rilevano, infatti, le violazioni delle disposizioni contenute non solo nella legge, ma anche negli atti amministrativi e nei contratti stipulati con l'ente erogatore.

29 K. TIEDEMANN, *Sub § 264*, marginale 72, in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, vol. VII, Berlino, 2011 (rist.); cfr. anche BGH, Sez. VI, 4 maggio 2021, StR 137/21. In precedenza BGH, Sez. V, 30 settembre 2010, StR 61/10. In questo senso si percepisce, oltre che l'impronta soggettivista che connota

dal punto di vista esegetico ed applicativo; la giurisprudenza, dal canto suo, chiamata a scrutinare le disposizioni in disamina, antecedentemente alla modifica legislativa del 2019 (che ha inserito, tra gli elementi "rilevanti" quelli indicati come tali nel *Subventionsvertrag*)[30], ha sostenuto a più riprese l'irrilevanza, ai fini dell'integrazione del reato di cui al § 264 comma 1 n. 1, della mera definizione operata in questo senso dalla Pubblica Amministrazione, in difetto, cioè, di uno specifico supporto normativo[31].

In questo senso, il *Bundesgerichtshof*, più in generale, ha evidenziato che al fine della configurabilità dei reati in disamina sia necessario che la condotta di falso incida su elementi che la legge stessa indica con chiarezza come "rilevanti" nell'economia della procedura agevolativa, o dichiarati come tali dalla Pubblica Amministrazione sulla base di una pressoché univoca previsione normativa (n. 1), oppure, ancora, che essi possano essere estrapolati in modo incontrovertibile, attraverso l'interpretazione, da una fonte legislativa (n. 2)[32].

il sistema penale tedesco (vd. F. PALAZZO – M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato,* Torino, 2013, 83 ss), una forte asimmetria con quello italiano, ove, a fronte di un ambito, quale quello delle agevolazioni pubbliche, in preponderanza regolato da fonti di natura regolamentare-amministrativa (e, in alcuni settori, non poco caotico), la giurisprudenza mostra un'evidente chiusura al riconoscimento della configurabilità, e scusabilità, dell'errore sulla legge extra-penale. Sul punto, sia consentito il rinvio a A. DE LIA, *Errore e diritto penale,* in Trattato di diritto penale diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, tomo I, *parte generale,* Milano, 2022, 599 ss.

30 Vale a dire l'accordo di sussidio; sicché, per l'effetto della riforma, il concetto di "rilevanza" può essere attualmente stabilito anche in via convenzionale, laddove le procedure agevolative siano strutturate su logica negoziale (vd., sul tema dei sussidi previsti per l'emergenza pandemica, LG Amburgo, 18 gennaio 2021 - 608 Qs 18/20).

31 Vd. BGH, Sez. III, 22 agosto 2017, StR 449/17, che ha stabilito che «la caratteristica della rilevanza della sovvenzione nel § 264 StGB deve essere interpretata in modo restrittivo. Ha lo scopo di garantire che sia i requisiti di aggiudicazione per il beneficiario della sovvenzione che qualsiasi atto di inganno per il fornitore della sovvenzione e gli organi di persecuzione penale siano il più chiaramente riconoscibili possibile. Determinante è quindi il collegamento (diretto o quanto meno indiretto) del fatto in questione con una disposizione di legge e non la questione – alla quale talvolta non è possibile rispondere in modo univoco nei singoli casi – se il fatto in quanto tale costituisse un presupposto materiale per la concessione del contributo. In tale contesto, le due varianti del § 264 comma 8 n. 1 (n.d.a.: ora comma 9 n. 1) prevede che il fatto sia espressamente designato come rilevante ai fini del contributo. Sebbene la locuzione "rilevante per sovvenzione" non sia assolutamente necessaria, occorre che almeno sia utilizzato un termine con lo stesso significato. D'altra parte, designazioni generali o formulari sono altrettanto insufficienti di una possibile riconoscibilità dal contesto; la rilevanza della sovvenzione deve piuttosto essere spiegata in modo chiaro e inequivocabile in relazione al caso specifico. Il § 264 al comma 8 n. 2 (n.d.a.: ora comma 9 n. 2)… si applica ai casi in cui manchi o risulti inefficace la designazione esplicita di un fatto (da parte del legislatore o dell'ente erogatore del sovvenzione) come rilevante ai fini dell'agevolazione, ma si possa comunque dedurre da una legge – seppur solo con l'ausilio degli ordinari metodi di interpretazione – a quali condizioni viene concesso il sussidio. Tuttavia, la dipendenza giuridica richiesta… sussiste solo se la norma richiamata esprime con sufficiente chiarezza la rilevanza del sussidio». In genere, la giurisprudenza esclude che possano valutarsi come "rilevanti" gli elementi definiti in tal senso dalla Pubblica Amministrazione esercitando poteri discrezionali (vd. BGH, Sez. I, 14 gennaio 2015, StR 93/14).

32 La sentenza BGH, Sez. III, 11 novembre 1998, StR 101/98 ha chiarito le ragioni della scelta legislativa sul punto, affermando che: «la rilevanza della sovvenzione è esclusa *se i fatti* non sono

2.6. Di particolare interesse si rivelano, altresì, alcune norme compendiate nel comma 8 del § 264 StGB, di natura definitoria; al di là della nozione di "sovvenzione" (*tanto* per le agevolazioni nazionali *quanto* per quelle europee è stabilito che si tratti di concessioni, almeno in parte, svincolate da logiche di mercato)[33], vi sono due specifiche previsioni che incidono sul campo di applicazione della disposizione in disamina.

In primo luogo, vi è la limitazione di operatività, per quanto concerne le sovvenzioni nazionali, ai sussidi previsti per finalità di promozione dell'economia[34]

designati come rilevanti per la sovvenzione dalla legge. La designazione nei regolamenti amministrativi, nelle linee guida, ecc. non è sufficiente… È di particolare importanza che il richiedente sia in grado di identificare chiaramente i requisiti di aggiudicazione. Il § 264 del codice penale amplia notevolmente la responsabilità penale nell'ambito del reato sussidiario, poiché il solo atto di inganno è sanzionato senza che debba sussistere alcun danno… Pertanto, il potenziale autore non dovrebbe essere solo informato in generale che l'autorità è interessata alle sue informazioni. Piuttosto, la sua attenzione dovrebbe essere attirata su alcuni fatti, la cui corretta e completa valutazione dovrebbe garantire un uso appropriato dei fondi pubblici. Inoltre, il fornitore del sussidio e gli organi del perseguimento penale devono anche essere in grado di identificare qualsiasi atto di inganno in modo rapido e chiaro. Sono quindi necessarie informazioni chiare e non ambigue relative al caso specifico. Non è sufficiente che la rilevanza emerga unicamente dal contesto. Questa interpretazione basata sulla formulazione, nonché sul significato e sullo scopo dell'articolo 264 è confermata dalla storia della creazione della norma. Era preoccupazione del legislatore contrastare il rischio di sovvenzioni sviate mediante una disposizione che richiedesse al fornitore di sovvenzioni di descrivere chiaramente i requisiti di aggiudicazione. In tale contesto, il Senato non manca di riconoscere che una disciplina che non si basi su criteri sostanziali, ma piuttosto sulla designazione formale di un fatto, può determinare, nei singoli casi, significative lacune di responsabilità penale difficilmente giustificabili nella sostanza e sono difficili da conciliare con il senso di giustizia. Ciò può verificarsi in particolare se un fatto è ovviamente un prerequisito per l'approvazione di una sovvenzione, ma né il legislatore né il fornitore della sovvenzione lo hanno designato come rilevante per la sovvenzione. Tuttavia, ciò deve essere accettato come conseguenza della decisione del legislatore riflessa nel testo della legge». La Corte federale, inoltre, ha precisato che sarebbe sufficiente, in base al n. 2 dell'attuale comma 9, che la "rilevanza" di un determinato fatto emerga da un atto normativo, in modo sufficientemente chiaro ed univoco, indipendentemente dalla previsione in tal senso ad opera della Pubblica Amministrazione (cfr. BGH, Sez. IV, 11 ottobre 2017, StR 572/16 che, infatti, ha fatto leva sul § 4 SubvG, in tema di operazioni fittizie, in riferimento alla rilevanza penale, agli effetti del § 264, di documentazione falsamente attestante alcune attività oggetto di sovvenzione, in realtà mai realizzate, giudicando irrilevanti gli atti amministrativi emanati a fini regolamentari della misura di sostegno). Vd. anche, in argomento, BGH, Sez. I, 14 gennaio 2015, StR 93/14, nonchè BGH, Sez. III, 22 agosto 2018, StR 357/17: «il § 264 comma 8 n. 2 StGB si applica ai casi in cui manchi o inefficace la designazione esplicita di un fatto (da parte del legislatore *o dell'ente erogatore del sovvenzione*) come rilevante ai fini dell'agevolazione, ma si possa comunque dedurre da una legge – seppur solo con l'ausilio di soliti metodi di interpretazione – a quali condizioni viene concesso il sussidio». Peraltro, con un recente pronunciamento, la Corte federale tedesca ha stabilito che per "legge", ai sensi del comma 9 (già comma 8) del § 264 StGB, si dovrebbe intendere non solo quella nazionale bensì anche quella europea, con particolare riferimento ai regolamenti (BGH, Sez. I, 25 ottobre 2017, StR 339/16). Il caso scrutinato dal *Bundesgerichtshof*, più di preciso, era quello di un vasto intervento edilizio nella città di Rostock, finalizzato alla realizzazione di un porto turistico sul Mar Baltico e di un numero assai consistente di altri interventi edificatori. In particolare, era stato contestato ad un imputato di aver strumentalmente "ripartito" l'investimento complessivo in più società, al fine di evitare, suddividendo i costi e le conseguenti agevolazioni finanziarie, la procedura autorizzatoria da parte della Commissione europea

(elemento questo non richiesto per le erogazioni a valere su risorse europee)[35], concesse (come dianzi rammentato) a condizioni non aderenti a quelle comuni, di mercato (comma 8 n. 1)[36]; inoltre, si deve trattare (anche in questo caso ad eccezione delle risorse dell'Unione europea) di sovvenzioni che si riferiscono a "*Betrieb*" o "*Unternehmen*" (ovverosia aziende o imprese)[37], anche se pubbliche (con conseguente esclusione degli organismi che possono essere definiti come "Pubbliche Amministrazioni", centrali o locali)[38].

---

e per ottenere benefici di ammontare più elevato rispetto a quanto conseguibile attraverso *un'unica* domanda di agevolazione, formulata *da un'unica* compagine societaria. *Id est* una sorta di "abuso" dello strumento negoziale, finalizzato ad ottenere vantaggi ritenuti illeciti. La Corte, allora, ha rimarcato che costituirebbe "legge" ai sensi comma 9 (già comma 8) anche il regolamento emesso dai competenti organi europei; sicché assumerebbe rilievo, anche in ambito penale, l'articolo 4, comma 3, del regolamento del Consiglio (CE, Euratom) n. 2988/95 (del 18 dicembre 1995), che così recita: «gli atti per i quali si stabilisce che hanno per scopo il conseguimento di un vantaggio contrario agli obiettivi del diritto comunitario applicabile nella fattispecie, creando artificialmente le condizioni necessarie per ottenere detto vantaggio, comportano, a seconda dei casi, il mancato conseguimento oppure la revoca del vantaggio stesso».

33 Talché, con particolare riferimento ai requisiti della distorsione della concorrenza e della selettività, tale concetto non è perfettamente sovrapponibile con quello di "aiuto di Sato" accolto dal diritto europeo, ed in particolare dall'art. 107 TFUE, oggetto della Comunicazione della commissione in GUUE C 262 del 19 luglio 2016.

34 Vd. in argomento BGH, Sez. III, 28 maggio 2014, StR 206/13: «secondo l'articolo 264, comma 7 (ora 8), n. 1, n. 1, lettera b), del codice penale, il servizio deve servire almeno in parte a promuovere l'economia. Con tale provvedimento il legislatore ha inteso limitare la responsabilità penale rispetto all'art. 263 StGB ad un fatto pericoloso, che comprende anche azioni imprudenti, in un ambito ove si è ravvisata un'inevitabile necessità di maggiore tutela penale. In particolare, non rilevano le prestazioni sociali, la cui ingiustificata acquisizione fraudolenta è più facile da provare a differenza del settore economico, perché i fatti sono solitamente più evidenti e sono quindi integrano atti di frode maggiormente riconoscibili. Tuttavia, poiché con l'attribuzione di sussidi si perseguono spesso più finalità, è sufficiente per l'applicabilità del reato di frode sussidiaria che questa serva "almeno in parte" a promuovere l'economia».

35 U. KINDHÄUSER – E. HILGENDORF, *Strafgesetzbuch. Lehr und Praxiskommentar,* Baden-Baden, 2022, 1184. Nel sistema italiano, di contro, limitazioni in ragione delle caratteristiche e finalità delle sovvenzioni vigono soltanto, come ben risaputo, per la malversazione di cui all'art. 316-*bis* c.p. (che richiama «contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere o allo svolgimento di attività di pubblico interesse». In argomento vd. Cass., Sez. Un., n. 16568/2007).

36 Il legislatore italiano, invece, si è limitato a prevedere, per i delitti che compongono il sistema sanzionatorio a tutela dell'intervento dello Stato, che si tratti di risorse provenienti dalla sfera pubblica, salve le specifiche previsioni compendiate nell'art. 316-*bis* c.p. (con il riferimento, per la verità assai anodino, al "pubblico interesse"). Con la conseguenza che, anche per l'effetto dell'interpretazione resa dalla giurisprudenza nazionale, le figure incriminatrici nostrane si rivelano, almeno sotto tale angolo prospettico, di assai più ampia portata rispetto a quelle delineate dal § 264 StGB, indipendentemente dal fatto che requisito implicito delle fattispecie è rappresentato dalla circostanza che si debba trattare di prestazioni pubbliche rese a condizioni non sovrapponibili a quelle di mercato. Sul punto vd. Cass., Sez. VI, 24 novembre 2021, n. 2125: «nella nozione onnicomprensiva di "erogazioni" pubbliche, comunque denominate, presa in considerazione negli articoli 316-*ter* e 640-*bis*, rientrano tutti i vantaggi economici conseguiti dal beneficiario a spese dell'ente pubblico,

2.7. Per quanto riguarda, in particolare, il perfezionamento del reato di cui al comma 1 n. 1 del § 264 StGB[39], la giurisprudenza ha in più occasioni affermato che si sia al cospetto di un reato a consumazione (eventualmente) prolungata[40]; così, con la pronuncia BGH, Sez. IV, 10 dicembre 2019, StR 136/19, si è stabilito che «è vero che l'articolo 264 comma 1 n. 1 del codice penale non richiede l'effettiva ricezione del beneficio richiesto. Indipendentemente da ciò, secondo la giurisprudenza… il termine di prescrizione decorre dalla ricezione dell'ultima rata»[41].

---

dovendosi comunque escludere che la formula legislativa sia connotata da genericità descrittiva, perché l'uso di una nozione "elastica" non viola il parametro costituzionale di determinatezza quando al giudice sia comunque consentito, attraverso la complessiva descrizione del fatto e avuto riguardo alla finalità dell'incriminazione e al più ampio contesto ordinamentale in cui si colloca, di stabilire il significato dell'elemento che isolatamente considerato non sia specifico, e al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del valore precettivo». Per quanto concerne la malversazione vd. Cass., Sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 23778: «ai fini della configurabilità del reato di malversazione, la nozione di opere o attività di interesse pubblico, alla cui realizzazione è subordinata la concessione del finanziamento, del contributo o della sovvenzione pubblica, va intesa in senso molto ampio, di escludere dal suo ambito operativo soltanto quei sussidi economici elargiti per finalità assistenziali sociali senza vincolo preciso di destinazione. In sostanza, la formula normativa ha riguardo allo scopo perseguito dall'ente pubblico erogante piuttosto che all'opera o all'attività in sé considerata, conseguendone che l'interesse pubblico è connesso piuttosto alla provenienza pubblica dell'erogazione e al vincolo di destinazione della stessa, quale espressione delle scelte di politica economica e sociale dello Stato o di altro ente pubblico».

37 In realtà, il *Bundesgerichtshof* interpreta tali vocaboli in maniera particolarmente estensiva, facendoli confluire nella nozione di "entità collettiva". Vd. BGH, Sez. V, 4 agosto 2013, StR 448/02, che ha fatto riferimento alla «combinazione non temporanea di più persone che utilizzano risorse materiali, in un determinato contesto spaziale, attraverso un'unica entità, per raggiungere uno scopo specifico, non sempre economico», soggiungendo che «la forma giuridica e l'intenzione di lucro sono irrilevanti. Un'associazione può quindi essere anche qualificata in tal senso. Il § 264 StGB può essere applicato anche se un sussidio destinato a soggetti collettivi è ottenuto fraudolentemente attraverso un'entità fittizia».

38 Quanto alle qualifiche soggettive, invece, soltanto la figura omissiva di cui al comma 1 n. 3 esige che il reo abbia assunto una specifica posizione di garanzia/obbligo. Per il resto, il *Bundesgerichtshof* ha precisato, contraddicendo alcuni opposti orientamenti dottrinali, che il soggetto intraneo alla Pubblica Amministrazione ben possa rendersi soggetto attivo-compartecipe dei reati previsti dal § 264 StGB, con la conseguente applicazione, se del caso, delle aggravanti di cui al comma 2 nn. 2-3 (vd. BGH, Sez. III, 14 dicembre 1983, StR 452/08).

39 Per le altre fattispecie si tratta, invece, di reati istantanei, che si sostanziano nel momento della violazione del vincolo d'uso (n. 2); della violazione dell'obbligo comunicativo (n. 2); dell'utilizzo del certificato falso (n. 3). Sul punto vd. F. SALIGER, *Sub § 264,* in *Strafgesetzbuch. Kommentar,* Hürth, 2021, 2060; W. WOLHERS – T. MÜHLBAUER, *Sub § 264,* in *Strafgesetzbuch. Münchener Kommentar,* vol. V, Monaco, 2013.

40 Per la giurisprudenza italiana, anche la fattispecie di cui all'art. 640-*bis* c.p. assume tali caratteri. Vd., *ex multis,* Cass., Sez. II, 27 novembre 2019, n. 3442. Analogamente per il delitto di indebita percezione (vd. Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 10790). Per quanto concerne, invece, la malversazione, la stessa, come rilevato dalla Cassazione, si consuma istantaneamente, al momento della distrazione (Cass., Sez. VI, 12 luglio 2016, n. 43330).

41 Vd. in senso analogo BGH, Sez. I, 1 dicembre 2015, StR 154/15, nonché BGH, Sez. I, 25 aprile 2014, StR 13/13. In base al § 78 StGB, il *Bundesgerichtshof* ritiene che la prescrizione non decorrerebbe fino

2.8. Una delle peculiarità che connota il sistema tedesco (a tacere della questione della responsabilità della persona giuridica)[42] è determinata dalla previsione di una responsabilità per colpa (comma 5 § 264 StGB); sul punto si può osservare, allora, che secondo la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, il richiamo, ad opera del legislatore, del termine "*leichtfertig*" (traducibile come "incautamente"), sarebbe indicativo di una responsabilità per una forma di colpa particolarmente intensa, confinante con il dolo[43].

Di particolare interesse è, allora, la sentenza BGH, Sez. V, 13 dicembre 2012, StR 542/12, relativa ad una contestazione del reato di cui al § 264 comma 1 n. 3 nella forma colposa. La Corte, nell'occasione, oltre ad aver rimarcato che la colpa rilevante agli effetti della disposizione di riferimento è quella "grave", confinante con il dolo, ha affermato che essa dovrebbe essere valutata non in astratto, secondo parametri generici, ma in base alle condizioni personali in cui si sia venuto a trovare il soggetto agente (nel caso di specie esperto in attività commerciali, ma non in materie giuridico-economiche); inoltre, si è proseguito, si dovrebbero tenere in considerazione fattori esterni, che possano incidere sulla conoscibilità degli obblighi

all'erogazione dei benefici concessi. Conseguentemente, a seguito della realizzazione della condotta tipica descritta dal legislatore, si determina, in tale prospettiva, una sorta di "congelamento" del termine di prescrizione, fino a quando non si verifichino le erogazioni dei benefici, oppure, il recesso attuoso di cui al comma 6. Quanto a tale ultima previsione, che determina la non punibilità per i reati già consumati, la giurisprudenza ha chiarito che deve trattarsi di una sincera resipiscenza. Vd. ad esempio LG Halle, Sez. II, 22 aprile 2013, NS 1/12: «secondo il § 264, comma 5, del codice penale, non è punito chi impedisce volontariamente la concessione del sussidio in conseguenza del reato. In entrambe le varianti del § 264, comma 5, è quindi necessario che l'autore agisca volontariamente. L'azione preventiva deve essere volontaria. Ciò significa che deve trattarsi di una decisione autonoma da giudicare principalmente dal punto di vista dell'autore. In base a ciò, è atto volontario se l'autore del reato decide di tornare indietro senza aggravare in modo significativo la situazione a causa di motivi interni di vergogna, rimorso o riluttanza a commettere un reato. Il merito dell'autore, che porta all'impunità, deve quindi consistere nel ritorno non forzato alla legalità. Secondo la cosiddetta "formula di Frank", il recesso è generalmente definito volontario se l'autore del reato dice a sé stesso: "non voglio, anche se posso"» (nel caso di specie è stata esclusa la configurabilità del recesso attuoso in quanto le condotte antagoniste all'illecito erano state realizzate dall'imputato dopo che egli era venuto a conoscenza della pendenza delle indagini). Analogamente BGH, Sez. V, 9 novembre 2011, StR 136/09.

42 Sul tema vd., nella letteratura italiana, a livello monografico, V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo,* Torino, 2018, 243 ss; A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Il futuro dell'illecito dell'ente nello "spazio globale",* Torino, 2018, 146 ss; A. FIORELLA – A.S. VALENZANO, *Colpa dell'ente e accertamento,* Roma, 2016, 43 ss. Per in contributi vd. F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2020, 1775 ss; U. SIEBER, *Linee generali del diritto amministrativo punitivo in Germania, loc. ult. cit.,* 2019, 35 ss; G. DE SIMONE, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali: una questione tuttora aperta,* in *Cass. Pen.,* 2017, 910 ss; K. VOLK, *Nuovi sviluppi del diritto penale dell'economia, dalla prospettiva tedesca,* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.,* 2017, 623 ss. Quanto al sistema italiano, le fattispecie di riferimento sono inserite, come ben risaputo, nel catalogo dei reati presupposto (art. 24 d.lgs. 8 giugno 2020, n. 231).

43 Vd. BGH, Sez. V, 20 maggio 2010, StR 138/10.

da parte del beneficiario, come ad esempio le indicazioni errate, ricevute da un consulente tecnico.

3. **La soluzione spagnola: l'obiettivo della protección máxima ha generato un impianto caotico.**

3.1. Per quanto concerne il sistema spagnolo, la disciplina delle frodi nelle sovvenzioni è compendiata nel Titolo XIV del libro II del *Código Penal,* dedicato ai delitti contro la "finanza pubblica e la sicurezza sociale" (artt. 305-310-*bis*) che, riconnettendosi al Titolo XIII, relativo ai delitti contro il patrimonio e l'ordine socioeconomico, forma quel ramo del diritto che viene denominato come "diritto penale economico"[44].

La figura centrale, in questo ambito, è rappresentata dall'art. 308 del codice penale del 1995 (successivamente rimaneggiato, da ultimo, dalla LO 27 dicembre 2012, n. 7 e dalla LO 20 febbraio 2019, n. 1[45]), che, analogamente al sistema tedesco, contiene *tanto* l'ipotesi della frode *quanto* quella della malversazione dei fondi percepiti (condotte, queste, sanzionate con la stessa pena), con la peculiarità, innanzitutto, della natura esclusivamente dolosa degli illeciti, nonché della previsione di una "soglia di punibilità", fissata in diecimila euro[46].

44 A. ZARATE CONDE, *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social,* in Id. (a cura di), *Derecho penal. Parte especial,* Madrid, 2021, 495.

45 Le modifiche operate dal legislatore, nel corso del tempo, hanno inciso soprattutto sul carico sanzionatorio, che è stato aumentato, nonché sulle "soglie" quantitative, che sono state oggetto di diverse riformulazioni.

46 Si riporta qui di seguito il testo vigente dell'art. 308 tradotto: «1. Chiunque ottiene sussidi o aiuti dalle Pubbliche Amministrazioni, compresa l'Unione Europea, di importo o valore superiore a centomila euro, falsificando le condizioni richieste per la loro concessione o occultando quelle che gli avrebbero impedito di ottenerla, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da uno a sei volte l'importo, salvo che non esegua il rimborso di cui al comma 6.

2. Le stesse sanzioni si applicano a chiunque, nello svolgimento di un'attività finanziata in tutto o in parte con fondi delle pubbliche amministrazioni, compresa l'Unione Europea, le impiega in misura superiore a centomila euro per scopi diversi da quelli per i quali la sovvenzione o l'aiuto è stato concesso, salvo il rimborso di cui al comma 6.

3. Al responsabile, oltre alle sanzioni indicate, sarà comminata la decadenza dalla possibilità di ottenere sussidi o aiuti pubblici e il diritto a fruire di agevolazioni o agevolazioni fiscali o previdenziali per un periodo da tre a sei anni.

4. Se l'importo ottenuto, truffato o indebitamente applicato non supera i centomila euro ma supera i diecimila, la pena è della reclusione da tre mesi a un anno o della multa pari a tre volte l'importo predetto, con la perdita della possibilità di ottenere sovvenzioni o aiuti pubblici e il diritto a godere di benefici o incentivi fiscali o previdenziali per un periodo da sei mesi a due anni, salvo il rimborso di cui al comma 6.

5. Ai fini della determinazione dell'importo di cui al presente articolo si considera l'importo complessivo ottenuto, truffato o indebitamente applicato, indipendentemente dal fatto che provenga da una o più Pubbliche Amministrazioni congiuntamente.

6. l rimborso di cui ai punti 1, 2 e 4 si considera effettuato quando il beneficiario della sovvenzione o dell'aiuto procede alla restituzione delle sovvenzioni o degli aiuti indebitamente percepiti o applicati, maggiorati degli interessi di mora applicabili alle sovvenzioni dal momento in cui li ha ricevuti, ed è

3.2. Le figure incriminatrici di cui all'art. 308 del *Código Penal*[47], che determinano la responsabilità della persona giuridica (in base a quanto dispone il successivo art. 310-*bis*), secondo la giurisprudenza, nonché la dottrina prevalente, si ergono a tutela del patrimonio pubblico in un'ottica "dinamica", ovverosia della finalità di pubblico interesse che sottendono alla gestione delle risorse patrimoniali[48]. Da questo quadro emerge, allora, che l'obiettivo del legislatore sarebbe quello di impedire che valori di natura pubblica, appostati per uno scopo ben preciso, siano deviati dalla destinazione prevista[49].

Tale impostazione, dunque, consente alla disposizione di attrarre anche quelle situazioni nelle quali la condotta tipica non determini un pregiudizio patrimoniale *stricto sensu* inteso, ovverosia quando, ad esempio, le provvidenze percepite vengano pur sempre effettivamente impiegate produttivamente dal percettore, con effetti benefici per l'economia, o per i livelli occupazionali, laddove, però, siano risultati

effettuato prima che sia stato notificato l'avvio di azioni di verifica o di controllo in relazione a detti sussidi o aiuti o, in mancanza di tali azioni, prima che… vengano compiuti atti giudiziari che gli consentano di avere formale conoscenza dell'avvio del procedimento. Il rimborso impedirà a detto soggetto di essere perseguito per eventuali falsità strumentali che, esclusivamente in relazione al debito oggetto di regolarizzazione, abbia commesso prima della regolarizzazione della sua situazione.
7. Il procedimento penale non paralizzerà l'azione di riscossione dell'Amministrazione, la quale potrà avviare gli atti volti alla riscossione a meno che il giudice, d'ufficio o su richiesta di una parte, non abbia convenuto di sospendere gli atti esecutivi dopo aver fornito una garanzia. Qualora non sia possibile fornire una garanzia in tutto o in parte, il giudice può eccezionalmente disporre la sospensione con rinuncia totale o parziale alle garanzie se si rende conto che l'esecuzione potrebbe causare danni irreparabili o molto difficilmente riparabili.
8. I giudici e i tribunali possono infliggere la pena inferiore di uno o due gradi al responsabile di tale reato, purché, decorsi due mesi dalla citazione in giudizio come imputato, laddove questi esegua la reintegrazione di cui all'articolo 6 e ammetta giudizialmente l'addebito. Quanto sopra sarà ugualmente applicabile nei confronti degli altri partecipanti al reato diversi da quello obbligato alla reintegrazione o dall'autore del reato, quando collaborino attivamente all'acquisizione di prove determinanti per l'identificazione o la cattura di altri responsabili, per il completo chiarimento degli atti criminosi o per l'accertamento del patrimonio del debitore o del responsabile del reato».

47 Che deve essere coordinato con la l. 17 novembre 2003, n. 38 ("Legge generale delle sovvenzioni"), che presenta una struttura particolarmente articolata e ampia.

48 Vd. ad esempio STS, II Sez., 7 gennaio 2004, n. 1308. In dottrina sul tema vd. M.C. GOMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, Valencia, 1996, 116 ss; V. SANCHEZ LOPEZ, *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1997, 213; C. MARTINEZ BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico. Parte Especial,* Valencia, 1999, 387 ss; E. CORTÉS BECHIARELLI, *Sub art. 308,* in Id. - J. L. Serrano González de Murillo, *Delitos contra la hacienda pública*, Madrid, 2002, 178 e ss; J. C. FERRÉ OLIVÉ, *El bien jurídico protegido en los delitos tributarios, Revista Justiça e Sistema Criminal,* 2014, v. 6, n. 11, 36. Al riguardo, occorre soggiungere che le tesi "patrimonialistiche" si prestano ad eccezione, nel prisma della proporzionalità, in tutti quei sistemi, come quello italiano, in cui la pena per la frode in sovvenzione è più elevata di quella accordata per la truffa. Nel sistema spagnolo, in considerazione, *da un lato,* delle aggravanti specificamente previste per l'*estafa* (vd. art. 250 c.p. in riferimento all'art. 248 c.p.), nonché, *dall'altro lato,* della fattispecie attenuata di cui al comma 3 dell'art. 308 c.p., invece, non può concludersi con l'affermare che, in astratto, il trattamento sanzionatorio previsto *ad hoc* per le *subvenciones* sia più elevato di quello previsto per la truffa "comune".

49 Vd. anche STS, Sez. II, 28 novembre 2010, n. 1030.

aggirati i requisiti di accesso o, comunque, le linee che sottendevano alla politica agevolativa attuata dall'ente erogante[50].

Quanto, ancora, all'elemento oggettivo, le condotte incriminate si riferiscono alle *subvenciones;* tale nozione è stabilita dall'art. 2 della legge n. 38/2003, in base al quale è tale la concessione: a) alla quale non è sottostante una controprestazione "diretta" del beneficiario (per i finanziamenti vd. comma 4 lettera h); b) finalizzata ad uno scopo determinato; c) che abbia come fine il supporto ad un'attività di interesse pubblico o sociale.

Si deve trattare, allora, di benefici erogati da "Pubbliche Amministrazioni" (definite, in senso ampio, dall'art. 3) in favore di soggetti privati, ma, in taluni casi (perlomeno in base al testo vigente dell'art. 308 c.p.), anche pubblici (ferme le eccezioni previste dagli artt. 2 e 4)[51]. Sicché, si percepisce, già da ciò, una differenza di rilievo rispetto al sistema italiano: la configurabilità del reato nel caso in cui le concessioni siano state captate abusivamente da soggetti qualificati all'interno di enti pubblici, in favore di questi ultimi[52]; di converso, si evidenzia l'esclusione, *ratione materiae,* dal raggio d'azione della disposizione in disamina di una serie di concessioni/erogazioni, quali talune prestazioni assistenziali previste per malattia, disoccupazione, etc. (per le quali sono previste le figure incriminatrici speciali di cui agli artt. 307, 307-*bis* e 307-*ter*)[53].

3.3. Quanto alla condotta tipica, che si sostanzia in dichiarazioni false o in un "silenzio antidoveroso" correlato a condotte di occultamento in ordine a fatti rilevanti ai fini del riconoscimento delle provvidenze[54], il *Tribunal Supremo* si è soffermato con particolare attenzione su tale elemento, anche al fine di tracciare la linea di confine con il delitto di cui all'art. 248 c.p. e, cioè, con la truffa. Il tutto anche in ragione delle difficoltà emergenti dalla circostanza che, come si è rilevato, la *fraude in subvenciones* si integra al superamento di una "soglia" quantitativa[55], tanto da far

50 In tal senso vd. G. RODRIGUEZ RAMOS, *La nueva configuración del fraude de subvenciones,* 17 aprile 2019, in *www.diadriolaley.laleynext.es.edx*

51 Vd. STS, Sez. I, 17 dicembre 2021, n. 1002.

52 Vd. in argomento Cass., Sez. II, 14 gennaio 2015, n. 4416.

53 Sui rapporti vd. M. BARCELÓ MONTANO, *El delito de fraude de prestaciones de la seguridad social: aplicación prática y cuestiones problemás,* in *Act. Jur. Uría Men.,* 2018, n. 50, 62 ss. Per le frodi fiscali l'armamentario penalistico è costituito dagli artt. 305 e 305-*bis* c.p.

54 Vd. STS, Sez. II, 12 novembre 2007, n. 965 che, analizzando le forme tipiche di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 308 c.p., ribadendo sostanzialmente il valore della *littera legis,* ha affermato: «nella prima di queste due modalità, la condotta criminosa può integrarsi non dicendo la verità nelle condizioni richieste per la sua concessione o nascondendo quelle che avrebbero impedito tale concessione». In dottrina vd. I. BLANCO CORDERO, *Delitos contra la hacienda pública y la securidad social,* in *Eguzkilore,* 2000, n. 14, 38 ss.

55 Qualificata dal *Tribunal Supremo* come condizione obiettiva di punibilità (vd. da ultimo STS, Sez. I, 10 marzo 2022, n. 227; in precedenza, vd. STS, Sez. I, 23 gennaio 2020, n. 676; STS, Sez. I, 1 marzo 2002, n. 435); nella giurisprudenza di merito vd., da ultimo SAP Madrid, Sez. XXIII, 18 ottobre 2021, n. 514. Nel sistema nostrano, invece, in relazione alla "soglia" prevista dall'art. 316-*ter* c.p., la giurisprudenza

sorgere la questione di possibili vuoti di tutela derivanti dall'applicazione del principio di specialità, di cui all'art. 8 c.p.

In particolare, secondo giurisprudenza ormai consolidata, la figura incriminatrice di cui all'art. 308 c.p. non richiederebbe, ai fini della sua integrazione, alcuni elementi tipici della truffa, ovverosia[56] il fine di profitto e l'induzione in errore (anche se l'inversarsi di tali elementi non determinerebbe, *ex se*, la prevalenza dell'art. 248)[57]; il confronto tra le norme incriminatrici farebbe emergere, allora, che la fattispecie "principale" (*estafa*) si radicherebbe, attraverso la condotta tipica di inganno (dalla quale dipendono errore e atto dispositivo), su un sostrato soggettivo ben preciso, rappresentato dalla volontà del soggetto agente, fin dal principio, di captare indebitamente i sussidi per non destinarli allo scopo per il quale essi sono attribuiti[58].

Sicché, la figura speciale (art. 308 c.p.), per tale linea esegetica,entrerebbe in gioco (con conseguente applicabilità dei limiti quantitativi) solo laddove il reo realizzasse la condotta di falso per ottenere sovvenzioni da destinare allo scopo per il quale esse sono state concesse[59].

---

ritiene si sia dinnanzi ad un elemento costitutivo del reato (vd. da ultimo Cass., Sez. VI, 24 giugno 2021, n. 31223).

56 Tenendo contro che la fattispecie, al contrario del referente nostrano, non è incardinata su artifici o raggiri, bensì sull'assai più lato concetto di "*engagño bastante*". Vd. N. PASTOR MUÑOZ – I. COCA VILA, *Delictos contra el patrimonio,* in J.M. Silva Sánchez (a cura di), *Lecciones de derecho penal. Parte especial,* Barcellona, 2018, 257 ss.

57 Vd. ad esempio STS, Sez. I, 8 maggio 2019, n. 234: «mentre con la truffa il legislatore vuole sanzionare comportamenti eminentemente offensivi del patrimonio in cui il danno cagionato dall'agente è materialmente svincolato dall'idea di ottenere un sussidio, il comportamento che si vuole essere punito con l'art. 308 è la perturbazione specifica degli obiettivi perseguiti e delle esigenze prefissate nei regimi di aiuto e sovvenzioni. È stato quindi giustamente affermato che il reato di truffa su sussidi, detrazioni e aiuti, e il reato di frode, hanno in linea di principio ambiti di applicazione diversi. Il reato di truffa opera nei casi in cui l'illegalità non sta tanto nella falsificazione o nell'occultare le condizioni per ottenere il sussidio, bensì laddove è totalmente assente l'intenzione di destinare i fondi agli scopi previsti. Il reato di truffa si configura come reato principale rispetto al reato di frode in sovvenzioni. Solo così la decisione del legislatore relativa al trattamento sanzionatorio della truffa e delle "soglie" di rilevanza della frode in sovvenzioni può ritenersi coerente. L'introduzione dell'art. 308 c.p. non ha inteso perseguire lo scopo di ridurre il campo applicativo della truffa, ma eliminare un vuoto di tutela. Sarebbe del resto irragionevole che una condotta sostanziante truffa, ma relativa a sovvenzioni, rimesse impunita in ragione dei limiti quantitativi previsti dall'art. 308».

58 Vd. anche SAP Valencia, Sez. II, 20 gennaio 2020, n. 13, con ampi riferimenti giurisprudenziali.

59 Cfr., da ultimo, STS, Sez. I, 6 aprile 2022, n. 354. Per il resto, come è stato attentamente rilevato in dottrina (vd. M.C. GÓMEZ RIVERO, *Sub art. 308*, in M. Gómez Tomillo, *Comentarios al Código penal,* Valladolid, 2010, 1206) in questo rapporto complicato tra truffa "comune" e frode in sovvenzioni, nel caso in cui non si integri, per l'effetto dell'applicazione delle "soglie", il delitto di cui all'art. 308 c.p. è difficile sostenere che la condotta, pur rivestendo i caratteri di cui all'art. 248 c.p., ma realizzata con finalità di destinare i sussidi nelle modalità prescritte, possa essere ricondotta a tale ultima disposizione, consentendone la riespansione. Ciò in quanto (specie in considerazione delle più favorevoli previsioni relative alla non punibilità della frode in sovvenzione per l'effetto di condotte riparatorie *post*-delittuose) si giungerebbe ad una soluzione paradossale, irragionevolmente *contra reum*.

3.4. Riguardo, invece, alla previsione di cui al comma 2 (ipotesi di distrazione che, per l'effetto del necessario richiamo alla disciplina delle sovvenzioni, rappresenta una *"norma penal en blanco"*), la giurisprudenza ha stabilito, in ordine ai rapporti con la figura di cui al comma 1, che «il reato è regolato da due tipiche alternative: l'ottenimento fraudolento di un contributo e l'utilizzo deviato dei fondi ottenuti. Queste sono tipiche alternative indipendenti, ovvero nessuna delle due dipende dalla verifica dell'altra. Ne consegue che, una volta provata l'illegittima diversione dei fondi ricevuti dalla sovvenzione, diventa irrilevante la questione se, inoltre, la sovvenzione sia stata ottenuta in maniera fraudolenta»[60].

Anche rispetto alla fattispecie di cui al comma 2 dell'art. 308 c.p., la giurisprudenza ritiene che il presupposto di applicabilità sarebbe rappresentato dalla circostanza che, *ab initio,* l'intenzione del reo sia quella di destinare le risorse pubbliche allo scopo per il quale le stesse sarebbero state messe a disposizione[61]; talché, in buona sostanza, la fattispecie si integrerebbe per l'effetto di un "cambio di programma", successivo all'ottenimento delle sovvenzioni.

Tale lettura, però, a ben considerare, combinata con quella seguita dalla giurisprudenza in ordine alla figura di cui al comma 1, lascia privi di disciplina in sede penalistica tutti quei fatti, seppur residuali, di indebita percezione che, sul presupposto dell'intenzionalità originaria del soggetto agente di non destinare affatto

60 STS, II Sez., 19 maggio 2006, n. 523. In senso diverso vd. STS, Sez. II, 3 giugno 2015, n. 277 che, pur affermando che le fattispecie di cui ai commi 1 e 2 non possano concorrere nel caso in cui le condotte si inseriscano nel contesto della medesima procedura agevolativa, ha sostenuto che la figura distrattiva si rivelerebbe sussidiaria rispetto a quella di frode, trovando applicazione solo laddove quest'ultima non sia integrata. Movendo, allora, dal bene giuridico tutelato dalle due figure, e dal presupposto che si è al cospetto di una "norma a più fattispecie" (e non di una "fattispecie a più norme"), sembrerebbe più corretta la soluzione sposata dalla pronuncia da ultimo segnalata, con la conseguenza che, una volta superate le "soglie", integrato il delitto di cui al comma 1, se *da un lato* ulteriori, eventuali erogazioni, si saldano in un unico coacervo (anche agli effetti della prescrizione, in termini di *delito permanente*), *dall'altro* la disposizione al comma 2 diventa inoperativa. Sulla definizione generale di *delito permanente* vd. STS, Sez. II, 31 marzo 2016, n. 255: «es cierto que el delito permanente no aparece definido en el Código Penal, a diferencia de otras figuras como el delito continuado o el concurso de delitos. Pero en nuestro derecho penal se entiende por delito permanente una forma delictiva caracterizada porque la conducta del agente, no obstante haberse consumado en un momento determinado, crea un estado delictivo que se dilata y extiende en el tiempo, de tal manera que el delito sigue cometiéndose en cuanto no se ponga término al estado delictivo así creado, teniendo la posibilidad de hacerlo. En este sentido el delito de exacciones ilegales, cuando genera como resultado el pago de dichas exacciones, no es un delito instantáneo porque la ofensa al bien jurídico no cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica, sino permanente, en la medida en que la exigencia de pago de cantidades indebidas perdura en el tiempo mientras éstas se siguen pagando, es decir que la ofensa al bien jurídico protegido se mantiene en tanto en cuanto el propio agente no decida voluntariamente hacerla cesar, de modo que todos los momentos de su duración se imputan como consumación de la acción delictiva. En consecuencia, el plazo de prescripción no comienza a correr hasta que se elimina la situación ilícita (art. 132 c.p.), es decir hasta que se realiza el último pago».

61 Cfr. STS, Sez. I, 22 marzo 2018, n. 146.

le sovvenzioni ricevute in conformità allo scopo impresso dalla misura agevolativa, non producano un inganno, ovverosia nel caso di procedure "automatiche" (il che evidenzia una disomogeneità con il sistema tedesco e quello italiano).

Il tutto salvo a voler ritenere applicabile, per tali casi, l'ipotesi generale della *apropiación indebida* di cui all'art. 253 c.p. (nell'orizzonte della mancata destinazione delle risorse allo scopo prefissato dalla Pubblica Amministrazione), facendo leva su quella interpretazione in base alla quale tale figura sarebbe operativa anche nel caso di mera "*frustración del fin*"[62], oppure, per le risorse UE, l'art. 306 c.p.

3.5. In merito, allora, ai rapporti con l'art. 306 c.p.[63], si osserva che tale disposizione è stata oggetto di modifiche con la LO 1 luglio 2019, n. 9 (che, in esecuzione della Direttiva "PIF", ha introdotto nel testo dell'art. 308 c.p., tra i soggetti passivi, l'Unione europea, nonché una clausola di sussidiarietà nel testo del predetto art. 306 c.p.); si tratta di una scelta che ha determinato un'evidente sovrapposizione tra le due disposizioni, tanto da sollevare forte perplessità tra gli studiosi della materia[64]. In questo contesto, allora, la soluzione che appare plausibile è l'applicabilità, residuale, della fattispecie[65] da ultimo richiamata nelle ipotesi in cui le condotte di indebita captazione o di distrazione delle risorse UE attengano a importi tra i quattromila e i diecimila euro[66].

3.6. Quanto alla previsione di cui al comma 4 dell'art. 308 c.p., si è dinnanzi ad una figura attenuata (non qualificabile come una circostanza attenuante nell'accezione

62 Sulla capacità "espansiva" della figura vd. M.L. SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiacion indebida y la administracion desleal de dinero ajeno,* Madrid, 1995, *passim.* Il tutto sulla base, ancora una volta, di una visione "dinamica" del patrimonio, orientata a valutarne le proiezioni funzionali. Sul tema, in giurisprudenza, vd., tra le ultime, STS, Sez. I, 29 aprile 2020, n. 693. Sul tema della persistente rilevanza della condotta "distrattiva" nel contesto dell'art. 253 c.p., anche a seguito della riforma apportata con la LO 1/2015, del 30 marzo 2015, vd. STS, Sez, I, 15 dicembre 2016, n. 947; STS, Sez. I, 21 aprile 2022, n. 394.

63 Che così recita: «Chiunque, con atto od omissione, froda i bilanci generali dell'Unione Europea o altri da essa amministrati, per un importo superiore a cinquantamila euro, eludendo, fuori dei casi previsti dal comma 3 dell'articolo 305, il pagamento di somme dovute *o, attribuisce, fuori dei casi previsti dall'articolo 308, ai fondi ottenuti un impiego diverso da quello al quale erano destinati o ottiene indebitamente fondi falsificando le condizioni richieste per la loro concessione o occultando quelle che l'avrebbero impedita*, sarà punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa sei volte l'importo predetto e la perdita della possibilità di ottenere sussidi o aiuti pubblici e il diritto a godere di benefici o incentivi fiscali o previdenziali per la durata dai tre ai sei anni. Se l'importo frodato o indebitamente impiegato non supera i cinquantamila euro, ma supera i quattromila, si applica la reclusione da tre mesi a un anno o la multa da tre volte la suddetta somma e la decadenza dalla possibilità di ottenere sussidi o gli aiuti pubblici e dal diritto a fruire di agevolazioni o agevolazioni fiscali o previdenziali per un periodo da sei mesi a due anni».

64 Vd. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial,* Valencia, 2021, 999.

65 Che, peraltro, nonostante l'utilizzo del termine "*defraudar*", mostra una struttura che non sembra incardinata sull'induzione in errore, specie in considerazione della previsione di una condotta puramente distrattiva.

66 Sul tema vd. A. ZARATE CONDE, in *Delitos contra la hacienda pública y contra la securidad social,* in Id., *Derecho penal. Parte especial,* Madrid, 2021, 512.

nostrana in quanto, quale *circustancia específica,* costituisce elemento del tipo e, quindi, in base a quanto dispone l'art. 67 c.p., è sottratta al giudizio di bilanciamento) che, nel contempo, traccia il limite della rilevanza penale del fatto[67].

3.7. In ordine al momento consumativo, anche nel sistema spagnolo, perlomeno rispetto alla figura delineata al comma 1 dell'art. 308 c.p.[68], sono sorti dubbi; tuttavia, a ben considerare, la formula impiegata dal legislatore (*"el qui obtenga subvenciones o ayudas"*)[69] sembrerebbe confortare la tesi per la quale il reato si integri al momento dell'effettiva percezione dei sussidi, successivamente, cioè, alla concessione[70].

Quanto alla figura distrattiva, il *Tribunal Supremo,* con una soluzione che appare convincente, ha rimarcato che il reato di cui al comma 2 dell'art. 308 c.p. si sostanzi quando il soggetto distolga i beni oggetto di sovvenzione, di valore superiore ai limiti quantitativi fissati dal legislatore, dallo scopo prefissato, rilevando che se *da un lato* successivi atti distrattivi, relativi alle medesime provvidenze, si fondono con i precedenti (non determinando l'integrazione di ulteriori illeciti), *dall'altro* il reato si consuma dal momento in cui è divenuto incontrovertibile lo sviamento, termine questo che, in difetto di ulteriori elementi dimostrativi, deve essere fissato nella scadenza definita dalla misura agevolativa di riferimento[71].

3.8. In conclusione, il sistema spagnolo, al di là delle differenze rispetto a quello italiano e tedesco[72], si rivela assai problematico, *tanto* in ragione della tecnica con la

67 Sul limite di rilevanza incide, altresì, la previsione di cui al comma 5 dell'art. 308 c.p. che, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 74 comma 2 c.p., determina una "connessione" tra gli importi indebitamente captati in più procedure agevolative. A seguito della riforma operata con la LO 1/2019, peraltro, è stato eliminato lo "sbarramento" dell'anno solare; con la conseguenza che la disposizione in disamina se *da un lato* amplifica il campo di operatività dell'art. 308 c.p., *dall'altro lato* impatta sulla disciplina del concorso di reati, attraverso una *reductio ad unum* che potrebbe, nella prassi, determinare un regime di eccessivo *favor* per il reo, se non addirittura, più in generale, assumere una valenza "criminogena".

68 Per l'ipotesi distrattiva di cui al comma 2 vd. ampiamente SAP Granada, Sez. I, 28 dicembre 2020, n. 391, che ha ben sottolineato come si tratta di un delitto che si consuma nel momento in cui i beni oggetto di sovvenzione vengano distolti dalla funzione prevista dalla misura agevolativa.

69 Unitamente alla struttura della causa di non punibilità di cui al comma 6 dell'art. 308 c.p., su cui *infra.*

70 Così, N.J., DE LA MATA BARRANCO, *Delitos contra la hacienca pública,* in AA.VV., *Derecho penal económico y de la impresa,* Madrid, 2018, 583 (con alcune, opportune precisazioni); in giurisprudenza STS, Sez. I, 10 settembre 2020, n. 439. *Contra,* però, vd. SAP Cordoba, Sez. III, 15 maggio 2006, n. 114: «in riferimento all'art. 308 c.p., come si vede dalla sentenza impugnata, il momento consumativo in questo tipo di delitti non rappresenta una questione pacifica in dottrina e in giurisprudenza, riscontrandosi risoluzioni che intendono che il delitto si consumi con la presentazione delle dichiarazioni false, altre che sostengono che si consumerebbe con la percezione delle sovvenzioni. Per risolvere la questione, risulta chiarificatore il riferimento alla legge Generale delle sovvenzioni, che separa concettualmente e cronologicamente i momenti della concessione e dell'erogazione delle sovvenzioni (artt. 25 e 34), subordinando quest'ultima alla realizzazione dell'attività agevolato, salvo le ipotesi di anticipazione. Da questo ne deriva che il delitto di cui al comma 1 si consuma con l'atto amministrativo di concessione».

71 STS, Sez. I, 24 febbraio 2021, n. 156.

72 In questo senso si segnala anche la diversa operatività della causa di esclusione della punibilità correlata a condotte resipiscenti *post*-delittuose, atteso che, al netto della previsione attenuante relativa

quale sono state redatte le singole disposizioni, che non appare ineccepibile, *quanto* in un'ottica d'insieme, relativa al rapporto tra norme incriminatrici "comuni" e "speciali" che, come si è accennato, solleva numerosi dubbi ermeneutici ed applicativi. Non è un caso, dunque, che la dottrina abbia sviluppato plurime e pregnanti critiche alle scelte attuate, nel settore, dal legislatore[73].

4. **Il sistema francese: la tutela affidata a figure incriminatrici "classiche" (con qualche problema di adattamento).**

4.1. Del tutto diversa è la scelta operata nel tempo dal legislatore francese che, imponendo costanti obblighi dichiarativi in capo ai beneficiari delle agevolazioni pubbliche, in diverse fasi delle procedure (l. 68-690 del 31 luglio 1968), ha inteso contrastare il fenomeno delle frodi in sovvenzioni attraverso lo strumentario penalistico "ordinario", non elaborando, cioè, delle previsioni incriminatrici autonome, come hanno fatto, invece, Italia, Spagna e Germania[74].

Le fattispecie di riferimento (perlomeno in ordine ai soggetti beneficiari diversi dalle Pubbliche Amministrazioni) sono, in particolare:

a *l'escroquerie* (truffa)[75], disciplinata dagli artt. 313-1 ss[76]. Si tratta di una fattispecie[77] che, come da tradizione[78], si perpetra attraverso comportamenti fraudolenti. Il reato si integra, in questo caso, anche attraverso l'assunzione, da parte del *deceptus*, di una obbligazione (o dal *décharge*); talché, nel contesto delle

al pentimento "tardivo" di cui al comma 8, nonché delle difformità dettate dalla struttura delle rispettive fattispecie incriminatrici, nel sistema spagnolo: i) lo sbarramento è rappresentato, come stabilito nel comma 6, dal compimento di atti che consentano la "formale" conoscenza al reo del disvelamento dell'illecito (talché, si potrebbe sostenere, si è al cospetto di un pentimento "un po' meno volontario" rispetto a quello disciplinato in Germania); ii) in Spagna, la condotta riparatoria *post delictum* determina la non punibilità anche per fatti di falso eventualmente commessi in relazione alla procedura agevolativa. Si tratta di norme premiali che mettono in risalto l'interesse perseguito dallo Stato all'effettivo recupero delle risorse economico-finanziarie sviate, che connota l'intero sistema dei delitti di cui al Titolo XIV, anche in considerazione delle previsioni di cui all'art. 308-*bis* c.p. in ordine all'esecuzione della pena. Sul tema vd. F. BERTRÁN GIRÓN, *Regularización y delito contra la hacienda pública,* Madrid, 2021.

73 Vd., per tutti, L. ARROYO ZAPATERO, *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea,* Toledo, 2021, 197 ss.

74 La scelta è stata confermata attraverso l'ordinanza 2019-963, del 18 settembre 2019, relativa alla "lotta contro la frode ai danni degli interessi finanziari dell'Unione europea mediante il diritto penale", adottata alla luce della Direttiva "PIF", nonchè dalla successiva l. 2020-1672, del 24 dicembre 2020.

75 Occorre, però, rilevare che nel sistema francese sono previste fattispecie incriminatrici *ad hoc* in riferimento a specifiche forme di sussidio, in relazione alle attività di lavoro dipendente e alle prestazioni sociali in genere. Vd. sul punto Y. MAYAUD – C. GAYET, *Code pénal,* Parigi, 2021, 1115 ss.

76 Quanto alle forme di manifestazione del reato, al di là all'aggravante di cui all'art. 313-2 n. 4, secondo periodo, in relazione alla funzione pubblicistica della persona offesa, l'art. 313-3 ammette il tentativo.

77 Per la quale l'art. 313-9 c.p. prevede la responsabilità delle *personnes morales.*

78 A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit penal special,* vol. II, Parigi, 1982.

agevolazioni, si configura la responsabilità, ai sensi della disposizione in disamina, già allorquando la Pubblica Amministrazione, indotta in errore[79], attraverso un atto concessorio, assuma l'obbligo di corrispondere i sussidi in favore del beneficiario[80]. Ai fini dell'integrazione del reato[81], tuttavia, secondo consolidati orientamenti giurisprudenziali, non è sufficiente la mera menzogna, o la produzione di documenti falsi[82], essendo, invece necessario un *quid pluris,* vale a dire una vera e propria *mise en scène*[83] (il che limita, notevolmente, nello specifico settore, l'operatività della disposizione). Inoltre, il comportamento tipico è soltanto di tipo attivo, tanto che il mero silenzio non può integrare il delitto[84];

b l'*abus de confiance* (ovverosia "l'abuso di fiducia", sul quale hanno inciso gli interventi normativi di cui sopra), di cui all'art. 314-1 c.p. (ascrivibile all'ente collettivo, in base a quanto dispone l'art. 314-12 c.p.), che punisce «*le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé*», ovverosia, in estrema sintesi, una condotta *latu senso* distrattiva[85].

79 Sul necessario nesso di causalità tra inganno e atto dispositivo vd., tra le tante, Cass., Chambre Crim., 11 marzo 2015, n. 13-87.426; Cass., Chambre Crim., 18 luglio 2017, n. 16-82.832. Sicché la disposizione in oggetto, in effetti, non sembra garantire una copertura per le ipotesi di agevolazioni concesse attraverso procedure "automatiche".

80 Vd. Cass., Chambre Crim., 19 maggio 2021, n. 20-83.223.

81 Peraltro, nel caso in cui l'azione fraudolenta conduca al pagamento dell'indebito in diverse *tranche,* il reato si manifesta come a consumazione prolungata, anche agli effetti della prescrizione, che decorre dall'ultima rimessa, atteso che l'azione decettiva e gli atti percettivi costituiscono "*un tout indivisible*". Vd., tra le più recenti, Cass., Chambre Crim., 17 febbraio 2016, n. 14-86.972; Cass., Chambre Crim., 12 gennaio 2010, n. 09-88.508.

82 Tale condotta può, però integrare, *ex se* fattispecie di falso. In particolare vd. art. 441-6 c.p. Nel caso di consumazione della frode, questa concorre con le fattispecie di falso: vd. da ultimo, con ampia motivazione, Cass., Chambre Crim., 15 dicembre 2021, n. 21-81.864.

83 Vd., tra le più recenti, Cass. Chambre Crim., 20 gennaio 2021, n. 19-81.464. In dottrina vd. J. PRADEL – MICHEL DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial,* Parigi, 1994, 561 ss.

84 Vd. Cass., Chambre Crim., 18 gennaio 2017, n. 16-80.200; Cass., Chambre Crim., 6 maggio 2015, n. 14-81.066.

85 Vd., nella manualistica, P. CONTE, *Droit pénal spécial,* Parigi, 2016, 408 ss. Tale fattispecie, che presuppone la violazione degli impegni assunti dall'*accipiens* (cfr. Cass., Chambre Crim., 14 maggio 2003, n. 02-83.254), ruota attorno alla "precarietà" della disponibilità da parte del soggetto attivo, tanto che se la cosa che ne forma oggetto entra nella sfera di proprietà dell'*accipiens,* il delitto non è configurabile (vd., da ultimo, Cass., Chambre Crim., 13 ottobre 2021, n. 20-86.605, secondo la quale «*il résulte de ce texte que l'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, valeurs ou biens remis à titre précaire*»). Vd., in argomento, W. JEANDIDIER, *Abus de confiance: nécessité d'une remise à titre précaire et inopérance du simple retard à restituer*, 7 febbraio 2022, in *www.editions-legislatives.fr.* Il che, evidentemente, rende perlomeno discutibile la configurabilità della fattispecie nel caso di somme erogate in favore del beneficiario, soprattutto a "fondo perduto"; tuttavia, in senso contrario, vd. Cass., Chambre Crim., 3 giugno 2015, n. 14-82.082, in ordine all'utilizzo di fondi concessi per sostenere spese di formazione di apprendisti. Vd. anche Cass., Chambre Crim., 9 gennaio 2008, n. 07-83.425, sulla distrazione di fondi concessi per la realizzazione di edifici destinati ad ospitare studenti. In particolare, tale pronuncia ha fatto leva sulla circostanza che i sussidi pubblici, essendo vincolati ad un determinato scopo, sarebbero sostanzialmente da considerarsi nella disponibilità precaria del

4.2. In definitiva, il sistema francese (ove la tutela dell'intervento pubblico nell'economia, come si è accennato, si fonda su alcune, principali figure incriminatrici "comuni"), se *da un lato* si rivela, per certi versi, un avamposto più sguarnito rispetto a quello apprestato dal legislatore tedesco, *dall'altro* appare assai meno confusionario di quello spagnolo.

Per altro verso, la trama delle disposizioni dianzi richiamate (grazie all'ausilio delle figure di falso dichiarativo) non sembra presentare reali vuoti di disciplina nella lotta alle frodi, seppur al netto di alcune interpretazioni lasche della giurisprudenza (in particolare sull'*abus de confiance*), che sono, in effetti, in larga parte alimentate dalla collocazione sistematica delle figure *de quibus,* o meglio dal riferimento al bene giuridico-patrimonio.

5. **Conclusioni.**

Dall'analisi sopra sviluppata possono essere ora tratte alcune brevi considerazioni conclusive; il fenomeno delle frodi nelle sovvenzioni, lungi dall'essere un problema esclusivamente italiano, come attestano anche i *report* annuali pubblicati dall'OLAF, coinvolge, seppur in diversa misura, tutti i Paesi membri dell'UE.

Dal punto di vista penalistico, si è cercato di illustrare i punti di contatto, ma anche le diversità tra il sistema italiano, tedesco, spagnolo e francese; dalla ricerca condotta emerge, con chiara evidenza, che essi siano il frutto di scelte di politica criminale e di tecniche di redazione molto differenziate.

Si tratta, per molti aspetti, di soluzioni che riflettono alcune caratteristiche peculiari, più generali, delle tradizioni penalistiche di questi Paesi, piuttosto che, per il vero, specifici fattori criminologici. C'è da domandarsi, allora, se delle simili difformità possano ritenersi razionali, specie in considerazione del fatto che, a ben considerare, si tratta di tutelare risorse UE o, comunque, valori che sono "soprannazionali", tra i quali il libero gioco della concorrenza, il mercato e il benessere dei consumatori, come riflesso delle dinamiche produttive e di scambio di beni e servizi.

Fermo allora che la disomogeneità è palese anche nella disciplina amministrativa delle procedure agevolative, si è dinnanzi ad un quadro che, a livello generale, mostra che i persistenti "nazionalismi" (specie in una materia "divisiva" come il diritto penale) prevalgono ancora sulle buone ragioni di una politica criminale comune, quando invece uno sforzo in un'ottica di "convergenza", tale da sfociare in uno strumentario sanzionatorio (almeno in larga parte) omogeneo, appare la

beneficiario. Si deve soggiungere che, in alcune pronunce, la giurisprudenza francese ha ammesso il concorso tra truffa e *abus de confiance,* sulla base della differenza strutturale tra le due figure (vd. ad esempio Cass., Chambre Crim., 26 febbraio 2002, n. 01-84.144). Ammette il concorso anche G. DELRUE, *L'escroquerie et l'abus de confiance,* Anversa, 2007, 19.

soluzione più razionale in ragione del riferimento al medesimo oggetto di tutela e alle esigenze che vi sottendono.

In tale prospettiva, le scelte del legislatore italiano, perlomeno attraverso la lettura che è stata fornita dalla giurisprudenza sui testi (frutto, lo si ribadisce, di una tecnica legislativa tutt'altro che perfetta) delle disposizioni di riferimento (artt. 640-*bis*, 316-*bis* e 316-*ter* c.p.), non sembrano rappresentare un punto di partenza improbabile per scelte *de iure condendo* che potrebbero essere attuate da altri, in Europa.

Insomma, in questo caso, "l'erba del vicino" non appare "più verde"!

A INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DO FENOMÊNO CORRUPTIVO

Francesco Fabrizio Tuccari (*)

Resumo [POR]. Este artigo propõe como objeto de estudo a problemática da informação, entendida, tanto em sentido ativo (informar), bem como passivo (ser informado), na acepção de instrumento de prevenção do fenômeno corruptivo, com referencia específica as alertas e denúncias.

Palavras-chave: corrupção, informação, prevenção

Abstract [ENG]. *The aim of this is to investigate the role of information, considered, both in active prospective (to inform) and in passive sense (to be informed), as a tool to prevent corruption, with particular regard to whistleblowing.*

***Keywords**: corruption, information, prevention*

SUMÁRIO: 1. Introdução. **– 2.** O tema e as questões. **– 3.** O quadro jurídico. **– 4.** O modelo italiano. **– 5.** Conclusões e perspectivas.

1. Introdução.

É muito difícil trazer à tona o fenômeno corruptivo em sua totalidade e suas diferentes formas.

Seja corrupção criminal ou mais ampla e articulada má administração, eles surgem e se proliferam, como regra, em climas e contextos de silêncio ou conivência em decorrência de suas características intrínsecas, tais como a bilateralidade da ofensa e sua punibilidade bem como a sua expansão lesiva retardada, também por causa da atitude de (geralmente falsa) indiferença, típica dos ambientes da vida e do trabalho, induzida pelo temor de represálias e discriminações.

Além disso, os diferentes tipos de instrumentos e técnicas utilizados atualmente para detectar e medir a corrupção e a má administração, qualquer que seja o tipo dos indicadores em que se baseiam, numérico ou senso-perceptual, nem remontam às causas do fenômeno em questão e acabam por oferecer um quadro apenas fragmentado, parcial e nem sempre objetivo da real extensão e consistência do mesmo.

E assim, por um lado, enquanto as estatísticas judiciais refletem exclusivamente a corrupção denunciada e que resultou em uma condenação, os dados das despesas relativas a contratos públicos, isoladamente, não explicam se o fenômeno corruptivo depende da ineficiência administrativa ou, pelo contrário, constitui uma consequência; por outro lado, as amostragens fundadas na corrupção percebida têm a limitação da subjetividade, e portanto da não unicidade, da percepção, e discurso semelhante vale para as amostras fundadas em corrupção conhecida ou vivenciada, no caso em que os entrevistados sejam relutantes ou respondam sem sinceridade.

Daí a necessidade da construção de um sistema adequado de conhecimento do fenômeno corruptivo como precondição para poder enfrentá-lo e preveni-lo de forma eficaz, o que exige, à luz do que acabo de dizer, antes de tudo a identificação de indicadores adicionais e ainda mais fiáveis, bem como a integração dos instrumentos e técnicas e a interface dos vários dados assim obtidos; e inclui também o reforço das medidas de transparência, que certamente não se esgotam nas diferentes obrigações de comunicar e publicar informações, documentos e dados relativos à organização e à atividade administrativa, assim como no direito de acesso cívico, também universal, ao mesmo.

Ao interno desse cenário, na verdade, torna-se imprescindível a participação da sociedade civil, por vezes, inclusive, com previsão normativa em nível internacional[1], que se traduz numa efetiva colaboração e numa sinérgica cooperação com os polos institucionais dando origem a formas de controle ulterior e difuso sobre a atuação dos poderes públicos.

Um contributo fundamental neste sentido consiste nas informações sobre o fenômeno corruptivo provenientes do interior dos vários contextos que são afetados, que por isso constituem um observatório altamente privilegiado, tais como daquelas relacionadas com as alertas e denúncias de ilícitos e irregularidades realizadas espontaneamente no interesse público pelos cidadãos e trabalhadores, para chamar a atenção de outrem a respeito da violação de regras de conduta em geral para que o mesmo seja corrigido.

Este artigo propõe como objeto de aprofundamento este segundo tipo de alertas e denúncias.

2. O tema e as questões

É fácil de intuir, desde o início, que a questão envolve os âmbitos cultural, ético e político, antes mesmo e muito além do jurídico, relacionando-se sobretudo ao

1(*) Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università del Salento.

Agradeço a D.ra Andreia Cristina Scapin pela cooperação na tradução.

Cfr., por exemplo, o art. 12 da Convenção da União africana sobre a prevenção e o contraste à corrupção (1° de julho de 2003) e o Preâmbulo da Convenção Arabe anticorrupção (21 de dezembro de 2010).

conceito tido pelo denunciante e à consequência que a realização da alerta possa ter em relação ao ambiente de trabalho e à opinião pública de modo geral; conexo, inclusive, à real vontade política de afrontar um tema tão escorregadio e espinhoso, bem como, à configuração e à aplicação do regime estatutário correspondente.

Proveniente do sistema norte-americano, em que foi introduzido pela primeira vez na jurisprudência e depois a nível legislativo[2], e mais tarde "transferido" em numerosos outros ordenamentos, quase sempre em atuação de obrigações internacionais e supranacionais, o fenômeno da denúncia foi, na verdade, por muito tempo, considerado com desconfiança, quando não em maneira negativa ou de forma reprovável.

E na verdade, o denunciante, também chamado assoprador do apito, associando-se à emblemática figura do árbitro de competições desportivas e do policial civil britânico, foi considerado por muito tempo apenas como quem revela a notícia referente ao próprio ambiente de trabalho, quebrando as obrigações basilares de fidelidade, lealdade e privacidade em relação à organização à qual pertence, as quais incumbem a qualquer prestador de serviço; daí uma serie de epítetos, tais como informador, espião, infiltrado, delator, desbocado, mexeriqueiro, alarmista, linguarudo, dedo-duro, arrependido, boca grande, fofoqueiro, traidor e sabotador.

A sucessiva reavaliação do fenômeno, fruto da revisão de tais conceitos, convencionalmente atribuída à Ralph Nader e difundida nos primeiros anos da década de setenta do século passado, direcionou para que o denunciante es que, antepondo o interesse geral ao interesse da organização à qual pertence, comunica as várias ilicitudes, ilegitimidades, irregularidades e, de forma geral, as disfunções que acontecem; e enfatizando a função a ser realizada um modelo de referência e uma pessoa que, sem ser obrigada, age sem se preocupar com os riscos pessoais e profissionais, expondo-se conscientemente e voluntariamente, ao ponto de ser equiparado a um bom samaritano, ou a um guerreiro, ou a um herói ou santo contemporâneo.

Entretanto, com frequência, associa-se a denúncia às consequências prejudiciais que dele podem derivar, seja em relação à vida laborativa do denunciante, seja no

2 Precedido pelo denominado caso Grannis *et al*. del 1777 relativo à denúncia de tratamentos bárbaros e desumanos lesando prisioneiros, o primeiro ato normativo do ordenamento norte-americano sobre a matéria foi convencionalmente individuado pelo *False Claims Act* de 1863, criado para afrontar a corrupção relacionada a fornecimentos militares. A normativa introduzida dessa forma foi criada e implementada por *Lloyd-La Follette Act* del 1912; após disso, a alerta encontrou acesso a princípio em setores específicos, como aqueles da responsabilidade por danos de produtos defeituosos, para depois assumir caráter geral com o *Whistleblower Protection Act* del 1989, seguido pelo *Fraud Enforcement and Recovery Act* de 2009 e pelo *Whistleblowing Enhancement Act* de 2012: atos normativos que determinaram a difusão também em matéria de combate à corrupção, da luta contra a evasão fiscal e, mais genericamente, ao uso deturpado do poder.
No ordenamento britânico, em que desde 1998 vigora o *Public Disclosure Act*, integrado e modificado em 2013 pelo *Enterprise and Regulatory Reform Act*.

que tange à imagem e reputação do aparato organizativo de referimento, razão pela qual os denunciantes são normalmente considerados muito mais do que pessoas a quem inspirar-se e tutelar, pois são vistos como figuras de quem não é possível se ter o controle, isto é, totalmente o oposto, em relação a quem é preciso tomar cuidado e até mesmo tutelar-se.

A partir de então, o entendimento predominante é o de que a consolidação da denúncia deve passar, em primeiro necessário lugar, pelo incentivo e, depois eventualmente, pela proteção do denunciante; daí à alternativa entre entregar o incentivo do instituto a um sistema de recompensa específico, como no ordenamento norte-americano[3] e nos sistemas jurídicos inspirados ao mesmo[4], e individuar outras e diversas possíveis soluções para estimular sua difusão, inscrevendo o fenômeno em uma dimensão de ética pública e correlacionando-o a um dever geral institucional de cooperar com o ente ao qual o trabalhador pertence, no interesse público, geral e específico, a corrigir ou eliminar condutas que possam prejudicar seu bom funcionamento, especialmente com base no perfil da transparência.

Trata-se, como é fácil intuir, de uma opção que es, antes de tudo, cultural e, depois, de política legislativa que, entre o dois extremos do apoio incondicional e da reprovação sem apelo, conhece soluções intermédias, tais como aquele sujeita a variável dependente da previsão de uma cláusula de invariância financeira; ou aquele de uma premiação em dinheiro ou uma recompensa de outra espécie por meio de um sistema de avaliação da prestação de serviço, o que coloca imediatamente o problema do equilíbrio entre a privacidade da identidade do denunciante e a publicidade deste sistema da avaliação e, especialmente, dos incentivos liquidados.

A nível legislativo, uma solução diferente da monetização direta da denúncia figura na Diretiva europeia 2019/1937[5], quem, por um lado, indica, desde o início, a estrada mestra para a promoção do instituto para a elaboração de adequadas formas de proteção do denunciante; e, por outro lado, inclui também possíveis providências econômicas, as quais, todavia, não parecem ter caráter de recompensa, delineando-se, sobretudo, como medida de sustento de natureza indenizatória, para o ônus financeiro que o alertador tivesse que suportar em consequência da sua iniciativa.

3 O *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2010 pode ser contemplado entre outros (§ 922 – *Whistleblower protection*), na hipótese em que a alerta tenha comportado a aplicação de sanções pecuniárias superiores a 1 milhão de dólares, o reconhecimento de um prêmio em dinheiro em favor do denunciante, proporcional entre 10 e 30 por cento da sanção efetivamente cominada.

4 Por exemplo, o artigo 15 da Lei federal brasileira no. 13.964 de 24 de dezembro de 2019 (Lei Anticrime) contempla o reconhecimento de um prêmio em dinheiro em favor do denunciante, na medida fixa do 5 por cento do montante que tenha sido recuperado.

5 Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 referente à proteção das pessoas que denunciam violações de direito da União, em Gazeta oficial da União de 26 de novembro de 2019, L 305/17.

Esta solução, que se pode resumir no lema "promover protegendo (e eventualmente indemnizando)", entendido como a linha diretora para os desenvolvimentos futuros, parece ser a mais persuasiva, porque se não limita a equilibrar as diferentes necessidades, evitando também possíveis instrumentalizações suscetíveis de transformar a monetização direita da denúncia numa espécie de recompensa pela denúncia ou até mesmo pela pessoa a denunciar, na eventualidade em que o denunciante devesse agir formalmente no interesse público mas substancialmente por razões pessoais (por exemplo com o fim de ativação de um procedimento disciplinar em relação a um colega de trabalho antipático, impopular, etc.); e isto em consideração também da dificuldade objetiva para discernir em concreto entre o dois interesses, que estão frequentemente interligados e às vezes sobrepõem-se.

Outro ponto fulcral da denúncia passa-se a sua distinção em relação a outros fenômenos, práticas e institutos similares, em razão da tendência difusa, que resulta também da multidisciplinariedade característica do tema, de relacioná-lo indiscriminadamente a qualquer denúncia, efetuada por quem quer que seja, relativa à potencial violação de qualquer natureza ou tipologia; com o risco de que, sempre que essa tendência tenha que se radicar, a especificidade do fenômeno e as potencialidades que é capaz de exprimir sejam perdidas.

Na ausência de uma definição legislativa de denúncia, tal distinção é obtida por meio da noção conceitual do instituto, convencionalmente extraível a partir da análise das características inerentes à figura do denunciante, bem como da denúncia e ao que lhe gira em torno.

Dessa forma, o traço característico do denunciante consiste em sua relação, entendida na máxima amplitude quanto à natureza, objeto e duração, com o aparato organizativo interessado na denúncia, incluindo todas as possíveis tipologias de relação jurídica (trabalho subordinado, colaboração, *etc*.) referentes à inserção, embora sem estabilidade e atualização, no aparato organizativo do ente, público ou privado, interessado pela denúncia, ou seja, também o simples contato do alertador com o aparato, entendido como aquele regulado por específicas normas de conduta válida para todos os funcionários e a quem tiver algum tipo de relação.

Esta linha fundamental consente distinguir o denunciante, antes de tudo, da figura do alertador cívico, também chamado tocador de sino ou campainha, ou seja, do cidadão comum que denuncia ilícitos por dever ou por puro espírito cívico; a mesma linha permite igualmente diferençar o denunciante da testemunha ou da pessoa informada sobre os fatos, bem como do jornalista de investigação, todavia sem excluir a possibilidade de mudança de um papel em outro.

Por outro lado, porém, requer-se que tal aparato organizativo seja destinado a perseguir finalidades lícitas, permitindo também distinguir o denunciante do informante e do colaborador de justiça.

Outro elemento de identificação do denunciante, desta vez não relacionado a distinções de qualquer natureza, verifica-se no acesso privilegiado que o mesmo possui, para efeitos do trabalho, a informações ou notícias relativas a atos, procedimentos e comportamentos próprios do ente ou a ele referido.

No que se refere à denúncia, por seu lado, entende-se que: seu objeto corresponde à divulgação de possíveis atos de corrupção e má administração, o que distingue o âmbito de operação do denúncia da genérica prática informativa; e, sua finalidade é de interesse público, que se vislumbra no dever de trazer à luz as violações cometidas a fim de que sejam adotadas contramedidas para o caso, característica que constitui um ponto de viragem em relação a atos de delação e espionagem, de iniciativas fundamentadas em razões e controvérsias de caráter pessoal ou em reivindicações.

No entanto, os motivos que levam o denunciante a assumir tal iniciativa são revestidos de total neutralidade, incluindo razões louváveis (tais quais finalidade ético-social), assim como razões reprováveis (tais quais rancor, vingança, *etc.*) ou prosaicas (tais quais recompensa e outras utilidades).

Delineadas as coordenadas essenciais do fenômeno, será efetuada uma breve menção a respeito de algumas hipóteses por meio das quais se traz à discussão a concepção abstrata e, conjuntamente, a aplicação do relativo regime de proteção.

Em primeiro lugar, a denúncia anônima, que conceitualmente poderia suscitar a ideia oposta, podendo configurar sua negação, caracterizando como a mera divulgação de notícias confidenciais reservadas.

Também, o recurso a canais de denúncia diversos daqueles previstos em normas específicas, indicador sintomático da atuação de outros mecanismos e instrumentos. E, ainda, a utilização de canais de denúncia externas à organização interessada que, enquanto para alguns, seriam os únicos em que propriamente se fale da denúncia, para outros, porém, representaria apenas o último recurso do sistema no caso em que a comunicação interna permanece totalmente privada de resultado ou tenha resultado insatisfatória passando por uma série de posições intermediárias, como o que atribui relevância qualificada ao emprego de canais de comunicação externa, ou aqueles que entendem utilizáveis, indiferentemente, tanto os canais internos quanto os externos.

De todos esses elementos, surgem as mais diversas tipologias de denúncia, que podem variamente se combinar, originando modelos teóricos diferenciados: “dentro” ou “fora”, em função do denunciante pertencer ou não à organização interessada pela denúncia; “interna” ou “externa”, em consequência do canal de denúncia

utilizado; "autorizada" ou "não autorizada", em função da necessidade de autorização da denúncia da parte da organização interessada; "anônima" ou "identificada" ou "identificável", com referência à possibilidade de identificar ou não o denunciante.

Depois de ter abordado, no essencial, o debate teórico sobre o tema em questão, agora é preciso tratar do quadro jurídico e legal de referência vigente em matéria.

3. O quadro jurídico

A tradução em termos normativos do fenômeno, declaradamente efetuada em nome da proteção do denunciante, traz à luz um articulado e complexo sistema de fontes que se caracteriza pela presença de múltiplos níveis, o qual aponta a tendência a enquadrar o instituto dentro de um cenário mais amplo do que aquele até então considerado e, também por isso, a tornar mais híbridos os modelos teóricos de origem.

3.1. O direito internacional, que «possibilita o confronto das soberanias nacionais» e se torna cada vez mais uma sede de orientação das escolhas internas, ocupa-se do fenômeno em questão em numerosos atos, diferentes entre si quanto à natureza, alcance e vinculação.

Trata-se, mais especificamente, das convenções de dimensão universal[6] ou de âmbito mais circunscrito[7], além de uma série de outros vários atos e documentos[8],

6 Cfr., no sistema onusiano, os arts. 8, parágrafo 4, e 33 da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção (Convenção de Mérida de 31 de outubro de 2003). Particularmente, essa segunda disposição prevê a obrigação de «qualquer Estado Parte» considerar a «possibilidade», e, portanto, em definitivo a simples faculdade para o mesmo «de incorporar no próprio sistema jurídico as medidas apropriadas para a proteção, no que tange a qualquer tratamento injustificado, de toda pessoa que realize uma denúncia de qualquer fato que configure crime às autoridades competentes, em boa fé e em base razoáveis suspeitas, em relação a qualquer tratamento injustificado» nele previsto.

7 Cfr. art. III, parágrafo 8 da Convenção Interamericana contra a corrupção (29 de março de 1996), art. 5, parágrafos 5 ss. da Convenção da União africana sobre prevenção e contraste à corrupção (1° de julho de 2003) e art. 14 da Convenção Árabe anticorrupção (21 de dezembro de 2010), as quais, diferentemente da Convenção de Merida, contemplam uma específica obrigação para os Estados participantes de adotar um sistema de tutela dos denunciantes. No sistema da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico, a Convenção sobre a luta contra a corrupção dos oficiais públicos estrangeiros nas transações internacionais (7 de dezembro de 1997) não menciona a denúncia que, no entanto, é contemplada pelos documentos relativos à praxe integrativa dos arts. 2 (responsabilidade das pessoas jurídicas) e 5 (aplicações) da mesma; documentos que consistem em Normas Orientadoras (2000), Compilações de princípios (2004) e Recomendações (1998, sobre melhoramento da conduta ética no serviço público; 2009, sobre a luta contra a corrupção internacional nas transações internacionais; 2016, para o desenvolvimento da cooperação entre os atores para a gestão do risco à corrupção; 2017, sobre a integridade pública). No sistema da Organização Internacional do Trabalho, que constitui uma base jurídica para a tutelar o denunciante verifica-se no art. 5, letra *c)* da Convenção sobre a cessação da relação de trabalho por iniciativa do empregador (C158 de 22 de junho de 1982).

8 Sobre o tema, cfr. os denominados Princípios do G-20 de Osaka (*G20 High-Level Principles for the Effective Protection of Whistleblowers*, 28 e 29 de junho de 2019). Ulteriores indicações podem ser

que consideram o fenômeno em dúplice perspectiva: uma, tradicional, de contraste à corrupção e outra, de matriz europeia e afirmada num segundo momento seja para complementar a primeira que de forma autônoma, de promoção e de preservação dos direitos fundamentais de expressão e de informação (entendido tanto como informar quanto como ser informado).

A abertura a essa ulterior perspectiva, centrada no papel informativo assumido pela denúncia em relação à comunidade administrada no que tange ao mal funcionamento dos poderes públicos, que são posteriormente responsabilizados, traduz-se numa revisão da extensão dos elementos que identificam a denúncia e numa revisitação dos aspectos que qualificam o instrumentário da tutela acionável.

Dessa forma, o denunciante é colocado em uma ampla e heterogênea plateia de sujeitos que, a partir do dependente, ora somente público[9] ora também privado[10], inclui os informantes, as testemunhas e os espertos[11], aqueles que divulgam informações reservadas ou secretas[12], os cidadãos, puros e simples[13] ou privados[14], até a abranger qualquer pessoa[15].

Todos esses assuntos sejam considerados merecedores de tutela desde que tenham efetuado a denúncia em boa-fé[16], ou sob uma perspectiva assumida pelo

verificadas no denominado Princípio de Tshwane (*Global Principles on National Security and the Right to Information*, 12 de junho de 2013), bem como na relação sobre a liberdade de opinião e de expressão (Relação ONU de 2015, as várias Relações, a partir de 1998, da Organização dos Estados americanos) ou elaborados por redes internacionais ("*Whistleblowing International Network – WIN*" Report de 2018).

9 Cfr. O art. 8, §4 da Convenção de Mérida (que, todavia, como explicitado na nota, referente ao art. 33 considera também «todas as pessoas que denunciam às autoridades competentes, em boa-fé e com base em razoáveis suspeitas, qualquer fato relacionado a crimes» neles previstos), a Convenção Interamericana contra a corrupção (que, como será esclarecido na nota n. 107, ao interno do citado dispositivo contempla-se, ao lado dos dependentes públicos, também os cidadãos particulares), bem como as orientações para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico de 1998, sobre a melhora da conduta ética no serviço público e de 2016, para o desenvolvimento da cooperação entre os atores para a gestão do risco de corrupção.

10 Cfr. A Recomendação da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico de 2009, sobre a luta contra a corrupção internacional nas transações internacionais.

11 Cfr. A Convenção Árabe anticorrupção.

12 Cfr. as Relações da Organização dos Estados americanos sobre a liberdade de expressão.

13 Cfr. a Convenção da União africana sobre prevenção e contraste à corrupção, cujo chamado aos «cidadãos» apresenta ulterior problema se os destinatários da relativa disciplina sejam exclusivamente aqueles em sentido formal, ou seja, os que possuem nacionalidade relativa a um dos Estados participantes, vale dizer, se por extensão ou analogia possam ser também aqueles que habitam ou trabalham em um ou mais dos Estados participantes, como, por exemplo, os trabalhadores imigrantes.

14 Cfr. a Convenção Interamericana contra a corrupção, que ao interno da mesma disposição contemplam, ao lado dos dependentes públicos, também os cidadãos particulares.

15 Cfr. novamente, remete-se ao art. 33 da Convenção de Mérida, que contém outras disposições (o art. 8, parágrafo 4) que faz referência específica aos dependentes públicos; cfr., também, a Relação da ONU sobre a liberdade de expressão e a Relação do *Whistleblowing International Network*.

16 Cfr. o art. 33 (mas também o art. 8, parágrafo 4) da Convenção de Mérida, a Convenção Interamericana contra a corrupção, bem como as Relações da Organização dos Estados americanos sobre a liberdade de expressão.

denunciante, mais rigorosa e aquiescente à função de informar a coletividade, baseada num lógico convencimento sobre a veracidade e a ilicitude do fato denunciado[17]; á tais pessoas, unem-se eventuais terceiros, como as vítimas dos ilícitos denunciados, seus parentes e pessoas próximas, estendendo-se, portanto, a proteção prevista para o denunciante[18].

A aproximação de todos esses sujeitos, acompanhada da criação e posterior ampliação do possível objeto da denúncia[19], que pode ir muito além da finalidade de prevenção da corrupção, não parece, todavia, idônea a neutralizar a diferenciação, que é atribuída aos ordenamentos nacionais, entre o fenômeno em questão e os outros fenômenos ou institutos semelhantes; o mesmo se aplica em relação aos terceiros, pois estender-lhes a proteção prevista para o denunciante assinala a finalidade da disciplina e conclusão do sistema, sem, porém, torná-los denunciantes no sentido próprio do termo mencionado anteriormente.

Discurso análogo pode ser efetuado relativamente ao sistema de tutelas que, do plexo atestado sobre a tríade "denunciante-organização interessada pela denúncia-denunciado", acaba adquirindo, em consequência do ingresso no campo da coletividade de cidadãos que têm direito à informação, estrutura quaternária e consistência de rede de proteção inclusive em relação às finalidades e ao conteúdo da denúncia.

Essa configuração, no plano da conformidade e da aplicação do regime jurídico, altera o equilíbrio dos interesses em jogo tendencialmente na direção do denunciante,

17 Cfr. o art. 33 (mas também o art. 8, parágrafo 4) da Convenção de Mérida, as referidas Orientação da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico de 1998, sobre o melhoramento da conduta ética no serviço público, de 2009, sobre a luta à corrupção internacional nas transações internacionais, e de 2016, sobre o desenvolvimento da cooperação entre os atores em relação à gestão do risco da corrupção.

18 Cfr. A Convenção árabe anticorrupção.

19 O objeto da denúncia, na verdade, pode consistir em «atos» (Convenção Interamericana contra a corrupção) ou «casos» (Convenções da União africana sobre prevenção e combate à corrupção e à organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico de 2016, para o desenvolvimento e a cooperação entre os atores da gestão do risco de corrupção) de corrupção-crime, mas tudo indistintamente (Convenção Interamericana contra a corrupção e a Convenção da União africana sobre prevenção e o contraste à corrupção) ou somente aqueles contemplados pelo específico texto normativo de referência (Convenção de Mérida e a Convenção árabe anticorrupção), ou seja, em qualquer hipótese de má administração idônea a causar prejuízo «atual» (Relatório de *Whistleblowing International Network*) ou também meramente «potencial» (Relatório da ONU e as Relatório da Organização dos Estados americanos sobre a liberdade de expressão) ao interesse público (Relatório de *Whistleblowing International Network*), puro e simples (Relatório de *Whistleblowing International Network*), ou seja, de referência a setores particulares (Relatório da ONU sobre a liberdade de expressão, que se refere, entre outro, às informações relacionadas a violações de direito nacional e internacional, violações em matéria de ambienta, de detritos, de saúde e segurança publica, bem como abusos de poder; cfr., igualmente, os Relatórios da Organização dos Estados americano sobre a liberdade de expressão, que contempla mas informações referentes a violações do ordenamento em geral, disfunções dos entes públicos, saúde, ambiente, direitos humanos e respectivas normas de proteção), cujo elenco convencionalmente é considerado não taxativo.

o qual passa a ser considerado, não apenas em si e para si, sobretudo devido à peculiar função de interesse público por ele assumida ao exercitar os próprios direitos fundamentais por meio da denúncia: em tal perspectiva, a reputação do aparato organizacional interessado na denúncia deva ceder «diante da efetiva tutela do direito de informação»; raciocínio análogo é aplicável ao «equilíbrio entre a tutela do denunciante e as exigências para salvaguarda da segurança nacional», que, além de operar em caráter de exceção, devem responder rigorosamente aos cânones de legalidade, tipicidade, proporcionalidade, taxatividade e determinação.

Sobre o restante, as mais recentes fontes internacionais contêm um complexo de princípios básicos e regras, na forma de um compendio com valor de guia, funcionais para o alcance de um elevado e efetivo nível de proteção aos denunciantes: trata-se, particularmente, da adoção de leis e políticas claras e dedicadas especificamente e integralmente ao fenômeno em questão; da instituição de canais de denúncia de fácil reconhecimento e acesso sem vinculação hierárquica entre um e outro; da proeminência a ser atribuída ao sigilo sobre a identidade do denunciante; da definição, inspirada na taxatividade e determinação, das medidas repressivas; da elaboração de um sistema inclusivo de proteção destes últimos e de medidas discriminatórias, inclusive por meio de um aparato sancionatório efetivo, proporcional e dissuasivo; da previsão de hipóteses de isenção da responsabilidade do denunciante em relação às denúncias merecedoras de tutela; da implementação de campanhas informativas e de iniciativas de formações e sensibilização dos trabalhadores e da opinião pública como instrumentos de promoção e de valorização do instituto; da ativação de procedimentos de monitoração sobre o estado de atuação da normativa e sobre a valorização de seu impacto e da sua eficácia; da assunção da função de guia em relação aos demais Estados que pretendam dotar-se de uma legislação em matéria ou implementar aquela já existente[20].

Esses princípios e regras, mesmo se ditados a partir da declarada ótica da corrupção, parecem aplicados também sob a perspectiva do direito fundamental à informação, o que contribui a reforçar a função de interesse público da denúncia.

20 Cfr., por exemplo, os princípios do G20, em relação aos quais, a mero título exemplificativa, se faz referimento no texto.

3.2. Igualmente, o direito europeu, ao se ocupar do fenômeno em diversos setores[21], implementou a função anticorrupção, impactando os direitos fundamentais de expressão e de informação, aqui são detectados em si.

Na realidade, este último aspecto do instituto, já vislumbrado pela doutrina, próprio no ordenamento europeu, especialmente no sistema da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, teve origem oficial e completo desenvolvimento[22], para depois, como já mencionado, torna-se relevante também em outros e mais amplos contextos.

A diretiva 2019/1937, que, com o escopo de harmonizar os vários ordenamentos nacionais, estabelece um padrão de proteção ao denunciante[23] prescrevendo aos Estados membros da UE o dever de cumprir o princípio do tratamento mais favorável e de observar a cláusula de não regressão[24], representa a última e mais avançada normativa que trata da matéria.

A exemplo das outras fontes europeias que a antecederam e à diferença das (outras) fontes internacionais, a referida diretiva enxerga o fenômeno em questão com maior especificidade e autonomia, identificando o denunciante como o trabalhador público e privado que obteve informações ao interno dos «contextos de trabalho» dos quais faz parte a qualquer título, referindo-os na denúncia, mas também nos casos em que a relação de trabalho não tenha sido «ainda iniciada» ou «já tenha sido terminada», sendo protegido inclusive nessas duas últimas hipóteses em razão das informações adquiridas em fase de seleção ou de tratativas pré-contratuais ou durante a relação[25].

21 Cfr., entre os instrumentos acordados adotados no âmbito da integração regional europeia, o art. 9 da Convenção Civil do Conselho da Europa contra a corrupção (4 de novembro de 1999), que obriga os Estados membros à adoção de medidas de proteção apropriadas em relação aos trabalhadores, em boa-fé ou no caso de razoável suspeita, os quais denunciam episódios de corrupção às autoridades ou aos sujeitos competentes. Uma disposição análoga está contida no art.22 da Convenção penal contra a corrupção (27 de janeiro de 1999), porém que se refere aos colaboradores de justiça e às testemunhas que, como esclarecido no desenvolvimento do texto, à rigor, não podem ser qualificados como *whistleblowers*. No que se refere ao direito euro-unitário, cfr., antes da diretiva 2019/1837, é possível recordar, além da comunicação (2003) e a um documento da Estrutura de suporte ao Parlamento (2006), sobretudo a orientação da Comissão dos Ministros (2014)7, as resoluções do Conselho (2015)2060 e 2019(2300) e a comunicação da Comissão (2018) 214 final.

22 Cfr. Corte EDU, Gr. Câm., 12 de fevereiro de 2008 (14277/04) e Seç. II, 27 de fevereiro de 2018 (1085/10), Guja c. Moldávia, que representam o caso mais conhecido e importante em relação à matéria; cfr., também, Seç. III, 22 de Novembro de 2007 (64752/01), Voskuil c. Neerlandesa; Seç. I, 26 de fevereiro 2009" (29492/05), Kudeshkina c. Rússia; Seç. V, 21de Julho de 2011 (28247/08) Heinisch c. Alemanha; Seç. III, 8 de Janeiro 2013" (40238/02) Bucur e Toma c. Roménia; Seç. II, 21 de Outubro 2014" (73571/10) Matúz c. Hungria; Seç. II, 19 de Janeiro de 2016" (49085/07) Görmüs c. Turquia, todas in *www.hudoc.echr.coe.int* e que façam referência ao art. 10, §1 da Convenção EDU.

23 *Considerando* 104 e art. 1.

24 *Considerando* 104 e art. 25.

25 *Considerando* 36-41 e art. 4.

Isso, por um lado, comporta um alinhamento do setor privado ao setor público, o que por si só constitui o principal nó problemático do nosso sistema; e, por outro lado, a partir de um conceito marcadamente factual, aberto e fluido como aquele de «contextos de trabalho», em vez de adotar uma noção técnica, mais rígida e circunscrita como aquela dos entes, parece destinada a colher, de tais contextos, as diversas facetas e variantes capazes de se apresentar sob uma multiforme e mutável realidade concreta, apesar de manter solidamente o fenômeno em âmbito organizativo-laboral.

A partir daí, confirma-se também a extensão, «quando oportuno», da proteção prevista em favor do denunciante às várias categorias de sujeitos que lhe estão próximos, que são pessoas a risco de represália, tais como: colegas e parentes[26], dependentes, colaboradores e similares[27] e, novidade absoluta, os «facilitadores»[28]; sem incidir sobre a importância dada aos parentes do denunciante, tratando-se da única exceção que, aliás, assume, de forma clara, a finalidade de reforçar transversalmente a posição do mesmo denunciante, incentivando-o a efetuar a denúncia também por essa via.

Em consonância com a interpretação dos direitos fundamentais de expressão e de informação, perfila-se como potencialmente ilimitado, considerando a abrangência da noção de «informações sobre violações», que inclui os fundados suspeitos de violações ainda que somente potenciais[29], com a consequente consolidação da função preventiva da denúncia que, em tal modo, assume contornos quase precaucionais; violações que, além do mais, variam daqueles do direito euro-comunitário praticadas em uma vasta pluralidade de setores de interesse geral[30] cujo número compete aos Estados membros aumentar[31], àqueles lesivos de interesses financeiros da União[32], bem como àqueles relativos às regras de funcionamento de mercado interno entendido em sentido lato[33].

26 Art. 4, § 4, lett. *b)*.
27 Art. 4, § 4, letra *c)*: «sujeitos jurídicos dos quais as pessoas denunciantes são proprietárias, para os quais trabalham ou aos quais estão ligadas em um contexto de trabalham».
28 Art. 4, § 4, letra *a)*. Nos termos do sucessivo art. 5, n. 8), «facilitador» é «uma pessoa física que assiste o denunciante no processo de denúncia em um contexto de trabalho e cuja assistência deve permanecer reservada».
29 *Considerando* 43 e art. 5, n. 2).
30 Quais licitações; serviços, produtos e mercados financeiros, prevenções de reciclagem e de financiamento de terrorismo; segurança e conformidade dos produtos; segurança de transportes; tutela do ambiente; radioproteção e segurança nuclear; segurança dos alimentos e rações e saúde e bem-estar animal; proteção do consumidor; tutela da vida privada e proteção dos dados pessoais e segurança das redes e dos sistemas de informação: *considerando* 3-14 e art. 2, §1, letra *a*).
31 Poder que descende do caráter declaradamente minimalista da diretiva (*considerando* 5 e art. 2, § 1 e 2).
32 *Considerando* 15 e art. 2, § 1, letra *b)*.
33 *Considerando* 16-18 e art. 2, § 1, letra *c)*. Trata-se de violação que compreende inclusive as «[…] normas da União em matéria de concorrência e ajuda de Estado, bem como violações que se referem

Um impulso ulterior em tal direção pode acontecer com a mudança de paradigma em relação à condição psicológica do denunciante, visto que a legislação articulada não se limita à simples boa-fé, mas vai além ao requerer, por exemplo, que existam «fundados motivos para considerar» os fatos dispostos na base da denúncia como verdadeiros e abrangidos «no âmbito da aplicação da […] diretiva»[34]; donde a maior responsabilização, ao lado daquela dos poderes públicos, é também do denunciante, que se obriga a um mais rigoroso controle da aceitabilidade do que se pretende denunciar, a partir das fontes de informação.

A perspectiva dos direitos de expressão e de informação atinge também a disciplina das «condições para a proteção» do denunciante[35], em que internamente são afrontados os principais perfis programáticos que surgem a partir do debate dos doutrinadores sobre a consistência do fenômeno em questão.

E, assim, enquanto a denúncia anônima, formalmente prevista «em decorrência do direito da União», não impede eventuais e diferentes escolhas pelos ordenamentos nacionais[36], a proteção dada pela diretiva determina a utilização tão somente dos canais de denúncia neles contemplados[37], ou seja, os internos[38], os externos[39] e a denominada divulgação pública[40]; que, quase reforçando a especificidade do fenômeno, não inclui a comunicação «dirigida à imprensa» como forma de manifestação de «liberdade de expressão e de informação» autonomamente protegidas pelo direito interno[41].

A indicação aos Estados membros de encorajar em determinadas condições o recurso aos canais internos[42], certamente mais imediatos e diretos, mas também tendencialmente com maior exposição aos condicionamentos ambientais, não caracteriza uma hierarquia entre os canais internos e externos, visto que ambos são viáveis ou abertos, ou faculta que um seja melhor que outro e vice-versa; porém, é possível que seja estabelecido um canal prioritário em relação à divulgação pública, a qual, de acordo com as hipóteses, pode desempenhar um papel de caráter residual para o caso em que não haja continuidade[43], ou uma função preventiva nas hipóteses em que o denunciante tenha «fundados motivos para considerar que» a utilização de

ao mercado interno, relacionadas a atos que violam as normas em matéria de imposto sobre as sociedades ou mecanismos cuja finalidade é obter uma vantagem fiscal que anula o objeto e a finalidade da norma aplicável em matéria de imposto sobre as sociedades».
34 *Considerando* 32 e art. 6, §1, letra *a)*.
35 Segundo a rubrica do art. 6.
36 *Considerando* 34 e art. 6, §2.
37 Art. 6, §1, letra *b)*.
38 *Considerando* 33, 51 ss. e art. 7-9.
39 *Considerando* e art. 10-14.
40 Art. 15.
41 Art. 15, §2.
42 *Considerando* 47 ss. e art. 7, §2, ou seja, «onde a violação possa ser afrontada de forma eficaz em nível interno e o denunciante entenda que não existe risco de represália».

outros canais possa colocar em risco o interesse público, ou, em caso de denúncia externa, possa comportar o risco de represálias; ou que, de qualquer forma, reduza as perspectivas de idôneo continuidade[44].

Para assegurar a efetividade do sistema de denúncias internas e externas verifica-se a obrigatoriedade de instituição dos relativos canais[45] e a esquematização das denúncias[46], orientadas com base na obrigação do sigilo da identidade do denunciante[47] e sobre o acompanhamento «diligente» a ser dado à denuncia dentro de um prazo razoável[48]; a fim de que seja possível por meio de tais regras vislumbrar também as primeiras e mais imediatas formas de incentivo à denuncia.

O entendimento em tema de direitos fundamentais de expressão e de informação pode ser encontrado também nas disposições concernentes aos mecanismos de tutela.

Isso, a partir da obrigação de sigilo, que vem colocada entre as «disposições aplicáveis às denuncias»[49] e não entre as «medidas de proteção»[50], embora se trate da primeira garantia para o denunciante[51], que não é absoluta, já que a divulgação da identidade deste último, possível somente com a condição de que seja dado expresso consenso[52] é admitida excepcionalmente, dando-lhe preventiva informação[53], apenas nos casos em que as disposições da União ou internas a imponham, em respeito aos princípios de necessidade e proporcionalidade, por particulares exigências instrutórias ou para tutelar o direito de defesa do denunciado[54].

43 Art. 15, §1, letra *a)*, onde, efetuada a denúncia, por meio interno e/ou externo, não tenha sido dada continuidade à mesma ou não tenha tido continuidade apropriada em conformidade com o previsto na diretiva (três meses na hipótese de denuncia por meio de canais internos e três meses ou, «em casos devidamente justificados», seis meses na hipótese de denúncia por meio de canais externos).

44 Art. 15, §2, letra *b)*, em que o denunciante tenha «fundados motivos para considerar que: i) a violação possa constituir um perigo iminente ou flagrante pelo interesse público, como no caso em que subsiste uma situação de emergência ou de risco de dano irreversível; ou ii) no caso de denúncia externa, subsista o risco de retaliação ou as perspectivas que a violação seja afrontada de forma eficaz sejam escassos em razão das circunstâncias do caso em espécie, como aquelas em que possam ser ocultadas ou destruídas provas ou em que a autoridade possa estar em conluio com o autor da violação ou envolvida na mesma violação».

45 Arts. 8 e 11.

46 Arts. 9 e 12 e ss.

47 *Considerando* 82 ss. e art. 16 ss.

48 O término é em três meses, na hipótese de utilização de canais internos [art. 9, §1, letra *f)*]; de três meses, chegando até seis meses, «em casos devidamente justificados », na hipótese de utilização de canais externos [art. 15, §1, letra *a)*].

49 Capo V.

50 Capo VI.

51 Na medida em que é adequada a evitar que o denunciante, considerando o coleguismo e o temor reverencial ou outro fator, finja não ver a ilegalidade ou uma simples irregularidade que se verifique ao interno do ambiente de trabalho. Sobre o tema, verificar *considerando* 82.

52 Art. 16, §1.

53 Art. 16, §3.

54 Art. 16, §2.

Essa última hipótese apresenta um delicado problema, significativo sobre o plano normativo e aplicativo, em que o equilíbrio entre a real indispensabilidade da divulgação e as exigências do sigilo, não sendo possível excluir o risco que a defesa da denúncia, garantida constitucionalmente, seja instrumentalmente transmutada em defesa do denunciante; o que reproduziria, ao contrário, a hipótese apontada de denuncia efetuada não no interesse público, mas somente com o único proposito de afetar o denunciado.

As «medidas de proteção»[55] compreendem uma grande variedade de previsões não taxativas e referentes aos mais diversos campos, a primeira das quais corresponde à proibição de represália, que se refere também àquela interrompida na tentativa ou na ameaça, à semelhança de uma concepção do ato ou do comportamento retaliatório que envolve a relação de trabalho em sentido próprio, variando do extremo licenciamento às hipóteses que podem ser consideradas menores, mas não menos impactantes, até a anulação de uma licença ou de uma permissão; uma concepção que pode estar relacionada ainda mais diretamente à pessoa, chegando a atingi-la em sua esfera intima, como na hipótese de submissão e controles medico-psiquiátricos.

Esta noção de represália apresenta-se tendencialmente mais ampla do que aquela acolhida, em geral, nas diferentes legislações nacionais[56], visto que engloba, entre outras, a relação de gênero e espécie, a medida intermediária de discriminação; a qual, de acordo com as orientações formadas no âmbito do debate nacional sobre o tema, abrange a retaliação ou, de qualquer forma, diferencia-se sob o sinal da recíproca autonomia das duas figuras[57].

Outros aspectos importantes do sistema de proteção, com função inclusive de proteção do instituto, são constituídos pela obrigação dos Estados membros de

55 *Considerando* 87 ss. e art. 19.

56 Por exemplo, com particular referência ao ordenamento jurídico da Itália, o conceito legal de retaliação, de matriz pretória, pode ser aplicado sobretudo em tema de licenciamento, entendendo-o como tal o que é fruto de uma «injusta e arbitrária reação, como única razão de medida expulsiva, essencialmente de natureza vingativa» (Trib. de Cass., Seç. trab., 18 de Março de 2011, n. 6282) em relação ao comportamento legítimo o trabalhador atingido ou de outra pessoa ligada a ele, portanto, acordado na reação» (Trib. de Cass., Seç. trab., 8 de Agosto 2011, n. 7087. A retaliação, em razão do disposto nos arts. 1324 e 1345 cod. civ., é associada ao motivo ilícito; o relativo ônus da prova incumbe ao trabalhador que, se consegue também demonstrar que se trata da única razão determinante do ato do empregador, pode obter a anulação.

57 Mais uma vez em relação ao ordenamento italiano, sobre o conceito jurídico de discriminação que, essa sim, é de matriz normativa, existem duas correntes: uma que, em decorrência de interpretação extensiva (Trib. de Cass., Seç. Trab., n. 6282/2011, cit.) ou de assimilação (Trib. de Cass., Seç. Trab., n. 17087/2011, cit.), também inclui a retaliação; outro que distingue a retaliação e a discriminação, evidenciando como a ultima vai além da intenção de retaliação e comporte a nulidade do licenciamento pela «violação de específicas normas do direito interno e europeu» (Trib. Cass., Seç. Trab., 5 de Abril 2016, n. 6575).

prever, em primeiro lugar «medidas de apoio» em favor do denunciante[58], as quais partem da simples atividade de informação sobre tutelas previstas sobre matéria até a assistência legal e o suporte psicológico.

A tais medidas acrescentam-se aquelas «de proteção à retaliação»[59], que partem da exoneração em relação às eventuais responsabilidades relacionadas à denúncia, desde que efetuada com base em «motivos fundados» como anteriormente analisado, até a presunção *juris tantum* do caráter repressivo do ato ou comportamento que tenha causado dano ao denunciante, com a consequente inversão do ônus da prova a cargo do denunciado; bem como, as «medidas de proteção das pessoas envolvidas»[60], que correspondem aos principais direitos previstos em matéria de cidadania e de justiça da Carta de Nice e das mesmas diretivas que impedem que as mesmas sejam renunciáveis e reduzidas[61].

Completa o quadro assim definido a obrigação estabelecida aos Estados membros de dotarem-se de um aparato sancionatório[62], fundamentado nos usuais cânones de efetividade, proporcionalidade e com caráter dissuasivo, tanto em relação a quem tenha adotado atos ou comportamentos voltados para a denúncia ou ao denunciante[63], quanto em relação ao último, se tiver conscientemente (e por maioria de razão intencionalmente) denunciado ou divulgado o falso; aparato sancionatório com natureza multifuncional, constituindo um importante instrumento indireto de atendimento aos interesses públicos.

Para a melhor atuação possível do conteúdo da diretiva, há recomendação da Rede de autoridades europeias relativa à integridade e ao fenômeno em questão[64] que, como organismo de coordenação das instituições estatais competentes, enfatizou, entre outros[65], a necessidade de que os sistemas nacionais sejam mantidos «mediante recursos suficientes»[66]; indicações para cuja categoria deveriam ser

58 Art. 20.
59 Art. 21.
60 O art. 22 da diretiva destaca o direito a um recurso efetivo e a um juiz imparcial (art. 48 da Carta), bem como a presunção de inocência e os direitos de defesa (art. 49 da Carta), incluso o direito de ser ouvido e acesso aos próprios registros (art. 41, §2 da Carta).
61 Art. 24.
62 Art. 23.
63 Como ter impedido ou tentado impedir uma denúncia, ter colocado em prática atos de retaliação ou procedimentos vexatórios, ter violado a obrigação de sigilo.
64 Network European Integrity Whistleblowing Authorities (NEIWA), fundada em Haia em 24 de maio de 2019, Declaração de Paris de 2 de dezembro de 2019.
65 Como uma legislação nacional acessível a todos (no sentido de coerente, clara, atuante e compreensível e acompanhada por campanhas de informação e sensibilização da opinião pública e dos atores públicos e privados responsáveis pelos mecanismos de denúncia), altamente protetiva e capaz de garantir seguimento às denúncias.
66 No âmbito desta orientação específica, recomenda-se «garantir a necessária independência e integridade das estruturas responsáveis» na matéria.

avaliadas as cláusulas de invariância, das quais, como em nosso caso, existe a legislação do setor além de ser condicionado o desenvolvimento do instituto.

3.3. Falando agora ao nível nacional, escusado será dizer que a introdução do instituto nos diferentes ordenamentos pode ocorrer em vários modos e formas.

Deixando de lado os Estados que ainda não legislaram sobre a matéria, isso pode ser feito através legislação dedicada especificamente, por vezes de nível constitucional, ou mediante a elaboração de disposições contidas em uma ou mais leis setoriais (por exemplo, anticorrupção, concorrência, disciplina de relação de trabalho, etc.) e dar origem a entendimentos também significativamente diferentes e diferenciados em relação ao regime jurídico, que aqui não é possível tratar, assim articulando ainda mais os modelos teóricos já conhecidos.

4. O modelo italiano.

Menção a parte merece a experiência da Itália.

Uma disciplina específica sobre o fenômeno, cuja necessidade já foi apontada há tempos e a partir de variadas vertentes[67], finalmente encontrou acesso em 2012 como parte do desenho de reformas ativado com a lei n. 190 de 6 de novembro, com base em uma ótica puramente anticorrupção, seguida registros de intervenções em varias ocasiões e diferentes sedes, até aquela destinada a adequar o ordenamento nacional à diretiva UE 2019/1937, até agora em atividade apesar de o prazo de transposição ter expirado já um tempo.

4.1. Refazendo os aspectos mais importantes desse percurso, é possível destacar como a lei n. 190, que inseriu o art. 54-*bis* no decreto legislativo n. 165 de 30 de março de 2001, dando ênfase à matriz laboral-organizacional do fenômeno em questão, apresenta características típicas de uma "primeira intervenção", minimalista e carente em alguns aspectos.

Essa, de fato, não se ocupava do setor privado, mas se referia somente aos «dependentes públicos» das administrações públicas, consideradas em seu sentido

67 Em âmbito internacional e supranacional, por diversas vezes pelo Grupo de trabalho contra a corrupção da OCSE em 2004 (*Italy: Phase 2. Report on the application of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions*), nel 2007 (*Italy: Phase 2. Follow-up Report on the implementation of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions*) e nel 2008 (*Follow-up from Italy on the Implementation of Specific Phase 2 Recommendations*), bem como da parte do Grupo de Estados contra a corrupção em 2009 (*Joint First and Second Evaluation Round-Evaluation report on Italy*); em sede nacional, pela Alta Comissão de prevenção e contraste à corrupção e de outras formas de ilícito da administração pública em 2008 (Relação sobre a atividade desenvolvida com referência ao 2° semestre de 2007), bem como pelo garante da proteção dos dados pessoais em 2009 (Comunicação ao Parlamento e ao Governo sobre a individualização, mediante sistemas de comunicação de ilícitos praticados por sujeitos que operam sob vários títulos na organização da empresa).

tradicional, a quem foi dada a faculdade de alertar o superior hierárquico ou denúncia da ilicitude ao juiz ordinário ou contábil, na acepção ampla, apreendidas «em razão da relação de trabalho».

Em tal sentido, refere-se ao sistema de proteção aplicável ao denunciante e orienta-se ao sigilo da identidade da sua pessoa e à proibição de sanções, demissões e, em geral, de discriminações provenientes da alerta ou da denúncia; sistema cuja operação era (e ainda é) excluída no caso de condenação do denunciante por falso em sede penal ou civil[68].

Primeiramente, a obrigação de sigilo era formalmente prevista somente em relação ao procedimento disciplinar; além disso, na hipótese de contestação fundada no todo ou em parte sobre a denúncia, a revelação da identidade do denunciante era consentida exclusivamente no caso em que tal conhecimento tivesse sido absolutamente indispensável para a defesa do acusado[69], com as críticas já identificadas a propósito da recente diretiva europeia sobre o tema[70]. Por outro lado, o ônus da prova de caráter discriminatório do ato ou do comportamento do denunciado incumbia, como regra geral, ao denunciante, com implicações facilmente identificáveis também sobre a sua tendência a denunciar.

Na conclusão de tal sistema estava a obrigação, ao encargo do interessado ou de sindicatos maioritariamente representativos da administração, de comunicar ao Departamento da função pública a adoção de eventuais medidas discriminatórias; e estava (e ainda está) a subtração da denúncia ao acesso ordinário, o que será analisado adiante[71].

4.2. A posterior instituição da Autoridade Nacional Anticorrupção, identificada como ulterior destinatária das denúncias[72], apresentou seus primeiros frutos traduzindo-os como modelo de diretrizes específicas[73], emanadas em 2015 em razão de um poder geral de orientação relativo às medidas de prevenção da corrupção

68 O art. 54-*bis*, parágrafo 1, na verdade, excluía da tutela o denunciante em relação ao qual tivesse sido verificada a «responsabilidade à título de calúnia ou difamação, ou seja, pelo mesmo título nos termos do artigo 2043 do código civil»; sobre a aplicação do princípio, Trib. de Cass., Seç. Trab., 24 janeiro de 2017, n. 1752. O art. 54-*bis*, parágrafo 9, que resulta de modificações introduzidas pela lei n. 179/2017, sobre o tema v. *infra* § 4.3, que estabeleceu que tal cláusula de exclusão da tutela do denunciante opera com base somente na sentença de primeiro grau.

69 Diversamente, na hipótese de contestação fundada na verificação posterior à denúncia, a revelação da identidade do denunciante, admitida quando o denunciante tivesse prestado consenso formal.

70 Sem, por outro lado, que o conjunto de informações previsto pela diretiva em garantia da posição do denunciante.

71 V. *infra*, § 4.3.

72 Art. 19, parágrafo 5, letra *a)* do d.l. 24 de junho de 2014, n. 90 «Medidas urgentes para a simplificação e a transparência e para eficiência dos ofícios judiciários», em G.U. de 24 de junho de 2014, n. 144, convertido pela lei de 11 de agosto de 2014, n. 114, em G.U. de 18 de agosto de 2014, n. 190.

73 Determinação de 28 de abril de 2015, n. 6 «Diretrizes em matéria de tutela do dependente público que denuncia ilícitos (denominado *whistleblower*)», em G.U. de 14 de maio de 2015, n. 110.

referente aos entes do setor público[74]; diretrizes que, ao enfrentar os diversos entroncamentos da matéria, acabaram melhor desenvolvendo e implementando o tema.

Mais especificamente, em primeiro lugar, estendeu o âmbito subjetivo de aplicação aos dependentes dos entes privados em controle publico e dos entes públicos econômicos, bem como aos consulentes e colaboradores das empresas fornecedoras da Administração.

Posteriormente, individuou como destinatário das denúncias internas, em lugar do superior hierárquico, o Responsável pela Prevenção da Corrupção e pela Transparência, seja por competência funcional seja porque é mais facilmente individuado sobretudo ao interno dos aparatos que possuem organização complexa.

Ou seja, construiu, para dar suporte ao sigilo da identidade do denunciante, um sistema para o encaminhamento e a gestão das denúncias.

Por fim, abrangeu as denúncias anônimas, regra geral consideradas inadmissíveis ou, de qualquer modo, destinadas ao esquecimento pelo arquivamento; porém, desde que «adequadamente fundamentada e efetuada de forma detalhada», de tal modo que «faça emergir fatos e situações que podem ser relacionadas a contextos determinados», evidenciando a necessidade de que seu tratamento seja efetuado separadamente em relação às demais.

4.3. Outra etapa fundamental do percurso em tal modo iniciado ocorre com a lei n. 179 de 30 de novembro de 2017[75] que conferiu ulterior ênfase a sua especificidade e autonomia ao fenômeno em questão.

A referida lei, em continuidade com às principais indicações oferecidas pelas diretrizes da Autoridade Nacional Anticorrupção, revisitou de forma significativa o instituto, em primeiro lugar, reformulando as estruturas que disciplinam o setor público.

Os primeiros passos em tal direção consistiram em acolher a noção estendida de «dependente público », construir um sistema de denúncias internas sobre a figura do Responsável pela Prevenção da Corrupção e pela Transparência, bem como (e principalmente) introduzir o interesse à integridade pública como condição implícita de admissibilidade da alerta ou da denúncia e explícita de fruição da tutela do alertador ou do denunciante.

Acrescenta-se à isso a substancial releitura do sistema de tutela do denunciante a partir da obrigação de sigilo de sua identidade, cuja disciplina, que se destina excluir

74 Art. 19, parágrafo 15 do d.l. n. 90/2014.

75 Lei de 30 de novembro de 2017, n. 179 «Disposições para a tutela dos autores de denúncia de crimes e irregularidades que se tornaram conhecidas no âmbito da relação de trabalho público e privado», em G.U. de 14 de dezembro de 2017, n. 291.

as denúncias anônimas, apresenta alguns aspectos sobre os quais parece oportuno refletir.

De fato, a norma que contempla tal obrigação, inicialmente, a impõe em termos absolutos, declinando-a, posteriormente, de acordo com os variados contextos passíveis de serem adotados como referência, ou seja: fundamentalmente, o procedimento penal e contábil, não considerado pela lei n. 190 de 2012, operando em relação ao primeiro as condições e os limites previstos pelo Código de Processo, isto é, não além da conclusão das investigações preliminares, e em relação ao segundo, até a conclusão da fase instrutória.

Uma observação à parte deve ser efetuada no que tange ao procedimento disciplinar, que foi considerado pela lei n.190 de 2012, em que as previsões de obrigação de sigilo foram significativamente implementadas e remodeladas, readquirindo caráter absoluto, se a contestação não estiver diretamente fundamentada na denúncia, ou se fundamentadas no todo ou em parte, nos casos em que a defesa do acusado seja indispensável «o conhecimento da identidade do denunciante» e cuja identificação tenha sido consentida; do contrário, na hipótese em que o denunciante não tenha consentido sua identificação, a denúncia não será passível de realização.

Essa última regra, que dispõe implicitamente sobre a necessidade de um provimento motivado da autoridade procedente a respeito da indispensabilidade ou não de tal conscientização, remete o destino do provimento à mera vontade do denunciante, dando lugar, com isso, a uma espécie de heterogênese das finalidades, ou de qualquer modo, a um excesso dos meios em relação aos fins, suscitando mais de uma interrogação de ordem sistemática e sobre o plano aplicativo.

Ora, dado que não está especificado se a avaliação da indispensabilidade e o consenso devem ser um efetuado e outro adquirido antes do início do procedimento ou após da defesa do acusado, seria possível requerer se a vontade do denunciante pode incidir sobre a ativação ou a continuidade do procedimento; seria possível requerer, ainda, caso tenha sido negado o consenso, se existe espaço residual para uma fiscalização autônoma do fato que permita um eventual exercício do poder disciplinar e, ao mesmo tempo, salvaguardar o sigilo da identidade do denunciante; seria possível também requerer se o consenso, uma vez prestado, seja ou não passível de revogação para que a identidade do denunciante não seja revelada ao denunciado.

Os questionamentos não terminam aqui.

De qualquer forma, parece que a regra em questão precisa ser revista à luz da diferente abordagem dada pela diretiva UE 2019/1937, a qual – como já afirmado – admite a revelação da identidade do denunciante, sem prejuízo da regra que determina o consenso do último e com as garantias do caso, quando requeridas por particulares exigências instrutórias ou por direito de defesa do denunciado.

E, em tal sentido, a obrigação de sigilo sobre a identidade do denunciante que é, em primeiro lugar, remodelada no que se refere ao procedimento disciplinar, assumindo caráter absoluto se a contestação não se fundar diretamente na denúncia; ao passo que, não opera no caso de a contestação basear-se no todo ou em parte na denúncia, quando, para fins da defesa do acusado, for indispensável «o conhecimento da identidade do denunciante» e os mesmos tenham consentido tal revelação. Essa obrigação, ademais, é ora formalmente contemplada, embora em termos não absolutos, ainda no que tange aos procedimentos penais e contábeis: no primeiro, às condições e com os limites previstos no Código de Processo; no segundo, até o fechamento da instrutória.

Quanto aos atos e medidas adotadas pelo denunciante em razão da denúncia, como ulteriormente individuadas[76], introduz-se o conceito de represália, acompanhado pela sanção de nulidade dos atos que constituem sua expressão, ao qual se aproxima, no caso de dispensa, a obrigação de reintegração da posição de trabalho.

Esse regime de proteção, que se caracteriza pela utilização fungível que vem da noção de discriminação e represália, consolida-se na transferência do ônus da prova do denunciante, a quem, segundo os princípios gerais, caberia a demonstração da finalidade discriminatória ou repressiva do ato, ao aparato organizacional que o adotou, ao qual se atribui a prova contrária, em relação à denúncia de ilegalidade; o que, na ausência de indicações normativas ulteriores, é possível discutir a respeito do cumprimento de tal ônus, podendo considera-lo um mero reenvio *per relationem* de provas constituídas, tendo em vista eventual dificuldade, complexidade, quando não impossibilidade e impraticabilidade.

Esse regime de proteção encontra parcial contrapartida no agravamento da disciplina da exclusão da tutela do denunciante, a qual surge em presença de sua condenação por um falso já em primeiro grau, e à semelhança do direito vivente, opera também no caso em que a aquisição das informações seja traduzida em «uma imprópria atividade investigativa, em violação aos limites postos pela lei»[77].

A comunicação dos atos e medidas repressivas (e, indo além do diploma legal, também aqueles discriminatórios) adotados em relação ao denunciante, deve ser dirigida ao Departamento de função pública ou aos «organismos de garantia ou de disciplina», aliás não mais diretamente, mas por meio da Autoridade Nacional

76 Em relação à versão original do art. 54-*bis* aparecem a dimensionamento e o transferimento.
77 Trib. de Cass., Seç. VI pen., 21 de maio de 2018, n. 35792, que excluiu o argumento do cumprimento do dever em relação ao dependente público, a fim de demonstrar a vulnerabilidade do sistema informático adotado pelo ente de pertencimento, introduzido abusivamente criando um documento falso.

Anticorrupção[78], a quem é atribuído também o específico poder de emanar diretrizes em matéria em questão[79], e aplicar sanções pecuniárias no caso de violação da legislação de setor[80].

Como anteriormente mencionado[81], desde a primeira redação do art. 54-*bis*, foi prevista o desvio da denúncia pela lei n. 241 de 7 de agosto 1990. Com base no sigilo da identidade do denunciante e na doutrina considerada válida, inclusive em relação ao acesso cívico, tal desvio dá lugar a uma situação de excesso do meio em relação ao fim, aliás comprimindo o direito de defesa do denunciado; donde a constatada necessidade de um ponto de reequilíbrio entre as exigências opostos, que foi recuperado ao consentir a acessibilidade da denúncia salvo no que se refere à identificação do denunciante. E isso é cada vez mais considerando a diversa configuração da diretiva 2019/1937, à qual a norma nacional que reconhece ao acusado o direito acesso ao próprio fascículo, cujo primeiro e fundamental ato é constituído pela própria constatação da denúncia[82], deve ser adequada.

É mérito da lei n. 179 ter introduzido e disciplinado também o fenômeno em questão no setor privado[83]. Apesar disso, o alcance dessa novidade, não absoluta[84] e, de qualquer forma, aplicável somente aos entes que voluntariamente adotaram o modelo de organização e de gestão previsto pelo decreto legislativo n. 231 de 8 de junho de 2001, acaba resultando menos incisiva de quando não possa parecer à primeira vista, visto que a operação da tutela do denunciante é recolocada, em definitivo, à mera discricionariedade empresarial de se dotar ou não de tal modelo, o que sublinha, em conjunto com outros aspectos de pormenor, mas não transcuráveis[85], a perdurante diferença com o setor público que pareceria destinada,

78 Para quem «a adoção de medidas repressivas», e além da letra da lei também relacionadas àquelas discriminatórias, «é comunicada em qualquer caso […] pelo interessado e pelas organizações sindicais com maior representação na administração».

79 Ouvido o Garante para a proteção dos dados pessoais; isso que reforça a interação da transparência e *privacy*.

80 No caso de atos discriminatórios e, indo além das restrições da letra da lei, (art. 54-*bis*, parágrafo 6), represálias adotadas em relação ao denunciante, como no caso de violações relacionadas à procedimentos para o encaminhamento e a gestão das denúncias (ausência, deformação de modelos normativamente previstos), bem como no que se refere à falta de fiscalização e análise das informações ali contidas.

81 Cfr. § 4.1.

82 Art. 22, §1.

83 Art. 2.

84 Porque em qualquer medida antecipada pela jurisprudência que, interpretando de forma evolutiva o art. 21 da Cost. e o art. 1 da l. n. 300/1970 (Estatuto dos Trabalhadores), reconheceu ao trabalhador um direito de crítica com o fim de utilidade social: cfr. Trib. de Cass., Seç. trab., 25 de fevereiro de 1986, n. 1173.

85 Trata-se: *i)* da previsão de mera faculdade, para o trabalhador e/o sindicato por ele indicado, de denunciar à inspeção de trabalho a adoção de medidas discriminatórias e de retaliação, mesmo sendo previsto a obrigação de denúncia, encaminhada ao Departamento da função publica ou aos outros organismos de garantia ou de disciplina; *ii)* da circunstância que, havendo previsão legal, o

se não a retornar, ao menos a reduzir consideravelmente sempre que a diretiva 2019/1937 tenha sido transposta no ordenamento interno[86].

Outra peculiaridade da l. n. 179 é ter afetado o caráter absoluto da tutela do segredo em âmbito da relação de trabalho, prevendo que "palavras-chave" do instituto, ou seja interesse à integridade da pública administração ou do ente privado e contraste «da malversação», operem como justa causa de revelação do segredo; com exceção, não compartilhada por todos seja em absoluto seja à luz das diversas configurações do direito da união, de adquirido conhecimento da notícia por razões profissionais e, em todo caso, desde que seja mantida a justa proporção entre a revelação do segredo e a remoção do ilícito, também mediante a utilização somente dos canais de denúncia estabelecidos.

4.4. Em aplicação da l. n. 179 da ANAC, entre 2018 e 2021, foram emendados dois regulamentos sobre o exercício do poder sancionatório na matéria em questão[87], os quais destacam a particular atenção dedicada ao perfil do contraditório, e o esquema das diretrizes de tutela dos alertadores e denunciantes[88], que substitui as orientações do 2015 e, em certa medida, antecipa os principais novos elementos contidos na diretiva europeia 2019/1937 à espera da sua transposição.

Contudo, como já dito, em relação a este último aspecto a Itália apresenta um forte atraso, já que o procedimento correspondente, com base no princípio da máxima proteção e da tutela do alertador e do denunciante, foi apenas iniciado, por duas ocasiões, mais ainda não completado[89].

---

trabalhador privado pode denunciar somente as condutas que caracterizam crime (não as condutas de ilegitimidade, irregularidade ou disfuncionais) e pelos crimes previstos nos arts. 24 e ss. do decreto legislativo n. 231/2001.

86 O art. 8, § 1 e 3 da diretiva prescreve a obrigação aos «sujeitos de direito do setor privado […] com pelo menos 50 trabalhadores» de aplicar a tal setor as mesmas garantias previstas para o setor público.

87 Trata-se do «Regulamento sobre o exercício do poder sancionatório em matéria de tutela dos autores da denúncia de crimes e irregularidades que se tornam conhecidos no âmbito do trabalho segundo disposto no art. 54-bis do d.lgs. 165/2001 (c.d. *whistleblowing*)» aprovado com deliberação de 30 de outubro de 2018, n. 1033 (publicada em G.U de 19 de novembro de 2018, n. 269) e modificado com a deliberação de 10 de abril de 2019, n. 312 (publicada em G.U de 26 de abril de 2019, n. 97); bem como do «Regulamento para a gestão de denúncias e para o exercício de poder sancionatório em matéria de tutela dos autores da denúncia de crimes ou irregularidades que se tornaram conhecidos no ambiente de trabalho, segundo dispõe o art. 54-bis del d.lgs. 165/2001», adotado com a deliberação de 1° de julho de 2020, n. 690 (publicada em G.U de 18 de agosto de 2020, n. 205).

88 Esquema de «diretrizes em matéria de tutela dos autores de denúncia de crimes ou irregularidades que se tornaram conhecidas em razão da relação de trabalho, nos termos do art. 54-bis, del d.lgs. n. 165/2001 (c.d. *whistleblowing*)», adotado com decisão do Conselho n. 469 de 9 de junho 2021.

89 Art. 23 da lei n. 53 do 22 de abril de 2021 «Delegação ao Governo para a transposição de diretivas europeias e a aplicação de outros atos da União Europeia - Lei da Delegação Europeia 2019-2020» (publicada em G.U. de 23 de abril de 2021, n. 97) e art. 13 do «Projeto de lei de delegação ao Governo para a transposição de diretivas europeias e a aplicação de outros atos da União Europeia - Lei da Delegação Europeia 2021», aprovado pela Câmara dos Deputados em 16 de dezembro de 2021 (A.C. n. 3208, XVIII legislatura) e, atualmente, no debate do Senado (A.S. n. 2481, XVIII legislatura).

5. Conclusões e perspectivas.

Não se afigura arriscado afirmar que a transposição da diretiva europeia 2019/1937 poderia abrir novos cenários e, assim, gerar outras frentes de discussão; daí algumas considerações que, embora pondo fim a este artigo, não podem ser consideradas realmente conclusivas do tema em questão, representando, na realidade, pontos de reinício na perspectiva dos desenvolvimentos futuros.

Tendo em vista uma nova temporada do instituto, há necessidade de salvaguardar o que a denúncia representa em si mesma, que a distingue e a diferencia de fenômenos e institutos similares, vale dizer a relação, ainda que remota ou ocasional, porém nunca dissolúvel, com a organização e o ambiente de trabalho, que permite a plena expressão das potencialidades preliminarmente apontadas, em uma dúplice e integrada, ou paralela perspectiva de combate à corrupção e má administração; e, pela respectiva informação à coletividade, especificando a função assumida pelo denunciante, e apresentando-o como pessoa, cidadão e trabalhador que é colocado ao centro de um sistema capaz de assegurar a eficácia e a promoção, além de sua efetiva proteção.

Claro, subsiste uma serie de dúvidas que devem ser abordadas e solucionadas na transposição da diretiva, que, por sua vez, não é imune de pontos críticos, às vezes, também sobre questões cruciais.

Para tanto, é desejável não reproduzir a diretiva mecanicamente, mas, ali onde é possível, valorizando as lições extraídas das diferentes experiências nacionais, incluindo naquela realizada na Itália, que, apesar de tudo, é e permanece um importante ponto de referência.

Não menos importante será a aplicação concreta do instituto e igualmente valioso o diálogo entre a lei formal e o direito vivo, em vista de uma fertilização cruzada apta a assegurar a manutenção dos equilíbrios deste sistema e a desenvolver uma abordagem mas cociente e bem informado ao fenômeno em questão.

Referências bibliográficas

- AA.VV., *La dimensione della corruzione. Una prospettiva filosofica*, in *Not. di Pol.*, 2018, 129, 3 ss.
- AA.VV., *Terzo rapporto annuale sull'applicazione del* whistleblowing, in *www.anticorruzione.it* (28.6.2018)
- AA.VV., *Quarto rapporto annuale sull'applicazione del* whistleblowing, in *www.anticorruzione.it* (16.7.2019)
- ACCADEMIA DELLA CRUSCA, *Che cosa indica e come si traduce la parola inglese* whistleblower*?*, in *www.accademiadellacrusca.it* (28.02.2014)
- AMATO G., *Profili penalistici del "*whistleblowing*": una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2014, 3-4, 597 ss.

- AMOROSINO S., *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo*, in *Nuove aut.*, 2014, 3, 543 ss.
- ANTONIOLI M., *Concorrenza*, in CHITI M.P.-GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2007, I, 889 e ss.
- APAZA C.R.-CHANG Y. (eds.), *Whistleblowing in the World. Government Policy, Mass Media and the Law*, Palgrave Macmillan, London, 2017
- AVIO A., *La nuova tutela del dipendente che segnala reati o irregolarità*, in *Dir. lav. merc.*, 2017, 3, 655 ss.
- BELSITO V.A., *Il* whistleblowing*: tutele e rischi per il soffiatore*, Cacucci, Bari, 2013
- BOATRIGHT J.R., *Ethics and the Conduct of Business*, Prentice Hall, Upper Saddler River, 2000
- BOCCHIOLA M., *La specificità del* whisteblowing, in AA.VV., *La dimensione della corruzione. Una prospettiva filosofica*, in *Not. di Pol.*, 2018, 129, 50 ss.
- BOK S., *Whistleblowing and Professional Responsibility*, in *NYU Ed. Quart.*, 1980, 4, 2 ss.
- BOLOGNINO D., *Spunti di riflessione sui chiaro-oscuri della formulazione della nuova normativa di tutela del dipendente che segnala l'illecito di cui alla l. n. 179 del 2017*, in *www.amministrazioneincammino*.it, 2018, 3
- BORLINI L.-MAGRINI P., *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 1, 15 ss.
- BOVA C., *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti fra indicazioni sovranazionali e disciplina interna*, in *www.democraziaesicurezza.it*, 2018, 1
- BOWERS J.-FODDER M.-LEWIS J.-MITCHELL J., *Whistleblowing, Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2007
- BOWIE N., *Business Ethics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1982
- BRIGANTE V., *Contributo allo studio della corruzione nei contratti pubblici: precisazioni terminologiche e valutative, tra esigenze di uniformità nazionale e opportunità di declinazione locale*, in *Ist. Fed.*, 2019, 2, 485 ss.
- BRIOSCHI C.A., *Breve storia della corruzione. Dall'età antica ai giorni nostri*, TEA, Milano, 2004;
- BRIOSCHI C.A., *Il malaffare. Breve storia della corruzione*, Longanesi, Milano, 2010;
- BRIOSCHI C.A., *La corruzione. Una storia culturale*, Guanda, Milano, 2018
- BRUNELLI D., *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, in *Arch. pen.*, 2013, 1, 67 ss.
- CANTONE R., *La tutela del* whistleblower*: l'art. 54*-bis *del d.lgs. n. 165/2001*, in MATTARELLA B.G.-PELISSERO M. (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, 244 ss.
- CANTONE R., *Introduzione*, in CANTONE R.-PARISI N.-VALLI L.-CORRADO A.-GRECO M.G. (a cura di), *Segnalazioni di illeciti e tutela del dipendente pubblico: l'Italia investe nel* WhistleBlowing*, importante strumento di prevenzione della corruzione*, in *www.anticorruzione.it* (22.6.2016), 3 ss.
- CANTONE R., *Il dipendente pubblico che segnala illeciti. Un primo bilancio sulla riforma del 2017*, in *www.sistemapenale.it*, 2020 (29.6)
- CANTONE R.-CARLONI E., *Che cosa è la corruzione?*, in CANTONE R.-CARLONI E., *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018, 13 ss.

- CANTONE R.-CARLONI E., *Quanta corruzione c'è e come misurarla*, in CANTONE R.-CARLONI E., *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018, 29 ss.
- CANTONE R.-CARLONI E., *Il "*whistleblowing*"*, in CANTONE R.-CARLONI E., *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018, 133 ss.
- CANTONE R.-CARLONI E., *'Percezione' della corruzione e politiche anticorruzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2019, 2
- CANTONE R.-PARISI N.-VALLI L.-CORRADO A.-GRECO M.G. (a cura di), *Segnalazioni di illeciti e tutela del dipendente pubblico: l'Italia investe nel* WhistleBlowing*, importante strumento di prevenzione della corruzione*, in *www.anticorruzione.it* (22.6.2016)
- CANTONE R.-PARISI N.-CORRADO A.-GRECO M.G. (a cura di), *Prevenzione della corruzione, segnalazione d'illeciti e tutela del dipendente pubblico: presentazione del secondo monitoraggio nazionale sull'applicazione del* whistleblowing in *www.anticorruzione.it* (22.6.2017)
- CARDINALE G., Whistleblowing*: tra disciplina di settore e interventi di riforma*, in *www.giurisprudenzapenale.it* (2018)
- CARINCI M.T., *Whistleblowing in Italy: rights and protection for employees*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-106/2014, in *www.csdle.lex.unict/it* (2014)
- CARLONI E., *Fighting Corruption Trough Administrative Measures. The Italian Anti-Corruption Policies*, in *www.ijpl.eu*, 2017, 2, 261 ss.;
- CARLONI E., *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 2017, 3, 445 ss.
- CARLONI E., *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione. "Tutti vogliono un posto al sole, ed in più, possibilmente, all'ombra" (Stanislaw J. Lec)*, in *Dir. amm.*, 2019, 3, 497 ss.
- CARLONI E., *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Feltrinelli, Milano, 2022
- CASSESE S., "Maladministration*" e rimedi*, in *Foro it.*, 1992, 9, V, 243 ss.
- CAVALLO PERIN R.-B. GAGLIARDI B., Status *dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Dir. amm.*, 2009, 1 53 ss.
- CAZZOLA F., *Della corruzione. Fisiologia e patologia di un sistema politico*, Il Mulino, Bologna, 1998
- CENTORRINO M.-LISCIANDRA M., *La teoria economica della corruzione*, in CENTORRINO M.-LISCIANDRA M.-PARISI N.-RINOLDI D., *La corruzione fra teoria economica, normativa internazionale, modelli d'organizzazione d'impresa*, in *Quaderni europei*, 18, 2010, in *www.lexunict.it/cde/quadernoeuropei/giuridiche/18_2010.pdf*.
- CEVA E.-BOCCHIOLA M., *Is Whistleblowing a Duty?*, Polity Press, Cambridge-Medford, 2019
- CIMINI S., *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017
- CINGARI F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto integrato*, Giappichelli, Torino, 2012;
- CINGARI F., *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 7, 805 ss.

- CLARICH M.-ZANETTINI L., *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori davanti alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 2, 358 ss.
- CLERICI A.L., *La corruzione tra privati*, Key, Vicalvi, 2017
- COCCO G., *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. e Prev.*, 2018, 2, 374 ss.
- COPPOLA F., *Il* whistleblowing*: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 4, 475 ss.
- CORSO S.M., *Segnalazione di illeciti e organizzazioni di lavoro. Pubblico e privato nella disciplina del* Whistleblowing, Giappichelli, Torino, 2020
- D'ALBERTI M.-FINOCCHI R. (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994
- D'ALBERTI M. (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 2017
- D'ALESSIO G., *La disciplina anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro*, in *Lav. pub. amm.*, 2018, 1 (num. un.), 99 ss.
- DAVIGO P., *Il sistema della corruzione*, Laterza, Bari-Roma, 2019
- DAVIGO P.-G. MANNOZZI G., *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Bari-Roma, 2007
- DAVIS M., *Some Paradoxes of Whistleblowing*, in *Bus. and Prof. Eth. Journ.*, 1996, 1, 3 ss.
- DAVIS M., *Whistleblowing*, in LA FOLLETTE H. (ed.), *Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford University Press, New York, 2005, 539 ss.
- DE BENEDETTO M., *Administrative corruption*, in BACKHAUS J. (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer on line, 2014
- DE GEORGE R. T., *Ethical Responsibility of Engineers in Large Organizations: The Pinto Case*, in *Busin. & Prof. Eth. Journ.*, 1981, 1, 1 ss.
- DE GEORGE R.T., *Business Ethics*, Macmillan, New York, 2010
- DEL MONTE D.-FRASCHINI G. (a cura di), *Un'alternativa al silenzio. Promozione delle segnalazioni nell'interesse pubblico*, Transparency International Italia, Milano, 2012
- DE LUCIA L., *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 717 ss.
- DEL VECCHIO A.-SEVERINO P. (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 2014
- DI CRISTINA F., *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2012, 1, 177 ss.
- DI DONATO L., *L'analisi di impatto della corruzione (AIC): un nuovo strumento per i regolatori?*, in *www.federalismi.it*, 2015, 21
- DI RIENZO M.-FERRARINI A., *La parresia del* whistleblower*. Il coraggio della verità e le convergenze pericolose*, in *Enti loc.*, 2021, 10, 1739 ss.
- DOLCINI E., *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, 2, 529 ss.
- FABI T., Whistleblowing*: all'Anac due segnalazioni al giorno (ma molte sono anonime*), in *www.linkiesta.it* (17.7.2019)
- FABRE C., *Good Samaritanism: A Matter of Justice*, in *Crit. Rev. of Int. Soc. and Pol. Phil.*, 2002, 5, 241 ss.

- FASANO G., *La vigilanza collettiva interna nella politica di prevenzione della corruzione: l'interesse all'integrità della pubblica amministrazione qualifica una posizione giuridica attiva azionabile dal singolo. Prospettive di riforma della disciplina verso un nuovo modello di pubblico impiego*, in *wwww.federalismi.it*, 2020, 14, 138 ss.
- FARRELL D.-PETERSEN J.C., *Patterns of Political Behavior in Organizations*, in *Ac. of Man. Rev.*, 1982, 7, 402 ss.
- FIORINO N.-GALLI E., *La corruzione in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2013
- FLICK G.M., *Riflessioni e perplessità sul sistema di prevenzione e di repressione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 3-4, 461 ss.
- FLORA G.-MARANDOLA A. (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. «spazzacorrotti»)*, Pacini, Pisa, 2019
- FLORIO C., *Il* whistleblowing *nella letteratura internazionale*, in *Riv. dott. Comm.*, 2007, 5, 927 ss.
- FRACCHIA F., *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. ec.*, 2015, 3, 483 ss.
- FRASCHINI G.-PARISI N.-RINOLDI D. (a cura di), *Protezione delle "vedette civiche": il ruolo del* whistleblowing *in Italia*, Transparency International Italia, Milano, 2009
- FRASCHINI G.-PARISI N.-RINOLDI D., *Il* whistleblowing. *Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno, Acireale, 2011
- FRIGNANI A., *Il* whistleblowing *in Italia: la nuova legge dimentica la concorrenza (e non solo)*, in *Giur. comm.*, 2019, 3, I, 393 ss.
- GABRIELE B., *La testimonianza di un* whistleblower*: santo ed eroe del nostro tempo?*, in FRASCHINI G.-PARISI N.-RINOLDI D. (a cura di), *Protezione delle "vedette civiche": il ruolo del* whistleblowing *in Italia*, Transparency International Italia, Milano, 2009, 145 ss.
- GAGLIARDI J., *La misurazione della corruzione: tra attualità e prospettive nell'esperienza italiana*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2020, 9
- GALETTA D.U.-PROVENZANO P., *La disciplina italiana del* whistleblowing *come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione: luci e (soprattutto) ombre*, in *www.federalismi.it*, 2020, 18, 112 ss.
- GAMBARDELLA M., *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 1, 44 ss.
- GANDINI F., *Il* whistleblowing *negli strumenti internazionali in materia di corruzione*, in FRASCHINI G.-PARISI N.-RINOLDI D. (a cura di), *Protezione delle "vedette civiche": il ruolo del* whistleblowing *in Italia*, Transparency International Italia, Milano, 2009, 93 ss.
- GARGANO G., *La "cultura del* whistleblower*" quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2016, 1
- GAROFOLI R., *La nuova disciplina dei reati contro la p.a.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, 1
- GAROFOLI R., *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la l. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, 2
- GNALDI M.-PONTI B. (a cura di), *Misurare la corruzione oggi: obiettivi, metodo, esperienze*, Franco Angeli, Milano, 2018

- GOLISANO G., *Il* whistleblowing *nella giurisprudenza Usa: illeciti d'impresa e posizione del lavoratore che li denuncia*, in *Il lav. nella giur.*, 2006, 10, 937 ss.
- GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998
- GULLO N., *La prevenzione della corruzione nel sistema amministrativo: impulsi del diritto europeo e tendenze evolutive della legislazione italiana*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 4, 939 ss.
- HIRSCHMAN A.O., *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1970
- JUBB P.B., *Whistleblowing. A Restrictive Definition and Interpretation*, in *Journ. of Bus. Eth.*, 1999, 1, 77 ss.
- KHAN R., *Whistleblower: Warrior, Saboteur or Snitch?*, in *www.forbes.com* (05.7.2018)
- KING G., *The Implications of Any Organization's Structure on Whistleblowing*, in *Journ. of Bus. Eth.*, 1999, 4, 315 ss.
- KOHN S.M., *The Whistle-Blowers of 1777*, in *The New York Times* (12.6.2011)
- LABIANCA G., *Le disposizioni a tutela del pubblico dipendente che segnala illeciti (*whistleblower*) e il difficile bilanciamento con il diritto di accesso del lavoratore incolpato nel sistema disciplinare. L'esclusione delle tutele per il* whistleblower, in *www.ambientediritto.it*, 2021, 3
- LA ROSA E., *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Giappichelli, Torino, 2018
- LAZZARO A., *Trasparenza e prevenzione della cattiva amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2017
- MAGRI M., *Il* whistleblowing *nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata: la legge n. 179 del 2017 sarà (a breve) da riscrivere?*, in *www.federalismi.it*, 2019, 18
- MANCINI PALAMONI G., *La lingua italiana come bene culturale in sé*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 193 ss.
- MANETTI M., *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del "*whistleblower*"*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 2, 492 ss.
- MANGANARO F., *La corruption en Italie*, in *www.iuspublicum.it*, 2014, 2
- MANIACI G., *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *Rag. prat.*, 2005, 2, 335 ss.
- MANNA A., *Considerazioni generali sulla legge anticorruzione e sul decreto legislativo delegato in tema di incandidabilità e decadenza dei parlamentari*, in CADOPPI A.-CANESTRARI S.-MANNA A.-PAPA M. (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, UTET, Torino, 2015, 168 ss.
- MARCIAS A., *La disciplina del* whistleblowing *tra prospettive di riforma e funzioni dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in NICOTRA I.A. (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino, 2016, 173 ss.
- MARTINES F., *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2015, 5
- MARTONE M., *La repressione della corruzione e la tutela del "*whistleblower*" alla luce della l. 30 novembre 2017, n. 179*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 1, 61 ss.
- MASIERO A.F., *La disciplina del* whistleblowing *alla luce della direttiva 2019/1937/UE. Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 1 ss.

- MASSARI G., *Il* whistleblowing *all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, in *Stud. Iur.*, 2018, 9, 981 ss.
- MATTARELLA B.G., *Le regole dell'onestà: etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2007
- MATTARELLA B.G., *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 123 ss.
- MATTARELLA B.G.-PELISSERO M. (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013
- MELIS G. (a cura di), *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, CUEN, Napoli, 1999
- MERLONI F.-CAVALLO PERIN R. (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Franco Angeli, Milano, 2009
- MERLONI F.-VANDELLI L. (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010
- MICELI M.P.-NEAR J.P., *Blowing the Whistle*, Lexington Books, New York, 1992
- MICELI M.P.-DREYFUS S.-NEAR J.P., *Outsider 'Whistleblowers': Conceptualizing and Distinguishing 'Bell Ringing' Behavior*, in LEWIS D.-BROWN A.J.-MOBERLY R.-VANDEKERCKHOVE W. (eds.), *International Handbook on Whistleblowing Research*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton (MA), 2014, 71 ss.
- MIETHE T.D., *Whistleblowing at Work. Tough Choices in Exposing Fraud, Waste, and Abuse on the Job*, Routledge, London, 2019
- MILLER S., *Institutional Corruption*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017
- MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, ESI, Napoli, 2012
- MONGILLO V., *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015. Voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 12
- MONGILLO V., *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 231 ss.
- MONTEDURO F.-BURATTI A.-BRUNELLI S., *La corruzione. Definizione, misurazione e impatti economici*, Formez, Roma, 2013
- MONTEDURO M., *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in ALLENA M.-CIMINI S. (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. ec.*, 2013, 3, 125 ss.
- NADER R.- PETKAS P.J.-BLACKWELL K. (eds.), *Whistle blowing. The Report of the Conference on Professional Responsibility*, Grossman, New York, 1972
- NEAR J.P.-MICELI M.P., *Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing*, in *Journ. of Bus. Eth.*, 1985, 4, 1 ss.
- NEAR J.P.-REGH M.T.-VAN SCOTTER J.R.-MICELI M.P., *Does Type of Wrongdoing Affect the Whistle-Blowing Process?*, in *Bus. Eth. Quart.*, 2004, 2, 219 ss.
- NOVARO P., *Principali criticità della disciplina italiana in materia di* whistleblowing *alla luce della nuova direttiva europea: limitato campo di applicazione e scarsi incentivi*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2019, 5, 737 ss.
- PAGLIARI G., *Profili teorici della sanzione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1988

- PAPA V., *Contrasto alla* maladministration *e segnalazione di irregolarità: il* whistleblowing *e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" *Collective Volumes*, 2019, 8, in *www.csdle.lex.unict.it* (2019)
- PARISI N., *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*, in *Dir. com. e sc. int.*, 2016, 1, 185 ss.
- PARISI N., *Alle origini della scelta del tema: la rilevanza dell'azione di contrasto alla corruzione nell'ambito della ricerca interdipartimentale 'Crisi dell'eurocentrismo e futuro dell'umanesimo europeo'*, in PARISI N.-- POTESTÀ G.L.-RINOLDI D. (a cura di), *Prevenire la corruzione. Questioni e modelli emergenti tra diritto, etica ed economia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 25 ss.
N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n° 179/2017 di tutela del* whistleblower, in *www.lavorodirittieuropa.it*, 2018, 1
PARISI N., *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in *www.federalismi.it*, 2019, 9
PARISI N., *La funzione del* whistleblowing *nel diritto internazionale ed europeo*, in *www.lavorodirittieuropa.it*, 2020, 2
- PARISI N.-POTESTÀ G.L.-RINOLDI D. (a cura di), *Prevenire la corruzione. Questioni e modelli emergenti tra diritto, etica ed economia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018
- PELISSERO M., *I delitti di corruzione*, in GROSSO C.F.-PELISSERO M. (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, in GROSSO C.F.-PADOVANI T.-PAGLIARO A. (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2015, 245 ss.
- PERRONE F., *Il* whistleblowing *da adempimento burocratico ad opportunità di promozione di una cultura etica nella p.a. in un necessario passaggio da sistema di regole a sistema di valori*, in *www.amministrativamente.it*, 2017, 1-2, 3 ss.
- PERTICI A.-TRAPANI M. (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione* (Atti del Convegno, Pisa, 5 ottobre 2018), Giappichelli, Torino, 2019.
- PERUZZI M., *La prova del licenziamento ritorsivo nella legge 179/17 sul* whistleblowing, in *Lav. e dir.*, 2020, 1, 33 ss.
- PINTO F., *Il mito della corruzione*. *La realtà della malamministrazione*, Aracne, Canterano, 2018
- PIZZUTI P., Whistleblowing *e rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2019
- PULITANÒ D., *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, 11 (suppl.), 3 ss.
- RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina* antitrust, Giuffrè, Milano, 1998
- RAMAJOLI M.-DELSIGNORE M., *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 1, 61 ss.
- RAZZANTE R.-TARTAGLIA POLCINI G., *Prevenzione e repressione della corruzione a livello internazionale. La relativa fallacia degli indicatori di* rating *e le moderne strategie di contrasto*, in *Dir. pen. glob.*, 2017, 1, 7 ss.
- RENZI A., *Quando la trasparenza non previene la corruzione:* whistleblowing *e riservatezza* (commento a Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 28), in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 357 ss.
- RICCIO A., *La tutela del* whistleblower *in Italia*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2017, 1, 139 ss.
- RICCIO A., *La tutela del lavoratore che segnala illeciti dopo la l. n. 179 del 2017. Una prima lettura giuslavoristica*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2018, 3

- RINOLDI D., *Corruzione pubblica e privata, unità del mondo e società liquida*, in *Quaderni dell'Associazione per lo sviluppo degli studi di banca e borsa-Università Cattolica del Sacro Cuore*, 32, 2009, in *www.aassbb.it/wp-content/uploads/2014/10/ED_32.pdf*
- RINOLDI D., *Corruzione pubblica e privata: adeguamento dell'ordinamento italiano alla disciplina internazionale ed europea di contrasto*, in CENTORRINO M.-LISCIANDRA M.-PARISI N.-RINOLDI D., *La corruzione fra teoria economica, normativa internazionale, modelli d'organizzazione d'impresa*, in *Quaderni europei*, 18, 2010, in *www.lexunict.it/cde/quadernoeuropei/giuridiche/18_2010.pdf*.
- ROSSI A., *La riforma del "sistema punitivo" della corruzione tra privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e per gli enti*, in *Le soc.*, 2017, 6, 751 ss.
- RUGANI A., *Riforma della "corruzione fra privati" (d.lgs. n. 38/2017): l'ennesima occasione perduta*, in *Cass. pen.*, 2017, 12, 4312 ss.
- RUGANI A., *I profili penali del* whistleblowing *alla luce della L. 30 novembre 2017 n. 179*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2018 (03.6)
- SAGAR R., *Secrets and Leak: The Dilemma of State Secrecy*, Princeton University Press, Princeton, 2013
- SALES I.-MELORIO S., *Storia dell'Italia corrotta*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2019
- SAVINI I.A.-F. VETRÒ F., Whistleblowing *e meritevolezza: la tutela del segnalante e del segnalato nei settori pubblico e privato*, in *www.filodiritto.com* (Sistema 231), 2020, 1
- SAVONA E.U.-MEZZANOTTE L., *La corruzione in Europa*, Carocci, Roma, 1998
- SCATTURRO R., *Defining whistleblowing*, IACA, Laxemburg, Research Paper Series, 5, 2018 (May)
- SEMINARA S., *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 10, 1235 ss.
- SEMINARA S., *D. Lgs. 15 marzo 2017, n. 38. Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione fra privati*, *Dir. pen. e proc.*, 2017, 6, 712 ss., *D. Lgs. 15 marzo 2017, n. 38. Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione fra privati*, *Dir. pen. e proc.*, 2017, 6, 712 ss.
- SESSA A., *Prevenzione e 'selezione primaria' nella legge n. 190 del 2012: l'antiformalismo come metodo per una razionalizzazione del sistema penale*, in JAZZETTI A.-BOVE A. (a cura di), *La legge anticorruzione. I. La riforma dei reati contro la P.A.*, Giapeto, Napoli, 2014, 201 ss.
- SESSA A., *Sistema penale e 'legalità reticolare': opzioni di valore nella più recente normativa anticorruzione*, in *Le Corti Salernitane*, 2017, 1-2, 265 ss.
- SEVERINO P., *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. e proc.* 2013, 1, 7 ss.
- SIGNORELLI M., *La diligenza del prestatore di lavoro e l'obbligo di fedeltà: l'inadempimento del lavoratore subordinato nella lettura giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1, 106 ss.
- SILVESTRO C., *L'istituto del* whistleblower *a tre anni dalla legge anticorruzione*, in *Il nuovo dir. amm.*, 2016, 3, 97 ss.
- SITZIA A., *La protezione del "*whistleblower*" nel settore privato: la legge n. 179 del 2017 nella prospettiva europea*, in *www.lavorodirittieuropa.it*, 2019, 2
- SPADARO S.-PASTORE A., *Legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190),* Giuffrè, Milano, 2012
- SPENA A., *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015)*, in *Studium Iuris*, 2015, 10, 1115 ss.

- STEPHENSON P.- LEVI M., *Protection of Whistleblowers: a study on the feasibility of a legal instrument on the protection of employees who make disclosures in the public interest*, Council of Europe, CDCJ(2012)9 final
- THÜSING G.-FORST G. (eds.), *Whistleblowing–A Comparative Study*, Springer Cham, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2016
- TRAVI A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1983
- VALENTINI V., *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge-anticorruzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012, 2
- VALLI L., Whistleblowing*, verità e democrazia: una riflessione*, in *www.iusinitinere.it*, 2019, 1, pubblicato anche in *www.lavorodirittieuropa.it*, 2020, 2
- VANDEKERCKHOVE W., *Whistleblowing and Organizational Social Responsibility. A Global Assessment*, Ashgate, Aldershot, 2006
- VANNUCCI A., *Come combattere la corruzione in Italia?*, in *Quad. soc.*, 1997, 14, 121 ss.
- VANNUCCI A., *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in MERLONI F.-VANDELLI L. (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010, 57 ss.
- VANNUCCI A., *Un nuovo paradigma contro la corruzione*, in *Riv. bim. di cult. e pol.*, 2012, 3, 422 ss.
- VANNUCCI A., *Atlante della corruzione*, EGA, Torino, 2012
- VANNUCCI A., *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in MATTARELLA B.G.-PELISSERO M. (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, 48 ss.
- VANNUCCI A., *Costi di transazione e meccanismi di* governance *nel mercato della corruzione*, in *Riv. it. pol. pub.*, 2018, 1 25 ss.
- VILLAMENA S., *Il* whistleblowing *pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, 3-4, 841 ss.
- VITALE M.-GERONZIO M. (a cura di), *Corruzione. Malattia sociale che distrugge competitività, civiltà, Costituzione e carità*, ESD, Bologna, 2010
- WEARE K.C., *Maladministration and its remedies*, The Hamlyn Trust, London, 1973
- ZULIANI A., *Informazioni per contrastare la corruzione*, in *Studi parl.*, 2013, 181-182, 75 ss.

«*IN CONDITIONALITY WE TRUST*». RIFLESSIONI SULLE CONDIZIONALITÀ MACROECONOMICHE INTRODOTTE DAL RECOVERY AND RESILIENCE FACILITY [*]

Andrea Conzutti [·]

Abstract [ITA]: Il lavoro si propone l'obiettivo di analizzare l'articolato regime delle condizionalità contemplate dal *Recovery and Resilience Facility* (RRF), che incide in misura significativa sull'impiego delle risorse finanziarie stanziate dall'Unione europea, nell'ambito del *Next Generation EU* (NGEU), al fine di arginare il grave impatto macroeconomico innescato dalla pandemia da Covid-19. Muovendo da questa analisi, si tenterà di mettere in discussione l'idea del preteso «commissariamento» di fatto dei Paesi destinatari dell'assistenza sovranazionale, la quale, seppur affacciatasi nel limitato dibattito teorico sviluppatosi sull'argomento, appare per lo più distante rispetto alle reali dinamiche di ripresa euro-nazionali.

Abstract [ENG]: *The paper aims to analyse the conditionality regime introduced by the Recovery and Resilience Facility (RRF), which significantly affects the use of the financial resources allocated by the European Union in the framework of the Next Generation EU (NGEU) to contain the macroeconomic impact triggered by the Covid-19 pandemic. Based on this analysis, the idea, supported by some scholars, of the de facto «receivership» of the States receiving supranational assistance will be questioned, proving how it appears to be mainly distant from the actual dynamics of Euro-national recovery*.

SOMMARIO: 1. Prologo: dietro l'assistenza finanziaria il «commissariamento»? **- 2.** Lo strumento chiave della ripresa europea: il *Recovery and Resilience Facility*. **- 3.** Le condizionalità *ex ante*: la fase di elaborazione. **- 4.** Le condizionalità *in itinere*: la fase di implementazione. **- 5.** Epilogo: la compartecipazione alla formazione del «vincolo esterno».

1. Prologo: dietro l'assistenza finanziaria il «commissariamento»?

> «*The term conditionality denotes the practice of international organizations and States of making aid and co-operation agreements with recipient States conditional upon the observance of various requirements, such as financial stability, good governance, respect for human rights, democracy, peace and security*»

[**] Il presente contributo costituisce la rielaborazione, con aggiornamento, arricchimento dei contenuti e del corredo di note, della relazione svolta dall'Autore nel corso del Convegno dal titolo "*Le metamorfosi del potere sanzionatorio: forme innovative e argini garantistici*", tenutosi presso l'Università degli Studi di Trieste il 20 maggio 2022 nell'ambito del Dottorato interateneo Trieste-Udine in Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo.

[·] Dottorando di ricerca e cultore della materia in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Trieste, sede convenzionata dell'Università degli Studi di Udine.

C. PINELLI, '*Conditionality*', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, p. 1.

Non v'è dubbio che l'Unione europea sia solita collegare l'erogazione dei propri fondi strutturali e di investimento a «rigorose condizionalità»[90], consistenti in riforme ordinamentali in linea con una *sana governance economica*, ossia con quanto intrapreso a livello europeo nell'ambito delle procedure comuni di coordinamento delle politiche fiscali nazionali[91]; presidiando il tutto attraverso un sistema sanzionatorio atto a consentire la sospensione dei pagamenti destinati agli Stati membri che non dovessero adottare provvedimenti efficaci nel quadro delle complessive priorità macroeconomiche sovranazionali[92].

90 L'espressione è stata introdotta nel 2011, nell'art. 136, par. 3, TFUE, in riferimento alla concessione di «qualsiasi assistenza finanziaria» da parte dell'istituendo *European Stability Mechanism* (Meccanismo europeo di stabilità, MES). Sul punto, per tutti, R. CALVANO, *La tutela dei diritti tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2013, pp. 1 ss.; A. PISANESCHI, *L'Esm, le condizionalità, i "memorandum of understanding". Un nuovo diritto europeo fuori dell'Europa*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3/2016, pp. 511 ss.; A. MANGIA, *Il Trattato MES, la costituzione economica europea, le Costituzioni nazionali*, in A. MANGIA (a cura di), *MES. L'Europa e il Trattato impossibile*, Scholé, Brescia, 2020, pp. 1 ss.; F. SALMONI, *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Federalismi.it*, n. 20/2020, pp. 280 ss.; L. GIANNITI, *La riforma del Trattato istitutivo del MES e la governance economica dell'eurozona*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2020, pp. 305 ss. Più in generale, sull'impatto costituzionale del Trattato MES, cfr. G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2012, pp. 461 ss.; P. BILANCIA, *La nuova governance dell'Eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 23/2012, pp. 6 ss.; M.T. STILE, *Il MES nella risoluzione delle crisi finanziarie europee. Un paradigma di limitazione della sovranità statuale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 23 ss.

91 Cfr., in merito, l'art. 23 del Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, relativo ai fondi strutturali e di investimento europei concepiti come strumento per promuovere la coesione nell'area dell'Unione europea, espressamente rubricato «Misure per collegare l'efficacia dei fondi SIE a una sana governance economica». V. anche Corte di Giustizia, 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle v. Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*, che ha riconosciuto come la *strictly conditionality* fosse necessaria per assicurare la compatibilità delle misure di salvataggio previste nell'ambito del MES con la *no bail out clause*, iscritta nell'art. 125, par. 1, TFUE, che vieta all'Unione e agli Stati membri di farsi carico delle obbligazioni finanziarie assunte da qualsiasi autorità pubblica di un altro Stato membro.

92 Per un'analisi delle origini della condizionalità macroeconomica, affermatasi per la prima volta nel contesto degli interventi del Fondo monetario internazionale e della Banca mondiale, si rinvia allo studio monografico di A. BARAGGIA, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi: la condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. pp. 47 ss. Più in generale, sull'approccio europeo, oltre che internazionale, alle condizionalità, si vedano, tra gli altri, C. PINELLI, *Conditionality and Enlargement in Light of EU Constitutional Developments*, in *European Law Journal*, Vol. 10, No. 3, 2004, pp. 354 ss.; A. DREHER, *IMF conditionality: theory and evidence*, in *Public Choice*, Vol. 141, No. 1, 2009, pp. 233 ss.; S. CAFARO, *Il Governo delle organizzazioni di Bretton Woods, Analisi critica, processi di revisione in atto e proposte di riforma*, Giappichelli, Torino, 2012; G. ADINOLFI, *Il sostegno congiunto UE-FMI: è necessario un ripensamento della politica di condizionalità?*, in G. ADINOLFI, S. CAFARO (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area euro*, Giappichelli, Torino, 2013; D. SICLARI, *"Condizionalità" internazionale e gestione delle crisi dei debiti sovrani*, in *Federalismi.it*, n. 1/2015, pp. 2 ss.; E. PAPARELLA, *Il fondo monetario internazionale nell'eurozona. La stretta condizionalità e la sovranità condizionata*, Jovene, Napoli, 2018, spec. pp. 67 ss. Da ultimo cfr. anche C. PINELLI, *Conditionality and Economic*

Effettivamente, un simile *modus procedendi*, evocativamente definito «mercato delle riforme»[93], rappresenta ormai una prassi costante nel percorso di sviluppo della costruzione europea, alimentatasi, negli ultimi anni, soprattutto in occasione della ristrutturazione dei debiti sovrani, cresciuti in maniera esponenziale per effetto della crisi finanziaria del 2008[94].

Non stupisce dunque se questo stesso paradigma si applica oggi, ancora una volta, anche al *Next Generation EU* (NGEU). Vale a dire un eccezionale strumento di rilancio temporaneo che, con una dotazione complessiva di ben 750 miliardi di euro stanziati nell'ambito del Quadro Finanziario Pluriennale (QFP) 2021-2027, mira ad arginare il grave impatto macroeconomico innescato dalla pandemia da Covid-19, mettendo a disposizione dei Paesi europei le risorse necessarie a consentire lo stimolo dell'economia reale[95].

Constitutionalism in the Eurozone, in *Italian Journal Of Public Law*, n. 1/2019, pp. 22 ss.; A. BARAGGIA, *Potestas v. Potentia: l'utilizzo della condizionalità in ordinamenti compositi*, in *DPCE Online*, *Numero speciale: I sistemi normativi post-vestfaliani tra decisioni politiche, integrazioni giurisprudenziali e fonti di produzione non formalizzate. Una ricostruzione in chiave comparata*, 2021, pp. 1344 ss.

93 Così A. SOMMA, *Il mercato delle riforme. Appunti per una storia critica dell'Unione europea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2018, pp. 167 ss.; nonché ID, *Il governo della condizionalità. Dal Piano Marshall all'Unione europea*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 433 ss., il quale ragiona espressamente di riforme strutturali imposte come contropartita per l'assistenza finanziaria e dirette a un deciso allineamento all'ortodossia economica neoliberale. Quella in esame rappresenta, peraltro, una pratica piuttosto diffusa a livello dell'Unione europea, definita perfino «consuetudinaria» da una parte della dottrina: in questo senso P. DE SENA, S. D'ACUNTO, *Il doppio mito: sulla (pretesa) neutralità della politica monetaria della BCE e la (pretesa) non-vincolatività degli indirizzi di politica economica dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2020, p. 135. Sul punto anche I.A. TASSOPOULOS, *EU strict conditionality from the perspective of the separation of powers*, in A. BARAGGIA, C. FASONE, L.P. VANONI (eds.), *New Challenges to the Separation of Powers. Dividing Power*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, pp. 203 ss.

94 La dottrina sulla crisi economico-finanziaria dell'Eurozona è sterminata. Tra i lavori che offrono una visione complessiva degli effetti indotti dalla condizionalità macroeconomica durante questa fase, si vedano: F. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2008). Il caso italiano*, Cedam, Padova, 2009; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Esi, Napoli, 2012; F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nelle garanzie dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, pp. 1 ss.; E. OLIVITO, G. REPETTO, *Perché pensare la crisi dell'UE in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, p. 1 ss. Per la letteratura straniera, tra i principali, cfr. P. CRAIG, *Member States Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in M. ADAMS, F. FABBRINI, P. LAROUCHE (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2014, pp. 19 ss.; K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

95 Le risorse finanziarie stanziate nell'ambito del NGEU sono disciplinate dal Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi Covid-19. Per un approfondimento dei negoziati che hanno portato all'approvazione del QFP 2021-2027, cfr. B. CARAVITA, *We, Europeans, Did It! Shall We, Italians, Overcome?*, in *Federalismi.it*, n. 24/2020, pp. iv ss.; A.O. COZZI, *1999-2020, dalla Carta dei Diritti Fondamentali al Next Generation Eu: momenti dell'integrazione europea attraverso le iniziative della Presidenza tedesca*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, pp. 114 ss. Più in generale, in merito alle misure adottate a livello europeo per far fronte alla crisi finanziaria conseguente all'epidemia da

Com'era prevedibile, modalità e criteri di assegnazione delle risorse contemplate da questo programma dalle dimensioni epocali hanno, fin da subito, attirato l'interesse della dottrina pubblicistica che, tuttavia, si è concentrata in massima parte su un aspetto, pur di particolare interesse: il Regolamento (UE) n. 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione[96]. Si tratta di un atto senza precedenti, attraverso il quale le istituzioni europee, a seguito di una vivace polemica tra Polonia e Ungheria da un lato e gli altri Paesi membri dall'altro, hanno definitivamente convenuto di subordinare l'erogazione dei fondi previsti dal NGEU al rispetto dello Stato di diritto (*rule of law*) nei vari Paesi dell'Unione[97].

Covid-19, si rinvia a C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2020, pp. 761 ss.; O. CHESSA, *La governance economica europea dalla moneta unica all'emergenza pandemica*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2020, pp. 409 ss.; L. BARTOLUCCI, *Le reazioni economico-finanziarie all'emergenza Covid-19 tra Roma, Bruxelles e Francoforte (e Karlsruhe)*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 1/2021, pp. 154 ss.

96 Cfr. Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

97 L'ampiezza della letteratura giuridica sulla c.d. *rule of law conditionality*, che costituisce oggi l'applicazione più controversa ma al contempo più definita della condizionalità, fornisce la misura della rilevanza della questione per la dottrina pubblicistica italiana e straniera. Per limitarsi ad alcuni riferimenti in merito ai complessi e sofferti passaggi politici e procedurali che hanno accompagnato l'adozione del Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092, si vedano P. LINDSETH, C. FASONE, *Rule-of-Law Conditionality and Resource Mobilization - the Foundations of a Genuinely 'Constitutional' EU?*, in *Verfassungsblog*, 11 dicembre 2020; nonché E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in *Federalismi.it*, n. 29/2020, pp. 43 ss., il quale discorre espressamente di «un significativo "passo in avanti" nel processo costituente dell'Unione», ribadendo «l'importanza del rispetto dei principi dello Stato di diritto quale valore comune ai paesi membri anche nell'esecuzione delle politiche di bilancio». Sugli sviluppi più recenti, cfr. anche C. PINELLI, *Common values, rule of law conditionality and the state of democracy in Europe*, in N. DE BOER, B. MICHEL, A. NIEUWENHUIS, J.H. REESTMAN, (eds.), *Liber amicorum Besselink*, Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, 2021, pp. 51 ss.; C. FASONE, *Crisi dello stato di diritto: il regolamento sulla condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione e il valore delle conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2021, pp. 214 ss.; G. GIOIA, *La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea. Protezione del bilancio e valori costituzionali*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3/2021, pp. 17 ss.; S. TROILO, *La tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea post Covid-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 4/2021, 74 ss.; E. CUKANI, *Condizionalità Europea e Giustizia Illiberale: From Outside to Inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; C. BUZZACCHI, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato di diritto, o il rule of law a protezione del bilancio?*, in *Diritto & Conti. Bilancio Comunità Persona*, 4 aprile 2022. Quanto, poi, alle due pronunce del 16 febbraio 2022, la prima in causa C-156/21, resa sul ricorso proposto l'11 marzo 2021 dall'Ungheria contro il Parlamento europeo e il Consiglio, e la seconda, in causa C-157/21, resa sul ricorso proposto l'11 marzo 2021 dalla Repubblica di Polonia contro il Parlamento europeo e il Consiglio, attraverso le quali la Corte di giustizia, in seduta plenaria, ha respinto entrambi i ricorsi volti all'annullamento del Regolamento (Ue) n. 2020/2092 sullo Stato di diritto, si rinvia, tra i primissimi commenti, a P. FARAGUNA, T. DRINÓCZI, *Tímea: Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *Verfassungsblog*, 21 febbraio 2022; A. BARAGGIA, *Ungheria e Polonia: la Corte Ue ha definito le regole del gioco, ma la partita non è ancora chiusa*, in *Euractiv.it*, 23 febbraio 2022; V. SACHETTI,

Focalizzando prevalentemente l'attenzione sulla c.d. *rule of law conditionality* introdotta dal menzionato Regolamento si è trascurato, però, lasciandolo in sostanza sullo sfondo, un altro aspetto centrale per la ripresa europea: il meccanismo condizionale istituito dal *Recovery and Resilience Facility*, ossia lo strumento chiave del NGEU[98].

Nel presente scritto si tenterà, allora, di mettere in luce questo profilo di significativo rilievo, ripercorrendo il contenuto degli specifici vincoli al cui rispetto risulta soggetta la concessione degli aiuti finanziari. Si potrà, così, identificare il complessivo *framework* di riferimento dell'azione di sostegno economico sovranazionale e verificare il concreto atteggiarsi delle relazioni tra attribuzioni statali ed europee nell'attuale frangente *post*-emergenziale: per mettere in discussione la tesi dell'intromissione dell'Unione nelle strutture politiche, istituzionali e sociali nazionali[99], con conseguente «commissariamento» di fatto dei Paesi destinatari dell'assistenza finanziaria, che, seppur affacciatasi nel limitato dibattito teorico sviluppatosi sull'argomento, appare per lo più distante rispetto alle *reali dinamiche* di ripresa euro-nazionali[100].

Once more, with feeling: il finale annunciato del ricorso per l'annullamento del meccanismo di condizionalità relativo alla rule of law (sentenze C-156/21 e C-157/21), in *Rivista di diritti comparati*, 3 marzo 2022; F. SALMONI, *La funzionalizzazione della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio dell'UE (a prima lettura delle sentt. C-156 e C157 Ungheria e Polonia v. Parlamento e Consiglio)*, in *Consulta online*, n. 1/2022, pp. 303 ss.; S. BARTOLE, P. FARAGUNA, *La condizionalità nell'Unione, i carrarmati fuori dell'Unione*, in *Rivista di diritti comparati*, 17 marzo 2022.

98 Cfr. Regolamento (Ue) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

99 Lo sostiene, ad esempio, F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2021, p. 80, secondo la quale l'imponente numero e l'ampia portata delle condizionalità cui è soggetta l'assistenza finanziaria europea potrebbero «portare a una sorta di omologazione strutturale degli Stati membri potendo arrivare persino a cambiarne significativamente forma di Stato e di governo».

100 Cfr., *ex multis*, le, pur autorevoli, ricostruzioni di M. DANI, A.J. MENÉNDEZ, *Recovery Fund: dietro i sussidi il commissariamento*?, in *laCostituzione.info*, 25 luglio 2020; A. SOMMA, *Commissariare il parlamento. Il piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue condizionalità (parte I)*, in *la fionda*, 11 ottobre 2021, pp. 1 ss.; ID, *Commissariare il parlamento. Il piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue condizionalità (parte II)*, in *la fionda*, 12 ottobre 2021, pp. 1 ss.; A. GUAZZAROTTI, *L'Unione europea, il debito pubblico e il commissariamento soft dei partiti nazionali*, in *laCostituzione.info*, 4 febbraio 2022. Sulla medesima lunghezza d'onda, si veda anche F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, cit., pp. 77 ss., la quale, in chiave critica, evoca delle similitudini tra le condizionalità introdotte dal programma straordinario di assistenza finanziaria dell'Unione europea in capo agli Stati membri maggiormente colpiti dall'emergenza pandemica e gli stringenti vincoli che la c.d. Troika (i.e., l'insieme dei rappresentanti della Commissione europea, della Banca centrale europea e del Fondo monetario internazionale) aveva imposto agli Stati europei che, sull'orlo del *default* dovuto alla c.d. crisi dei debiti sovrani, avevano richiesto ed ottenuto gli aiuti economici da vari organismi finanziari sovranazionali (MESF, FESF, MES).

2. Lo strumento chiave della ripresa europea: il *Recovery and Resilience Facility*.

La parte più consistente dei contributi finanziari stanziati nell'ambito del NGEU verrà distribuita dal già menzionato *Recovery and Resilience Facility* (RRF – Dispositivo per la ripresa e la resilienza), la cui dotazione totale, alimentata attraverso l'emissione di appositi titoli europei[101], ammonta a 672,5 miliardi di euro, così suddivisi: 312,5 miliardi in sovvenzioni a fondo perduto (*grant*) e 360 miliardi in prestiti (*loan*) a tassi agevolati da restituire[102].

Per comprendere il funzionamento di questo strumento dalla portata eccezionale è decisivo muovere dalla sua base giuridica, ossia il Regolamento (Ue) 2021/241[103]. Si tratta di un atto del Parlamento europeo e del Consiglio, approvato il 12 febbraio 2021, sulla cui scorta i vari Paesi dell'Unione che hanno richiesto l'assistenza sovranazionale sono stati chiamati a predisporre e implementare – in un arco temporale di sei anni, dal 2021 al 2026 – ambiziosi pacchetti di investimenti strutturali oltre che di riforme ordinamentali: i Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza (PNRR o *Recovery Plan*)[104].

101 In questo contesto, la nuova Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea, che abroga la Decisione 2014/335/UE, Euratom, avendo autorizzato la Commissione europea a contrarre eccezionalmente prestiti sui mercati di capitali fino a 750 miliardi di euro, ha rappresentato il perno fondamentale per il finanziamento della strategia adottata dall'Unione europea al fine di superare la crisi pandemica. La novità è sottolineata da R. CHRISTIE, G. CLAEYS, P. WEIL, *Next Generation EU borrowing: a first assessment, Bruegel Policy Contribution*, Issue n. 22/21, pp. 1 ss. Per un'analisi dei lineamenti fondamentali della Decisione sulle risorse proprie v. anche A. SOMMA, *Il bilancio dell'Unione europea tra riforma del sistema delle risorse proprie e regime delle condizionalità*, in *DPCE online*, n. 4/2018, pp. 873 ss. Preme peraltro rammentare come, con pronuncia del 15 aprile 2021, il Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco abbia preso posizione al riguardo, respingendo l'istanza d'urgenza volta a impedire l'entrata in vigore della legge federale di ratifica della predetta Decisione sulle Risorse Proprie, ma dichiarando, al contempo, ammissibile e non manifestamente infondato il ricorso diretto di costituzionalità presentato insieme all'istanza. Cfr. BVerfG, 2 BvR 547/21, 15 aprile 2021. La vicenda è stata ampiamente commentata in dottrina, sia qui sufficiente rinviare a M. BONINI, *Il Bundesverfassungsgericht tedesco e la legge federale di ratifica della «Decisione sulle Risorse Proprie» dell'Unione europea: ancora una volta, una pronuncia problematica nel nome del sindacato sugli atti ultra vires?*, in *DPCE online*, n. 1/2021, pp. 2759 ss.; A. DE PETRIS, *Gli strumenti europei di finanziamento dell'emergenza COVID all'esame di Karlsruhe*, in *Rivista di diritti comparati*, 6 maggio 2021; M. SIMONCINI, *Le scelte chiave sul futuro dell'Europa. Il Next Generation EU alla prova della Corte costituzionale tedesca*, in *Luiss Open*, 6 maggio 2021.

102 Cfr., art. 6 RRF. Per un'analisi dell'impatto macroeconomico dei fondi stanziati nell'ambito del NGEU per l'Italia, si rinvia a R. CANELLI, G. FONTANA, R. REALFONZO, M. VERONESE PASSARELLA, *L'efficacia del Next Generation EU per la ripresa dell'economia italiana*, in *Economia e Politica*, 17 marzo 2021.

103 Su cui, diffusamente, E. CAVASINO, *L'autonomia di spesa delle Regioni fra Stato ed Unione europea dalla l. cost. 3/2001 alle condizionalità europee sulla ripresa e la resilienza*, in *Diritto & Conti. Bilancio Comunità Persona*, n. 2/2021, pp. 47 ss.; V. MANZETTI, *Dalle origini all'attuale PNRR: spunti e riflessioni*, in *Diritto & Conti. Bilancio Comunità Persona*, n. 2/2021, pp. 129 ss.

104 In merito ai Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza si sta sviluppando un vivace dibattito dottrinale. Tra i molti contributi già pubblicati, limitandosi alla letteratura in lingua italiana, qui si

Il Regolamento in parola rappresenta, in buona sostanza, una «legge cornice contenente i principi e le coordinate fondamentali» che gli Stati beneficiari dovranno seguire per ottenere l'elargizione delle ingenti somme di denaro europeo[105]. Conviene, dunque, soffermarsi sulle principali prescrizioni contenute nel *Recovery and Resilience Facility* che, come si avrà modo di vedere più analiticamente nel prosieguo, impongono ai Paesi dell'Unione delle strette condizionalità, essenzialmente suddivisibili secondo due differenti momenti temporali:

i) condizionalità *ex ante*, con riferimento alla fase di elaborazione dei *Recovery Plan* nazionali;

ii) condizionalità *in itinere*, con riguardo al momento attuativo di quanto precedentemente pianificato[106].

3. Le condizionalità *ex ante*: la fase di elaborazione.

Partendo dall'analisi delle condizionalità *ex ante*, ossia dal contesto europeo che faceva da sfondo all'*iter* di scrittura dei PNRR, occorre anzitutto osservare come la fase ideativa di tali Piani nazionali, le cui riforme strutturali vengono concepite come contropartita per l'assistenza finanziaria, si sia indubbiamente incrociata con l'operato proprio della *governance* dell'Unione europea, venendo giocoforza influenzata dalle linee di indirizzo promananti da quest'ultima[107].

---

segnalano: L. BARTOLUCCI, *Il procedimento legislativo italiano alla prova del PNRR*, in *School of Government Policy Brief*, n. 47/2021, pp. 1 ss.; ID, *Sull'inopportunità di intraprendere un percorso di riforma del procedimento legislativo in tempo di Next generation EU*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2021, pp. 133 ss.; S. FABBRINI, *La governance del PNRR e il governo dell'Italia*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 giugno 2021; M. FERRARA, *Il NRRP nei provvedimenti del Governo Draghi, tra centralismo della governance e questioni di genere ancora aperte*, in *Orizzonti del Diritto pubblico*, 14 giugno 2021; R. IBRIDO, *Le Camere esaminano il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e chiedono un rafforzamento degli strumenti di controllo parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti, Raccordi parlamentari Italia-Ue*, n. 2/2021; C. MAINARDIS, *Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide del PNRR*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, pp. 139 ss.; A. POGGI, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, pp. 199 ss.; S. STAIANO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi.it*, n. 14/2021, pp. iv ss.; A. BARONE, F. MANGANARO, *PNRR e Mezzogiorno*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2022, pp. 148 ss. In chiave politologica, v. anche M. GUIDI, M. MOSCHELLA, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: dal Governo Conte II al Governo Draghi*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 3/2021, pp. 405 ss.

105 Così, testualmente, A. SCIORTINO, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2021, p. 236.

106 A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, n. 23/2022, pp. 154-155. Alcuni spunti in merito anche in L. MELICA, *"Whereas this is a moment of truth for the Union that will determine its future". Tra atti e parole delle Istituzioni europee nella lotta contro la pandemia*, in *DPCE online*, n. 2/2020, pp. 2265 ss.

107 Lo sostiene A. SOMMA, *L'Europa tra momento hamiltoniano e momento Polanyi*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2021, p. 3.

Il 17 settembre 2020, la Commissione europea ha reso, infatti, note le prime linee guida per la predisposizione dei Piani di ripresa, cui ha fatto seguito, il 21 dicembre 2020, la pubblicazione di alcuni modelli di orientamento settoriali per assistere i vari Paesi nella stesura dei loro *Recovery Plan*, in conformità alle previsioni europee in materia di aiuti di Stato[108]. Successivamente, il 12 febbraio 2021 è stato approvato il citato Regolamento istitutivo del *Recovery and Resilience Facility*. Proprio per tale ragione, nel gennaio 2021 la Commissione europea era intervenuta nuovamente aggiornando la precedente versione delle linee guida, al fine di allinearla al testo dell'accordo sulla proposta di Regolamento[109].

L'art. 18 RRF ha disposto, in particolare, che i Piani nazionali dovessero essere debitamente motivati e giustificati attraverso una minuziosa serie di spiegazioni da cui risultasse evidente la coerenza di «*milestone*» (traguardi, di carattere qualitativo), «*target*» (obiettivi, di carattere quantitativo) e «*timetable*» (calendario indicativo) tanto con le priorità europee contemplate nei sei pilastri dello stesso *Recovery and Resilience Facility* – tra cui spiccano *green economy* e digitalizzazione – quanto con le *Country Specific Recommendations* espresse, nell'ambito del Semestre europeo per il coordinamento delle politiche economiche, dal Consiglio su proposta della Commissione europea nel 2019 e nel 2020[110]. Si tratta dunque di una sorta di vincoli *ad hoc* rivolti ai singoli Stati dell'Unione[111] che, all'Italia, impongono, tra le altre cose, di:

108 Commissione europea, *Staff Working Document*, SWD (2020) 205 final, 17 settembre 2020.

109 Commissione europea, *Staff Working Document*, SWD (2021) 12 final, 22 gennaio 2021.
In proposito, cfr. almeno M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, n. 12/2021, pp. 1 ss., il quale riflette approfonditamente sull'influenza giocata dalla dimensione europea nella fase di stesura dei vari PNRR nazionali.

110 C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, cit., p. 772; G. RIVOSECCHI, *Il bilancio nel diritto pubblico italiano*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3/2020, p. 32.

111 Definite anche «condizionalità specifiche per Paese». In questo senso F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Cedam, Padova, 2021, p. 46. Sulle *Country Specific Recommendations* e sul loro seguito cfr. le analisi di G. MENEGUS, *Gli indirizzi di massima per il coordinamento delle politiche economiche ex art. 121 TFUE nel quadro del semestre europeo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, pp. 1491 ss.; L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Cedam, Padova, 2020, pp. 351 ss. In relazione, poi, al c.d. "semestre europeo", istituito in risposta alla crisi economico-finanziaria dall'art. 2-*bis* del Regolamento (CE) n. 1466/1997, come modificato dal Regolamento (UE) n. 1175/2011, oltre che, più in generale, al coordinamento delle politiche economiche a livello dell'Unione europea, si vedano, almeno, G. RIZZONI, *Il "semestre europeo" fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Francia e Italia a confronto*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, pp. 1 ss.; L. BARTOLUCCI, *La funzione finanziaria (e il rapporto con il Semestre europeo)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2019, pp. 103 ss.; R. IBRIDO, *Coordinamento delle decisioni di bilancio e sostenibilità del debito pubblico: ragionando sulla costituzione economica in trasformazione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 1/2020, pp. 114 ss.; S. BEKKER, *The European Semester: understanding an innovative governance model*, in P.J. CARDWELL, M.P. GRANGER (eds.), *Research Handbook on the Politics of EU Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, pp. 67 ss.

- perseguire politiche finalizzate a «conseguire posizioni di bilancio a medio termine prudenti e ad assicurare la sostenibilità del debito»[112];

- «migliorare il coordinamento tra autorità nazionali e regionali»[113];

- «migliorare l'efficienza del sistema giudiziario e il funzionamento della pubblica amministrazione»[114];

- «affrontare le restrizioni alla concorrenza, in particolare nel settore del commercio al dettaglio e dei servizi alle imprese, anche mediante una nuova legge annuale sulla concorrenza»[115].

In estrema sintesi, alla luce di tutte queste «rime obbligate» dettate dal livello sovranazionale, cui i Paesi finanziariamente assistiti avrebbero in ogni caso dovuto conformarsi al fine di accedere alle risorse economiche europee, si può notare come gli spazi di manovra nazionali nella scrittura dei *Recovery Plan* risultassero già *ab origine* sensibilmente circoscritti[116].

112 Cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Raccomandazione sul Programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*, 2020/C 282/12, 26 agosto 2020, punto 1.

113 Cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Raccomandazione sul Programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*, 2020/C 282/12, 26 agosto 2020, punto 1.

114 Cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Raccomandazione sul Programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*, 2020/C 282/12, 26 agosto 2020, punto 4.

115 Cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Raccomandazione sul Programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2019 dell'Italia*, 2019/C 301/12, 5 settembre 2019, punto 3.

116 Così G. DE MINICO, *Una promessa incompiuta il piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 369. In senso analogo F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, cit., pp. 43 ss. Sulle linee di indirizzo europee, concepite come punto di riferimento obbligato per il momento ideativo dei *Recovery Plan* nazionali, riflette anche N. LUPO, *La delega legislativa come strumento di coordinamento dell'attività normativa di Governo e Parlamento: le lezioni che si possono trarre dalla legge n. 421 del 1992 (anche ai fini dell'attuazione del PNRR)*, in *Amministrazione in cammino*, 5 gennaio 2022, p. 11, il quale evidenzia che queste e, soprattutto, le *Country Specific Recommendations* «non rappresentano certo occhiute indicazioni provenienti dai "burocrati di Bruxelles", bensì linee di indirizzo politico che qualunque Governo dotato di buon senso e non vittima dei veti incrociati dovrebbe perseguire con convinzione, in nome dell'interesse nazionale e della stessa competitività del mercato comune europeo. Non è un caso che i temi della crescita economica e della riduzione del debito pubblico vi compaiano in modo quasi ossessivo, accanto alla riforma della pubblica amministrazione, alla riduzione della durata dei processi civili, alla lotta all'evasione fiscale, e così via». Su questo profilo insistono, inoltre, G. TONIOLO, *Next Generation EU: Una condizionalità virtuosa*, in *School of European Political Economy Policy Brief*, n. 33/2020, pp. 1 ss., che discorre espressamente di una «condizionalità virtuosa»; nonché E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea: cenni di cambiamento nel "discorso" della Commissione europea e "condizionalità utile"*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2020, pp. 151 ss., la quale ragiona di una «condizionalità utile», in quanto non collegata a politiche di austerità e restrizione della spesa pubblica. Evidenzia, poi, le differenze tra le condizionalità dell'austerità previste negli anni della passata crisi dell'Eurozona e quelle introdotte nell'ambito dei fondi del NGEU: M. GOLDMANN, *The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism?*, in *German Law Journal*, n. 21/2020, p. 1072. Più in generale, sulle politiche di

4. Le condizionalità *in itinere*: la fase di implementazione.

Descritte sinteticamente le condizionalità concepite come prodromiche rispetto all'elaborazione dei vari *Recovery Plan*, occorre, ora, analizzare le specifiche condizionalità *in itinere*, relative cioè alla successiva fase di implementazione dei Piani nazionali di ripresa.

A questo riguardo, se indubbiamente gli Stati economicamente assistiti non hanno goduto di piena libertà nell'elaborare i propri PNRR, nella misura in cui le linee di fondo delle loro politiche di ripresa risultavano già sostanzialmente pre-determinate dal livello sovranazionale, si può preliminarmente rilevare come considerazioni sostanzialmente analoghe valgano pure per il momento attuativo di quanto pianificato, per lo più governato in sede europea[117].

L'«attrice protagonista» dell'intero processo di *enforcement* dei PNRR è in effetti la Commissione europea, che riveste un ruolo del tutto nodale nell'erogazione delle risorse dell'Unione[118]. Essa, avvalendosi del Comitato economico e finanziario, si occupa, in particolare, di verificare capillarmente il «conseguimento soddisfacente» degli impegni assunti dai vari Stati beneficiari, al quale è legata l'elargizione degli aiuti finanziari su base semestrale (art. 24, par. 3, RRF)[119].

In questo contesto di costante monitoraggio, la Commissione europea dispone peraltro della possibilità di attivare, autonomamente o assieme al Consiglio, una sorta di «meccanismo sanzionatorio»[120] che si traduce nella *sospensione parziale ovvero*

austerity che hanno caratterizzato la risposta dell'Unione europea alla crisi dell'Eurozona, cfr., almeno, G. PITRUZZELLA, *Austerità finanziaria versus crescita economica nel dibattito sull'Eurosistema*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2012, pp. 427 ss.

117 In merito v. le riflessioni di M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, cit., pp. 1 ss.; F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, pp. 1 ss.

118 G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2021, p. 115. In questo senso anche F. COSTAMAGNA, M. GOLDMANN, *Constitutional Innovation, Democratic Stagnation?: The EU Recovery Plan*, in *Verfassungsblog*, 30 maggio 2020.

119 Cfr., anche per ulteriori indicazioni, P. CASALINO, *La fase di prima attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza: gestione, monitoraggio e controllo; principi trasversali e condizionalità per il corretto utilizzo delle risorse europee*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 5/2021, pp. 12 ss.; L. BALDINI, *I sistemi di controllo e di monitoraggio sull'utilizzo del Recovery Fund*, in B.G. MATTARELLA, L. FIORENTINO, M. CARDONE (a cura di), *La gestione del Recovery Plan. Le amministrazioni pubbliche tra esigenze di riforma e problemi applicativi*, *Quaderni della Rivista Amministrazione in cammino*, 2021, pp. 117 ss.

120 Così, testualmente, P. DE SENA, S. D'ACUNTO, *Il doppio mito: sulla (pretesa) neutralità della politica monetaria della BCE e la (pretesa) non-vincolatività degli indirizzi di politica economica dell'Unione*, cit., p. 148. Sull'articolata procedura a carattere sanzionatorio introdotta dal *Recovery and Resilience Facility*, tale da conferire un elevato coefficiente di obbligatorietà alle condizionalità europee, si soffermano anche F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *lamagistratura.it*, 13 novembre 2021; F. SALMONI, *La riforma del patto di stabilità e crescita: un'occasione per*

totale degli impegni e dei pagamenti, *non solo* nell'ipotesi in cui il Paese abbia disatteso il raggiungimento dei già menzionati *milestone* e *target* (art. 24, par. 6, RRF), *ma anche* nell'ipotesi in cui abbia violato quanto richiesto dalle regole europee sulla «sana governance economica» (art. 10 RRF)[121]. Il *Recovery and Resilience Facility* opera, infatti, uno stretto collegamento tra i PNRR e le *fiscal rules* introdotte a partire dal Trattato di Maastricht e dal successivo Patto di stabilità e crescita, subordinando le erogazioni europee all'adozione di idonee azioni correttive di eventuali disavanzi pubblici nonché squilibri macroeconomici eccessivi[122].

Insomma, avendo riguardo alle condizionalità *in itinere* cui l'assistenza finanziaria risulta soggetta, non vi è dubbio che esse siano numerose e penetranti, segno evidente della presenza crescente dell'Unione europea in seno all'architettura costituzionale degli Stati membri[123]. In questo senso, la vastità dell'azione coperta dal *Recovery and Resilience Facility*, sebbene non esaurisca l'intera attività decisionale che i

trasformare l'Europa o un maquillage per l'austerity che verrà?, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2021, p. 60. Più in generale, a proposito della prassi delle organizzazioni finanziarie internazionali di imporre tipologie sanzionatorie di carattere economico, v., per tutti, L. PICCHIO FORLATI, *The Legal Core of Economic Sanctions*, in L. PICCHIO FORLATI, L.A SICILIANOS (eds.), *Les sanctions economiques en droit international*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, pp. 99 ss.

121 Cfr., in merito, art. 24 RRF, dedicato alle «Regole concernenti il pagamento, la sospensione e la risoluzione degli accordi riguardanti i contributi finanziari e i prestiti», il quale dispone, tra le altre cose, che il mancato raggiungimento dei menzionati *milestone* e *target* può condurre perfino alla risoluzione degli accordi stipulati tra la Commissione europea e lo Stato beneficiario, oltre al recupero integrale dei finanziamenti erogati dall'Unione europea.

122 V. art. 10 RRF, rubricato «Misure per collegare il dispositivo a una sana governance economica». Sulle *fiscal rules* europee la letteratura è sterminata. Si vedano almeno: G. RIVOSECCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Cedam, Padova, 2007; P. BILANCIA, *La nuova governance dell'eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 23/2012, pp. 1 ss.; C. CARUSO, M. MORVILLO, *Economic governance and budgetary rules in the European context: a call for a new european constitutionalism*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 4/2014, pp. 699 ss.; R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea. Processo costituente e governance economica*, Il Mulino, Bologna, 2015; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'Euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, FrancoAngeli, Milano, 2016; O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016. Al riguardo, preme peraltro rimarcare come, già a valle della crisi dei debiti sovrani, ma ancor di più a seguito dell'emergenza pandemica, si siano alzate numerose voci, dal mondo accademico, istituzionale e politico, per sostenere che la *governance* economica dell'Unione europea e, in particolar modo, il Patto di stabilità e crescita, debbano essere profondamente riformati. Sulle varie proposte di riforma avanzate in dottrina, cfr., da ultimo, G. AMATO, F. BASSANINI, M. MESSORI, G.L. TOSATO, *The new European fiscal framework: how to harmonize rules and discretion*, in *Astrid Paper*, n. 81/2021, pp. 1 ss.; S. D'ACUNTO, D. SUPPA, *Reforming Eurozone fiscal rules. A Critical Appraisal of the debate*, in A. COZZOLINO (a cura di), *Il futuro dell'Europa dopo la pandemia*, in *Futuri*, n. 15/2021, pp. 41 ss.; G. GIOIA, *Il Patto di stabilità e crescita tra sospensione e proposte di riforma. Un'occasione per ripensare le fiscal rules?*, in *Rivista di diritti comparati*, 10 maggio 2021, pp. 1 ss.; A. BOITANI, R. TAMBORINI, *Reforming the European fiscal governance. Beyond new rules*, in *School of European Political Economy Policy Brief*, n. 2/2022, pp. 1 ss.; L. BINI SMAGHI, *La Riforma del Patto di Stabilità e Crescita: Ce n'è veramente bisogno?*, in *School of European Political Economy Policy Brief*, n. 9/2022, pp. 1 ss.; F. SALMONI, *La riforma del patto di stabilità e crescita: un'occasione per trasformare l'Europa o un maquillage per l'austerity che verrà?*, cit., pp. 46 ss.

pubblici poteri potranno porre in essere da qui al 2026, è senz'altro tale da influenzare uno spettro assai ampio di politiche domestiche, occupando un cronoprogramma fittissimo, dove tutto è già significativamente condizionato nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo*[124].

5. Epilogo: la compartecipazione alla formazione del «vincolo esterno».

In considerazione di quanto precede, si potrebbe essere potenzialmente tentati di concludere che le condizionalità europee di ripresa e resilienza risultino, in fin dei conti, del tutto coerenti con quel preteso commissariamento di fatto degli Stati beneficiari dell'assistenza finanziaria, di cui si ragionava in apertura del contributo[125]. Per essere più espliciti, la ricorrenza, tanto nella fase di ideazione quanto in quella di successivo *enforcement* dei *Recovery Plan* nazionali, di pervasivi vincoli al cui rispetto viene subordinata l'erogazione dei contributi sovranazionali – ai quali i Paesi europei non potrebbero permettersi di rinunciare, pena un ulteriore aggravamento della loro esposizione debitoria – potrebbe ritenersi senz'altro in linea con la convinzione di un'inaccettabile ingerenza dell'Unione europea nella politica interna degli Stati assistiti. Un'ingerenza che, oltretutto, «non si esaurirebbe in un unico atto, ma si prolungherebbe in avanti, con la conseguenza di vincolare per definitività e ricorsività, non le sole forze di maggioranza dell'oggi – cogenza legittima avendo promosso la fase ascendente del *Recovery* – ma anche quelle del domani, tenute ugualmente a rispettare detti impegni»[126].

In realtà, una simile ricostruzione non persuade per una ragione di fondo, pacifica ma imprescindibile: quella relativa al ruolo cruciale svolto dai Paesi membri in seno all'architettura istituzionale dell'Unione europea[127].

123 Così F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, cit., p. 69. In senso analogo anche A. SOMMA, *Il mercato delle riforme. Come l'Europa è divenuta un dispositivo neoliberale irriformabile*, in E. MOSTACCI, A. SOMMA (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Rogas, Roma, 2021, pp. 236 ss.

124 In proposito, N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, n. 1/2022, p. v.

125 Alcuni spunti in merito in D. DI CESARE, *Virus sovrano? L'asfissia capitalistica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2020, pp. 15 ss.; A. SOMMA, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Laterza, Bari-Roma, 2021, spec. pp. 140 ss.

126 In questo senso, espressamente, G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, cit., p. 117. In termini assai netti, cfr. anche A SOMMA, *Come il Mes, anche il Recovery Fund ha le condizionalità*, in *Micromega-online*, 26 luglio 2020; A. SCIORTINO, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, cit., p. 260.

127 Sottolinea il fondamentale ruolo assunto dai Governi nazionali nella dimensione europea e, in particolare, nelle sedi istituzionali dell'UE, in cui è emersa la necessità di promuovere politiche pubbliche espressamente indirizzate al contrasto della crisi pandemica, F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, p. 32. Per un quadro d'insieme

In altri termini, sicuramente nell'attuale frangente *post*-emergenziale le politiche strategiche di ripresa economica si configurano come il prodotto anche, in misura significativa, dell'azione delle istituzioni europee[128]. Se queste non venissero incluse nell'analisi, ben difficilmente si avrebbe un quadro corretto di come tali *policies* si articoleranno nelle more dell'attuazione dei *Recovery Plan*. Tuttavia, questa constatazione, del tutto condivisibile, non deve far pensare che il contributo degli organi costituzionali nazionali alla loro determinazione sia venuto meno: non si deve, cioè, incorrere nell'equivoco di ritenere che le scelte sovranazionali siano qualcosa di nettamente distinto e separato dagli ordinamenti interni[129].

A ben vedere, infatti, il processo decisionale che, per un verso, ha condotto all'adozione del *Recovery and Resilience Facility* e che, per altro verso, governerà l'erogazione delle risorse finanziarie segue la consueta impostazione governo-centrica che connota la *governance* economica europea, dominata dall'esecutivo bicefalo, Consiglio e Commissione europea[130]. Si tratta, segnatamente, di istituzioni in cui i Governi nazionali esercitano un peso decisivo (come nel caso del Consiglio) o comunque assai rilevante (come nei gruppi di lavoro della Commissione europea), a nome e in rappresentanza dei Paesi di appartenenza, nella programmazione, nella negoziazione e nella determinazione di tutte le varie politiche europee[131]. Sicché, gli

---

v. anche N. LUPO, *Il Governo italiano settanta anni dopo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 174, il quale evidenzia come il Governo italiano e, più in generale, tutti i Governi degli Stati membri siano chiamati a esercitare quotidianamente una cospicua quota della propria attività, svolgendo un ruolo cruciale, in seno alle istituzioni dell'Unione europea.

128 Mette in luce gli articolati rapporti intercorrenti tra le istituzioni italiane e quelle europee nell'attuale frangente di ripresa economica: L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di ripresa e resilienza*, in *Astrid rassegna*, n. 17/2020, pp. 4 ss. In questa prospettiva, cfr. anche M. FISICARO, *Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values*, in *European Papers*, Vol. 4, No. 3, 2019, pp. 695 ss.

129 In merito v. A. SCIORTINO, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, cit., p. 260, la quale rimarca come questo equivoco abbia «fatto spesso comodo ai governi in diversi frangenti per scaricare la responsabilità a livello europeo di scelte impopolari».

130 Al riguardo è stato, peraltro, correttamente osservato come questo processo decisionale, dominato da Consiglio e Commissione europea, non abbia affatto esaurito l'intero *spatium deliberandi*, avendo lasciato sensibili margini di azione al Parlamento europeo, il quale, lungi dall'essere messo ai margini del dialogo politico, si è mostrato «parte attiva della discussione, della modifica e infine dell'approvazione del contenuto dispositivo del Reg. UE 2021/241 occupando gli spazi che la procedura co-decisoria col Consiglio consentiva». Lo evidenzia, tra gli altri, G. DE MINICO, *Una promessa incompiuta il piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., p. 369. Sotto questo profilo si vedano anche, diffusamente, E. BRESSANELLI, L. QUAGLIA, *La Genesi del Next Generation EU: intergovernativismo vs sovranazionalismo?*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 3/2021, pp. 353 ss.; M.C. GIRARDI, *Il ruolo del Parlamento europeo nel procedimento di approvazione del Next Generation Eu*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, pp. 337 ss.

131 N. LUPO, *Il Governo tra Roma e Bruxelles*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il Governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 195 ss. In tale contesto non va nemmeno dimenticato il ruolo svolto dai cittadini degli Stati membri, chiamati ad esprimersi e a influire nella fase di avvio del circuito decisionale, «tanto a livello europeo, per l'elezione del Parlamento europeo

Stati beneficiari dell'assistenza finanziaria, tutt'altro che *bypassati* dall'Unione, partecipano pienamente al processo di ripresa europeo e ai connessi circuiti decisionali che in ambito sovranazionale si sviluppano[132].

In buona sostanza, quindi, il *Recovery and Resilience Facility*, nel delineare quello che a pieno titolo è stato definito un «maxi procedimento euro-nazionale»[133] di elaborazione e di implementazione dei vari PNRR, ci consegna un'impostazione soggettivamente complessa della funzione di *indirizzo politico*, distribuita tra più centri di autorità: un circuito osmotico che, in coerenza con l'art. 10 TUE, si alimenta delle molteplici relazioni e procedure che legano gli attori nazionali a quelli dell'Unione[134].

Volendo trarre le fila del discorso, pare difficilmente revocabile in dubbio che le condizionalità europee di ripresa e resilienza configurino uno stringente «vincolo esterno»[135] alle decisioni di *policy* degli Stati assistiti, che importa per essi,

(elezione che, indirettamente, incide altresì sulla nomina del Presidente della Commissione europea), quanto a livello nazionale, per l'elezione del relativo Parlamento e talvolta altresì per l'elezione del Capo dello Stato». Così, testualmente, R. IBRIDO, N. LUPO, *"Forma di governo" e "indirizzo politico": la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 35.

132 In questo senso N. LUPO, *Il Governo italiano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2018, pp. 944-948, il quale, nell'osservare che i Governi degli Stati membri operano in due sedi, una nazionale ed una sovranazionale, cita una frase di Federica Mogherini: «l'Italia ha due capitali, Roma e Bruxelles», con l'intento di rimarcare come «Il riconoscimento di un solo Governo, che ha sede e agisce contemporaneamente in due capitali, in due contesti istituzionali, e quindi di forme di governo europee e nazionali strettamente intrecciate, che danno origine ad un sistema parlamentare euro-nazionale, consente di inquadrare e di comprendere assai meglio le dinamiche che in questi anni si sono sviluppate, sia a livello nazionale, sia a livello europeo».

133 Impiega questa felice espressione N. LUPO, *La delega legislativa come strumento di coordinamento dell'attività normativa di Governo e Parlamento: le lezioni che si possono trarre dalla legge n. 421 del 1992 (anche ai fini dell'attuazione del PNRR)*, cit., p. 15. V., in merito, anche G. PICCIRILLI, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e l'impatto sulla forma di governo italiana*, in *Ciclo di seminari sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, *Luiss School of Government*, Roma, 7 marzo 2022. Più in generale, sulla nozione di «sistema parlamentare euro-nazionale», cfr., *ex multis*, A. MANZELLA, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, pp. 1 ss.

134 L'applicabilità della nozione di *indirizzo politico* con riferimento all'Unione europea è tutt'altro che pacifica. Tra coloro che ne fanno uso, cfr. R. IBRIDO, N. LUPO, *"Forma di governo" e "indirizzo politico": la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, cit., pp. 30 ss. Al riguardo R. IBRIDO, *Oltre le "Forme Di Governo". Appunti in tema di "assetti di organizzazione costituzionale" dell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, p. 4., evidenzia che «la tendenza a proiettare meccanicamente determinati concetti fuori dal loro campo naturale di applicazione comporta il rischio di sottovalutare le specificità di scopo, di funzionamento e di architettura istituzionale dell'Unione europea». In questo senso, v. anche L. PALADIN, *Il deficit democratico nell'ordinamento comunitario*, in *Le Regioni*, n. 6/1996, 1031, a detta del quale l'Unione europea «non rientra in nessun modello concettuale precostituito, bensì delinea da sé i propri schemi, che vanno giudicati in vista della loro intrinseca efficienza e non già per la loro rispondenza ad alcun figurino giuridico o politologico».

135 In merito alle condizionalità macroeconomiche quale espressione di un vincolo esterno, v. A. SOMMA, *Inasprire il vincolo esterno. Il Meccanismo europeo di stabilità e il mercato delle riforme*, in *Economia e Politica*, 2 gennaio 2020, p. 2. Più in generale, sulla teoria del vincolo esterno, inteso come strumento

inevitabilmente, un qualche grado di coercizione ad attuare dettami sovranazionali in cambio di aiuti finanziari, di fatto difficilmente rinunciabili a fronte della grave emergenza economica che l'epidemia da Covid-19 ha provocato[136]. Ciononostante l'impressione generale è che un simile vincolo, lungi dal determinare una forma velata di sostituzione dell'Unione ai suoi Stati membri, debba pur sempre essere inquadrato come frutto di scelte non esclusivamente europee, ossia di opzioni concertate e condivise anche con gli Stati beneficiari dell'assistenza[137]: risultato, in ultima istanza, di una certa unità di intenti, di un tendenziale *idem sentire* di obiettivi e finalità tra livelli nazionali e sovranazionale, nell'ottica di quello che – a torto o a ragione – è stato esaltato come l'«*Hamiltonian moment*» della storia dell'integrazione europea[138].

per imporre all'Italia gli investimenti e le riforme necessari, altrimenti irrealizzabili a causa dell'inadeguatezza della classe politica italiana, non si può non rinviare alla ricostruzione operata da uno dei suoi più ferventi sostenitori, Guido Carli: cfr., G. CARLI, *Cinquant'anni di vita italiana*, Laterza, Bari-Roma, 1993, pp. 3 ss. Per un'interpretazione critica del vincolo esterno, v., inoltre, G. FERRARA, *L'indirizzo politico dalla nazionalità all'apolidia*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin. Atti del Convegno di studi (Padova, 19-21 giugno 2003)*, Cedam, Padova, 2004, pp. 114 ss.; A. MANGIA, *Vincolo esterno e Costituzione funzionale*, in *Diritto costituzionale*, n. 2/2018, pp. 5 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Sovranità statale e vincolo finanziario. Potere pubblico e potere privato nel governo degli Stati europei*, in *Diritto costituzionale*, n. 2/2018, pp. 85 ss. Esalta, invece, la funzione del vincolo esterno, in riferimento ai fondi stanziati nell'ambito del NGEU, F. BASSANINI, *Le riforme, il "vincolo esterno europeo" e la governance del PNRR: lezioni da un'esperienza del passato*, in *Astrid Rassegna*, n. 8/2021, pp. 1 ss.

136 F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, cit., p. 77. Del resto, nelle parole di uno dei maggiori studiosi della condizionalità come strumento di *governance*, Frank Schimmelfennig, la condizionalità viene definita come un meccanismo di «reinforcement by reward», così, espressamente: F. SCHIMMELFENNIG, U. SEDELMEIER, *Introduction: Conceptualizing the Europeanization of Central and Eastern Europe*, in F. SCHIMMELFENNIG, U. SEDELMEIER (eds.), *The Europeanization of Central and Eastern Europe*, Cornell University Press, Ithaca, NY, 2005, pp. 1 ss.

137 Insiste sul punto N. LUPO, *La forma di governo italiana, quella europea e il loro stretto intreccio nella Costituzione "composita"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2019, pp. 175 ss. Di una sovranità europea condivisa, in relazione alle politiche macroeconomiche, discorre inoltre F. BILANCIA, *Sistema delle fonti ed andamento del ciclo economico: per una sintesi problematica*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, pp. 1428 ss. Al riguardo, ancora, L. BARTOLUCCI, *Le reazioni economico-finanziarie all'emergenza Covid-19 tra Roma, Bruxelles e Francoforte (e Karlsruhe)*, cit., pp. 154 ss., osserva correttamente che «in un sistema integrato come l'Unione europea, le reazioni all'emergenza – sul piano economico-finanziario – devono necessariamente essere lette in modo congiunto, analizzando insieme le risposte che sono state date dai singoli Stati membri e dalle istituzioni dell'Unione europea. Queste ultime, infatti, non si possono considerare slegate da quelle nazionali, posto che ci si trova ormai in un ambiente nel quale vige una Costituzione composita europea, strutturata in procedimenti euro-nazionali di bilancio».

138 Il virgolettato è tratto dalla dichiarazione dell'allora Vice-Cancelliere tedesco Olaf Scholz, il quale, in un'intervista resa il 19 maggio 2020 al settimanale *Die Zeit*, aveva immaginato che, attraverso l'emissione di *bonds* comuni da parte della Commissione europea, ossia mediante una condivisione del debito necessario per finanziare il NGEU, sia pure basata su stringenti condizionalità di spesa, si stesse vivendo un vero e proprio «momento hamiltoniano», in grado di porre le fondamenta per giungere nel tempo a una politica fiscale e di bilancio finalmente accentrata. Si allude, in particolare, alla proposta di Alexander Hamilton, Segretario al Tesoro americano, di mutualizzare il debito

L'"*ERGASTOLO OSTATIVO*" E L'APPLICAZIONE DELLA TECNICA DELLE C.D. "*DOPPIA PRONUNCIA*"

Giada Rossi

ABSTRACT. Lo scritto prende in esame la recente evoluzione giurisprudenziale avente ad oggetto l'istituto dell'ergastolo ostativo, analizzando, in particolare, la pronuncia della Corte E.D.U. relativa al caso *Viola c. Italia* e la successiva ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021, contraddistinta dall'utilizzo della tecnica c.d. della «*doppia pronuncia*».

ABSTRACT. *The paper examines the recent jurisprudential evolution concerning the institution of life imprisonment, going in particular to analyze the ruling of the E.D.U. Court relating to the* Viola v. Italy *case and the subsequent order of the Constitutional Court n. 97 of 2021, characterized by the use of the* «double pronunciation» *technique*.

SOMMARIO: 1. Premessa. - **2.** La sentenza della Corte costituzionale n. 135 del 2003. - **3.** L'ergastolo ostativo davanti alla Corte E.D.U.: il caso *Viola c. Italia*. - **4.** L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: un nuovo utilizzo della tecnica della «*doppia pronuncia*». - **5.** Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

accumulato dalle 13 *ex* colonie britanniche durante la lotta per l'indipendenza dal Regno Unito. Proposta che, approvata nel 1790, gettò le basi dell'unità fiscale della nascente Federazione degli Stati Uniti d'America. Cfr., in proposito, F. SAITTO, *No taxation without representation: il dibattito sul potere di tassare alle origini dell'esperienza costituzionale statunitense e la sua eredità*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2013, pp. 641 ss. Sul punto, peraltro, la dottrina appare tendenzialmente divisa. Tra gli autori che paiono, in qualche misura, accostare l'attuale fase di ripresa e resilienza europea ad una sorta di «momento hamiltoniano», si possono richiamare A. SANDULLI, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2020, p. 409, che definisce il Next Generation EU «il primo passo concreto verso l'unione fiscale», nonché F. SCUTO, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 916, il quale, in riferimento alla risposta sovranazionale alla crisi pandemica, discorre espressamente di «un cambio di paradigma da parte dell'Unione in relazione al ruolo dell'intervento pubblico nell'economia». V. *contra*, invece, S. FABBRINI, *Il Recovery Fund e l'unione fiscale*, in *Il Sole24 ore*, 23 maggio 2020 nonché in *Luiss Open*, che avvicina lo strumento non ad Alexander Hamilton, bensì ad Albert Gallatin (Segretario al Tesoro americano, 1801-1814), il quale escogitò i c.d. *grants-in-aid* diretti a condizionare gli Stati sovvenzionati al perseguimento degli specifici obiettivi federali. In termini critici, anche, O. CHESSA, *Critica del neo-costituzionalismo finanziario. Sul nesso tra scienza economica e diritto pubblico*, in *Diritto & Conti. Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2021, pp. 96 ss.

L'ergastolo ostativo è un istituto dell'ordinamento italiano disciplinato agli artt. 22 del Codice penale, 4-*bis*, co. 1 e 1-*bis*, della legge sull'Ordinamento penitenziario e 2, co. 1, del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (recante «*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*», che poi è stato convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 1991, n. 203)[1].

In particolare, si tratta di una pena che viene applicata ai reati espressamente indicati nei commi 1 e 1-*bis* di cui all'art 4-*bis* della legge sull'Ordinamento penitenziario.

Tale figura di ergastolo si sostanzia - *de facto* - in una pena che, quanto a durata, coincide con il periodo residuo di vita del reo, successivo alla condanna, e che si svolge integralmente in carcere.

Inoltre, capita molto spesso che a questi condannati venga applicato anche il regime detentivo differenziato ai sensi dell'art 41-*bis* dell'Ordin. penit.[2] il quale viene

---

1 L'art. 22 c.p. stabilisce che «*La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto*». Nell'art. 4-*bis*, co. 1, dell'Ordinamento penitenziario si prevede che «*L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-*ter *della presente legge o a norma dell'articolo 323-*bis*, secondo comma, del codice penale: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter, *319-*quater, *primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis, *416-*bis *e 416-*ter *del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-*bis, *primo comma, 600-*ter, *primo e secondo comma, 601, 602, 609-*octies *e 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, all'articolo 291-*quater *del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-*nonies *e 17-*bis *del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e successive modificazioni*». Nel comma 1-*bis*, invece, è stabilito che «*I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale*". Infine, l'art. 2, co. 1, del d.l. n. 152/1991 prevede che "*I condannati, per i delitti indicati nei commi 1, 1-*ter ***e*** *1-*quater*) dell'articolo 4-*bis *della legge 26 luglio 1975, n. 354, possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo se ricorrono i relativi presupposti previsti dallo stesso comma per la concessione dei benefici ivi indicati. Si osservano le disposizioni dei commi 2 e 3 dell'articolo 4-*bis *della legge 26 luglio 1975, n. 354*».

^

notoriamente definito *carcere duro*, a causa delle particolari condizioni di rigorosità del regime di detenzione.

A questo regime è prevista un'unica deroga: per la concessione delle misure alternative alla detenzione, della libertà condizionata e dei benefici penitenziari, quali il lavoro all'esterno disciplinato all'art. 21 dell'Ordin. penit., i permessi premio di cui all'art. 30-*ter* dell'Ordin. penit. e la semilibertà *ex* art. 48 dello stesso, è necessaria una *collaborazione utile*, a norma dell'art. 58-*ter*. dell'Ordin. penit.[3].

Alla collaborazione *piena*, grazie a diversi interventi *correttivi*[4] della disciplina da parte della Corte costituzionale, sono stati equiparate, ai fini dell'accesso ai benefici e alle misure alternative alla detenzione, la c.d. *collaborazione impossibile e irrilevante*[5].

Dal tutto deriva la possibilità di un immediato riscontro della differenza sostanziale che sussiste con la disciplina dell'*ergastolo comune*, secondo la quale il condannato all'ergastolo «*conserva il diritto a che il protrarsi della pretesa punitiva dello Stato sia periodicamente riesaminata*»[6].

Il rimodellamento in senso restrittivo della normativa penitenziaria, verificatosi con l'introduzione dell'art 4-*bis* dell'Ordin. penit., non è stato accolto in maniera univoca dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

---

2 Il regime speciale detentivo di cui all'art. 41-*bis* dell'Ordin. penit. è una forma di detenzione particolarmente rigorosa applicata agli autori di reati in materia di criminalità organizzata, nei confronti dei quali risulti accertata la permanenza dei collegamenti con le associazioni di appartenenza. Lo scopo del 41-*bis* è quello di *impedire i collegamenti* tra i detenuti e le associazioni criminali di appartenenza, in modo tale da rendere effettiva la funzione di neutralizzazione propria della pena detentiva. Per un'analisi più approfondita v. L. CESARIS, *Commento all'art. 41 bis*, in DELLA CASA F. - GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*[5], Padova, Cedam - Wolters Kluwer, 2015, p. 445.

3 In base all'art. 58-ter dell'Ordin. penit., i collaboratori di giustizia sono «*coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati*».

4 La disciplina delle forme di *collaborazione impossibile e inesigibile* si è avuta a seguito di ripetute sollecitazioni della Corte costituzionale: si vedano, in particolare, le sentenze 22.2 - 1.3.1995, n. 68; 19-27.7.1994, n. 357 e 11.6 - 7.8.1993, n. 306.

5 Fanno eccezione alla regola generale le ipotesi di c.d. *collaborazione impossibile o irrilevante* di cui all'art. 4-*bis*, co. 1-*bis*, dell'Ordin. penit., in presenza delle quali l'ergastolano può accedere ai benefici penitenziari anche in assenza di collaborazione con la giustizia, purché «*siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata …*». La prima ipotesi si ha quando i fatti e le responsabilità siano già stati accertati rendendo «*comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia*» mentre la collaborazione risulta *irrilevante* quando il condannato non sia in grado di rivelare informazioni di rilievo, in ragione *"della limitata partecipazione al fatto criminoso*».

6 F. DEL VECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 106.

Sin da subito, infatti, sono stati sollevati dubbi circa la legittimità costituzionale[7] dell'istituto in analisi, con riferimento al disposto di cui all'art. 27, co. 3, Cost., secondo cui - com'è noto - le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

In questi ultimi anni, il dibattito sull'ergastolo ostativo si è riacceso in seguito alla sentenza *Viola* c. *Italia* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sez. I^, 13 giugno 2019 sul ricorso n. 77633/16) che ha sancito l'incompatibilità dell'ergastolo ostativo con l'art. 3 C.E.D.U. in base al quale «*nessuno può essere sottoposto a tortura né a trattamenti inumani e degradanti*».

Un primo riflesso di questa pronuncia nel contesto nazionale si è riscontrato quando, nel 2020, la Corte di Cassazione, I^ sez. pen., ha eccepito l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-*bis*, co. 1, e 58- *ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (con «*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della liberta*»), e dell'art. 2 del decreto legge n. 152/1991 cit. «*nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416- bis c. p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni ivi previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale*», per violazione degli artt. 3, 27, co. 3, e 117, co. 1 Cost.

Sulla questione sollevata, la Consulta si è recentemente espressa utilizzando la tecnica decisoria c.d. della «*doppia pronuncia*»: con **ordinanza datata 11 maggio 2021, n. 97, ha infatti** disposto il rinvio della trattazione delle questioni nel merito al mese di maggio 2022, allo scopo di permettere al legislatore, nel frattempo, di «*ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata*»[8].

Per comprendere come si è arrivati a questa pronuncia della Consulta sembra allora opportuno analizzare l'antefatto giurisprudenziale che, nel contesto interno e in quello europeo, hanno ad oggetto l'istituto di che trattasi.

Solo in tal modo, infatti, appare possibile cogliere appieno l'evoluzione che ha contraddistinto il giudizio sull'ergastolo ostativo nonché le ragioni per le quali la Corte abbia scelto di adottare (... nuovamente) la predetta tecnica decisoria.

2. La sentenza della Corte costituzionale n. 135 del 2003.

Nel corso del 2003, la Corte costituzionale era stata già investita di una questione di legittimità costituzionale relativa alla pena dell'ergastolo ostativo.

7 Al fine del presente lavoro, significativa risulta essere la sentenza della Corte costituzionale 9-24 aprile 2003, n. 135, che ha ad oggetto il rapporto tra liberazione condizionale e pena dell'ergastolo ostativo, in assenza di collaborazione del condannato, e sulla quale v. *infra*, *sub* § 2.

8 Punto 11 del *Cons. in dir.* dell'ordinanza n. 97/2021 cit.

In particolare, il Tribunale di sorveglianza di Firenze aveva sollevato questione di legittimità costituzionale sostenendo che la preclusione contenuta nell'4-*bis* dell'Ordin. penit., in base alla quale l'ergastolano non collaborante non può accedere alla liberazione condizionale, violasse il *principio rieducativo* della pena di cui nell'art. 27, co. 3, Cost.

Nell'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo* aveva articolato la propria argomentazione equiparando il divieto di concessione della liberazione condizionale in caso di mancata collaborazione, al divieto - sussistente *ex* art. 177, co. 1, c.p. - di riesaminare la posizione del condannato dopo la revoca della liberazione condizionale, dichiarato illegittimo dalla Consulta con la sent. 2-4 giugno 1997, n. 161.

Tra le due situazioni, però, la Corte non aveva ravvisato alcuna possibilità di effettuare equiparazioni di sorta[9].

La disciplina prevista nell'art. 177, co. 1, c.p. determinava una vera e propria *esclusione dal processo rieducativo*, poiché il condannato non aveva alcuna possibilità di scelta per evitare quanto previsto dalla legge; mentre, nel caso in esame, la preclusione non risultava assoluta e permanente, potendo il soggetto accedere alla liberazione condizionale collaborando, cioè esercitando una scelta, un'opzione che gli veniva resa possibile, ma ovviamente non imposta, e che egli decideva scientemente di non operare.

Il giudice costituzionale non aveva, dunque, rilevato profili di illegittimità costituzionale della disciplina censurata sostenendo che questa, «*subordinando l'ammissione alla liberazione condizionale alla collaborazione con la giustizia, che è rimessa alla scelta del condannato, non preclude in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio, e non si pone, quindi, in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27 co. 3 Cost.*».

La Corte precisava inoltre che la disciplina in esame, ricomprendendo le ipotesi di collaborazione impossibile o oggettivamente irrilevante, risulta «*significativamente volta ad escludere qualsiasi automatismo degli effetti nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere imputata ad una libera scelta del condannato*».

9 In particolare, la Corte precisa che la preclusione all'ammissione alla liberazione condizionale derivante dalla disciplina censurata non poteva essere equiparata al divieto previsto nell'art. 177, co. 1, c.p., prima del suo intervento, poiché quest'ultima disposizione, nello stabilire che in caso di revoca della liberazione condizionale conseguente alla commissione di un delitto o di una contravvenzione della stessa indole, ovvero alla trasgressione degli obblighi inerenti alla libertà vigilata, non si poteva riesaminare la posizione del condannato ai fini di una nuova ammissione al beneficio, «*dettava un divieto assoluto e definitivo, come tale incompatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost.*». Per converso, secondo i giudici costituzionali, la preclusione di cui all'art. 4-*bis*, co. 1, dell'Ordin. penit. non è prevista *automaticamente* dalla norma censurata, ma è una conseguenza derivante dalla scelta del condannato di non collaborare.

È indubbio che questa decisione si sia fondata sull'assunto che la *scelta di non collaborazione con la giustizia* - al di là dei casi di *collaborazione impossibile o oggettivamente irrilevante* - sia sempre riconducibile all'assenza di ravvedimento da parte del condannato.

La Corte, infatti, nella sentenza in esame, sembra non aver preso in considerazione che un condannato possa essersi ravveduto ripudiando le scelte di vita criminale compiute in passato e, ciononostante, non intenda collaborare con la Giustizia.

In dottrina[10] molti hanno evidenziato che la mancata collaborazione da parte del condannato può essere riconducibile a fattori tutt'affatto diversi, rispetto al mantenimento di un collegamento criminale, quali, ad esempio, il timore di ritorsioni sulla propria persona o sui familiari ad opera dell'organizzazione criminale, o ancora alla volontà di non rendere dichiarazioni autoincriminanti relative a reati non ammessi in giudizio ecc.

In più, non si può tacere come vi sia anche chi[11] ha evidenziato che il meccanismo di cui all'art. 58-*ter* dell'Ordin. penit., avrebbe *natura irrazionale*, in quanto, se calato all'interno della dinamica delle misure penitenziarie, non configura una valutazione sul percorso di risocializzazione o di riabilitazione del condannato, limitandosi a costituire un giudizio su un fatto che solitamente precede la condanna e che dunque non riguarda affatto la personalità del detenuto[12].

10 V., tra tutti, A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. contemporaneo*, n. 4/2016, p. 19. L'A. evidenzia che l'art. 4-*bis*, co. 1, dell'Ordin. penit. - prevedendo che la condotta collaborante descritta dall'art. 58-*ter* dello stesso, risulti essere la *conditio sine qua non* affinché l'ergastolano possa chiedere di accedere alla liberazione condizionale - si disinteressa totalmente della motivazione di una mancata collaborazione. E, nel far ciò, sbaglierebbe, essendo possibile che il silenzio sia dovuto al «*concreto timore di gravi pericoli per sé o di ritorsioni irrimediabili a danno dei propri familiari*»; al «*rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa nei confronti di stretti congiunti o di soggetti cui si è legati da vincoli affettivi (che pure l'art. 384 c.p. eleva a condizioni di non punibilità) o comunque verso terzi*»; al «*ripudio di un concetto utilitaristico di collaborazione, che prescinda da un effettivo ravvedimento interiore e che baratta la propria libertà per la restrizione di quella altrui*»; all' «*incolpevole possibilità di collaborare utilmente con la giustizia, in quanto innocente ingiustamente condannato*».

11 V. le osservazioni scritte presentate, dinanzi alla Corte di Strasburgo, dall'associazione *L'altro diritto onlus* nella causa *Viola c. Italia*, in qualità di *amicus curiae*.

12 Con riferimento a questo profilo, una prima svolta, seppure parziale, si ebbe con la sentenza additiva della Corte cost. 23 ottobre - 4 dicembre 2019, n. 253, là dove deliberò «*l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, della l. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-bis c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti*». La Consulta ha rilevato che, relativamente alla concessione del beneficio del permesso premio di cui all'art. 30-*ter* dell'Ordin. penit., il meccanismo *ostativo* previsto dall'art. 4-*bis*, co. 1, dell'Ordin. penit. non possa più fondarsi sull'assunto che in mancanza di collaborazione sussista una *presunzione assoluta* di pericolosità del condannato. Tale presunzione di pericolosità ha dunque carattere relativo, in quanto può essere superata qualora il magistrato di sorveglianza abbia

E molto spesso, effettivamente, l'applicazione di questo istituto è dovuta a ragioni di mera convenienza che nulla hanno a che vedere con il ravvedimento del condannato, il quale infatti, pur collaborando, può non essersi riabilitato affatto.

3. L'ergastolo ostativo davanti alla Corte E.D.U.: il caso *Viola c. Italia*.

Il fatto inedito che finirà con l'incidere profondamente anche nell'ordinamento interno è dato dalla circostanza che, nel giugno del 2019, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è pronunciata, per la prima volta, sulla compatibilità convenzionale dell'istituto dell'**ergastolo ostativo**.

La Corte E.D.U. ha dichiarato che esso, così come disciplinato nell'ordinamento italiano, è contrario al ***principio della dignità umana***, cardine del complessivo sistema di protezione dei diritti istituito e tutelato dalla relativa Convenzione.

Il ricorso era stato promosso dinanzi la Corte di Strasburgo dal sig. Viola il quale era stato condannato alla pena dell'ergastolo per diversi delitti, avvinti dal vincolo della continuazione, tra i quali l'associazione di tipo mafioso, ai sensi dell'art. 416-*bis* c.p., aggravato dalla qualità di promotore e organizzatore, nonché l'omicidio, il sequestro di persona aggravato dall'evento morte e il porto illegale d'armi da fuoco: tutti delitti-fine e aggravati dal c.d. metodo mafioso *ex* art. 416-*bis*.1, co. 1, c.p.[13].

Il sig. Viola nei primi sei anni di detenzione era stato sottoposto al regime del c.d. *carcere duro* di cui all'art. 41-*bis* dell'Ordin. penit.

A seguito del prolungamento del periodo di applicazione del periodo in regime di 41-*bis*, il sig. Viola aveva proposto reclamo dinanzi al Tribunale di Sorveglianza il quale, riconoscendo che aveva compiuto progressi nel percorso rieducativo e rilevando che il pubblico Ministero non aveva dimostrato che il Viola continuasse a mantenere contatti con l'organizzazione mafiosa, circostanza necessaria per giustificare il protrarsi del regime del carcere duro, aveva accolto le sue doglianze.

---

acquisito elementi tali da provare che il detenuto non abbia più collegamenti con l'associazione criminale, o che non vi sia il pericolo del ripristino di rapporti di tal genere. Cfr. J. MAZZUCA, *Reati ostativi e benefici premiali: l'emergere di un nuovo paradigma ermeneutico*, in *www.federalistmi.it* (5 febbraio 2020,); G. DODARO, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis, comma 1, o.p. di fronte alla Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. n. 1/2020, pp. 259 ss.; A. MENGHINI, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4-bis o.p.*, in *Oss. Cost.*, n. 2/2020, pp. 307 ss.

13 Per tutti e anche per *Note bibliografiche*, v. E. DINACCI, *L'aggravante del metodo mafioso nei reati fine*, in *Diritto on line (2018)* [in *https://www.treccani.it/enciclopedia/aggravante-dell-agevolazione-mafiosa_%28Diritto-on-line%29/*]. Vi si legge, tra l'altro come sia «*ormai pacifico che i soggetti attivi dei delitti aggravati dal metodo mafioso, possano essere sia gli estranei quanto gli intranei al sodalizio, in relazione alla commissione dei reati fine (Cass. pen., sez. I, 16.4.2014, n. 16711; Cass. pen., sez. II, 13.11.2015, n. 45321)*». Interessanti anche le considerazioni di M. RONCO, *Il contrasto penale alla criminalità mafiosa*, in M. RONCO, *Scritti patavini*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2017, 960 ss.

Venuto meno detto regime, il sig. Viola aveva, prima, richiesto di ottenere un permesso premio e, successivamente, aveva formulato domanda per accedere alla liberazione condizionale.

Le sue domande erano state tutte rigettate poiché, essendo stato condannato per uno dei delitti elencati nell'art. 4-*bis* dell'Ordin. penit. e *non avendo mai collaborato con la giustizia*, non poteva - *ex lege* - accedere ai benefici penitenziari, ivi inclusa la liberazione condizionale.

A fronte di ciò e del rigetto, da parte del giudice, della richiesta di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* dell'Ordin. penit. per contrasto con il *principio di rieducazione della pena* di cui all'art. 27, co. 3, Cost., il patrocinio del sig. Viola aveva deciso di adire la Corte di Strasburgo lamentando violazioni plurime tra le quali spicca la violazione dell'art. 3 della Convenzione in quanto l'ergastolo ostativo sarebbe *pena non comprimibile*, con conseguente violazione del *principio di proporzionalità* e del *principio di reinserimento sociale*[14].

In particolare, il ricorrente aveva rilevato che non aveva alcuna prospettiva di liberazione, né possibilità di far riesaminare la pena dell'ergastolo, visto che al giudice competente in materia di riesame è preclusa una valutazione dei risultati del percorso di ravvedimento.

Inoltre, aveva aggiunto che il meccanismo previsto dall'ordinamento italiano *obbliga* il condannato a collaborare con la giustizia, poiché un eventuale rifiuto preclude a quest'ultimo di accedere a qualsiasi percorso di reinserimento nonché alla liberazione condizionale. Allo stesso tempo, questa coercizione, a parere del ricorrente, oltre che risultare contraria alla sua intima convinzione di essere innocente, lo aveva posto dinanzi a una scelta: collaborare, accettando il rischio di mettere in pericolo la propria vita e quella dei familiari, o rifiutarsi di collaborare, rinunciando però a qualsiasi ipotesi che potesse condurre a una qualunque forma di liberazione.

14 Il sig. Viola aveva altresì lamentato la violazione dell'art. 3 della Convenzione sotto il profilo procedurale, in quanto la dichiarazione di inammissibilità dell'istanza di concessione della liberazione condizionale aveva impedito una valutazione del merito della stessa; nonché la violazione dell'art. 5, par. 4, della Convenzione perché l'ordinamento interno non garantisce che il ricorso sia finalizzato alla verifica delle condizioni procedurali e sostanziali di legittimità della misura restrittiva; oltre che la violazione dell'art. 6, par. 2, relativamente al *principio di presunzione di innocenza* e del *principio del "nemo tenetur se detegere"* anche in fase esecutiva e, infine, la violazione dell'art. 8, rilevando che l'ordinamento impone una coercizione alla collaborazione di chi si proclama innocente, con esposizione a grave rischio del ricorrente e dei propri familiari. Relativamente a tutte queste doglianze la Corte di Strasburgo, sottolineando che è libera di qualificare giuridicamente i fatti di causa a prescindere dalla qualificazione attribuita a tali fatti dai ricorrenti, aveva deciso di esaminarle unicamente sotto il profilo dell'articolo 3 della Convenzione.

La Corte EDU ha sviluppato la propria argomentazione esplicitando che il sistema di tutela dei diritti creato dalla Convenzione non osta, di per sé, all'applicazione di una pena perpetua nel caso in cui siano commessi gravi delitti.

Per valutare se sia rispettato il divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU è però necessario che l'ordinamento assicuri un meccanismo di revisione della condanna alla pena perpetua in grado di offrire al condannato, decorso un determinato periodo di detenzione, concrete possibilità di liberazione.

Solo nel caso in cui la pena sia riducibile *de iure* e *de facto*, potrebbe dunque dirsi rispettato il *principio della dignità umana*, discendente da una corretta applicazione dell'art. 3 CEDU[15], il quale impedisce di privare gli individui della propria libertà senza garantire loro, la possibilità - un giorno - di riacquistare tale libertà.

E proprio sulla base di questo assunto, i giudici di Strasburgo hanno valutato la compatibilità convenzionale dell'ergastolo ostativo.

A tal riguardo, la Corte, sebbene abbia ritenuto che l'art. 4-*bis* dell'Ordin. penit. non vieti, di per sè, in maniera assoluta e con effetto automatico, la possibilità per il condannato di accedere alla liberazione condizionale, ha ravvisato che l'istituto, subordinando l'accesso ai benefici penitenziari alla scelta di collaborare con la giustizia, presenta evidenti problematicità.

In primo luogo, i giudici di Strasburgo hanno espresso perplessità relativamente al carattere libero della scelta del condannato di collaborare o meno con la giustizia.

La scelta del detenuto non può considerarsi come *libera* e *volontaria* (... e quindi, in realtà, non è affatto una scelta), poiché la maggior parte delle volte è dettata dalla preoccupazione di non mettere in pericolo la propria vita e quella dei familiari e non già da un mancato ravvedimento.

Altro profilo evidenziato dalla Corte EDU attiene alla non adeguatezza dell'equazione - che sta alla base del sistema di cui all'art. 4-*bis* dell'Ordin. penit. - secondo cui in caso di mancata collaborazione con la giustizia sussiste una *presunzione assoluta di pericolosità sociale* in capo al condannato.

Un'equiparazione di questo tipo, ad avviso dei giudici, riconduce di fatto la pericolosità dell'interessato al momento in cui i reati sono stati commessi, senza

15 L'art. 3 della Convenzione sancisce - come già ricordato - che «*nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamento inumani o degradanti*». La Corte di Strasburgo ha sottolineato per la prima volta l'importanza e la rilevanza di tale divieto nella sentenza *Soering c. Regno Unito* (7 luglio 1989, n. 14038/88) affermando che si tratta di «*un principio fondamentale delle società democratiche*», accettato a livello internazionale, come si evince dal *Patto internazionale* del 1966 *sui diritti civili e politici*, dalla *Convenzione americana sui diritti umani* del 1969, oltre che da altri strumenti convenzionali. Per un'analisi approfondita sul divieto di trattamenti inumani o degradanti nella giurisprudenza di Strasburgo, v. F. URBAN, *Il diritto del detenuto a un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3/2017, pp. 15-21 (la si può leggere anche in *https://www.diritticomparati.it/wp-content/uploads/2019/05/2.-Urban.pdf*).

considerare il percorso di reinserimento e i progressi eventualmente compiuti nel corso dell'esecuzione della pena. Ma, in questo modo, viene anche limitato e costretto il ruolo dell'autorità giudiziaria, poiché, in sede di verifica dell'avvenuta collaborazione con la giustizia, è preclusa al giudice una valutazione, da applicare individuo per individuo, dei progressi compiuti dal detenuto con riferimento al percorso rieducativo e alla risocializzazione.

Sulla scorta di queste considerazioni, la Corte di Strasburgo conclude sostenendo che la scelta del legislatore italiano di elevare la collaborazione con la giustizia a unica prova possibile della dissociazione del detenuto comporta, quale conseguenza, una limitazione eccessiva della prospettiva di rilascio dell'interessato e della possibilità di riesame della pena.

E' per questo che una tale pena perpetua non può ritenersi *comprimibile*, ai sensi di una corretta interpretazione dell'art. 3 della Convenzione.

E una simile violazione convenzionale[16] impone allo Stato italiano di dare attuazione a una riforma del regime della reclusione dell'ergastolo, tale da poter garantire una effettiva possibilità di riesame della pena, permettendo all'autorità giudiziaria competente di determinare se, nel corso dell'esecuzione della pena, il detenuto abbia *effettivamente* compiuto un percorso di risocializzazione e rieducazione.

È altresì necessario, per la Corte, che la riforma preveda che il condannato sia posto nella condizione di beneficiare del diritto di sapere cosa debba fare affinché la sua liberazione sia possibile e quali siano le condizioni applicabili.

Il che non esclude che lo Stato possa pretendere la dimostrazione della *dissociazione* dall'ambiente mafioso: dimostrazione che, però, rileva la Corte, può ottenersi anche con strumenti diversi dalla mera collaborazione con la giustizia e dall'automatismo legislativo attualmente in vigore.

16 La Corte di Strasburgo ritiene infatti che la violazione dell'art. 3 CEDU, riscontrata nel caso di specie, riveli un *problème structurel* dell'ordinamento italiano, in ragione dell'elevato numero di ricorsi analoghi attualmente pendenti a Strasburgo, nonché del dato statistico degli ergastolani sottoposti al regime ostativo. Conseguentemente, la soluzione preferibile, secondo i giudici convenzionali, consiste in una riforma del regime ostativo *de préférence par initiative législative*. Per un esame più approfondito della decisione adottata dalla Corte EDU v. D. MAURI, *"Scacco" all'ergastolo ostativo: brevi note a margine della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Viola c. Italia (n. 2) e del suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019, pp. 13-15, il quale evidenzia criticamente che «*la Corte EDU, pur a fronte di un complesso di violazioni su larga scala, non ritiene di dover attivare la (ormai rodata) procedura "*pilota*"; piuttosto, in modo implicito (o, come si suole dire, con una procedura "*quasi-pilota*"), essa, dopo aver identificato l'esistenza di un problema strutturale e le sue cause, indica misure conformative, di carattere generale, finalizzate alla ripetizione di nuovi illeciti e consistenti, segnatamente, nell'adozione* - "de préférence par initiative législative" - *di una riforma del regime dell'ergastolo ostativo*».

4. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: un nuovo utilizzo della tecnica della «*doppia pronuncia*».

La questione di legittimità costituzionale relativa all'ergastolo ostativo è stata quindi nuovamente sollevata dinanzi al Giudice delle leggi dalla Corte di cassazione, sez. I^, con l'ordinanza **3 giugno 2020, n. 18518**[17]**.**

Il giudice *a quo* ha investito la Corte costituzionale della questione, eccependo l'illegittimità costituzionale «*degli artt. 4-bis co. 1 e 58-ter della l. n. 354/1975 cit. e dell'art. 2 del d.l. n. 152 del 1991, convertito con modificazioni nella legge n. 203 del 1991, nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni ivi previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale*», per violazione degli artt. 27, co. 3, 3 e 117 Cost.

La Corte di cassazione ha rilevato che «*il dubbio di costituzionalità trova causa nel convincimento che la collaborazione non può essere elevata ad indice esclusivo dell'assenza di ogni legame con l'ambiente criminale di appartenenza e che, di conseguenza, altri elementi possono in concreto essere validi e inequivoci indici dell'assenza di detti legami e quindi di pericolosità sociale*».

In particolare, una tale preclusione normativa ha, sempre a parere del giudice *a quo*, *de facto* impedito al Tribunale di sorveglianza di svolgere l'esame di merito della domanda di liberazione condizionale, nonostante la presenza di una delle condizioni oggettive per chiedere il beneficio, avendo il ricorrente già scontato oltre ventisei anni di reclusione.

Rispetto alla precedente sentenza n. 135/2003, i giudici costituzionali hanno mutato orientamento accertando, sulla falsariga di quanto precedentemente espresso nella sentenza n. 253/2019 relativa ai soli *permessi premio*, l'inammissibilità della presunzione di pericolosità sociale derivante dalla mancata collaborazione con la giustizia secondo quanto disciplinato dall'art. 58-*ter* dell'Ordin. penit.

La Consulta motiva la propria decisione, premettendo che la liberazione condizionale risulta essere «*fattore di riequilibrio nella tensione tra il corredo genetico dell'ergastolo da una parte e l'obiettivo costituzionale della risocializzazione di ogni condannato, da altra parte*»[18]. E' infatti l'estensione della liberazione condizionale anche

17 La questione nasce a seguito del ricorso in Cassazione di un ergastolano, condannato per fatti di mafia, non collaborante con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* dell'Ordin. penit., il quale aveva visto rigettata l'istanza volta ad accertare la *collaborazione impossibile* per poter accedere ai benefici penitenziari. Successivamente, era stata dichiarata inammissibile dal Tribunale di sorveglianza de L'Aquila anche la sua richiesta di accesso alla liberazione condizionale. Da che il suo ricorso in Cassazione avverso l'ordinanza.

18 F. PERCHINUNNO, *Prime riflessioni sull'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, *Focus Human Rights*, n. 2/2021, p. 253.

ai condannati all'ergastolo ad avere reso la pena perpetua conforme al principio rieducativo[19].

Con particolare riferimento ai condannati in base all'art. 4-*bis*, co 1, dell'Ordin. penit., i giudici costituzionali rilevano come la disciplina ostativa abbia messo *in tensione* i principi sanciti a livello costituzionale e convenzionale.

E così - dopo aver ripercorso l'evoluzione della propria giurisprudenza avente ad oggetto la disciplina ostativa negli ultimi venticinque anni - la Corte evidenzia che non è la *collaborazione con la giustizia* a potere (o dovere), in sé sola, essere necessariamente assunta quale «*sintomo di credibile ravvedimento*», così come non può dirsi che il suo contrario, ovverossia l'assenza di collaborazione, possa assurgere ad «*insuperabile indice legale di mancato ravvedimento*».

È ben possibile, infatti, che la condotta di collaborazione sia «*frutto di mere valutazioni utilitaristiche*» per ottenere i vantaggi previsti *ex lege*, non avendo dunque essa nulla a che fare con la risocializzazione del detenuto; così come, per converso, la scelta di non collaborare può ben esser determinata da ragioni che nulla hanno a che vedere con il mantenimento di legami con associazioni criminali.

Questo ragionamento trova riscontro - come si è già posto in evidenza - nella sentenza della Corte di Strasburgo relativa al caso *Viola c. Italia*[20].

Di talché viene ribadito anche dalla Corte costituzionale italiana che il condannato all'ergastolo a seguito di un reato ostativo, può trovarsi dinanzi alla *scelta tragica* di trovarsi a scegliere «*tra la possibilità di riacquisire la libertà e il suo contrario, cioè un destino di reclusione senza fine*» per evitare rischi e pericoli ai propri cari. La scelta di non collaborare risulta, così, niente affatto libera, risultando il frutto di «*una sorta di scambio tra informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario*».

La Corte costituzionale condivide altresì con i giudici di Strasburgo il convincimento che la collaborazione con le autorità, quale unica dimostrazione possibile della dissociazione del condannato, comporta una vera e propria impossibilità di prendere in considerazione altri elementi per valutare gli eventuali progressi compiuti dal detenuto.

19 La Corte ripercorrendo la propria giurisprudenza sul punto cita, in ultimo, la sentenza n. 161/1997 cit., secondo la quale «[s]*e la liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo, vale evidentemente la proposizione reciproca, secondo cui detta pena contrasta con la Costituzione ove, sia pure attraverso il passaggio per uno o più esperimenti negativi, fosse totalmente preclusa, in via assoluta, la riammissione del condannato alla liberazione condizionale*».

20 In particolare, la Consulta evidenzia che la Corte di Strasburgo, nella parte della sentenza *Vola c. Italia* relativa alla collaborazione con la giustizia, ha mosso una critica alla disciplina in esame in quanto «*assume* iuris et de iure *la permanenza di collegamenti con associazioni criminali del non collaborante ed eleva aprioristicamente la collaborazione al rango di sintomo eloquente di abbandono della scelta di vita originaria, quando in realtà essa potrebbe essere dovuta a molte altre ragioni, non sempre commendevoli*».

Di fatto, al magistrato di sorveglianza, posto il carattere assoluto della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, è, ai sensi della normativa impugnata, preclusa una qualsivoglia valutazione del percorso carcerario del detenuto, facendo così venire meno la parte sostanziale dell'attività connessa con la sua funzione.

Più precipuamente, non può verificare se nel corso della carcerazione vi siano state «*rilevanti trasformazioni della personalità del detenuto*», tali da considerare o meno iniziato un suo percorso di risocializzazione, strettamente ricollegato alla funzione rieducativa della pena ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost.

Ciò premesso, i giudici costituzionali precisano anche che la presunzione di pericolosità sociale del detenuto condannato all'ergastolo che non collabora non può essere superata «*in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione*», potendo risultare necessario, «*per l'accesso alla liberazione condizionale di un ergastolano (non collaborante) per delitti collegati alla criminalità organizzata e per la connessa valutazione del suo sicuro ravvedimento*», acquisire ulteriori «*congrui e specifici elementi, tali da escludere, sia l'attualità dei suoi collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino*».

Le evidenti criticità della disciplina rilevate dalla Corte costituzionale, sulla scorta di quanto affermato dai giudici di Strasburgo, non sviliscono affatto «*il rilievo e l'utilità della collaborazione, intesa come libera e meditata decisione di dimostrare l'avvenuta rottura con l'ambiente criminale*». E ciò perché ad essere in discussione è il *carattere unico e assoluto* della collaborazione con la giustizia, quale sola condizione di accesso alla liberazione condizionale.

L'incompatibilità con il testo costituzionale della normativa impugnata si ravvisa «*se e in quanto* [la collaborazione con l'autorità] *risulti l'unica possibile strada, a disposizione del condannato all'ergastolo, per accedere alla liberazione condizionale*».

E' per le suddette ragioni che la Corte costituzionale ha rilevato (ma non dichiarato) l'illegittimità costituzionale della disciplina dell'ergastolo ostativo *nella parte in cui* esclude che il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni ivi previste, se non collaborante con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale.

Questa sorta di *accertamento di illegittimità* non si è però tradotta nell'emanazione di una immediata e contestuale sentenza di accoglimento della questione *de qua*, posto che la Corte ha deciso di ricorrere alla tecnica della

«*doppia pronuncia*»[21], rinviando il giudizio, che permane così *in corso*, con la fissazione della discussione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate all'udienza del 10 maggio 2022 - cioè da lì a un anno, posto che l'ordinanza n. 97 è datata 11 maggio 2021 - , in maniera tale da garantire al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia, ridisciplinandola alla luce dei profili di incompatibilità costituzionale rilevati. Sempre alla Corte, una volta decorso il termine, spetterà ovviamente la verifica della conformità costituzionale della nuova normativa che sia stata (sempre che lo sia stata) effettivamente deliberata dal legislatore.

La Corte, ritenendo che le censure di illegittimità costituzionale sollevate afferiscono ad aspetti complessi, ma soprattutto *apicali* relativamente alla normativa volta a contrastare le organizzazioni criminali di stampo mafioso sia quanto alle fattispecie di reato che con riguardo all'entità della pena inflitta, ha scelto di non adottare una sentenza meramente demolitoria per evitare di «*mettere a rischio il complessivo equilibrio della disciplina in esame, e, soprattutto, le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa*».

I giudici costituzionali hanno infatti evidenziato che se avessero agito mediante gli strumenti ordinariamente posti a loro disposizione dai consolidati e normati strumenti propri della giustizia costituzionale, equiparando, ai fini dell'accesso alla libertà condizionale, il condannato all'ergastolo per delitti connessi alla criminalità organizzata, che non abbia collaborato con la giustizia, agli ergastolani per delitti di contesto mafioso collaboranti, avrebbero finito con il causare essi stessi un'incongruità del sistema: il che, ovviamente, non appariva loro accettabile.

21 Questa tecnica decisoria è stata adottata dalla Corte costituzionale in due precedenti occasioni: con l'ordinanza 24 ottobre-16 novembre 2018, n. 207, seguita dalla sentenza 25 settembre-22 novembre 2019, n. 242 relativa al caso del suicidio assistito; e, successivamente, con l'ordinanza 9-26 giugno 2020, n. 132, seguita dalla sentenza 22 giugno-12 luglio 2021, n. 150, avente ad oggetto la disciplina prevista per la diffamazione a mezzo stampa da parte dei giornalisti. Per un approfondimento su queste decisioni, si possono vedere, tra i tanti, G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria sul "caso Cappato" tra diritto processuale e sostanziale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* n. 2/2020; S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, in *Osservatorio A.I.C.*, n. 2/2020; R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attuale attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Consultaonline* 2020; A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consultaonline* n. 2/2020; G.L. GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema-Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in *Sistema pen.* 2020; D. MANELLI, *La diffamazione a mezzo stampa e il persistente dominio dell'inerzia legislativa nella tutela dei diritti. La Consulta perfeziona un nuovo caso di "incostituzionalità differita" con la sentenza n. 150 del 2021*, in *Consultaonline* n. 1/2022. Ma non si trascuri quanto già sottolineato sul tema, più di vent'anni or sono, da L.A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Cedam, Padova, 2000.

Se la mancata collaborazione può essere assunta quale fondamento relativo, e non più assoluto, di presunzione di pericolosità sociale, è evidente che spetti al legislatore (e a nessun altro) stabilire quali ulteriori elementi[22] possano rilevare al fine «*distinguere la condizione di un tale condannato alla pena perpetua rispetto a quella degli altri ergastolani*».

Altro profilo posto in rilievo dai giudici costituzionali attiene al fatto che il giudice rimettente ha sollevato questione di legittimità costituzionale della disciplina ostativa con riferimento ai soli delitti di stampo mafioso e quindi senza considerare che il *catalogo* della prima fascia di reati di cui all'art. 4-*bis* dell'Ordin. penit. ricomprende reati anche diversi, relativi, ad esempio, alla criminalità terroristica, ma pure delitti che non si inquadrano nell'ambito del crimine organizzato, come i reati contro la pubblica amministrazione o quelli di natura sessuale.

È chiaro, dunque, che un'eventuale pronuncia che accolga le questioni nei termini proposti dal giudice *a quo*, senza modificare la condizione di tutti i condannati per reati ostativi non connessi alla criminalità organizzata, determinerebbe un'incomprensibile incoerenza della disciplina.

Evidenziati questi aspetti di criticità, la Corte costituzionale ha dunque deciso di *rimandare la palla nel campo del legislatore* in nome del *principio di leale collaborazione*[23] che, a suo avviso, deve contraddistinguere il suo rapporto con il Parlamento, mutuando il concetto da quello che uniforma di sé le relazioni tra Stato e Regioni.

5. Riflessioni conclusive.

22 Tra questi, la Corte indica, ad esempio, «*la emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione, ovvero l'introduzione di prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione*».

23 Questa recente ricerca di dialogo con il legislatore non ha dato i frutti sperati, ma, in fondo, ce lo si poteva anche aspettare: le ordinanze della Corte costituzionale n. 207/2018 sul c.d. *aiuto al suicidio* e la n. 132/2020 relativa alla diffamazione a mezzo stampa dei giornalisti non hanno determinato alcun intervento da parte del Parlamento. In entrambi i casi, la Consulta è stata infatti costretta a intervenire una seconda volta, rispettivamente con la sentenza 25 settembre - 22 novembre 2019, n. 242, e con la sentenza 22 giugno - 12 luglio 2021, n. 150. In dottrina, effettivamente non vi era grande ottimismo relativamente alla riuscita di detta pure auspicata collaborazione tra Parlamento e Corte costituzionale, specie pensando al seguito legislativo alle cc.dd. decisioni monitorie o di incostituzionalità accertata ma non dichiarata. Relativamente alla sostanziale indifferenza del legislatore agli inviti e moniti da parte della Consulta, si veda R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, Giuffrè, 2007, specie nella parte in cui l'A. tenta l'individuazione delle ragioni e delle cause dell'inerzia del legislatore, e M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC* n. 2/2019, il quale rileva come il progressivo sempre minore uso delle sentenze additive di principio da parte della Corte, trovi una ragione anche nelle scarse risposte da parte del legislatore.

L'analisi sin qui condotta ha consentito di far emergere, in primo luogo, che l'evoluzione giurisprudenziale relativa all'istituto dell'ergastolo ostativo ha subito una vera e propria accelerazione a seguito della sentenza *Viola c. Italia* della Corte di Strasburgo.

A partire dalle cc.dd. *sentenze gemelle*[24], il rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo si è evoluto nel senso che la Convenzione, così come interpretata dai giudici europei[25], ha influenzato non più solo marginalmente l'ordinamento italiano: basti pensare, al riguardo, alle molte dichiarazioni di illegittimità costituzionale di leggi interne pronunciate dalla Consulta per contrasto con la Convenzione o i suoi Protocolli, e che hanno determinato profonde modificazioni del sistema penale interno[26].

---

24 Con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, la Corte costituzionale ha affermato *in primis* che l'art. 117, co. 1, Cost., vincolando la legislazione statale e quella regionale al rispetto degli *obblighi internazionali*, comporta l'illegittimità costituzionale di leggi nazionali che contrastano con gli stessi, tra i quali non si possono sottacere quelli che discendono dalla CEDU e dai relativi Protocolli. Inoltre, viene precluso al giudice comune di disapplicare una legge nazionale, quand'anche egli la ritenga contrastante con la CEDU in quanto spetta alla Corte costituzionale accertarne e dichiararne l'illegittimità. In questo modo, il monopolio del vaglio di legittimità costituzionale delle leggi interne permane in capo alla Consulta, secondo il modello accentrato di controllo di costituzionalità della legge scelto dal nostro Costituente. In particolare, le cc.dd. *sentenze gemelle* hanno dunque stabilito lo schema procedurale che deve seguire il giudice comune nel caso in cui sospetti che una legge interna contrasti con la Convenzione europea: in primo luogo, deve porre in essere un tentativo di interpretazione conforme della legge nazionale per superare il contrato in via ermeneutica, ma, nel caso in cui ciò non sia possibile, il giudice è tenuto a sospendere il processo in corso e a sollevare questione di legittimità costituzionale di tale legge, rilevando un contrasto della stessa con l'art. 117, co. 1, Cost. e - siccome norma interposta - con la disposizione della Convenzione, o dei suoi Protocolli, che rileva nel caso di specie, secondo l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo. Qualora la Corte costituzionale ritenga che il contrasto rilevato dal giudice *a quo* sussista, dichiara l'illegittimità costituzionale della legge salvo nel caso in cui la norma convenzionale, così come interpretata di Strasburgo, contrasti, essa stessa, con la Costituzione.

25 Cfr. G. PARODI, *"Le sentenze della Corte EDU come fonte di diritto". La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007*, in *Diritti comparati* (*online*) [28 novembre 2012].

26 Sul punto v. F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"*, in *Dir. pen. contemp.* 2014, pp. 3-5 [14 luglio 2014], il quale, analizzando il rapporto tra le due Corti, ha evidenziato che, «*in conseguenza delle bacchettate di Strasburgo*», l'ordinamento penale italiano è mutato profondamente: significative sono state, ad esempio, la modifica legislativa della disciplina della rimessione in termini per i condannati contumaci e l' introduzione, ad opera della sentenza 4 aprile - 7 aprile 2011, n. 113, della Corte costituzionale, di un rimedio *ad hoc* per consentire la revisione delle sentenze di condanna conseguente ad un processo giudicato non equo dalla Corte di Strasburgo; anche il riconoscimento, operato grazie ad un intervento sinergico della giurisprudenza ordinaria e costituzionale, della irretroattività di diverse forme di confisca, qualificate come vere e proprie pene, è dovuto all'influsso decisivo della giurisprudenza di Strasburgo. Sulla pronuncia n. 113/2011 della Corte cost., da ultimo cit., v., per tutti, gli interventi di G. CANZIO, R. E. KOSTORIS, A. RUGGERI, *Gli effetti del giudicato italiano dopo la sentenza n. 213/2011 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* n. 2/2011 [in *https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/giovanni-canzio/gli-effetti-del-giudicato-italiano-dopo-la-sentenza-n-113-2011-della-corte-costituzionale*].

L'ordinanza n. 97/2021 cit., perciò, non può che essere letta alla luce del predetto contesto giurisprudenziale. Come già evidenziato, la Consulta ha modificato il proprio iniziale orientamento, espresso nella sentenza n. 135/2003, accogliendo le conclusioni della Corte EDU[27] quanto ai profili di illegittimità del carattere assoluto[28] riconosciuto alla collaborazione con la giustizia, quale unica condizione di accesso alla liberazione condizionale.

Tale accertamento di illegittimità costituzionale non si è però concretizzato in una sentenza di accoglimento della questione sollevata dalla Cassazione, ma risulta *accertato, ma non dichiarato* in un'ordinanza che ha rinviato di un anno la decisione definitiva, onde dare modo al Parlamento di intervenire sulla disciplina tenendo conto dei rilievi costituzionali messi per iscritto dai giudici della Corte.

Nel caso in esame, la Consulta ha adottato la descritta tecnica decisoria già precedentemente sperimentata, sebbene con alcune significative differenze[29], sostenendo che «*un accoglimento immediato delle questioni proposte, in definitiva, comporterebbe effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame*»; in questo modo, intendendo evitare che un intervento meramente *demolitorio*, possa minare *l'equilibrio della disciplina in esame*, nonché *le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva* perseguite dalla stessa per contrastare *il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa*.

La Corte ha sottolineato altresì che la questione sollevata ha un risvolto a livello ordinamentale non secondario: rispetto alla sentenza n. 253/2019[30], *la posta in gioco è ancora più radicale*, in quanto sono in esame *le condizioni alle quali la pena perpetua può*

27 La Corte rileva infatti che le argomentazioni che sono state maturate nel corso degli anni dalla giurisprudenza costituzionale rispetto all'ergastolo ostativo sono "particolarmente presenti alla Corte EDU" soprattutto nella sentenza *Viola contro Italia*. I giudici di Strasburgo rilevano che "considerare la collaborazione con le autorità quale unica dimostrazione possibile della dissociazione del condannato conduce a trascurare gli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto". È possibile, infatti, che la dissociazione con l'ambiente mafioso venga ad essere espressa in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia

28 La Consulta ha specificato che ci si trova dinanzi ad una "tensione" di natura costituzionale qualora "sia stabilito che la collaborazione sia l'unica strada a disposizione del condannato a pena perpetua per l'accesso alla valutazione da cui dipende, decisivamente, la sua restituzione alla libertà". Risulta necessario in questo caso che la presunzione non sia più assoluta e che quindi "possa essere vinta da prova contraria, valutabile dal tribunale di sorveglianza".

29 Cfr. M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos*, n. 2/2021, p. 4 secondo cui se "nella c.d. ordinanza Cappato, la motivazione dell'ordinanza di rinvio – seguendo il calco del drammatico caso concreto da cui aveva avuto occasione il giudizio principale – aveva impartito una serie nutrita di indicazioni, sia pure con un grado diverso di puntualità e, forse, cogenza", nel caso invece dell'ordinanza n. 132 del 2020 e n. 97 del 2021 "il problema costituzionale da risolvere è stato inquadrato solo nelle sue linee generali, suggerendo bensì alcuni temi, anche collaterali, da considerare, ma senza impartire istruzioni dettagliate come quelle del 2018".

30 Sulla quale v. *supra*, nel testo e nella nota 12.

dirsi compatibile con la Costituzione e, *dal punto di vista del condannato, è in discussione la sua stessa possibilità di sperare nella fine della pena*.

La questione di legittimità costituzionale sollevata attiene dunque a una disciplina che si inquadra tra materie che presentano un vero e proprio *nucleo di costituzionalità*[31]; la Corte, così precisando, dimostra nuovamente di non aver smesso di occuparsi dell'impatto delle proprie pronunce.

La Corte costituzionale ha sempre considerato l'*impatto ambientale* delle proprie decisioni di accoglimento, con particolare riferimento al c.d. *horror vacui* il quale deve essere inteso come repulsione per un vuoto normativo che comporta una paralisi dell'ordinamento in assenza di un intervento da parte del legislatore di tipo integrativo.

L'agire della Corte[32] è infatti strettamente legato alla necessità di non aggravare vuoti di tutela relativi a diritti fondamentali e di non comportare, tramite la sua azione e i suoi interventi, disarmonie o irrazionalità dell'ordinamento.

La Corte - nella piena consapevolezza che una sentenza di accoglimento *semplice* potrebbe generare, a fronte dell'inerzia del legislatore, una insostenibile situazione di vuoto e di incoerenza relativa ad aspetti essenziali dell'ordinamento penale e penitenziario nonché a diritti e valori fondamentali dell'ordinamento giuridico - ha

31 Cfr. F. PERCHINUNNO, *Prime riflessioni sull'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, *Focus Human Rights* cit., p. 215, il quale precisa che «*per il caso dell'ergastolo ostativo - al di là della situazione emergenziale che ha caratterizzato l'ingresso della normativa ad esso correlata - il valore costituzionale in gioco è la tutela della vita e della sicurezza pubblica, la cui genesi può individuarsi nell'art. 2 della Carta costituzionale, ossia nel riconoscimento e nella garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo che lo Stato deve assicurare. Vi è poi, di contro, la necessità di tutela dell'art. 27 Cost. co. terzo, di quel "finalismo rieducativo della pena", inteso come creazione dei presupposti necessari a favorire il reinserimento delle persone condannate nella comunità*».

32 In dottrina si è da tempo evidenziato che il timore dell'*horror vacui* ha sempre influenzato i giudici del nostro organo costituzionale. V. ad esempio A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente». Genesi, uso, implicazion*i, Milano, Giuffrè, 1994, p. 563, il quale sostiene che la *storia degli strumenti decisori forgiati dalla Corte per via pretoria* deve essere letta *come un costante tentativo di ridurre al minimo i vuoti normativi conseguenti alla declaratoria di incostituzionalità* e, ancora, N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di «opportunità» delle leggi*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, a cura di N. OCCHIOCUPO, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 32-34, e A. DE STEFANO, *Giustizia costituzionale e potere legislativo* (1976), in AA.VV., *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, vol. II, Roma, Corte costituzionale, 2006, pp. 937-938, secondo il quale la *preoccupazione* […] *di evitare "vuoti" normativi non sempre prontamente colmabili dagli organi legislativi* è una delle principali concause che hanno portato la Corte a determinare *quella varietà di decisioni che è, forse, tra le caratteristiche peculiari del sistema italiano di giustizia costituzionale*. Sul punto, v. anche F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti* del Seminario svoltosi a Roma, nel Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, Giuffrè, 1989, p. 15, il quale evidenzia che la nascita delle sentenze interpretative, di rigetto e di accoglimento, delle manipolative, aggiuntive o sostitutive è dovuta all'*horror vacui*, da intendersi come il timore della lacuna che consegue all'adozione di una pronuncia di accoglimento *tout court*, timore che spesso trova la sua giustificazione nella circostanza per la quale *il* posterius *può risultare più incostituzionale del* prius.

deciso di percorrere la via che passa per il tentativo di *spronare* il legislatore ad intervenire entro un anno, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale[33].

E l'ha fatto sottolineando *la necessità che l'intervento di modifica di aspetti essenziali dell'ordinamento penale e penitenziario* […] *sia, in prima battuta, oggetto di una più complessiva, ponderata e coordinata valutazione legislativa*, posto che in gioco ci sono *tipiche scelte di politica criminale*, non costituzionalmente vincolate e appannaggio della discrezionalità riconosciuta in capo al legislatore. E' quest'ultimo, infatti, il soggetto cui spetta *ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo* sulla base dei motivi di incompatibilità con la Costituzione della normativa censurata, così come attualmente disciplinata; mentre compito della Corte rimane esclusivamente quello di effettuare un vaglio *ex post* circa la conformità a Costituzione delle soluzioni legislative effettivamente assunte.

Emerge chiaramente che la Corte persegue uno *spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale* che trova la propria ragione di essere nel rispetto dei limiti delle attribuzioni di ogni organo costituzionale e che, così come calato nella tecnica decisoria adottata, tenta di *forzare* il legislatore ad assumere materialmente il proprio, trascurato ruolo[34].

Così facendo, la Corte costituzionale rispetta la sfera di discrezionalità propria del legislatore, ma, al contempo, si auto-concede la possibilità di intervenire[35]

33 Relativamente al rinvio del giudizio costituzionale, v. E. MALFATTI, *Intervento*, in AA.VV., *Il forum sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2019, p. 223, la quale si interroga «*sulla latitudine dei poteri di gestione del processo che la Corte rivendica a se stessa, su una loro possibile forzatura, attesa la mancanza di un fondamento testuale del rinvio nella disciplina di riferimento (legge n. 87/1953) e la presenza viceversa di un debolissimo riferimento nelle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte, che all'art. 15, co. 3, sembrano tuttavia lasciar intendere una latitudine più ristretta dell'istituto, connesso esplicitamente com'è all'ipotesi di riunione dei procedimenti*». Quest'ultimo articolo prevede infatti che «*ove ne ravvisi l'opportunità, il Presidente può rinviare una causa ad una nuova udienza pubblica o ad una nuova riunione in camera di consiglio, al fine della trattazione congiunta con altra causa connessa o che implichi la soluzione di analoghe questioni*».

34 Per un'analisi critica sul tema v. R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *Forum di Quad. cost.*, pp. 4-5 [23 giugno 2019], il quale evidenzia che «[i]*l trascorrere di undici mesi non può costituire una ragione giuridicamente rilevante per rendere possibile quello che non lo era undici mesi prima* […], *né può essere d'aiuto l'aver utilizzato espressioni come "almeno alla stato", "in linea di principio" e simili*»; o, ancora, M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo* cit., p. 8, secondo il quale «*la nuova tecnica è apparsa piuttosto esigente nei confronti del Parlamento, le cui dinamiche e i cui tempi di decisione sono difficili da controllare (soprattutto) dall'esterno: in fin dei conti, anch'essi rientrano nella sfera di discrezionalità politica tipica dell'assemblea; specialmente laddove si tratti di temi delicati, sui quali le mediazioni sono difficili da trovare, sicché la loro ricerca può fisiologicamente slittare in avanti*».

35 Se la Corte avesse adottato una semplice sentenza di inammissibilità con monito al legislatore, non avrebbe potuto intervenire nuovamente, quantomeno nell'immediatezza, poiché avrebbe dovuto attendere la riproposizione della questione da parte di un giudice: circostanza, questa, che può ben dirsi *meramente eventuale*, posto che i giudici comuni potrebbero non condividere le conclusioni della Corte e quindi non sollevare questione di costituzionalità.

nuovamente sulla medesima questione o qualora il Parlamento non si sia attivato o, come auspicato, per esercitare un controllo di legittimità costituzionale dell'eventuale disciplina che venga elaborata dalle Camere elettive.

In dottrina si è però evidenziato che il rispetto della discrezionalità del Parlamento, posto a fondamento della scelta di rinviare la trattazione delle questioni sollevate dal giudice *a quo*, risulta essere un limite all'agire del Giudice costituzionale dotato di carattere provvisorio[36]: nel caso in cui venga riscontrata un'inerzia del legislatore, una volta trascorso il termine concesso, la Corte non si autolimita ma agisce ponendo in essere l'intervento *correttivo*, o, a seconda del caso di specie, *integrativo* ritenuto necessario. Il limite della discrezionalità del legislatore diventa perciò recessivo giunti al secondo momento del giudizio e si sostanza di fatto in una priorità di intervento da parte del legislatore, ma non in una sua esclusività.

Un simile meccanismo ha destato perplessità anche con riferimento alla sua *logicità* perché la Corte, adottando una simile condotta processuale, appare contraddire sé stessa nel momento in cui sospende e rimette la questione al legislatore in ragione degli ampi spazi di discrezionalità a lui riconosciuti, mentre in seguito, appurata l'inerzia dello stesso, interviene proprio in ambiti dove si era dichiarata incompetente posta la sussistenza di discrezionalità legislativa.

Rispetto a queste osservazioni, si deve però evidenziare che la Corte, una volta appurato che il legislatore si è disinteressato del monito, interviene, nonostante l'assenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, ma sempre ribadendo, a chiare lettere[37], la sussidiarietà della sua azione.

L'intervento normativo di supplenza operato dalla Corte è, così, comunque e sempre cedevole e provvisorio, visto che il legislatore può sempre esercitare la propria potestà legislativa, prevedendo una disciplina diversa, purché conforme al dettato costituzionale.

La Corte, così facendo, veste sì i panni di legislatore, ma supplente, ritenendo di non poter venire meno al compito per il quale è stata istituita: rendere giustizia costituzionale[38] mediante l'assicurazione che, in assenza di un intervento del

36 In particolare, v. A. RUGGERI, *L'uso a fisarmonica del limite della discrezionalità del legislatore nei giudizi di costituzionalità e le sue implicazioni al piano dei rapporti istituzionali ed interordinamentali*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 870, il quale, come già emerge dal titolo del suo lavoro, parla di limite *a scomparsa* o *a fisarmonica* che «*ora si espande ed ora invece si contrae per intero*».

37 Cfr. la sentenza n. 242/2019 cit. che segue l'ordinanza n. 207/2018 cit. in cui la Corte precisa che l'addizione normativa, individuata per scongiurare l'*horror vacui* è sì direttamente applicabile nell'ordinamento, ma, in modo temporaneo, cioè *fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento*: è al legislatore, infatti, che resta «*rimessa la possibilità di ridiscussione sia delle condizioni sostanziali (ed esistenziali) meritevoli dell'istituita tutela sia delle condizioni formali o procedurali ad essa serventi*».

38 Cfr. G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questionegiustizia.it*, n. 4/2020.

legislatore, non si determinino situazioni di maggiore incostituzionalità rispetto a quelle che si vanno a rimuovere.

In questo senso, è possibile asserire che la Corte ha iniziato a considerare la discrezionalità legislativa non già come un valore assoluto, bensì come un limite relativo[39] per garantire un'effettiva conformità costituzionale delle norme.

Il Giudice delle leggi si è reso cioè conto che, se così non fosse, dovrebbe limitarsi a porre rimedio esclusivamente ai casi di *legislazione attiva* contraria a Costituzione, ma non anche all'inerzia legislativa la quale - pure - risulta essa stessa fonte di ingiustizia costituzionale.

Questa nuovo corso caratterizzato da un inconsueto *attivismo* della Consulta è stato evidentemente determinato dall' *abulia del legislatore* e dunque solo quando il legislatore vorrà riappropriarsi della propria funzione attiva, il Giudice delle leggi farà a meno di esercitare la funzione di supplenza che si è visto costretto ad assumere.

Nello specifico caso oggetto della presente analisi, il legislatore sembra essersi attivato seguendo il monito della Corte: il 19 aprile 2022 la Commissione Giustizia del Senato ha infatti avviato l'esame del testo[40] sulla revisione dell'ergastolo ostativo, già approvato, in data 31 marzo 2022, dalla Camera dei deputati.

E proprio in ragione del fatto che l'*iter* di formazione della relativa legge risulta in uno stato avanzato, la Corte ha ritenuto necessario disporre un ulteriore rinvio dell'udienza[41], così da permettere al Parlamento di completare i propri lavori. La Consulta, sottolineando che tale ulteriore rinvio deve essere concesso in tempi contenuti, ha rinviato la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione, I sez. pen., all'udienza dell'8 novembre prossimo.

Non resta che attendere e vedere se il *modus operandi* della Corte ha dato i frutti tanto sperati. Forse qualcosa di nuovo è all'orizzonte…

---

39 Sul punto v. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019 p. 21, il quale rileva che la discrezionalità del legislatore è un *limite relativo*, potendo essere superato «*nel caso in cui l'inerzia del legislatore produca omissioni incostituzionali le quali, pur variamente colmabili, non possono restare tali sine die, tanto più quando proprio il giudice delle leggi abbia sottolineato la necessità di un intervento normativo*».

40 Si tratta del disegno di legge n. 2574 il cui testo integrale è consultabile nel sito del Senato. *https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DDLPRES/0/1344759/index.html?part=ddlpres_ddlpres1 articolato_articolato1*

41 Si v. il *Comunicato stampa* della Corte costituzionale del 10 maggio 2022 che si può leggere in *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20220510110618.pdf*

NUOVE PROSPETTIVE DI SOSTENIBILITA' INTERGENERAZIONALE: LA SOSTENIBILITA' DELLE MATERIE PRIME NELLA TRANSIZIONE TECNOLOGICA ENERGETICA*

Daniele Porena[1] - Carla Piffer[2] - Nicolò Basigli[3]

ABSTRACT. L'obiettivo generale di questo articolo è quello di avviare una riflessione, a partire dalla macro tematica relativa alle nuove prospettive della sostenibilità, sulla sostenibilità delle materie prime in un contesto di transizione tecnologica energetica. A partire da una riflessione sul concetto di sostenibilità correlato a quello delle future generazioni, l'obiettivo specifico di questo articolo è quello di presentare la tematica relativa alla sostenibilità tecnologica, o più precisamente, la relazione tra la sostenibilità e la tecnologia e dimostrare che la sostenibilità e la tecnologia fanno sorgere una nuova sfida che coinvolge la produzione di energia pulita a partire dalle nuove tecnologie e dalle materie prime minerarie necessarie al processo.

Parole chiave: sostenibilità; future generazioni; sostenibilità tecnologica; energia pulita; transizione energetica.

ABSTRACT. *The general objective of this article is, starting from the macro theme related to the new perspectives of sustainability, to dialogue about the sustainability of raw materials in a context of technological energy transition. Its specific objectives are: to talk about the concept of sustainability related to that of future generations; present the issue related to technological sustainability, or more precisely, the relationship between sustainability and technology and, demonstrate that sustainability and technology give rise to a new challenge involving the production of clean energy starting from new technologies and raw materials mining necessary for the process.*

Keywords: *sustainability; future generations; technological sustainability; clean energy; energy transition.*

** Questo lavoro è stato realizzato con l'ausilio del "Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico" – Brasile (CNPq) – Processo n. 406626/2021-9, e della "Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior" – Brasile (CAPES) – Codice Finanziamento 001, con il sostegno del "Programa de Excelência Acadêmica" – PROEX. Relativamente alla metodologia usata in questo lavoro, nella fase di ricerca si è utilizzato il metodo induttivo, nella fase di trattamento dei dati il metodo cartesiano e nell'elaborazione dei risultati è stata usata la logica induttiva.

1 Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Perugia. Ha realizzato il paragrafo intitolato: "Sul concetto di sostenibilità e sul problema delle future generazioni: un'introduzione". Email: daniele.porena@unipg.it.

2 Post-dottorato presso l'Universidade de Passo Fundo - UPF. Dottorato di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi de Perugia, Italia. Dottorato in Ciência Jurídica (UNIVALI). Professoressa Permanente dei Programmi di Master e Dottorato in Ciência Jurídica - PPCJ - UNIVALI. Ha realizzato il paragrafo intitolato: "La sostenibilità tecnologica: considerazioni necessarie". E-mail: carlapiffer@univali.br

3 Laureato in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Perugia, Dottorando di ricerca In Ciência Jurídica - PPCJ – UNIVALI presso l'Universidade do Vale do Itajai, Santa Catarina, Brasile. Ha realizzato il paragrafo intitolato: "La sostenibilità tecnologica: la sostenibilità delle materie prime nella transizione digitale ed ecologica" Email: basigli@edu.univali.br

SOMMARIO: 1. Sul concetto di sostenibilità e sul problema delle future generazioni: un'introduzione. **2.** La sostenibilità tecnologica: considerazioni necessarie. **3.** La sostenibilità tecnologica: la sostenibilità delle materie prime nella transizione digitale ed ecologica. **4.** Considerazioni finali.

1. Sul concetto di sostenibilità e sul problema delle future generazioni: un'introduzione

Una breve introduzione al concetto di sostenibilità non può che prendere avvio dai primi passi che, nel dibattito pubblico internazionale, il principio in oggetto ha mosso ormai trentacinque anni fa.

La prima intuizione che condusse alla elaborazione del problema della sostenibilità si deve infatti agli approdi ai quali giunse il noto rapporto Brundtland – dall'evocativo titolo "Our common future" – pubblicato dalla Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo (WCED) nel 1987[4].

La prospettiva abbracciata dal rapporto Brundtland - lo si ricordi – era impegnata a definire come 'sostenibile' quello sviluppo economico capace di soddisfare i bisogni delle generazioni presenti senza altresì compromettere la soddisfazione di analoghi bisogni in capo alle generazioni future.

La fortuna che la definizione ricordata ha avuto nel corso degli anni sembra testimoniata dalla sostanziale tenuta che la stessa ha mostrato nelle ampie elaborazioni normative e dottrinarie che si sono susseguite nell'arco di oltre tre decenni.

E infatti, ancora oggi, permane al centro delle preoccupazioni legate alla sostenibilità la dimensione relazionale e intergenerazionale che ha ispirato la prima gemmazione del principio in parola.

In aggiunta a quanto osservato, il principio di sostenibilità ha indubbiamente mostrato una notevole capacità espansiva che lo ha condotto, nel corso del tempo, a occupare spazi di riflessione che vanno ben oltre il perimetro – seppur non certo angusto – all'interno del quale era stato inizialmente concettualizzato.

In particolare, da una preoccupazione essenzialmente legata alla codificazione di un dovere, in capo alle generazioni presenti, di regolare e contenere i limiti allo sfruttamento delle risorse naturali, il principio di sostenibilità ha avuto particolare successo nel trasferire la prospettiva regolatoria intergenerazionale a vasti ambiti dell'organizzazione giuridica, politica e sociale: dall'organizzazione dei sistemi previdenziali a quella dei sistemi sanitari, dalla "tenuta" dei conti pubblici e dal

4 Il documento dal titolo "*Our Common Future*" fu presentato il 20 marzo del 1987 dalla *World Commission on Environment and Development* presieduta da Gro Harlem Brundtland.

contenimento delle esposizioni debitorie degli Stati alle problematiche legate al governo del territorio, alla valorizzazione dei beni culturali e, come vedremo, al progresso tecnologico. Su molto, nel corso degli anni, sono state in effetti prospettate delicate questioni di sostenibilità[5].

In estrema sintesi, sembra che il principio si sia progressivamente affermato come riferimento regolatorio in tutto il complessivo e vasto ambito nel quale si esprime una prospettiva di durevolezza dell'organizzazione pubblica.

Di certo, tutt'ora permangono - sullo sfondo – talune incertezze legate ai processi di progressiva giuridicizzazione del concetto in esame. Sebbene di sostenibilità ormai si occupi un ampissimo panorama di carte internazionali, di trattati, di regolamentazioni interne e, persino, di costituzioni nazionali[6], non sembrano del tutto superate talune indecisioni legate ad alcuni dei concetti chiave che alloggiano all'interno della concettuologia della sostenibilità.

Come noto, tra i meriti che vanno riconosciuti al principio in parola vi è quello di aver rafforzato, nel dibattito filosofico-giuridico e costituzionalistico, la percezione di una sfera giuridica legata alla posizione delle generazioni future. E' tuttavia non meno vero che, specie ove si parli di "diritti" delle generazioni future, tendono a riaffiorare antiche cautele legate alle insidie che si annidano dietro ad operazioni volte a canonizzare autentiche posizioni giuridiche – di diritto o anche di mero interesse – in capo a comunità future, sotto certo profilo anche ipotetiche e delle quali, in ogni caso, nemmeno è dato conoscere l'identità.

Incertezze, quelle di cui si è detto, che richiedono uno sforzo di comprensione del principio oltre i termini della stretta codificazione tecnico-giuridica.

D'altronde, il principio di sostenibilità - come anche, verrebbe da dire, l'intera fenomenologia giuridica[7] – altro non sarebbe che un prodotto culturale, frutto di astrazioni nel tempo sempre più sofisticate ma che partono, in primissima istanza, dal comune riconoscimento del fondamento etico proprio di un'essenza ideale progressivamente oggettivata nella coscienza collettiva e riconosciuta come autentico *valore* nell'ambito delle rispettive consociazioni.

L'introduzione al tema della sostenibilità abbraccia anch'esso, dunque, gli approdi cui ci indirizza la teoria della giustizia: peraltro, non può omettersi un'attenta riflessione sui profili da ultimo richiamati nel particolare contesto di un principio, come quello in esame, di gemmazione relativamente recente.

5 Per una più distesa analisi delle "materie" rispetto alle quali è sempre più avvertita l'affermazione di una centralità del principio in esame, sia consentito un rinvio a PORENA, Daniele, Il principio di *sostenibilità*. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale, Torino, 2017.

6 Si pensi, solo per un esempio, al richiamo che al concetto di sostenibilità (in questo caso del debito pubblico) è oggi operato dall'art. 81 della Costituzione italiana.

7 Cfr. RADBRUCH, Gustav, Filosofia del diritto, ed. it. Milano 2021, pp. 37 e ss.

In questo "flusso di ritorno" dall'essere al dover essere della norma e, in definitiva, dal diritto positivo alla filosofia del diritto, sembrano emergere solidi elementi di ancoraggio cui assicurare non solo il principio in esame ma anche, più ampiamente, il tema giuridico delle future generazioni.

In particolare, nell'ampia ed assai variegata produzione culturale sull'idea generale di giustizia sembrano reperibili spazi argomentativi, nel quadro della riflessione proposta, tutt'altro che trascurabili.

Solo per cenni, come per l'appunto si conviene nell'ambito di una breve introduzione, sarà utile qualche rapido richiamo.

Già nel lessico comunemente attribuito alla tradizione del repubblicanesimo e, in epoche recenti, del neo-repubblicanesimo, compaiono concetti dai quali affiora una proiezione tutt'altro che trascurabile rispetto alla sorte delle generazioni future.

Autonomia collettiva e sovranità popolare e, ancora – correlatamente - garanzia della reversibilità delle scelte hanno trovato, in quella sede teorica, ampie occasioni di elaborazione e sviluppo.

«Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future».

Il principio enunciato nell'art. 28 della Dichiarazione francese del 1793 si colloca, invero, all'interno di una plurisecolare tradizione[8].

Già Erodoto narrava che gli Ateniesi, nel ricevere da Solone le nuove leggi, avessero giurato di conservarle intatte per almeno dieci anni[9]: ciò, sul presupposto implicito che si trattasse di leggi, per loro stessa natura, reversibili e modificabili.

In linea ancor più generale, è possibile osservare come l'idea di una "ossificazione" degli ordinamenti giuridici rappresenterebbe, in contrasto con la tradizione repubblicana, una forma di paternalismo etico praticato da una

8 Cfr. BIFULCO, Raffaele; D'ALOIA, Antonio, Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale, in BIFULCO, Raffaele, D'ALOIA, Antonio, Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Napoli, 2008, XXI, secondo cui «può trovare una diversa sistemazione e una rilettura 'orientata al futuro' persino quello che è considerato il 'simbolo' normativo dello sganciamento del costituzionalismo dalla prospettiva intergenerazionale, vale a dire l'art. 28 della Cost. francese del 1793. Il principio (…) potrebbe significare anche che le generazioni presenti devono consentire questo esercizio di libertà alle generazioni rispetto ad esse future; e che perciò, il contesto di volta in volta trasmesso non deve (o non dovrebbe) essere gravemente ed irrimediabilmente compromesso».

9 ERODOTO, Storie, I, 29, «Solone di Atene, che, dopo aver completato il corpo di leggi per gli Ateniesi che gliele chiedevano, si era allontanato dalla città per 10 anni, con il pretesto di prendere il mare per vedere il mondo, ma in realtà per non essere costretto ad abrogare alcuna delle leggi che lui stesso aveva stabilito. Gli Ateniesi, infatti, non erano in grado di farlo da soli: con solenni giuramenti, infatti, si erano impegnati a rispettare per dieci anni le leggi che Solone aveva loro stabilito».

generazione in danno di un'altra: in altri termini, una sorta di perdurante "diritto dei morti sui vivi"[10] e, in definitiva, una forma di sacralizzazione del diritto.

Viceversa, l'ideale di libertà degli antichi, nella sua concettualizzazione aristotelica[11] – come magnificamente descritta da Constant[12] – si riassumeva, essenzialmente, nella dimensione della partecipazione alla costruzione della scelta normativa: sembra dunque estranea, nel solco di questa tradizione, ogni forma di paternalismo etico o, addirittura, dispotico-autoritativo: anche laddove lo si ipotizzi come praticato da una generazione nei confronti della successiva.

Il "salto logico" dal diritto al fatto trova ampio terreno argomentativo. Basti pensare alla riduzione - appunto, in via di fatto - delle *chances* di vita, degli spazi di manovra e delle stesse capacità di determinazione democratica che talune scelte dell'oggi possono causare a carico di chi verrà domani.

Preoccupazioni, queste, che ad esempio emergono anche in una recente sentenza del B*undesverfassungsgericht* sul fondamento dei limiti introdotti alla decisione di bilancio, secondo la quale «il fatto che i parlamenti si autovincolino (…) può essere necessario nell'interesse alla conservazione a lungo termine della capacità di determinazione democratica (…). Se è vero che un vincolo del genere può anche limitare i margini di manovra nel presente, allo stesso tempo può essere funzionale alla loro preservazione per il futuro»[13].

Il tema della sostenibilità – questa volta come problema di giustizia distributiva – torna a fare capolino anche nel solco di tradizioni culturali che, in certa parte, differiscono da quella da ultimo richiamata.

E' noto come il concetto di uguaglianza abbia caratterizzato e innervato, in profondità, tutto il costituzionalismo contemporaneo. Il tema, tuttavia, si fa assai

10 Come osservava JEFFERSON, Thomas, Jefferson a John Wayles Eppes, 24 giugno 1813, in Thomas Jefferson: Writings, New York: Library of America, 1984, pp. 1280-1281, «la terra appartiene ai vivi, non ai morti. La volontà e il potere dell'uomo cessano di esistere con la sua vita, per legge di natura… Possiamo considerare ogni generazione come una nazione distinta, con un diritto, scaturente dalla volontà della sua maggioranza, di vincolare i suoi aderenti, ma nessuno può impegnare la subentrante progenie, così come gli abitanti di un altro paese… a diciannove anni dalla data dell'accordo, quindi, la maggior parte dei sottoscrittori saranno morti e, conseguentemente, l'accordo stesso non produrrà effetto alcuno». Ancora, cfr. DREIER, Horst, Lo stato costituzionale moderno, Napoli, 2011, p. 24, «poteva una generazione dominare su quelle successive, per così dire occupare normativamente il futuro? Non era questo il potere dei morti sui vivi?».

11 D'altronde, è proprio alla tradizione aristotelica, secondo Habermass, che risale il repubblicanesimo, cfr. HABERMAS, Jurgen, Morale, Diritto, Politica, Torino, 1992, p. 113 ss. «Il repubblicanesimo – richiamandosi ad Aristotele e all'umanismo politico rinascimentale – ha sempre privilegiato l'autonomia pubblica dei cittadini rispetto alle libertà apolitiche degli individui privati».

12 Il riferimento, ovviamente, è al celebre discorso di Henri-Benjamin Constant de Rebecque (1767-1830) pronunciato all'Ateneo reale di Parigi nel 1819 ed intitolato De la liberté des anciens comparée à celle des modernes.

13 2 BvE 6/12, del 12 settembre 2012.

scivoloso nel momento in cui dalla prospettiva intragenerazionale si passi a quella intergenerazionale.

In particolare, appare decisamente contraddittoria l'ipotesi di determinare conseguenze inegualitarie nell'assetto corrente delle relazioni intersoggettive al solo fine di preservare un'assai evanescente relazione ugualitaria di tipo intertemporale[14]. Ciò, peraltro, a tacere del fatto che l'ipotesi di un ugualitarismo radicale sul piano intergenerazionale condurrebbe alla sostanziale cristallizzazione degli ordinamenti. Ancora, il continuo mutamento delle condizioni sociali, demografiche, economiche, tecnico-scientifiche e, in una parola, delle generali condizioni di vita, rende in buona parte inconoscibili i bisogni futuri, le preferenze delle generazioni venture e, più in generale, ciò che esse apprezzeranno come meritevole di essere qualificato come oggetto di diritto[15].

Le constatazioni che precedono, pur nella loro brevità, dovrebbero essere sufficienti a dimostrare come il progetto egualitarista, in ambito intergenerazionale, non possa riflettersi in una rigorosa redistribuzione del complesso delle risorse disponibili: peraltro, lungo un arco temporale indeterminato e indeterminabile.

Al contrario, tale prospettiva sembra avere buona riuscita nella chiave prospettica dei bisogni essenziali.

A questo proposito, fin troppo agevole è il riferimento alla disponibilità delle risorse naturali ma, in generale, l'argomento egualitarista sembra poter essere esteso

14 Cfr. GOSSERIES, Axel The egalitarian Case Against Brundtland's Sustainability, Gaia – Ecol. Perspect. for Science and Society, Vol. 14, 40 e pp. e ss., secondo cui «rather than just prohibiting dissavings, egalitarians should also call for a prohibition on savings. This position may seem absurd at first. For what would be morally wrong with a generation of parents voluntarily tightening up their belts in order to guarantee their children a better existence than the one they have been able to benefit from. Towards whom would that be unfair? Here is the answer: towards the least well off members of these parents' generation. For let us envisage the case of a generation anticipating that, at the end of its existence, it may end up having transferred a surplus to the next generation, i.e. more (per head) than what it inherited from the previous one. The point here is that such a surplus should benefit the least well off members of the current generation rather than the next generation as a whole. Transferring more to the future will sacrifice as much for today's least well off people. And it is only as long as each generation sticks to a prohibition on both (intergenerational) dissavings and savings that the intergenerational world we are bringing about will be the one in which the least well off, whatever the generation they be long to, are less disadvantaged than they could ever be in a world differently organised. Admittedly, were such a surplus to be transferred to the next generation, it could very well benefit its least advantaged members. We need to make sure however that the least well off members of our own generation do not then end up with a situation worse than the one of those least advantaged members of the next generation. Hence, our closed principle (neither savings, nor dis-savings)».

15 «L'approfondimento della dimensione intertemporale dei problemi distributivi ha messo in evidenza due serie difficoltà per le posizioni ugualitarie: una prima legata al fatto che i confronti tra persone che attraversano fasi diverse della vita non consentono in molti casi di stabilire non solo l'entità, ma neanche il segno delle ineguaglianze; una seconda legata al fatto che l'uguaglianza intergenerazionale è difficilmente conciliabile con il progresso tecnico ed economico», così SOMIANI, Eugenio, Uguaglianza: teorie, politiche, problemi, Roma, 2002, p. 319.

con successo alle più recenti proposte elaborate in tema di beni comuni. L'idea di una categoria di beni - capace di oltrepassare le tradizionali partizioni tra pubblico e privato - e capace di abbracciare materie che vanno dall'acqua all'aria, dall'accesso alle comunicazioni, ai farmaci e alle cure mediche sembra suggerire, in effetti, la necessità di concettualizzare la categoria nel quadro di una sfera di beni che siano comuni alle più diverse e lontane generazioni: una categoria di beni, dunque, rispetto alla quale non può che essere avvertita la necessità di assicurarne la permanenza nel tempo[16].

Ma i vincoli etici rispetto alla posizione delle generazioni future – e, dunque, delle correlate preoccupazioni in termini di sostenibilità – affiorano con una certa insistenza anche nel quadro della letteratura di impronta comunitarista, generalmente incline a valorizzare le prospettive di una trasmissione intergenerazionale delle responsabilità collettive.

In contrapposizione a una concezione volontaristica dell'individuo, e in aderenza alla tesi di una sostanziale coessenzialità tra individuo e comunità, l'ipotesi tradizionalista concepisce l'Io quale frutto di identità specifiche ereditate nel corso del tempo[17].

In estrema sintesi, prevale in questo caso l'immagine dell'homme situé: di un individuo, cioè, radicato nell'ambito di un orizzonte storico-comunitario dal quale finisce per ricevere la propria identità.

Sicché, se l'individuo cessa di essere il solo prodotto delle proprie scelte, se ciascuno è il frutto anche del passato e della propria comunità di origine, se sulla stessa identità dei posteri finiscono per gravare le scelte intraprese dalle generazioni presenti, non può che derivare – come per il paradigma della famiglia naturale, tanto

16 Come osserva RODOTA', Stefano, Il diritto di avere diritti, Bari, 2012, p. 116, il futuro «cancellato dallo sguardo corto del breve periodo, ci è imposto dalla necessità di garantire ai beni comuni la permanenza nel tempo» e ritorna, «in forme che lo rendono ineludibile, il tema dell'eguaglianza». Ancora, a p. 126, l'Autore richiama l'attenzione al fatto che i beni comuni siano garantiti «in base ai principi di eguaglianza e solidarietà, rendendo effettive le forme di partecipazione e controllo degli interessati e incorporando la dimensione del futuro, nella quale si riflette una solidarietà divenuta intergenerazionale, un obbligo verso le generazioni future»

17 Cfr. con MACINTYRE, Alasdair, After Virtue, Notre Dame, 1981 pp. 204 e ss., il quale osserva come «*we all approach our own circumstances as bearers of a particular social identity. I am someone's son or daughter, someone's cousin or uncle; I am a citizen of this or that city, a member of this or that guild or profession; I belong to this clan, that tribe, this nation. Hence what is good for me has to be the good for one who inhabits these roles. As such, I inherit from the past of my family, my city, my tribe, my nation, a variety of debts, inheritances, rightful expectations and obligations. These constitute the given of my life, my moral starting point. This is in part what gives my own life its moral particularity. (…) From the story of my life is always embendedd in the story of those communities from wich I derive my identity. I am born with a past; and to try to cut myself off that past, in the individualist mode, is to deform my present relationships*».

caro alla letteratura comunitarista[18] – il fatto che le generazioni correnti siano onerate da una responsabilità di ordine generale nei confronti delle generazioni successive.

Invero, il tema delle responsabilità nei confronti delle generazioni future trova probabilmente la sua più comoda collocazione nel quadro delle plurisecolari elaborazioni sul diritto naturale.

Sovente e ingenerosamente considerata non più "alla moda", la prospettiva giusnaturalista si mostra al contrario di estrema attualità proprio grazie al capovolgimento di quel "vizio" di astrattismo che in epoche recenti le è stato addebitato.

E infatti, in tutte le sue versioni (naturalistica, metafisica o razionalistica) ed epoche (antica, medievale e moderna), la plurisecolare ricostruzione giusnaturalistica del fenomeno giuridico muove dal riconoscimento di una sfera per così dire 'irriducibile' di diritti, coessenziali alla natura umana e caratterizzati per la loro universalità, eternità e atemporalità[19].

Tutt'altro che difficile è scorgere, dunque, il profilo fisiologicamente intergenerazionale di tali diritti.

Addirittura, sembra agevole un parallelismo tra il raggruppamento fondamentale dei diritti naturali che, specie nella tradizione anglosassone, è declinato lungo la filiera costituita da vita, libertà e proprietà e le classiche "pretese" intergenerazionali: 'autoconservazione', 'autonomia delle scelte' e 'soddisfazione dei bisogni essenziali'.

In generale, il giusnaturalismo rappresenta il clima culturale nel quale sorgono e si affermano i diritti umani e che designa l'umanità stessa come centro di imputazione soggettiva di tali diritti. L'umanità - concetto insuscettibile di frazionamento temporale e, ancora, nozione indivisibile sul piano storico - si afferma dunque come categoria ideale capace di abbracciare tutte le generazioni in successione tra loro[20].

Il tema delle generazioni future – e, dunque, delle 'tecniche' volte alla loro protezione, prima fra tutte il principio di sostenibilità – trova poi ulteriore e

18 SANDEL, Michael, Justice. What's the right thing to do?, New York, 2009, p. 225, «unlike natual duties, obligations of solidarity are particular, not universal; they involve moral responsibilities we owe, not to rational beings as such, but to those with whom we share a certain history. But unlike voluntary obligations, they do not depend on an act of consent. (…). The most elemental example is the special obligation of familily members to one another».

19 Cfr., tra gli altri, SPADARO, Antonio L'amore dei lontani: universalità ed intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione, in BIFULCO, Raffaele, D'ALOIA, Antonio, Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Napoli, 2008, p. 94.

20 Secondo HÄBERLE, Peter, Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo, Milano, 2003, p. 115, «l'umanità universale abbraccia anche le generazioni future, posteriori. L'imperativo categorico di Kant deve essere esteso, con H. Jonas (Il principio di responsabilità), anche ai posteri».

persuasivo sviluppo nelle ricostruzioni, di chiara matrice neokantiana, di Rawls e Jonas.

Quest'ultimo, in particolare, giunge a parafrasare la nota massima kantiana[21] introducendo ed elevando a norma generale della condotta umana il dovere di agire "in modo tale che le conseguenze della tua condotta siano compatibili con la permanenza della vita sulla terra"[22].

Particolarmente rilevante, nel quadro della ricostruzione da ultimo accennata, è il sostanziale capovolgimento di prospettiva che, da una logica incentrata sui diritti delle generazioni future, si sposta lungo un'ottica deontica dei doveri e delle responsabilità[23]. Ancora, attraverso le parole di Hans Jonas, sembra giungersi a una sostanziale scissione di quell'abituale nesso tra la sfera dei diritti e quella dei doveri che pure, tradizionalmente, sono concepiti come concetti correlativi: ciò, fino ad arrivare alla prefigurazione di una responsabilità generale non condizionata dalla compresenza dei soggetti a beneficio dei quali la stessa sarebbe orientata[24].

In A *Theory of Justice* John Rawls conduce invece il noto esperimento del "velo di ignoranza".

L'ipotesi di Rawls è che i soggetti decisori, pur adeguatamente informati sulle regole di efficienza mezzi-fini, ignorino le loro personali condizioni di partenza al punto che ogni loro decisione finisca per essere ispirata da una forma di razionalità pura e non strategica[25].

21 «Opera in modo che la massima della tua volontà possa sempre valere in ogni tempo come principio di una legislazione universale», KANT, Immanuel, Fondazione della metafisica dei costumi, ed. it., Roma-Bari, 2010, p. 75.

22 JONAS, Hans, Il principio di responsabilità. Un'etica per la società tecnologica, ed. it., Torino, 2002, pp. 16 e ss.

23 Cfr. FODDAI, Maria Antonietta, Responsabilità e soggettività, in RODOTA', Stefano; TALLACCHINI, Maria Chiara (a cura di), Ambito e fonti del biodiritto, Milano, 2010, p. 427, secondo cui «la vera innovazione di Jonas è il concetto di una "responsabilità-per-il-da-farsi", che impone all'agente di considerare preventivamente le possibili conseguenze delle proprie azioni. Egli la contrappone al modello tradizionale di "responsabilità-di" basato sulla sanzione e sulla retribuzione che si traduce in un giudizio sugli atti del passato. Nella prima è il futuro a costituire la misura dell'azione, per questo potremmo definirla, basandoci sulla definizione di Moore, come prospettica. Si traduce nel dovere di prenderci cura di ciò, come la natura, e chi, come le generazioni future, è vulnerabile e la cui conservazione, o possibilità di esistenza, dipende dalla misura del nostro agire».

24 JONAS, Hans Il principio di responsabilità. Un'etica per la società tecnologica, Torino, 2002, pp. 178 e ss. Secondo CARRINO, Agostino, Democrazia e governo del futuro. Saggi di etica e metapolitica, Roma, 2000, p. 181 con la tesi di Jonas si afferma che «mentre l'etica tradizionale è l'etica della sincronicità, la nuova etica deve essere un'etica della responsabilità per le generazioni a venire, per l'umanità futura».

25 «L'idea della posizione originaria è quella di stabilire una procedura equa di modo che, quali che siano i principi su cui ci si accorda, essi saranno giusti. L'obbiettivo è usare la nozione di giustizia procedurale pura come base della teoria. Dobbiamo in qualche modo azzerare gli effetti delle contingenze particolari che mettono in difficoltà gli uomini e li spingono a sfruttare a proprio vantaggio le circostanze naturali e sociali. A questo scopo assumo che le parti siano situate sotto un velo di ignoranza. Le parti non sanno in che modo le alternative influiranno sul loro caso particolare, e

In questo caso, l'irrilevanza morale delle condizioni di partenza conduce a riconoscere anche l'irrilevanza temporale del momento in cui le stesse vengono intraprese e, pertanto, l'irrilevanza del "carattere futuro delle future generazioni". Le scelte attraverso le quali un ordinamento regola se stesso cessano dunque di essere condizionate dalla tentazione di favorire una generazione sull'altra: da qui, la teoria redistributiva di Rawls e la traiettoria teorica orientata a definire un principio di giusto risparmio che ciascuna generazione deve accumulare a beneficio delle successive[26].

In conclusione, pur nella brevità delle notazioni che precedono, la teoria della giustizia ha nel tempo offerto una solida e ampia pluralità di argomenti capaci di giustificare il fondamento etico delle preoccupazioni che ruotano intorno alla posizione delle generazioni future e dei diversi principi - quali quello della sostenibilità - che sarebbero chiamati a regolare il delicato "rapporto" tra generazioni presenti e generazioni future.

Alla luce della rassegna di idee fin qui rapidamente tratteggiata, è ora compito del presente scritto quello di illustrare una delle più rilevanti "materie" rispetto alle quali si pongono complesse questioni di sostenibilità: il problema, assai avvertito nell'epoca corrente, della sostenibilità tecnologica.

2. La sostenibilità tecnologica: considerazioni necessarie.

La premessa che nuovi modi di utilizzo delle tecnologie favoriscano la promozione di un cambio di comportamento non è un prodotto esclusivo del XXI secolo. Nel 1972, la Dichiarazione di Stoccolma, precisamente nel suo Principio 18, già riconosceva l'importanza della tecnologia al fine di scoprire, evitare e combattere i rischi che minacciavano l'ambiente[27]. Allo stesso modo, il r*eport* Brundtland del 1987 ha evidenziato l'importanza che ha la tecnologia già nell'incipit del documento, asserendo che la tecnologia e la scienza esistente all'epoca già permetteva, anche se

sono quindi obbligate a valutare i principi soltanto in base a considerazioni generali», RAWLS, John, Una teoria della giustizia, ed. it., Milano, 2008, p. 142.

26 «Le parti non sanno a quale generazione appartengono o, in modo equivalente, quale è lo stadio di civiltà della propria società. Esse non hanno alcun modo per affermare se essa è povera o relativamente ricca, prevalentemente agricola o già industrializzata, e così di seguito. A questo riguardo, il velo di ignoranza è totale. Perciò le persone nella posizione originaria devono chiedersi in quale misura sarebbero intenzionate a risparmiare in ciascuno stadio di sviluppo, assumendo che tutte le altre generazioni devono risparmiare allo stesso modo. Esse devono cioè considerare la loro inclinazione al risparmio in ogni data fase di civiltà, con la convenzione che i tassi (di risparmio) da loro proposti devono regolare l'intero svolgimento dell'accumulazione. Quindi devono in effetti scegliere un principio di giusto risparmio che assegna un tasso di accumulazione adeguato a ciascun livello dello sviluppo», RAWLS, John, Una teoria della giustizia, Milano, 1993, p. 244.

27 SCHWAB Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 12

solo in potenza, di esaminare più a fondo e di comprendere in modo migliore i sistemi naturali[28].

Recentemente, l'agenda 2030 dell'ONU, riconoscendo che ogni paese è responsabile del suo proprio sviluppo economico e sociale, ha sottolineato che *"a transferência de tecnologias ambientalmente adequadas em condições favoráveis para os países em desenvolvimento"*[29] è essenziale per il raggiungimento dei suoi obiettivi[30]. In questo modo, il fattore tecnologico deve essere considerato nell'analisi delle dimensioni dello sviluppo sostenibile: si tratta di un fattore fondamentale negli ambiti più svariati in quanto *"não há sustentabilidade sem inovação"*[31].

Di tutte le rivoluzioni accadute nel corso dell'era moderna, la cosiddetta rivoluzione tecnologica mostra tutte le sue responsabilità nel cambiamento dei paradigmi in tutte le sfere della società mondiale. Benchè con un'altra denominazione (forse embrionale, davanti all'incapacità umana di credere che le nuove tecnologie potrebbero prendere il via oggi stesso), il disegno di ciò che oggi è la "svolta tecnologica" si è materializzato a partire dal XX secolo, e *"o contínuo e crescente avanço da inovação tecnológica posicionaram a sociedade pós-Moderna frente a uma nova revolução – a Revolução Digital"*[32].

Tale rivoluzione è stata denominata da Schwab come la quarta rivoluzione industriale – o industria 4.0 – affermando che l'industrializzazione ha raggiunto una quarta fase – che nuovamente *"alterará fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos"*, presentandola come un vero e proprio cambiamento di paradigma e non solo nella condizione di una tappa in più dello sviluppo tecnologico[33].

---

28 ONU – Organização das Nações Unidas, Comissão mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento. Nosso futuro comum, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 409

29 ONU. Cúpula de desenvolvimento sustentável. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, 2016. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030completoportugus12fev2019.pdf. Acesso em 20 set. 2021

30 PIFFER, Carla; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. A ciência jurídica frente à sustentabilidade tecnológica e à inteligência artificial. p. 82-83. In: SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana Covelo de; COELHO, Larissa A. Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável. Uminho: Braga, 2020.

31 ALMEIDA, Fernando. Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 167.

32 ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Barbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. (Orgs.) Inteligência artificial e direito processual. Os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 65. Disponível em: https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/5b6cc3c3e70697ebedd13f29dde07ef6.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

33 SCHWAB Klaus. A quarta revolução industrial. p. 11.

A cominciare da Schwab, la quarta rivoluzione industriale ingloba alcune innovazioni tecnologiche: robotica, *Internet of Things*, veicoli autopilotati, stampa in 3D, nanotecnologia, biotecnologia, stoccaggio di energia e computazione quantica, e l'IA. Quello che la distingue dalle altre è la velocità, l'ampiezza e la profondità, oltre alla fusione delle tecnologie e l'interazione tra i domini fisici, digitali e biologici.[34]

Nella sua opera successiva, intitolata "Applicando la Quarta Rivoluzione Industriale", Schwab riafferma che questo è un modello mentale per plasmare il futuro, *"fomentada pela crescente disponibilidade e interação de um conjunto de tecnologias extraordinárias"*[35]. Per l'Autore, l'opportunità di questa nuova rivoluzione consiste nel vedere la tecnologia come qualcosa che è molto più che un semplice strumento, tant'è che *"[...] um dos grandes determinantes do progresso consiste na extensão que a inovação tecnológica é adotada pela sociedade"*[36].

La conclusione a cui giunge Schwab[37] sul tema annota alcune sfide, molto più soggettive, che oggettive. Per affrontarle sono necessari quattro tipi differenti di intelligenze: contestuale (la mente), emozionale (il cuore), inspirata (l'anima) e fisica (il corpo). Di queste, si mette in risalto la prima, che include un elemento più oggettivo, in quanto le altre enfatizzano astrazioni. Questa intelligenza contestuale si riferisce alla necessità di anticipazione della tendenza e della rapida condizione di adattarsi a queste. Per questo, è necessaria una dinamica di lavoro più collaborativa tra imprese, governi e società civile, con una prospettiva olistica degli accadimenti.

Nonostante tutta l'importanza che deve essere data all'innovazione tecnologica, all'Intelligenza Artificiale e ad altre forme di tecnologia che ancora sorgeranno, non si può dimenticare che *"a inovação tecnológica, por si só, não é capaz de assegurar sustentabilidade. É preciso que seja acompanhada de inovações não tecnológicas"*.[38] Si tratta cioè di innovazioni che si presentano anche come *innovazioni sostenibili*, dotate di obiettivi che hanno lo scopo di stimolare visioni alternative del mondo: assicurare il collegamento tra lo sviluppo dell'innovazione e il suo valore nella catena produttiva; cercare nuove piattaforme, così come perfezionare quelle già esistenti; stimolare l'iniziativa imprenditoriale, coinvolgendo studenti e professionisti di diverse generazioni; promuovere piccoli affari senza perdere di vista la sua riproducibilità per ottenere guadagni di scala; e, infine, sfidare i modelli affaristici con possibili futuri scenari alternativi[39].

34 SCHWAB Klaus. A quarta revolução industrial. p. 36.
35 SCHWAB Klaus. Aplicando a quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2018. p. 35.
36 SCHWAB Klaus. Aplicando a quarta revolução industrial. p. 36.
37 SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. p. 107-114.
38 ALMEIDA, Fernando. Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente. p. 168.
39 ALMEIDA, Fernando. Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente. p. 171.

In questo senso, osservano Real Ferrer e Cruz, la sostenibilità si presenta come un nuovo paradigma giuridico, che deve essere inteso come linea guida assiologica riconosciuta e valorizzata su scala globale, prendendo in considerazione l'insieme intersistemico delle relazioni che l'ambiente genera in varie prospettive come quella sociale, economica, culturale e tecnologica[40].

Indipendentemente dall'adozione o meno della tecnologia come una nuova dimensione della sostenibilità, per capire di cosa si tratta al di là della mera classificazione dottrinaria, è certo che la sostenibilità deve essere costruita a partire da multiple verifiche delle realtà: oltre a quella giuridica, le variabili ecologiche, sociali, economiche e tecnologiche, avendo come minimo comune denominatore l'ambiente.

Seguendo questo punto cardinale, Real Ferrer e Cruz[41] evidenziano che:

Para o direito como objeto da ciência jurídica, todas estas perspectivas apresentam identificação com a base de valores fundamentais, aí incluídos o meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direitos prestacionais sociais, dentre outros, cada qual com as suas peculiaridades e riscos. Pela importância e centralidade na ordem política atual, é possível afirmar assim que a Sustentabilidade pode ser compreendida como impulsionadora do processo de consolidação de uma nova base meta axiológica ao direito. Um dos objetivos mais importantes de qualquer projeto de futuro com sustentabilidade é a busca constante pela melhoria das condições de vida das populações mais fragilizadas socialmente. Isso porque os problemas sociais e ambientais estão necessariamente interligados e somente será possível tutelar adequadamente o meio ambiente com a melhora das condições gerais destas populações.

Quando si parla di sostenibilità tecnologica, ci si riferisce dunque al livello di tecnologia adeguato al fine dello sviluppo di una determinata attività. Così, la dimensione tecnologica, nella condizione dell'intelligenza umana individuale e collettiva, accumulata e moltiplicata[42], alleata alle altre dimensioni, è incaricata di assicurare un futuro più sostenibile alle future generazioni. Tale futuro sostenibile sarà possibile se l'attenzione, prima che sulla sostenibilità delle tecnologie, verrà posta sulla sostenibilità delle materie prime che occorrono per creare nuove

40 REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. p. 14. In: SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana Covelo de; COELHO, Larissa A. Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável. Uminho: Braga, 2020.

41 REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. p. 15. In: SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana Covelo de; COELHO, Larissa A. Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável. Uminho: Braga, 2020.

42 BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. In: Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 11, n. 1, p. 331, jan./jun. 2011. http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885/1262. Acesso em 20 set. 2021.

tecnologie sostenibili, con particolare riferimento alle nuove tecnologie energetiche. Proprio quest'ultime, infatti, sembrano configurare un'applicazione paradigmatica del principio di sostenibilità intergenerazionale.

3. La sostenibilità tecnologica: la sostenibilità delle materie prime nella transizione digitale ed ecologica.

Le varie dimensioni della sostenibilità si devono confrontare con le nuove sfide messe in campo dalle nuove tecnologie per produrre energia pulita e dalle materie prime minerarie di cui queste necessitano: un sistema energetico alimentato da tecnologie ad energia pulita, infatti, è profondamente diverso da uno funzionante con risorse idrocarburiche tradizionali. Gli impianti fotovoltaici, le pale eoliche e i veicoli elettrici generalmente hanno bisogno di più risorse minerarie per essere costruiti rispetto alle loro controparti basate sui combustibili fossili[43].

La svolta verso sistemi tecnologici energetici puliti è stata progettata in modo tale che la richiesta di materie prime minerarie sia sempre maggiore[44] e così è stato a partire dalla metà degli anni 2010, con l'accrescersi del consenso sull'Accordo di Parigi[45] e sul raggiungimento degli obiettivi che questo prevede. Gli Stati si sono impegnati per ridurre le emissioni, ma allo stesso tempo si sono assicurati che i sistemi energetici rimanessero resilienti e sicuri. L'approvvigionamento dei minerali pone nuove sfide alla decarbonizzazione del sistema energetico e mette in luce delle nuove vulnerabilità proprio relative alla sostenibilità. Al contrario di quel che si pensi, le paure e le ansie relative alla volatilità dei prezzi e alla sicurezza dell'approvvigionamento dei minerali non scompaiono in un sistema energetico di tipo elettrico e ricco di energie rinnovabili. La corsa all'impiego di tecnologie per la

43 Una tipica auto elettrica richiede sei volte più minerali rispetto ad un auto convezionale ed una pala eolica su terraferma richiede fino a nove volte più minerali rispetto ad un impianto funzionante a gas. Dal 2010 la quantità media di minerali necessari per una nuova unità di capacità di generazione di energia è aumentata del 50% poiché è aumentata la quota di energie rinnovabili nei nuovi investimenti. Fonte dei dati: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions, in WORLD ENERGY OUTLOOK SPECIAL REPORT, marzo 2022, disponibile: https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf

44 Il tipo di minerale richiesto varia da tecnologia a tecnologia. Litio, nickel, cobalto, manganese e grafite sono essenziali per le batterie; le terre rare (un gruppo di 14 elementi così chiamati per la loro scarsa reperibilità) sono cruciali per il funzionamento delle turbine a vento ed i veicoli elettrici; le reti elettriche necessitano di una grande quantità di rame ed alluminio. Fonte dei dati: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions, in WORLD ENERGY OUTLOOK SPECIAL REPORT, marzo 2022, disponibile: https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf

45 ONU – CLIMATE CHANGE SECTION, Paris Agreement, disponibile: https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement

produzione di energia pulita è parte di una transizione che comporta un aumento della domanda di risorse minerarie e non una diminuzione[46].

I piani di approvvigionamento e di investimento minerario odierni non sono all'altezza di quanto necessario per trasformare il settore energetico, aumentando il rischio di transizioni energetiche ritardate o più costose, per questo motivo il binomio tra tecnologia energetica pulita e sostenibilità delle materie prime minerarie non è automatico. L'urgenza del raggiungimento degli obbiettivi dell'Accordo di Parigi per ridurre le emissioni non può incontrare ostacoli di questo tipo, altrimenti la transizione energetica che tanto si desidera da sostenibile diverrà insostenibile[47].

La questione della programmazione degli approvvigionamenti diventa centrale perché se la domanda aumenta improvvisamente, a causa dell'urgenza della transizione, i sistemi tecnologici dell'energia saranno più costosi e le risorse scarseggeranno tutte insieme senza dare modo di trovare soluzioni alternative.

I piani di approvvigionamento e investimento odierni sono orientati verso azioni più graduali e insufficienti relativamente ai cambiamenti climatici. Non sono pronti a supportare transizioni energetiche accelerate. Sebbene ci siano una serie di progetti in via di sviluppo, esistono molte vulnerabilità che possono aumentare la possibilità di rigidità del mercato e una maggiore volatilità dei prezzi[48]: l'alta concentrazione geografica della produzione, lunghi tempi di sviluppo dei progetti, il calo della

46 La via che si sta percorrendo, secondo le stime, porterà ad un raddoppiamento della richiesta di minerali per le tecnologie di produzione di energia pulita entro il 2040. Fonte dei dati: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions, in WORLD ENERGY OUTLOOK SPECIAL REPORT, marzo 2022, disponibile: https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf

47 La prospettiva di un rapido aumento della domanda di minerali critici – nella maggior parte dei casi ben al di sopra di quanto visto in precedenza – pone enormi interrogativi sulla disponibilità e affidabilità dell'approvvigionamento. In passato, le tensioni sull'equilibrio tra domanda e offerta per i diversi minerali hanno indotto ulteriori investimenti e misure per moderare o sostituire la domanda, ma queste risposte sono arrivate con ritardi temporali e sono state accompagnate da una notevole volatilità dei prezzi. Episodi simili in futuro potrebbero ritardare le transizioni verso l'energia pulita e aumentarne i costi. Data l'urgenza di ridurre le emissioni, questa è una possibilità che il mondo non può permettersi. Fonte dei dati: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions, in WORLD ENERGY OUTLOOK SPECIAL REPORT, marzo 2022, disponibile: https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf

48 Gli scienziati dell'US Geological Survey hanno pubblicato un elenco di minerali che pongono ai produttori un alto "rischio di approvvigionamento", il che significa che se diventassero indisponibili, intere industrie, incluso il settore tecnologico, si arresterebbero. US GEOLOGICAL SURVEY, *U.S.* Geological Survey Releases 2022 List of Critical Minerals, 22 febbraio 2022. Disponibile: https://www.usgs.gov/news/national-news-release/us-geological-survey-releases-2022-list-critical-minerals

qualità delle risorse, il controllo crescente delle performance ambientali e socio-lavorative, l'alta esposizione a rischi climatici[49].

Nuove e più diversificate fonti di approvvigionamento saranno vitali per aprire la strada ad un futuro di energia pulita. Il punto centrale della transizione verso tecnologie energetiche pulite risiede nella differenza fondamentale esistente tra l'approvvigionamento degli idrocarburi e l'approvvigionamento dei minerali.

Difatti la sicurezza petrolifera e quella mineraria hanno impatti diversi sulla sostenibilità: l'interruzione dell'approvvigionamento degli idrocarburi incide sulla sostenibilità socio-economica[50]; al contrario, una carenza o un aumento dei prezzi di un minerale incide solo sulla fornitura di nuove tecnologie energetiche (ad esempio l'installazione di nuovi pannelli solari) ma non sul loro funzionamento. Il cambio di paradigma è evidente: se in prima istanza la maggior domanda di minerali allarma sulla sostenibilità di un tale approvvigionamento, in seconda battuta ci si rende conto che i minerali utilizzati non servono per alimentare le nuove tecnologie energetiche, ma per la loro costruzione, differentemente dagli idrocarburi che invece occorrono per il funzionamento di tecnologie energetiche bisognose di un quantitativo minore di minerali per la loro costruzione. Non solo, la combustione del petrolio significa che una fornitura continua è essenziale per il funzionamento di tutte quelle attività che funzionano a petrolio, i minerali, al contrario, sono una componente delle tecnologie e sono potenzialmente recuperabili e riciclabili[51].

Tale cambiamento appoggia proprio sul nuovo paradigma del principio di sostenibilità intesa come intergenerazionale, gli individui del presente abbandonano l'uso di risorse esauribili e lasciano in eredità alle future generazioni delle tecnologie, che sono costose da un punto di vista finanziario e di risorse minerarie, ma con lungimiranza destinate a durare nel tempo e con possibilità di recupero e riciclo[52].

49 CRAWFORD, Kate, Né Intelligente Né Artificiale. Il Lato Oscuro dell'IA, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 39

50 In questo caso la carenza di petrolio incide sui prezzi di benzina e diesel che si innalzano vertiginosamente rendendo economicamente insostenibile il loro utilizzo per fini domestici o lavorativi, oltre alla messa in crisi del tessuto sociale che vede il proprio potere d'acquisto fortemente ridimensionato, in buona sostanza quanto si sta verificando in Europa a seguito del conflitto Russo-Ucraino. Fonte dei dati: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions, in WORLD ENERGY OUTLOOK SPECIAL REPORT, marzo 2022, disponibile: https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf

51 CRAWFORD, Kate, Né Intelligente Né Artificiale. Il Lato Oscuro dell'IA, Il Mulino, Bologna, 2021.

52 Nel suo libro, Crawford denota che: "[…] coloro che traggono profitto dall'estrazione mineraria vi riescono solo perché i costi devono essere sostenuti da altri, dai vivi e da coloro che non sono ancora nati. E' facile dare un prezzo a metalli preziosi, ma qual è il valore esatto di una natura selvaggia, di un fiume pulito, di aria respirabile, della salute delle comunità locali? Nessuno lo ha mai quantificato, per cui si è affermato un semplice calcolo: estrarre tutto quanto il più rapidamente possibile." CRAWFORD, Kate, Né Intelligente Né Artificiale. Il Lato Oscuro dell'IA, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 36

E' importante, quindi, che la politica intraprenda tutta una serie di azioni per incoraggiare nuovi progetti in questo senso in quanto ciò che potrebbe accadere è che le aziende non abbiano fiducia nelle politiche climatiche dei paesi, e pertanto adottino dei piani d'investimento molto più prudenti ritardando di molto la transizione.

E' compito del diritto, orientato dal principio di sostenibilità intergenerazionale, prevedere come questa transizione debba avvenire andando a contemperare i vari interessi in gioco. In tal senso si è mossa la Commissione Europea che ha adottato nel settembre 2020 un piano d'azione per le materie prime critiche, usate nella transizione ecologica, in particolare nel fotovoltaico e nell'eolico[53].

Le soluzioni prospettate dal documento per contenere un aumento improvviso della domanda e ridurre i rischi di approvvigionamento, con particolare attenzione a rischi di tipo geo-politico oltre agli impatti ambientali e sociali, dall'estrazione alla trasformazione delle risorse, prevedono un'applicazione rigorosa dei criteri dell'economia circolare[54].

Inoltre il piano d'azione europeo afferma che la transizione ecologica e digitale è necessaria, ma che si debba ragionare su nuovi materiali, utilizzando materie prime a più ampia disponibilità. Una forte attenzione nel documento è difatti data al riciclaggio, alla resilienza della catena di approvvigionamento e alla sostenibilità. Proprio il riciclaggio permette una minore pressione sulla fornitura primaria dei minerali[55].

E' nelle parole di Mirella Castigli che si trova una sintesi:

53 COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, Al Consiglio, Al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Resilienza delle materie prime critiche: tracciare un percorso verso una maggiore sicurezza e sostenibilità, 3 Settembre 2020, disponibile: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0474&qid=1601970876996&from=EN

54 CASTIGLI, Mirella, Terre Rare, Lo Sporco Segreto Della Transizione Energetica-Ecologica, in Agenda Digitale, 09 Febbraio 2022, Disponibile: https://www.agendadigitale.eu/smart-city/terre-rare-lo-sporco-segreto-della-transizione-energetica-ecologica/

55 Per i metalli sfusi, le pratiche di riciclaggio sono ben consolidate, ma questo non è ancora il caso di molti metalli di transizione energetica come il litio e gli elementi delle terre rare. I flussi di rifiuti emergenti dalle tecnologie di energia pulita (ad es. batterie, turbine eoliche) possono cambiare questo quadro. Si prevede che la quantità di batterie esaurite di veicoli elettrici che raggiungono la fine del loro primo ciclo aumenterà dopo il 2030, in un momento di continua e rapida crescita della domanda di minerali. Il riciclaggio non eliminerebbe la necessità di investimenti continui in nuove forniture per raggiungere gli obiettivi climatici, ma si stima che, entro il 2040, le quantità riciclate di rame, litio, nichel e cobalto dalle batterie esaurite potrebbero ridurre di circa il 10% il fabbisogno di fornitura primaria per questi minerali. Fonte dei dati: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions, in WORLD ENERGY OUTLOOK SPECIAL REPORT, marzo 2022, disponibile: https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf

Possiamo scommettere sul riuso e sul riciclo in maniera importante. Infatti, un'industria del riciclo e una robusta economia circolare potrebbero rendere più sostenibile le filiere, disinnescare le mine vaganti dell'industria delle terre rare e rendere più pacifica la transizione ecologica, raffreddando le tensioni geopolitiche fra le potenze globali. Nel frattempo bisogna investire nello sviluppo di nuove tecnologie di estrazione, più sofisticate e sostenibili, soprattutto senza impatto negativo sugli ecosistemi, mentre si studiano e sviluppano tecnologie innovative per affrancarci dal ricorso a materie prime inquinanti per l'ambiente e dannose per le comunità locali.[56]

E' al diritto che compete regolamentare gli impatti ambientali e sociali degli sviluppi minerari, comprese le emissioni associate all'estrazione e alla lavorazione, i rischi derivanti da una gestione inadeguata dei rifiuti e dell'acqua e gli impatti di una sicurezza inadeguata dei lavoratori, la creazione di economie solide e non volatili, le violazioni dei diritti umani (come il lavoro minorile) e la corruzione. Sono anche queste le sfide a cui il diritto deve far fronte ancorandosi sempre al principio di sostenibilità intergenerazionale[57].

Tuttavia, sono necessarie azioni più incisive, rispetto agli sforzi già fatti, per contrastare la pressione al rialzo sulle emissioni derivanti dalla produzione di minerali, ma i vantaggi climatici delle tecnologie energetiche pulite rimangono chiari[58].L'integrazione delle problematiche ambientali, assieme alle altre che attengono alla sostenibilità, nelle prime fasi della pianificazione del progetto può aiutare a garantire pratiche sostenibili durante tutto il ciclo di vita del progetto ed è compito del diritto informare e regolamentare questa materia in maniera sistematica, con una visione transnazionale e intergenerazionale.

4. Considerazioni finali.

Il discorso svolto fino a questo punto ha evidenziato come la tematica della sostenibilità, in una visione intergenerazionale, sia profondamente legata con

56 CASTIGLI, Mirella, Terre Rare, Lo Sporco Segreto Della Transizione Energetica-Ecologica, in Agenda Digitale, 09 Febbraio 2022, Disponibile: https://www.agendadigitale.eu/smart-city/terre-rare-lo-sporco-segreto-della-transizione-energetica-ecologica/

57 Crawford parla di "dimensione planetaria dell'estrazione tecnologica" e del fatto che " […] le sue conseguenze vanno ben oltre ciò che lo stato-nazione è progettato ad affrontare". CRAWFORD, Kate, Né Intelligente Né Artificiale. Il Lato Oscuro dell'IA, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 36

58 Le emissioni lungo la filiera mineraria non annullano i vantaggi climatici delle tecnologie per l'energia pulita. Le emissioni totali di gas serra del ciclo di vita dei veicoli elettrici sono in media circa la metà di quelle delle auto con motore a combustione interna, con il potenziale per un'ulteriore riduzione del 25% con elettricità a basse emissioni di carbonio. Sebbene i minerali della transizione energetica abbiano intensità di emissione relativamente elevate, una grande variazione nell'impronta delle emissioni dei giocatori suggerisce che ci sono modi per ridurre al minimo queste emissioni attraverso il cambio di carburante, elettricità a basse emissioni di carbonio e miglioramenti dell'efficienza.

l'argomento della transizione energetica. Tale transizione si avvale, inevitabilmente, di nuove tecnologie che vengono sviluppate in tempi molto rapidi, tempi che spesso si scollano da quelli del diritto, votato per sua natura a tempistiche lunghe che permettono una ponderazione degli interessi in maniera accurata.

Il tema delle future generazioni ha messo in evidenza, riportando in auge la teoria giusnaturalistica del diritto, come tale questione sia connaturata con le scelte politiche e con il diritto stesso. Il non vincolo alle scelte del passato deve guidare l'agire umano, mediante il diritto, affinché le future generazioni non vedano il loro diritto alla sopravvivenza sul pianeta leso da scelte dettate dalle generazioni passate, in un legame indissolubile con il passato. La sostenibilità si lega a questa tematica in quanto è necessario che la generazione presente, da un lato utilizzi le risorse che le sono necessarie per la propria sopravvivenza ma, dall'altro lato, preservi le risorse affinché anche le future generazioni siano messe nelle condizioni di fare altrettanto.

La sostenibilità tecnologica evidenzia, poi, come la tecnologia ed il suo sviluppo non possa apportare beneficio alla causa perorata se considerata slegata proprio dal principio di sostenibilità. Non è la tecnologia a rendere effettivo il principio di sostenibilità, ma è l'uso della tecnologia unito ad altri elementi non tecnologici, volti con lo sguardo ad un miglioramento delle condizioni della sostenibilità intesa in tutte le sue sfaccettature.

Il paradigma della sostenibilità intergenerazionale trova la sua manifestazione più evidente proprio sul tema della sostenibilità tecnologica energetica perché è grazie alla transizione energetica che sarà possibile dare attuazione, almeno in parte, a tale principio. L'utilizzo di un ingente quantitativo di materie prime minerarie, al fine di effettuare la transizione energetica tecnologica, non lede il diritto delle future generazioni all'approvvigionamento di queste. Al contrario, la presente generazione agisce proprio applicando il principio in esame, lasciando in eredità un sistema energetico che verrà utilizzato per lungo tempo anche dalle generazioni a venire.

Con l'abbandono graduale delle fonti energetiche idrocarburiche si permette l'approvvigionamento di queste in futuro, se sarà più necessario.

Il sovrasfruttamento minerario e l'approvvigionamento delle terre rare appare, solo *prima facie*, come tale, ma l'attenta analisi e le differenze sostanziali delle due tecnologie energetiche mostra che il processo di transizione ecologica sia quello che effettua la "messa a terra" proprio del paradigma di sostenibilità intergenerazionale, permettendo il soddisfacimento dei bisogni della attuale generazione mentre garantisce quelli della futura.

Tale paradigma, al pari di una bussola, deve orientare le scelte politiche e le applicazioni del diritto, al fine di ottemperare alla *ratio* da cui trae la sua forza:

permettere all'umanità la sopravvivenza sul pianeta Terra, senza comprometterne il perdurare delle risorse in futuro.

Bibliografia

ALMEIDA, Fernando. Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BIFULCO, Raffaele; D'ALOIA, Antonio, Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale, in BIFULCO, Raffaela, D'ALOIA, Antonio, Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Napoli, 2008, XXI.

BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. In: Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 11, n. 1, jan./jun. 2011. http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885/1262. Acesso em 20 set. 2021.

CARRINO, Agostino, Democrazia e governo del futuro. Saggi di etica e metapolitica, Roma, 2000.

CASTIGLI, Mirella, Terre Rare, Lo Sporco Segreto Della Transizione Energetica-Ecologica, in Agenda Digitale, 09 Febbraio 2022, Disponibile: https://www.agendadigitale.eu/smart-city/terre-rare-lo-sporco-segreto-della-transizione-energetica-ecologica/

COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, Al Consiglio, Al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Resilienza delle materie prime critiche: tracciare un percorso verso una maggiore sicurezza e sostenibilità, 3 Settembre 2020, disponibile: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0474&qid=1601970876996&from=EN

CRAWFORD, Kate, Né Intelligente Né Artificiale. Il Lato Oscuro dell'IA, Il Mulino, Bologna, 2021.

DREIER, Horst, Lo stato costituzionale moderno, Napoli, 2011.

ERODOTO, Storie, I, 29.

FODDAI, Maria Antonietta, Responsabilità e soggettività, in RODOTA', Stefano; TALLACCHINI, Maria Chiara (a cura di), Ambito e fonti del biodiritto, Milano, 2010.

GOSSERIES, Axel The egalitarian Case Against Brundtland's Sustainability, Gaia – Ecol. Perspect. for Science and Society, Vol. 14.

HÄBERLE, Peter, Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo, Milano, 2003.

HABERMAS, Jurgen, Morale, Diritto, Politica, Torino, 1992.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions, in WORLD ENERGY OUTLOOK SPECIAL REPORT, marzo 2022, disponibile: https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf

JEFFERSON, Thomas, Jefferson a John Wayles Eppes, 24 giugno 1813, in Thomas Jefferson: Writings, New York: Library of America, 1984.

JONAS, Hans Il principio di responsabilità. Un'etica per la società tecnologica, Torino, 2002.

KANT, Immanuel, Fondazione della metafisica dei costumi, ed. it., Roma-Bari, 2010.

MACINTYRE, Alasdair, After Virtue, Notre Dame, 1981.

ONU – CLIMATE CHANGE SECTION, Paris Agreement, disponibile: https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement.

ONU – Organização das Nações Unidas, Comissão mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento. Nosso futuro comum, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.
ONU. Cúpula de desenvolvimento sustentável. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, 2016. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030completoportugus12fev2019.pdf. Acesso em 20 set. 2021.
PIFFER, Carla; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. A ciência jurídica frente à sustentabilidade tecnológica e à inteligência artificial. In: SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana Covelo de; COELHO, Larissa A. Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável. Uminho: Braga, 2020.
PORENA, Daniele, Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale, Torino, 2017.
RADBRUCH, Gustav, Filosofia del diritto, ed. it. Milano 2021.
REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. In: SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana Covelo de; COELHO, Larissa A. Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável. Uminho: Braga, 2020.
RODOTA', Stefano, Il diritto di avere diritti, Bari, 2012.
ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Barbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. (Orgs.) Inteligência artificial e direito processual. Os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 65. Disponível em: https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/5b6cc3c3e70697ebedd13f29dde07ef6.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.
SANDEL, Michael, Justice. What's the right thing to do?, New York, 2009.
SCHWAB Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.
SOMIANI, Eugenio, Uguaglianza: teorie, politiche, problemi, Roma, 2002.
SPADARO, Antonio L'amore dei lontani: universalità ed intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione, in BIFULCO, Raffaele, D'ALOIA, Antonio, Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Napoli, 2008.
US GEOLOGICAL SURVEY, U.S. Geological Survey Releases 2022 List of Critical Minerals, 22 febbraio 2022. Disponibile: https://www.usgs.gov/news/national-news-release/us-geological-survey-releases-2022-list-critical-minerals
WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, "Our Common Future", 20 marzo del 1987.

REATI MINISTERIALI E FUNZIONE GIURISDIZIONALE ALLA PROVA DELLE RECENTI PRASSI: UNA IPOTESI PER LA "SPOLITICIZZAZIONE" DELLE PROCEDURE

Irene Elia

Abstract. Lungo i binari tracciati dagli interventi legislativi relativi all' art. 96 Cost., ci si ripropone di individuarne *rationes* e limiti, sì da pervenire ad un'ipotesi di riforma idonea a scongiurare le storture manifestatesi nella prassi. Per tale via, i casi "Diciotti" e "Gregoretti" da "problematici" precedenti giudiziari, divengono volano per una inaspettata rilettura del sistema.

Abstract. *Along the tracks marked by the legislative interventions related to art. 96 of the Constitution, we aim to detect its rationes and limits in order to bring a hypotesis of reform capable of averting the distorsions that have arisen in practice. In that way, the troublesome "Diciotti" and "Gregoretti" cases can become the driving forces of an unexpected reinterpretation of the system.*

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Il procedimento ex art. 96 Cost. ante riforma. — **3.** L' art. 96 Cost. post riforma: i nuovi aspetti procedurali. – **3.1** *Segue*: la persistente coloritura politica del procedimento. – **4.** La posizione del Senato relativamente al "caso Diciotti". – **5.** La "vicenda Gregoretti". – **6.** Le stringenti esigenze di riforma. – **6.1.** *Segue*: un'ipotesi di riforma "depoliticizzante". – **7.** Considerazioni finali.

1. Premessa.

La Costituzione italiana, com'è noto, cristallizza il procedimento volto a perseguire i reati commessi dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Ministri nell'esercizio delle loro funzioni nel suo art. 96, oggetto di un annoso *iter* che ne ha alterato presupposti e caratteristiche.

Quest'ultimo, pur incidendo su profili meramente procedurali, appare essere il riflesso di un complesso mutamento storico, culturale, sociale, nonché dello stesso modo di concepire il reato ministeriale, di tal che, ripercorrerne le tappe fondamentali offre l'occasione per mettere in luce *rationes* e *modus pensandi* che ne costituiscono le fondamenta portanti.

2. Il procedimento ex art. 96 Cost. ante riforma.

A norma della previgente formulazione dell'art. 96 Cost. ([1]), il meccanismo di vaglio sull'eventuale rilevanza penale di condotte realizzate dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Ministri nell'esercizio delle loro funzioni, prevedeva una previa messa in stato d'accusa dal Parlamento in seduta comune ([2]); adottato sulla base della relazione di una Commissione bicamerale detta, appunto, "inquirente" ([3]) , l'impulso parlamentare dava avvio alla verifica "giurisdizionale" affidata alla Corte Costituzionale nella composizione allargata di cui all'art. 135 Cost., comprendente, dunque, anche sedici membri estratti a sorte da un elenco all'uopo predisposto dal Parlamento ogni nove anni.

Tale procedimento, già insidioso per la cospicua presenza di elementi spiccatamente politici sia nella fase requirente sia in quella giudicante, era stato ulteriormente implementato dal Regolamento parlamentare del 1961, nonché dalla l. n. 20 del 1962, tanto da risultare ridisegnato il volto della commissione inquirente : dall'affidamento di un'attività meramente preparatoria per le successive determinazioni del Parlamento così come originariamente previsto dalla l. cost. n.1/1953, si passava all'attribuzione di veri e propri poteri decisori circa l'archiviazione o al non luogo a procedere.

Così, acuitosi il profilo potenzialmente politico dell'*iter* di cui all'art. 96 Cost., non mancò chi ne sostenne la sostanziale contrarietà alla Costituzione ([4])e chi ne criticò le possibili distorsioni cui questo avrebbe potuto in concreto prestarsi: la scelta di rimettere al Parlamento, o addirittura ad una commissione interna a quest'ultimo, la determinazione in ordine all'opportunità di perseguire o meno il reato ministeriale, congiuntamente alla composizione dell'organo esercente la potestà giurisdizionale in materia, rendevano infatti temibile e possibile una deriva dai tratti spiccatamente politici dell'intero meccanismo in questione. Come sovente accade, le criticità insite

1 Sulla cui originaria *ratio* e funzione vedi, tra gli altri, A. CIANCIO, *Il reato ministeriale. Percorsi di depoliticizzazione*, Milano, 2000, p. 47 ss.; significativo, altresì, A. CIANCIO, *Art. 96*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto –M. Olivetti, Torino, 2006.

2 Vedi al riguardo, *ex multis*, anche P. COSTANZO, *Brevi note sulla procedura parlamentare d'accusa*, in Rass. Parl., 1975, p. 448; C. ROSSANO, *Il procedimento di accusa e la fase innanzi al Parlamento in seduta comune*, in *Giust. Pen*., 1978, I, p. 336; e R. ROMBOLI, *Processo penale costituzionale e connessione di giudizi*, in *Foro it*., 1978, V, p. 334.

3 In particolare, l'art. 12 c.1 della l. cost. n. 1 del 1953 disponeva che "la messa in istato di accusa del Presidente della Repubblica, del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Ministri è deliberata dal Parlamento in seduta comune su relazione di una Commissione, costituita di dieci deputati e di dieci senatori, eletti da ciascuna delle due Camere, ogni volta che si rinnova, con deliberazione adottata a maggioranza, in conformità del proprio regolamento. In caso di parità prevale il voto del Presidente. Il Presidente è eletto dalla Commissione nel proprio seno".

4 Vedi, tra gli altri, C. Rossano, *Il procedimento di accusa e la fase innanzi al Parlamento in seduta congiunta*, in *La Giustizia penale*, 1978, 335. Sul punto anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ed., Padova, 1969, II, p. 1328, secondo il quale sarebbe stato "difficile riscontrare in uno stesso corpo di disposizioni una così ricca raccolta di incostituzionalità".

in un assetto normativo emergono con maggiore intensità allorquando se ne faccia un'applicazione pratica: non può ritenersi casuale, dunque, il fatto che una richiesta di abrogazione referendaria della disciplina di cui alla l. n. 20/1962 sia stata avanzata dal partito radicale il 30 giugno 1977 ([5]), ossia nel periodo in cui si svolgeva il "processo Lockheed", unico caso in cui si pervenne a un vero e proprio giudizio per reati ministeriali ([6]).

Al di là degli esiti processuali di tale vicenda, infatti, ciò che risultò di considerevole importanza, soprattutto al fine di fare chiarezza sulle ragioni recondite che diedero impulso alla modifica dell'art. 96 della Costituzione, fu il fatto che risultasse di immediata percezione che si trattasse di un sostanziale "processo politico": le ragioni per le quali si ritenne che tale fosse, per così dire, il volto della vicenda giudiziaria, sono da ricondurre non soltanto alla natura dell'organo preposto alla messa in stato d'accusa ma anche, e soprattutto, alla composizione di quello preordinato al relativo giudizio, ossia la Corte Costituzionale nella sua composizione allargata ([7]).

La preminenza in tale organo giudicante di membri di nomina parlamentare, faceva, infatti, deporre per il rischio - poi in concreto verificatosi- che questi ultimi si facessero portavoce della volontà del partito di appartenenza, in conseguente insanabile spregio di quell'imparzialità che, secondo il nostro assetto costituzionale, dovrebbe permeare le nervature di ogni organo esercente una funzione

5 A tal riguardo, si deve precisare che, seppure la Corte Costituzionale, con sentenza n. 16 del 1978, abbia dato a tale richiesta riscontro positivo, tuttavia non si pervenne alla consultazione referendaria in quanto fu varata la l. 10 maggio 1978 n. 170 che, abrogando i primi 16 articoli della l. n. 20/1962, ne impedì la sottoposizione a referendum ex art. 39 l. n. 352/1970. Tale articolo dispone, infatti, che "se prima della data dello svolgimento del referendum, la legge, o l'atto avente forza di legge, o le singole disposizioni di essi cui il referendum si riferisce, sono stati abrogati, l'Ufficio centrale per il referendum dichiara che le operazioni relative non hanno più corso"

6In particolare, il caso posto all'attenzione della Corte Costituzionale consisteva, com'è noto, in presunte tangenti che si riteneva fossero state erogate agli organi di vertice del Ministero della Difesa da parte dell'azienda statunitense Lockheed al fine di orientare verso i velivoli propri di quest'ultima la scelta dei Ministri in ordine al rinnovo degli aerei da trasporto militari: gli organi statali impegnati nelle trattative e successivamente nel contratto che ne scaturì furono, più specificamente, il Primo Ministro Mariano Rumor e i Ministri della difesa Luigi Gui e Mario Tanassi, rispettivamente in carica nei primi tre e negli ultimi due governi che si avvicendarono durante la negoziazione che portò alla stipula definitiva. Di tal che, conformemente al previgente impianto normativo, il Parlamento, facendo salvo Rumor, votò la messa in stato d'accusa solo degli ultimi due, i quali, dunque, finirono per essere oggetto del giudizio della Corte Costituzionale, con conseguente assoluzione del primo e condanna del secondo, con sentenza del 1 marzo 1979.

7 L'art. 135 della Costituzione statuisce, infatti, nel suo primo comma, che la Corte è costituita da 15 giudici togati, dei quali un terzo nominati dal Presidente della Repubblica, un altro terzo dal Parlamento in seduta comune e la cui restante parte è nominata dalle supreme magistrature ordinaria e amministrativa; al 7 comma di cui alla precedente formulazione, era altresì previsto, come poc'anzi messo in luce, che nei procedimenti contro i Ministri intervenissero 16 giudici tratti a sorte da un elenco predisposto a tal fine ogni nove anni, mediante elezione, dal Parlamento.

giurisdizionale. Se parve chiara all'opinione pubblica e alla stampa del tempo la deriva potenzialmente politica dell'organo predetto, non poté che risultare tale anche il processo nella sua interezza, soprattutto alla luce degli esiti dello stesso: la pronuncia di condanna colpì solo l'onorevole Tanassi, appartenente al partito minoritario, a fronte dell'assoluzione dell'on. Gui, il quale, afferendo al filone democristiano, poteva, in quanto tale, contare su appoggi politici senz'altro più saldi. Tutto ciò non poté che deporre per una probabile strumentalizzazione in senso politico del procedimento ex art. 96 Cost.

3. L' art. 96 Cost. post riforma: i nuovi aspetti procedurali.

Nell'intento di rimediare alle storture manifestatesi, nonché alla dubbia compatibilità costituzionale della l. n. 20 del 1962, fu introdotta la legge n. 170/1978([8]), anch'essa, però, rivelatasi inidonea a cogliere nel segno, avendo lasciato impregiudicate talune disposizioni - come quella che riconosceva alla commissione inquirente il potere di archiviazione per manifesta infondatezza – ostinatamente ancorate a quell'impostazione foriera di non poche perplessità.

Di qui una persistente esigenza di riforma che si tradusse nel referendum abrogativo del 1987, dai connotati non nitidi : se da un canto questo, infatti, in caso di esito positivo, avrebbe condotto all'eliminazione dei poteri istruttori della commissione inquirente ([9]), d'altra parte si sarebbe inserito in un quadro caratterizzato dalla totale assenza di una disciplina volta a subentrare in caso di eventuale caducazione della previgente.

Al di là delle criticità che si manifestarono in quella sede, la considerazione che può senza dubbio trarsi dall'esigenza di superare l'impianto normativo allora in vigore consiste nell'evidente inadeguatezza dello stesso rispetto alle istanze di tutela che andavano manifestandosi: in particolare, la consultazione fu senz'altro animata dalla *"esigenza, ormai consolidata nella coscienza popolare, che ai reati ministeriali non dovesse essere più riservato un foro speciale di natura politica, né, tanto meno, procedure particolari rispetto all'ordinamento processuale ordinario"* ([10]). Indiscutibili erano state, infatti, le storture emerse, in quanto, seppur originariamente concepito per osteggiare comportamenti *contra ius* dei Ministri, il *corpus* in questione era stato, in realtà, spesso piegato e utilizzato per insabbiare i medesimi.

A seguito della summenzionata consultazione referendaria e al fine di porre rimedio al vuoto normativo dalla stessa creato, fu varata la legge transitoria n. 163

8 A titolo esemplificativo si può richiamare, in quest'ottica, l'art. 4 della suddetta legge del 1978 che, volendo ridurre la discrezionalità della Commissione Inquirente, ne aveva disposto l'equiparazione con le Commissioni di inchiesta statuendo che "per l'effettuazione delle indagini la Commissione procede con gli stessi poteri e le stesse limitazioni previsti dall'articolo 82 della Costituzione per le commissioni di inchiesta".

9 In particolare, l'esito positivo di tale referendum ha comportato l'abrogazione degli articoli 1 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 della legge 10 maggio 1978, n.170.

10 E. Furno, *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, Padova, 1997, 121.

del 1988 – la cui efficacia si sarebbe protratta *"fino all'entrata in vigore di una nuova disciplina costituzionale dei procedimenti per i reati di cui agli artt. 90 e 96 della Costituzione, e comunque non oltre il 31 dicembre 1988"* - alla quale seguì la l. cost. 16 gennaio 1989 n. 1, genitrice dell'attuale formulazione dell'art. 96 della Costituzione ([11]).

In particolare, può essere opportuno rammentare che quest'ultima disposizione ha previsto che la *notitia criminis* relativa al reato di cui trattasi sia inviata al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del Distretto di Corte d'Appello competente per territorio, e che questo entro quindici giorni, omessa ogni indagine, si occupi di darne immediata comunicazione agli interessati affinché possano chiedere di essere ascoltati e presentare memorie a un Collegio costituito *ad hoc* per l'espletamento di tutto l'*iter*, al quale il Procuratore trasmetterà atti e proprie richieste ([12]).

È utile sottolineare, inoltre, che mentre l'art. 7 della suddetta legge costituzionale disciplina la composizione di tale Collegio, il seguente art. 8 ne traccia l'*iter* procedurale sancendo che, qualora non dovesse ritenersi opportuno disporre l'archiviazione, vengano trasmessi gli atti con relazione motivata al Procuratore della Repubblica per la loro immediata rimessione al Presidente della Camera competente ai sensi dell'art. 5 della medesima legge costituzionale ([13]); a quest'ultimo spetterà, altresì, l'invio degli atti in questione alla Giunta per le autorizzazioni a procedere, che riferirà all'Assemblea della Camera competente con relazione scritta, dopo aver sentito i soggetti interessati ove lo ritenga opportuno o se questi lo richiedano. Tale organo potrà, a maggioranza assoluta dei suoi componenti ([14]), negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo, rimettendo viceversa gli atti al Collegio di cui all'art. 7 qualora conceda la predetta autorizzazione ([15]).

---

11 Tale disposizione prevede ormai che*"il Presidente del Consiglio dei Ministri ed i Ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale"*.

12 Art. 6 l. cost. n.1/1989.

13 Vedi al riguardo anche L. A. MAZZAROLLI, *Commento all'art. 5 della legge cost. 16 gennaio 1989, n. 1*, in *La legisl. pen., 1989*, p. 490s

14 A questo riguardo, nonché relativamente al rapporto con la maggioranza richiesta per la previgente messa in stato d'accusa, vedi anche G. DI RAIMO, *La legge costituzionale di riforma dell'accusa parlamentare e le normative necessarie per la sua attuazione*, in *Giur. Cost*. 1988, II, p. 598; L.A. MAZZAROLLI, *Commento all'art. 9 della legge cost. 16 gennaio 1989*, n. 1, in *La legisl. pen*., 1989, p. 506; e A. D'ANDREA, *Dalla Commissione parlamentare per i giudizi di accusa alla nuova disciplina in tema di reati ministeriali*, in *Quad. cost*., 1990, p. 154 ss.

15 Sui profili più spiccatamente processualpenalistici cfr.,*ex multis*, R. DICKMANN, *Autorizzazioni a procedere per reati del Presidente del Consiglio e dei Ministri*, in Rass. Parl., 2011, n.2, p. 487 ss.

3.1 *Segue*: **la persistente coloritura politica del procedimento.**

Come già brevemente anticipato, la procedura introdotta nel 1989 vede, quale protagonista indiscusso del procedimento di cui trattasi, il Collegio di cui all'art.7 della medesima legge, ossia il "Tribunale dei Ministri" ([16]), la cui composizione si può senz'altro ritenere volta a garantire la maggiore esperienza, professionalità ed efficacia possibile nell'operato dei soggetti giudicanti; le relative attribuzioni, tuttavia, destano considerevoli perplessità in ordine al paventato fine di equiparazione della procedura volta a perseguire i reati commessi dai Ministri nell'esercizio delle loro funzioni con quella relativa ai reati commessi da qualsivoglia cittadino. Infatti, seppur fosse questa una delle finalità che la legge costituzionale del 1989 avesse *in pectore* di realizzare, tuttavia risulta distonica rispetto a tale proposito la prevista assenza di poteri istruttori in capo al Pubblico Ministero, essendo stati questi totalmente devoluti al Tribunale dei Ministri, il quale li vede coesistere con poteri di controllo e garanzia ([17]).

Altro aspetto controverso e foriero di perplessità è rappresentato dalla circostanza che la Procura debba dare immediata comunicazione del procedimento agli interessati, con ciò prendendo le distanze dall'*iter* ordinario che viceversa prevede, salvo casi precipuamente previsti, di mantenere segreta la *notitia criminis* almeno fino all'invio dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, con l'ovvia e ormai indiscussa finalità di evitare che il soggetto sottoposto ad indagine possa essere messo nelle condizioni di inquinare le prove.

Altro ruolo centrale, ma dai tratti non sempre nitidi, è affidato al Parlamento, o, più precisamente, alla Camera cui è devoluta la scelta in ordine alla concessione o al diniego dell'autorizzazione a procedere, così come statuito dal comma 5 della legge costituzionale n.1 del 1989 ([18]). Seppur, infatti, la disciplina previgente sia stata

16 L. Carlassare, *Il Consiglio dei ministri. Art. 96*, in *Commentario della Costituzione*, G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), Bologna-Roma, 1994, 485, evidenzia la presenza, nell'iter di cui trattasi, di due filtri, dei quali "il primo, giuridico, affidato al collegio" e volto "ad evitare accuse infondate" e ,"il secondo, politico, affidato al Parlamento". Vedi al riguardo anche A. TOSCHI, *Commento all'art. 7 della l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1*, in *La legisl. pen.*, 1989, p. 494 ss.

17 In particolare, cfr. art. 1 comma I e II della l. 219/1989. Non è mancato chi abbia rinvenuto in tale impostazione un assetto del tutto discordante rispetto all'impostazione accusatoria propria del nuovo codice di rito: in tal senso, tra gli altri, L. Carlassare, *Il Consiglio dei ministri, cit.*, 450; R. Orlandi, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, Torino, 1994, 161; E. Furno, *La Cassazione e i reati ministeriali nel testo novellato dall'art. 96 della Costituzione: un'occasione mancata*, in *Giur.it.*, 1995, 382 e ss.. Il Tribunale dei Ministri vede, infatti, coesistere nella propria competenza le funzioni che il codice di procedura penale ascrive rispettivamente a p.m. e g.i.p.

18 Camera di appartenenza dell'indagato o Senato della Repubblica se le persone appartengono a Camere diverse o se si deve procedere esclusivamente nei confronti di soggetti che non sono membri delle Camere. A. Ciancio, *Il reato ministeriale. Percorsi di depoliticizzazione*, Milano, 2000, 232, argomenta che "la rottura al principio del bicameralismo perfetto (…) potrebbe spiegarsi con l'esigenza di uniformità nelle decisioni sulla procedibilità per un medesimo fatto". L'A. richiama, a tal riguardo, tra le altre, l'opinione conforme di F. Posteraro, *Considerazioni critiche sulla riforma cost. dei procedimenti per reati presidenziali e ministeriali*, in *Boll. Inf. Cost. parl.*, 1988, n.2, 103.

caducata al fine di fugare derive e distorsioni politiche, tuttavia non si può negare che una certa coloritura di tal genere caratterizzi ancora le nervature dell'attuale disciplina: il legislatore del 1989, infatti, al fine di tutelare la funzione di Governo, ha posto a baluardo di quest'ultima la delibera in ordine alla procedibilità da parte di una delle Camere, da adottarsi a maggioranza assoluta e caratterizzata dall'insindacabilità, il che non può che destare qualche perplessità in uno Stato caratterizzato da una forma di governo parlamentare come il nostro.

Sul punto, le vicende relative alle navi Diciotti e Gregoretti possono considerarsi senz'altro emblematiche degli approdi per certi versi encomiabili, per altri critici, della nuova disciplina di cui all'art.96 della Costituzione e, pertanto, non può che risultare proficuo, ai nostri fini, non solo esporne i tratti essenziali e le conseguenze giuridiche che ne sono derivate, ma anche procedere a una comparazione delle predette.

4. La posizione del Senato relativamente al "caso Diciotti".

Può risultare illuminante, al fine di pervenire a una lettura critica e completa delle vicende di cui trattasi, nonché del carattere potenzialmente tendenzioso della presente disciplina, richiamare le considerazioni svolte dalla Camera competente all'eventuale diniego dell'autorizzazione a procedere nel caso "Diciotti" ([19]): a tal riguardo, nel partorire il proprio convincimento, l'Assemblea ha guardato in modo determinante agli esiti argomentativi cui è pervenuta la Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari, aderendovi con ben 237 voti.

Al fine di cogliere lo spirito che possa aver animato tale determinazione , può essere proficuo mettere in luce le considerazioni cui quest'ultima si è poi associata, formalmente consacrate nella suddetta proposta della Giunta, comparandole anche con quanto rilevato nelle proposte di minoranza: solo per questa via, ciascuno potrà intuire se gli approdi del Senato siano stati animati dalla bontà delle argomentazioni del Presidente della Giunta o se, viceversa, la procedura prevista dall'art. 96 della Costituzione si possa esser prestata a distorsioni di partito. Il Relatore di maggioranza, nel prospettare la propria proposta all'Assemblea, ha posto, quale riflessione imprescindibile, quella inerente alla sussistenza della "ministerialità" del reato: tale circostanza si porrebbe come "precondizione" all'attivazione dell'intero *iter* di cui all'art. 96 della Costituzione ([20]).

Seppur tale premessa sia assolutamente ineccepibile nel contenuto, non è indiscutibile che lo sia stata anche nelle conseguenze, dal momento che, secondo il Relatore, ciò avrebbe comportato un vaglio circa l'eventuale lesione irreversibile di

19 A tal riguardo, risultano illuminanti i contributi di A. CIANCIO, *L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali: alcune puntualizzazioni a seguito del caso della nave "Diciotti"*, in *federalismi.it* 4 settembre 2019; nonché, di R. BIN, *Ancora sul caso Diciotti: ma qualcuno ha letto ciò che ha scritto il Tribunale dei ministri?*, in *laCostituzione.info*, 13 febbraio 2019. Vedi anche, al riguardo, A. MORELLI, *Principio di legalità vs "preminente interesse pubblico"? Il caso Diciotti e le sue conseguenze*, in *Quad. cost*., 2018.

20 Vedi pagine 4 e ss. Doc IV-bis, n. 1-A del Senato.

diritti fondamentali, che, a parere dello stesso, escluderebbe la stessa "ministerialità" del reato. Partendo da tale presupposto, il suddetto Relatore di maggioranza ha ritenuto che nel caso di specie tale lesione non si sarebbe verificata ([21]) non solo in quanto la nave "Diciotti" si sarebbe potuta considerare luogo sicuro (POS) siccome idonea a fornire l'assistenza necessaria a ciascun migrante, ma anche in quanto nel caso di specie non sarebbe venuto in rilievo il diritto alla libertà personale, ma quello alla libera circolazione ([22]), il quale non sarebbe "incomprimibile", potendo, secondo quanto affermato nella richiamata relazione, subire limitazioni "a fronte del diritto-dovere dello Stato di identificare gli stranieri e disciplinarne e limitarne gli accessi" ([23]).

D'altro canto, nelle relazioni di minoranza, si precisa che non vi sarebbe in realtà alcuna norma né alcun indiscusso orientamento consolidato, secondo i quali la "ministerialità" di un reato verrebbe meno in caso di lesione di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, in quanto affermare ciò implicherebbe piuttosto negare implicitamente l'esistenza di tale categoria di reati, consistendo l'essenza stessa di un illecito penale nella sua lesività di un bene giuridico garantito dalla nostra Carta Costituzionale ([24]): nella nostra legislazione penale, l'incriminazione di qualsivoglia condotta dipenderebbe proprio dalla sua idoneità a ledere un bene giuridico di rango costituzionale[25].

Stando a tali due proposte di minoranza, inoltre, sarebbe errato ritenere che la condotta del Ministro dell'Interno non realizzerebbe alcuna lesione di diritti fondamentali essendo pregiudizievole della sola libertà di circolazione, in quanto anche quest'ultima sarebbe, viceversa, da considerarsi rientrante nel novero dei diritti inviolabili: l'art. 16 della Costituzione, prevede, come è noto, la possibilità di limitare la libertà di circolazione con legge e per le circostanze tassativamente ivi indicate e non sussistenti nel caso di specie ([26]).

A tal riguardo, inoltre, si fa riferimento all'argomento secondo cui, seppur l'art. 5 CEDU consente, dal canto suo, limitazioni al diritto di circolazione, tuttavia esso circoscrive ciò al caso in cui si sia in presenza di un atto giuridico congruamente motivato, il quale risulterebbe del tutto assente nel caso di specie, dal momento che il Ministro dell'Interno non sembrerebbe averne mai adottato alcuno ([27]).

21 Vedi pagine 13 e ss. Doc IV-bis, n. 1-A del Senato.
22 Doc IV-bis, n. 1-A del Senato, pag 13.
23 Doc IV-bis, n. 1-A del Senato, pag 14.
24 Doc IV-bis n. 1-A /bis, pag 11. Doc IV-bis n. 1-A/ter, pag. 11.
25 Sulla teoria della idea della protezione dei beni giuridici come scopo del diritto penale vedi, tra gli altri, F. STELLA, La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo, in Riv. It. dir. proc. pen., 1973, 1 ss; F. BRICOLA, voce Teoria generale del reato, in Noviss. Dig. it., Torino, XIX, 1973.
26 Lo stesso Ministro dell'Interno ha invece motivato a più riprese il proprio operato riconducendolo a "ragioni politiche", con ciò senz'altro ponendosi al di fuori di quanto sancito dall'art. 16 Cost.
27 Vedi Doc IV-bis, n. 1-A/ter, Senato, pag. 12

Nessuno dei relatori di minoranza ha poi aderito alla considerazione secondo la quale la mancata lesione di un diritto fondamentale sarebbe stata ascrivibile alla identificazione della nave "Diciotti" quale luogo sicuro avente le caratteristiche di "POS": tale dissenso sarebbe da ricondursi, in particolare, al fatto che le caratteristiche poste dalla normativa internazionale, affinché un luogo possa realmente definirsi *"place of safety"* (POS, appunto), non potrebbero asseritamente riscontrarsi nella nave di cui trattasi.

Volendo proseguire nella comparazione tra le proposte suddette, è bene guardare al diverso punto di vista dei relatori in ordine all'eventuale sussistenza di un "preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo": in particolare, secondo il relatore di maggioranza, la sussistenza di tale esimente si sarebbe dovuta evincere "dall'esistenza di una controversia internazionale con Malta, dalla necessità di gestire i flussi migratori, dalla "valenza governativa" del caso e dalla summenzionata "non configurabilità dei reati ministeriali in relazione a fattispecie criminose che ledono in modo irreversibile i diritti fondamentali". Partendo dalla prima di tali argomentazioni, risulta utile rammentare quanto messo in luce, in particolare, dal Tribunale dei Ministri di Catania, stando al quale *"la Convenzione di Amburgo attribuisce comunque allo Stato di primo contatto l'obbligo di soccorrere le persone in pericolo in mare e di coordinare le operazioni di salvataggio, anche quando l'autorità nazionale competente per la zona SAR (Malta) dia risposta negativa alla possibilità di intervenire in tempi utili, ovvero in assenza di ogni riscontro da parte di quest'ultima"*.

Alla luce di quanto in estrema sintesi appena richiamato, i relatori di minoranza hanno ritenuto che la controversia non potrebbe ritenersi sussistente non solo in quanto l'Italia è stata effettivamente il Paese "*di primo contatto*" e, dunque, legittimamente avrebbe condotto le attività che, in quanto tali, erano rimesse alla sua iniziativa, ma anche perché un eventuale contenzioso con Malta avrebbe dovuto seguire l'*iter* che norme e consuetudini prevedono e che invece, nel caso di specie, non è stato attivato ([28]). Guardando alla seconda delle circostanze che avrebbe dovuto indurre l'Assemblea a negare l'autorizzazione a procedere, ossia la "necessità di gestire i flussi migratori", è utile ricordare il punto di vista dei relatori di minoranza, secondo i quali, seppur sia condivisibile l'auspicio in ordine al superamento del Regolamento di Dublino ([29]), esecrabile risulterebbe essere, viceversa, la modalità mediante la quale il Ministro dell'Interno ha tentato di pervenire a tale risultato.

28 Vedi Doc. IV-bis, n. 1-A/bis, Senato, che a pag. 7 fa espresso riferimento al fatto che l'eventuale esistenza di una controversia internazionale avrebbe implicato l'attivazione dei rimedi che le sono propri, come l'arbitrato e il ricorso alla Corte Internazionale di Giustizia, il che, nel caso di specie, non si è verificato.

29 Il Relatore ricorda che il Regolamento di Dublino prevede il fatto che "il Paese di primo approdo deve farsi carico dell'esame delle richieste di asilo e protezione internazionale", Doc. IV-bis, n.1-A, Senato, pag. 8. L' intento di superare tale disciplina ha sicuramente animato la condotta del Ministro dell'Interno.

In particolare, la circostanza che il trattenimento a bordo dei migranti fosse asseritamente volto a scuotere le Istituzioni Europee o comunque gli altri Stati si sarebbe dovuto trarre non solo da alcune dichiarazioni rilasciate dallo stesso Ministro all'opinione pubblica, ma anche dalla successione degli eventi: l'autorizzazione allo sbarco venne data, infatti, solo la sera del 25 Agosto, ossia successivamente alla manifestazione della disponibilità ad accogliere i migranti da parte dell'Albania, dell'Irlanda e della CEI. Una condotta di tal genere avrebbe potuto, secondo i relatori di minoranza, essere idonea addirittura a integrare gli estremi del sequestro a scopo di coazione di cui all'art. 289-*ter* del codice penale ([30]).

Al fine di pervenire ad una esaustiva valutazione di quanto fin ora riportato nonché per completezza dell'*excursus* in questa sede proposto, può essere utile porre al vaglio anche l'ultima delle circostanze da cui, secondo il Relatore di maggioranza, l'Assemblea avrebbe dovuto desumere l'esistenza dell'esimente di cui all'art. 96 Cost.: ossia il fatto che le scelte operate dal Ministro avessero una "valenza governativa".

Tale ultima circostanza, secondo il relatore, sarebbe stata desumibile soprattutto "dall'informativa all'Assemblea del Senato del Presidente Conte, nella seduta d'Aula del 12 settembre 2018": in particolare, a sostegno di questa tesi, il relatore ha inteso esprimere l'avviso che non sarebbe necessaria a tal fine una delibera formale del Consiglio dei Ministri, in quanto l'indirizzo politico del Governo ben potrebbe manifestarsi mediante comportamenti concludenti. A tal riguardo, tuttavia, i relatori di minoranza non mancano di prospettare come fallace la tesi appena enunciata, ritenendo viceversa che l'art. 95 della Costituzione, ai fini della configurabilità di una responsabilità collegiale dei Ministri e del Governo, richieda quanto meno il verbale di una riunione del Consiglio dei Ministri, o l'adozione di atti interministeriali o di risoluzioni, non essendo idonea, viceversa, una mera informativa del Governo successiva al compimento dei fatti stessi. Uno dei predetti relatori di minoranza, inoltre, non ha mancato di precisare come la condotta del Ministro dell'Interno non fosse riconducibile alla nozione di "atto politico", in ciò richiamando quanto già affermato nella richiesta di autorizzazione a procedere dal Tribunale dei Ministri di Catania ([31]) che si era, in tale maniera, del tutto discostato dalla posizione del

30 L'art. 289-ter del codice penale sancisce che: "chiunque, (...) sequestra una persona o la tiene in suo potere minacciando (...) di continuare a tenerla sequestrata al fine di costringere un terzo, sia questi uno Stato, una organizzazione internazionale tra più governi, una persona fisica o giuridica o una collettività di persone fisiche, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene, subordinando la liberazione della persona sequestrata a tale azione od omissione, è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni".

31 Ricordiamo, a tal riguardo, che il Tribunale dei Ministri ha abbracciato l'ormai consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale che vede "l'atto politico" come "espressione della fondamentale funzione di direzione ed indirizzo politico del Paese" (v. Consiglio di Stato, sez. V , 6 ottobre 2009, n. 6094) , "connotato da due elementi, uno soggettivo (dovendo provenire da organo preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica) e l'altro oggettivo (dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro

Procuratore della Repubblica, il quale aveva preferito formulare una richiesta di archiviazione fondata proprio sulla ritenuta identificazione delle scelte compiute dal Ministro dell'Interno con tale categoria di atti.

Secondo uno dei relatori di minoranza, inoltre, avrebbe deposto per la concessione dell'autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro dell'Interno l'art. 17 della legge n.124 del 2007 - concernente l'attività dei Servizi di informazione per la sicurezza della Repubblica - stando al quale, se da un canto il Presidente del Consiglio dei Ministri o un'autorità delegata possono autorizzare i componenti dei servizi segreti a realizzare condotte previste dalla legge come reato purché "indispensabili alle finalità istituzionali di tali servizi", dall'altro ciò è senz'altro escluso "se la condotta prevista dalla legge come reato configura delitti diretti a mettere in pericolo o a ledere la vita, l'integrità fisica, la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale, la salute o l'incolumità di una o più persone". Il principio che il relatore di minoranza intenderebbe trarre da tale statuizione è che per nessun fine, neanche in vista della sicurezza nazionale, dovrebbe ritenersi possibile derogare ai diritti fondamentali della persona umana. Ulteriore sottolineatura vertente sull'art. 17 della summenzionata legge del 2007 è stata compiuta in dottrina, la quale non ha mancato di precisare che "non sarebbe pensabile che la «preminenza» dell'interesse dello Stato o dell'interesse pubblico valga anche quando siano compromessi interessi di «valore costituzionale» superiore, come la vita o l'incolumità delle persone" ([32]). È stato, inoltre, evidenziato che, se da un canto "in un sistema costituzionale e democratico un limite all'agire politico ci deve essere", e se "questo limite, che fissa i termini entro cui neppure la più alta ragion di Stato può condurre a legittimare un fatto lesivo dei diritti fondamentali, può essere davvero nella libera e assoluta disponibilità del potere politico", dall'altro "il sistema costituzionale e vigente" pone "dei vincoli alla sua fissazione" ([33]).

In definitiva, la dottrina più recente sembra configurare, in ogni caso, limiti invalicabili all'azione ministeriale, consistenti nei diritti fondamentali della persona umana.

5. La "vicenda Gregoretti".

organica struttura e nella loro coordinata applicazione" (v. T.A.R. Lazio, Roma, III Sez., 16 novembre 2007, n. 11271; Consiglio di Stato, IV Sez., 12 marzo 2001, n. 1397). A seguito dell'entrata in vigore della nostra Carta Fondamentale, si è imposta una lettura costituzionalmente orientata dell'atto politico, per la quale quest'ultimo, oltre ad avere le caratteristiche anzidette, deve altresì essere inidoneo a ledere i diritti fondamentali degli individui, prevalendo viceversa l'esigenza di tutelare queste ultime sul principio di separazione dei poteri.

32 Così, V. Onida, *I criteri per valutare la condotta del Ministro*, in Corriere della sera rivista telematica, sez. opinioni, 8 febbraio 2019.

33 Masera L., *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, Rivista on-line Questione Giustizia, nella Rubrica Diritti senza confini, 29 gennaio 2019.

La circostanza che maggiormente avvalora la tesi secondo la quale la "depoliticizzazione" ([34]) che si sarebbe dovuta ottenere in virtù dell'introduzione della disciplina di cui alla l. cost. n.1 del 1989 si sia tradotta in una mera utopia, in concreto mai attuata, è quella che attiene agli approdi cui si è pervenuti relativamente alla "vicenda Gregoretti": seppur il fatto storico ([35]) fosse sostanzialmente identico a quello verificatosi relativamente alla "nave Diciotti" ([36]), antitetico è stato, infatti, l'orientamento assunto dal Senato rispetto al caso precedente.

A tal proposito, peraltro, preme evidenziare come tale differente determinazione non possa affondare congruamente le proprie radici nelle circostanze che il Tribunale dei Ministri di Catania ha individuato come discretive dei due episodi: seppur, infatti, il predetto Collegio abbia chiarito che la "nave Diciotti" sia un natante appositamente scelto e attrezzato per le specifiche operazioni di soccorso in mare, differentemente dalla "Gregoretti" che, invece, è destinata all'attività di vigilanza e pesca non risultando attrezzata per eventi di questo tipo, giova ricordare che in ogni caso la permanenza forzosa nella nave Diciotti, così come già precedentemente asserito, sarebbe da considerarsi *contra ius*, in quanto quest'ultima non sarebbe identificabile quale "POS" ([37]).

Allo stesso modo, di certo, non può reputarsi dirimente il secondo elemento di differenziazione che il Tribunale dei Ministri ritiene essere sussistente, ossia quello consistente nel fatto che sulla "Gregoretti" le condizioni cliniche generali dei migranti fossero "scadenti": anche nel caso della "nave Diciotti", infatti, si può ritenere che queste ultime fossero discutibili, tanto da aver indotto, in particolare, il comandante della predetta nave ad attivare la procedura sanitaria "MEDEVAC", così da rendere possibile lo sbarco di alcuni migranti che necessitavano di accertamenti

34 Vedi, a questo riguardo, A. CIANCIO, *Il reato ministeriale. Percorsi di depoliticizzazione*, Milano, 2000, spec. p. 136 ss.

35 In particolare, nella vicenda in esame, il Tribunale dei Ministri ha ritenuto "che la condotta posta in essere dall'allora Ministro dell'Interno nell'arco temporale compreso tra il 27 e il 31 luglio 2019, con riguardo alla permanenza a bordo della nave della Guardia Costiera "B. Gregoretti" di n. 131 migranti, tra cui alcuni minori non accompagnati, siano ravvisabili gli estremi del reato previsto e punito dall'art. 605 comma I e II, n.2, e comma III c.p".

36 In quella sede, il Tribunale dei Ministri aveva ritenuto che il trattenimento a bordo della nave "Diciotti" di n. 177 migranti, nel periodo compreso tra il 20 e il 25 Agosto 2018, integrasse gli estremi del reato di cui all'art. 605 c. I, II n. 2 e III c.p: e, dunque, anche in quel caso si era dato avvio all'iter per il rilascio dell'autorizzazione a procedere.

37 A tal riguardo, la Risoluzione MSC 167-78, nonché gli emendamenti SAR e SOLAS prevedono che il governo responsabile della regione SAR in cui sono stati recuperati i sopravvissuti sia responsabile altresì di fornire agli stessi un "luogo sicuro" (POS), identificando quest'ultimo come una località in cui le operazioni di soccorso si considerino concluse e dove: a)la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non sia più minacciata; b) le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possano essere soddisfatte; c) possa essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale.

clinici ed esami di laboratorio nonostante il diniego dell'indicazione del POS da parte del Ministro dell'Interno.

Tali considerazioni risultano tanto più pregnanti se si considera che in occasione della relazione della relatrice Stefani all'Assemblea - redatta su incarico conferitole dalla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari durante la seduta n. 50 del 20 gennaio 2020 - prodromica alla pronuncia di quest'ultima in ordine alla concessione o al diniego dell'autorizzazione a procedere per la vicenda "Gregoretti", da più fronti sia stata ribadita la sostanziale identità dai fatti occorsi in quest'ultimo caso rispetto alla vicenda "Diciotti".

Non si comprende, dunque, per quale ragione il Senato abbia radicalmente cambiato il proprio orientamento, rendendo dunque, sul punto, doverosa una riflessione in merito alla stessa opportunità di mantenere una procedura siffatta in un ordinamento che, come il nostro, è imperniato su Governi di coalizione che, per lo più, neanche resistono alle vicende che, nel tempo, ne mettono alla prova la solidità. Al di là del giudizio di valore in ordine alla concessione o al diniego dell'autorizzazione a procedere in riferimento a ciascuna delle due circostanze, infatti, ciò che avrebbe senz'altro dimostrato una reale tenuta del sistema vigente sarebbe stata la continuità della linea decisionale dell'Assemblea, la quale si è viceversa mostrata assolutamente incline ad assecondare le "simpatie" o viceversa i "dissapori" che nel tempo vanno cristallizzandosi nell'animo dei singoli componenti.

6. Le stringenti esigenze di riforma.

Alla luce di quanto fin ora esposto in relazione alla vicenda "Diciotti", ci si chiede: si può davvero ritenere che le argomentazioni prospettate dal relatore di maggioranza siano state giuridicamente più consistenti rispetto a quelle dei relatori di minoranza? E se sì, si può sostenere in modo indiscusso che l'Assemblea abbia aderito alla proposta di maggioranza esclusivamente in ragione della dignità logica e giuridica delle prospettazioni ivi contenute o può scorgersi il dubbio - soprattutto alla luce del differente approdo cui si è pervenuti relativamente alla "nave Gregoretti"- che altre siano state le ragioni che hanno condotto a tale esito ?!

Effettivamente, volgendo lo sguardo al nostro assetto costituzionale nella sua interezza, non si può fare a meno di valutare la procedura attualmente prevista dall'art. 96 della Costituzione alla luce della vigente forma di governo: quest'ultima è di tipo "parlamentare" in quanto imperniata sul rapporto fiduciario Governo-Parlamento. Si rimane, dunque, inevitabilmente perplessi dinanzi a un sistema che pone la scelta in ordine all'alternativa tra concessione o diniego dell'autorizzazione a procedere nei confronti dei Ministri in capo al medesimo organo che, già in sede di consultazioni e successivamente con il conferimento della fiducia, ha contribuito in maniera determinante all'individuazione della compagine governativa ([38]).

38 A tal riguardo, può giovare focalizzare l'attenzione sulla connotazione temporale delle delibere del Senato in ordine a ciascuno degli eventi poc'anzi enunciati: in particolare, la valutazione relativa alla

In particolare, il rischio che si prospetta è che l'asserita e auspicata "depoliticizzazione", che avrebbe dovuto animare il passaggio dal vecchio al nuovo procedimento di cui all'art. 96 della Costituzione, non si sia in concreto mai verificata: ciascuna disposizione, infatti, non esplica la sua *vis* nell'ordinamento per come astrattamente enunciata, ma per come in concreto applicata. Nei casi poc'anzi riferiti, in effetti, non si può fare a meno di rilevare che l'applicazione che l'Assemblea ha fatto della procedura di cui all'art. 96 della Costituzione rischia di essere letta come distorta e dalle coloriture spiccatamente politiche. Ad avvalorare tale rischio vi è la considerazione vertente sul tenore letterale dell'art. 96 della Costituzione: l'esimente ivi prevista e vagliata dall'Assemblea è quella facente leva sull'esistenza di un eventuale "interesse pubblico" che deve, tuttavia, porsi come "preminente" rispetto a qualunque altro valore di rilievo costituzionale, di tal che, al fine di considerare come indiscutibilmente opportune la decisioni adottate dall'Assemblea, bisognerebbe rinvenire nelle condotte del Ministro dell'Interno un fine il cui perseguimento possa reputarsi costituzionalmente più rilevante rispetto all'esigenza di tutelare la libertà personale o di circolazione dei migranti. A ciò sembra ostare, tuttavia, la nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 105 del 2001, nella quale questa chiarisce *che "per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possono essere percepiti come gravi problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultare minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli, non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani".*

Desta preoccupazione, dunque, che in uno Stato di Diritto come il nostro, saldamente imperniato sulla tutela dei diritti fondamentali, possa esservi il rischio che il perseguimento di una data categoria di reati sia condizionato non da valutazioni direttamente riconducibili alla preminenza di un bene di rango costituzionale su un altro, quanto piuttosto da valutazioni eminentemente politiche.

6.1. *Segue*: un'ipotesi di riforma "depoliticizzante".

"vicenda Diciotti" è stata resa il 20 marzo 2019, ossia durante il Governo Conte I, protrattosi dal 1° giugno 2018 al 5 settembre 2019 e nato da un accordo tra il Movimento 5 Stelle e la Lega dopo le elezioni politiche del 4 marzo 2018; quella riguardante la "vicenda Gregoretti", viceversa, è da ricondursi al 12 febbraio 2020, ossia all'arco temporale del Governo Conte II - in carica dal 5 settembre 2019 al 13 febbraio 2021 - nato da un accordo tra Movimento 5 Stelle, Partito Democratico, Italia Viva e Liberi e Uguali. Risulta inevitabile, dunque, domandarsi se il cambiamento degli assetti politici e in particolare delle coalizioni volte a formare la compagine governativa abbia in qualche modo influenzato determinazioni del Senato così antitetiche tra loro, seppur concernenti fattispecie pressoché identiche. In particolare, non può che risultare temibile l'idea che l'assenza della Lega- che, si ricorda, è il partito di appartenenza del Ministro coinvolto nelle vicende ivi prese in considerazione- dall'accordo che ha dato vita al secondo Governo Conte, abbia in qualche modo potuto condizionare una valutazione che avrebbe dovuto concernere, viceversa, unicamente la riconducibilità dei fatti di cui trattasi nell'ambito delle circostanze di cui all' art.9 c.3 l. cost. n. 1/1989.

Stando a quanto fin ora esposto, si potrebbe ritenere se non necessaria, quanto meno auspicabile, un'ulteriore modifica della disciplina volta a perseguire i reati ministeriali: in particolare, se ciò che pare causare un "corto circuito" nell'assetto attualmente vigente sembra essere la potenzialità "insabbiatrice" insita nel riconoscimento alla Camera competente del compito di concedere o negare l'autorizzazione a procedere in una forma di governo parlamentare come la nostra, l'eliminazione di qualsivoglia intervento di quest'ultima nella disciplina di cui trattasi, congiuntamente a una più incisiva equiparazione della procedura volta a perseguire i reati ministeriali a quella comune, sembra poter essere una delle possibili vie per pervenire a una "depoliticizzazione" non meramente proclamata ma, soprattutto, concretizzata.

Relativamente a tale secondo aspetto, in particolare, le perplessità che concernono il procedimento di cui all'art. 96 della Costituzione riguardano già il ruolo che esso riconosce al Procuratore della Repubblica: a quest'ultimo, in modo del tutto antitetico rispetto al procedimento ordinariamente previsto per perseguire i reati che ministeriali non sono, è prescritto dall'art. 6 della l. cost. n.1/1989 di omettere ogni indagine, dovendo questi viceversa limitarsi a inoltrare le proprie richieste e gli atti al Tribunale dei Ministri. A tal riguardo, dunque, può rivelarsi discutibile il fatto che nell'ottica dell'equiparazione alla procedura ordinaria - paventata dalla legge costituzionale del 1989 - sia stato disconosciuto al predetto organo proprio il ruolo che istituzionalmente gli sarebbe proprio, tanto più che questo risulta essere stato conferito al Tribunale dei Ministri, il quale, nell'impostazione attualmente vigente, finisce per cumulare non solo i poteri ordinariamente propri del P.M., ma anche quelli del G.I.P.: tale ultimo profilo, in particolare, ha destato forti perplessità per la sua contraddittorietà rispetto all'impianto accusatorio del codice di procedura penale, tanto che non è mancato né chi ha opportunamente osservato come tale impostazione abbia fatto nascere "già vecchio il nuovo procedimento per i reati ministeriali" ([39]), né chi ha qualificato tale Tribunale come titolare di una "giurisdizione dimezzata" ([40]).

Queste perplessità, come quelle scaturenti dalla possibile deriva politica dell'intervento della Camera competente, potrebbero rendere opportuna, nell'ottica di una futura riforma della disciplina di cui all'art. 96 Cost., una completa equiparazione della procedura volta a perseguire i reati ministeriali rispetto a quella relativa ai reati comuni: l'unica peculiarità potrebbe risiedere nel riconoscimento di una maggiore ampiezza e completezza decisionale al giudice ordinario, che in primo grado ben potrebbe continuare ad essere il Tribunale del capoluogo del distretto di

39 L.A. MAZZAROLLI, *Commento all'art. 9 della l. cost. 16 gennaio 1989, n.1*, in *Legislazione pen.*, 1989, 509.

40 D. MANZIONE, *Reati ministeriali e giudizio penale, ovvero della giurisdizione dimezzata*, in *Cass. Pen.*, 1991, 2, I, 209 e ss.

Corte d'appello competente per territorio, così come attualmente statuito dall'art. 11 della legge costituzionale n.1 del 1989.

In particolare, l'esercente la funzione giurisdizionale in materia, nel compiere le proprie valutazioni in ordine alla sussistenza della responsabilità per i reati connotati dalla "ministerialità" - secondo la definizione ormai accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia- dovrebbe tener conto dell'eventualità che il Ministro abbia eventualmente agito "per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo", ritenendo in tal caso scriminata la condotta sottoposta al suo vaglio: nell'ottica della qui prospettata riforma della procedura, dunque, si riterrebbe opportuno cristallizzare nel nostro panorama normativo tali peculiari cause di giustificazione, volte, in quanto tali, a escludere l'antigiuridicità della condotta del Ministro.

Tale impostazione, corrispondente a quella propria dell'ordinamento tedesco che in egual modo ha completamente equiparato la procedura volta a perseguire i reati ministeriali rispetto a quella relativa ai reati comuni, non potrebbe neanche trovare una valida obiezione nel *fumus persecutionis* che potrebbe animare la magistratura nei confronti dei poteri politici: la Corte Costituzionale infatti, in una sentenza del 2012, ha precisato, come è noto, che già la vigente disciplina risulta animata da un "*presupposto di adeguatezza del giudice ordinario all'esercizio della giurisdizione per reato ministeriale, fugando ogni dubbio che la deroga rispetto al rito comune trovi giustificazione, quand'anche parziale, nello scopo di prevenire l'intento persecutorio del magistrato nei confronti del membro del Governo*", tanto che, prosegue la Corte riferendosi sempre alla disciplina attualmente prevista dall'art. 96 Cost., "*non è a tale scopo che viene costruito, in seno ad un procedimento destinato ad evolversi secondo le forme ordinarie, l'intervento della Camera competente*" ([41]).

A tal riguardo, inoltre, non si potrebbe neanche prospettare un'asserita incapacità del giudice di compiere valutazioni politiche, dal momento che l'eventuale previsione di esimenti, come quelle di cui sopra, non implicherebbe un vaglio di tal genere, quanto piuttosto un'attenta considerazione dell'eventuale riconducibilità della condotta del Ministro all'intento di perseguire o un interesse dello Stato che assuma un certo rilievo nell'ambito della nostra Costituzione o, ancora, un interesse pubblico che si ponga come preminente rispetto ad altri valori anch'essi costituzionalmente rilevanti, sempre che, in ogni caso, ciò sia strumentale all'esercizio della funzione di governo: in quest'ottica dunque, il giudice non potrebbe che essere l'organo maggiormente idoneo a svolgere tale compito, consistendo quest'ultimo nel bilanciamento -tipico di qualsivoglia pronuncia giurisdizionale- tra differenti valori ed interessi.

41 Sentenza della Corte Costituzionale n. 87 del 2012.

7. Considerazioni finali.

In conclusione, non si vede perché la sfiducia nei confronti degli organi giurisdizionali – dovuta alla loro presunta prassi persecutoria, da un lato, e all'ipotetica "incapacità" di valutare profili politici, dall'altro – debba permeare solo il nostro ordinamento giuridico a differenza di altri, viceversa fiduciosi nei confronti di quegli organi istituzionalmente preposti a garantire l'effettività del diritto e la corretta applicazione dello stesso, soprattutto alla luce della summenzionata pronuncia della Corte Costituzionale, che a chiare lettere disattende tale forma di diffidenza.

Viceversa, confidare nella magistratura, nel corretto operato della stessa, nella sua articolazione per gradi e, soprattutto, nel suo inesorabile assoggettamento alla legge e ai parametri che la stessa prevede (il che non potrebbe che imporre, altresì, la necessaria valutazione delle prospettate cause di giustificazione poc'anzi enunciate), eviterebbe che perplessità come quelle scaturenti dagli approdi delle predette vicende si riproducessero, consentendo, viceversa, che ad una piena "depoliticizzazione" della procedura volta a perseguire i reati ministeriali si pervenga non solo nelle intenzioni, ma anche nei fatti.

PER UN'AMMINISTRAZIONE CONDIVISA DEI COMMONS NELLA REALTÀ DEI COMUNI*

Giovanni Barozzi Reggiani** - **Andrea Giordano*****

Sintesi: P.N.R.R., autonomie comunali e *commons* sono anelli di una sola catena. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha, come pilastro, insieme alla transizione ecologica e a quella digitale, l'inclusione sociale; fa dei "beni comuni" il volano della ripresa economica. Il contributo intende "recuperare" la nozione di bene comune ai tempi della "transizione ecologica", anche alla luce del noto Progetto della Commissione Rodotà, calandola nell'orizzonte dell'attuale contesto economico e istituzionale, vagliandone le multiformi potenzialità applicative sul terreno della c.d. "amministrazione condivisa" nell'esperienza comunale e, infine, verificando l'idoneità delle funzioni giurisdizionali e di controllo delle Sezioni regionali e centrali della Corte dei conti a preservare "beni" e "valori" di tale rilevanza.

Abstract: The Recovery and Resilience Plan, municipal autonomies and commons are links in one chain. The National Recovery and Resilience Plan has, as a pillar, social inclusion together with the green and digital transition; it makes the 'commons' the boost for an economic revival. The paper aims at "recovering" the notion of commons at the time of the green transition, also in the light of the well-known Rodotà Commission Project, setting it in the horizon of the current economic and institutional context, examining its possible applications in the field of the "shared administration" in the municipal experience and, finally, testing the suitability of the functions of the Court of Auditors to preserve such important goods.

SOMMARIO: 1. Introduzione. **2.** I beni comuni: una categoria in fieri. **3.** Beni comuni e funzioni comunali. **4.** Modelli di amministrazione condivisa dei beni comuni. **5.** Le funzioni della Corte dei conti per una tutela possibile dei beni comuni.

1. Introduzione.

P.N.R.R., autonomie comunali e *commons* sono anelli di una sola catena. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha, come pilastro, insieme alla transizione

** Il contributo costituisce il frutto di una riflessione condivisa. Nondimeno, i paragrafi 1, 2 e 5 vanno imputati ad Andrea Giordano; mentre i paragrafi 3 e 4 a Giovanni Barozzi Reggiani.

**** *Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico.*

****** *Magistrato della Corte dei conti, già Avvocato dello Stato.*

ecologica e a quella digitale, l'inclusione sociale; fa dei "beni comuni"[1] il volano della ripresa economica[2].

Le autonomie comunali svolgono, in tale contesto, un ruolo cruciale, vantando, nel proprio cromosoma, i semi della promozione dei *commons*. Assumono, dunque, particolare rilevanza gli strumenti, interni all'Amministrazione, che consentano di favorire la cooperazione tra Comune e cittadini, nell'ottica della cura e rigenerazione dei beni urbani[3]; cosa che può determinare effetti virtuosi sui bilanci e conseguenti esternalità positive per il circuito economico[4]. Si considerino i regolamenti approvati da diversi Comuni italiani e dai successivi patti di collaborazione[5], che inaugurano innovativi regimi di sussidiarietà e condivisione, scollegati dal *prius* della formale appartenenza, e tali da responsabilizzare il singolo e valorizzare il suo apporto per il bene comune[6].

I patti attuativi dei regolamenti plasticamente concretano il concetto di cittadinanza attiva, rendendo i cittadini portatori non solo di bisogni ma anche di capacità e competenze a beneficio della collettività. Possono avere a oggetto sia interventi di cura di modesta entità, tesi a rendere più vivibili gli spazi comuni, sia attività complesse o innovative volte al recupero, alla trasformazione e alla gestione

1 Su cui, tra i molti, oltre ai testi citati *infra*, R. MESSINETTI, *Beni comuni e nuovo fondamento del diritto soggettivo*, in *Federalismi.it*, 2019; R. BRIGANTI, *Dimensione costituzionale dei beni comuni tra principi, regole e prassi*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2019, 1 ss.; AA.VV., *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Napoli, 2017; M. LUCIANI, *Una discussione sui beni comuni*, in *Diritto e società*, 2016, 375 ss.; F. VIOLA, *Beni comuni e bene comune*, *ivi*, 381 ss.; E. VITALE, *Distinguendo. Un'applicazione alla dottrina dei beni comuni*, *ivi*, 399 ss.; ID., *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, Roma-Bari, 2013; S. STAIANO, *"Beni comuni" categoria ideologicamente estenuata*, *ivi*, 415 ss.; L. D'ANDREA, *I beni comuni tra pubblico e privato*, in *Diritto e società*, 2016, 433 ss.; I. CIOLLI, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*, *ivi*, 457 ss.; A. LUCARELLI, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni*, *ivi*, 483 ss.; ID., *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013; V. CERULLI IRELLI, *Beni comuni e diritti collettivi*, *ivi*, 529 ss.; F. MARINELLI, *Beni comuni*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 157 ss.; ID., *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 406 ss.; A. DI PORTO, Res in usu publico *e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino, 2013; A. CIERVO, *I beni comuni*, Roma, 2013; S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in *Federalismi.it*, 2013; P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *Giustamm.it*, 2012; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011.

2 V. già M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni come via di uscita dalla crisi*, in ID. (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento*, 2016, 28.

3 G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 117-118/1997, 29 ss.; P. MICHIARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza di Bologna*, in *Aedon*, n. 2/2016.

4 E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990.

5 P. MICHIARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza di Bologna*, cit..

6 F. VIOLA, *Beni comuni e bene comune*, in *Diritto e società*, 2016, 381.

nel tempo di beni comuni[7]; sono atti amministrativi di natura non autoritativa[8] che ricompongono il nesso tra collettività e beni, rendendo effettiva la dimensione comune che connota questi ultimi[9].

Emerge, in definitiva, l'opportunità di "recuperare" la nozione di bene comune ai tempi della "transizione ecologica" (promossa anche dalla recente legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1), anche alla luce del noto Progetto della Commissione Rodotà, ambientandola nell'orizzonte dell'attuale contesto economico ed istituzionale, vagliandone le multiformi potenzialità applicative sul terreno della c.d. "amministrazione condivisa" nell'esperienza comunale e, infine, verificando l'idoneità delle funzioni giurisdizionali e di controllo delle Sezioni regionali e centrali della Corte dei conti – istituzionalmente votata a proteggere un bene pubblico come il bilancio[10] – a preservare "valori" di tanto rilevante importanza.

2. I beni comuni: una categoria in fieri

Quella dei beni comuni è, ancora, una categoria *in fieri*.

La potenziale vaghezza dei suoi contorni e la naturale anarchia del suo atteggiarsi, così poco ortodosso rispetto allo schema proprietario e alle maglie dell'individualismo borghese, hanno, nel tempo, dato origine a critiche di non irrilevante momento. Della letteratura economica è figlio il quadro tragico cui potrebbero portare le utilità in commento, foriere di inevitabili inefficienze ove non ricondotte al modello della privatizzazione o a quello della proprietà pubblica[11].

Di ineffettività ha pure parlato quella letteratura giuridica, secondo cui le prassi di gestione partecipata che si muovano nella direzione della eguaglianza e della solidarietà universali non riuscirebbero a inglobare le obbligazioni delle persone presenti verso le generazioni future[12]. Altri hanno revocato in dubbio l'utilità della categoria[13] o, comunque, il suo intimo *ubi consistam*, reso difficilmente afferrabile dalle geometrie variabili dei suoi, troppo cangianti, connotati[14].

Eppure, da una parte la ragion pura, dall'altra banco di prova della ragion pratica inducono a un ripensamento di tanto complessa categoria.

Le radici della categoria e del *trait d'union* dei beni commento con il valore 'persona' si rinvengono nella Carta costituzionale, che, oltre ad affiancare alla

7 G. ARENA, *Cosa sono e come funzionano i patti per la cura dei beni comuni*, in *Labsus.org*, 2016.
8 S. FOÀ-V. VIALE, *La tutela amministrativa dei beni comuni*, in *Volerelaluna.it*, 2020, 2.
9 P. GROSSI, *Le mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 43.
10 Per tutte, C. Cost., 14 febbraio 2019, n. 18; *adde* C. Cost., 11 marzo 2021, n. 34.
11 G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, 1243.
12 A. GAMBARO, *Note in tema di beni comuni*, in *Aedon*, n. 1/2013.
13 E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, cit., 69.
14 In argomento, A. DANI, *Il concetto giuridico di "beni comuni" tra passato e presente*, in *Historia et ius*, n. 6/2014, 1.

proprietà privata una proprietà pubblica e a contemplare una proprietà pubblica "riservata" per «fini di utilità generale», apre a una nuova concezione proprietaria, capace di andare oltre il dualismo pubblico/privato, imperniata sulla «funzione sociale»[15] e sulla generale accessibilità[16]. Le linee suggerite dall'originario impianto della Costituzione (e, come deve aggiungersi, dal diritto unionale) escono rafforzate dalla recente legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1[17].

Rileva, anzitutto, il nuovo dettato dell'art. 9, secondo cui la Repubblica «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni»[18]; quindi, l'art. 41 della Carta prevede che «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 economia pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

L'ambiente assurge a interesse primario, anche a presidio delle future generazioni, e orienta l'iniziativa economica[19].

I *commons* acquistano, dunque, innegabile centralità. Consonante con le descritte dinamiche appare la riforma predisposta dalla Commissione Rodotà[20], che ha posto

15 S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà con riguardo particolare alla proprietà terriera*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Palermo 19-23 ottobre 1952, Milano, 1954, 46 ss..

16 F. PEDRINI, *Note preliminari a uno studio sui diritti costituzionali economici*, in *Forumcostituzionale.it*, 2010, spec. 16.

17 Su cui v. L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it - paper*, 23 giugno 2021, 1-7; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche innovativa) e molte lacune*, cit., 312; A. CIOFFI - R. FERRARA, *Ambiente e costituzione*, in *Giustizia insieme*, 7 aprile 2022; A. L. DE CESARIS, *Ambiente e Costituzione*, in *Federalismi.it - paper*, 23 giugno 2021, 1-4; F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Aperta Contrada*, 28 febbraio 2022, 1-14; G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *Federalismi.it - paper*, 23 giugno 2021, 1-8; T. E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, *ivi*, 23 giugno 2021, 1-4; I. A. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, *ivi*, 23 giugno 2021, 1-5; F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, *ivi*, 23 giugno 2021, 1-5; G. SEVERINI - P. CARPENTIERI, *Sull'inutile anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *Giustizia insieme*, 22 settembre 2021.

18 Come pure precisa l'art. 9, «La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

19 V., in generale, A. MOLITERNI, *La transizione alla* green economy *e il ruolo dei pubblici poteri*, in G. ROSSI - M. MONTEDURO (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, 55; A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2021, 238.

20 Si fa riferimento alla «Commissione Rodotà - elaborazione dei principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo per la novellazione del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile nonché di altre parti dello stesso Libro ad esso collegate per le quali si presentino simili necessità di recupero della funzione ordinante del diritto della proprietà e dei beni (14 giugno 2007)», il cui progetto è visionabile in *https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?contentId=SPS47617*.

l'accento sulla riconduzione alla collettività della categoria dei beni comuni e ne ha garantito la condivisa fruizione[21].

La finalità di preservare i beni comuni dal circuito del profitto è stata, quindi, promossa dai *referendum* abrogativi dell'art. 23- *bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, che erigeva le procedure competitive a evidenza pubblica a modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici locali, e dell'art. 154, c. 1, decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, che determinava la tariffa del servizio idrico integrato in base al criterio di adeguata remunerazione del capitale investito. In particolare, nel dichiarare ammissibile il *referendum* abrogativo sull'art. 23- *bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, la Corte Costituzionale ha individuato la *ratio* del quesito nell'esclusione dei positivi limiti all'affidamento diretto del servizio idrico[22] e, quindi, nell'apertura alla pluridimensionale convivenza delle soluzioni di mercato con le opzioni pubblicistiche[23].

Come ha, poi, sottolineato la Consulta in sede di giudizio di ammissibilità del quesito referendario sull'art. 154, c. 1, decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, la *ratio* dello stesso quesito si sarebbe rinvenuta nella necessità di emancipare dalle «logiche del profitto» il governo e la gestione dell'acqua. L'abrogazione parziale della norma ha, in definitiva, contribuito a fondare un sistema coerente con il riconoscimento dell'acqua come bene comune[24].

Lo scopo di sottrarre i beni in commento dalla logica del mercato è stato, quindi, perseguito dalla Corte di Cassazione[25], che ha accompagnato il transito da una

21 V. l'art. 1, c. 3, lett. c), dell'articolato predisposto dalla Commissione: «Previsione della categoria dei beni comuni, ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni 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. Quando i titolari 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 flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. 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 la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l'azione per la riversione dei profitti. I presupposti e le modalità di esercizio delle azioni suddette saranno definiti dal decreto delegato».

22 C. Cost., 26 gennaio 2011, n. 24, § 5.2.

23 A. LUCARELLI, *Ancora sul diritto pubblico europeo dell'economia: la legislazione per principi e la legittimità comunitaria*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2011, 8.

24 C. Cost., 26 gennaio 2011, n. 26, § 5.2.

25 Cass. civ., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665.

visione «patrimoniale-proprietaria» a una prospettiva «personale-collettivistica». Ai lumi del «principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale», lo schema della titolarità dei beni sarebbe recessivo rispetto al dato funzionale. Le stesse rigide maglie del codice civile dovrebbero, *de jure condendo* e già in via esegetica, aprirsi nell'ottica della valorizzazione degli interessi correlati alle utilità in discorso.

3. Beni comuni e funzioni comunali

Luogo di naturale "elezione" dei beni comuni è quello degli Enti territoriali, esponenziali degli interessi delle proprie comunità di riferimento[26], e, più segnatamente, dei Comuni[27]. È, del resto, la posizione istituzionale di questi ultimi a renderli attori naturali per la cura e la gestione dei *commons*.

Le ragioni sono intuitive: i beni comuni sono i "beni a fruizione collettiva" per antonomasia, ma anche beni che una comunità sente come "suoi", configurando (oltre che oggetti di cui "fruire") elementi che contribuiscono a delineare l'identità storico-culturale di un determinato territorio.

Ne consegue che siano propri i Comuni, quali Enti "di una specifica comunità", quelli che – più di altri – possono efficacemente gestire, nelle forme e nelle modalità di cui si dirà più sotto[28], i beni stessi.

In uno schema consimile appare del tutto consequenziale prevedere, con ciò peraltro assecondando il testo costituzionale, e in particolare l'art. 118[29], l'allocazione di specifiche funzioni (amministrative) concernenti detti beni a livello comunale: l'Ente strutturalmente più vicino ai cittadini è l'Ente che per i cittadini (*rectius*: "con" i cittadini) è chiamato a gestire i beni comuni, di talché non appare peregrino chiedersi se tali funzioni possano essere addirittura annoverate fra le funzioni "proprie" o "fondamentali" dei Comuni[30].

26 M. S. GIANNINI, *Autonomia (teoria generale)*, in *Enc. dir., Milano*, 1959, spec. 578; nonché A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973, X.

27 F. COSTANTINO, *La proiezione ascendente del principio di sussidiarietà verticale*, Roma, 2008; P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale: attuazione e prospettive*, Milano, 2002; A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001.

28 V. *infra* il § 4.

29 Il principio di sussidiarietà appare qui invero rispettato e attuato tanto nella sua declinazione verticale quanto in quella "orizzontale", quest'ultima intesa quale promozione e sostegno degli Enti territoriali (e in particolare i Comuni, per quanto di interesse) all'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale.

30 G. MELONI, *Le funzioni fondamentali dei Comuni*, in *Federalismi.it*, 19 dicembre 2012; A. D'ATENA, *Il nodo delle funzioni amministrative*, in *Associazionedeicostituzionalisti.it*, 2002.

4. Modelli di amministrazione condivisa

Non è imputabile al caso se proprio i Comuni rappresentino l'ideale terreno dello sviluppo dei modelli di amministrazione condivisa.

Lo strumento giuridico che ha accompagnato (e favorito) tale esponenziale crescita è il regolamento comunale, che trova la propria base giuridica nel sesto comma dell'art. 117 Cost., il quale riconosce ai Comuni (così come a Province e a Città metropolitane) una potestà regolamentare generale concernente «la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite».

Su quale sia la funzione dalla quale ricavare la potestà normativa comunale, ai sensi del predetto art. 117 Cost., l'originale (e parimenti convincente) ricostruzione offerta da molti Comuni è quella della "promozione della cittadinanza attiva", collegata alla cura, alla tutela e alla valorizzazione di beni collegati agli interessi dell'intera comunità cittadina.

Da un'indagine recentemente condotta risulta che, all'attualità, non meno di duecentocinquanta Comuni (tra cui grandi realtà come Milano) abbiano adottato propri Regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni[31].

Dall'analisi di alcuni di tali Regolamenti emergono gli elementi costitutivi e caratteristici del modello di amministrazione condivisa, sostanzialmente riassumibili:
- nella co-partecipazione (condivisione) di Amministrazione pubblica e cittadini alla gestione dei beni comuni;
- nel carattere "gratuito" dell'attività prestata dai cittadini;
- nella logica pattistico-paritaria di tale modello di gestione.

In questo senso, si osserva che la gestione dei beni comuni si basa su appositi accordi (patti di collaborazione) nei quali Amministrazione e cittadini deducono e disciplinano «finalità, obiettivi e risultati attesi, nonché modalità gestionali degli interventi»[32].

Dall'analisi dei testi dei Regolamenti comunali emerge, con forza, l'elemento del carattere spontaneo e volontario dell'iniziativa dei cittadini (cartina di tornasole del carattere attivo della cittadinanza) ma, parimenti, la presenza "regolatoria" dell'Amministrazione, che si sostanzia, da un lato, nell'elemento di cornice rappresentato dal Regolamento – che delinea i contorni dell'amministrazione condivisa, individuandone presupposti, obiettivi, finalità (tutela dell'ambiente, valorizzazione del patrimonio culturale e paesaggistico, promozione di forme di partecipazione politica, ecc.), nonché eventuali forme di premialità – dall'altro nella concreta co-definizione degli interventi mediante lo strumento del patto di collaborazione, che normalmente prevede la definizione di specifiche modalità di

31 In *Labsus.org*.
32 V., in particolare, il Regolamento per l'amministrazione condivisa dei beni comuni del Comune di Milano, e, in part., l'art. 2, lett. e).

monitoraggio concernenti l'esecuzione degli interventi, l'attualità degli interessi perseguiti, l'adempimento, da parte dei cittadini, degli obblighi assunti mediante il patto stesso, ecc., e dunque una fase di "controllo" posta in capo alla parte pubblica.

Trattasi di modello innovativo, in cui la logica sinergica (effettivamente attuativa del principio di sussidiarietà orizzontale) emerge in modo chiaro, coniugando la spinta propulsiva della spontanea iniziativa dei cittadini a un ruolo del Comune avente sì matrice e caratteri pubblicistici, ma declinati in una logica di sostanziale "paritarietà" (alla quale naturalmente risponde il modello del patto di collaborazione).

Riguardo all'ultimo profilo, infatti, l'analisi dei patti di collaborazione ne mostra in modo chiaro la logica sostanzialmente pattizia: il Comune è certo presente, ma quale "parte contrattuale" più che titolare del potere pubblico: quest'ultimo (e gli schemi e le regole che ne accompagnano l'esercizio) continua a ricorrere ma, a ben vedere, in una logica di ausilio, sostegno e supporto dell'attuazione delle iniziative e delle logiche dedotte nei singoli patti e, dunque, quale strumento di garanzia dell'effettività dell'amministrazione condivisa.

In questo senso devono leggersi, ad esempio, le funzioni di assistenza tecnica, amministrativa e giuridica ai cittadini e di formazione, nonché gli istituti atti a garantire la trasparenza dei processi che conducono alla stipula dei patti di collaborazione e la più ampia partecipazione dei cittadini.

Trattasi di modello – quella della "gestione condivisa" – che si caratterizza per la flessibilità e l'assenza di meccanismi (tecnico-giuridici) rigidi, in quanto tale particolarmente idonea ad adattarsi alle particolarità dei singoli beni e a garantire la fruizione dei medesimi in un'ottica teleologicamente orientata verso la tutela della persona. In questo senso anche l'assenza di un elemento normativo unificante a livello nazionale non deve destare perplessità: le logiche della sussidiarietà, come detto, appaiono particolarmente congrue ai beni comuni, e l'assenza, in relazione a questi, di dinamiche squisitamente concorrenziali depotenzia molti profili di criticità che potrebbero (laddove simili dinamiche sussistessero) discendere dalla frammentarietà delle diverse discipline regolamentari e da eventuali "afflati protezionistici" scaturenti dalle medesime.

5. Le funzioni della Corte dei conti per una tutela possibile dei beni comuni

L'utilità dei "beni comuni", resa tangibile dalla concreta attuazione dei modelli di amministrazione condivisa in sede comunale, sarebbe destinata all'eclissi ove mancassero strumenti funzionali alla piena protezione della categoria.

Il problema dell'effettività della tutela è, del resto, tanto antico quanto lo sono i beni comuni; e le soluzioni sono state rese complesse dalla rigidità del sistema delle

condizioni dell'azione, per come tramandato dalla scienza del processo. Azioni che richiedano, come fanno, il contestuale ricorrere della legittimazione ad agire e dell'interesse, necessariamente concreto ed attuale, rischiano di rivelarsi inidonee a preservare la categoria.

Le funzioni, giurisdizionali, di controllo e consultive della Corte dei conti – che, per sua istituzionale natura, custodisce beni che, come il bilancio pubblico, sono di 'comune' e generale interesse – suggeriscono vie d'uscita di non irrilevante momento.A dimostrarlo sono i pareri resi, *ex* art. 7, c. 8, legge n. 131 del 2003, dalla Corte in relazione agli istituti di sussidiarietà orizzontale gemmati in sede comunale; ove le aperture avallate dal giudice contabile hanno dialogato con i paletti imposti dall'equilibrio di bilancio, dal principio di indisponibilità delle obbligazioni tributarie e dal canone di capacità contributiva[33].

La funzione di controllo è destinata a fare il resto. Non solo il controllo sul bilancio degli Enti locali, la cui natura giustiziale[34] - da ribadire nonostante il recentissimo indirizzo della Corte di Giustizia[35] – promuove l'incisività dell'azione della Corte dei conti (spingendola oltre gli ambiti dell'auto-correzione[36]), ma anche (e soprattutto, nell'attuale contingente) il flessibile e duttile controllo sulla gestione che, nella sua versione concomitante[37], fa propri gli schemi della "*real time audit*" validati dal contesto internazionale[38].

33 Si pensi alle applicazioni del baratto amministrativo *ex* art. 190 decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 nonché *ex* art. 24 decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, con particolare riguardo ai casi in cui i Comuni hanno previsto riduzioni o esenzioni di tributi in relazione alle attività poste in essere dai privati; ancora, di impatto appaiono gli orientamenti della Sezione delle Autonomie della Corte in materia di contratti di assicurazione stipulati dagli Enti locali a favore di volontari coinvolti in attività di utilità sociale.

34 G. COLOMBINI, *La progressiva giurisdizionalizzazione del controllo nel codice della giustizia contabile: limiti e prospettive*, in *Riv. Corte conti*, 1-2/2017, 723 ss..

35 C.G.U.E., 4 ottobre 2021, C-161/21. Sembra, invero, mancata, nell'analisi della Corte di Lussemburgo, la considerazione dell'assoluta peculiarità del controllo sui bilanci degli Enti locali, all'esito della riforma di cui alla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 e al successivo decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174.

36 G. RIVOSECCHI, *I controlli sulla finanza pubblica tra i diversi livelli territoriali di governo,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2019, 740 ss.; F. CAPALBO (a cura di), *Il controllo di legittimità-regolarità della Corte dei conti*, Napoli, 2018.

37 V. l'art. 3, c. 4, legge 14 gennaio 1994, n. 20 e, da ultimo, l'art. 7, c. 7, decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 (*amplius*, A. GIORDANO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, Milano, 2021).

38 INTOSAI Development Initiative, Audit Service Sierra Leone (ASSL), General Auditing Commission of Liberia (GAC), African Organisation of French-speaking Supreme Audit Institutions (CREFIAF), *Accountability in a time of crisis*. *How Supreme Audit Institutions and development partners can learn from previous crises and ensure effective response to Covid-19 in developing countries*, aprile 2020, in <www.intosaicbc.org>.

Gli 'estremi' della giurisdizione e della cooperazione sinergica[39] – allineata alla natura 'comune' dei beni in discorso e senza eterodossi snaturamenti delle istituzionali funzioni – completano il quadro, garantendo, con modalità diverse e inevitabilmente cangianti, gli interessi finanziariamente protetti[40].

Da una parte l'espansione delle frontiere del danno erariale, che, affrancatosi da una dimensione meramente patrimoniale, spazia sino al danno all'ambiente[41] e ad altri valori non strettamente patrimoniali, o le significative – *de jure condendo* ampliabili[42] – ipotesi di tipizzazione della responsabilità erariale (con l'anticipazione della soglia di punibilità al momento delle rilevanti condotte) possono valorizzare gli interessi adespoti; dall'altra, i nuovi orizzonti della funzione consultiva porterebbero per mano gli amministrati, verso l'attuazione dei modelli condivisi di amministrazione dei beni comuni.

Le funzioni della Corte guiderebbero i Comuni nel corretto esercizio dei loro istituzionali compiti; promuoverebbero la valorizzazione dei beni comuni, nel contesto di un'autentica (e non solo declamata) sussidiarietà; contribuirebbero a fare della sostenibilità, nel corrente periodo di transizione (ecologica e culturale), un concetto tangibile.

Calerebbero, in definitiva, nella ragion pratica una categoria, quella dei *commons*, per troppo tempo confinata nella sola ragion pura.

39 Si veda il disegno di legge AS 2185 che mira alla revisione delle funzioni della Corte.

40 F. SUCAMELI, *La "iurisdictio" contabile e la tutela degli interessi diffusi nell'ottica dell'attuazione "domestica" del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio*, cit.; M. BERGO, *Nuovi confini del sindacato di controllo della Corte dei conti in sede di parifica e di tutela degli interessi adespoti: commento alle sentenze della Corte cost. n. 196 del 2018 e n. 138 del 2019*, in *Federalismi.it*, 2019.

41 P. MADDALENA, *Responsabilità amministrativa, danno pubblico e tutela dell'ambiente*, Rimini, 1985.

42 Con un *trend* antitetico rispetto alla recente riforma sulla responsabilità erariale (art. 21 decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76).

IL REGIME GIURIDICO DEI MATERIALI PER L'EDILIZIA NELLA PROSPETTIVA DELLA TRANSIZIONE ECOLOGICA.*

Sebastiano Licciardello - Giovanni Iudica

Abstract. Per la "Strategia nazionale per l'economia circolare" occorre rendere più circolare l'edilizia con un uso sostenibile delle risorse nelle diverse fasi del loro ciclo di vita. Invero, il settore è responsabile di circa il 50% delle estrazioni di materiali e del 35% dei rifiuti in ambito UE (e con emissioni di gas serra fra il 5% e il 12%). La transizione verso un'edilizia circolare passa mediante l'impiego di materiali innovativi che possano ridurre sempre più l'uso di quelli di cava utilizzati sino ad oggi. Il saggio ricostruisce il quadro normativo entro cui si muove la transizione verso una edilizia circolare, soffermandosi sulle materie prime "seconde", i sottoprodotti, il possibile uso della posidonia spiaggiata e della sabbia vulcanica, per concludere su quella che può ritenersi l'ultima frontiera della edilizia circolare, cioè la bioedilizia.

Abstract. *According to the "National strategy for the circular economy", buildings need to be made more circular with a sustainable use of resources in the different phases of their life cycle. Indeed, the sector is responsible for around 50% of material extractions and 35% of waste in the EU (and with greenhouse gas emissions between 5% and 12%).The transition to circular construction passes through the use of innovative materials that can increasingly reduce the use of quarry ones used to date.The essay reconstructs the regulatory framework within which the transition to circular construction moves, focusing on "secondary" raw materials, by-products, the possible use of beached posidonia and volcanic sand, to conclude on what can be considered the last frontier of circular building, that is, green building.*

SOMMARIO: 1. Il superamento dalla dipendenza dei materiali di cava. **- 2.** L'edilizia circolare e la programmazione al tempo delle "transizioni". **- 3.** Materie prime "seconde", sottoprodotti ed *End of Waste.* – **4.** L'uso industriale della posidonia spiaggiata e della sabbia vulcanica. **- 5.** L'ultima frontiera: la bioedilizia.

1. Il superamento dalla dipendenza dei materiali di cava

Rivoluzione verde e transizione ecologica rappresentano una delle più rilevanti missioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). La transizione

** Relazione al Congresso "Le nuove frontiere dei materiali innovativi e *green* nel restauro e nell'edilizia" - Catania, 24-25 Febbraio 2022. S. Licciardello è professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Catania, G. Iudica è professore associato di diritto amministrativo nell'Università di Catania. Il lavoro, frutto di una riflessione comune, è da attribuire a: S. Licciardello (par. 1, 2 e 5), G. Iudica (par. 3 e 4)

ecologica è stata definita come "l'insieme delle strategie e iniziative finalizzate a costruire le basi di una società attenta agli equilibri planetari" [1].

Ciò richiede primariamente il progressivo superamento dalla dipendenza dalle risorse minerarie esauribili.

In materia energetica significa una transizione verso le energie rinnovabili. In materia edilizia significa superare la dipendenza dai materiali di cava verso nuovi materiali "innovativi" e "*green*". Il che segna il passaggio da una economia *brown* o *red* (quella dell'usa e getta senza tenere conto dell'esauribilità delle risorse), ad una economia *green* (per non "consumare" l'ambiente) e *blue* (per "migliorare" l'ambiente) e mette in rapporto la transizione ecologica e l'economia circolare [2].

Per la "Strategia nazionale per l'economia circolare" occorre rendere più circolare l'edilizia con un uso sostenibile delle risorse nelle diverse fasi del loro ciclo di vita [3]. Invero, il settore è responsabile di circa il 50% delle estrazioni di materiali e del 35% dei rifiuti in ambito UE (e con emissioni di gas serra fra il 5% e il 12%).

La transizione verso un'edilizia circolare richiede un impiego di materiali innovativi che possano ridurre sempre più l'uso di quelli di cava utilizzati sino ad oggi prevalentemente, se non esclusivamente, in edilizia [4].

1 F. de Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 783 s.

2 Per F. de Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit. p. 794, va evidenziato "il rapporto tra la transizione ecologica e l'economia circolare: se si guarda all'economia circolare in senso riduttivo, come ad un qualcosa che attiene esclusivamente ai rifiuti e volta ad ottenere il miglior consumo di risorse, la transizione ecologica appare come un qualcosa di diverso; se invece, si guarda all'economia circolare sotto il profilo del cambio di paradigma dalle politiche settoriali all'approccio olistico, la transizione ecologica ne diventa la sua proiezione strategica".

3 Ministero della Transizione Ecologica, Strategia nazionale per l'economia circolare, Linee programmatiche per l'aggiornamento, Documento per la consultazione, 30 settembre 2021 (www.mite.gov.it). Si propone una strategia per un ambiente edificato sostenibile puntando sul recupero dei materiali edili e la valutazione del ciclo di vita negli appalti pubblici.

4 Ai sensi del decreto ministeriale del Ministero dello sviluppo economico (MISE) dell'11 giugno 2020 "*per economia circolare si intende un modello economico in cui il valore dei prodotti, dei materiali e delle risorse è mantenuto più a lungo possibile, e la produzione dei rifiuti è ridotta al minimo*". La legge 28 dicembre 2015, n. 221 recante "Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali" enuncia le tappe fondamentali per le future strategie ambientali italiane con l'obiettivo di valorizzare la *green economy* e l'economia circolare. La legge in questione contiene diverse norme per la promozione della green economy, in tema di mobilità sostenibile, di impianti di produzione di energia, di riduzione di rifiuti in discarica. Il piano d'azione europeo per l'economia circolare, adottato l'11 marzo 2020, indica un'ampia gamma di misure volte a ridurre l'uso delle risorse esauribile senza ostacolare la produzione. Si veda pure la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 sul nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Cfr. R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2018, 2, 1-23; M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare, Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, 2020; F. de Leonardis, *Economia circolare (diritto pubblico)* in *Digesto delle disc. pubbl.*, Aggiornamento 2021; C. Bastioli, *Un approccio circolare alla bioeconomia. Un'opportunità per decarbonizzare l'economia e riconnetterla con la società*, Milano, 2017; V. Cavanna, *Economia verde,*

Per i materiali di cava il regime giuridico risulta puntualmente delineato dal R.D. 29 luglio 1927, n. 1443. Quest'ultimo all'art. 2 individua le miniere e le cave, stabilendo che appartengono alla seconda categoria, tra l'altro, i materiali per costruzioni edilizie, stradali ed idrauliche.

L'art. 45 della legge mineraria prevede che le cave e le torbiere siano lasciate in disponibilità del proprietario del suolo. La previsione risale ad un tempo in cui l'abbondanza dei materiali di cava e la ridotta domanda degli stessi non richiedevano il necessario sfruttamento di ogni cava [5].

La richiesta sempre più intensa di materiali di cava ha comportato il più frequente utilizzo della procedura di cui all'art. 45, commi 2 e seguenti della legge mineraria, per cui quando il proprietario non intraprenda la coltivazione della cava o torbiera o non dia ad essa sufficiente sviluppo, l'ingegnere capo del Distretto minerario può prefiggere un termine per l'inizio, la ripresa o la intensificazione dei lavori. Trascorso infruttuosamente il termine prefisso, l'ingegnere capo del Distretto minerario può dare la concessione di essa a terzi.

Con l'aumento delle richieste cominciano peraltro ad avvertirsi come sempre più pressanti le questioni ambientali che interferiscono sulla coltivazione della cava [6].

La legislazione regionale al fine dell'ottimale utilizzo dei beni minerari prevede l'adozione di piani a cui poi devono conformarsi i provvedimenti che autorizzano lo sfruttamento. La programmazione dell'utilizzo dei beni minerari corrisponde alla maggiore consapevolezza che lo sfruttamento delle risorse provenienti dal suolo e dal sottosuolo non può essere illimitato.

I beni minerari, infatti, sono risorse esauribili, e per questo sottoposte ad una legislazione "speciale" che li sottrae alla libera disponibilità dei privati.

Legislazione che risponde ad una esigenza avvertita già alla fine dell'Ottocento dagli amministrativisti, come il Meucci, il quale a proposito della disciplina dei beni pubblici, dirà che questa "ha la sua ragione… nell'interesse di riserbare non solo ai presenti, ma alle generazioni future, l'uso delle cose" [7].

---

efficienza delle risorse ed economia circolare: il rapporto Signals 2014 dell'Agenzia europea dell'Ambiente, *Riv. giur. amb.*, 2014, 821 ss.; M. Cocconi, *Un diritto per l'economia circolare*, in *Dir. ec.*, 2019, 113 ss.; F. de Leonardis, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell'economia circolare*, in *Studi in tema di economia circolare*, a cura di F. de Leonardis, Macerata, 2019, 11 ss; F. de Leonardis, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, a cura di G. Rossi-M. Monteduro, Torino, 2020; T. Federico, *I fondamenti dell'economia circolare, Fondazione per lo sviluppo sostenibile*, 2015; M. Frey, *Genesi ed evoluzione dell'economia circolare*, in *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, cit.; E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. ec.*, 2019, 493.

5 R. Federici, *Contributo allo studio dei beni minerari*, Padova, 1996, 48

6 R. Federici, *Contributo allo studio dei beni minerari*, cit., 48 s.

7 L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898, 429 s.

Quella intuizione oggi è consacrata a livello costituzionale nel "nuovo" art. 9 che introduce il principio di tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni.

L'esauribilità delle risorse provenienti dal suolo e dal sottosuolo -già segnalata da Harold Hotelling, statistico americano, negli anni 30 del secolo scorso [8]- sollecita nuovi percorsi per l'individuazione di materiali innovativi e *green*, che non derivano da risorse esauribili, come i materiali di cava, ma si collocano in un processo di economia circolare, il quale rappresenta la "sfida epocale" per una effettiva transizione ecologica che punta "all'eco-progettazione di prodotti durevoli e riparabili per prevenire la produzione di rifiuti e massimizzarne il recupero, il riutilizzo e il riciclo per la creazione di nuove *supply chains*" [9]. Attraverso un modello economico indirizzato non solo al profitto, ma al progresso sociale ed alla salvaguardia dell'ambiente.

2. L'edilizia circolare

Il passaggio dall'uso di risorse non rinnovabili a quelle rinnovabili porterà a limitare la pressione sull'ambiente con risultati vantaggiosi sugli ecosistemi, così come per l'economia [10].

Infatti, si sottolinea nelle linee programmatiche della "Strategia nazionale per l'economia circolare", che una corretta scelta dei materiali e una valutazione applicata al ciclo di vita dell'edificio consentono di ridurre il consumo di risorse e le emissioni di gas climalteranti in fase di costruzione e utilizzo. Per tal motivo si prospettano "riforme per favorire l'economia circolare e dunque valorizzare all'interno del settore, componenti e materiali di origine secondaria. Si stima che l'80% dell'inquinamento ambientale e il 90% dei costi di produzione derivino dalle fasi di progettazioni dei prodotti, per questo risulta significativo operare a monte ricorrendo all'eco-*design* e all'eco-progettazione per fare un uso sostenibile delle risorse nelle diverse fasi del ciclo vita: scegliere materiali leggeri e durevoli, che siano

8 H. Hotelling, *The Economics of Exhaustible Resources*, in *Journal of Political Economy*, XXXIX, No. 2, 1931, 137 ss.;

9 Ministero della Transizione Ecologica, Strategia nazionale per l'economia circolare, Linee programmatiche per l'aggiornamento, Documento per la consultazione, 30 settembre 2021 (www.mite.gov.it).

10 F. de Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. verso uno stato circolare?* , in *Dir. amm.*, 2017, 186. La tutela dell'ambiente va indubbiamente integrata con le decisioni attinenti alla politica industriale, configurandosi come valore non antagonista rispetto a questi interessi. Cfr. in questa direzione, C. Feliziani, *Industria e ambiente.Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 843 ss. Vedi pure R. Dipace, *Politiche industriali e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Dir. amm.*, 2020, 903 ss. Vedi pure il *Dossier* 2016 del Senato e della Camera da dove si evince che la transizione verso una economia circolare corrisponde ad esigenze economiche ed ambientali.

riciclabili o realizzati con materia recuperata e riciclata, concepire prodotti che possano essere riparati, riutilizzati e disassemblati a fine vita così da favorire il recupero e non lo smaltimento in discarica" [11]. Il che ha, all'evidenza, anche un impatto positivo sulla gestione dei rifiuti. Infatti, il ciclo produzione del bene-utilizzo-abbandono ha un indubbio impatto negativo sull'ambiente. Mentre nell'economia circolare "i materiali e l'energia utilizzati per fabbricare i prodotti mantengono il loro valore il più a lungo possibile, i rifiuti sono ridotti al minimo e si utilizzano quante meno risorse possibili" [12]. Va però subito chiarito che l'economia circolare non è qualcosa che riguarda (prevalentemente) i rifiuti [13], dovendosi condividere che "l'economia circolare va ben oltre e non si esaurisce nella tematica dei rifiuti e della loro corretta gestione ma addirittura impone una riflessione sul modello di sviluppo che l'Europa si sta proponendo" [14]. Pertanto, l'economia circolare, declinazione del principio di sviluppo sostenibile, non consente di ridurre la questione ambientale in ad una prospettiva per così dire statica e meramente conservativa. La tutela dell'ambiente allo stato attuale non percorre più

11 Ministero della Transizione Ecologica, Strategia nazionale per l'economia circolare, Linee programmatiche per l'aggiornamento, Documento per la consultazione, 30 settembre 2021 (www.mite.gov.it). Va aggiunto che il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) rafforza questo percorso e lo sollecita prevedendo una transizione ecologica fondata sull'agricoltura sostenibile, su energie rinnovabili, sull'efficienza energetica, sulla riqualificazione degli edifici, ecc. Muovendosi dagli indirizzi del PNRR il Piano per la transizione ecologica (*ex* art. 57 *bis*, d.lgs. n. 152/2006, introdotto dal d.l. n. 22/2021) viene a disegnare una economia circolare (a rifiuti zero) con l'obiettivo di azzerare entro metà secolo le emissioni di gas serra, rivoluzionare la mobilità fino alla sua completa sostenibilità climatica e ambientale, minimizzare per la stessa data inquinamenti e contaminazioni di aria, acqua, contrastare i fenomeni di dissesto idrogeologico, di spreco delle risorse idriche e l'erosione della biodiversità terrestre e marina.

12 F. de Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. verso uno stato circolare?* , cit., 168. Per questo Autore "Il concetto cui essa si ispira è quello per cui i modelli economici (e, come vedremo, anche quelli istituzionali) devono seguire i suggerimenti che provengono dagli ecosistemi naturali in cui tutto si riutilizza e nulla si perde: l'economia dovrebbe mimare e imitare la natura (biomimesi) e, come questa, riconoscere l'esistenza di limiti invalicabili che impongono il continuo riutilizzo dei beni"

13 Sottolinea F. de Leonardis, *Economia circolare (diritto pubblico)*, cit., 3 (banca dati *Pluris*) "Il fatto che il pacchetto *Circular Economy*, e i piani d'azione connessi con l'economia circolare, riguardi, in gran parte, la materia dei rifiuti (tranne quella sulle discariche che, comunque, con essi è connessa)". I che "potrebbe favorire l'equivoco di pensare che tale insieme di norme riguardi esclusivamente lo specifico settore dei rifiuti". Le direttive che compongono il pacchetto ``Circular Economy'', sono la n. 851/2018/UE (direttiva rifiuti), la n. 852/2018/UE (direttiva imballaggi) (23); la n. 850/2018/UE (direttiva discariche); la n. 849/2018/UE (direttiva veicoli, pile e RAEE). Le direttive sono state recepite con il d.lgs. n. 116/2020 (che attua la direttiva rifiuti e la direttiva imballaggi); con il d.lgs. n. 118/2020 (che attua la direttiva pile e accumulatori e la direttiva sui rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche) con il d.lgs. n. 119/2020 (che attua la direttiva sui veicoli fuori uso) e il d.lgs. n. 121/2020 (che attua la direttiva sulle discariche).

14 F. de Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. verso uno stato circolare?* , cit., 166.

prioritariamente la tralatizia strada sanzionatoria, fatta di prescrizioni e divieti [15], ma passa attraverso una responsabilizzazione di imprese, amministrazioni e della stessa società. Da "interesse antagonista" che costituisce un limite alle attività economiche, l'ambiente diviene fattore di sviluppo [16]. Perdendo quel tratto "tirannico" già disapprovato dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale [17].

Lo strumento della programmazione segnerà il tempo della transizione ecologica [18], superando la logica settoriale delle pianificazioni di ieri, per contemplare in un equilibrio ragionevole e sostenibile interessi ambientali, sociali ed economici.

La programmazione al tempo delle transizioni (non solo verde ma anche digitale) segna un rinnovato "protagonismo" dell'intervento pubblico nell'economia [19], secondo le indicazioni del "nuovo" art. 41 della Costituzione per cui 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. Superandosi così definitivamente la nozione di ambiente come limite, divenendo esso volano dello sviluppo (sostenibile) [20]. Sostenibile per le generazioni future nell'interesse dei quali - in termini di doverosità- il novellato art. 9 della Costituzione, prevede che è compito della Repubblica tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi.

E ciò in linea con il Preambolo della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000 per cui il godimento dei diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri, come pure della comunità umana e delle generazioni future. Si è detto che "i doveri verso i contemporanei sono doveri di giustizia; i doveri verso chi

15 Sul punto S. Licciardello, *Diritto amministrativo. Principi, organizzazione, azione,* Firenze, 2020, 45 ss.
16 F. de Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit., 785; G. *Rossi, Diritto dell'ambiente*, Torino 2021, 5.
17 Ha precisato la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 85 del 2013, relativamente ai diritti riconosciuti dalla Carta che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. Se così non si operasse si darebbe vita alla figura dell'"interesse tiranno" che non può trovare spazio nel nostro ordinamento. I principi citati sono stati ribaditi dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 182 del 2017 e la sentenza n.58 del 2018 ed applicati da Giudice amministrativo, vedi Cons. giust. amm. Sicilia, Sent. 22 dicembre 2020, n. 1173 per cui "Si tratta, per entrambi le parti, di interessi primari di pari livello che devono essere adeguatamente ponderati con il fine di raggiungere un punto di equilibrio ragionevole e non eccessivamente lesivo di uno dei due interessi contrapposti". Sui rapporti tra interessi ambientali in governo del territorio si è scritto che "ambiente, ecosistemi e paesaggio tendono ad acquisire un ruolo egemone, per non dire tiranno, fino a fagocitare, come nella mitologia, gli altri interessi, pure concorrenti, come quelli inerenti il governo del territorio, che denotano una crescente e progressiva recessività" (M. Antonioli, *Sviluppo sotenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.,* 2019, 225.
18 Sul punto vedi però le preoccupazioni di F. de Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit., 782.
19 A. Moliterni, *La transizione alla green economy e il ruolo dei pubblici poteri*, in *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, 55.
20 In questo senso F. de Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit., 785.

succederà a noi sono doveri verso l'umanità e la salvaguardia delle condizioni ambientali per la sua sopravvivenza" aggiungendo che "le generazioni successive non hanno diritti da vantare nei confronti delle precedenti, ma queste hanno dei doveri nei confronti di quelle; esattamente la condizione della madre, nei confronti del bambino quando lo porta ancora in grembo" [21].

La programmazione è comunque lo strumento adeguato, in quanto riesce a contemplare il tempo futuro concretizzando le mete sociali, economiche ed ambientali previste dalla Costituzione, attraverso un metodo democratico, un procedimento partecipato, che può diventare il luogo di incontro, l'*agorà* da cui deve muovere il nuovo ordine eco-giuridico, in cui sviluppare una nuova cultura ecologica [22]. Questa opportunità, tuttavia, non è stata sfruttata nella recente programmazione, a cominciare dal PNRR [23].

Le linee programmatiche per "La strategia nazionale per l'economia circolare" sottolineano come il successo della transizione ecologica "dipenderà da un lato dalla capacità della pubblica amministrazione, delle imprese e del no-profit, di lavorare in sintonia di intenti secondo norme più semplici, spedite ed efficienti, e dall'altro da un generale aumento di consapevolezza e di partecipazione da parte dei cittadini (soprattutto dei più giovani, vero motore del cambiamento) anche attraverso un inedito sforzo di informazione, comunicazione e educazione nazionale verso la realizzazione di un pieno sviluppo sostenibile" [24]. Azioni che già sono incentivate a seguito dell'applicazione di criteri ambientali minimi nei bandi di gara pubblici [25] ma che vanno estese anche agli interventi privati (soprattutto nel caso dei *Superbonus*) di ristrutturazione o di costruzione di nuovi edifici, indirizzando all'uso

21 G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino 2017, 94 s. e 125.
22 S. Licciardello, *Diritto amministrativo e felicità*, in *Dir. e processo amministrativo*, 2018, 891.
23 V. Molaschi, *L'economia circolare nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *AmbienteDiritto*, 2022.
24 Ministero della Transizione Ecologica, Strategia nazionale per l'economia circolare, Linee programmatiche per l'aggiornamento, Documento per la consultazione, 30 settembre 2021 (www.mite.gov.it).
25 Si tratta dei c.d. "appalti verdi" o "*Green Public Procurement*" attraverso cui gli interessi ambientali si integrano con la disciplina degli appalti pubblici. L'art.34, 1° comma del d.l.gs. n. 50 del 2016 prevede che nei documenti di gara vadano inseriti i criteri ambientali minimi (C.A.M.) definiti con appositi decreti del Ministero dell'ambiente. Su questa tematica vedi F. de Leonardis, *Green public procurement: from reccomendation to obligation* in *International Journal of Public Administration*, 2011, fasc. 3-2, 110 ss.; S. Fidone, *Gli appalti verdi alla luce delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a modelli ecoefficienti*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com*., 2012, 819; F. Fracchia- S. Vernile, *I contratti pubblici come strumento di sviluppo sostenibile*, in *Riv. Quadr. Dir. amb*., 2020, 2, 15 ss.. L'adempimento di questi obblighi si colloca secondo il giudice amministrativo, sia nella fase dell'espletamento della gara, sia in sede di esecuzione della prestazione contrattuale (mettendo in crisi la tesi che questa sia una fase esclusivamente privatistica per il necessario adempimento di obblighi pubblicistici). V. Cons. St. Sez. III 21.1.2022 n. 397.

di componenti edilizi con contenuto di materiale riciclato e a prodotti ecocompatibili[26].

3. Materie prime "seconde", sottoprodotti ed *End of Waste*.

Come si è detto l'economia circolare va ben oltre la tematica dei rifiuti[27] e la loro gestione, imponendo una riflessione più ampia sul modello di sviluppo sostenibile.

In dottrina l'economia circolare non viene vista come modello unitario [28]. Soltanto in una prima prospettiva, l'obiettivo dell'economia circolare è la riduzione dello smaltimento in discarica. In tale direzione si sono mossi diversi programmi d'azione ambientale ad oggetto il sistema di smaltimento dei rifiuti. In tale contesto si rimane in una prospettiva fondamentalmente *statica*, in cui si tende soltanto alla tutela dell'ambiente, attraverso la corretta gestione del ciclo dei rifiuti [29].

Diversa prospettiva invece si muove dal "fine vita" del rifiuto, per essere esso riutilizzato o rigenerato. Con il riciclaggio dei rifiuti si otterranno materie prime "seconde". Ad esempio, da tempo vengono recuperati i materiali ferrosi, invece più recentemente, soprattutto con l'introduzione della raccolta differenziata, si recuperano vetro, carta, plastica, alluminio.

Ma, le cosiddette materie prime "seconde" sono costituite anche dagli sfridi di lavorazione delle materie prime. Anche in questo caso ci si muove dal "fine vita".

Al fine della ricostruzione del relativo regime giuridico dobbiamo ricordare sia la disciplina dei così detti sottoprodotti sia il c.d. *end of waste* ovvero ciò che cessa di essere rifiuto per essere sottoposto ad una operazione di recupero in relazione a criteri specifici previsti dall'art. 184 *ter* del d.lgs. n. 152 del 2006, tra gli altri, l'assenza di impatto negativo sull'ambiente.

---

26 Ministero della Transizione Ecologica, Strategia nazionale per l'economia circolare, Linee programmatiche per l'aggiornamento, Documento per la consultazione, 30 settembre 2021 (www.mite.gov.it).

27 Per l'evoluzione legislativa della nozione di rifiuto, vedi in generale, P. Dell'Anno, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2003, 480 ss. Su tematiche più specifiche v., senza pretesa di completezza, G. Amendola, *La scomparsa dei rifiuti industriali soggetta alla disciplina sui rifiuti nel testo unico ambientale*, in *www.dirittoambiente.com*; R. Federici, *La nozione di rifiuti: una teoria*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 6/06, 1051 ss.; P. Giampietro, *Circolazione del "sottoprodotto" più libera grazie alla Corte di Giustizia europea*, in *Ambiente e sicurezza*, 2006, fasc. 3, 93; A. Iacoviello, *La disciplina della circolazione dei rifiuti nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, fasc. 1, II, 15 ss.; F. de Leonardis, *Principio di prevenzione e novità normative in tema di rifiuti*, in *Studi in onore di A. Romano*, III, Ed. scientifica, 2011.

28 F. de Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. verso uno stato circolare?* , cit., 171 ss.

29 La legislazione sembra comunque mossa dalla esigenza, prioritaria, di ridurre il conferimento in discarica, attraverso il riutilizzo (v. art.1, comma 1° del d.lgs. n. 116 del 2020, che modifica l'art. 177 del d.lgs. n. 152 del 2006, sul "passaggio ad un'economia circolare").

I sottoprodotti sono residui di produzione che la giurisprudenza comunitaria in un primo tempo assimilava ai rifiuti per poi riconoscerne invece la diversa natura. La categoria riconosciuta da Corte Giust., 15 gennaio 2004, C-235/02 e poi con la direttiva 98/2008, nel nostro ordinamento trova una regolazione nell'art. 184 bis del d.lgs. n. 152/2006.

In tale contesto, materiali quali le scorie di altoforno, gli scarti ceramici, il fango di segagione possono essere utilizzate per la produzione di materiali per l'edilizia in una prospettiva di economia circolare.

I "rifiuti" da esternalità negative diventano così risorse, favorendo la produzione di materie prime di seconda generazione definite "materie prime seconde" e allo stesso tempo riducendo la quota di smaltimento. Il che ha una valenza ambientale, ma anche economica, migliorando l'approvvigionamento a favore dell'industria che necessita di dette materie prime.

4. L'uso industriale della posidonia spiaggiata e della sabbia vulcanica.

Dal riciclo del legno possono essere prodotti blocchi di legno/cemento per l'industria edilizia, la posidonia oceanica spiaggiata può essere utilizzata -oltre che in agricoltura- per un isolamento termico e acustico molto efficace, durevole e ignifugo degli edifici, la sabbia vulcanica, conseguenza di parossismi, ha diversi impieghi nell'edilizia.

In questi casi, ciò che si presenta come un "rifiuto" (urbano o speciale) rappresenta una risorsa: sia perché il suo utilizzo evita il depauperamento delle matrie prime fossili, sia perché "alleggerisce" i problemi dello smaltimento.

Tuttavia, i vincoli legislativi sul ciclo dei rifiuti ne hanno spesso ostacolato l'utilizzo, anche se oggi va segnalato l'inserimento, ad opera del d.lgs. 116/2020, del disposto di cui all'art.198, del comma 2-*bis*), ai sensi del quale "le utenze non domestiche possono conferire al di fuori del servizio pubblico i propri rifiuti urbani, previa dimostrazione di averli avviati al recupero mediante attestazione rilasciata dal soggetto che effettua l'attività di recupero dei rifiuti stessi. Tali rifiuti sono computati ai fini del raggiungimento degli obiettivi di riciclaggio dei rifiuti urbani".

In questo contesto si colloca la "economia circolare organica" che parte dai rifiuti organici, i quali possono essere utilizzati come base per produrre fertilizzanti per terreni ma anche altri prodotti [30].

Relativamente alla posidonia spiaggiata ed alla sabbia vulcanica conseguenza di parossismi vulcanici il d.lgs. n. 152/2006 all'art. 183, comma 1, lett. n) prevede che "non costituiscono attività di gestione dei rifiuti le operazioni di prelievo, raggruppamento, selezione e deposito preliminari alla raccolta di materiali o

30 ? Cfr. F. de Leonardis, *Economia circolare (diritto pubblico)*, cit., 8. s. (banca dati *Pluris*).

sostanze naturali derivanti da eventi atmosferici o meteorici o vulcanici, ivi incluse mareggiate e piene, anche ove frammisti ad altri materiali di origine antropica effettuate, nel tempo tecnico strettamente necessario, presso il medesimo sito nel quale detti eventi li hanno depositati".

Per la posidonia -che l'art. 184, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 152/2006 classifica rifiuto urbano- il d.l. n. 41/2021 conv. in l. n. 69/2021 modificando l'articolo 185, comma 1, lettera f), del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 prevede l'esclusione dalla normativa sulla gestione dei rifiuti. Detta esclusione riguarda il materiale agricolo o forestale naturale non pericoloso quali gli sfalci e le potature effettuati nell'ambito delle buone pratiche colturali, utilizzati in agricoltura, nella silvicoltura o per la produzione di energia da tale biomassa, anche al di fuori del luogo di produzione ovvero con cessione a terzi, mediante processi o metodi che non danneggiano l'ambiente né mettono in pericolo la salute umana, nonché la posidonia spiaggiata, laddove reimmessa nel medesimo ambiente marino o riutilizzata a fini agronomici o in sostituzione di materie prime all'interno di cicli produttivi, mediante processi o metodi che non danneggiano l'ambiente né mettono in pericolo la salute umana.

Per la posidonia, tuttavia, l'uso industriale è alternativo alla reimmissione nello stesso ambiente marino, come peraltro già previsto nella circolare n. 883/2019 del Ministero dell'Ambiente sulla gestione degli accumuli di Posidonia oceanica spiaggiati.

Di maggiore interesse per l'edilizia è il riutilizzo della cenere vulcanica, qualificata come "rifiuto speciale" (residuo della pulizia delle strade) con relativo codice CER 200303, che va trattato e conferito in discarica.

Nel momento in cui taluni studi hanno evidenziato il possibile riutilizzo della cenere vulcanica nel campo dell'edilizia per essere impiegata per realizzare **intonaci, malte e pannelli isolanti** grazie alle proprietà di isolamento termico dovute all'elevata porosità dei prodotti piroclastici si è posto il problema del riutilizzo industriale. Invero, detti recenti studi che cominciano ad evidenziare il possibile riutilizzo della cenere vulcanica, soprattutto nel campo dell'edilizia, segnalano un indubbio vantaggio ambientale, ad esempio, in termini di riduzione di emissione di CO_2, di riduzione del consumo di risorse naturali (come il materiale estratto da cava).

Indubbiamente il problema appare territorialmente circoscritto alle città della Sicilia orientale interessate dai parossismi del vulcano Etna. Tuttavia, la frequenza ed intensità di questi hanno posto in primo piano la questione dello smaltimento e un uso industriale potrebbe avere sicuri benefici (riducendo anche la pressione sulle discariche).

Ci si è chiesti così quale percorso potesse essere intrapreso per consentire un uso industriale della cenere vulcanica.

La disciplina in materia di rifiuti si applica ogni qualvolta una sostanza sia qualificabile come rifiuto ai sensi dell'art. 183, comma 1, lett. a). Vi sono poi casi in cui una sostanza non diventa mai rifiuto, per essere uno "scarto" di un processo produttivo: a certe condizioni, si ha dunque un "sottoprodotto" ai sensi dell'art. 184-bis del Codice dell'Ambiente. Quando il "rifiuto" cessa di essere tale ai sensi dell'art. 184-ter, d.lgs. n. 152/2006 (potendo così essere liberamente commercializzato come un prodotto) si parla di *End of Waste*.

La cenere vulcanica, non essendo un sottoprodotto, per essere industrialmente utilizzata avrebbe dovuto seguire il processo c.d. *End Of Waste*.

La norma di riferimento è l'art. 184 quater del d.lgs. n. 152/2006 per il cui comma 1 "Un rifiuto cessa di essere tale, quando è stato sottoposto a un'operazione di recupero, incluso il riciclaggio, e soddisfi i criteri specifici, da adottare nel rispetto delle seguenti condizioni: a) la sostanza o l'oggetto sono destinati a essere utilizzati per scopi specifici; b) esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto; c) la sostanza o l'oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti; d) l'utilizzo della sostanza o dell'oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana". Per il 2° comma della disposizione "I criteri di cui al comma 1 sono adottati in conformità a quanto stabilito dalla disciplina comunitaria ovvero, in mancanza di criteri comunitari, caso per caso per specifiche tipologie di rifiuto attraverso uno o più decreti del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400. I criteri includono, se necessario, valori limite per le sostanze inquinanti e tengono conto di tutti i possibili effetti negativi sull'ambiente della sostanza o dell'oggetto" [31].

Orbene, per il comma 3 dell'art. 184 quater del d.lgs. n. 152/2006 "nelle more dell'adozione di uno o più decreti di cui al comma 2, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui ai decreti del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio in data 5 febbraio 1998, 12 giugno 2002, n. 161, e 17 novembre 2005, n. 269 e l'art. 9-bis, lett. a) e b), del decreto-legge 6 novembre 2008, n. 172, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 dicembre 2008, n. 210".

A tal proposito, il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare aveva emesso una Circolare interpretativa (prot. 1 luglio 2016, n. 10045), fondata in particolare sull'art. 9-bis, lett. a), d.lgs. 6 novembre 2008, n. 172 (convertito in Legge

31 Alcuni regolamenti in effetti sono stati adottati (regolamento recante disciplina della cessazione della qualifica di rifiuto per carta e cartone; gomma vulcanizzata; prodotti assorbenti per la persona; conglomerato bituminoso; combustibili solidi secondari; rottami di ferro, acciaio e alluminio; rottami di vetro; rottami di rame).

30 dicembre 2008, n. 210), che disponeva: "a) fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 181-bis, comma 2, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, le caratteristiche dei materiali di cui al citato comma 2 si considerano altresì conformi alle autorizzazioni rilasciate ai sensi degli articoli 208, 209 e 210 del medesimo decreto legislativo n. 152 del 2006, e successive modificazioni, e del decreto legislativo 18 febbraio 2005, n. 59". La possibilità di definire per singolo impianto i criteri *End Of Waste*, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 184-*ter*, comma 1, per il Ministero spetterebbe alle autorità competenti al rilascio di provvedimenti autorizzativi relativi all'esercizio di impianti di gestione dei rifiuti.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza IV Sez. 8 febbraio 2018, n. 1229, ha invece escluso che le autorità potessero rilasciare autorizzazioni "caso per caso", smentendo così la linea del Ministero.

La situazione di stallo è stata superata dalla legge 2 novembre 2019, n. 128 che ha reintrodotto il "caso per caso", dando la possibilità - in assenza di regolamenti comunitari o decreti ministeriali - alle amministrazioni locali di rilasciare le autorizzazioni End Of Waste nell'ambito dell'adozione dell'Autorizzazione Integrata Ambientale o delle autorizzazioni di cui agli artt. 208, 209 e 211 del Codice Ambiente [32].

La cenere vulcanica sembra soddisfare tutti i criteri dettati dall'art. 184 ter affinché un rifiuto cessi di essere tale: a) la sostanza o l'oggetto sono destinati a essere utilizzati per scopi specifici; b) esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto; c) la sostanza o l'oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti; d) l'utilizzo della sostanza o dell'oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana.

32 Pertanto si è previsto che "in mancanza di criteri specifici adottati ai sensi del comma 2, le autorizzazioni di cui agli articoli 208, 209 e 211 e di cui al titolo III-bis della parte seconda del presente decreto, per lo svolgimento di operazioni di recupero ai sensi del presente articolo, sono rilasciate o rinnovate nel rispetto delle condizioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, e sulla base di criteri dettagliati, definiti nell'ambito dei medesimi procedimenti autorizzatori, che includono: a) materiali di rifiuto in entrata ammissibili ai fini dell'operazione di recupero; b) processi e tecniche di trattamento consentiti; c) criteri di qualità per i materiali di cui è cessata la qualifica di rifiuto ottenuti dall'operazione di recupero in linea con le norme di prodotto applicabili, compresi i valori limite per le sostanze inquinanti, se necessario; d) requisiti affinché i sistemi di gestione dimostrino il rispetto dei criteri relativi alla cessazione della qualifica di rifiuto, compresi il controllo della qualità, l'automonitoraggio e l'accreditamento, se del caso; e) un requisito relativo alla dichiarazione di conformità. In mancanza di criteri specifici adottati ai sensi del comma 2, continuano ad applicarsi, quanto alle procedure semplificate per il recupero dei rifiuti, le disposizioni di cui al decreto del Ministro dell'ambiente 5 febbraio 1998, pubblicato nel supplemento ordinario n. 72 alla Gazzetta Ufficiale n. 88 del 16 aprile 1998, e ai regolamenti di cui ai decreti del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio 12 giugno 2002, n. 161, e 17 novembre 2005, n. 269".

Indubbiamente, l'autorizzazione di cui si è detto è uno strumento complesso, ma tuttavia questa era l'unica strada percorribile finché non è intervenuto l'art. 35 del d.l. 31/05/2021, n. 77 (misure di semplificazione per la promozione dell'economia circolare). Quest'ultimo, al comma 1°, stabilisce che al fine di consentire la corretta gestione dei rifiuti e la migliore attuazione degli interventi previsti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, anche al fine di promuovere l'attività di recupero nella gestione dei rifiuti in una visione di economia circolare come previsto dal nuovo piano d'azione europeo per l'economia circolare, al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, all'articolo 185, comma 1, lettera c), sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: "le ceneri vulcaniche, laddove riutilizzate in sostituzione di materie prime all'interno di cicli produttivi, mediante processi o metodi che non danneggiano l'ambiente né mettono in pericolo la salute umana". In tali ipotesi quindi, la cenere vulcanica non è sottoposta alla disciplina dei rifiuti per essere indirizzata in sostituzione di materie prime all'interno di cicli produttivi, realizzando in tal modo un processo di economia circolare.

5. L'ultima frontiera: la bioedilizia.

In una ulteriore prospettiva, l'economia circolare comporta che la produzione di materie prime non sia legata a fonti "fossili" esauribili, ma, a fonti biologiche rinnovabili. La "bioeconomia" attiene ai processi di produzione a base biologica dove non rileva, pertanto, il "fine vita" dei prodotti ma il loro "inizio vita", iniziando appunto la filiera da quello che la natura offre [33].

La Commissione Europea definisce la bioeconomia come la produzione di risorse biologiche rinnovabili e la trasformazione di tali risorse e dei rifiuti della loro produzione in prodotti a valore aggiunto quali alimenti, mangimi, bioprodotti e bioenergia [34].

Si ritiene che "attraverso la bioeconomia si realizzi un mutamento nel modello prevalente, costituendo essa l'occasione per la realizzazione di ulteriori possibilità di sviluppo del sistema economico se introdotte in armonia con i principi di sostenibilità ambientale ed impiego efficiente delle risorse"[35].

Non solo la bioeconomia ha a monte un impatto favorevole sulle risorse fossili esauribili, ma a valle viene a migliorare il ciclo dei rifiuti, in quanto con il fine vita del prodotto avremo sempre un rifiuto compostabile, riassimilabile in agricoltura,

33 F. de Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. verso uno stato circolare?* , cit., 182 ss.

34 Vedi le Comunicazioni Comm. UE 11.10.2018 (bioeconomia sostenibile per l'Europa), 11.12.2019 (*Green deal* europeo) 11.3. 2020 (un nuovo piano d'azione per l'economia circolare).

35 A. Romeo, *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario nord-sud nell'italia del nuovo millennio*, in *Dir. amm.*, 2020, 807 ss.

pertanto, da dove il processo è partito, realizzando pienamente una economia circolare. La Presidenza del Consiglio dei Ministri nel 2019 ha promosso una Strategia italiana per la Bioeconomia (BIT II), che ha integrato e modificato una prima versione della Strategia, risalente invece al 2017. Inoltre, è stato elaborato il Piano di Azione (2020-2025) per l'attuazione della Strategia Italiana per la bioeconomia redatto dal Gruppo di Coordinamento Nazionale per la Bioeconomia (GCNB) della Presidenza del Consiglio dei Ministri [36].

Si legge nel documento "Strategia italiana per la Bioeconomia" (BIT II), che nel quadro della strategia europea per la bioeconomia, una stretta integrazione tra le politiche settoriali dell'UE principalmente industria, economia circolare, clima ed energia e agricoltura è un fattore essenziale per affrontare gli obiettivi globali dell'UE.

Poiché l'agricoltura svolge un ruolo chiave nella bioeconomia europea, contribuendo con tre quarti degli addetti e due terzi del fatturato, le nuove sinergie che saranno generate dagli strumenti e dalle misure della PAC 2021-2027 dovrebbero liberare il potenziale della bioeconomia nelle aree rurali costiere e urbane. Rientrano in questo contesto la promozione dell'intensificazione di una produzione sostenibile lo sviluppo di biocosmetici, nutraceutici, mangimi biofertilizzanti, fertilizzazione organica dei terreni con digestato e composti, bioprodotti e biomateriali, chimica verde, edilizia, nonché la crescita della bioenergia e dei biocombustibili avanzati [37].

La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio (30/05/2018 2018/852/UE) al 7° considerando prevede "la promozione di una bioeconomia sostenibile può contribuire a ridurre la dipendenza dell'Unione dalle importazioni di materie prime". I bioimballaggi riciclabili e gli imballaggi biodegradabili compostabili potrebbero offrire l'opportunità di promuovere le fonti rinnovabili per la produzione di imballaggi, ove ciò si dimostri vantaggioso in una prospettiva basata sul ciclo di vita". Mentre la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti (30/05/2018 2018/851/UE) al 40°

36 Anche nell'ambito della transizione climatica si individua "la «bioeconomia sostenibile», che serve a favorire i prodotti biologici, attraverso un uso sostenibile delle risorse". Una accelerazione delle politiche a favore della bioeconomia la riveniamo nel Piano nazionale di ripresa e resilienza. Nel PNRR diversi sono i riferimenti (programmatici) alla bioeconomia nell'ambito della fondamentale missione sull'economia circolare la quale dovrà integrare nelle aree di intervento l'ecodesign, ecoprodotti, blue economy, bioeconomia. Vedi: Missione M2C1.1, in particolare Riforme 1.1 (Strategia nazionale per l'economia circolare) e 2.2 (Programma nazionale per la gestione dei rifiuti), Missione M2C1.3, investimento 3.2, lett. e) e Missione M4C2.1, investimento 1.1, iv).

37 ? Sulla bioedilizia v. Comunicazione Comm. UE 2020, cit., secondo cui occorre procedere alla revisione del Regolamento UE in tema di prodotti di costruzione, istituzione di registri digitali per gli edifici, revisione degli obiettivi di recupero dei materiali per i rifiuti di costruzione e demolizione fissati nella legislazione UE, riduzione dell'impermeabilizzazione del suolo.

considerando prevede che "La promozione di una bioeconomia sostenibile può contribuire a ridurre la dipendenza dell'Unione dalle importazioni di materie prime. I prodotti biologici riciclabili e i prodotti biodegradabili compostabili potrebbero pertanto rappresentare un'opportunità per stimolare la ricerca e l'innovazione e sostituire le materie prime ottenute utilizzando combustibili fossili con risorse rinnovabili" [38].

L'art. 57 bis del d.lgs. n. 152/2006, introdotto dal d.l. n. 22/2021 conv. in l. n. 55/2021, istituisce presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Comitato interministeriale per la transizione ecologica (CITE) con il compito di assicurare il coordinamento delle politiche nazionali per la transizione ecologica e la relativa programmazione. Il CITE approva il Piano per la transizione ecologica (PTE), al fine di coordinare fra l'altro le politiche in materia di bioeconomia circolare. Il PTE adottato prevede di agire su più macro-obiettivi e tra questi la transizione verso l'economia circolare e la bioeconomia, passando da un modello economico lineare a un modello circolare, ripensato in funzione di un modello di produzione additiva, in modo da permettere non solo il riciclo e il riuso dei materiali ma anche il disegno di prodotti durevoli, improntando così i consumi al risparmio di materia e prevenendo alla radice la produzione di rifiuti [39].

Va poi ricordato che il comma 10 dell'art. 10 del d.lgs. n. 34/2018 prevede che le regioni promuovano la valorizzazione della bioeconomia forestale e delle produzioni legnose e non legnose di qualità, con particolare attenzione ai servizi ambientali forniti dagli ecosistemi forestali.

Invero, la legislazione regionale si è spinta oltre. La l.r. Campania 28/07/2017, n. 23, all'art. 6 (misure in materia di economia circolare e bioeconomia) stabilisce che la

38 La bioeconomia costituisce priorità della Commissione per un *Green Deal europeo*, sostenuta dalle comunicazioni della Commissione dell'11 ottobre 2018 ("Una bioeconomia sostenibile per l'Europa: rafforzare il collegamento tra economia, società e ambiente"). Nel regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il Fondo sociale europeo Plus (FSE+) e che abroga il regolamento (UE) n. 1296/2013 si prospetta " un'Europa più verde, a basse emissioni di carbonio, tramite il miglioramento dei sistemi di istruzione e di formazione necessari per l'adattamento delle competenze e delle qualifiche, il miglioramento del livello delle competenze per tutti, compresa la manodopera, la creazione di nuovi posti di lavoro in settori collegati all'ambiente, al clima, all'energia, all'economia circolare e alla bioeconomia". Bioeconomia è un obiettivo posto dal regolamento del Parlamento europeo e del consiglio recante norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell'ambito della politica agricola comune (piani strategici della PAC) e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga i regolamenti (UE) n. 1305/2013 e (UE) n. 1307/2013.

39 È pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 30 del 5 febbraio la delibera del Comitato interministeriale per la transizione ecologica (Cite) n. 1/2021 del 28 luglio 2021 "Approvazione della proposta di Piano per la transizione ecologica, ai sensi dell'articolo 57-bis, comma 3 e seguenti, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152". Si prevede inoltre di eliminare al contempo inefficienze e sprechi e promuovere una gestione circolare delle risorse naturali e degli scarti anche in ambito agricolo e più in generale dei settori della bioeconomia.

Regione Campania riconosce e promuove i principi della economia circolare e della bioeconomia quale modello incentrato sulla sostenibilità, sull'efficienza dei processi produttivi, sulla rigenerazione territoriale e fondato sul principio del conseguimento del massimo risultato economico con il minimo spreco di risorse. La Regione incentiva altresì l'implementazione di strategie che, in coerenza con il concetto europeo di Regioni sostenibili di cui al "*Sustainable energy policy*" promosso dal Comitato delle Regioni, e con una concezione innovativa della creazione di valore e di benessere sociale, mettano al centro della propria politica di sviluppo per fattori, la promozione, in tutte le filiere produttive di nuove modalità di crescita economica di tipo circolare, finalizzate a garantire e diffondere la bioeconomia. D'interesse è anche la l.r. Lazio n. 6/2008, ove si prevedono la certificazione di sostenibilità degli interventi di bioedilizia (art 9) e un protocollo regionale sulla bioedilizia (art. 7) [40].
Infine, occorre segnalare che il modello circolare prospettato, nonostante il ragguardevole momento programmatorio, presenta lacune regolatorie [41]. Una

40 Protocollo adottato da tutte le Regioni in conformità al modello "ITACA" elaborato dall'omonimo Istituto. Vedi pure L.R. Abruzzo n. 16/2009, spec. artt. 6, co. 2, 9, co. 3, 13; L.R. Calabria n. 41/2011, spec. art. 8 sui criteri dei materiali da costruzione (e il relativo regolamento sulla certificazione di sostenibilità ambientale degli interventi di bioedilizia, adottata con del. G.R. n. 521/2016); L.R. Friuli Venezia Giulia n. 23/2005 in tema di edilizia sostenibile (e i relativi regolamenti sugli strumenti di indagine territoriale in materia di bioedilizia), e sempre per il Friuli LR. 21/2016, art. 31-bis (introdotto nel 2019), sulla realizzabilità di strutture ricettive in aree naturali purché ecocompatibili. Vedi inoltre la legge regionale siciliana sulla riqualificazione del patrimonio edilizio (c.d. Piano Casa, L.r. Sic. n. 6/2010, spec. artt. 1 e 3, co. 3 e 7) e il c.d. decreto bioedilizia (decreto assessoriale per la definizione delle caratteristiche tecniche costruttive per gli interventi in bioedilizia). Cfr. M. Magri, *Regioni ed economia circolare*, *Giorn. dir. amm.*, 2018, 706.

41 Sulla questione regolatoria dell'economia circolare vedi le riflessioni di F. de Leonardis, *Economia circolare (diritto pubblico)*, cit., 10 s. (banca dati *Pluris*). Per questo Autore "il primo step è quello di una regolazione volta a favorire la ricerca di tali prodotti innovativi (ad esempio sostenendo i relativi programmi anche finanziariamente) con regole chiare e stabili nel tempo in modo da consentire i necessari investimenti in impianti produttivi. Deve essere, poi, prevista una programmazione, ad esempio in materia di agricoltura, finalizzata a favorire la diffusione e l'utilizzazione delle specie (colture autoctone, piante, alghe) e delle biomasse più adatte a livello locale (coltivazioni dedicate a basso impatto o aree marine non fragili) ad essere utilizzate nei processi di bioraffineria per la produzione di prodotti circolari e che eviti di sovvenzionare colture alternative. La regolazione deve, ancora, prevedere una programmazione dell'uso del territorio che provveda all'identificazione di terreni economicamente marginali e/o contaminati in modo tale da prevenire l'uso eccessivo del suolo e dei paesaggi naturali e per non distrarre il capitale naturale dalla fornitura di altri servizi ecosistemici preziosi e sinergici con le politiche regionali e locali e che ad esempio si proponga di riconvertire i siti in declino industriale in bioraffinerie. E, proseguendo ancora, occorrono regole sulla promozione dell'uso efficiente delle biomasse; sull'incentivazione della costruzione di nuove filiere produttive con il mondo agricolo e forestale e che assicurino condizioni competitive nei processi di produzione di biomasse per tutti i partecipanti alla filiera… La tappa finale della regolazione ``circolare'' parte dalla considerazione che spesso i prodotti circolari ``costano'' di più dei loro succedanei (ovviamente ad una considerazione dei costi limitata all'aspetto finanziario: se si tiene conto non solo dei costi di acquisto ma di tutti i costi, compresi quelli di gestione e manutenzione, e delle esternalità anche ambientali si arriva a conclusione opposta) e pertanto occorre ``favorire'' la loro diffusione sul mercato. Ciò può avvenire attraverso tre tipi di misure di intensità progressivamente

maggiore attenzione per tali profili restituirà quella certezza che gli imprenditori richiedono, nella più chiara identificazione nell'economia circolare di processi, prodotti e responsabilità (mettendo a carico del produttore i costi del "fine vita" del prodotto", c.d. EPR) [42]. Ciò è sottolineato anche nelle nuove strategie nazionali per l'economia circolare, per cui occorre dare "indicazioni precise e unificate" individuando strumenti univoci per il riconoscimento dei prodotti sostenibili, come ad esempio le etichette ambientali (come già a livello europeo si sta cercando di promuovere con le Direttiva Ecodesign, Direttiva 2009/125/CE).

crescente: semplici informazioni al consumatore sul valore aggiunto dei prodotti circolari rispetto ai succedanei tradizionali; tassazione di prodotti non verdi al fine appunto di ``incoraggiare il mercato'' nella direzione del prodotto verde (c.d. misure economiche); veri e propri divieti di commercializzazione di succedanei non circolari".

42 F. de Leonardis, *Economia circolare: Saggio su suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare* ?, cit., 163 ss.

L'ECONOMIA CIRCOLARE DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE: LE COMPETENZE LEGISLATIVE REGIONALI NELLA "GESTIONE" DEI MATERIALI SPIAGGIATI

Giacomo Vivoli[*]

ABSTRACT. L'economia circolare è una delle grandi sfide ambientali del futuro; il suo principale obiettivo è quello di minimizzare l'approvvigionamento di materie prime dall'ecosistema tentando anche di riutilizzare, nei limiti nel possibile, materie e sostanze contenuti nei rifiuti. L'oggetto del presente contributo è un tassello particolare del complesso mosaico dell'economia circolare; in particolare vengono analizzate due recenti sentenze della Corte costituzionale che, affrontando due legislazioni regionali simili, si sono risolte in maniera diversa. Entrambe le legislazioni regionali, in nome dell'economia circolare, avevano lo scopo di trovare una soluzione ai residui di posidonia e al legname che le mareggiate depositano sulle spiagge creando problemi nella fruizione turistica.

ABSTRACT. *The circular economy is one of the most important environmental challenges of the future; its purpose is to reduce the supply of raw materials to a minimum, also reusing, as far as possible, materials and substances contained in the waste. This paper deals with a specific piece in the complex mosaic of the circular economy; in particular, two recent decisions of the Constitutional Court are analyzed which, although facing two similar regional legislations, ended in a different way. Both regional legislations, in the name of the circular economy, had the purpose of finding solutions to the posidonia residues and the wood that the storms deposit on the beaches, creating difficulties in the tourist use.*

SOMMARIO: 1. L'economia circolare e il materiale naturale spiaggiato; **2.** Il caso della posidonia oceanica: la legge regionale sarda n. 1/2020 e le censure statali; **3.** La Corte costituzionale e la qualificazione della materia: la posidonia spiaggiata è un rifiuto?; **4.** La legge abruzzese sulla raccolta delle masse legnose: elementi in comune; **5.** La sentenza della Corte costituzionale n. 85/2022 e gli elementi di differenziazione rispetto al caso posidonia; **6.** Conclusioni.

1. Introduzione: l'economia circolare e il materiale naturale spiaggiato.

L'economia circolare rappresenta una delle sfide ambientali del prossimo futuro[1]; sul piano teorico c'è l'apparente semplicità concettuale di una sintesi verbale che in

** Professore a contratto in Diritto dell'ambiente, Università di Firenze.

1 Tra i numerosi contributi sul tema generale dell'economia circolare ci limitiamo a segnalare, tra i più recenti, F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: da "problema" a "risorsa" nel sistema dell'Economia Circolare*, in G.ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 2021, pp. 324-351 (significativo che lo stesso A., molto attento alla tematica, nella edizione precedente del 2015 avesse attribuito allo stesso capitolo il titolo "*I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*"); ID, *Economia circolare: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir.amm.*, 2017, pp. 163 ss; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, n. 1, pp. 493 ss; M.COCCONI, *Un diritto per l'economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, n. 3, pp. 113 ss.

contrapposizione all'economia "tradizionale" lineare vorrebbe, almeno secondo la chiave di lettura più immediata, diminuire il flusso di inutili "sprechi" tentando di reimmettere nel circuito economico, nei limiti del possibile, tutti quei materiali e quelle sostanze che residuano dal ciclo produttivo delle imprese o dall'attività di consumo[2]; dall'altro, sul piano invece giuridico, ossia nella fase di traduzione in regole di diritto e nella loro interpretazione nel caso concreto, possono manifestarsi problematiche che rendono più complicato del previsto l'implementazione dell'economia circolare; come emergerà nel prosieguo del contributo anche iniziative legislative volte a ricercare risposte in nome dell'economia circolare, seppur mirate a perseguire finalità lodevoli, possono sollevare contrasti con la disciplina generale e porre complesse e incerte operazioni interpretative[3].

2 Da un punto di vista concettuale le radici del concetto di circolarità sembrano potersi attribuire a Kenneth Boulding, economista e personaggio poliedrico; in un suo noto articolo del 1966, «*The economics of the coming spaceship Earth*» l'A., in maniera particolarmente lungimirante per l'epoca, richiama la necessità di iniziare a vedere il nostro pianeta come una navicella spaziale (quindi un ecosistema chiuso) e non più come se vi fosse sempre la possibilità di una "ulteriore frontiera" ossia criticando quella che definisce «*cowboy economy*» che non si pone mai il problema degli effetti che produrrà in futuro; significativo che l'A. nel 1966 evidenzi l'esigenza di una "transizione ecologica" che solo più recentemente sembra essere diventata una vera e propria priorità anche nell'agenda politica; in particolare nell'inizio del contributo «*[w]e are now in the middle of a long process of transition in the nature of the image which man has of himself and his environment. Primitive men, and to a large extent also men of the early civilizations, imagined themselves to be living on a virtually illimitable plane. There was almost always somewhere beyond the known limits of human habitation, and over a very large part of the time that man has been on earth, there has been something like a frontier. That is, there was always some place else to go when things got too difficult, either by reason of the deterioration of the natural environment or a deterioration of the social structure in places where people happened to live. The image of the frontier is probably one of the oldest images of mankind, and it is notsurprising that we find it hard to get rid of*»; richiama il pensiero dell'A. anche in questa rivista G.MARCHIANO', *L'economia circolare con particolare attenzione ai rifiuti urbani, ex D.L. n. 121 del 3 settembre 2020*, n. 1, 2022; per una efficace sintesi delle prime critiche ambientali degli anni '60, oltre al pensiero di Boulding, cfr. M.T.MOSSELLO, *L'emergenza delle questione ambientale e la formazione di un nuovo paradigma*, in AA.VV., *Economia, ambiente e sviluppo sostenibile*, 2014, pp. 47-63.

3 Il contributo si sofferma soltanto su problematiche legate al diritto interno italiano ma la "sfida" economia circolare si inserisce in una strategia più ampia portata avanti dall'UE; limitandosi a fornire qualche riferimento minimo possiamo citare il Green Deal Europeo (Comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2019) e il Piano d'azione UE sull'economia circolare 2020 (Comunicazione della Commissione dell'11 marzo 2020) nonché la successiva Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 sul nuovo piano d'azione per l'economia circolare; sul piano normativo si ricorda invece il cd "pacchetto economia circolare" che si è tradotto quattro direttive UE (2018/849, 2018/850, 2018/851 e 2018/852) entrate in vigore il 4 luglio 2018 che, a sua volta hanno modificato sei precedenti direttive e, segnatamente, quella su rifiuti (2008/98/Ce), imballaggi (1994/62/Ce), discariche (1999/31/Ce), rifiuti elettrici ed elettronici (2012/19/Ue), veicoli fuori uso (2000/53/Ce) e pile (2006/66/Ce); le direttive dovevano essere recepite dagli stati membri entro il 5 luglio 2020 e l'Italia ha adeguato il proprio ordinamento interno il 3 settembre 2020; più in particolare con il D.Lgs. 116/2020 ha attuato le direttive UE 2018/851 e 2018/852 (rifiuti e imballaggi), con il D.Lgs. 118/2020 ha attuato gli artt. 2 e 3 della direttiva UE 2018/849 (pile e RAEE), con il D.Lgs. 119/2020 ha attuato l'art. 1 della direttiva UE 2018/849 (veicoli fuori uso) e, infine, con il D.lgs. 121/2020 ha attuato la direttiva UE 2018/850 (discariche); il recepimento delle direttive ha prodotto anche significative modifiche nel D.Lgs. 152/2006 e infatti, alcuni riferimenti legislativi inziali dei due casi analizzati, sono stati modificati tra la presentazione del ricorso e la decisione (v. *infra*).

Per citare alcuni recenti esempi di "complicazioni" del sistema è sufficiente ricordare come in ambiti distinti ma non così distanti, due decisioni giurisprudenziali abbiano improvvisamente introdotto nel circuito economico elementi di incertezza e di destabilizzazione - se non addirittura di paralisi - in alcuni tasselli del complesso mosaico dell'economia circolare.

Come primo esempio può essere ricordata la sentenza n. 1229/2018 del Consiglio di Stato[4] che ha posto in crisi[5] il settore *end of waste* per quelle attività di recupero che non trovavano una disciplina nei regolamenti UE e nei decreti ministeriali dichiarando che la Regione, in tali circostanze, non avrebbe avuto titolo per concedere una autorizzazione "caso per caso"[6]; la posizione "centralista" assunta dalla giurisprudenza amministrativa si è sviluppata in via interpretativa nel silenzio del legislatore statale che non affermava né negava la possibilità di uno spazio regionale in tale situazione; la questione è stata poi risolta dal legislatore, seppur con un certo affanno[7], e l'attuale art. 184-ter del D.Lgs. n. 152/2006 prevede un meccanismo che introduce un bilanciamento tra autonomia regionale nel rilascio di autorizzazioni caso per caso e controlli.

Come ulteriore esempio problematico attinente sempre l'economia circolare può essere ricordata la sentenza n. 27958/2017 della Cassazione penale che ha invece fortemente irrigidito l'attività di spandimento fanghi in agricoltura[8]; in qual caso il problema interpretativo era sorto in funzione di concentrazioni significative di idrocarburi rilevate nei fanghi ma con con tali sostanze che non risultavano indicate nella legislazione speciale contenute nel D.Lgs. n. 99/1992; a fronte della situazione di fatto non disciplinata dal diritto, i giudici, nell'affrontare la questione in sede

4 Per commenti alla sentenza cfr A.MURATORI, *Una doccia fredda del Consiglio di Stato sulla competenza delle Regioni a sancire l'end of waste mediante provvedimenti autorizzativi*, in *Amb. & Sviluppo*, 2018, n. 4, p. 225-230; R.GUBELLO, *La regione non può decidere quando un rifiuto non è più rifiuto*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2018, n. 2, p. 374-382.

5 C.FABRIS,A.MAZZI, *"End of waste": dopo lo stop ai criteri regionali caso per caso, lo stato intervenga in fretta, Riv.Giur.Amb.*, 2018, n. 4, p. 689-705.

6 Limitandosi a riportare il passaggio più significativo della sentenza n. 1229/2018 del Consiglio di Stato dove esclude qualsiasi spazio regionale autonomo «*il destinatario del potere di determinare la cessazione della qualifica di rifiuto è, per la Direttiva, lo "Stato", che assume anche obbligo di interlocuzione con la Commissione*».

7 Prima il legislatore statale è intervenuto sull'art. 183-ter co. 3 del D.Lgs. 152/2006 con il DL n. 32/2019 (cd. "Sblocca cantieri) convertito in L. n. 55/2019 ma il risultato complessivo non è stato ritenuto del tutto soddisfacente (cfr. E.FERRERO, *Lo sblocca end of waste: molto rumore per nulla?*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2019, n. 3, pp. 605-617); con il successivo D.L. n. 101/2019 (c.d. "Salva imprese"), convertito con modificazioni in L. 128/2019 il legislatore è intervenuto in maniera più incisiva sull'art. 183-ter innovandolo significativamente (cfr G.BIASUTTI, *Autorizzazioni ambientali ed end of waste. Tra procedimenti amministrativi sui generis e garanzie in favore del privato*, in *federalismi.it*, n. 29/2020, pp. 17-42; A.MURATORI, *Autorizzazioni end of waste; lo sblocco arriva dalla conversione del Decreto "Salva imprese"*, in *Amb. & Sviluppo*, 2019, n. 11, pp. 805-806); si giunge poi alla versione vigente dell'art. 183-ter con il D.L. 77/2021 (cd. "Semplificazioni") convertito in L. n. 108/2021 che di nuovo riforma il co. 3 e abroga alcuni commi inseriti in precedenza.

8 Per una ricostruzione della complessa vicenda G.VIVOLI, *Gestione dei fanghi di depurazione: dalla sentenza n. 27958/2017 della Cassazione penale al D.L. 109/2018 (cd decreto Genova)*, in S.BUDELLI (a cura di), *La società del rischio e il governo dell'emergenza*, 2020, pp. 149-184.

cautelare, hanno ritenuto dover applicarsi in via interpretativa i limiti previsti per la bonifica dei siti contaminati; tuttavia la decisione ha creato una paralisi del sistema in quanto l'applicazione di tali parametri, pensati per finalità e con logiche diverse, aveva reso molto problematica l'attività di spandimento dei fanghi[9].

Nel ricostruire il complesso perimetro dell'economia circolare si potrebbero citare anche la subdola problematica relativa all'obsolescenza programmata dei prodotti tecnologici[10], la qualificazione giuridica del sottoprodotto (meccanismo che agisce invece durante il ciclo produttivo)[11] e, infine, la preparazione per il riutilizzo dei rifiuti[12]; infine, *last but non least*, si consideri come ulteriore tassello anche la recentissima L. n. 60 del 17 maggio 2022 (cd "Salva mare") - pubblicata in G.U. n. 134

9 Peraltro a differenza della questione *end of waste*, nel caso dello spandimento fanghi in agricoltura la situazione legislativa non ha trovato ancora una sua soluzione definitiva in quanto resta ancora in vigore quanto previsto dal Governo, al fine di superare la situazione emergenziale, con l'art. 41 del DL 109 del 28 settembre 2018 (cd. Decreto Genova); ma tale disciplina era stata concepita come provvisoria «*nelle more di una revisione organica della normativa di settore*»; per approfondimenti anche in ottica del contenzioso costituzionale cfr in questa rivista G.VIVOLI, *La giurisprudenza costituzionale e amministrativa limitano le competenze regionali nello spandimento fanghi in agricoltura*, 2021, n. 4, pp. 206-221.

10 Vale a dire la pianificazione del suo tempo di vita in modo da anticiparne scientificamente il malfunzionamento ad una data precedente a quella che sarebbe la sua vita "naturale" e incentivando il riacquisto in funzione di un costo della riparazione eccessivo; oltre al già vigente regolamento UE 2021/341 della Commissione (la direttiva 2009/125/CE conferisce alla Commissione il potere di stabilire le specifiche per la progettazione ecocompatibile dei prodotti connessi all'energia), per affrontare la complessa questione il 30 marzo 2020 la Commissione ha presentato una proposta che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione.

11 A differenza dell'*end of waste* che prima assume la qualifica di rifiuto e poi, previa attività di recupero, la perde potendo quindi rientrare nel circuito economico e trattato come qualsiasi altra materia prima o bene, il sottoprodotto non assume mai la qualifica di rifiuto; il sottoprodotto è oggi disciplinato dall'art. 182-bis del D.Lgs. 152/2006 che richiede siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) la sostanza o l'oggetto è originato da un processo di produzione, di cui costituisce parte integrante, e il cui scopo primario non è la produzione di tale sostanza od oggetto;

b) è certo che la sostanza o l'oggetto sarà utilizzato, nel corso dello stesso o di un successivo processo di produzione o di utilizzazione, da parte del produttore o di terzi;

c) la sostanza o l'oggetto può essere utilizzato direttamente senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale;

d) l'ulteriore utilizzo è legale, ossia la sostanza o l'oggetto soddisfa, per l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell'ambiente e non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o la salute umana.

In tema di sottoprodotto è utile ricordare il percorso interpretativo della Corte di Giustizia UE che, nel tempo, ha assunto posizioni diametralmente opposte; in una prima fase storica la Corte ha preso una posizione di netta chiusura rispetto alla possibilità di poter escludere dal concetto di rifiuto qualsiasi "scarto" non voluto derivante da un ciclo produttivo; la logica sottesa a tale posizione era quella di estendere al massimo il concetto di rifiuto nel timore che prevedere casi di esclusione avrebbe introdotto elementi di rischio nel sistema; emblematica la motivazione della Corte nella sentenza del 28 marzo 1990 cause C-206/88 e 207/88 (*Vezzoso, Zanetti G.*) che trae origine da domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata della pretura di Asti nell'ambito di un procedimento penale a carico di esercenti di imprese di trasporto accusate di aver trasportato talune sostanze per conto di terzi, senza

del 10 giugno ed entrata in vigore il 25 giugno – destinata a risanare l'ecosistema marino e promuovere l'economia circolare mediante anche la diffusione di comportamenti virtuosi «*volti alla prevenzione dell'abbandono dei rifiuti in mare, nei laghi, nei fiumi e nelle lagune e alla corretta gestione dei rifiuti medesimi*»; di quest'ultima novità legislativa se ne darà brevemente conto nelle conclusioni.

Tratteggiata in linea generale la dimensione dell'economia circolare, lo scopo del presente contributo è analizzare due sentenze della Corte costituzionale che si concludono con esiti diversi nonostante le regolazioni regionali contestate presentassero finalità simili ed elementi affini; denominatori comuni sono la localizzazione dei materiali nonché la natura della loro origine; difatti sia nel caso della posidonia marina (legge sarda) sia in quello del legname (legge abruzzese), i materiali si trovano collocati sulla spiaggia; ed inoltre, a differenza di quanto almeno in genere accade nell'ambito dei rifiuti, non è l'azione dell'uomo che determina la presenza dei materiali sul litorale, ma sono gli eventi naturali quali, in particolare, le mareggiate.

L'origine naturale dei materiali dovuta all'azione della natura pone una preliminare riflessione sulla situazione oggetto di regolazione in quanto la disciplina generale dei rifiuti nasce e si fonda sul fatto che la presenza di materiali o sostanze nell'ambiente è conseguenza di una attività umana, che sia questa di produzione o di

---

previa autorizzazione; gli imputati sostenevano che le sostanze trasportate non erano qualificabili come rifiuti in base alla disciplina italiana allora vigente (DPR n. 915 del 10 settembre 1982) in quanto non sarebbero state né abbandonate né destinate all'abbandono in quanto sarebbero state suscettibili di riutilizzo economico; la Corte risolse la cruciale questione prima affermando che le direttive allora vigenti si riferivano a sostanze ed oggetti di cui il detentore si disfaceva ma «*senza distinguere a seconda dell'intenzione del detentore*» e poi sancendo che «*[l]o scopo essenziale delle direttive 75/442 e 78/319, enunciato rispettivamente nel loro terzo e quarto considerando, vale a dire la protezione della salute umana e dell'ambiente, sarebbe compromesso qualora l'applicazione delle due direttive dipendesse dall'intenzione del detentore di escludere o no una riutilizzazione economica, da parte di altre persone, delle sostanze o degli oggetti di cui egli si disfa*» (punto n, 12); principio ribadito nella sentenza dello stesso giorno causa C- 359/88 (*Zanetti E. ed altri*) su ordinanza promossa dalla pretura di San Vito al Tagliamento su caso simile al precedente (punto 13).

Successivamente la Corte ha però mutato orientamento smussando il "dogma" della impossibilità di esclusione dal concetto di rifiuto; con la nota sentenza del 18 aprile 2002, C-9/00 (*Palin Granit*) la Corte individua e distingue la categoria del sottoprodotto ossia quella sostanza che, seppur estranea all'oggetto principale del ciclo produttivo, l'impresa ha intenzione comunque sfruttarla «*in un processo successivo, senza operare trasformazioni preliminari*»; in questa prima fase la Corte elabora il concetto di sottoprodotto, distinguendolo quindi dal rifiuto, ma subordinando l'eccezione al limite stringente di poterlo solo essa stessa riutilizzare in un suo processo ulteriore; successivamente però la Corte ha ammorbidito questa sua interpretazione prevedendo prima la possibilità di utilizzo sempre da parte della stessa impresa ma in un processo diverso (sentenza CGUE 15 gennaio 2004, C-235/02, *Saetti e Frediani*) e poi la possibilità che il sottoprodotto potesse invece anche essere utilizzato nel ciclo di produzione di altre imprese (sentenza CGUE 8 settembre 2005, C-416/02 e C-121/03, *Commissione vs Regno di Spagna)*.

A questo punto si può comprendere meglio l'utilità della ricostruzione storica che mette in evidenza come l'attuale art. 182-bis del D.Lgs. 152/2006 sia la cristallizzazione in disposizione legislativa dei criteri interpretativi elaborati dalla CGUE in materia di sottoprodotto.

12 A.MURATORI, *Preparazione per il riutilizzo dei rifiuti: un "pilastro" finora troppo debole dell'economia circolare*, in *Ambiente & sviluppo*, 2022, n. 4, pp. 245-250.

consumo; nel primo caso l'impresa, come noto, prima acquisisce la materie prime necessarie per lo svolgimento del ciclo di produzione ma questo, oltre al bene oggetto di attività, genera anche un effetto collaterale non voluto, uno "scarto" o, economicamente parlando, una esternalità negativa; a valle del sistema il rifiuto deriva anche come "scarto" dell'attività di consumo quotidiana posta in essere tutte le persone fisiche.

Le due legislazioni regionali pongono il seguente quesito: un materiale naturale, depositato in un luogo a seguito di eventi naturali è considerabile giuridicamente un rifiuto[13]?

Le sentenze offrono inoltre spunti di riflessione sulla ripartizione di competenza legislativa tra Stato e Regioni nell'ambito della "materia" tutela dell'ambiente e dell'ecosistema; nelle conclusioni finali, dopo una ricostruzione del quadro normativo di riferimento, si darà brevemente conto anche degli effetti della recentissima legge n. 66/2022 (cd "Salvamare").

2. Il caso della posidonia oceanica: la legge regionale sarda n. 1/2020 e le censure statali.

Con la sentenza n. 86/2021 la Corte costituzionale ha affrontato un ricorso promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri che contestava l'art. 1, co. 1, 4, 5 e 8 della L.R. Sardegna n. 1 del 21.02.2020[14]; a giudizio del ricorrente l'intervento legislativo sarebbe risultato in violazione dell'art. 117 co. lett. s) - che, come noto, attribuisce alla competenza legislativa esclusiva statale la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema - nonché degli artt. 3 e 4 della legge cost. n. 3 del 1948[15].

Al fine di chiarire con maggior precisione i profili di contrasto occorre considerare come con tale intervento legislativo la Regione Sardegna ricercava una soluzione ai residui di posidonia oceanica depositata sulle spiagge che possono risultare elemento negativo per lo svolgimento dell'attività turistica[16] in particolare quando questi «*impediscano la regolare fruizione delle spiagge durante la stagione estiva*»[17]; la posidonia spiaggiata viene qualificata dal legislatore regionale come «*strumento di difesa naturale contro l'erosione costiera*» e, in perfetta armonia con la filosofia sottesa all'economia circolare , «*risorsa riutilizzabile*»[18].

L'elemento che solleva la censure più acute del ricorrente è la parte della disposizione regionale che attribuisce la possibilità per i comuni interessati –

13 Il rifiuto viene definito dall'art. 183 co. 1 lett. a) del D.Lgs. 152/2006 come «*qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o abbia l'obbligo di disfarsi*».
14 Denominata "Disposizioni sulla gestione della posidonia spiaggiata".
15 Statuto speciale della Regione Sardegna.
16 Come evidenziato nella circolare prot. n. 8838 del 2019 del MATTM (oggi MITE) la problematica principale degli accumuli sul litorale di posidonia oceanica è, oltre che estetica, di natura odorigena e, in particolare, si pone «*in prossimità di centri abitati a vocazione turistica, [dove] i fruitori delle spiagge non sempre gradiscono la presenza di tali accumuli, in particolare quando gli stessi sono frammisti a rifiuti di origine antropica o comunque quando l'innescarsi dei naturali processi di degradazione batterica danno origine a cattivi odori*»
17 Art. 1, co. 1, L.R. Sardegna n. 1/2021.
18 *Ibidem.*

direttamente o avvalendosi dei titolari delle concessioni demaniali - di procedere, solo previa comunicazione agli uffici competenti regionali e statali, allo «*spostamento temporaneo dei relativi accumuli in zone idonee dello stesso arenile o, qualora non disponibili, in aree idonee appositamente individuate all'interno del territorio del comune*»[19].

Dalla previsione legislativa regionale emergerebbero, a giudizio del ricorrente, alcuni punti di frizione con le disposizioni in materia di gestione dei rifiuti contenute nel D.Lgs. 152/2006 espressione, quest'ultimo, della competenza legislativa esclusiva statale in tutela dell'ambiente; proprio da tali contrasti conseguirebbe l'illegittimità della disposizione violazione dell'art. 117 co. 2 lett. s) della Costituzione.

Più precisamente il ricorrente individua tra le disposizioni violate dal legislatore regionale l'art. 184 co. 2 lett. d) D.Lgs. 152/2006 che qualifica come rifiuti urbani quelli di «*qualunque natura o provenienza, giacenti sulle strade ed aree pubbliche o sulle strade ed aree private comunque soggette ad uso pubblico o sulle spiagge marittime e lacuali e sulle rive dei corsi d'acqua*»[20].

Utile ricordare come le peculiarità della posidonia marina aveva spinto il legislatore nazionale a prevedere una disciplina specifica inserita tra le disposizioni transitorie e finali contenute nell'art. 39 co. 11 del D.Lgs. 205/2010 e ancora in vigore; in base ad esso «*[f]atta salva la disciplina in materia di protezione dell'ambiente marino e le disposizioni in tema di sottoprodotto, laddove sussistano univoci elementi che facciano ritenere la loro presenza sulla battigia direttamente dipendente da mareggiate o altre cause comunque naturali, è consentito l'interramento in sito della posidonia e delle meduse spiaggiate, purché ciò avvenga senza trasporto né trattamento*».

Inoltre, a completamento del quadro normativo nazionale che il ricorrente ritiene leso, viene citato l'art. 183 co. 1, lett. n) del D.Lgs. 152/2006 che ha la funzione di definire l'ambito dell'attività di gestione indicando che in essa vi sono ricomprese «*la raccolta, il trasporto, il recupero, compresa la cernita, e lo smaltimento dei rifiuti, compresi la supervisione di tali operazioni e gli interventi successivi alla chiusura dei siti di smaltimento, nonché le operazioni effettuate in qualità di commerciante o intermediari*»[21]; la disposizione prosegue però anche individuando alcune operazioni che, in via eccezionale, risultano essere invece escluse dall'attività di gestione dei rifiuti; esse sono «*le operazioni di prelievo, raggruppamento, selezione e deposito preliminari alla raccolta di materiali o sostanze naturali derivanti da eventi atmosferici o meteorici, ivi incluse mareggiate e piene, anche ove frammisti ad altri materiali di origine antropica effettuate, nel tempo tecnico strettamente necessario, presso il medesimo sito nel quale detti eventi li hanno depositati*».

Richiamati i principali riferimenti della legislazione statale sulla gestione dei rifiuti emergono in maniera più chiara i profili di frizione su cui puntano le censure

19 *Ibidem*

20 Il riferimento legislativo è quello indicato nel ricorso introduttivo; l'evoluzione legislativa ha poi modificato la forma ma non la sostanza; in particolare a seguito dell'art. 1, co. 9, lett. a) del D.Lgs. n. 116/2020 il riferimento del ricorrente è diventato l'art. 183, co. 1 lett. b-ter) n. 4 del D.lgs. n. 152/2006.

21 Si precisa che il riferimento normativo risulta quello attualmente vigente e modificato, rispetto al ricorso introduttivo, dall'art. 1, co. 9. Lett. e) del D.Lgs. n. 116/2020 che, nel sostituire l'art. 183, co. 1, lett. n) del D.Lgs. 152/2006 ha inserito la cernita tra le attività espletabili in relazione alle operazioni di recupero e ha incluso la selezione dei materiali tra le attività non ricomprese nella gestione dei rifiuti.

rispetto alle disposizioni regionali oggetto di ricorso; un primo concreto contrasto giuridico può essere evidenziato nel fatto che la disciplina nazionale esclude dalla gestione dei rifiuti alcune operazioni su materiali o sostanze naturali derivanti da mareggiate ma pone come *condicio sine qua non* che siano effettuate nel medesimo luogo dove gli eventi naturali li hanno depositati (art. 183 co. 1 lett. n); invece la disposizione regionale sarda prevede anche la possibilità di uno spostamento temporaneo in aree diverse ponendo come limite il territorio comunale; ma in tal caso, ossia in caso di movimentazione del materiale, l'Avvocatura sostiene che ciò qualificherebbe una vera e propria attività di gestione dei rifiuti in quanto non risulta possibile farla ricadere nelle attività eccezionalmente escluse ex art. 183 co .1 lett. n) del D.Lgs. 152/2006; di conseguenza chi pone in essere l'operazione di spostamento dovrà necessariamente rispettare tutte le condizioni imposte dal legislatore per chi trasporta rifiuti senza che possa essere ritenuta sufficiente, come prevede invece la disposizione regionale, una preventiva comunicazione agli uffici competenti regionali e statali.

In sintesi a giudizio del ricorrente la disposizione regionale estenderebbe, in violazione dell'art. 117 co. 2. lett. s) della Costituzione, l'alveo delle attività escluse dall'attività di gestione dei rifiuti prevedendo una possibile operazione di movimentazione di posidonia fuori dal sito in cui gli eventi atmosferici l'hanno depositata senza che chi la ponga in essere sia tenuto a rispettare i dettami dell'art. 193 del D.lgs. n. 152/2006 in relazione all'attività di trasporto dei rifiuti.

Sul piano normativo il ricorrente statale non manca di evidenziare come proprio al fine di indicare alle regioni le corrette modalità di gestione degli accumuli di posidonia il Ministero dell'Ambiente (adesso MITE) abbia emanato le circolari prot. n. 8123 del 17 marzo 2006 e la n. 8838 del 20 maggio 2019.

Viene anche puntualizzato come la disposizione risulterebbe comunque in contrasto con la legislazione statale anche se con l'espressione «*aree idonee appositamente individuate all'interno del territorio del comune*» il legislatore regionale avesse voluto riferirsi al concetto di deposito temporaneo ex art. 183 co. 1 lett. bb) del D.Lgs. n. 152/2006; esso viene definito come il raggruppamento dei rifiuti ai fini del trasporto degli stessi in un impianto di recupero e/o smaltimento, effettuato, prima della raccolta ai sensi dell'articolo 185-bis[22]; quest'ultimo, a sua volta, individua le specifiche condizioni che devono essere rispettate affinché la situazione posta in essere possa essere davvero qualificata come vero e proprio deposito temporaneo[23] e, per quanto interessa ai fini del presente contributo, è sufficiente richiamare come sia

22 Articolo introdotto dall'art. 1, co. 14, del D.Lgs. n. 116 del 2020.

23 Ai sensi dell'art. 185 co. 1 D.Lgs. 152/2006 il deposito temporaneo prima della raccolta deve rispettare le seguenti condizioni:
a) il raggruppamento deve essere effettuato nel luogo in cui i rifiuti sono prodotti, da intendersi quale l'intera area in cui si svolge l'attività che ha determinato la produzione dei rifiuti o, per gli imprenditori agricoli di cui all'articolo 2135 del codice civile, presso il sito che sia nella disponibilità giuridica della cooperativa agricola, ivi compresi i consorzi agrari, di cui gli stessi sono soci;
b) esclusivamente per i rifiuti soggetti a responsabilità estesa del produttore, anche di tipo volontario, il deposito preliminare alla raccolta può essere effettuato dai distributori presso i locali del proprio punto vendita;

richiesto che il raggruppamento sia effettuato «*nel luogo in cui i rifiuti sono prodotti, da intendersi quale l'intera area in cui si svolge l'attività che ha determinato la produzione dei rifiuti*»[24].

Utile ricordare come il deposito temporaneo, laddove tutte le condizioni previste dal legislatore nazionale siano rispettate, è escluso dall'attività di gestione dei rifiuti e pertanto non richiede alcuna autorizzazione da parte dell'autorità competente[25]; pertanto la puntualizzazione da parte del ricorrente è volta a rimarcare come l'espressione vaga utilizzata dal legislatore regionale «*aree idonee appositamente individuate all'interno del territorio del comune*» risulterebbe in violazione della disciplina statale anche se, in ipotesi, si volesse ricondurla al concetto di deposito temporaneo in quanto, anche per esso, vale il principio dell'esclusione dall'attività di gestione dei rifiuti solo alla condizione che non vi sia uno spostamento rispetto al luogo di produzione (o, in questo caso, di accumulo sulla spiaggia).

Le censure statali si rivolgono anche ad altre disposizioni regionali quali il co. 4 che, in caso di spostamento, impone il divieto di procedere al suo smaltimento in discarica; sotto un certo punto di vista tale vincolo categorico sembra essere la naturale conseguenza della concezione del legislatore regionale che, nell'ottica dell'economia circolare, ha qualificato la posidonia spiaggiata risorsa riutilizzabile e non la concepisce, sbagliando o meno, quale rifiuto; appare quindi evidente che lo spostamento per consentire una miglior fruizione delle spiagge con destinazione la discarica non sarebbe risultato coerente con la visione della posidonia quale non rifiuto e stridente con l'approccio "circolare" della legislazione regionale; tuttavia tale divieto, in aggiunta alla considerazione appena fatta, confligge con una problematica di natura tecnico economica su cui si rivolgono le censure statali sempre per violazione delle disposizioni contenute nel D.Lgs. 152/2006.

Difatti già l'art. 179 definisce una precisa gerarchia nelle priorità di gestione dei rifiuti partendo dalla prevenzione (quindi produrne il meno possibile) sino a

---

c) per i rifiuti da costruzione e demolizione, nonché per le filiere di rifiuti per le quali vi sia una specifica disposizione di legge, il deposito preliminare alla raccolta può essere effettuato presso le aree di pertinenza dei punti di vendita dei relativi prodotti.

L'art. 185 co. 2 aggiunge che «*il deposito temporaneo prima della raccolta è effettuato alle seguenti condizioni:*

a) i rifiuti contenenti gli inquinanti organici persistenti di cui al regolamento (CE) 850/2004, e successive modificazioni, sono depositati nel rispetto delle norme tecniche che regolano lo stoccaggio e l'imballaggio dei rifiuti contenenti sostanze pericolose gestiti conformemente al suddetto regolamento;

b) i rifiuti sono raccolti ed avviati alle operazioni di recupero o di smaltimento secondo una delle seguenti modalità alternative, a scelta del produttore dei rifiuti: con cadenza almeno trimestrale, indipendentemente dalle quantità in deposito; quando il quantitativo di rifiuti in deposito raggiunga complessivamente i 30 metri cubi di cui al massimo 10 metri cubi di rifiuti pericolosi. In ogni caso, allorché il quantitativo di rifiuti non superi il predetto limite all'anno, il deposito temporaneo non può avere durata superiore ad un anno;

c) i rifiuti sono raggruppati per categorie omogenee, nel rispetto delle relative norme tecniche, nonché, per i rifiuti pericolosi, nel rispetto delle norme che disciplinano il deposito delle sostanze pericolose in essi contenute;

d) nel rispetto delle norme che disciplinano l'imballaggio e l'etichettatura delle sostanze pericolose».

24 Anche nella concezione del deposito temporaneo, ancor più che nella definizione di rifiuto, emerge come l'istituto sia pensato fisiologicamente in funzione di attività umane di impresa e non per la gestione di rifiuti causati da eventi naturali.

25 Art. 185 co. 3 del D.Lgs. 152/2006.

giungere, come criterio residuale, allo smaltimento in discarica[26]; occorre però ricordare come nell'art. 182 del TUA il legislatore abbia previsto una specifica verifica procedurale per "giustificare" lo smaltimento; verifica che consiste nell'accertamento da parte dell'autorità competente «*della impossibilità tecnica ed economica di esperire le operazioni di recupero di cui all'articolo 181*».

La disposizione prosegue offrendo elementi descrittivi che possano orientare e informare l'attività dell'autorità competente al fine della verifica da porre in essere; in particolare viene indicato come la verifica debba essere orientata a valutare «*la disponibilità di tecniche sviluppate su una scala che ne consenta l'applicazione in condizioni economicamente e tecnicamente valide nell'ambito del pertinente comparto industriale, prendendo in considerazione i costi e i vantaggi, indipendentemente dal fatto che siano o meno applicate o prodotte in ambito nazionale, purché vi si possa accedere a condizioni ragionevoli*»; quindi il legislatore statale, se da un lato concepisce lo smaltimento dei rifiuti come criterio residuale, dall'altro, più pragmaticamente, considera anche l'esistenza di situazioni che lo possono rendere, eccezionalmente, l'unica possibilità "ragionevole" in funzione dello stato delle tecnica e del rapporto costi/benefici; in sintesi vi possono essere casi in cui la miglior opzione o l'unica soluzione può essere solo lo smaltimento.

Da qui la censura del ricorrente sulla disposizione regionale sarda che, invece, qualora si procedesse allo spostamento della posidonia marina spiaggiata, vieterebbe in assoluto lo smaltimento in discarica escludendo qualsiasi valutazione dell'autorità competente sulla esistenza o meno delle condizioni tecniche ed economiche di esperire operazioni di recupero.

Il ricorrente statale si lamenta anche dell'art. 1 co. 5 della L.R. sarda il quale dispone che: *Tutte le operazioni di raccolta, spostamento e riposizionamento sono effettuate previa separazione della sabbia dal materiale organico, con rimozione dei rifiuti frammisti di origine antropica al fine del recupero della sabbia da destinare al ripascimento dell'arenile di provenienza. Tale vagliatura può avvenire nella spiaggia di prelievo o nel sito in cui è conferita la posidonia*.

In questo caso rientra in gioco la questione già analizzata del possibile spostamento della posidonia rispetto alla spiaggia in cui gli eventi naturali l'hanno depositata; a giudizio del ricorrente l'operazione di vagliatura della posidonia, al duplice scopo di recuperare la sabbia per il ripascimento delle spiagge e di separare i rifiuti di origine antropica, potrebbe essere considerata esclusa dalla gestione dei rifiuti ma solo se compiuta nello stesso sito di deposito naturale e non se effettuata, come invece rende possibile la legislazione regionale, anche «*nel sito in cui è conferita la posidonia*».

L'ultimo rilievo attiene al co. 8 che dispone l'applicazione dell'art. 185, co. 1, lett. f) del D.Lgs. 152/2006 per i «*prodotti costituiti di materia vegetale di provenienza agricola o forestale, depositata naturalmente sulle sponde di laghi e fiumi e sulla battigia del mare,*

26 I criteri individuati nell'art. 179 D.Lgs. 152/2006 per la gestione dei rifiuti sono, nell'ordine, la prevenzione, la preparazione per il riutilizzo, il riciclaggio, il recupero di altro tipo (es: recupero di energia) e, per ultimo, lo smaltimento.

derivanti da eventi atmosferici o meteorici, ivi incluse mareggiate e piene, anche ove frammisti ad altri materiali di origine antropica»; l'art. 185 del TUA prevede i casi di esclusione dell'ambito di applicazione della gestione dei rifiuti.

In particolare l'art. 185, co. 1, lett. f), a cui rimanda la disposizione regionale contestata, individua tra le esclusioni «*….la paglia e altro materiale agricolo o forestale naturale non pericoloso quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo, gli sfalci e le potature effettuati nell'ambito delle buone pratiche colturali, utilizzati in agricoltura, nella silvicoltura o per la produzione di energia da tale biomassa, anche al di fuori del luogo di produzione ovvero con cessione a terzi, mediante processi o metodi che non danneggiano l'ambiente né mettono in pericolo la salute umana, nonché la posidonia spiaggiata, laddove reimmessa nel medesimo ambiente marino o riutilizzata a fini agronomici o in sostituzione di materie prime all'interno di cicli produttivi, mediante processi o metodi che non danneggiano l'ambiente né mettono in pericolo la salute umana*»[27].

In sintesi la disposizione regionale avrebbe illegittimamente esteso i casi di esclusione tassativamente individuate nell'art. 185 del TUA prevedendo che vi rientrassero anche materiali diversi da quelli ivi indicati.

3. La Corte costituzionale e la qualificazione della materia: la posidonia spiaggiata è un rifiuto?

Al di là dello scontro "concreto" sul possibile spostamento della posidonia, permesso dalla disposizione regionale e vietato da quella statale, la prima questione che la Corte costituzionale è tenuta a chiarire è se la disciplina regionale possa essere o meno configurabile come gestione di rifiuti e, a monte di tutto, se i residui di posidonia spiaggiata possano essere considerati rifiuti.

Difatti la difesa regionale ne contesta proprio la qualificazione come rifiuto ritenendo non perfezionata la condizione "volitiva" contenuta nella definizione di rifiuto, ossia la volontà di disfarsene che, in questo caso, non ritiene sussistere[28]; è questo il punto "concettuale" su cui si appiglia, come vedremo vanamente, il resistente: la posidonia spiaggiata, qualora venga utilizzata come risorsa, non potrebbe essere considerata come materiale di cui si intenda disfarsi e pertanto, la legislazione regionale contestata, non sarebbe riconducibile alla gestione dei rifiuti; il legislatore regionale punta sul fatto che la logica sottesa alla disciplina, nell'ottica dell'economia circolare, non è quella di disfarsi della posidonia ma anzi questa viene concepita, come del resto posto bene in evidenza nell'art. 1 della L.R. sarda, come una risorsa da poter riutilizzare per la salvaguardia degli ecosistemi costieri.

In via preliminare la Corte ricostruisce il quadro normativo di riferimento distinguendo la disciplina attinente la pianta marina[29] da quella che riguarda invece i suoi "residui" prendendo atto che mentre per la prima esiste una «*significativa disciplina di tutela, nazionale e sovranazionale*» altrettanto non possa affermarsi per i

27 Articolo come modificato dall'art. 35, co. 1, lett. b), L. n. 108 del 2021

28 Si noti come, *mutatis mutandis*, le posizioni ripropongano e ricordino le vicende che hanno caratterizzato la categoria del sottoprodotto; cfr *supra* nota 11.

29 Peraltro a differenza di quanto evoca la denominazione, le praterie di posidonia "oceanica" sono presenti solo nel Mar Mediterraneo (circ Min. Ambiente prot n. 8123 del 2006).

suoi residui spiaggiati nonostante gli accertati benefici ambientali da essi svolti[30], tra i quali quello di ostacolare «*l'azione e l'energia del moto ondoso, contribuendo alla stabilità delle spiagge e della costa*»[31].

In particolare la Corte nota come, nonostante l'assenza di una disposizione legislativa statale mirata ad affrontare il problema[32], vanno comunque considerate le due circolari del MATTM prot. n. 8123 del 2006 e n. 8838 del 2019 che forniscono «*puntuali indicazioni volte a contemperare la rilevante funzione ecologica dei residui della posidonia con la necessità di rendere fruibili le spiagge; così da tutelare le esigenze turistico-ricreative dei concessionari demaniali, degli enti interessati e, comunque, della collettività in generale*»[33]; in tali documenti vengono indicate le possibili modalità di gestione suggerendo come miglior opzione ambientale il mantenimento *in situ* della posidonia spiaggiata ma prevedendo anche altre soluzioni[34] in modo da tener conto che la via ecologicamente preferibile possa confliggere con la fruizione turistica del litorale.

Fatte queste premesse la Corte, in piena continuità con i propri precedenti, non manifesta alcun dubbio ai fini della qualificazione della materia oggetto di regolazione del legislatore regionale; difatti, sconfessando le argomentazioni difensive regionale, ha ricondotto la disciplina della posidonia - a prescindere che si tratti della pianta marina o, come nel caso oggetto di ricorso, dei suoi residui spiaggiati – all'interno della materia di competenza esclusiva statale ex art. 117 co. 2 lett. s) tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e, segnatamente, alla disciplina dei rifiuti[35]; conseguentemente la gestione di tali accumuli deve necessariamente

30 In particolare sono le cd "*banquettes*" che contribuiscono a mitigare il fenomeno dell'erosione delle spiagge. Difatti, come indicato nella circ. prot. n. 8838 del 20 maggio 2019 del MATTM, l 'accumulo di materia vegetale spiaggiato riveste «*un importante ruolo nella conservazione delle coste e dei loro ecosistemi, in quanto fornisce alla flora e alla fauna costiere un'elevata quantità di nutrienti e, trattenendo grandi quantità di sedimento tra le foglie, consolida gli arenili limitando il processo di erosione, soprattutto nel periodo invernale quando sono più frequenti le mareggiate. Tale funzione di protezione diventa ancora più significativa quando, nel tempo, l'accumulo delle biomasse vegetali spiaggiate combinandosi con la sabbia, porta alla formazione di "banquettes": vere e proprie strutture vegetali, che in funzione dell'assetto geomorfologico della costa, possono raggiungere anche i 2 metri di altezza e svilupparsi per centinaia di metri lungo il litorale arrivando a costituire difese naturali all'azione dei marosi*».

31 Cid 4 sent. n. 86/2021.

32 Nella sentenza la Corte prende atto della discussione in Parlamento del ddl, allora all'esame del Senato, destinato proprio ad affrontare la gestione delle biomasse vegetali spiaggiate (cd. legge "Salvamare") che è stata recentemente approvata con legge n. 60 del 17 maggio 2022.

33 Cid 4 sent. n. 86/2021.

34 Nella Circ. prot. n. 8123 del 2006 è stata indicato lo spostamento degli accumuli in zone meno frequentate della stessa spiaggia o in altre spiagge stabilendo però che le modalità di spostamento fossero stabilite con provvedimento da adottarsi da parte della Regione o, in caso di aree naturali protette, di Enti parco, sentiti i comuni interessati; in caso di insanabile conflitto tra presenza di accumuli e fruizione della spiaggia è stata prevista anche la rimozione e il trasferimento in discarica. La successiva Circ. prot. n. 8838 del 2019 ha inserito, come opzioni precedenti rispetto al trasferimento in discarica, l'interramento *in situ*, il trasferimento presso impianti di riciclaggio e la reimmissione in ambiente marino previa operazione di vagliatura per la rimozione di sabbie e rifiuti di origine antropica.

35 Cid n. 4 sent. 86/2021.

rispettare (o almeno non contrastare) il contenuto della parte IV del D.Lgs. n. 152/2006.

La configurazione della Corte della disciplina regionale prelude e conduce, vista la struttura e l'impostazione del contenzioso, verso la dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni censurate a nulla rilevando il fatto che lo statuto attribuisca una competenza esclusiva alla Sardegna in materia di turismo[36]; la Corte ricorda[37] infatti come, proprio nell'ambito della gestione dei rifiuti, la tutela dell'ambiente sia «*materia naturalmente trasversale*», espressione che sembra tentare di coniugare due prospettive diverse della trasversalità emerse storicamente in periodi differenti.

Difatti con la sua prima sentenza "ambientale"[38] *post* riforma del Titolo V la Corte, nell'affrontare la legittimità costituzionale di una legislazione lombarda nell'ambito del rischio incidenti rilevanti che incrementava il livello di tutela mediante procedure amministrative aggiuntive rispetto a quelle fissate dal legislatore statale, osservò come «*non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come "materie" in senso stretto, poiché, in alcuni casi, si tratta più esattamente di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie*»; in base al *reasoning* della Corte, dando continuità peraltro alla giurisprudenza precedente, quello della tutela dell'ambiente non possa essere considerato ambito rigorosamente perimetrabile e anzi, dalla sua capacità di penetrazione nelle maglie dell'ordinamento e dal suo intrecciarsi inestricabilmente con altri interessi e competenze non si può che «*ricavare una configurazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale*».

Questa prospettiva trasversale, concependo l'ambiente più come un valore che come ambito materiale, ha svolto una funzione filoregionale nella misura in cui ha permesso alla Corte di ritenere che, nonostante la formale centralizzazione della scelta dell'art. 117 co. lett. s) , le regioni potessero mantenere, al sussistere di certe condizioni, spazi legislativi per la cura di interessi funzionalmente collegati con

36 Art. 3 co. 1 lett. p) della L. Cost. n. 3/1948.

37 Cfr sent. n. 227/2020 e 282/2019.

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

quelli della protezione dell'ambiente, purché rivolti ad incrementare il livello di tutela[39].

Successivamente è però affiorata una altra prospettiva ermeneutica[40] che invece, sgombrando il campo da implicazioni metafisiche, mirava invece a "rimaterializzare" la tutela dell'ambiente riqualificandola materia in senso stretto e tecnico a tutti gli effetti; a questa seconda prospettiva si lega generalmente una concezione di trasversalità filostatale che determina una capacità espansiva della materia che può giungere, con il limite della manifesta irragionevolezza, sino al punto di comprimere del tutto anche gli spazi regionali nelle materie di propria competenza.

Con questa seconda prospettiva la Corte non ha però superato e abbandonato la possibile interpretazione valoriale della materia ma sembra invece mantenere una certa flessibilità e oscillare tra le due possibili prospettive ermeneutiche facendo riferimento a quella che ritiene più adeguata e consona anche in funzione del caso che le si presenta; oppure, come in questo caso, fare riferimento alla tutela dell'ambiente come "materia naturalmente trasversale", formula con la quale la Corte sembra tentare una sintesi volta a coniugare la caratteristica della trasversalità - inserendola però non su di un concetto fondamentale ma poco "solido" come un valore ma piuttosto in una materia vera e proprio in senso tecnico - con la capacità e l'idoneità ad incidere sulle competenze regionali; espressione che ispirandosi sempre ad una visione di materia in senso tecnico preannuncia comunque un orientamento a favore delle posizioni statali.

Ed infatti la Corte dichiara l'illegittimità di tutte le disposizioni regionali censurate dal Governo[41] per contrasto con l'art. 117 co. 2 lett. s) della Costituzione e

39 Ritenere che l'incremento di tutela sia condizione per ritenere compatibile con la Costituzione una legislazione regionale è una semplificazione; va oltre gli scopi del presente contributo affrontare tale complessa questione e ci limitiamo solo a ricordare come possono esservi casi in cui, per la presenza di "punti di equilibrio" fissabili solo dal legislatore statale, alle regioni sia impedita anche una tutela *in melius*; la teoria dei punti di equilibrio è stata inaugurata dalla Corte con le sentenze n. 307 e 331 del 2003; M.CERUTI, *La Corte costituzionale detta il "decalogo" della buona legge regionale in materia di inquinamento elettromagnetico sulla base della inderogabilità (anche in melius) dei valori soglia statali*, in *Riv. giur. ambiente*, 2004, n. 2, p. 258 ss; F. DE LEONARDIS, *La Corte costituzionale sulla "necessità"degli impianti di telecomunicazione (nota a C. cost., 7 ottobre 2003, n. 307),* in *Il Foro amministrativo (CDS),* 2003, vol. 2, fasc. 10, pag. 2811 ss; Q.CAMERLENGO, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale (Nota a Corte cost. 307/2003)*, in *Regioni*, 2004, num. 1, pag. 623 ss.; G. TARANTINI, *La disciplina dell'elettrosmog tra Stato e Regioni*, in *federalismi.it*, n. 20/2004; G.M. SALERNO, *Derogabilità in melius e inviolabilità dell'equilibrio stabilito dalla legislazione statale organica*, ivi, n. 14/2003; F. ORLINI, *Tutela dell'ambiente e riforma del Titolo V della Costituzione: spunti di riflessione in tema di competenze dello Stato e delle Regioni*, in *Riv. giur. edil.,* n. 2, 2004, p. 406 ss

40 Questo secondo filone giurisprudenziale affiora nelle sentenze n. 367 e 378 del 2007 commentate dal giudice redattore in P. MADDALENA, *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di tutela dell'ambiente*, in *Ambiente & sviluppo*, 2012, n. 1, p. 5 ss.; ID., *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente*, in *federalismi.it* del 10 marzo 2010 e in *Riv. giur. ambiente*, 2011, n. 6, p. 735 ss.; ID., *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, n. 3, 37 ss.

41 Come osservato anche dalla Corte il Governo, al fine tener conto e di salvaguardare le esigenze legate al turismo, non ha impugnato tutto l'impianto legislativo ma si è limitato a censurare quelle disposizioni che risultavano incompatibili e contrastanti con la legislazione statale inerente la gestione

anche perché non possono essere qualificate come espressione di una tutela dell'ambiente più rigorosa, *condicio sine qua non* quest'ultima per poter essere considerate possibili iniziative legislative regionali per la cura di interessi funzionalmente collegati con quelli ambientali[42].

Quindi nonostante il "meritevole fine del legislatore regionale", una volta configurato l'ambito della materia e qualificati come rifiuti i residui spiaggiati di posidonia[43] le disposizioni censurate, non aumentando il livello di tutela (ma anzi contrastando con le disposizioni statali), non superano il vaglio della Corte; in particolare, sul piano concreto, la frizione più evidente risulta tra il possibile "spostamento temporaneo" della posidonia dal sito di naturale di accumulo e le attività che non sono ricomprese nella gestione dei rifiuti; infatti, come già ricordato in precedenza, l'art. 183 co. 1 lett. n) del TUA esclude sì una serie di operazioni effettuate su materiali e sostanze derivanti da eventi naturali anche se frammisti ad altri materiali di origine antropica ma solo alla condizione che siano svolte «*presso il medesimo sito nel quale detti eventi li hanno depositati*»; solo in tal caso è consentito derogare alla disciplina generale dei rifiuti e quindi, in pratica, potersi avvalere anche di soggetti che non risultano iscritti nell'albo dei gestori ambientali.

In sintesi la disposizione legislativa nazionale rappresenta espressione della materia naturalmente trasversale tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, le deroghe previste nell'art. 183 sono di natura eccezionale e la condizioni ivi previste, vale a dire l'esclusivo trattamento *in situ*, sono intangibili ad un intervento regionale che, estendendo di fatto i casi di esclusione dalle attività ricomprese nella gestione dei rifiuti, si traduce in una deregolamentazione che diminuirebbe il livello di tutela fissato a livello nazionale.

Sempre per motivi di contrasto con la legislazione statale vengono dichiarate incostituzionali la disposizione che vietava in maniera assoluta il conferimento in discarica (per contrasto con l'art. 181 TUA[44]), quella che permetteva la vagliatura della posidonia nel sito di conferimento (anche in questo caso perché si esclude dall'ambito gestione dei rifiuti l'operazione anche se non eseguita *in situ*) e, infine, quella che ampliava il catalogo dai materiali esclusi ex art. 185 del TUA "confidando" sulla celere approvazione della cd. legge "Salvamare".

4. La legge abruzzese sulla raccolta delle masse legnose: elementi in comune.

A distanza di circa un anno la Corte si trova a decidere su di un ricorso che presenta forti analogie con quello della posidonia spiaggiata; si tratta sempre di un

dei rifiuti contenuta nel codice dell'ambiente; tuttavia si tenga conto anche delle riflessioni critiche sul contenzioso; cfr *infra* par. 6.

42 *Ex multis* sent. n. 227, n. 214 e n. 88 del 2020 e n. 289 del 2019; ma anche, in origine, sent. n. 407/2002.

43 Una tautologia è forse riscontrabile laddove la Corte, nel ricondurre la posidonia spiaggiata tra i rifiuti, si avvale dell'art. 183 co. 1 lett. b-ter), n. 4 TUA in base al quale sono classificabili come urbani i rifiuti «*di qualunque natura e provenienza, giacenti…sulle spiagge marittime*»; difatti la disposizione sembra rivolta a classificare i rifiuti che siano però configurabili come tali mentre la difesa regionale sosteneva che la posidonia spiaggiata non potesse essere qualificata, *ab origine*, come rifiuto.

44 Cfr *supra* par 2.

giudizio in via d'azione promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri che contesta l'art. 19 co. 36 della L.R. Abruzzo n. 1/2021[45].

La disposizione regionale impugnata così dispone: «*[n]ell'ambito del demanio marittimo regionale con finalità turistico-ricreative e nei lidi e spiagge destinati alla balneazione è consentita, esclusivamente per uso domestico o personale e senza scopo di lucro, la raccolta di tronchi e masse legnose spiaggiati e ivi depositati dalle mareggiate invernali. La raccolta può essere effettuata dal 15 ottobre al 31 marzo, nei giorni feriali, dalle ore 8.00 alle ore 17.00. La raccolta del materiale legnoso è vietata nelle aree del demanio marittimo tutelate o vincolate ai sensi della disciplina nazionale e regionale in materia ambientale e paesaggistica, quali parchi, riserve marine, SIC, biotopi, foce dei fiumi e zone di dimora di fauna e flora protetta. Con Ordinanza da emanarsi entro il 15 ottobre, i comuni costieri possono individuare aree vietate alla raccolta del materiale legnoso. Resta ferma a carico di chi effettua le operazioni di prelievo la responsabilità, anche verso terzi, della raccolta e trasporto del materiale legnoso*».

Sono abbastanza evidenti le similitudini con le disposizioni regionali sarde dichiarate incostituzionali con la sentenza n. 86/2021 per contrasto con l'art. 117 co. 2 lett. s); tuttavia analizzare il caso in questione suscita una certo curiosità in quanto con la recente sentenza n. 88/2022 la Corte ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Governo.

Diventa quindi interessante approfondire la decisione e ricostruire il filo argomentativo seguito dalla Corte per individuare quegli elementi di differenziazione rispetto alla legislazione sarda che hanno determinato un risultato del giudizio diametralmente opposto; come vedremo nel prosieguo infatti, per usare una terminologia da *common law*, non si tratta tanto di un caso di *overruling* quanto piuttosto di *distinguishing*.

Partendo dal "materiale spiaggiato", che funge da denominatore comune dei due casi, stavolta l'oggetto di regolazione sono i tronchi e le masse legnose che le mareggiate invernali depositano sulla spiaggia; a monte riappare comunque la questione centrale da districare che è lo stesso del caso posidonia: i materiali naturali depositati sul lido a seguito degli eventi naturali sono qualificabili giuridicamente come rifiuti o no?

Sulla qualificazione della materia, *mutatis mutandis*, le posizioni statali e regionali si incardinano sulle stesse argomentazioni già viste nel caso posidonia per cui si ritiene sufficiente offrirne una breve sintesi; per il ricorrente la disciplina contrasta con la competenza esclusiva statale in tutela dell'ambiente e dell'ecosistema ex art. 117 co. 2 lett. s) della Costituzione sempre in riferimento alle disposizioni sulla gestione dei rifiuti contenute nel D.Lgs. n. 152/2006; in particolare l'Avvocatura sostiene come il legname spiaggiato sia qualificabile come rifiuto urbano ex art. 183 co.1 lett. b-ter) n. 4 del D.Lgs. n. 152/2006 in base al quale, ricordiamo, sono tali quelli «*di qualunque natura o provenienza giacenti…sulle spiagge marittime*»; la difesa regionale ritiene invece come il legname spiaggiato non possa essere invece qualificato giuridicamente come rifiuto in quanto l'art. 183 co. 1 lett. n) TUA, come

45 Disposizioni finanziarie per la redazione del Bilancio di previsione finanziario 2021-2023 della Regione Abruzzo (Legge di stabilità regionale 2021).

novellato dal 2014, esclude dall'attività di gestione rifiuti le operazioni di «*prelievo, raggruppamento, selezione e deposito preliminari alla raccolta di materiali o sostanze naturali derivanti da eventi atmosferici o meteorici, ivi incluse mareggiate e piene*»[46]; inoltre la regione puntella la propria difesa sostenendo come la *ratio legis* sia piuttosto quella di favorire l'economia circolare, ossia tentare di diminuire il quantitativo dei rifiuti da gestire *ex post* incentivando il riutilizzo dei materiali legnosi spiaggiati e perseguendo così una tutela dell'ambiente più elevata.

Altra similitudine è la "materia" oggetto di regolazione regionale individuabile sempre nel turismo[47] e che rappresenta quindi l'interesse funzionalmente collegato con quello propriamente ambientale; elemento questo richiesto dalla Corte come condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per poter ritenere compatibile con la Costituzione una legislazione regionale che, nell'esercizio di una competenza riconosciuta, abbia però anche l'effetto di incidere, in maniera quindi indiretta, in tutela dell'ambiente e dell'ecosistema[48].

Proprio la maggior tutela è l'altra argomentazione che, almeno dal punto di vista delle due regioni, informa ed ispira entrambe le legislazioni; ma su questo punto invece, come vedremo nel paragrafo successivo, la Corte opera nell'argomentare ed esprimere il proprio giudizio una netta distinzione tra i due casi.

5. La sentenza della Corte costituzionale n. 85/2022 e gli elementi di differenziazione rispetto al caso Posidonia.

L'elemento di differenziazione più evidente è che in questo caso non c'è nessuno spostamento dal luogo di deposito naturale; il prelievo della massa legnosa è attività unica e definitiva senza che vi sia quindi alcuna attività intermedia; questa risulterà una caratteristica che gioca un ruolo importante sul giudizio della Corte in funzione del contenuto dell'art. 183 c. 1 lett. n) TUA.

Occorre peraltro anche osservare come la disposizione regionale abruzzese se da un lato permette una attività di raccolta del legname spiaggiato, non manca di fissare anche molti "paletti" richiedendo il rispetto di diverse condizioni volte a restringere l'attività della raccolta; condizioni che, nel suo complesso, indicano come il

46 La difesa regionale, a sostegno della propria iniziativa legislativa cita anche la precedente nota ISPRA del 8 gennaio 2014, n. 1128 che, in risposta a richiesta di parere avanzata dalla Regione Liguria, aveva ammesso che il materiale legnoso spiaggiato a seguiti di eventi naturali avrebbero potuto essere raccolto dai cittadini per uso privato nonché le numerose ordinanze comunali che, dopo che la L. 116/2014 ha modificato l'art. 183, co. 1 lett. n) del D.Lgs. n. 152/2006, avvalendosi di tale riferimento legislativo hanno autorizzato la raccolta da parte dei privati.

47 A differenza dello statuto sardo che "eleva" la materia del turismo tra quelle esclusive regionali, trattandosi invece in questo caso di regione a statuto ordinario la materia si individua tra quelle residuali ex art. 117 co. 4 Cost.; peraltro, come del resto viene confermato dai casi analizzati, la presenza negli statuti speciali di competenze esclusive formalmente "forti", non determina in sé alcuna capacità di automatica resistenza rispetto alle competenze attribuite alle regioni a statuto ordinario dall'art. 117 della Costituzione.

48 Nella sentenza n. 86/2021 la Corte ha ricordato come gli interessi legati al turismo siano in grado di «*intercettare profili che attengono all'ambiente*» ribadendo anche che l'effetto finale della legislazione regionale deve portare a «*un'elevazione dello standard di tutela*».

legislatore regionale consideri comunque l'attività di raccolta del legname di natura eccezionale.

Le limitazioni riguardano *in primis* l'ambito soggettivo in quanto la raccolta viene consentita solo se posta in essere da persone fisiche che non esercitano attività d'impresa; viene infatti specificato come l'uso possa essere esclusivamente domestico, personale e non per scopo di lucro; inoltre, tenuto conto che gli eventi naturali che producono l'ingente ammassamento di legname spiaggiato sono principalmente le mareggiate invernali, viene fissata una finestra temporale che ne permette la raccolta solo nel periodo che va dal 15 ottobre al 31 marzo, esclusivamente nei giorni feriali e limitatamente nella fascia oraria che va dalle 8.00 alle 17.00.

A conferma del fatto che la regolazione regionale è volta a dare una risposta alle esigenze legate al turismo, l'ambito territoriale è delimitato nel demanio marittimo regionale che soddisfa tale finalità e nei lidi e spiagge destinati alla balneazione.

La disposizione regionale prevede poi due ulteriori limitazioni, una fissata direttamente dal legislatore e un'altra, eventuale, lasciata all'iniziativa dei comuni costieri; per quanto concerne i divieti fissati *ex lege* la raccolta è vietata «*nelle aree del demanio marittimo tutelate o vincolate ai sensi della disciplina nazionale e regionale in materia ambientale e paesaggistica, quali parchi, riserve marine, SIC, biotopi, foce dei fiumi e zone di dimora di fauna e flora protetta*»; per quanto attiene la seconda viene invece concesso ai comuni costieri di adottare, entro il 15 ottobre, una ordinanza con la quale possano individuare nel territorio di propria competenza delle aree in cui sia vietata la raccolta; il legislatore regionale opera quindi un bilanciamento tra la propria preferenza, ossia prevedere come regola di *default* la raccolta del materiale legnoso spiaggiato, ma senza impedire all'autonomia comunale, per esigenze proprie legate alle specificità territoriali, di vietarla in aree individuate; per com'è scritta la disposizione il legislatore regionale concepisce comunque le aree vietate come una eccezione che non sembra estensibile all'intero territorio comunale.

Dopo aver ritenuto infondata un'eccezione di inammissibilità del ricorso per vaghezza delle censure formulate dal ricorrente, viene affrontato il merito della questione ritenendola non fondata; la Corte non ha nessun dubbio nel ricollocare la disciplina all'interno della competenza legislativa esclusiva statale tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e art. 117 co. 2 lett. s) della Costituzione; tuttavia stavolta, a differenza del caso posidonia, non viene richiama il concetto di "materia naturalmente trasversale" ma viene invece ricordato il filone di giurisprudenza che ammette uno spazio legislativo regionale se nell'esercizio di proprie competenze vengono curati interessi funzionalmente collegati a quelli ambientali andando quindi , indirettamente, ad incidere nella tutela dell'ambiente (e sempre che sia introdotta una tutela più rigorosa)[49].

49 *Ex multis* cfr. recenti sentenze Corte cost. n. 227, 214 e 99 del 2020 nonché 289 del 2019 ma "capostipite" di questo filone interpretativo è la già ricordata sentenza n. 407/2002; cfr *supr*a par. 3 e nota n. 38.

La Corte ritiene che la disposizione regionale presenti tutte le condizioni per essere considerata compatibile con la Costituzione dichiarando quindi l'infondatezza della questione di legittimità.

Nel risolvere il giudizio viene ritenuto irrilevante affrontare la questione se i materiali spiaggiati siano qualificabili come rifiuti o meno in quanto viene pragmaticamente considerato come ai fini della loro raccolta, essi possono dividersi in due categorie, «*quella dei rifiuti urbani giacenti sulla spiaggia (ad esempio plastiche, lattine, rottami e carta) e quella dei materiali o sostanze di origine naturale, come il legname spiaggiato, trasportati sulle spiagge dalle mareggiate*»; ma per questi ultimi è stato proprio il legislatore statale ad escludere alcune attività dalla gestione dei rifiuti per cui la disposizione regionale risulta conforme al contenuto dell'art. 183 co. 1 lett. n).

La decisione della Corte sembra oscillare tra considerare la legislazione regionale abruzzese come diretta attuazione dell'art. 183 co. 1 lett. n) del Dlgs. 152/2006 o, piuttosto, una normativa che realizza una maggior tutela.

Espressione della prima concezione sembra rilevabile dove afferma che «*[n]ell'ambito di questo complessivo quadro normativo, la disposizione impugnata prevede, in totale conformità alla disciplina statale dettata dall'art. 183, comma 1, lettera n), cod. ambiente, che le operazioni di raccolta del legname vengano poste in essere nel medesimo sito nel quale questo si è depositato e secondo un preciso calendario ed orario*»; tuttavia, in questa prospettiva, se la raccolta del legname spiaggiato è attività esclusa dalla gestione dei rifiuti *ex lege* statale non risulta così evidente quale sia la maggior tutela introdotta dalla legislazione regionale che semmai ha il merito di esplicitare condizioni e limiti che devono sussistere per l'esercizio della raccolta del legname spiaggiato; condizioni che sembrano semmai chiarire, nel caso concreto, l'espressione generica del legislatore statale "*nel tempo tecnico strettamente necessario*".

La Corte intravede invece una maggior tutela nella filosofia sottesa all'iniziativa legislativa regionale che «*intervenendo nella prospettiva dell'economia circolare, in modo da favorire il riutilizzo del legname spiaggiato e di limitare la quantità finale di rifiuti da smaltire, va perciò considerata non solo conforme alla disciplina statale, ma anche tale da realizzare una forma di maggiore tutela dell'ambiente, come tale consentita al legislatore regionale*».

6. Conclusioni.

Dall'analisi dei due giudizi si delinea lo schema concettuale e decisionale posto in essere dalla Corte nell'affrontare e risolvere diversamente i casi; ricondotta la materia oggetto di contenzioso all'interno di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, al fine di rispettare la competenza legislativa esclusiva statale ex art. 117 co. 2 lett. s) della Costituzione, la Corte verifica che le disposizioni regionali non siano in contrasto con quelle contenute nel D.Lgs. 152/2006 in materia di rifiuti; solo se tale verifica si conclude positivamente la Corte affronta la successiva questione ossia se la legislazione regionale, espressione diretta di una competenza costituzionalmente riconosciuta, determini un incremento del livello di tutela dell'ambiente.

La legislazione sarda sulla posidonia confliggeva con la disposizione statale nella misura in cui il possibile trasferimento dal sito di collocazione naturale risultava in

frizione con il contenuto dell'art. 183 co. 1 lett. n) del D.Lgs. 152/2006 per cui non veniva rispettata la condizione propedeutica per poi valutare l'introduzione di una tutela *in melius;* diversamente la legislazione abruzzese non contrastava con la legislazione statale risultando riconducibile la raccolta del legname spiaggiato tra le eccezioni all'attività di gestione dei rifiuti indicate nell'art. 182 co. 1, lett. n) del D.Lgs. n. 152/2006; a quel punto si è quindi perfezionata quella condizione che permette di passare al successivo test di valutazione in cui la Corte verifica se la legislazione regionale, manifestazione diretta della materia residuale turismo, aumenta, indirettamente, il livello di tutela dell'ambiente.

I due casi affrontati sembrano comunque denotare e semmai confermare un atteggiamento istituzionale geneticamente conflittuale e scarsamente orientato al dialogo propositivo e alla collaborazione; le regioni italiane non sembrano tanto viste come laboratori per sperimentare innovazioni legislative da riproporre sul piano nazionale ma piuttosto come soggetti da arginare per violazioni della competenza legislativa statale; l'atteggiamento pregiudizialmente oppositivo nei confronti del legislatore regionale sembra potersi rilevare in entrambi i giudizi anche se con profili diversi.

Nel caso sardo è vero che i conflitti con le disposizioni statali risultavano abbastanza evidenti ma, questo va evidenziato, la regolazione nasceva da una esigenza seria, effettivamente avvertita sul territorio e allo scopo di trovare una risposta in nome dell'economia circolare; anche la stessa Corte ha comunque rilevato «*il meritevole fine del legislatore regionale di predisporre una disciplina che miri a contemperare l'esigenza di rendere maggiormente fruibili le spiagge nel periodo estivo*»[50].

Ma soprattutto non si può non considerare come, quasi contestualmente alla decisione della sentenza n. 86/2021, lo stesso legislatore statale abbia avvertito l'esigenza di ritoccare la disciplina sulla posidonia proprio nella filosofia della circolarità ossia concependola come risorsa e non come rifiuto; infatti con l'art. 39-quater del D.L. 41/2021 (cd "decreto sostegni") convertito con modifiche in L. 69/2021 sono state aggiunte alla fine dell'art. 185, co. 1, lett. f), del D.Lgs. 152/2006 le parole «*nonché, fino al 31 dicembre 2022, la posidonia spiaggiata, laddove reimmessa nel medesimo ambiente marino o riutilizzata a fini agronomici o in sostituzione di materie prime all'interno di cicli produttivi, mediante processi o metodi che non danneggiano l'ambiente né mettono in pericolo la salute umana*».

Ricordando come l'art. 185 del TUA accoglie i casi per i quali non si applica la disciplina sui rifiuti, con tale intervento normativo vengono quindi individuate alcune ulteriori modalità di gestione della posidonia marina esclusa da tale ambito e sembra di poter osservare come, a parte la reimmissione nello stesso ambiente marino, le altre attività indicate nella disposizione statale implicano necessariamente anche il suo spostamento; infatti sia il riutilizzo per finalità agronomiche sia quello in sostituzione di materie prime all'interno di cicli produttivi alle condizioni previste

50 E' stato osservato come la decisione, al di là della sua coerenza e solidità motivazionale, «*lascia [comunque] l'amaro in bocca*», G.AMENDOLA, *Corte costituzionale: la posidonia spiaggiata, rifiuto o risorsa*, su https://www.osservatorioagromafie.it/wp-content/uploads/sites/40/2021/05/Saggi-AMENDOLA-posidonia.pdf

non sono nemmeno concepibili senza un trasferimento dal luogo di deposito in funzione degli eventi naturali; inoltre, è anche opportuno evidenziare come la disposizione non sia più transitoria ma diventata "di sistema" in quanto con il successivo art. 35 co.1 lett. b) del DL n. 77/2021, convertito con modifiche in L. n. 108/2021, è stato rimosso il vincolo temporale che limitava la vigenza della disposizione al 31.12.2022.

Quindi la disciplina statale successiva alla sentenza n. 85/2021 ha rimosso o almeno indebolito il "dogma" dello spostamento fisico della posidonia; segnale quindi che se, sul piano formale, la legislazione sarda risultava in contrasto con le disposizioni del D.Lgs. 152/2006 (e di questo la Corte non poteva che prenderne atto), sul piano sostanziale, proponeva invece delle soluzioni quantomeno meritevoli di considerazione.

Il caso delle legge abruzzese sembra ancora più emblematico nel far emergere il lato meno collaborativo e più conflittuale tra Stato e Regioni anche laddove non sembra necessario; infatti la Corte, con la sentenza n. 85/2022, mette lo Stato davanti all'evidenza che la legislazione regionale è, in pratica, attuazione delle sue stesse disposizioni; un contenzioso peraltro in cui l'Avvocatura si faceva forte della precedente decisione sulla posidonia marina senza però tener conto delle differenze che caratterizzavano le due legislazioni.

Si ritiene infine opportuno anche rendere conto dell'impatto nell'ambito di studio del presente contributo della recente L. n. 60/2022 (cd "Salvamare) in quanto, seppur in un quadro molto più ampio dei soli materiali spiaggiati – oltre, ad esempio, ad introdurre una disciplina specifica per la gestione dei rifiuti accidentalmente pescati o volontariamente raccolti - nell'art. 5 sono state inserite anche alcune disposizioni per la gestione delle biomasse vegetali spiaggiate; va oltre gli scopi del presente contributo una illustrazione esaustiva della disciplina introdotta per cui ci limiteremo ad alcune osservazioni preliminari.

Per quanto riguarda la posidonia marina si ricorda che, prima della legge Salvamare, questa poteva venire interrata in *situ senza trasporto o trattamento*[51] oppure, come appena visto in base alle recenti modifiche all'art. dell'art. 185, co. 1, lett. f), del D.Lgs. 152/2006, reimmessa nello stesso ambiente marino oppure riutilizzata per finalità agronomiche o, infine, in sostituzione di materie prime all'interno di cicli produttivi che non danneggino la salute umano o l'ambiente.

In questo quadro normativo si inserisce, in particolare, l'art. 5 co. 1 della L. 66/2022 che così dispone: «*Le biomasse vegetali, derivanti da piante marine o alghe, depositate naturalmente sul lido del mare e sull'arenile possono essere gestite con le modalità di cui al presente articolo. Fatta salva la possibilità del mantenimento in loco o del trasporto a impianti di gestione dei rifiuti, la reimmissione nell'ambiente naturale, anche mediante il riaffondamento in mare o il trasferimento nell'area retrodunale o in altre*

51 In base all'art. 39, co. 11 del D.Lgs. 205/2010 in base ad esso «[f]atta salva la disciplina in materia di protezione dell'ambiente marino e le disposizioni in tema di sottoprodotto, laddove sussistano univoci elementi che facciano ritenere la loro presenza sulla battigia direttamente dipendente da mareggiate o altre cause comunque naturali, è *consentito l'interramento in sito della posidonia e delle meduse spiaggiate, purché ciò avvenga senza trasporto né trattamento*» (ns il corsivo).

zone comunque appartenenti alla stessa unità fisiografica, è effettuata previa vagliatura finalizzata alla separazione della sabbia dal materiale organico nonché alla rimozione dei rifiuti frammisti di origine antropica, anche al fine dell'eventuale recupero della sabbia da destinare al ripascimento dell'arenile. In caso di riaffondamento in mare, tale operazione è effettuata, in via sperimentale, in siti ritenuti idonei dall'autorità competente».

In primis non pare vi possano essere dubbi che tra le biomasse vegetali derivanti da piante marine o alghe vi sia ricompresa anche la posidonia e che invece questa sia solo una delle possibili biomasse vegetali; la disposizione quindi introduce un *genus* (le biomasse vegetali) a fronte di una *species* già disciplinata (la posidonia); è in questa prospettiva che va quindi vista la nuova disposizione in quanto le modalità di gestione che vengono indicate si cumulano e si sovrappongono, senza peraltro che vi sia alcun coordinamento, con quelle già previste e sopra richiamate sulla posidonia.

Con l'art. 5 co. 2 della L. 66/2022 si prevede invece la possibilità di recuperare mediante operazione di vagliatura – con le stesse modalità previste al co. 1- gli "accumuli antropici"[52] che si producono con il loro spostamento e il successivo accumulo in determinate aree; in tal caso l'autorità competente (ossia il comune) dovrà valutare e autorizzare caso per caso se sussistono le condizioni per escludere il materiale sabbioso dalla disciplina dei rifiuti ex art. 185 D.Lgs. 152/2006 oppure perché qualificabile come sottoprodotto oppure, infine, perché riutilizzabile nell'ambito delle operazioni di recupero dei rifiuti urbani[53].

Sul piano delle regolazione generale, seppure si possa rilevare, almeno formalmente, qualche potenziale conflitto con le direttive UE[54] che rappresentano il fondamento giuridico della disciplina dei rifiuti, non pare si possa ritenere irragionevole introdurre sul piano legislativo regole derogatorie a fronte di materiali di origine naturale che, peraltro, vengono depositati a causa esclusivamente di eventi naturali; l'attività umana inizia da lì in poi e per soddisfare, nel caso delle due regolazioni regionali analizzate, esigenze legate al turismo.

Anche se la "doppia condizione naturale" del materiale - ossia "prodotto" della natura e depositato da eventi naturali - può non essere ritenuta di per sé sufficiente per escluderlo "a monte" dal concetto di rifiuto come definito dall'art. 183 co. 1 lett. a) del D.Lgs. 152/2006 ciò non sembra poter essere di ostacolo per individuare esclusioni o regole specifiche motivate dalle oggettive peculiarità che caratterizzano i materiali spiaggiati che sembrano tra gli esempi più fulgidi di applicazione dei principi dell'economia circolare.

52 Gli accumuli antropici vengono definiti quelli costituiti «*da biomasse vegetali di origine marina completamente mineralizzata, sabbia e altro materiale inerte frammisto a materiale di origine antropica*».

53 Più precisamente mediante le operazioni di recupero di cui al codice R10 dell'all. C del D.Lgs. 152/2006.

54 In particolare l'art. 2 della Direttiva 2008/98/CE, non modificato dalla successiva Direttiva UE 2018/851 esclude dall'ambito di applicazione delle disciplina sui rifiuti solo le «*materie fecali, se non contemplate dal paragrafo 2, lettera b), paglia e altro materiale agricolo o forestale naturale non pericoloso utilizzati nell'attività agricola, nella selvicoltura o per la produzione di energia da tale biomassa mediante processi o metodi che non danneggiano l'ambiente né mettono in pericolo la salute umana*»; pertanto l'attuale art. 185 del D.Lgs. 152/2006 introduce esclusioni ulteriori non previste a livello UE.

ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA E FUNZIONI NEL PUBBLICO IMPIEGO: IL CASO DELLA DELEGA DEL DIRIGENTE SCOLASTICO

Massimo Asaro[*]

Abstract. Il tema dell'organizzazione del lavoro nelle Amministrazioni pubbliche è molto ampio e si compone di aspetti statici (norme istitutive, organi interni, sistema dei controlli, misurazione dei risultati etc.) e di aspetti dinamici (programmazione delle attività, processi lavorativi, standard di servizio, controllo dell'andamento dei costi etc.). La ripartizione delle competenze interne e l'impiego delle risorse umane sono soggetti a varie discipline che ne regolano contenuti e limiti. Paradigmatico è il controverso caso della delega, con attribuzione di maggiori mansioni al dipendente non dirigente, nel pubblico impiego contrattualizzato e, più in particolare, nel comparto Istruzione e Ricerca (Scuola).

Abstract. *The topic of the organisation of work in public administration is wide ranging. It involves both static aspects (institutional regulations, internal bodies, control systems, performance measurement etc.) and dynamic aspects (the planning of activities, work processes, service standards, cost trend controls etc.). The division of internal skills and the use of human resources are subject to various disciplines regulating their contents and limits. A case in point is the controversial one of the inter-organic mandate, with the attribution of more important tasks to non-manager employees, in contractualised public employment and, more in particular, in the Education and Research sector (public school).*

SOMMARIO. 1. Premessa. - **2.** La delega inter-organica. - **3.** Il principio di separazione funzionale - **4.** La delega di mansioni. - **5.** La delega nell'ordinamento scolastico. - **6.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

È noto ad alcuni che -anche in Italia- esiste un «*diritto ad una buona amministrazione*», riconosciuto nell'art. 41[1] della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[2], quale fondamentale diritto individuale, costituito

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

1 «*1. Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.*

2. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni.

3. Ogni persona ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri.

4. Ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue dei trattati e deve ricevere una risposta nella stessa lingua».

2 Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, sebbene non abbia incorporato il testo della Carta dei diritti, la include sotto forma di allegato, conferendole così carattere giuridicamente

dall'imparzialità delle scelte operate dai pubblici poteri e dal diritto di avere conoscenza dei motivi delle decisioni assunte dall'amministrazione[3].

Il legislatore italiano come interpreta e attua la disposizione europea e quelle costituzionali in materia? Nella certezza che lo studio delle Amministrazioni pubbliche risente delle eterogeneità politico-normative e di quelle socio-economiche[4], vediamo il caso dell'organizzazione delle funzioni di vertice all'interno delle Istituzioni scolastiche statali, passando dalla disamina degli aspetti più significativi e controversi dell'organizzazione del lavoro all'interno delle PP.AA.[5]

2. La delega inter-organica.

La tematica della delega di funzioni amministrative è argomento proprio del diritto amministrativo laddove studia i fenomeni di trasferimento della competenza del potere pubblico, intendendo per tale, a questi fini, l'agire pubblico[6], comprensivo di attività amministrative, civilistiche, contabili, informative etc.[7]

L'istituto eredita la denominazione[8] da quello di diritto civile ma ha una propria connotazione, con tratti distintivi rispetto alla prima, e infatti la delega, *latu sensu*, può avere a oggetto l'esercizio di attività amministrativa oppure di attività privatistica, oppure di entrambe o di parti di esse. In generale, nel diritto amministrativo, tenendo conto di quanto stabilito dell'art. 97 Cost. che fissa una riserva relativa di legge[9], non vi è spazio per creativi modelli di trasferimento delle competenze (tra cui la delega), cioè privi di copertura legislativa legittimante. Inoltre, anche tenendo conto di quanto stabilito dall'art. 1 della l. 8 agosto 1990, n. 241[10], secondo cui l'attività degli enti pubblici «*persegue i fini determinati dalla legge*»,

vincolante all'interno dell'ordinamento dell'Unione.

3 C. SPINELLI, *Buona amministrazione, efficienza organizzativa e produttività del lavoro: poteri e responsabilità del dirigente pubblico*, in Lavoro nelle p.a., n. 6/2009, 985; A. PIZZORUSSO, *Organizzazione dei pubblici poteri*, in Encicl. dir. (voce in), 1981, XXXI, 151.

4 S. CASSESE, *Verso un nuovo diritto amministrativo?*, in Giorn. Dir. amm., n. 1/2016, 12.

5 G. PALEOLOGO: «Organo significa etimologicamente strumento, e organizzazione è la predisposizione di strumenti per il raggiungimento di dati risultati», da *Organizzazione*, in Encicl. dir. (voce in), 1981, XXXI, 150. Secondo Cons. Stato, Sez. VI, sent. 20/03/2018, n. 1769, il singolo istituto scolastico non è titolare di un'autonoma legittimazione a sindacare in via giudiziale l'organizzazione della rete scolastica come disciplinata dagli organi periferici ministeriali, in quanto il rapporto tra l'istituto scolastico ed Amministrazione statale centrale è da considerarsi di natura interorganica e non intersoggettiva, per cui ogni eventuale contrasto va risolto in sede amministrativa, difettando un'autonoma posizione azionabile in sede giurisdizionale.

6 G. MARONGIU, *Organo e Ufficio*, in Enc. Treccani giuridica (voce in), 1988.

7 L'ordinamento appresta norme di organizzazione-istituzionalizzazione e norme di organizzazione dell'attività di diretto perseguimento dei fini, G. PALEOLOGO, op. cit.

8 Sul tema, A. DI MAIO, *Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda*, in Europa e dir. priv., n. 4/2021, 778; F. SEVERI, *Delegazione amministrativa e utilizzazione degli uffici*, in Dig. disc. pubbl., 2012.

9 Cass. civ., SS.UU, sent. 11/04/2022, n. 11677 secondo cui: «Il rapporto tra le fonti nella materia dell'organizzazione amministrativa è, dunque, conformato da una duplice riserva di legge, in base alla quale spetta alla legge determinare il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei Ministeri, mentre tutti i pubblici uffici (e quindi anche i Ministeri) sono organizzati secondo disposizioni di legge, al fine di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione (art. 97. secondo comma, Cost.)».

10 *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.*

abbiamo la positivizzazione giuridica, di rango primario, di questi elementi essenziali dell'attività degli enti pubblici: le finalità istituzionali, le configurazioni strutturali, gli strumenti di diritto privato o di diritto amministrativo, utili agli scopi (art. 1, comma 1-bis legge cit.) e, infine, l'attività (auto)organizzativa interstrutturale[11] che resta servente rispetto alle precedenti e che si riverbera sull'erogazione dei servizi all'utenza.

Esulano dall'analisi di cui al presente scritto:

a la delega inter-soggettiva, cioè l'atto con cui un soggetto (ente) pubblico, investito in via originaria dalla legge di una funzione amministrativa, conferisce a un altro soggetto - pubblico o privato - l'esercizio della funzione[12] (detta anche delega esterna) anche se la maggior parte delle caratteristiche essenziali risale, come detto, allo schema civilistico[13], ed è comune alla delega inter-organica;

b la delega di (mera) firma, che realizza un semplice decentramento burocratico[14], atteso che il delegato agisce come *longa manus* del delegante, in sostituzione materiale di questo (per conto di), senza esercitare in maniera autonoma e con assunzione di responsabilità poteri che rientrano nelle competenze amministrative allo stesso riservate[15]. La delega di firma non sposta la competenza nell'assetto organizzativo, ma attribuisce al soggetto fisico (oppure al soggetto titolare di diverso ufficio) delegato il solo potere di sottoscrivere atti che continuano a essere sostanzialmente atti dell'autorità delegante, perciò non altera affatto l'ordine delle competenze e delle funzioni amministrative stabilito dalla legge, sicché non può ritenersi configurabile alcun vizio di incompetenza[16]. A differenza delle altre, la delega di (mera) firma non necessita di un espresso fondamento legislativo, perché

11 M. TRIMARCHI, *Premesse sistematiche sulle relazioni organizzative*, in Persona e amm., n. 1/2021, 249; sul dominio della cultura giuridica e del diritto amministrativo negli ambienti delle P.A. italiane cfr. G. REBORA, *Public Management: una prospettiva di scienza dell'organizzazione*, in Riv. it. public management, n. 1/2018, 68; sul fallimento del c.d. *New public management*, cfr. E. BORGONOVI, *Management pubblico: evoluzione della disciplina e delle riforme*, in Riv. it. public management, n. 1/2018, 25; F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in Dir. pubbl., n. 1/2009, 4.

12 Cons. Stato, Sez. I, par. 12/01/2018, n. 145. Es. d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 *Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*.

13 Secondo Cons. Stato, Sez. VI, sent. 02/10/2007, n. 5086, nell'ipotesi di delega estesa a tutto l'ambito delle funzioni proprie del titolare dell'organo, non occorre che la delega medesima contenga l'espressa menzione della sostituzione anche per l'adozione degli atti di autotutela relativi all'esercizio di tali funzioni, rientrando gli stessi in quelli di amministrazione attiva. Tale affermazione è stata resa in relazione a un'ipotesi di delega inter-organica, ma il principio ivi enunciato risulta certamente riferibile anche all'ipotesi di delega intersoggettiva (Cons. Stato, Sez. VI, sent. 12/07/2011, n. 4196).

14 Secondo M. AMENDOLA, si definiscono, cosi, problemi «burocratici» sia quelli che attengono al personale, (per il numero degli impiegati e la loro utilizzazione, mobilità, remunerazione, stato giuridico, ecc.) sia quelli che attengono al funzionamento in genere dei pubblici uffici (procedimenti amministrativi, organizzazione del lavoro, meccanizzazione, relazioni con il pubblico, ecc.), in *Burocrazia*, in Encicl. dir. (voce in), 1959, V, 712.

15 Cons. Stato, Sez. V, sent. 30/10/2019, n.7418.

16 Cons. Stato, Sez. II, sent. 18/06/2021, n. 4715.

non comporta alcuna traslazione di funzioni e poteri[17]. Questo tipo di delega è diversa dalla delega inter-organica[18] ma, tuttavia, talvolta è vista come una modalità minima di essa[19]. Con questa, per esempio, condivide l'onere della natura/forma, corrispondente agli atti da compiere (amministrativi/civili), della pubblicità, e l'individuazione del delegato che può essere predeterminata oggettivamente da un atto normativo o amministrativo generale (*ratione aetatis, ratione officii, ratione materiae etc*.) oppure può essere fatta dal delegante con atto motivato, unilaterale recettizio.

c la delega di funzioni datoriali in materia antinfortunistica, di cui all'art. 16 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81[20], quale atto di autonomia privata, avente natura negoziale, che ha a oggetto la distribuzione di compiti, in via derivata a tutela della salute dei lavoratori[21];

dla procura, disciplinata dal codice civile (artt. 1392 e segg.), quale strumento giuridico con efficacia esterna utile ad attribuire la rappresentanza al compimento di uno o più atti di natura privatistica[22]. Per quanto attiene all'organizzazione amministrativa, l'attribuzione di funzioni vicarie dal "titolare" dell'organo al "vicario", qualora prevista dalla legge o da atto normativo secondario (sub-primario, es. statuto di ente pubblico) trascina ogni competenza, di diritto amministrativo, contabile e/o civile, e dunque anche la rappresentanza esterna, senza necessità di procura aggiuntiva per gli atti di diritto civile, soprattutto per quelli di ordinaria amministrazione (conservativi e non dispositivi del patrimonio dell'ente).

Volendo cercare un layout della delega di funzioni[23] possiamo rivolgere lo sguardo a quella prevista dall'art. 9, comma 1, della l. 23 agosto 1988, n. 400[24], attraverso la quale il Presidente del Consiglio dei Ministri delega ai Ministri senza portafoglio l'esercizio di tutti i poteri afferenti alle funzioni relative al settore di competenza. Per le funzioni amministrative spettanti agli organi degli enti locali, la fonte primaria risiede nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267[25] (artt. 17, 32, 50, 54, 149 etc.).

Prima di esaminare la delega è utile delineare, quantomeno nei tratti fondamentali, il presupposto strutturale, basato sul principio di predeterminazione delle sfere di competenza, delle attribuzioni e delle responsabilità dei funzionari (art. 97, comma 3), collegato, come si vedrà, con i presupposti principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97, comma 2) nonché quello di legalità. Il rispetto di tali principi contribuisce ad assicurare il diritto (europeo) a una buona amministrazione.

17 TAR Liguria, Sez. I, sent. 04/04/2022, n. 261.
18 Cons. Stato, Sez. IV, sent. 12/03/2007, n. 1210.
19 Cons. Stato, Sez. IV, sent. 08/05/2013, n. 2486
20 *Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.*
21 Sulle perplessità relative all'applicazione della disposizione alle PP.AA. v. M. PORRICOLO, *La figura di datore di lavoro pubblico ai fini della sicurezza sul lavoro*, in Dir. Pen. e Processo, n. 1/2018, 79.
22 A. MOLITERNI, *Pubblico e privato nell'attività negoziale della P.A.*, in Riv. it. scienze giur., n. 7/2016, 331.
23 Cons. Stato, Sez. IV, sent. 15/03/2022, n. 1825. G. MIELE, *Delega*, in Encicl. dir., 1962, XI, 905
24 *Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri.*
25 *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*. Cfr. anche art. 2 della l. 23 dicembre 2009, n. 191, recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato.*

La formalizzazione delle competenze istituzionali degli organi e/o degli uffici dirigenziali, avviene necessariamente con atti normativi[26], per gli organi, e/o con atti amministrativi generali[27], per gli uffici dirigenziali e le loro articolazioni; in ogni caso mai con atti privatistici, ai sensi degli artt. 2 e 4 del d.lgs. n. 165/2001[28] (v. principio di separazione e principio di legalità di cui al paragrafo seguente). L'attribuzione, a questo livello, riguarda la ripartizione tra organi o strutture, in senso oggettivo.

Definite le attribuzioni funzionali degli uffici dirigenziali e delle strutture non dirigenziali (architettura organizzativa), l'assegnazione del personale dipendente[29], dirigente e non, a tali uffici/strutture (con vari livelli dimensionali o funzionali) in posizione di "responsabilità" (cioè, per esempio, con «*responsabilità diretta di moduli e strutture organizzative*»[30]) comporta per costoro il potere/dovere di svolgere le attività rientranti nelle competenze proprie della struttura, secondo il grado di autonomia che le fonti (normativa o CCNL) stabiliscono, avvalendosi delle risorse umane, finanziarie e strumentali assegnate. Il personale non dirigenziale non potrà adottare provvedimenti amministrativi e neppure sottoscrivere contratti[31], salvo delega, ma potrà porre in essere nell'interesse dell'ente ogni atto (gestionale, amministrativo, civile, contabile etc.) non riservato dalla legge, dai regolamenti o dai CCNL agli organi e/o ai dirigenti. In alcuni casi è la legge che prevede in via obbligatoria o facoltativa l'istituzione di determinati uffici/strutture, con funzioni eterodeterminate[32], in altri casi è la legge che attribuisce funzioni, come per esempio quella di promuovere e resistere alle liti e quella di conciliare e di transigere, per i dirigenti di uffici dirigenziali generali[33], per cui non è prevista la delega. La delega inter-organica non è elemento costitutivo, ancorché eventuale, dell'organizzazione

26 Es., per gli Enti locali, art. 7 del d.lgs. n. 267/2000; per gli Enti pubblici di ricerca, art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 218/2016. Ai sensi della l. 23 agosto 1988, n. 400, per l'organizzazione delle amministrazioni ministeriali devono adottarsi "regolamenti di delegificazione", dunque di atti normativi di rango secondario che con l'entrata in vigore abrogano le leggi che disciplinavano la materia (Cons. Stato, Sez. VI, sent. 24/0/2017, n. 3666).

27 Es., per le Università statali, art. 2, comma 1, lett. o) della l. 30 dicembre 2010, n. 240. Sul carattere subordinato rispetto alla legge della capacità di auto organizzazione, quand'anche speciale, di enti pubblici autonomi, v. Cons. Stato, Sez. VI, sent. 24/01/2011, n. 468.

28 Cons. Stato, Sez. V, sent. 06/12/2012, n. 6261; id., Sez. VI, sent. 07/09/2012, n. 4758.

29 Sull'allocazione del personale all'interno delle PP.AA. cfr. AA.VV., *La gestione del personale tra incentivi e disincentivi*, in Riv. trim. Dir. pubbl., n. 4/2021, 1255.

30 Cfr. CCNL comparto Funzioni centrali del 09/05/2022; art. 13 CCNL comparto Funzioni locali del 21/05/2018 «*…assunzione diretta di elevata responsabilità di prodotto e di risultato…*»; art. 75 CCNL comparto Università del 06/10/2008 che tratta di «*…responsabilità gestionali di posizioni organizzative complesse, anche nell'ambito dei dipartimenti universitari, nonché qualificati incarichi di responsabilità amministrative, ivi comprese quelle connesse alle funzioni di segretario di dipartimento, e tecniche,…*».

31 Idem per provvedimenti disciplinari (superiori al rimprovero verbale), per i quali la delega non è tra quelle di cui all'art. 17, comma 1-bis.

32 Es., gli uffici relazioni col pubblico, gli uffici del contenzioso del lavoro, gli uffici di diretta collaborazione dei Ministri, gli uffici per i procedimenti disciplinari, le strutture tecniche permanenti per la misurazione della performance, gli uffici legali,

33 V. art. 16 del d.lgs. n. 165/2001.

delle attività lavorative, ma può essere utilizzabile laddove prevista dalla normativa applicabile (legislazione nazionale o regionale e CCNL) e perciò dall'art. 17, comma 1-bis del d.lgs. n. 165/2001. Per quanto attiene allo svolgimento delle funzioni prettamente amministrative (unità organizzativa responsabile del procedimento, responsabile del procedimento, responsabile dell'istruttoria etc.) previste dalla l. 241/1990 e dalle legislazioni di settore, come per esempio il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50[34], valgono principi, strumenti e finalità stabiliti dal diritto amministrativo, prevalenti sulle esigenze di micro-organizzazione. Difatti:
- la funzione di "responsabile del procedimento" per un dipendente non dirigente non implica l'attribuzione tacita della delega di firma per l'adozione del provvedimento finale, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. e), l. n. 241/1990[35];
- la l. n. 241/1990 (art. 4) utilizza il verbo «*assegnare*», diverso da delegare, perché l'assegnazione non trasferisce temporaneamente funzioni dirigenziali ma individua (o, cercando di semantizzare, nomina)[36] il dipendente che, per effetto della nomina, debba svolgere -secondo quanto previsto dalla legislazione- funzioni e compiti, anche con efficacia esterna, di gestione del procedimento amministrativo e, solo se munito dei poteri necessari (propri o per delega), di adozione dell'atto finale[37].
Potrebbe ritenersi che sul piano definitorio non vi siano certezze assolute, sia perché non vi sono disposizioni legislative con un glossario unico e condiviso, sia per le varie sfumature concettuali che i termini assumono nei contesti di tempo o di materia (si pensi al diritto tributario. Tuttavia gli esperti riconducono la delega inter-organica a due schemi principali:

- la delega di poteri tra organi appartenenti allo stesso ente pubblico mediante la quale si opera una fattispecie di trasferimento dell'esercizio del potere da un organo a un altro, con i vincoli di cui si dirà. Trattasi di un atto amministrativo (o misto amministrativo e privatistico) organizzativo il cui effetto è quello di conferire all'organo delegato una competenza di tipo derivato, per uno o più atti, con rilevanza esterna; poiché a essere trasferita non è la competenza (in quanto per fare questo sarebbe necessaria una previsione di legge o di fonte di pari rango a quella attributiva) ma il suo esercizio, la titolarità del potere resta in capo al delegante ed esso conserva anche il potere di agire in ordine all'affare oggetto della delega, fin quando l'attività delegata non si sia del tutto esaurita ovvero non vi sia stata revoca della delega[38], salvi i casi di sostituzione del delegante per ragioni di impedimento

34 *Codice dei contratti pubblici*.
35 TAR Lazio, Roma, Sez. II quater, sent. 05/06/2022, n. 5679.
36 Il d.lgs. n. 50/2016 utilizza inizialmente il verbo "individuare" ma poi chiarisce che si tratta di una "nomina"; cfr. anche ANAC, "Linee guida n. 3, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni»".
37 V. art. 48, comma 2, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 conv. con modif. dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, secondo cui «*È nominato, per ogni procedura, un responsabile unico del procedimento che, con propria determinazione adeguatamente motivata, valida e approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera, fermo restando quanto previsto dall'articolo 26, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.*».
38 TAR Lazio, Roma, Sez. III, sent. 21/08/2018, n. 9010.

(assenza, astensione etc.);

- la delega nell'ambito di un rapporto gerarchico e/o di sovraordinazione nell'organizzazione del lavoro nel pubblico impiego, anche contrattualizzato, tanto è vero che la potestà di delegare (e così pure di revocare la delega) è proprio uno dei poteri che concorre a tipizzare il rapporto gerarchico. Anche qui, mediante la delega il soggetto delegante, invero, demanda al delegato esclusivamente l'esercizio (di parte) dei poteri, senza tuttavia perderne la titolarità e conservando nell'attività delegata poteri di ingerenza, quali quelli di direttiva, di sorveglianza e di avocazione, nonché di decisione degli eventuali ricorsi gerarchici contro gli atti adottati dal delegato[39]. Anche in questo caso si tratta di uno strumento facoltativo. Nell'ultimo paragrafo si esaminerà il caso delle Istituzioni scolastiche statali.

3. Il principio di separazione funzionale.

Per i principi di imparzialità, buon andamento[40] e di non contraddizione, non è ammissibile una traslazione di funzioni tra organi/uffici aventi fini istituzionali che necessitano di alterità reciproca: organi di indirizzo politico-amministrativo, organi di valutazione, organi tecnico-scientifici, organi di controllo interno, oppure organi dirigenziali e/o dirigenti.

Il principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione (o di distinzione funzionale a cui deve seguire anche la separazione strutturale) è positivizzato negli artt. 4, 5 e 14 del d.lgs. n. 165/2001[41] e costituisce un principio di carattere generale -il c.d. Principio dei princìpi-[42], che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost. e l'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo di governo e quelli di competenza della dirigenza amministrativa spetta solo al legislatore[43].

Tale distinzione non è "per materie" ma è volta a isolare, per ciascuna materia,

39 CGARS, SSRR, par. 26/01/2022, n. 44.

40 I. SIGISMONDI, *Il principio di buon andamento tra politica e amministrazione*, Napoli, 2011, 101; F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in Encicl. dir. (voce in), 2002, agg. VI, 76.

41 *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*. Esso è stato introdotto dall'art. 3 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, riscritto dal d.lgs. 18 novembre 1993, n. 470 e, infine, dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80. C. CELONE, *Per una classe dirigente autonoma, performante e responsabile,* in AmbienteDiritto.it, n. 2/2022; S. NERI, *Le principali criticità nel rapporto tra politica e amministrazione a vent'anni dal "Testo Unico" del pubblico impiego*, in Istit. di federal., 2021; M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione nella struttura e nell'organizzazione della P.A.*, in Riv. it. di public management, 2019; M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, in Dirittifondamentali.it, n. 1/2018; N. NIGLIO, *Il principio di separazione tra indirizzo politico-amministrativo e gestione nella P.A., tra organi di governo e dirigenza pubblica; l'obiettivo di un equilibrio impossibile*, in Lexitalia.it, 2016; R. PAPANIA, *La disciplina degli atti di organizzazione nel rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione – Aspetti sostanziali e processuali*, Napoli, 2015; S. BATTINI E L. FIORENTINO (a cura di), *Venti anni di "politica e amministrazione" in Italia*, SNA-IRPA *working paper*, 2014; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in Riv. it. dir. pubbl., n. 1/2012, 39; S. CASSESE, *La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione: un contributo alla riflessione*, in Lav. nelle p.a., n. 6/2005, 1039.

42 Secondo A. ZOPPOLI, il principio è la regola aurea della riforma, in *Dirigente (privato e pubblico)*, in Encicl. dir. (voce in), 2012, annali V, 535; A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in Giorn. dir. lav. e rel. industr., n. 125/2010.

l'indirizzo, ovvero l'assetto regolatorio/pianificatorio di interessi che si vuole realizzare, dalla gestione; a ciò corrispondono diverse serie di atti (e di responsabilità): atti a contenuto normativo/programmatorio nel primo caso; provvedimenti amministrativi e atti negoziali, anche discrezionali, nel secondo[44].

La dirigenza ha dunque, *ex lege*, funzioni proprie[45] (artt. 5, 16 e 17 d.lgs. n. 165/2001 etc.), non delegate dagli organi di indirizzo; tali funzioni costituiscono doveri d'ufficio e non necessitano di specifici atti di "autorizzazione", di "mandato" o "delega" o altro strumento di abilitazione interna da parte degli organi di indirizzo.

La dirigenza ha, per di più, il dovere di non proporre agli organi di indirizzo l'adozione di simili atti sia perché affetti dai vizi di legittimità della violazione di legge o dell'incompetenza[46] e sia perché possono alterare impropriamente il regime delle responsabilità, amministrative o verso terzi.

Con riferimento al principio di separazione, la giurisprudenza costituzionale ha affermato più volte che una «netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie» costituisce una condizione «necessaria per garantire il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa».

Secondo la Consulta, al principio di imparzialità[47], sancito dall'art. 97 Cost., si accompagna, come naturale corollario, la separazione tra politica e amministrazione e che l'amministrazione, nell'attuazione dell'indirizzo formalizzato, è vincolata ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento[48].

Il principio di separazione è presente in tutti gli enti pubblici, anche gli enti locali minori (artt. 90 e 107 del d.lgs. n. 267/2000[49]), le università statali (art. 16 della l. 9

43 TAR Campania, Napoli, Sez. IV, sent. 14/04/2022, n. 2595 secondo cui il legislatore, sua volta, nello stesso art. 97 Cost. incontra un limite nell'identificare gli atti di indirizzo politico amministrativo e quelli a carattere gestionale e non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l'imparzialità della P.A.

44 Così A. D'ANDREA, *Il modello legislativo della dirigenza pubblica*, Roma, 2013, 32.

45 D. MEZZACAPO, *Dirigenza e tecniche di tutela*, Napoli, 2010, 5; G. PASTORI e M. SGROI, *Dirigenti pubblici*, in Encicl. dir. (voce in), 2001, agg. V, 356.

46 Art. 21-octies della l. n. 241/1990 cit.

47 F. MERLONI, op. cit., 18.

48 C. Cost., sent. 03/05/2013, n. 81. Naturalmente l'imparzialità si realizza anche con la deontologia comportamentale dei funzionari e dipendenti pubblici, secondo quanto previsto dall'art. 54, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 secondo cui «*Il Governo definisce un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni al fine di assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico*». V. anche d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 che, all'art. 1, comma 1, stabilisce: «*Il presente codice di comportamento, di seguito denominato "Codice", definisce, ai fini dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta che i pubblici dipendenti sono tenuti ad osservare*»; S. CIMINI E C. BOZZI, *L'evoluzione del codice di comportamento dei pubblici dipendenti e l'incerta valenza delle sue violazioni*, in AmbienteDiritto.it, n. 4/2021.

49 Cons. Stato, Sez. VII, sent. 23/03/2022, n. 2142. L'art. 90 del d.lgs. n. 267/2000 «costituisce un portato del principio di separazione tra politica e amministrazione, rispondendo alla finalità di assicurare agli Organi titolari della specifica funzione di "direzione politica" di potersi avvalere di uffici posti alle proprie dirette dipendenze sotto il profilo funzionale e, per tale via, di poter disporre,

maggio 1989, n. 168[50]), gli enti pubblici di ricerca (art. 12, comma 2, del d.lgs. 31 dicembre 2009, n. 213[51] e art. 3 del d.lgs. 25 novembre 2016, n. 218[52]), gli enti pubblici del servizio sanitario nazionale[53], etc. Sussiste la necessità, anche per i più riottosi, di rispettare la coerenza logico-funzionale e di riconoscere che il principio di separazione non può essere letto in senso verticale/gerarchico: eventuali condizionamenti capaci di incidere sulla legittimità delle scelte tecniche attengono alla patologia dei rapporti inter-istituzionali, non alla loro fisiologica e regolare dialettica[54].

4. La delega di mansioni.

La delega inter-organica di cui alla lettera B. del secondo paragrafo va collocata nell'alveo della disciplina legislativa del lavoro alle dipendenze delle PP.AA. che, anche laddove largamente contrattualizzato, è soggetto ai principi costituzionali e legislativi imposti dall'ordinamento, prima ancora che dalle regole interne al rapporto delegante-delegato.

I principi costituzionali che fondano la materia risiedono prevalentemente negli artt. 97 e 98 Cost.: il principio di legalità sostanziale dell'attività dell'Amministrazione pubblica e il principio di accesso agli impieghi esclusivamente per concorso pubblico.

Il principio di legalità[55] ha fondamento costituzionale negli artt. 23, 54, 95, 97 e 113 per gli atti amministrativi, negli artt. 101 e 111 per quelli giurisdizionali e art. 134 per le leggi; per l'attività amministrativa si fa poi riferimento all'art. 1 della l. n. 241/1990, quale generale fonte primaria interposta. Esso riguarda sia l'azione amministrativa e i suoi risultati, sia la struttura/organizzazione presupposta[56] e impone che gli atti amministrativi, soprattutto quando neghino interessi pretensivi o

al fine di supportare il concreto "esercizio delle funzioni di indirizzo e di controllo" di loro esclusiva spettanza, di personale diretto in prima persona, senza il tramite dell'apparato gerarchico amministrativo, che ad essi direttamente risponda" nell'ambito di un rapporto instaurato *intuitu personae*.» (Corte dei conti, Sez. giursd. reg. Puglia, sent. 12/02/2013, n. 208).

50 *Istituzione del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica.*

51 *Riordino degli enti di ricerca in attuazione dell'articolo 1 della legge 27 settembre 2007, n. 165.*

52 *Semplificazione delle attività degli enti pubblici di ricerca ai sensi dell'articolo 13 della legge 7 agosto 2015, n. 124.*

53 B. ACCETTURA, *Controllo politico e gestione amministrativa nelle Aziende sanitarie locali: la figura del direttore generale*, in AmbienteDiritto.it, n. 1/2022.

54 Cons. Stato, Sez. II, sent. 01/09/2021, n. 6152.

55 Sul tema: G. MANFREDI, *La legalità procedurale*, in Dir. Amm., n. 4/2021, 749; B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in Dir. amm., n. 1/2018, 1; D. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in Quest. Giust., n. 4/2016; M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in Encicl. dir. (voce in), 2013, annali VI, 371; L. COLACINO CINNANTE, *Pubblica amministrazione e trasformazioni dell'ordinamento*, Napoli, 2007, 113, secondo cui il principio di legalità nell'attività della P.A. è anche funzionale all'esercizio dell'azione giurisdizionale, previsto in via generale verso tutti gli atti della P.A. dall'art. 113 Cost.; in tal senso anche M. BELLAVISTA, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, in Pers. e amministr., 2018. R. CARIDÀ, *Principi costituzionali e pubblica amministrazione*, in Consulta On-line, 2015. F. G. SCOCA, op. cit. Sul principio di legalità sostanziale dei poteri amministrativi cfr. C. Cost., sent. 07/04/2011, n. 115.

56 I. SIGISMONDI, op. cit., 76 e M. VOGLIOTTI, op. cit., 425.

superino interessi oppositivi oppure generino una spesa, siano rispettosi delle fonti primarie e secondarie che ne autorizzano l'esistenza e ne legittimano la funzione, onde evitare il vizio di annullabilità *«violazione di legge»* o persino la nullità per *«difetto assoluto di attribuzione»*. Il principio copre anche la disciplina dello stato giuridico ed economico dei dipendenti pubblici[57] e l'attività dell'ente nella sua qualità di datore di lavoro, pubblico e privato[58]. In ossequio al principio di legalità, il datore di lavoro pubblico, anche nella sfera privatistica di gestione dei rapporti di lavoro (art. 5 del d.lgs. n. 165/2001), attribuisce mansioni[59] e funzioni al personale dipendente facendo uso esclusivamente degli strumenti giuridici previsti dall'ordinamento, soprattutto quando da tale attribuzione possa discenderne un onere a carico del bilancio del bilancio dell'ente o dello Stato.

Il principio del concorso[60] (art. 97 Cost.) per l'accesso al lavoro pubblico e per le progressioni di carriera[61], per effetto del quale nel pubblico impiego (contrattualizzato e non), salvo che la legge disponga altrimenti[62], le mansioni superiori svolte da un dipendente risultano del tutto irrilevanti ai fini della progressione di carriera e dell'inquadramento automatico del lavoratore, poiché il reinquadramento originato dallo svolgimento di dette mansioni si porrebbe in contrasto con il principio, di valenza costituzionale, dell'accesso e della progressione mediante concorso pubblico[63]. Per il pubblico impiego contrattualizzato, sussiste la disciplina legislativa di cui agli artt. 35 e 52, comma 1, del citato d.lgs. n. 165/2001[64].

Il principio riverbera i suoi effetti sulla disciplina dello svolgimento delle mansioni

57 V. art. 2, comma 3, e art. 45 del d.lgs. n. 165/2001. M. CALCAGNILE, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in Dir. amm., n. 1/2010, 187.

58 Cons. Stato, Sez. VI, sent. 26/07/2021, n. 5548; Cass. civ., Sez. lav., sent. 13/10/2017, n. 24216.

59 P. TOSI, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, in Riv. ital. dir. lav., n. 1/2018, 17; C. D'ORTA, L*'organizzazione delle P.A. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma,* in Lav. nelle P.A., n. 3-4/2011, 391.

60 AA.VV., *Il reclutamento: le buone pratiche*, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 4/2021, 1231; E. GRAGNOLI, *I principi costituzionali*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico, dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2021; M. ALLENA e M. TRIMARCHI, *La Costituzione «dimenticata» il principio del concorso pubblico*, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 1/2021, 379; S. DE GÖTZEN, *Accesso alla dirigenza e a posizioni organizzative: il perimetro del requisito del pubblico concorso,* in AmbienteDiritto.it, n. 4/2020; I. ROSSI, *Il concorso pubblico quale paradigma normativo ai fini delle assunzioni presso la pubblica amministrazione*, in Riv. Corte dei conti, n. 4/2020, 264; G. NICOSIA, *L'accesso nelle amministrazioni e la "carriera" dei dipendenti pubblici nel prisma delle procedure selettive e concorsuali*, in Lav. nelle P.A., n. 1/2012, 109; A. MISCIONE, *L'equivalenza delle mansioni nel pubblico impiego ai fini del principio di concorsualità*, in Argom. dir. lav., n. 6/2010, 1320; A. CORPACI, *Pubblico e privato nel lavoro con le amministrazioni pubbliche: reclutamento e progressioni in carriera*, in Lav. nelle P.A., n. 2/2007, 375; M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, in Encicl. dir. (voce in), VIII, 1961, 613.

61 Art. 2, comma 1, lett. g) della l. 04 marzo 2009, n. 15 *Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti.*

62 C. Cost., sentt. 02/05/2019, n. 106, 13/11/2009, n. 293 e 27/03/2003, n. 89.

63 TAR Toscana, Sez. I, sent. 11/03/2019, n. 345; Cons. Stato, Sez. VI, 10/05/2013, n. 2555; id. Sez. V, 01/03/2000, n. 1079; id. Ad. plen., 18/11/1999, n. 22.

64 M. PALLINI, *L'inquadramento, lo* jus variandi *e le progressioni*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico, dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, cit., 430.

superiori (commi 2 e segg.) da parte del dipendente, con varie differenze rispetto alla disciplina codicistica di cui all'art. 2103[65]. Anche qui è possibile vedere la prevalenza del principio di legalità sulle necessità di autoorganizzazione datoriale laddove la disposizione legislativa prevede i due presupposti tassativi che consentono l'assegnazione di un dipendente a mansioni superiori. Considerato principio costituzionale in questione, il disposto dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 -in tutte le versioni succedutesi nel tempo- non ammette che nell'impiego pubblico contrattualizzato lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di inquadramento possa determinare o giustificare l'attribuzione definitiva del "livello" (area) superiore[66]. Nel pubblico impiego contrattualizzato, le mansioni del personale non dirigenziale, prevalentemente organizzate in quattro aree[67] (compresa l'area del «*personale di elevata qualificazione*»)[68], con contenuti professionali di qualità crescente, sono disciplinate dall'art. 52, comma 1, citato che rinvia ai CCNL[69].

La disciplina delle mansioni superiori riguarda sia lo svolgimento di mansioni (superiori) non dirigenziali sia di quelle dirigenziali da parte del personale delle aree; lo svolgimento di mansioni superiori da parte di dirigenti è possibile solo se, nell'ente, vi siano due livelli, non quando il ruolo è unico. Lo svolgimento di fatto di mansioni proprie di una qualifica - anche non immediatamente - superiore a quella di inquadramento formale comporta in ogni caso, il (solo) diritto alla retribuzione propria di detta qualifica superiore o, quantomeno, a un trattamento economico indennitario; tale diritto non è condizionato alla legittimità dell'assegnazione delle mansioni o alle previsioni dei contratti collettivi[70]. Per il pubblico impiego non contrattualizzato, invece, lo svolgimento di mansioni superiori, anche se verificatosi su formale incarico e su posto vacante, non determina, a meno che specifiche disposizioni di legge non prevedono eccezionalmente il contrario, né l'attribuzione del corrispondente inquadramento sovraordinato, né la corrispondente retribuzione[71].

---

65 G. ZAMPINI, *L'equivalenza delle mansioni nel pubblico impiego prima e dopo la "Riforma Brunetta" (nota a Cassazione, sez. lav., 26 gennaio 2017, n. 2011)*, in Lav. nelle P.A., 1/2017, 221.

66 Tra le ultime: Cass. civ., Sez. lav., ord. 03/02/2022, n. 3418.

67 Per Funzioni locali e Sanità v. P. COSMAI e S. Di FALCO, *Il riassetto delle categorie e dei profili professionali del nuovo CCNL tra vecchie e nuove figure*, su Azienditalia, 2018.

68 Per il comparto Funzioni centrali (CCNL del 09/05/2022), l'art. 15 disciplina le «*Posizioni organizzative e professionali*» per l'area dei Funzionari e l'art. 16 disciplina gli incarichi al personale dell'area delle Elevate Professionalità. C. SPINELLI, *Posizioni organizzative e valorizzazione delle alte professionalità*, in Lav. nelle P.A., n. 1/2005, 55.

69 F. NARDELLI, *La professionalità del dipendente pubblico privatizzato in balia della contrattazione di comparto con l'avallo della cassazione*, in Il lav. nella giur., n. 12/2020, 1178; L. BUSICO, D. SERRA, *Lo svolgimento di mansioni superiori nel pubblico impiego contrattualizzato*, in Lav. nella giur., n. 11/2011, 1102; A. MARIN, *Mansioni superiori nel pubblico impiego e diritto alle differenze retributive - il commento*, in Il lav. nella giur., n. 6/2008, 603; M. D'APONTE, *Progressioni di carriera e assegnazione di mansioni superiori nel pubblico impiego: la permanenza di una disciplina speciale tra esigenze di tutela ed abusi della P.A.*, in Lav. nelle P.A., n. 5/2005, 833.

70 Previsto solo a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387. Tra le ultime: Cass. civ., Sez. lav., ord. 18/01/2022, n. 1496 e id. ord. 29/09/2020, n. 20685.

71 Cons. Stato, Sez. II, sent. 03/02/2020, n. 856.

Le mansioni del personale dirigenziale sono anche definite "funzioni dirigenziali"[72] e sono descritte negli artt. 16 (per gli uffici dirigenziali generali) e 17 (per gli uffici dirigenziali non generali) del citato d.lgs. n. 165/2001; per le amministrazioni locali la disciplina è contenuta nell'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000[73]; per il personale medico del SSN vi è una disciplina speciale (d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502). Le funzioni dirigenziali di cui all'art. 17[74] possono essere, in parte, oggetto di delega -non di attribuzione (che avviene solo con incarico dirigenziale, costituito da atto di assegnazione e contratto di lavoro subordinato)- a personale non dirigenziale apicale solo parzialmente, esclusivamente nei casi e nei modi stabiliti dall'art. 17, comma 1-bis, del medesimo decreto[75]. L'applicazione della disposizione alle amministrazioni locali non è diretta ma rimessa alla previsione statutaria o regolamentare[76]. La delega all'esercizio di una o più delle competenze/funzioni delegabili ai sensi dell'art. 17, comma 1-bis, non determina l'applicazione, a fini economici, dell'art. 52 cit. e dell'art. 2103[77] cod. civ. che invece si applica nei casi di delega di funzioni *praeter* o *contra legem* (v. anche art. 2126 cod. civ.)[78]. Naturalmente, le discipline legislative di settore possono prevedere casistiche specifiche proprie dell'ambito di riferimento, fermi restando i principi costituzionali sopra citati, validi per tutti i dipendenti pubblici (anche per quelli il cui rapporto è rimasto in regime pubblicistico), e degli altri principi legislativi accennati, relativi al pubblico impiego contrattualizzato.

5. La delega nell'ordinamento scolastico.

Negli enti pubblici dell'ordinamento scolastico si presentano bisogni organizzativi peculiari, necessitanti di misure derogatorie rispetto alla disciplina generalmente applicabile sul piano dell'organizzazione dei pubblici uffici, comprendente la regolazione delle risorse umane impiegate nello svolgimento dell'attività istituzionale[79]. I dirigenti scolastici sono responsabili della gestione unitaria dell'istituzione di cui hanno la legale rappresentanza (circostanza che assume particolare importanza stante l'acquisita personalità giuridica); gli atti da essi compiuti sono imputati all'amministrazione statale[80].

72 F. SAITTA, *Organizzazione e dirigenza dei pubblici uffici*, in Lav. nelle P.A., n. 5/2008, 737.
73 Cfr. Cass. civ., Sez. lav., ord. 13/04/2022, n. 12106.
74 Non quelle di cui all'art. 16, cfr. Corte dei Conti, Sez. centr. controllo atti del Governo e delle Amm. stat., delib. n. 7/2005/P.
75 J. BUGGEA, *Svolgimento di mansioni dirigenziali - lo svolgimento di mansioni dirigenziali da parte di un dipendente pubblico*, in Giur. It., n. 11/2018, 2442; S. MARCHEGIANI E N. MANCINI, *Posizioni organizzative: configurazione giuridica e delegabilità di funzioni dirigenziali*, in Azienditalia - Il Personale, n.6/2008, 6.
76 TAR Veneto, Sez. III, sent. n. 1136/2008.
77 A. AVONDOLA, *La riforma dell'art. 2103 c.c. dopo il jobs act*, in Riv. ital. dir. lav., n. 3/2016, 369.
78 Cons. Stato Sez. II, sent. 07/04/2021, n. 2814.
79 Cons. Stato, Sez. VI, sent. 16/05/2022, n. 3808.
80 . Cons. Stato, Sez. VI, sent. 27/11/2019, n. 8081 secondo cui le istituzioni scolastiche statali, alle quali è stata attribuita l'autonomia e la personalità giuridica a norma dell'art. 21 della l. n. 59/1997, sono compenetrate nell'amministrazione dello Stato, in cui sono incardinate, e conservano il patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato, come risulta dalla espressa previsione dell'art. 1, lettera b), del d.P.R. 4 agosto 2001, n. 352.

La materia dell'organizzazione scolastica in relazione alla facoltà del dirigente delle relative istituzioni di individuare i propri collaboratori è stata oggetto di una stratificazione normativa, soprattutto a seguito dell'autonomia[81] conferita alle istituzioni pubbliche, che ha generato varie perplessità[82].

Il d.lgs.16 aprile 1994, n. 297[83] (art. 7) prevedeva e prevede ancora gli incarichi elettivi di collaboratore del dirigente scolastico (allora direttore didattico o preside), di cui uno con funzioni vicarie, che sono denominati "incarichi direttivi" (art. 364) e hanno contenuto prevalentemente strumentale all'organizzazione della didattica e dei servizi connessi.

L'art. 25[84], comma 5, del d.lgs. n. 165/2001, ha (poi) riconosciuto la facoltà *«Nello svolgimento delle proprie funzioni organizzative e amministrative il dirigente può avvalersi di docenti da lui individuati, ai quali possono essere delegati specifici compiti, ed è coadiuvato dal responsabile amministrativo, che sovrintende, con autonomia operativa, nell'ambito delle direttive di massima impartite e degli obiettivi assegnati, ai servizi amministrativi ed ai servizi generali dell'istituzione scolastica, coordinando il relativo personale»*; tali delegati non coincidono con quelli di cui al d.lgs. n. 297/1994[85]. La disposizione si pone in regime di prevalenza, per ragioni di specialità, rispetto a quanto previsto dall'art. 17, comma 1-bis. L'art. 25 è stato oggetto di interpretazione autentica, come si vedrà più avanti.

Il quadro si è arricchito con la contrattazione nazionale per il comparto Scuola relativa al triennio 2006-2009, che, in ragione della finanziabilità della remunerazione aggiuntiva sul fondo di istituto, ha inteso circoscrivere le figure di docenti delegati dal dirigente soltanto a due (art. 34)[86]. Poi, nel 2015, il legislatore della riforma scolastica ha infine stabilito che «*Il dirigente scolastico può individuare nell'ambito dell'organico dell'autonomia fino al 10 per cento di docenti che lo coadiuvano in attività di supporto organizzativo e didattico dell'istituzione scolastica. Dall'attuazione delle disposizioni del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»*[87]. Tale disposizione non ha travolto quanto previsto dalla contrattazione nazionale nel 2007[88] e neppure quanto stabilito dall'art. 25 del d.lgs. n.

81 Art. 21 della l. 15 marzo 1997, n. 59, recante *Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa.* Per la storia dell'istruzione pubblica in Italia cfr.: L. CALCERANO e G. MARTINEZ Y CABRERA, *Scuola*, in Encicl. dir. (voce in), 1989, XXXVI, 828.

82 Cons. Stato, Sez. II, par. 26/07/2000, n. 1021; F. STORAI, *Il dirigente scolastico: un vero* problem solver, in IUL Research, n. 3/2022; G. PASTORI e M. SGROI, op. cit., 379.

83 *Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado*.

84 Art. 25-bis del d.lgs n. 29/1993, aggiunto dall'art. 1 del d.lgs. 06/03/1998 n. 59.

85 Cass. civ., Sez. lav., sent. 31/05/2017, n. 13801.

86 V. Fondo per il miglioramento dell'offerta formativa, di cui al vigente art. 40 del CCNL comparto Istruzione e ricerca del 19/04/2018.

87 V. art. 1, comma 83, della l. 13 luglio 2015, n. 107, *Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti*. A. DAPAS e L. VIOLA, *Il dirigente scolastico nell'era della «buona scuola»*, in Lav. nelle P.A., n. 1/2015, 83.

88 Cfr. ARAN, Orientamento applicativo CIRS65, secondo cui: «Infatti, la lettura dell'art. 1, comma 83, della L. n. 107/2015 - prescrivendo che le attività dei coadiutori, non devono implicare alcun impatto a

165/2001. In questo caso non si tratta di delegare (propri) compiti ma di nominare "coadiutori", previamente eletti dal collegio dei docenti, per il presidio di settori di attività di interesse dell'istituto (piano dell'offerta formativa etc.). Con la conversione in legge del d.l. 30 aprile 2022, n. 34, dopo il comma 83 è stato inserito il comma 83-bis, che aggiunge strumenti e risorse economiche per i docenti chiamati a collaborare «*nello svolgimento delle funzioni amministrative e organizzative*» e che rinvia a un successivo decreto ministeriale la definizione di criteri e modalità per l'individuazione delle istituzioni scolastiche affidate in «*reggenza*»[89].

Considerato che nelle istituzioni scolastiche vi è solo una posizione dirigenziale, di vertice, a competenza mista didattica e amministrativa[90] (funzione docente, art. 395, e funzione direttiva, art. 396 del d.lgs. n. 297/1994 cit.), nel contesto normativo descritto è possibile ravvisare alcuni elementi trasversali a tutte le P.A.:

a la tipicità della delega e l'inammissibilità di forme parallele o moduli alternativi in assenza di specifica copertura legislativa o di CCNL (es. d.lgs. n. 81/2008, per la sicurezza negli ambienti di lavoro);

b che la delega affidabile solo a personale docente dato che alla dirigenza scolastica può accedere solo il personale docente e non il personale ATA e considerata pure la separazione dell'apparato amministrativo-gestionale cui è preposto, *ex lege* (non *ex delgatione*), un funzionario "responsabile" avente competenze proprie e ovviamente soggetto al potere di direzione del dirigente scolastico (dato che nella scuola il dirigente è organo dirigenziale di vertice misto, cioè sintesi sia della funzione docente sia della funzione organizzativa/amministrativa, salve le competenze degli uffici territoriali dell'amministrazione scolastica, egli può delegare la firma di alcuni atti amministrativi al personale non docente);

c che la delega è volontaria, nel senso di eventuale, e che è parziale e mai generale.

Nel 2012, uno dei tanti interventi legislativi di contenimento della spesa pubblica (art. 14, comma 22, d.l. 6 luglio 2012, n. 95[91], conv., con modific., dalla l. 7 agosto 2012, n. 135), con norma di interpretazione autentica (pertanto retroattiva), ha interpretato il comma 5 dell'art. 25 citato nel senso che la delega ai docenti di compiti non costituisce affidamento di mansioni superiori o di funzioni vicarie, anche nel caso in cui detti docenti godessero dell'esonero o semiesonero ai sensi dell'art. 459 del d.lgs. n. 297/1994[92].

Il docente delegato può essere retribuito esclusivamente a carico dei fondi

---

carico della finanza pubblica – induce a ritenere che la ratio della disposizione intendesse individuare i suddetti coadiutori tra i docenti di potenziamento, mentre le previsioni di cui all'art. 88 del CCNL 29/11/2007, che consentono la corresponsione di un compenso a non più di due unità siano dirette ai docenti curriculari chiamati a svolgere ulteriori attività».

89 V. art. 45 del d.l. 30 aprile 2022, n. 36, recante *Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*, conv. con modif. dalla l. 29 giugno 2022, n. 79.

90 Secondo G. PASTORI e M. SGROI, op. cit., 380, l'attività dei dirigenti scolastici si colloca, simultaneamente, sul piano gestionale-manageriale, e sul piano didattico-educativo.

91 *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario.*

disponibili per la remunerazione accessoria presso la specifica istituzione scolastica od educativa ai sensi dell'art. 88, comma 2, lettera f), del CCNL relativo al personale scolastico.

Secondo il giudice amministrativo, la circostanza che la scelta di docenti e l'attribuzione a essi di specifici compiti fosse frutto di una scelta discrezionale del dirigente scolastico, non preceduta da una procedura concorsuale, non trasformava l'atto in un provvedimento pubblicistico ma è prova che si trattasse di un atto privatistico tipicamente gestionale del rapporto di lavoro (micro-organizzazione[93]).

Quand'anche, poi, la nomina e la delega di compiti, fosse avvenuta travalicando i confini della norma primaria, o eludendola con l'attribuzione di compiti non pertinenti, ovvero superando il perimetro applicativo a essa posto dal CCNL, ciò potrebbe incidere sulle responsabilità del dirigente, anche amministrativo-contabili, ma non mutare la natura dell'atto di delega[94].

Considerato che la giurisdizione sulle controversie relative agli atti di gestione e di micro-organizzazione del pubblico impiego contrattualizzato[95], la suprema Corte, da par suo, ha confermato la ricostruzione[96] e precisato che non vi è neppure violazione dell'art. 36 Cost. dato che, anche nei casi di mansioni superiori, è ammesso il riconoscimento di un compenso aggiuntivo, rispetto al trattamento economico della qualifica di appartenenza (non le esatte differenze retributive), la cui determinazione può derivare anche da una norma collettiva[97].

6. Considerazioni conclusive.

La tentazione di dare una risposta certa all'interrogativo iniziale è sopraffatta dalla consapevolezza che la (maggiore) autonomia degli enti pubblici e la responsabilizzazione degli organi decisionali sono processi che necessitano di maturazione e che, in ogni caso, non sono immuni da rischi o da difetti, talvolta non minori rispetto ai problemi che sono deputati a risolvere[98].

L'attribuzione al dirigente scolastico dei poteri propri della dirigenza amministrativa, mediante sottrazione degli stessi ad altri organi o uffici, necessita di relazioni verticali e gerarchiche con la struttura di riferimento mentre la titolarità di

92 Articolo variamente modificato e infine abrogato, dall'a.s. 2014/2015, dall'art. 1, comma 329, della l. 23 dicembre 2014, n. 190, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*.

93 V. TALAMO, *La riforma del pubblico impiego - pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in Giorn. Dir. amm., n. 5/2009, 461.

94 Cons. Stato, Sez. VI, sent. 30/12/2020, n. 8531 che, dopo attenta disamina, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del g.a.

95 In materia scolastica, da ultimo Cons. Stato, Sez. VII, sent. 04/02/2022, n. 804. P. CERBO, *L'organizzazione dei pubblici uffici "in forma privatistica" a vent'anni dalla privatizzazione*, in Argom. Dir. lav., 2/2015, 337; M. L. MADDALENA, *La giurisdizione sugli atti di macro organizzazione tra G.A. e G.O.,* in Corr. merito, n. 1/2010; G. Ferrari, *Giurisdizione in materia di pubblico impiego privatizzato*, in Giorn. Dir. amm., n. 5/2009, 540; S. MENCHINI, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi nel pubblico impiego privatizzato*, in Riv. Dir. Proc., n. 2/2002, 430.

96 Cass. civ., Sez. lav., sent. 21/03/2022, n. 9155.

97 Cass. civ., Sez. lav., ord. 03/06/2021, n. 15476.

98 A. OLIVA e A. PETROLINO, *Il coraggio di ripensare la scuola*, Genova, 2019

funzioni di coordinamento didattico-educativo comporta relazioni orizzontali con il corpo docente e con gli organi collegiali tecnici; in ogni caso, il dirigente scolastico e i suoi incaricati si relazionano con l'esterno (fornitori, autorità, comunità, altre istituzioni scolastiche etc.). Nel primo caso le attività amministrative sono funzionali a erogare servizi di supporto (gestione immobili, strumenti e beni per l'insegnamento etc.) e nel secondo caso le attività sono funzionali all'erogazione del prodotto/servizio istruzione[99] e al rilascio del titolo di studio avente valore legale[100].

Lo strumento della delega non può pertanto essere usato secondo aspecifici riferimenti a modelli privatistici, pur presenti nel settore dell'istruzione (art. 33 commi 3 e 4), dato che l'autonomia piena è prevista dalla Costituzione solo per «… *istituzioni di alta cultura, università ed accademie,…*»[101]. La minore eterogeneità degli strumenti gestionali e il rispetto dei principi di legalità e di tipicità nell'attività amministrativa e gestionale offrono i pregi di consentire una omogeneità territoriale e di mappare il rischio corruttivo.

Per quanto attiene allo strumento specifico esaminato nel quinto paragrafo, l'intervento legislativo recente apre a certezze di maggiori risorse economiche ferma restando la caratteristica temporaneità degli incarichi, affinché non costituiscano forme alternative di reclutamento o, peggio, di copertura impropria di posizioni dirigenziali.

99 V. per esempio Corte dei conti, deliberazione n. 7/2015/G del 06/10/2015 recante «Piano per la dematerializzazione delle procedure amministrative in materia di istruzione, università e ricerca e dei rapporti con le comunità dei docenti, del personale, studenti e famiglie».

100 A. BARTOLINI, *Appunti sul valore legale del titolo di studio*, in Giustamm.it, n. 3/2009.

101 A. CARDI, *L'autonomia universitaria tra tradizione e modernità: a proposito di due recenti pronunce del Consiglio di Stato*, in Rass. Avv. Stato, 2015, IV, 86-122; R. CALVANO, *L'autonomia universitaria stretta tra legislatore e giudici amministrativi*, in Rivista AIC, n. 4/2012; R. CALVANO, *Principio costituzionale dell'autonomia universitaria. Legge, autonomia statutaria e garanzia dell'autogoverno alla luce della Legge n. 240 del 2010*, in *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Napoli, 2012; S. BATTINI, *La nuova* governance *delle università*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 2011, 359; F. MERLONI, *La nuova* governance, in Giorn. dir. amm., 2011, IV, 353; E. DE FELICE, *L'Università esiste per essere organizzata o si organizza per esistere?": ipotesi e prospettive evolutive alla luce delle riforme in atto,* in Giustamm.it, 2010.

FUORI DALLO SCACCHIERE EUROPEO: L'ADESIONE POLACCA AL MODELLO STATUNITENSE IN MATERIA DI ABORTO

Luana Leo[*]

ABSTRACT. La nuova legge polacca in materia di aborto, oltre a generare allarme al di là dei confini nazionali, continua ad essere oggetto di animate discussioni. Il presente lavoro intende porre in risalto come l'atteggiamento restrittivo assunto dalla Polonia nei confronti del fenomeno abortivo dipenda non solo dalla crisi costituzionale in cui la stessa versa da tempo, ma anche dalla progressiva adesione del Paese al modello statunitense. Seguendo tale ragionamento, si tende a sconfessare la tesi ormai consolidata che intravede nella Chiesa cattolica la principale responsabile delle rigide politiche attuate nel Paese.

ABSTRACT. *The new Polish law on abortion, in addition to generating alarm beyond national borders, continues to be the subject of heated discussions. This work intends to highlight how the restrictive attitude taken by Poland towards the abortion phenomenon depends not only on the constitutional crisis in which it has been experiencing for some time, but also on the country's progressive adherence to the US model. Following this reasoning, we tend to disavow the now consolidated thesis that sees the Catholic Church as the main culprit for the rigid policies implemented in the country.*

SOMMARIO: 1. Introduzione; **2.** Il quadro normativo polacco; **3.** Il diritto all'obiezione di coscienza; **4.** La discussa sentenza del 22 ottobre 2020; **5.** Gli effetti della nuova legge anti-aborto; **6.** La crisi dell'ordine costituzionale polacco; **6.** Il fronte cattolico; **7.** L'isolamento europeo della Polonia; **8.** Conclusioni.

1. Introduzione.

Il conflitto in corso tra Ucraina e Russia ha riacceso in Polonia una *querelle* cruciale: l'oggettiva difficoltà incontrata dalle donne nell'interrompere la gravidanza. La Polonia è uno dei Paesi che ospita un elevato numero di profughi ucraini, tra cui donne abusate nelle città occupate dai nemici. Come in tutti i conflitti, anche in quello in atto vi sono diritti che trovano riscontro ed altri che restano confinati, in quanto non sembrano costituire una violazione così grave della persona umana.

Prima dell'ultima pronuncia del Tribunale costituzionale polacco, la rinomata legge del 7 gennaio 1993[1] regolamentava le ipotesi di accesso legale all'interruzione volontaria della gravidanza in Polonia. Tale legge rappresentava una delle più

1 [*]*Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università Lum Giuseppe Degennaro.*
Ustawa z Dnia 7 Stycznia 1993 of Planowaniu Rodziny, Ochronie Plodu Ludzkiego I Warunkah Dopuszcczalnosci I Przerywania Ciazu (Dz.U. 1993 nr 17 poz. 78).

restrittive in materia di IGV tra i vigenti Stati dell'Unione Europea. Entrando nello specifico, essa consentiva ai medici di porre in essere una procedura di aborto volontario esclusivamente in tre circostanze: ove la gravidanza ponesse a rischio la vita o la salute della donna incinta; nel caso in cui sussistesse un'alta probabilità di grave ed irreversibile malformazione fetale o incurabile malattia che minacciasse la vita del feto; in presenza di ragioni tali da sospettare che la gravidanza fosse il prodotto di un atto illecito.

La sentenza del 22 ottobre 2020 si pone perfettamente in linea con l'orientamento conservatore che contraddistingue la giurisprudenza del Tribunale costituzionale polacco su temi vulnerabili, accentuando così l'involuzione del Paese in merito alla tutela dei diritti fondamentali. Con la decisione in oggetto, è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'accesso all'aborto giustificato dalla sussistenza di gravi malformazioni fetali, che interessava la maggior parte delle procedure legali di IVG eseguite in un anno. Tale decisione ha generato panico non solo a livello nazionale, ma anche tra le istituzioni europee ed internazionali[2], inducendo il Governo a posticipare la pubblicazione della stessa, avvenuta il 21 gennaio 2020.

In tale sede, si intende verificare se il contenuto di tale sentenza rispecchi la volontà della religione cattolica – per la quale l'illegittimità della pratica non è in discussione – o costituisca una manifestazione patologica della crisi costituzionale polacca, accompagnata da influenze esterne.

2. Il quadro normativo polacco.

Come preannunciato, quella polacca costituisce una delle legislazioni più rigide in materia di aborto nel panorama giuridico europeo. In realtà, già nel 1956, la Polonia aveva adottato una legge che ammetteva tale pratica anche per motivi socioeconomici. A partire dagli anni '90, il dibattito per introdurre il divieto assoluto di aborto si è inasprito, in virtù della nota incidenza politica ottenuta dalla Chiesa cattolica nel Paese. A differenza di altri Stati europei, la legislazione polacca in materia di aborto non era stata investita dalle riforme liberali avutesi negli '60 e '70 del Novecento. Nel Regno Unito, l'aborto era consentito sin dal 1929, purché costituisse un grave rischio per la salute della madre. L'*Abortion Act* prende forma dalla decisione del medico Alex Bourne di infrangere deliberatamente la legge, sottoponendo a tale pratica una ragazza di 14 anni rimasta incinta per mezzo di uno stupro. In tale occasione, si affermava che se il medico avesse ritenuto in pericolo non solo la vita della donna, ma anche solo la sua salute fisica e psichica, tale valutazione avrebbe potuto legittimare il ricorso all'aborto, non potendosi tracciare una linea di demarcazione tra il pericolo per la vita e per la salute. La legge in discussione, che autorizza l'interruzione di gravidanza entro le ventiquattro settimane[3], è valida in

2 Si pensi, ad esempio, alla presa di posizione dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani (*Poland has slammed door shut on legal and safe abortion – UN experts*, comunicato stampa del 27 ottobre 2020) e del Parlamento europeo (Risoluzione del 26 novembre 2020 sul divieto di fatto del diritto all'aborto in Polonia).

3 Per un approfondimento sulla normativa inglese in materia di aborto, si veda M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard, 1987.

Scozia, Inghilterra, Galles e nei plurimi territori della Corona, salvo che nell'Irlanda del Nord. Per quanto concerne quest'ultima, la disciplina di riferimento in materia è rappresentata dall'*Offences Against the Person Act* ottocentesco[4]. In Francia, l'aborto è stato legalizzato nel 1975, per effetto delle pressioni compiute da parte di movimenti femminili sul Governo, al fine di conseguire una legge liberale sull'interruzione volontaria della gravidanza[5]. Di recente, il diritto di aborto in Francia è stato rafforzato: nel mese di febbraio, l'Assemblea Nazionale (con 135 voti favorevoli, 47 contrari e 9 astensioni) ha approvato in via definitiva il testo della legge che estende da dodici a quattordici settimane il limite per interrompere una gravidanza, ampliando altresì il bacino di professionisti che possano effettuare l'intervento.

Tornando allo scenario polacco, occorre evidenziare l'influenza della Chiesa cattolica sugli equilibri politici del Paese verso la fine degli anni '80: essa non ebbe la possibilità di limitarsi unicamente ai propri doveri religiosi, dal momento che mirava ad allargare gli spazi che il Governo aveva lasciato alla sua attività pastorale. In tale periodo storico, la Chiesa rappresentava il punto di riferimento certo dell'identità nazionale: il rito centrale polacco, infatti, veniva ad essere un luogo dove si "sommavano" più codici linguistici (religioso, nazionale e politico). L'espletamento di compiti di supplenza, però, non deve essere ricondotto all'aggressività del clero, bensì alla travagliata realtà politica e sociale. Come specificato in dottrina[6], nei solenni discorsi dei membri dell'Episcopato traspariva il concetto che essa non dovesse mai esitare ad intervenire nel caso estremo di degenerazione della vita sociale.

Appare ragionevole segnalare come la legge del 1993 costituisca un "compromesso" rispetto alla richiesta della Chiesa cattolica di introdurre un divieto totale, giacchè assicurava l'aborto in presenza di circostanze particolari e non criminalizzava la donna incinta che abortiva in modo illegale. A partire da tale momento storico, sono stati compiuti differenti tentativi di modifica della legge sopramenzionata, con esiti sfavorevoli. La ragione di ciò deve essere intravista nell'avvento del "mascolinismo" nella sfera della società civile. I vari moniti alle differenze "tradizionali" o "naturali" tra i sessi sono stati impiegati per abolire i diritti riconosciuti alle donne nel corso del socialismo di Stato. In tale senso, una corrente di pensiero sottolinea come il predominio politico degli uomini nella società civile non si incentri *"tanto sulla rivendicazione di una maggiore esperienza (durante i regimi passati le donne avevano ricoperto ruoli di governo, o di abilità o qualifiche superiori (durante il comunismo le opportunità di istruzione erano garantite a entrambi i sessi), quanto piuttosto sulla differenza sessuale"*[7]. Da ciò ne scaturisce come il campo d'azione spetti

4 Sul tema, si veda A. BARAGGIA, *«Who shall decide what rights we have when we all disagree?». Il caso della regolamentazione dell'aborto in Irlanda e Nord-Irlanda*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2018, pp. 599-625.

5 Nel 1971, 343 donne francesi pubblicarono su "*Le Nouvel Observateur*" un manifesto in cui dichiararono di aver abortito almeno una volta illegalmente (in C. FLAMIGNI, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, Bologna, 2008, p. 38).

6 ANDRZEJ KICIŃSKI, *Tra parrocchia e scuola. L'evoluzione della catechesi in Polonia negli anni 1918-2001*, in *Salesianum*, n. 68, 2006, p. 104.

7 Così, J.W. SCOTT, *Genere, politica, storia*, Viella, Roma, 2015.

agli uomini, mentre le donne rimangano confinate nel campo domestico e familiare. La legge del 1996[8] si pone come l'unico tentativo riuscito di mitigare l'inflessibile normativa in materia di aborto: essa, infatti, introduce la giustificazione di natura socioeconomica per *"la donna incinta che si trovi in condizioni di vita difficili o in una situazione personale difficile"*. Tuttavia, negando l'equivalenza tra *"il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione della persona che deve ancora diventare"* i giudici costituzionali dichiararono l'illegittimità della disposizione, con conseguente abrogazione della stessa[9].

Uno dei punti essenziali della precedente normativa consisteva nella dichiarazione di obiezione di coscienza del personale medico e di intere strutture ospedaliere. Tale aspetto ha reso inevitabile l'intervento della Corte europea dei diritti umani. In particolare, meritano considerazione tre decisioni, con cui la Corte EDU ha condannato la Polonia, ponendo in risalto la rigidità della legge del 1993. Il primo caso di specie riguardava una donna affetta da grave miopia, alla quale era stato negato l'accesso all'aborto terapeutico, sebbene sussistesse il rischio (poi concretizzatosi) di divenire cieca durante la gravidanza o al momento del parto[10]. In tale occasione, la Corte EDU, andando incontro alla ricorrente, ha sostenuto che la Polonia non si era conformata ai suoi obblighi positivi di rispettare il diritto ad una protezione effettiva della vita privata prescritto all'art. 8 della CEDU. Nell'ottica di una parte della dottrina, la Corte EDU avrebbe ammesso esplicitamente il diritto all'IVG, pur non riconoscendo diritti in capo all'embrione/feto[11]. La seconda vicenda atteneva al mancato rapido accesso ad un test genetico prenatale, che intralciava la possibilità per la donna di accedere all'aborto entro i termini fissati dalla legge[12]. Oltre al mancato rispetto dell'art. 8 CEDU, la Corte EDU ha riscontrato anche la violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di tortura), in virtù dei trattamenti disumani e degradanti attuati dalle autorità sanitarie nei confronti della ricorrente, la quale aveva dato alla luce una bambina affetta da sindrome di Turner[13]. Infine, il terzo caso vagliato dalla Corte EDU interessava una ragazza minore rimasta incinta per via di uno stupro: quest'ultima, con il consenso della figura materna, ha potuto accedere alla procedura solo in una struttura ospedaliera ben distante dalla propria residenza[14]. Come nella sentenza ora esaminata, la Corte EDU ha rilevato la violazione degli artt. 3 e 8 CEDU, affermando che gli Stati sono chiamati ad

8 Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. 1996 nr 139 poz. 646).

9 Trybunału Kon-stytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r. K 26/96.

10 Corte Edu, 20 marzo 2007, *Tysiąc c. Polonia* (ricorso n. 5410/03). Sulla decisione, si veda A. VIVIANI, *La tutela della donna di fronte alla Corte europea dei diritti umani : il discorso di genere arriva a Strasburgo?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1, 2010, pp. 1-10.

11 N. PRIALUX, *Testing the Margin of Appreciation: Therapeutic Abortion, Reproductive 'Rights' and the Intriguing Case of f Tysiąc v. Poland*, in *Eur J Health Law*, 2008, pp. 361-379. Sulla predetta decisione, si veda anche C. ZAMPAS, J.M. GHER, *Abortion as a Human Right International and Regional Standards*, in *HRLR*, n. 3, 2008, p. 249 ss.

12 Corte Edu, 26 maggio 2011, *R R c. Polonia* (ricorso n. 27617/04).

13 Su tale pronuncia, si veda A. OSTI, *L'interruzione di gravidanza nella sentenza R.R. c. Polonia*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2021, pp. 963-968.

organizzare il sistema della tutela del diritto alla salute, consentendo così alle pazienti di usufruire delle legali prestazioni.

3. Il diritto all'obiezione di coscienza.

In Polonia, come in Italia, il diritto all'obiezione di coscienza rappresenta una questione vitale, in quanto essa investe una serie di problematiche, ponendo altresì taluni interrogativi da un punto di vista etico e religioso. Tale circostanza trova conferma nella sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2014 ((K 12/14)[15], che ha vagliato la costituzionalità di determinate disposizioni della legge del 5 dicembre 1996 inerente alle professioni di medico e dentista, focalizzando l'attenzione sul carattere e sull'ammissibilità delle limitazioni del diritto all'obiezione di coscienza.

Nello specifico, la vicenda coinvolgeva l'art. 39 della legge sopraindicata: quest'ultima disposizione definisce le modalità seguite dal medico ai fini dell'astensione dall'esecuzione di trattamenti clinici incompatibili con la propria coscienza, fatta eccezione in presenza di "altri casi urgenti", oltre a quelli segnati da pericolo di morte, lesioni e disturbi di salute gravi (art. 30 della medesima legge). In aggiunta, al medico-obiettore sono imposti altri obblighi: indicare al paziente la sede in cui poter ottenere il servizio; precisare e motivare il fatto di avvalersi del diritto nella documentazione medica; riferire preventivamente al superiore competente l'intenzione di astenersi dal compimento della pratica per motivi di coscienza.

In tale sede, si ritiene indispensabile limitarsi a riportare il "nucleo" della predetta sentenza, omettendo così di delineare la posizione assunta dalla Corte costituzionale in ordine alle singole accuse formulate dai ricorrenti: il diritto all'obiezione di coscienza costituisce un elemento della libertà di coscienza *"che deve essere rispettato indipendentemente dal fatto se esistano i disposti di legge che lo confermano"*; pertanto, *"il diritto del medico, come ogni altra persona, ad astenersi dalle azioni contrarie alla propria coscienza, consegue direttamente dalla libertà garantita dalla Costituzione"*, dunque, in mancanza dell'art. 39 della legge sopracitata, egli *"potrebbe rinunciare a realizzare una data prestazione richiamandosi all'obiezione di coscienza"*[16]. A tal proposito, si è parlato di *"vittoria dell'individuale libertà di coscienza su troppa rigidità delle disposizioni di legge"*, così come di *"trionfo dei principi dell'etica professionale sull'arbitrarietà di formare le disposizioni amministrative e legali"*[17].

Giunti a tale punto, appare doveroso interrogarsi sulla conformità del regime giuridico sviluppato dalla sentenza con gli *standard* adottati nel quadro del Consiglio

14 Corte Edu, 30 ottobre 2012, *P and S c. Polonia* (ricorso n. 57375/08), con analisi di E. CRIVELLI, *P. e S. c. Polonia : la Corte di Strasburgo si pronuncia ancora sul contrasto tra il diritto teorico all'aborto legale e l'applicazione pratica della legge*, in *DPCE*, n. 1, pp. 252-256.

15 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r. sygn. akt K 12/14 (Dz.U. 2015 poz. 1633).

16 Un'analisi attenta della sentenza costituzionale è compiuta da A. BEVILACQUA, I. DOMENICI, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza: il caso polacco*, in *Biodiritto (Student papers)*, n. 2, 2016, pp. 25-36.

17 J. PAWLIKOWSKI, *Więcej wolności sumienia dla lekarzy – konsekwencje orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w sprawie klauzuli sumieni*, in *Medycyna Praktyczna*, n. 11, p. 3.

d'Europa, e specialmente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Sebbene la CEDU non definisca espressamente il diritto all'obiezione di coscienza, essa tratta la rilevante questione del rifiuto di prestare servizio militare a causa delle convinzioni personali in riferimento al divieto di lavoro forzato o obbligatorio (art. 4), stabilendo che tali termini non racchiudono né il servizio militare né il servizio civile alternativo.

Alla luce di ciò, ha trovato terreno fertile l'orientamento della giurisprudenza di Strasburgo secondo cui la Convenzione non garantisce il diritto all'obiezione di coscienza circa il servizio militare o sostitutivo.

È diverso, invece, l'approccio adottato dall'Assemblea parlamentare del Consiglio: in un primo momento, essa adotta la Risoluzione 337[18], in base alla quale ciascuna persona che si contrappone al servizio militare per convinzioni personali non dovrebbe essere obbligata a tale servizio; in un secondo momento, la stessa emana la Raccomandazione 478[19], in virtù della quale i Paesi membri sono tenuti a comparare le proprie legislazioni ai principi prescritti. Con riguardo alla Corte EDU, il diritto all'obiezione di coscienza in riferimento al servizio militare è stato riconosciuto con la sentenza del 7 luglio 2011 (*Bayatyan c. l'Armenia*)[20].

Nel caso di specie, si è statuito che l'azione dello Stato armeno costituisce una non giustificata violazione del diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione. Il fine perseguito dalla Corte EDU è quello di collocare l'obiezione di coscienza riguardante il servizio militare (ovviamente giustificato dalla religione o dalle convinzioni personali) nella sfera della tutela offerta dall'art. 9 della Convenzione. In tale senso, una corrente di pensiero[21] osserva come tali rilievi risultino in linea con la Risoluzione del 7 ottobre 2010 sul diritto all'obiezione di coscienza nell'ambito della legale tutela medica[22].

4. La discussa sentenza del 22 ottobre 2020.

In un contesto politico acceso, scaturente dall'autoritarismo del Governo polacco entrato in carica a fine 2015, la legge del 1993 è stata dichiarata incostituzionale. Con sentenza n. 1/2020[23], il Tribunale costituzionale ha ammesso che la disciplina sull'aborto terapeutico entra in contrasto con gli artt. 30, 32, 38 della Costituzione

18 Resolution 337 (1967). Right of conscientious objection.
19 Recommendation 478 (1967). Right of conscientious objection.
20 Corte EDU (Grande Camera), 7 luglio 2011, *Bayatyan c. Armenia*.
21 P. STANIS J. PAWLIKOWSKI, *Il diritto dei medici all'obiezione di coscienza in Polonia: recenti sviluppi*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, 2017, p. 470. Sul tema, si veda F. PAPINI, *I Testimoni di Geova ancora discriminati. Un confronto fra giudici europei e amministratori italiani*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2013, pp. 303-314.
22 In tale documento, si rileva che "nessuna persona, nessun ospedale o altro istituto sarà costretto, reso responsabile o sfavorito in qualsiasi modo a causa di un rifiuto ad eseguire, facilitare, assistere o essere sottoposto ad un aborto, all'esecuzione di un parto prematuro, o all'eutanasia o a qualsiasi atto che potrebbe provocare la morte di un feto o di un embrione umano, per qualsiasi ragione". Si segnala che, nel testo radicalmente modificato rispetto alla proposta originaria, viene meno il riferimento all'uso "non regolamentato dell'obiezione di coscienza", optando per il "diritto all'obiezione di coscienza nelle cure mediche legali".
23 Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r. K 1/20.

polacca, che tutelano rispettivamente il diritto alla vita, la dignità umana e il principio di non discriminazione.

È opportuno segnalare che nella prima metà del 2016 un'organizzazione indipendente fondata e radicata in Polonia (c.d. *Ordo Iuris*) aveva redatto un progetto di legge ("*Stop Abortion*")[24], con il fine di apportare modifiche alla legislazione polacca sull'aborto e al Codice penale del 1997. Entrando nello specifico, il predetto progetto mirava ad abrogare l'art. 4 della legge del 1993, che elenca le circostanze legittimanti l'accesso alla procedura. Oltre a prevedere l'inasprimento delle pene, il progetto in discussione rendeva perseguibile penalmente talune fattispecie: causare o aiutare a determinare la morte di un "*conceived child*", provocare per mezzo di atti violenti o indurre con la forza una donna a porre in essere l'interruzione di gravidanza. Tuttavia, il progetto stabiliva che ove la donna avesse non intenzionalmente causato la morte del "bambino concepito", non sarebbe stata perseguibile. Il medico, invece, sarebbe incorso in responsabilità penale, fatta eccezione nel caso in cui avesse causato la morte del feto nel compimento di un atto necessario per salvaguardare la vita della madre da un imminente pericolo.

Come già enunciato, la sentenza del 22 ottobre 2022 è stata fortemente criticata a livello nazionale e internazionale, così come testimoniato dalla sua pubblicazione avvenuta solo il 27 gennaio 2021, oltre tre mesi dalla sua pronuncia. Sul piano europeo, in un comunicato del 28 gennaio 2021, le rappresentanti delle Commissioni "Diritti delle donne e uguaglianza di genere" e "Libertà civili, giustizia e affari interni", presso il Parlamento Europeo, hanno espresso solidarietà alle donne protestanti, invitando il Governo a rivedere la legge sull'aborto. In particolare, è stato evidenziato come in Polonia regni un atteggiamento di avversione nei confronti della donna, considerato che il divieto di aborto costituisce un attacco ai diritti fondamentali e ai diritti umani[25]. Di fatto, la suddetta pronuncia pone in contrasto la legislazione polacca con il sistema internazionale dei diritti umani. Nel corso del tempo, l'attenzione di organizzazioni e associazioni sul tema dell'IVG è cresciuta gradualmente; tale circostante trova avallo in due documenti di specifico rilievo. Il primo è il *Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women* (2003), il quale impone agli Stati membri di adottare misure necessarie a proteggere *"the reproductive rights of women by authorizing medical abortion in cases of sexual assault, rape, or incest, and when the continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the fetus"*. Il trattato internazionale assume importanza – a giudizio di chi scrive – non tanto per aver inquadrato la pratica come uno strumento a tutela della salute sessuale e riproduttiva femminile, quanto invece per manifestarsi in un contesto difficile come quello africano, in cui il tasso di mortalità materna derivante da aborti clandestini avvenuti in condizioni igienico-sanitarie risulta notevolmente alto[26]. Il secondo documento – pur non

24 Sul progetto di legge in esame, si veda L. BERARDI, *Poland debates ban on abortion*, in *Visegrad Group Revue*, 20 aprile 2016.

25 Parlamento europeo, *The abortion ban in Poland is an attack on women's and fundamental rights*, comunicato stampa del 28 gennaio 2021.

vincolante – è la Risoluzione n. 1607 del 2008[27], con cui l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha espresso forte timore per tutti quegli ordinamenti in cui le limitazioni *ex lege* o gli ostacoli di fatto complicano l'accesso alla procedura. Nell'ottica di quest'ultima, tali restrizioni non riducono i casi di aborto, ma aumentano il numero di pratiche clandestine, agevolando altresì il c.d. "turismo abortivo"[28].

È interessante constatare come gli organi di Strasburgo ed i *treaty-based committees* abbiano adottato un approccio divergente circa la conformità degli *standard* internazionali delle normative e prassi interne in materia. Sebbene Commissione e Corte EDU non riconoscano un diritto all'aborto *tout court*, hanno esplicitamente ammesso la necessità di dare precedenza alla tutela dei diritti e degli interessi della donna (specialmente quando la sua vita o salute risultino in pericolo) rispetto alla tutela del diritto alla vita del feto[29]. Tuttavia, i punti-chiave della giurisprudenza di Strasburgo – a giudizio di chi scrive – sono due: l'esclusione dell'appartenenza in via esclusiva della gravidanza alla sfera della vita privata della donna[30]; la tendenziale prevalenza del diritto al controllo del corpo da parte della donna sul diritto dell'uomo di poter decidere della propria paternità[31]. Diversamente, i *treaty bodies* – il Comitato dei diritti umani, il Comitato per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne, il Comitato dei diritti del fanciullo, nonché il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali – tendono ad affrontare tale questione sotto un'ottica "plateale", ovvero diretta a valutare l'impatto della difficoltà o dell'impossibilità di accedere alla pratica sulla generale condizione delle donne come categoria sociale. Come esposto in dottrina[32], tale approccio è rinvenibile nei documenti a portata generale, come i *General Comments* o le *General Recommendations*, attraverso cui i Comitati offrono rilevanti indicazioni circa gli obblighi derivanti dai trattati, ma anche osservazioni o commenti conclusivi concernenti i *reports* di singoli Stati. È opportuno segnalare come proprio in tali documenti i *treaty bodies* abbiano espresso il loro disappunto relativamente alle normative restrittive in materia di aborto, esortando gli Stati a garantire il diritto alla vita delle donne che decidano di porre fine alla gravidanza, o ad esortare l'adozione di misure volte a concretizzare il diritto all'aborto.

26 Sulla critica condizione delle donne in Africa, si veda A. PRIMI, N. VARANI, *La condizione della donna in Africa Sub-Sahariana: riflessioni geografiche*, Libreria universitaria, Padova, 2011; C. FLAMIGNI, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, Pendragon, Bologna, 2008.

27 Resolution 1607 (2008). Access to safe and legal abortion in Europe.

28 Sul tema, si veda S. RODOTÀ, *La vita e le regole tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 202. In linea generale, si veda A. MARTINELLI, *L'Occidente allo specchio. Modelli di società a confronto*, Università Bocconi Editore, Milano, 2022, p. 180 ss.

29 Corte EDU, 26 ottobre 2004, *Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portogallo*.

30 Commissione europea dei diritti umani, *Brüggemann e Scheuten c. Germania*, ricorso n. 6959/75, decisione del 19 maggio 1976; Commissione europea dei diritti umani, *W.P. c. Regno Unito*, ricorso n. 8416/78, decisione del 13 maggio 1980.

31 Corte EDU, 5 settembre 2002, *Boso c. Italia*.

32 L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1, 2017, p. 7.

Sul versante nazionale, la sentenza costituzionale del 22 ottobre 2022 ha provocato una serie di proteste organizzate da movimenti femminili, volti a denunciare il processo di progressiva erosione dell'indipendenza del potere giudiziario nell'ordinamento polacco, iniziato con la riforma della composizione del Tribunale costituzionale a fine 2015 e dell'Ufficio della Procura nel 2016 e proseguito con le modifiche alla Corte Suprema e alle Corti ordinarie del 2017-2019, giungendo al culmine nel dicembre del 2019 con l'approvazione della legge sull'ordinamento giudiziario[33]. L'obiettivo perseguito dal partito salito al Governo "Diritto e Giustizia" (PIS) è quello di ridurre la distanza che separa il potere giudiziario dalla politica, accrescendo così le competenze del Governo negli ambiti incisivi della magistratura.

Il Tribunale costituzionale polacco – nel dichiarare incostituzionale la disposizione della legge del 1993 che consentiva l'aborto nei casi in cui gli esami prenatali o altre considerazioni mediche indicassero un'elevata probabilità di anomalia grave ed irreversibile o di una malattia incurabile pericolosa per la vita del feto – ha allontanato ulteriormente il Paese dalla maggior parte dei sistemi giuridici dell'Unione Europea. È emblematico – a parere di chi scrive – che già prima della pubblicazione del 27 gennaio 2021 numerose strutture ospedaliere polacche abbiano dato immediata esecuzione alla sentenza costituzionale, restringendo anticipatamente le possibilità di accesso in Polonia[34].

In virtù del "ritardo" intervenuto nella sua pubblicazione, la sentenza in oggetto accresce sensibilmente il divario tra il dato formale costituito dalla normativa del 1993 ed il dato fattuale rappresentato dalla concrete modalità di accesso alla pratica in Polonia all'esterno dei servizi sanitari ufficiali. Come affermato in dottrina[35], a fine ottobre 2022, si è registrato un notevole incremento delle attività dei gruppi *pro-choice* che denuncia un consistente aumento del livello di autogestione dell'aborto nel Paese.

5. Gli effetti della nuova legge anti-aborto.

A seguito dell'entrata in vigore della legge anti-aborto, la *querelle* è stata rimessa al centro del dibattito in ragione della precoce scomparsa di una donna di Pszczyna, vittima delle complicanze insorte alla ventiduesima settimana di gravidanza. Si tratta delle prima vittima della nuova legge sull'aborto in Polonia, ovvero il primo caso di una donna che avrebbe potuto sopravvivere laddove i medici avessero ignorato le responsabilità legate alla modifica dell'indirizzo politico.

33 Il punto sarà ripreso più tardi. In generale, si veda J. SAWICKI, *Polonia: un tentativo di eviscerazione dello stato costituzionale di diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016, pp. 1-4; M. DICOSOLA, *La crisi costituzionale del 2015-16 in Polonia: il fallimento della transizione al costituzionalismo liberale?*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2016, pp. 1-13; A. ANGELI, A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e Giustizia": ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCE*, n. 3, 2017, pp. 787-803.

34 E. CARUSO, M. FISICARO, *Aborto e declino democratico in Polonia: una riflessione a margine della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020*, in *GenIUS*, n. 2, 2020, p. 13.

35 E. CARUSO, M. FISICARO, *Aborto e declino democratico in Polonia: una riflessione a margine della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020*, cit., p. 17.

Le incessanti proteste susseguitesi per le vie di Varsavia hanno indotto il Parlamento europeo a redigere una Risoluzione sul primo anniversario del divieto di aborto *de-facto* in Polonia, condannando definitivamente la rigida pronuncia del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020 (*"per un tale flagrante attacco alla salute sessuale e riproduttiva e ai relativi diritti in Polonia"*). La Risoluzione dell'11 novembre 2021, approvata con 373 voti favorevoli, 124 contrari e 55 astensioni, invita il Consiglio ad affrontare in tempi rapidi la questione, a tutelare il diritto alla salute e ad "*assicurare che le donne e le ragazze in Polonia non siano lasciate indietro, adottando misure risolute e contrastando qualsiasi proposta legislativa o restrizione all'accesso ai servizi sanitari da parte della Polonia, tra cui l'assistenza all'aborto*". Pertanto, si invita l'Esecutivo polacco sia a *"garantire la partecipazione delle donne e delle ragazze all'elaborazione di leggi e politiche che incidono sulla loro vita"* sia a "*garantire loro la possibilità di ricorrere in giudizio e presentare ricorso in caso di violazione dei loro diritti"*. In linea con ciò, si condanna il clima sempre più conflittuale e violento instauratosi verso i difensori dei diritti umani delle donne in Polonia, invitando le autorità polacche a garantire *"il loro diritto di esprimersi pubblicamente, anche quando si oppongono alla politica del governo, senza timore di ripercussioni o minacce"*; a proteggere *"i difensori dei diritti umani delle donne che sono stati presi di mira"*, contrastando altresì le campagne abusive di disinformazione avviate nei confronti degli stessi. Il punto-chiave della Risoluzione – a parere di chi scrive – consiste nella valutazione espressa in merito alla sentenza del Tribunale costituzionale, quale *"esempio di acquisizione del controllo politico da parte della magistratura e del collasso sistemico dello Stato di diritto in Polonia"*.

Il caso sopraindicato non è rimasto isolato. A distanza di quattro mesi, la legge sull'aborto ha provocato un'altra vittima, deceduta in seguito al rifiuto dei medici di procedere all'intervento per via della scomparsa di uno dei feti gemelli. A partire dal 27 gennaio 2021, solo 300 donne hanno conseguito l'accesso alla pratica nelle strutture ospedaliere in presenza di una concreta minaccia per la vita e la salute. Nello stesso periodo, oltre 1000 donne polacche si sono rivolte alla Corte EDU, dichiarando che la nuova normativa causa gravi danni alle donne e viola i loro diritti alla riservatezza e alla libertà di tortura. A supporto di esse, le organizzazioni per i diritti umani si sono iscritte come terze parti alle cause avviate di fronte alla Corte EDU, allo scopo di concedere prove e analisi fondate sul diritto internazionale dei diritti umani, sulla legislazione europea e sulle linee guida dell'OMS. La stessa *dissenting opinion* del giudice Lion Kieres era fondata su tali argomenti: il rispetto degli *standard* di tutela dei diritti umani previsti in caso di aborto terapeutico in presenza di anomalie fetali troverebbe fondamento nell'art. 9 della Costituzione polacca[36].

36 Ai sensi dell'art. 9 della Costituzione polacca: "La Repubblica di Polonia rispetta il diritto internazionale vincolante". Con riguardo al principio del rispetto del diritto internazionale, F. CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, 298, ricorda che esso costituisce tanto un principio comune agli Stati membri quanto un principio strutturale dell'ordinamento dell'UE.

6. La crisi dell'ordine costituzionale polacco.

Il tema cruciale dell'accesso all'aborto in Polonia si è scontrato con la crisi costituzionale divampata sul finire del 2015, anno in cui il partito "Diritto e Giustizia" (PIS) ha assunto la guida del Governo. Prima della sentenza del 22 ottobre 2020, la Commissione europea aveva già sottolineato come le divergenti misure adottate in seguito alla vittoria elettorale del partito di centro-destra presentassero un connotato comune: consentire al potere esecutivo o a quello legislativo di attuare *"una considerevole ingerenza nella composizione, nei poteri, nell'amministrazione e nel funzionamento dell'intero sistema giudiziario"*[37].

Tuttavia, la crisi costituzionale polacca ha investito non solo l'ordinamento giudiziario, ma anche la struttura democratica e la tutela dei diritti fondamentali in Polonia. La strada percorribile in caso di violazione di tali valori è quella definita nell'art. 7 TUE[38]. Nel reputare carenti le risposte concesse dalla Polonia a fronte delle Raccomandazioni ad esso rivolte nel corso del 2016 e del 2017, la Commissione ha azionato tale strumento, a fronte dei diversi elementi indicativi del rischio di una grave violazione dello Stato di diritto[39].

Fino a tale momento, nessuno dei soggetti legittimati dai Trattati aveva attivato il suddetto meccanismo, neppure in presenza di scenari politici – innanzitutto quello ungherese – che destano da sempre forti dubbi in merito alla loro compatibilità con i valori indicati dall'art. 2 TUE. L'art. 7 TUE prevede al primo paragrafo che su

37 COM(2017) 835 finale - 20 dicembre 2017. Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia. Alla stessa si accosta la Raccomandazione (UE) 2018/103 della Commissione del 20 dicembre 2017 relativa allo Stato di diritto in Polonia complementare alle raccomandazioni (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 e (UE) 2017/1520. In particolare, la Commissione esprime preoccupazione in ordine ai seguenti punti: l'assenza di un controllo di costituzionalità legittimo e indipendente; l'adozione da parte del parlamento nazionale di nuove norme sul sistema giudiziario polacco che destano grave preoccupazione per quanto concerne l'indipendenza del sistema giudiziario e aumentano sensibilmente la minaccia sistemica allo Stato di diritto in Polonia, ossia: (a) la legge sulla Corte suprema, approvata dal Senato il 15 dicembre 2017; (b) la legge che modifica la legge sull'organizzazione dei tribunali ordinari ("legge sull'organizzazione dei tribunali ordinari"); (c) la legge che modifica la legge sul Consiglio nazionale della magistratura e alcune altre leggi ("legge sul Consiglio nazionale della magistratura"); (d) la legge che modifica la legge sulla Scuola nazionale di magistratura, la legge sull'organizzazione dei tribunali ordinari e alcune altre leggi ("legge sulla Scuola nazionale di magistratura").

38 Il procedimento di controllo sulla condotta degli Stati membri disciplinato dall'art. 7 TUE, è stato inserito dal Trattato di Amsterdam del 1997, successivamente modificato dal Trattato di Nizza del 2001, e definitivamente sancito nel Trattato di Lisbona del 2007. Sulla predetta disposizione, si veda M. PEDRAZZI, *Art. 7 TUE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati delle Comunità e dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2001, p. 26 ss; B. NASCIMBENE, *Le sanzioni ex art. 7 TUE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2002, p. 192 ss; ID., *Art. 7 TUE*, in A.TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 58 ss; A. MORINI, *Art. 7 TUE*, in C. CURTI GIALDINO (diretto da), *Codice dell'Unione europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, Edizioni Simone, Napoli, 2012, p. 129 ss.; C. SANNA, *Art. 7 TUE*, in A.TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Giuffrè, Milano, 2014, p. 70 ss.

39 Sul concetto di "stato di diritto" in ambito europeo, si veda U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione Europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1, 2020, pp. 10-11. In generale, si veda G. SILVESTRI, *Lo Stato di diritto nel XXI secolo*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2011, pp. 1-9.

impulso di un terzo degli Stati membri, della Commissione o del Parlamento europeo, il Consiglio, deliberando a maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri, con esclusione dello Stato in discussione e previo parere conforme del Parlamento, possa appurare il rischio di violazione grave dei valori dell'art. 2 TUE ed inviare a tale Stato raccomandazioni.

Al contrario, il secondo paragrafo di tale norma stabilisce che su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione, il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità, sempre previa approvazione del Parlamento europeo, possa rilevare l'esistenza di una "violazione grave e persistente dei valori fondanti".

In concreto, il Consiglio a maggioranza qualificata irroga vere e proprie sanzioni, concretizzabili anche nella sospensione di taluni diritti derivanti dai Trattati; lo Stato membro è invitato a formulare osservazioni. Tuttavia, la procedura di "allarme preventivo" non ha reso i risultati auspicati in termini di ripristino dello Stato di diritto in Polonia, rivelando i radicali limiti dell'affidamento della tutela dei valori ad uno strumento di natura esclusivamente politica[40]. Peraltro, dall'avvio di tale procedura il rapporto con la Polonia si è notevolmente aggravato, come confermato dallo stesso Parlamento europeo, costretto ad approvare una Risoluzione sul tema[41]. Quest'ultimo ha richiesto al Consiglio di rivolgere raccomandazioni concrete allo Stato coinvolto, incitando la Commissione ad avvalersi *in toto* degli strumenti accessibili per far fronte al rischio di violazione grave dei valori fondanti.

Senza entrare nel merito, è doveroso segnalare la volontà della Commissione di ricorrere anche allo strumento tradizionalmente volto a garantire l'osservanza del diritto dell'UE, ossia la procedura di infrazione. In dottrina, è stato osservato come tale ultimo meccanismo non sia previsto per garantire il rispetto dello Stato di diritto e dei valori dell'art. 2 TUE, giacchè implica l'esistenza di una violazione già compiuta degli obblighi previsti dai Trattati o da altre fonti del diritto dell'Unione. Diversamente, l'art. 7, par. 1, TUE, può essere attivato anche in una fase preventiva, quando cioè esiste solo "un rischio evidente di violazione"; ciò può concernere qualsiasi attacco ai principi dello Stato di diritto attuati da parte degli Stati membri, anche in settori non rientranti nel quadro del diritto dell'UE[42]. La Commissione ha convenuto la Polonia davanti alla Corte di Giustizia con tre procedure di infrazione inerenti le tre riforme del sistema giudiziario[43]. In tale sede, interessa marcare come lo smembramento dei meccanismi politico-istituzionali prenda avvio con la

40 Sul punto, si veda G. WILMS, *Protecting Fundamental Values* in *the European Union through the Rule of Law: articles 2 and 7 TEU from a legal, historical and comparative angle*, European University Institute, Firenze, 2017.

41 Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2020 sulle audizioni in corso a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE, concernenti la Polonia e l'Ungheria.

42 P. MORI, *L'uso della procedura di infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2018, pp. 363-375.

43 Alle tre procedure di infrazione (CGUE 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia*; CGUE 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia*; CGUE 27 ottobre 2021, C-204/21, *Commissione c. Polonia*), si accosta una quarta procedura, avviata dalla Commissione in seguito a due recenti sentenze del Tribunale costituzionale (sent. P7/20 del 14 luglio 2021 e sent. K3/21 del 7 ottobre 2021), alla luce delle quali il Paese non è tenuto a riconoscere la supremazia delle leggi europee su quelle nazionali.

riorganizzazione del Tribunale costituzionale. Il partito di maggioranza sembra porsi i seguenti obiettivi: impedire al Tribunale di esercitare effettivo controllo di costituzionalità e approfittare dello stesso per ottenere taluni vantaggi di natura politica. Pertanto, investendo la Corte della questione di legittimità costituzionale relativa alla legge sull'aborto, si è tentato di realizzare il medesimo scopo. La sentenza del 22 ottobre 2022 è stata fortemente criticata in ordine alla composizione del Tribunale costituzionale[44]. Le anomalie ravvisate non solo intaccano l'indipendenza e l'imparzialità dell'organo costituzionale, ma pongono in discussione la possibilità di inquadrare lo stesso come un "tribunale precostituito per legge", alla luce degli artt. 6, par. 1, CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il caso polacco esprime quel nesso inscindibile che sussiste tra "genere, democrazia e Stato di diritto": qualsiasi involuzione dello Stato di diritto influisce negativamente sui diritti delle donne e qualsiasi violazione dei diritti delle donne finisce per indebolire lo Stato di diritto di un Paese[45].

6. Il fronte cattolico.

Sebbene nel 1800 il mondo della teologia morale giunse a riconoscere al feto un'anima sin dal suo concepimento, la posizione cattolica in materia di aborto emerge nell'Istruzione sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione, pubblicata dalla Sacra Congregazione per la Dottrina della Fede del Vaticano nel 1987, con il consenso del Pontefice. Nel solenne documento, si rileva che *"ogni essere umano ha diritto alla vita e all'integrità fisica al momento del concepimento fino alla morte"*[46]. Pertanto, il feto è considerato persona a tutti gli effetti e l'aborto ritenuto un vero e proprio crimine. Entrando nello specifico, si sostiene che *"nel momento in cui l'ovulo è fecondato, si inaugura una nuova vita"*; essa *"non è più quella del padre o della madre, ma di un nuovo essere umano che si sviluppa per proprio conto"*.

È certo che le idee di Aristotele[47] non intaccarono la valutazione morale dell'aborto da parte dei teologi cristiani; tuttavia, esse generarono la cruciale distinzione tra feto formato e feto non formato, erroneamente ammessa dalla disciplina canonistica della Chiesa nel periodo compreso tra il Decreto di Graziano e la raccolta di S. Raimondo di Peñafort (1234) e la Cost. *Apostolicae Sedis* di Pio IX (1869). Nell'ottica della

44 E. CARUSO, M. FISICARO, *Aborto e declino democratico in Polonia: una riflessione a margine della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020*, cit., pp. 21-22.

45 Così, V. VALENTI, *Introduzione*, in P. TORRETTA, V. VALENTI (a cura di), *Il corpo delle donne*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 26.

46 In tale documento, altresì, si precisa che "i diritti inalienabili della persona umana dovranno essere riconosciuti e rispettati da parte della società civile e dell'autorità politica; tali diritti dell'uomo non dipendono né dai singoli individui, né dai genitori e neppure rappresentano una concessione della società e dello Stato; appartengono alla natura umana e sono inerenti alla persona in forza dell'atto creativo da cui ha preso origine. Tra questi diritti fondamentali bisogna, a questo proposito, ricordare […] il diritto alla vita e all'integrità fisica di ogni essere umano dal concepimento alla morte".

47 In particolare, la teoria epigenetica fu sostenuta nel corso del Medioevo, in quanto accolta e divulgata da San Tommaso, per il quale l'anima entrava nel feto solo quando iniziava ad assumere forma umana (si veda D. LANZA, M. VEGETTI (a cura di), *Opere biologiche di Aristotele*, Utet, Torino 1971, pp. 892-894).

epigenetica, l'anima razionale è infusa da Dio al 40° giorno per gli embrioni maschi, e al 80/90° giorno per gli embrioni femmine. La predetta teoria, pur non sollevando alcun dubbio sulla grave immoralità dell'aborto da parte dei cristiani, dava luogo a differenziazioni sulla specie morale del peccato di aborto e sulle conseguenze penali. Il declino di tale teoria, imputabile allo sviluppo della embriologia scientifica, indusse il Magistero della Chiesa a prendere atto della seguente realtà: dal concepimento, l'embrione è un essere individuale vivo della specie umana, diverso dalla figura materna, e dunque la distinzione tra feto formato e feto non formato non risulta più ammissibile neppure ad effetti penali[48]. Nel 1867, infatti, papa Pio IX condannava il fenomeno dell'aborto come peccato mortale in qualunque fase della gravidanza.

Nel corso degli anni, la Chiesa cattolica impiega toni sempre più accesi per condannare l'aborto. In tale senso, l'espressione "interruzione della gravidanza" è criticata da Papa Giovanni Paolo II, secondo il quale essa tenderebbe ad attenuare il senso di gravità nella percezione comune. Partendo dal presupposto che per "aborto procurato" debba intendersi *"l'uccisione deliberata e diretta, e comunque venga attuata, di un essere umano nella fase iniziale della sua esistenza, compreso il concepimento e la nascita"*, la Chiesa cattolica specifica che la presenza di motivazioni soggettivamente valide non modificano il giudizio morale sulla condotta, vista l'esigenza di preservare la vita umana. A parte la condanna morale, l'aborto incorre anche in una pena canonica: si punisce con la scomunica *latae sententiae "chi procura l'aborto ottenendone l'effetto"* (can. 1398 *codex juris canonici*)[49]. Costoro sono tenuti a misurarsi tanto con la colpa morale quanto con la sanzione prevista dal diritto penale canonico: la prima, per aver violato il comandamento di non uccidere in modo brutale, colpendo il soggetto più vulnerabile invece di proteggerlo; la seconda finalizzata a perseguire penalmente il carattere anti-ecclesiale della condotta, marcandone per un verso la gravità, per l'altro *"il danno irreparabile causato all'innocente ucciso, ai suoi genitori e a tutta la società"*[50]. È colpito da sanzione sia chi commette materialmente l'aborto – il medico – sia chi concorre con lo stesso intento criminale tramite condotte indispensabili al conseguimento dello scopo. Parimenti, la *scomunica latae sententiae* investe anche la donna in qualità di esecutore materiale o di "collaboratrice" a seconda che intervenga più o meno direttamente in tale senso.

Appare evidente come il versante cattolico si differenzi dalle altre religioni per la vigenza di regole rigide: per i protestanti, il rispetto della vita della donna deve prevalere sulla tutela della vita ancora potenziale; l'ebraismo ritiene il feto parte della figura materna, la nuova vita prende forma dopo la nascita; per la religione musulmana, la vita inizia dopo 120 giorni il concepimento e dunque fino a tale

48 A. RODRÌGUEZ LUÑO, *Il dibattito sull'identità e lo statuto dell'embrione umano*, in *Etica e Politica*, 2006, p. 5.

49 Per un commento su tale disposizione, si veda V. DE PAOLIS, D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro VI*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2000, pp. 365 ss.; R. BOTTA, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 231 ss.

50 Come precisato da D. MILANI, *Aborto*, in D. MILANI, D. ATIGHETCHI, *Intorno alla vita che nasce diritto ebraico, canonico e islamico a confronto: estratto*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 87.

momento è possibile accedere all'aborto[51]; il buddismo e l'induismo valutano, invece, l'aborto più come una problematica sociale e non pongono limiti a tale pratica; infine, per gli scintoisti, l'essere umano diventa tale in seguito alla nascita, pertanto l'aborto non è considerato un omicidio. È innegabile, dunque, la diversità di approccio verso la pratica, pur non riscontrando mai un atteggiamento favorevole, di accoglimento e approvazione della stessa.

È interessante constatare – a parere di chi scrive – la sussistenza di divergenze all'interno dello stesso versante cattolico. A tale proposito, si segnala il conflitto avutosi nel 2009 tra una parte della Chiesa cattolica e quella brasiliana, relativamente all'aborto di due gemelli praticato su una minore di nove anni costantemente abusata dal convivente della madre. In un noto articolo pubblicato sull'*Osservatorio Romano* a firma dell'allora Presidente della Pontificia Accademia per la Vita si denunciava la triste scelta dell'arcivescovo di Olinda e Recife di scomunicare pubblicamente gli autori dell'aborto.

In tale modo, oltre a conferire specifica importanza alla pubblicazione della notizia, si accentuava l'immagine di una Chiesa più preoccupata di tutelare le dinamiche istituzionale che il bene di una minore in palese difficoltà. In tale articolo, altresì, si contestava l'idea di condannare con noncuranza l'attività dei medici trascurando il conflitto di coscienza cui va incontro chi si trova a fronteggiare situazioni in cui la vita e la morte si pongono necessariamente in conflitto. Come osservato in dottrina[52], il senso di smarrimento generato dalla vicenda in oggetto specialmente nell'America Latina – dove ormai da diverso tempo si teme il consolidamento di una mentalità favorevole alla pratica dell'aborto[53] – ha indotto la Congregazione per la Dottrina della Fede ad intervenire con una propria chiarificazione pubblicata sempre sull'*Osservatore Romano*. Essa ha focalizzato l'attenzione sui profili basilari sollevati dalla predetta vicenda: il primo, attinente al tema del conflitto di coscienza del medico; il secondo, al tipo di protezione da assicurare in chiave giuridico-sociale al diritto alla vita di ogni persona. In tale sede, merita di essere riportata la puntualizzazione relativa al secondo profilo: la Congregazione precisa che il diritto alla vita non dipende da alcuna concessione, ma appartiene alla natura umana *"inerente alla persona in forza dell'atto creativo da cui ha preso origine"*[54].

Pertanto, lo Stato è obbligato ad operare a suo beneficio e a sanzionare tutte le violazioni del caso; diversamente, si lederebbe non solo il principio di uguaglianza,

51 Per un approfondimento sulla posizione assunta dalla religione islamica, si veda D. ATIGHETCHI, *Aborto*, in D. MILANI, D. ATIGHETCHI, *Intorno alla vita che nasce diritto ebraico, canonico e islamico a confronto: estratto*, cit., pp. 129-151.

52 D. MILANI, *Quando l'interruzione volontaria della gravidanza solleva ancora discussioni nello Stato e nella Chiesa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 22 ottobre 2012, p. 18.

53 Sulla predetta vicenda, si veda M. MORI, *La controversia suscitata dall'aborto della bambina brasiliana del marzo 2009*, Vicolo del Pavone, Piacenza, 2010. In linea generale, si veda V. RIBEIRO COROSSACZ, *Brasile: criminalizzazione dell'aborto, razzismo e pratiche politiche delle donne*, in C. BOTTI, I. BOIANO, *Dai nostri corpi sotto attacco. Aborto e Politica*, Ediesse, Roma, 2019, 169-182.

54 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Chiarificazione sull'aborto procurato*, cit., p. 498.

ma si minerebbero anche i presupposti stessi dello Stato di diritto. In tale contesto, trova riscontro anche l'animato dibattito scaturito tra il Vescovo di La Crosse e l'Arcivescovo di Saint Louis sul finire del 2003 e l'inizio del 2004.

Quest'ultimo aveva annunciato la volontà di non ammettere alla Sacra Comunione esponenti politici favorevoli all'aborto, fino al momento in cui non avessero rinunciato al loro supporto pubblico alla pratica[55]. La divergente posizione assunta sulla *querelle* all'interno del clero nordamericano è stata arricchita dall'apporto della Congregazione per la dottrina della fede: in tale circostanza, il Cardinale Prefetto Joseph Ratzinger aveva predisposto un *memorandum*[56] con puntuali indicazioni per dirigere l'operato dell'Assemblea. In particolare, si invitava i pastori ad avvertire l'esponente politico incline alla pratica dell'aborto che non avrebbe dovuto presentarsi per la Sacra Comunione sino a quando non avesse cessato tale condotta.

I risultati di tale cammino furono racchiusi nella dichiarazione *"Catholics in Political Life"*, nella quale emergevano sia il condiviso allarme per il problema da parte della Conferenza Episcopale sia la mancanza di una altrettanto condivisa risposta circa le misure più idonee per risolverlo. Identica situazione si è riproposta più di recente, nel momento in cui il Vescovo della Diocesi di Springfield in Illinois – a seguito dell'approvazione dell'*Act Concerning Abortion (House Bill 40)* del 2017 e del *Reproductive Health Act (Senate Bill 25)* del 2019 – ha emanato un decreto con cui veniva resa nota la proibizione di ammettere alla Sacra Comunione i Presidenti della Camera e del Senato dell'Illinois, colpevoli di avere agevolato tali discipline in favore dell'aborto.

7. L'isolamento europeo della Polonia.

Come già visto, la normativa polacca in materia di aborto è generalmente riconosciuta tra le più restrittive a livello europeo. Fatta eccezione per gli Stati che proibiscono in tutti i casi l'aborto (Malta e Andorra), il minimo comune denominatore delle diverse legislazioni europee è rappresentato dall'affermazione della possibilità di ricorrere alla pratica da parte della donna, pur introducendo vincoli temporali e cause giustificative.

In tale sede, interessa marcare come la via comunitaria alla regolamentazione dell'aborto presenti sostanziali differenze rispetto al cammino perseguito negli Stati Uniti d'America. Il predetto tema è da sempre oggetto di forti attriti nella società americana: a coloro che invocano una maggiore tutela del diritto alla vita del nascituro (c.d. *pro-life*) si contrappongono coloro che sostengono la primazia del diritto alla donna all'autodeterminazione (c.d. *pro-choice*). Prima delle rivoluzionarie sentenze *Roe v. Wade* e *Doe v. Bolto*, il contesto statunitense si presentava frammentato. In particolare, ponendo a raffronto lo Stato di New York con quello della Pennsylvania, ambedue guidati dai democratici tra il 1965 e il 1972, affiora palesemente come lo sviluppo in materia di aborto sia avvenuto in maniera diversa[57]. Nel 1966, nello Stato di New York, i *pro-choice* propongono un decreto di riforma

55 Una ricostruzione puntuale ed esaustiva della vicenda è compiuta da J. LLOBELL, *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato: il diritto all'equo processo*, in Ius *Ecclesiae*, XVI, 2004, pp. 372-373.
56 J. RATZINGER, *Worthiness to Receive Holy Communion: General Principles*, in *Origins*, XXXIV, 2004.

della legge sulla base delle Raccomandazioni dell'ALI *(American Law Institute)*, mirante alla depenalizzazione dell'aborto terapeutico, con l'obiettivo di tutelare i medici abortisti; più tardi, la stessa corrente riesce ad instaurare un nuovo spazio di discussione, giungendo a redigere una proposte di legge liberale: l'aborto viene consentito fino alle 24 settimane, purché compiuto nelle strutture sanitarie. Al contrario, in Pennsylvania, i discorsi dei *pro-life* conquistano il consenso di un partito coeso, privo di correnti interne: nel 1969, nasce l'Associazione *"Pennsylvanians For Life"*, che promuove l'approvazione di una normativa inflessibile in materia.

Nel corso degli anni, la regolamentazione dell'IVG è stata oggetto di scontri tra giudici e legislatori. Giova precisare come la Costituzione americana non sancisca il diritto della donna ad abortire; analogamente, non vi è una legge federale che disciplini il fenomeno[58]. Fino alla storica pronuncia della Corte Suprema americana del 1973, la regolamentazione incombeva alla legislazione statale: la maggior parte delle normative – di impronta ottocentesco – prevedevano un assoluto divieto di interruzione della gravidanza, accostato da rigorose sanzioni per chiunque intendesse aiutare la donna ad abortire, salvo nell'ipotesi in cui la stessa si trovasse serio in pericolo di vita.

Con la sentenza *Roe v. Wade*[59], la Corte Suprema statuisce l'esistenza di un diritto della donna ad abortire, quale diritto di libertà comprimibile dallo Stato a partire dal settimo mese di gravidanza. In tale occasione, si predispongono le basi per la definizione della "teoria di trimestri": nel primo trimestre, lo Stato si trova nella condizione di non poter interferire con la decisione della donna di terminare la gravidanza, limitandosi a richiedere che l'interruzione venga praticata da un medico autorizzato; nel secondo semestre, l'intervento statale è legittimato solo al fine di proteggere la salute della madre; infine, nel terzo semestre, la tutela della vita del nascituro giustifica un'intromissione dello Stato nella decisione abortiva, consentendo allo stesso sia di regolamentare l'aborto sia di proibirlo[60]. In tale pronuncia, la Corte Suprema esclude che il diritto costituzionale federale riconosca il nascituro alla stregua di una persona titolare di un patrimonio completo di diritti. L'approccio della Suprema Corte – secondo una corrente di pensiero – è dettata da una buona dose di pragmatismo, in quanto *"individuare l'esatto inizio della vita sarebbe opera complicatissima, controversa e difficilmente perseguibile dai giudici, la quale, allo stesso*

57 Come posto in luce da R. NOSSIF, *Discourse, Party, and Policy: The Case of Abortion, 1965-1972*, in *Policy Studies Journal*, Vol. 26, 1998, pp. 244-256.

58 Un'eccezione è data dal *"Partial Birth Abortion Ban Act"*, una legge statunitense che vieta in modo tassativo l'utilizzo della pratica abortiva *"intact dilation and extraction"*.

59 Sulla sentenza *Roe v. Wade*, la dottrina è fiorente. Si veda, tra i tanti, G. BOGNETTI, *Esperienze straniere: la libertà di abortire, diritto della donna costituzionalmente garantito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1974 p. 8 ss.; R. DREYFUSS, *Regolamentazione dell'aborto: una recente sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Temi romana*, 1974, VI, p. 509 ss.; J. HERRMANN, *La Suprema Corte degli Stati Uniti e la liberalizzazione dell'aborto*, in *Riv. dir. proc. pen*., 1974, p. 377 ss.; S. BELLOMIA, *Una soluzione al problema dell'aborto? (A proposito di una recente sentenza della Corte Suprema americana)*, in *Giur. cost*., 1974, p. 3655 ss.; S. BARTOLE, *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, in *Giur. cost*., 1975, p. 2099 ss.

60 A. BARAGGIA, *La regolamentazione dell'aborto in prospettiva comparata*, in L. VIOLINI (a cura di), *Temi e problemi di diritto pubblico*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN), 2014, p. 183.

modo, non è necessaria per riconoscere la prevalenza del diritto alla salute di chi è persona rispetto agli interessi di chi non lo è ancora"[61].

La sentenza del 1973 è ritenuta una delle decisioni più controverse della storia statunitense, non solo per il suo notevole impatto "sociale", ma anche per le sue conseguenze sul piano costituzionale, relativamente al rapporto tra giudici e legislatori. Mentre la giurisprudenza della Corte Suprema si è attivata per rivedere i confini del diritto all'aborto (*Planned Parenthood v. Casey*, *Gonzales v. Carhart*), i legislatori statali invece sono intervenuti al fine di limitare tale diritto tramite l'approvazione di leggi restrittive, coinvolgenti vari aspetti essenziali . A tale proposito, vi è chi osserva come proprio l'incessante intervento dei legislatori statali abbia accordato alla regolamentazione del fenomeno *"un carattere di dinamicità tale da rispondere, da un lato, al mutamento delle conoscenze scientifiche […] e assicurare, dall'altro, ambiti in cui le diverse posizioni circa la vita e la libertà si possano esprimere nell'arena democratica"*[62].

Ancora oggi, il diritto all'aborto è oggetto di un animato confronto tra giudici e legislatori statunitensi: in tale direzione, si muove la recente legge del Texas *("Texas Heartbeat Ac")*, che introduce una normativa dell'interruzione volontaria di gravidanza fortemente limitativa in termini di acceso a tale pratica, su cui la Suprema Corte si è pronunciata con la sentenza *Whole Woman's Health v. Jackson*[63], arricchendo la disciplina del diritto all'aborto. Infine, occorre segnalare la recente diffusione di una bozza della Corte Suprema USA, nella quale affiora la volontà di annullare la storica sentenza *Roe v. Wade*, giudicata *"sbagliata sin dal principio"*, non sussistendo negli Stati Uniti un diritto all'aborto costituzionalmente riconosciuto. Un possibile *revirement* della Corte Suprema – a parere di chi scrive – rischia seriamente di far perdere alla stessa legittimazione: come enunciato in dottrina, sebbene i giudici tentino *"di difendere le proprie decisioni come frutto di pure logiche giuridiche, accusando i loro detrattori di presentarle impropriamente come determinate da ideologie politiche, l'impressione è che vi riescano sempre meno"*[64]. È doveroso marcare come lo scenario europeo abbia subito l'influenza statunitense[65]. A Strasburgo, opera da tempo lo *European Center for Law and Justice*, branca europea dell'*American Center for Law and Justice*, storico rivale delle associazioni per i diritti civili: si tratta di *un'organizzazione di ispirazione cristiana, che base la propria azione sui valori spirituali e morali che costituiscono l'eredità dei popoli europei e la vera fonte della libertà individuale, della libertà*

61 C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 34.

62 Così, A. BARAGGIA, *Il complesso bilanciamento nelle leggi sull'aborto: una prospettiva comparata*, in *Notizie di Politeia*, XXXV, 2019, cit., p. 4.

63 Per un commento a tale pronuncia, si veda M. FASAN, *Il ruolo della Corte Suprema nel dialogo tra diritto e politica. Considerazioni sul diritto all'aborto nell'ordinamento statunitense*, in *DPCE online*, n. 4/2021, pp. 4465-4478.

64 Così, E. GRANDE, *Il caso dell'aborto: una buccia di banana per la SCOTUS?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 2, 2022, p. 59.

65 S. MANCINI, *La Corte degli Stati Uniti e il conflitto sui diritti riproduttivi: da Roe v Wade all'approccio anti-stereotipo*, in C. MURGIA (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 573, osserva come la sfera di influenza dei movimenti pro-life non si sia limitata all'Europa occidentale, investendo anche la Russia.

politica e dello stato di diritto[66]. In un articolo pubblicato nel 2013 sull'aborto nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il Presidente dell'ECLJ ha tracciato un'alternativa al riconoscimento di un diritto europeo all'aborto, che si porrebbe come una violazione degli obblighi socio-economici delle istituzioni europee.

Il dato cruciale consiste – a parere di chi scrive – nel lento recepimento delle tendenze statunitensi in Polonia: da un lato, la società si oppone agli interventi normativi tesi a limitare l'esercizio del diritto all'interruzione di gravidanza; dall'altro, l'apparato istituzionale e la giurisprudenza non sono sempre in grado di soddisfare tali richieste, giungendo addirittura a disconoscere alle donne la possibilità di autodeterminarsi nell'esercizio dei propri diritti riproduttivi.

8. Conclusioni.

Giunti a tale punto, appare doveroso tentare di concedere una risposta al quesito rimasto in sospeso. In tale sede, si condivide il pensiero di quella parte della dottrina secondo cui la sentenza costituzionale del 22 ottobre 2022 risulta in linea con le politiche realizzate nel Paese dopo caduta del muro di Berlino in materia di aborto, specialmente a partire dalla riforma della legge del 1993[67]. Tale corrente, però, accoglie la diffusa convinzione incentrata sul coinvolgimento della Chiesa cattolica nelle stesse politiche, marcando come tra le forme di protesta attuate dalle manifestanti contro la sentenza vi sia l'irruzione nelle chiese nel corso della celebrazione della messa domenicale. È avventato – a parere di chi scrive – addebitare alla Chiesa la responsabilità dell'arretramento della Polonia sul campo della tutela dei diritti fondamentali. Tale considerazione trova piena conferma nella recente esperienza di taluni Stati europei, ove oggi la religione è posta sullo stesso piano di altre organizzazioni, senza però avere quella supremazia attuata in passato.

Da diverso tempo, l'Irlanda è soggetta ad una profonda trasformazione: a parte la perdita di influenza della Chiesa cattolica sulla coscienza collettiva, si assiste ad un concreto cambiamento sociale attestato dalla nomina di Leo Varadkar come Primo Ministro[68], medico di origine indiana e dichiaratamente omosessuale. Su pressione del Movimento *Abortion Rights Campaign*, il 30 gennaio 2018, il *Premier* irlandese indice un *referendum* costituzionale incentrato sulla modifica della normativa vigente in materia di aborto, attraverso la presentazione del trentaseiesimo progetto di revisione costituzionale[69]. Tale progetto, dopo essere stato avanzato dal Governo al *Dáil* il 7 marzo 2018, completa il suo passaggio parlamentare al Senato il 28 marzo

66 *https://eclj.org/About*

67 E. CARUSO, M. FISICARO, *Aborto e declino democratico in Polonia: una riflessione a margine della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020*, cit., p. 26.

68 In particolare, il Primo ministro Varadka ha dichiarato di aver mutato idea sull'aborto durante la sua esperienza di Ministro della Salute nel Governo presieduto da Enda Kenny che lo aveva portato ad interagire direttamente con le drammatiche storie di donne costrette ad abortire.

69 Il progetto ha trovato un valido alleato nella Corte Suprema, la quale che il nascituro non ha diritti ulteriori oltre quello alla vita sancito all'art. 40.3.3. della Costituzione (*M. v. Minister for Justice*). In passato, la Corte Suprema aveva statuito che una donna il cui stato di salute rende la gravidanza un fattore di rischio per la propria vita, non poteva essere obbligata dalle leggi dello Stato a portarla a termine (*McGee v. Attorney General*).

2018, per poi essere sottoposto a *referendum* popolare il 25 maggio. In particolare, si chiedeva agli elettori irlandesi di sostituire l'VIII Emendamento della Costituzione (*"the State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right")*[70] con la possibile introduzione di una legge sulla regolamentazione dell'interruzione della gravidanza.

Sulla *Repeal Campaign* hanno inciso – a parere di chi scrive – soprattutto i seguenti aspetti: la posizione più schiva mantenuta dalle gerarchie ecclesiastiche dopo l'emersione di casi di pedofilia ed abuso; le audaci iniziative adottate dai legislatori (la relazione di un'Assemblea dei cittadini convocata *ad hoc* e la relazione del comitato congiunto delle Camere del Parlamento), intese come esercizi esemplari di democrazia deliberativa[71], tali da consentire *"alla cittadinanza nel suo insieme di rendersi conto della complessità del tema e della necessità di considerarlo in termini di politiche pubbliche, piuttosto che di difficoltà private"*[72]. L'esito positivo del 25 maggio 2018 (66,4% dei votanti) ha sancito definitivamente la perdita di controllo della religione sulla società[73]; è prevalsa, dunque, la necessità di ridefinire l'identità nazionale. Come enunciato in dottrina, l'Irlanda ha dovuto necessariamente, per non sentirsi distaccata dal resto d'Europa, fare i conti *"con la globalizzazione economica e sociale, con l'apertura ai nuovi mezzi di comunicazione del nuovo millennio, internet, i viaggi, gli scambi e l'irrompere dell'era virtuale; un'isola, una popolazione prevalentemente rurale e povera, si è trasformata, dunque, in una società urbana più ricca e progredita e il risultato referendario e la imminente legge sull'aborto costituiscono senza dubbio dei punti di non ritorno nel processo di trasformazione del Paese"*[74].

Al contrario, con la sentenza costituzionale del 22 ottobre 2020, la Polonia ha accentuato il distacco dallo scenario europeo, dimostrando di risentire dell'influenza dei movimenti d'oltreoceano in materia di aborto. È emblematico che ciò si verifichi in uno Stato in cui il Preambolo della Costituzione chieda a tutti coloro che

70 Sull'interpretazione di tale disposizione, si veda R. FLETCHER, *Judgment: Attorney General v.* X, in M. ENRIGHT *et al* (eds.), *Northern/ Irish Feminist Judgments: Judges' Troubles and the Gendered Politics of Identity*, Hart/Bloomsbury Publishing, 2017, p. 450 ss.

71 Sul punto, si veda E. CAROLAN, *Ireland's Constitutional Convention: Behind the hype about citizen-led constitutional change*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, Issue 3, 1° July 2015, pp. 733–748.

72 Così, M. CORCORAN, *Dublino, 2/11/2018*, in *Rivista di cultura e di politica*, 02 novembre 2018.

73 Vi è chi coglie in tale *referendum* una preziosa chance di dialogo sull'essere madri e sulla possibilità di non essere. In tale senso, si veda L. FIELD, *The abortion referendum of 2018 and a timeline of abortion politics in Ireland to date*, in *Irish Political Studies*, 2018, 33 (4), p. 608 ss. Interessante è anche la posizione di S. ROSSI, *Blowin' in the Wind. Referendum irlandese e legalizzazione dell'aborto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 ottobre 2018, p. 31, il quale afferma che "la lotta per i diritti entro la cornice della Costituzione è anche lotta intorno ai diritti, che si sviluppa entro le maglie del tessuto di principi che si presenta come un campo di tensioni destinate a lasciare il segno nel conflitto politico-sociale. Come dimostra la vicenda irlandese, quando la lotta per i diritti si svolge nella cornice di un ordinamento positivo costituzionalmente fondato, il conflitto assume la forma di lotta attraverso i diritti volta ad affermarne il carattere espansivo".

74 Così, G. LAVAGNA, *La crisi del rapporto tra politica e religione. Il referendum sull'aborto in Irlanda*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, n. 3/2018, p. 23.

applicheranno quest'ultima di farlo *"rispettando la dignità della persona, del suo diritto di libertà, dell'obbligo di solidarietà verso gli altri e del rispetto per questi principi come forte fondamento della Repubblica di Polonia"*. Occorre precisare che i sistemi costituzionali non creano le proprie regole dal nulla, bensì "*recepiscono e formalizzano in documenti scritti i valori di un popolo, ove ritenuti oramai condivisi e fondanti le ragioni dello stare insieme*"[75].

75 Così, V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2011, p. 657.

L'ACCESSO ALLE INFORMAZIONI AMBIENTALI E LE PRIME AZIONI PER DANNO DA CAMBIAMENTO CLIMATICO. ESPERIENZE A CONFRONTO

Valentina Zampaglione[*]

Abstract. L'accesso alle informazioni ambientali deve consentire ai cives di valutare in maniera consapevole gli effetti delle emissioni inquinanti sull'ecosistema. Questo nuovo modo di intendere il principio di trasparenza e il collegamento del danno da cambiamento climatico a quello al diritto inviolabile alla vita e alle aspettative future, hanno spinto molti cittadini, anche molto giovani, ed alcune associazioni ambientaliste, ad agire in giudizio per richiedere, ora alle autorità statali ora alle imprese, il risarcimento del danno subito.

Abstract. *Access to environmental information must allow people to consciously assess the effects of polluting emissions on the ecosystem. This new way of understanding the principle of transparency and the linking between the damage produced by climate change with the one's to the inviolable right to life and future expectations, has prompted many citizens (even very young ones) and environmental associations to take legal action to request, now from state authorities, now from companies, compensation for the damage suffered.*

Key words: *Access to environmental information – climate change – climate change litigation – damages produced by climate change – refugee status – human rights.*

INDICE: 1. Introduzione; **2.** L'accesso universale alle informazioni ambientali; **3.** Le prime azioni per danno da cambiamento climatico; **4.** Sulla configurabilità di una responsabilità civile per danno da cambiamento climatico; **5.** Conclusioni.

1. Introduzione

L'aumento delle temperature medie globali dell'aria e degli oceani, lo scioglimento diffuso di neve e ghiaccio e l'innalzamento del livello medio globale del mare sono diventati all'ordine del giorno. Non è necessario essere esperti in materia per rendersi conto della pericolosità di tali fenomeni. È noto[1] che alla base di tutto c'è

1 [*] Dottore di ricerca in *Istituzioni e politiche ambientali, finanziarie, tributarie e previdenziali* presso l'Università degli studi di Napoli Federico II.

Sul cambiamento climatico antropogenico v.: M. ALLEN, *Scientific Challenges in the Attribution of Harm to Human influence on Climate* (2006/07), in *University of Pennsylvania Law Review*, 155, pp. 1353 ss; G. STIX, *A climate Repair manual*, in *Scientific American*, 295, 2001, p.46 ss; Z. HAUSFATHER, *The Water Vapor Feedback*, 2008, *https://www.yaleclimateconnections.org/2008/02/common-climate-misconceptions-the-water-vapor-feedback-2*; JT KIEHL E. TRENBERTH, *Earth's Annual Global Mean Energy Budget*, in *Bulletin of the American Meteorological Society*, 1998, 78, pp. 197 ss; G. SCHMIDT, *Taking the Measure of the Greenhouse*

l'aumento della concentrazione di gas ad effetto serra nell'atmosfera[2], costo occulto dell'attività umana.

Eppure l'esigenza di affrontare il problema dei cambiamenti climatici, e in generale la protezione dell'ambiente, è stata avvertita solamente in tempi recenti ed è andata di pari passo con il processo di industrializzazione.

Tra tutti, è stata l'Unione europea ad assumere un ruolo *leader* a livello mondiale[3], ma le sue azioni risalgono alla fine del secolo scorso.

La comunità internazionale per molto tempo si è presentata divisa e non è riuscita ad unire le forze per un'azione congiunta[4]. È stata soprattutto la forte contrapposizione tra i paesi industrializzati e quelli in via di sviluppo ad ostacolare il raggiungimento di un accordo. Si pensi che dopo il protocollo di Kyoto del 1997[5], si è

Effect, in *Nasa Science Brief*, *https://www.giss.nasa.gov/research/briefs/schmidt_05*; JK CHOI – BR BAKSHI, *Attribution of Global Warmin*, in *SG. Philander (ed) Encyclopedia of Global Warming and Climate Change*, 2008, p. 95 ss.; V. JACOMETTI, *Climate change litigation: global trends and critical issues in the light of the Urgenda 2018 decision and the IPCC special report "Global warming of 15° C"*, in *Global Jurist*, 2019; M. PENNASILICO, *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, pp. 167 ss.; B. POZZO, *Climate change and italian law*, in *Finnish Review of Environmental Law*, 3/2011, pp. 84-106; PULEIO G., *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico*, in *Persona e Mercato* 2021/3, pp. 469 ss. VIOLA P., *Climate Constitutionalism Momentum, adaptive Legal System, Spinger*, 2022. Interessanti sono anche i rapporti periodici dell'IPCC – *The Intergovernmental Panel on Climate Change*.

2 Il cambiamento climatico rende più difficoltoso l'accesso alle risorse essenziali (acqua, cibo e pascoli), esacerbando le diseguaglianze sociali. Invero, l'aumento della concentrazione di gas ad effetto serra nell'atmosfera altera il bilancio di radiazioni della Terra e, per l'effetto di ciò, l'atmosfera vicino al suolo diventa più calda. Questo perché, i gas ad effetto serra nell'atmosfera terrestre assorbono la radiazione termica emessa dalla Terra e ne irradiano una parte verso la superficie terrestre. La radiazione di calore emessa dai gas ad effetto serra arriva alla superficie terrestre come radiazione di calore supplementare. Per compensare il calore in entrata e in uscita, la superficie terrestre irradia più calore.

3 Si pensi che l'Ue ha attivato il sistema di scambio delle quote di emissione (EU ETS) già prima che divenisse vincolante l'impegno di riduzione dei gas serra assunto con il Protocollo di Kyoto e che ad oggi si è posta l'obiettivo di raggiungere le zero emissioni nel 2050. Per un approfondimento sull'Eu Ets e sugli strumenti di mercato per ridurre le emissioni vedi note nn. 111 e 112, mentre per il Protocollo di Kyoto vedi nota n. 7.

4 Va ricordata l'UNFCCC, la Convenzione quadro delle Nazioni Unite del 1992 (entrata in vigore nel 1994, cui hanno aderito sia l'Ue che l'Italia) avente l'obiettivo di stabilizzare, in un periodo di tempo sufficiente a permettere agli ecosistemi di adattarsi naturalmente, le concentrazioni di gas ad effetto serra nell'atmosfera a un livello tale da evitare un impatto antropogenico pericoloso sul sistema climatico. A tal fine la responsabilità degli Stati è stata differenziata. In tale occasione, tra l'altro, è stata istituita anche la Cop (Conferenza delle parti), cui si devono i successivi trattati internazionali, in modifica della Convenzione. All'art. 4 di questo documento è imposta alle Parti aderenti l'adozione di una politica nazionale di riduzione delle emissioni, comunicando periodicamente le relative politiche e misure adottate.

5 Esso è stato adottato in occasione della Conferenza delle parti tenutasi a Kyoto nel 1997. Questo trattato internazionale – ratificato anche dall'Italia nel 2002 – impone alle Parti di non superare determinate quote di emissioni antropiche aggregate di gas ad effetto serra equivalenti al biossido di carbonio. Con l'emendamento di Doha è stata apportata un'importante modifica al sistema, che ha trovato applicazione per il periodo 2013-2020.

Il testo del protocollo si può leggere sul sito del segretario della convenzione sui cambiamenti climatici: *www.unfccc.de.* Per approfondimenti si veda: BERNINI E., RANGHIERI F., *Dal Protocollo di Kyoto alla direttiva europea: il nuovo panorama per l'ordinamento italiano*, in POZZO B. (cur.), *La nuova direttiva*

dovuto attendere l'accordo di Parigi del 2015[6] perché fosse assunto un nuovo impegno di riduzione delle emissioni.

La globalità del problema ambientale e il fenomeno dei *free riders* insegnano ad apprezzare anche i piccoli sforzi e, soprattutto, mostrano quanto sia importante coinvolgere le Nazioni con un più alto tasso di produzione di gas ad effetto serra, quali gli Stati Uniti e la Cina. Altrettanto determinante è il contributo derivante dalla condotta virtuosa dei singoli cittadini, che devono essere messi nella condizione di compiere le proprie scelte in maniera consapevole. Da qui l'importanza, come enunciato dalla Corte di giustizia europea[7], dell'accesso universale alle informazioni ambientali e dell'applicazione del principio di trasparenza nella sua accezione più ampia possibile, accordando prevalenza all'esigenza di tutela dell'ambiente rispetto agli interessi egoistici e personali di chi non vuole che siano diffuse le informazioni sul *know how* e la strategia aziendale.

---

sullo scambio delle quote di emissione. La prima attuazione europea dei meccanismi previsti dal Protocollo di Kyoto, Milano, 2003; BREIDNICH- MAGRAW ROWLEY RUBIN, *The Kyoto Protocol to the United Nation Framework convention on climate change*, in *American journal of international law* (AJIL) 1998, vol. 92, pp 315-331; CAMPBELL K., *From Rio to Kyoto: the use of voluntary agreement to implement the climate change convention*, 1998; JACOMETTI V., *La lotta al cambiamento climatico e gli strumenti flessibili nel periodo psot-Kyoto: incertezze della comunità internazionale e ambiziosi obiettivi dell'Unione Europea*, in *Bocconi legal papers*, pp. 53-64; MOLOCCHI A., *La scommessa di Kyoto: politiche di protezione del clima e sviluppo sostenibile*, Milano 1998; S. OBERTHÜR, *The Kyoto Protocol, international climate policy for the 21st century*, Spinger- Velarg, Berlino, 1999; PIANI G., *Il Protocollo di Kyoto: adempimento e sviluppi futuri: normativa, strategie, tecnologie*, Zanichelli, Bologna, 2008; RANGHIERI F., *Sostenibilità e cambiamenti climatici: il protocollo di Kyoto e i suoi strumenti, Milano, Guerini studio, 2005*; TOSATO G. E MENNA P., *Il processo di attuazione del Protocollo di Kyoto in Italia: metodi, scenari e valutazione di politiche e misure: Conferenza nazionale Energia e ambiente, Roma, 25-28 novembre 1998*, Enea, 2000.

6 L'Accordo è stato concluso a Parigi in occasione della Cop21 del 2015. Esso è ancorato ai risultati del V Rapporto di valutazione *dell'International Panel on Climate Change*, per cui pone l'obiettivo di stabilizzare l'aumento della temperatura media globale a 1,5 °C rispetto ai livelli preindustriali, o almeno di mantenere l'aumento ben al di sotto dei 2°C. A tal fine è stata stabilita una riduzione dei gas ad effetto serra del 45% rispetto ai livelli del 2010, per poi arrivare a zero emissioni entro il 2050. Il testo dell'accordo di Parigi è disponibile sul sito *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:22016A1019(01)*. Per un approfondimento: BOMPAM E., *Il mondo dopo Parigi. L'accordo sul clima visto dall'Italia: prospettive, criticità e opportunità*, Edizioni ambiente, 2014; LOMBROSO L., *Ciao fossili. Cambiamenti climatici resilienza e futuro post carbon,* artestampa, 2016.

7 Causa T-716/14, *Anthony C. Tweedale/Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA)*, del 7 marzo 2019, parr. 8-9. Il glifosato, un erbicida molto usato nelle coltivazioni di soia *round-up* geneticamente modificata, è liberamente utilizzato in Europa ed in altri paesi del mondo. Da molti è considerato come un esempio palese dei successi della biotecnologia. MONSANTO, *Roundup/Glyphosate Background Materials*, 2015, *http://www.monsanto.com/products/pages/roundup-safety-background-materials.aspx*. Ma sul punto vi sono pareri discordanti. Si pensi, ad esempio, che nel 2017 l'UE ha votato a favore del rinnovo della licenza, con il proposito di bandirlo definitivamente nel 2022 *https://ec.europa.eu/food/plant/pesticides/glyphosate_en.* L'INTERNATIONAL AGENCY FOR RESEARCH ON CANCER (IARC) dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) lo ha classificato come agente cancerogeno: *https://www.iarc.fr/featured-news/media-centre-iarc-news-glyphosate/*. Si veda anche CRESSEY D., *Nature.com - Widely used herbicide linked to cancer,* 24 Mar 2015, *http://www.nature.com/news/widely-used-herbicide-linked-to-cancer-1.17181*.

Questo indirizzo, unitamente alla potenza mediatica degli strumenti di comunicazione[8], ha favorito l'affermarsi di quella sensibilità per la tutela dell'ambiente, cui ha fatto seguito il desiderio di intraprendere anche vere e proprie azioni giudiziarie, per ottenere almeno un ristoro economico per la lesione al diritto ad un clima sano e regolare e ai connessi diritti fondamentali. È stato così che sono state sollevate le prime azioni per il risarcimento del danno da cambiamento climatico, riconducibili nel più ampio settore del c.d. *climate change litigation*[9].

Sono stati soprattutto i cittadini e le associazioni ambientaliste ad agire nei confronti degli Stati e delle istituzioni comunitarie per tutelare i diritti dell'uomo; ma non sono mancati casi in cui sono state le autorità nazionali ad agire contro le imprese[10]. Tuttavia questi possono essere considerati solo meri tentativi di vedere riconosciuti principi e responsabilità, in un settore del diritto ancora in evoluzione e pertanto privo di un quadro regolamentare idoneo a gestire, da un punto di vista della tutela, fenomeni di scala mondiale (qual è il cambiamento climatico), in relazione ai quali gli elementi probatori relativi al nesso di causalità risultano di particolare complessità.

Oggi, quella del *climate change litigation* è diventata una tematica centrale nel dibattito giuridico globale. Nella gran parte del mondo, infatti, sulla scia tracciata dai pionieri USA[11], sono state e continuano ad essere sollevate azioni per danno da cambiamento climatico.

I risultati tutt'altro che soddisfacenti ad oggi registrati rendono opportuna una ricognizione delle principali azioni esperite a livello europeo e internazionale, nel tentativo di ricostruire quali rimedi civilistici siano proponibili nel sistema italiano di giustizia civile ed in quello europeo, quali siano i possibili convenuti e quale la politica da perseguire per un'efficace lotta al cambiamento climatico.

---

8 Va osservato, però, che sui mezzi di comunicazione di massa si parla ancora troppo poco delle questioni inerenti i cambiamenti climatici.

9 Con l'espressione *Climate change litigation*, seguendo un orientamento consolidato, si fa riferimento a tutte quelle controversie giudiziarie in cui al centro vi sia il tema del cambiamento climatico o i cui esiti abbiano implicazioni pratiche in materia. Dunque, azioni civili risarcitorie di cittadini nei confronti dello Stato, azioni civili esercitate dallo Stato nei confronti delle grandi industrie che emettono gas ad effetto serra, richieste d'asilo di migranti ambientali, azioni di annullamento esercitate dai cittadini nei confronti degli atti legislativi (nei sistemi costituzionali che lo consentono). V. M. SPITZER, B. BURTSCHER, *Liability for Climate Change: cases, Challenges and Concepts*, in JETL, 2017, 2, pp. 137 ss; G. KAMINSKAITÈ SALTERS, *Constructing a Private Climate Change Lawsuit under English law* (2010); R. LORD, S. GOLDBERG, L. RAYMANI, J. BRUNÈE (eds), *Climate Change Liability* (2012); E. PÖTTKER, *Klimahaftungsrecht* (2014); J. SPIER, U. MAGNUS (eds), *Climate Change Remedies* (2014), VIOLA P., *Climate Constitutionalism Momentum, adaptive Legal System, Spinger*, 2022

10 Si pensi, ad esempio, ai casi *Lliuya v. Rwe, Shell v. Delta del Niger*. Per un maggiore approfondimento si rinvia al paragrafo n. 3.

11 Tra le tante, si pensi al, ad esempio, al caso *Foster et al. v. Washington department of ecology* del 2015 ed il caso *Juliana et al. v. USA* del 2016. Il *Sabin Center for climate change law* ha rilevato dal 1986 ad oggi, circa milleduecento casi negli USA. *http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/us-climate-litigation/.*

2. L'accesso universale alle informazioni ambientali.

Prima di procedere con l'analisi delle azioni concretamente sollevate, bisogna soffermarsi in via preliminare sulla disciplina del diritto d'accesso alle informazioni ambientali.

Tra i casi decisi dalle Corti europee, quello del cittadino belga, C. Tweedale, contro l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA)[12], del 7 marzo 2019, costituisce senza dubbio un momento importante per il riconoscimento a livello universale del diritto d'accesso alle informazioni ambientali. In quella occasione era accaduto che il signor *Anthony C. Tweedale* aveva richiesto all'Autorità europea per la sicurezza alimentare di accedere agli studi di tossicità utilizzati per determinare la dose giornaliera di glifosato, ammissibile (*acceptable daily intake*)[13] in forza dei regolamenti (CE) n. 1049/2001[14] e n. 1367/2006[15].

Qualche anno dopo, una domanda analoga veniva presentata anche da alcuni membri del Parlamento europeo[16].

In entrambi i casi l'autorità europea ha negato l'accesso alle informazioni richieste perché altrimenti sarebbero stati compromessi quegli interessi commerciali che l'art. 4, par. 2, Reg. n. 1049/2001 considera prevalenti. L'autorità ha anche escluso

12 Causa T-716/14, *Anthony C. Tweedale/Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA)*, del 7 marzo 2019, parr. 8-9.

13 Il glifosato, un erbicida molto usato nelle coltivazioni di soia *round-up* geneticamente modificata, è liberamente utilizzato in Europa ed in altri paesi del mondo. Da molti è considerato come un esempio palese dei successi della biotecnologia. MONSANTO, *Roundup/Glyphosate Background Materials*, 2015, *http://www.monsanto.com/products/pages/roundup-safety-background-materials.aspx*. Ma sul punto vi sono pareri discordanti. Si pensi, ad esempio, che nel 2017 l'UE ha votato a favore del rinnovo della licenza, con il proposito di bandirlo definitivamente nel 2022:*https://ec.europa.eu/food/plant/pesticides/glyphosate_en*. L'INTERNATIONAL AGENCY FOR RESEARCH ON CANCER (IARC) dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) lo ha classificato come agente cancerogeno:*https://www.iarc.fr/featured-news/media-centre-iarc-news-glyphosate/*. Si veda anche CRESSEY D., *Nature.com - Widely used herbicide linked to cancer*, 24 Mar 2015, *http://www.nature.com/news/widely-used-herbicide-linked-to-cancer-1.17181*.

14 Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (GU 2001, L 145, p. 43).

15 Regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (GU 2006, L 264, p. 13). Si ricordi che la Convenzione di Aarhus è stata firmata e ratificata dall'Ue con la decisione 2005/370/Ce. Essa riconosce e disciplina il diritto d'accesso all'informazione ambientale, la partecipazione del pubblico al processo decisionale ambientale e l'accesso alla giustizia e costituisce, secondo una giurisprudenza consolidata (v. CGUE, 14 febbraio 2012, causa C-204/09, caso *Flachglas Torgau*, EU:C:2012:71, punto 30) parte dell'ordinamento giuridico dell'Ue. Al fine di rispettare la Convenzione, l'Ue ha adottato il regolamento 2006/1367/Ue per disciplinare l'accesso alla giustizia in materia ambientale in relazione alle istituzioni e agli organi dell'Ue, e ha emanato la direttiva 2004/35/CE che prevede la partecipazione del pubblico all'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale.

16 Causa *T-329/17 Hautala e a./ EFSA* del 7 marzo 2019. La domanda era basata sugli stessi regolamenti ed era relativa a «materiale, condizioni sperimentali e metodi» ed a «risultati e analisi» degli studi sulla cancerogenicità del glifosato, contenuti nel medesimo rapporto dell'EFSA.

l'applicazione del Regolamento di Aarhus[17] e di conseguenza ha ritenuto che l'esigenza di tutelare l'ambiente non basta a giustificare la divulgazione degli studi, del *know-how* scientifico e della strategia commerciale[18]. Né a tanto basterebbe una valutazione scientifica dei rischi, realizzata conformemente al regolamento relativo all'immissione sul mercato dei prodotti fitosanitari (Reg. (CE) n. 1107/2009). La tesi sostenuta dall'EFSA (*European Food Safety Authority*) non è stata condivisa dal tribunale dell'Unione europea che ha annullato entrambi i provvedimenti da essa adottati, con una sentenza che è divenuta storica.

Le eccezioni al diritto di accesso, hanno sostenuto i giudici Ue, vanno intese in senso restrittivo[19], così da assicurare garanzie procedurali elevate ed effettive e, soprattutto, trasparenza. Esse non possono essere opposte, qualora le informazioni richieste riguardino emissioni nell'ambiente ai sensi dell'art. 6, par. 1, del regolamento n. 1367/2006, in quanto l'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente è prevalente rispetto alla tutela degli interessi commerciali di una determinata persona fisica o giuridica.

L'interpretazione restrittiva delle eccezioni al diritto di accesso s'impone perché l'EFSA non è soggetta ad alcun controllo politico né istituzionale, per cui nessuna autorità può contestare il merito delle sue valutazioni tecniche, inclusa quelle sul glifosato. Solamente così, l'autorità con i suoi pareri scientifici, non vincolanti ma decisivi per la regolazione del settore, può trovare la sua legittimazione di fronte ai cittadini[20], che sono messi nella condizione di monitorarne l'operato e sindacare la forma degli atti adottati.

Tramite il principio di trasparenza, infatti, il tribunale non sindaca la sostanza dello studio scientifico dell'EFSA, sul quale non avrebbe competenza a giudicare; ma condiziona l'agire dell'autorità, imponendo all'agenzia europea di rendere palesi decisioni che altrimenti rimarrebbero segretate.

Questo modo di intendere l'accesso alle informazioni crea un circolo virtuoso: si legittima il potere delle istituzioni che, consapevoli della pubblicità del loro operato, sono incentivate all'efficienza, e ciò aumenta anche la fiducia dei cittadini nel sistema. Ma il diritto d'accesso non è solamente un meccanismo procedurale a garanzia del buon andamento; né è mero criterio di bilanciamento tra più interessi.

---

17 Vedi nota n. 14.

18 Causa T-716/14, par. 11.

19 I. PIAZZA, *Diritto di accesso e triloghi: un passo verso la trasparenza del processo legislativo europeo*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2018, 4, 487. Tra le pronunce della Corte di giustizia si v., ad esempio, Corte di giustizia 1° febbraio 2007, C-266/05, *Sison/Consiglio*; Corte di giustizia. 1° luglio 2008, C-39/05 e C-52/05, *Svezia e Turco/Consiglio*. Sulla natura giuridica del diritto di accesso v. in particolare Corte di giustizia. 30 aprile 1996, C-58/94, *Regno dei Paesi Bassi/Consiglio*, pubblicata in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 1227 ss., con nota di L. LIMBERTI. Per un'interpretazione restrittiva del principio di trasparenza, a vantaggio della riservatezza, si veda Trib. UE, Sez. I, 7 febbraio 2018, T-851/16, *Access Info Europe c. Commissione europea* e il relativo commento di M. FILICE, *L'applicazione estensiva delle presunzioni generali di riservatezza: il lato oscuro del FOIA europeo*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2018, 4, pp. 493 ss.

20 D. CURTIN - M. HILLEBRANDT, *Transparency in the EU: constitutional overtones, institutional dynamics and the escape hatch of secrecy*, in A. LAZOWSKI - S. BLOCKMANS (a cura di), *Research Handbook on EU Institutional Law*, Cheltenham, 2016, pp. 194 ss.

Trasparenza significa anche e soprattutto protezione dei più deboli offrendo la possibilità di realizzare uno Stato democratico[21], in cui i diversi punti di vista possono essere apertamente discussi. Uno Stato in cui si tiene necessariamente in conto dell'opinione dei *constituencies*, senza assecondare le richieste provenienti da portatori di interessi particolari o corporativi.

La trasparenza è presidio posto a tutela degli individui sia *uti singuli* (come parti in causa per la tutela di loro istanze di accesso) sia *uti cives* (come cittadini interessati a decisioni attinenti alla tutela di un interesse pubblico primario, quale la difesa dell'ambiente). Tutti devono avere la possibilità di conoscere se e come l'ambiente e la salute umana rischino di essere compromessi dalle emissioni nocive, e di comprendere e valutare un determinato fenomeno[22].

Nel caso del regolamento di Aarhus sulle emissioni inquinanti nell'ambiente, questo significa che l'accesso non va limitato alla natura, alla composizione, alla quantità, alla data e al luogo di tali emissioni, ma deve investire anche i dati relativi agli effetti a termine più o meno lungo di dette emissioni inquinanti sull'ambiente. Parimenti, va resa accessibile la spiegazione delle scoperte relative alla valutazione del rischio, così come pure il fondamento delle decisioni in tema di gestione dello stesso rischio (art. 3, comma 1, n. 13)[23].

---

21 La normativa FOIA (*Freedom of Information Act*), introdotta con il d.lgs. m. 97 del 2016, è parte integrante del processo di riforma della pubblica amministrazione, definito dalla legge 7 agosto 2015, n. 124. Sul punto si veda, *inter alia*, A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, 2012, pp. 83 ss.; C. COLAPIETRO (a cura di), *La terza generazione della trasparenza amministrativa: dall'accesso documentale all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, Napoli, 2016; V. GRASSI (a cura di), *La società del Noi. Comunità responsabili nell'era della globalizzazione*, Milano, 2018; H. KRANENBORG - W. VOERMANS, *Access to Information in the European Union. A Comparative Analysis of EC and Member State Legislation*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006; A. MARCHETTI, *Il diritto d'accesso: modelli di* enforcement *e cause di* exemptions *nella prospettiva comparata*, in C. COLAPIETRO (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, pp. 209 ss.; G. MARENA (a cura di), *La trasparenza amministrativa alla luce del D.lgs. 97/2016*, Key, Vicalvi (FR), 2017; A. MOLITERNI, *La via italiana al "FOIA": bilancio e prospettive*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 1, pp. 23 ss.M.A. SANDULLI (a cura di), con contributi di DIANA URANIA GALETTA [et al.], *Le nuove regole della semplificazione amministrativa: la legge n. 241/1990 nei decreti attuativi della riforma Madia: trasparenza e anticorruzione, poteri sostitutivi, silenzio assenso tra PP. AA., conferenza di servizi, S.c.i.a.*, Milano, 2016; M. SAVINO. *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 5, pp. 593-603; ID., *The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards*, Paris, Oecd-Sigma, 2010 *(http://www.oecd-library.org)*, 15 ss.;; R. TARCHI, *Il diritto d'accesso nella prospettiva comparata*, in C. COLAPIETRO (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, pp. 141 ss.

22 Il riferimento è sempre al caso citato del cittadino belga. Il tribunale ha ritenuto che l'EFSA aveva concesso una visione parziale dei documenti. L'informazione deve consentire una valutazione consapevole dei dati oggetto di accesso. «La nozione di informazioni '[riguardanti] emissioni nell'ambiente', ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento n. 1367/2006, dev'essere interpretata nel senso che essa include non solo le informazioni sulle emissioni in quanto tali, ossia le indicazioni relative alla natura, alla composizione, alla quantità, alla data e al luogo di tali emissioni, ma anche, i dati relativi agli effetti a termine più o meno lungo di dette emissioni sull'ambiente (Causa T-716/14, *Anthony C. Tweedale*, *cit.*, par. 100).

Mettere tutti nella condizione di conoscere il modo in cui l'ambiente possa essere compromesso[24], significa che l'accesso alle informazioni non può limitarsi all'attività materiale di consultazione dei documenti; e che le informazioni devono essere chiare, esaustive ed utili e facilmente accessibili. Ci deve essere uno scambio interattivo di informazioni e chiarimenti tra i responsabili della valutazione del rischio ed i responsabili della gestione dello stesso, i consumatori, le imprese, la comunità accademica e gli altri interessati. Da qui l'importanza di assicurare una semplificazione procedurale che consenta di interpellare l'autorità tramite una semplice *mail*[25].

Tutto questo non ha trovato applicazione nel caso del cittadino belga portato all'attenzione dei giudici comunitari. Infatti, questi hanno constatato come nella prassi non si dia applicazione alla regolamentazione vigente, improntata alla trasparenza, alla pubblicità e all'accessibilità ai documenti. Si pensi che nel regolamento n. 178/2002[26], nonostante alcune criticità[27], si parla espressamente di scambio di informazioni rapido, affidabile, obiettivo e comprensibile tra l'autorità ed i cittadini[28], e di un alto livello di pubblicità delle opinioni divergenti[29], di ogni

23 Inoltre, lo stesso regolamento n. 178 stabilisce, al considerando n. 17, che ‹‹quando la legislazione alimentare è intesa a ridurre, eliminare o evitare un rischio per la salute, le tre componenti interconnesse dell'analisi del rischio, vale a dire la valutazione, gestione e comunicazione del rischio, forniscono una metodologia sistematica per definire provvedimenti, o altri interventi a tutela della salute, efficaci, proporzionati e mirati››. Il concetto è poi ribadito nel considerando n. 35: ‹‹L'Autorità dovrebbe essere una fonte scientifica indipendente di consulenza, informazione e comunicazione del rischio per accrescere la fiducia dei consumatori››. Infine, l'art. 22 assegna esplicitamente tale funzione all'Autorità europea per la sicurezza alimentare.

24 *Ibidem*, par. 118 in cui è detto che «il pubblico deve avere la possibilità di comprendere ragionevolmente il modo in cui l'ambiente potrebbe rischiare di essere compromesso dalle emissioni, per cui si deve ritenere che l'accesso del ricorrente agli studi richiesti gli consenta di comprendere in che modo la salute umana rischi di essere pregiudicata da rilasci di glifosato nell'ambiente.

25 È quanto accaduto nel caso del cittadino belga pocanzi analizzato. Su questi temi v., *inter alia*, A. CLARKE, E H. MARGETTS (2002), *Open, closed, and big data in public management reform*, in *Policy and Internet* 6, 2014, pp. 393-417; T. M. LA PORTE, C.C. DEMCHAKE, M. DE JONG, *Democracy and bureaucracy in the age of web*, in *Administration & Society*, 34(4), pp. 411-446; A. MEIJER (2009), *Understanding Modern Transparency*, in *International Review of Administrative Sciences* 75(2), pp. 255-269.

26 Si tratta del regolamento istitutivo dell'EFSA.

27 Si pensi alla mancata partecipazione dei privati con competenze tecniche nella fase scientifica dei procedimenti; oppure, alla carenza in termini di chiarezza e specificità dei documenti pubblici relativi ai dati scientifici utilizzati e alla loro affidabilità; ed ancora alle incertezze scientifiche e ai criteri adoperati.

28 Il riferimento è all'art. 23 che stabilisce che l'Autorità ha il compito di «fare in modo che i cittadini e le parti interessate ricevano informazioni rapide, affidabili, obiettive e comprensibili nei settori di sua competenza.

29 L'art. 30 richiede un alto livello di pubblicità in merito alle opinioni divergenti. Si ricordi che in caso di conflitto tra le opinioni scientifiche espresse dall'EFSA e quelle di un'altra autorità competente, la procedura di cui all'art. 30 del regolamento n. 178 non prevede che la prima dirima il conflitto sorto in forza di una posizione di supremazia o come autorità terza, ma stabilisce, invece, che questa e l'autorità che è giunta ad un risultato discordante cooperino al fine di individuare una posizione ufficiale pubblica, rendendo comunque note le differenti interpretazioni e le incertezze relative ai dati scientifici.

attività dell'autorità[30], e di un ampio accesso ai documenti[31]. Un ulteriore risvolto positivo di tale lettura allargata del diritto d'accesso, oramai diffusa in molti Stati europei e anche in Italia[32], è l'uniformità a livello Ue della tutela ambientale, senza incidere sui contenuti delle politiche nazionali.

Invero, le norme europee e quelle internazionali, nel rafforzare le garanzie procedurali a sostegno di un determinato interesse e a discapito di quelli concorrenti, realizzano una gerarchia indiretta che, servendosi dell'attivismo dei cittadini e degli strumenti di conoscenza messi a loro disposizione, può indirizzare le politiche pubbliche. Così, si assicura anche uno *standard* minimo di tutela sostanziale e una cura maggiore per gli interessi talvolta sottorappresentati, come l'ambiente e la salute. Tornando al caso del cittadino belga, è possibile rilevare che la stessa convenzione di Aarhus, nonché il regolamento n. 1367/2006 che l'ha recepita nell'ordinamento europeo, stabiliscono che le eccezioni alla trasparenza in tema di tutela industriale o commerciale debbano essere recessive di fronte alle informazioni relative ad emissioni nell'ambiente di sostanze potenzialmente inquinanti. Il che vuol dire maggiori possibilità per i cittadini e per le associazioni di venire a conoscenza - e

30 L'art. 32 ordina che gli studi scientifici necessari siano «commissionati in maniera aperta e trasparente. Inoltre, l'art. 38 esige trasparenza per tutte le attività dell'Autorità, specificando i tipi di atti da rendere pubblici «senza indugio. Vanno resi pubblici tutti gli atti che formano i pareri scientifici, diffondendo informazioni su eventuali rischi di alimenti e mangimi su cui svolge gli studi (*ex* art. 40 dello stesso regolamento) ed effettuando tutte le attività in regime di pubblicità, così da aprirsi a un controllo diffuso di conoscenza. Salvo alcune eccezioni come nei casi che richiedono riservatezza di cui all'art. 39 del regolamento.

31 Il riferimento è all''art. 41 del regolamento citato. Alle norme riportate vanno aggiunti l'art. 4 delle *Rules of procedure of the management board of the EFSA* (EFSA, MB 22.06.2004 - 9): «*The Board shall hold its meetings in public unless, acting on a proposal from the executive director, it decides otherwise for specific administrative items of its agenda*» e l'art. 2 della decisione del CDA sulle norme da applicare in relazione ai requisiti di trasparenza e di riservatezza (EFSA, MB 10 marzo 2005 – 10, *Decision of the MB of the EFSA concerning implementing measures of transparency and confidentiality requirements*). Con il documento informativo redatto *ex* art. 38 del regolamento, il Comitato scientifico ha richiesto all'Autorità di emanare linee guida che possano garantire un'effettiva trasparenza delle sue attività. Per maggiori informazioni al riguardo: SCIENTIFIC COMMITTEE, *Transparency in risk assessment carried out by EFSA: guidance document on procedural aspects*, *prepared by a working group consisting of members of the Scientific Committee and various EFSA Departments, Request No EFSA*-Q-2005-050, 11 April 2006: «*The Guidance Document highlights several procedural aspects related to risk assessment that can be considered beneficial for improved transparency, including: (i) selecting qualified scientists to participate in EFSA's activities and ensuring their independence; (ii) overall handling by EFSA of requests for scientific opinions; (iii) scientific opinions and other types of EFSA document; (iv) ensuring the availability of relevant data; (v) information exchange between the Scientific Committee, the Panels and the originator of the request; (vi) involvement of other stakeholders; (vii) dealing with diverging scientific opinions; (viii) adoption of scientific opinions; (ix) dissemination of documents and underlying data; (x) confidentiality aspects; and (xi) revising and updating scientific opinions. In doing so, this Guidance Document addresses the many important procedures already laid down - either in Regulation EC 178/2002 (EC, 2002a) known as The EFSA Founding Regulation - or in various internal EFSA documents, such as the Decision concerning the establishment and operations of the Scientific Committee and Panels*», 1.

32 «Nell'ultimo ventennio [...], la quasi totalità delle democrazie liberali ha introdotto una seconda generazione di diritti di trasparenza, in funzione democratica, attraverso i *freedom of information acts* (Foia)», M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto Amministrativo*, 2013, 8-9, 795.

eventualmente chiedere conto – delle decisioni che siano contestabili proprio sotto tale profilo.

Allora, il principio di trasparenza è qualcosa di più di un mero enunciato generale sull'azione amministrativa: ad esso va riconosciuta una dimensione multifunzionalistica. Tuttavia, il principio di trasparenza da solo non basta. Esso va calato in un più ampio disegno di democrazia procedurale fondato su principi, garanzie e tecniche decisionali proprie del diritto amministrativo. Si pensi al *due process*, all'obbligo di motivazione, al principio di imparzialità, al buon andamento, al principio di ragionevolezza e a quello di proporzionalità e alla revisione giurisdizionale. La trasparenza è solo una delle regole procedurali utili a realizzare forme di democrazia amministrativa o di *procedural legitimacy*[33], che consentono il confronto tra i diversi portatori di interessi, la partecipazione pubblica e l'applicazione dei principi del giusto procedimento[34]. Così facendo si favorisce lo sviluppo di alcune forme particolari di *accountability*, come la *public reputation* e la *market accountability*[35]. Ma è sempre necessaria una bilanciata coesistenza degli altri meccanismi procedurali di partecipazione, revisione[36] e sanzione[37].

In tale contesto merita attenzione anche la questione sorta sull'accessibilità alle informazioni ambientali contenute nei fascicoli giudiziari, su cui si è pronunciata la Corte di giustizia[38]. In particolare, ci si è chiesti se un'associazione ambientalista possa domandare all'ente che li custodisce copia delle memorie, delle dichiarazioni giurate e degli atti di causa depositati, e se incida sul loro rilascio il fatto che sia stata pronunciata sentenza passata in giudicato.

---

33 Sul punto v.: D. ESTY, *Good governance at the supranational scale: globalizing administrative Law*, in *Yale Law Journal*, 2006, 115, 1547.

34 D'alberti ha rilevato che i correttivi al disequilibrio e alle diseguaglianze che possono essere prodotti dalla partecipazione sono il rafforzamento dell'*expertise* e dei poteri neutrali e le garanzie di «visione», ossia una maggiore trasparenza (v.: M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, n. 1, pp. 31-31)

35 Nella *market accountability* i consumatori possono *exercise their influence through the market* (R.W. GRANT E R.O. KEOHANE, *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, Cambridge University Press, 2005, p. 17).

36 La trasparenza, e, in particolar modo, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, «è strumento per il cittadino per giungere - attraverso una migliore conoscenza dei fatti - ad una più consapevole decisione sull'azionabilità della propria pretesa al bene della vita», A. RULLO, *Funzione di tutela ambientale e procedimento amministrativo*, Napoli, 2000, p. 122.

37 «*It implies that some actors have the right to hold other actors to a set of standards, to judge whether they have fulfilled their responsibilities in light of these standards, and to impose sanctions if they determine that these responsibilities have not been met*», R.W. GRANT E R.O. KEOHANE, *Accountability*, cit., 3. Su questo aspetto si vedano anche T.N. HALE - A.M. SLAUGHTER, *Transparency: possibilities and Limitations*, in *Fletcher Forum on International Affairs*, 30, 2006, 153: «*Transparency is often used as a synonym of accountability, but real accountability requires more than monitoring. In order to hold a person or organization accountable it is necessary not only to know what they are doing but also to have some way to make him doing something else*».

38 Corte giust. Ue, sent. C-470/19 del 15 aprile 2021. Per un commento v.: C. M. LORENZIN, *Accesso alle informazioni ambientali contenute nei fascicoli giudiziari*, in *RGA online, Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 20 maggio 2021.

La definizione della questione è strettamente collegata alla nozione di autorità pubblica di cui alla convenzione di *Aarhus* e all'ambito d'applicazione dell'art. 2, parte II, della direttiva 2003/4 che detta un regime particolare per gli organismi e le istituzioni che agiscono nell'esercizio di competenze giurisdizionali.

Sul punto i giudici europei hanno chiarito che non occorra chiedersi se il controllo sull'accesso ai fascicoli giudiziari rientri nell'esercizio delle competenze giurisdizionali (*ex* art. 2, punto 2, II c. della direttiva 2003/4), né rileva la distinzione tra giudizi definiti o non con sentenza passata in giudicato. Gli organi giurisdizionali non sono obbligati a consentire l'accesso del pubblico alle informazioni ambientali in loro possesso. Solo gli Stati membri possono prevedere, se del caso, un diritto d'accesso del pubblico alle informazioni contenute nei fascicoli giudiziari. Questo perché gli organi giurisdizionali non fanno parte del governo né delle altre amministrazioni pubbliche di cui all'art. 2, punto 2, primo comma, lettera a) della direttiva 2003/4, né essi possono essere ricondotti alle altre definizioni di cui all'art. 2, punto 2, della medesima direttiva.

In mancanza di una disposizione precisa, la questione va risolta guardando l'obiettivo perseguito dal legislatore comunitario in sede di adozione della direttiva e dalla convenzione Aarhus, che è quello di promuovere un più ampio accesso del pubblico all'informazione ambientale ed una più efficace partecipazione al processo decisionale in materia, così da migliorare la qualità delle decisioni adottate ed applicare le stesse in modo più efficace ed al contempo promuovere il miglioramento dell'ambiente. Sulla base di tali argomentazioni la Corte ha consentito l'accesso anche alle informazioni contenute in fascicoli giudiziari[39].

Questa apertura verso la circolazione delle informazioni ambientali ha favorito il coinvolgimento dei *cives* e la proliferazione delle azioni per danno da cambiamento climatico.

3. Le prime azioni per danno da cambiamento climatico.

Oggi, nel diritto positivo non esistono strumenti giuridici che garantiscano un ristoro economico a fronte dei danni da cambiamento climatico. Questo soprattutto perché non si tratta di danni immediati, ma di conseguenze indirette di una condotta umana posta in essere nel passato. La difficoltà di individuare i responsabili poi, è acuita dai contrastanti studi scientifici volti ad individuare la causa del danno. Anche la normativa di settore è ancora in una fase evolutiva, i principi e gli obiettivi da raggiungere sono in via di consolidazione, e nulla è stato deciso in ordine agli strumenti giuridici per attuare le nuove politiche strategiche[40].

39 Sull'accesso agli atti da parte delle associazioni ambientaliste il Tar per la Lombardia (Milano) il 24 settembre 2021 con la sentenza n. 2017 ha sancito che ‹‹*la qualifica di associazione ambientalista, portatrice di interessi diffusi per la protezione dell'ambiente, non comporta necessariamente la sussistenza dell'interesse diretto, concreto ed attuale richiesto per l'esercizio del diritto d'accesso ex L. n. 241/1990, essendo comunque necessario che lo stesso venga specificamente dimostrato in sede di istanza di accesso agli atti*››.

40 Ciò perché è stata avvertita di recente l'esigenza di una regolamentazione, ma anche perché le principali iniziative in materia sono state intraprese a livello internazionale, ed è molto difficile riuscire a coinvolgere tutti i soggetti potenzialmente rilevanti, *in primis* le grandi imprese.

Nonostante ciò sono state sempre più numerose le azioni contro le autorità statali promosse da singoli o da associazioni, che dalla mancata adozione di una normativa e, più in generale, di strumenti di tutela ambientale, fanno discendere il diritto al risarcimento del danno per la lesione dei diritti umani.

Quindi, alle istituzioni viene principalmente addebitata la mancata o l'inefficace attuazione delle politiche e degli obiettivi internazionali, da cui discende la lesione del diritto umano all'ambiente[41].

Quanto, poi, alla Corte europea dei diritti dell'uomo va ricordato che questa, imponendo un'interpretazione estensiva degli artt. 2 ed 8 CEDU sul diritto alla vita e sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, riconosce un diritto generale alla salubrità dell'ambiente ed un corrispondente dovere degli Stati di proteggere attivamente i diritti dell'uomo, rimuovendo gli ostacoli al loro libero godimento[42].

Il collegamento tra il diritto alla vita e la protezione dall'inquinamento è stato affermato nel caso *Powell, Rayner v. Regno Unito* del 1990[43], in tema di inquinamento acustico prodotto da un aeroporto. In tale occasione la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto a chiare lettere che gli Stati hanno l'obbligo di adottare misure ragionevoli ed adeguate per proteggere i diritti invocati dalle ricorrenti. Qualche anno dopo, nel 1994, nel caso L*opez Ostra v. Spagna*[44], la stessa Corte ha condannato il convenuto Stato spagnolo ritenendo che gli attentati gravi verso l'ambiente ben possono colpire il benessere di una persona e privarla del godimento del suo domicilio, in maniera da nuocere alla sua vita privata e familiare. Ancora, nel 1998, nel caso *Guerra v. Italia*[45], la Corte di Strasburgo ha riconosciuto il diritto al rispetto della vita privata e familiare e per l'effetto ha condannato l'Italia per non aver fornito informazioni concernenti le emissioni nocive dell'azienda chimica Enichem di Monte Sant'Angelo.

Più di recente, nel 2004[46], la Corte europea ha riconosciuto che il diritto alla vita può essere invocato anche in materia di inquinamento ambientale e che lo Stato ha il duplice obbligo di prevenirne la lesione dotandosi di un idoneo quadro legislativo ed amministrativo, e di mettere in atto rimedi idonei in caso di lesioni dello stesso. Non meno importante è il caso Ilva[47], chiuso il 24 gennaio 2019 con la pronuncia di

41 Sebbene non sia rinvenibile una espressa definizione legislativa, autorevole dottrina ha identificato i diritti umani come «diritti attinenti alla natura stessa dell'uomo, e come tali inviolabili da parte dei detentori del potere pubblico, inalienabili da parte degli stessi titolari di questi diritti, e imprescrittibili per quanto lunga fosse stata la durata della loro violazione o alienazione», N. BOBBIO, *Diritti dell'uomo e società,* in *L'età dei diritti,* Einaudi, Torino, 1990.

42 In tale contesto, dunque, non stupisce come l'*Office of the Prosecutor* della *International Criminal Court* nel *Policy paper on case selection and prioritisation* del 15 settembre 2016, abbia preso in considerazione la possibilità di inquadrare i disastri ambientali all'interno dei crimini contro l'umanità previsti dallo Statuto della Corte penale internazionale.

43 È il caso n. 3/1989/163/219.
Per una lettura della sentenza v.: *http://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b79i028.html*.

44 È il caso n. 41/1993/436/515.

45 Corte Europea dei diritti dell'uomo, caso *Guerra ed altri c. Italia*, sentenza del 19 febbraio 1998, ricorso n. 14967/89.

46 È il caso *Oneryildiz v. Turchia* (*application no. 48939/99*).

condanna dell'Italia per la violazione dell'art 8 CEDU[48]. Invero in quella sede, la Corte europea dei diritti dell'uomo, in accoglimento del ricorso dei cittadini, ha dichiarato che le emissioni dell'attività siderurgica possono provocare effetti negativi sulla salute e sull'ambiente e per effetto anche sul diritto alla vita privata.

La giurisprudenza della CEDU è, dunque, costante nel riconoscere la lesione del diritto dei cittadini ad un ambiente salubre. È da notare però, che in tutti i casi menzionati, i ricorrenti sono singoli che asseriscono di essere stati lesi da fonti di inquinamento specifiche e ben individuate geograficamente. Si tratta quindi di danni diretti e non collegati a fenomeni globali, qual è il cambiamento climatico.

La prima pronuncia su un'ipotesi di danni indiretti da cambiamento climatico risale al 2015 allorquando è stato discusso il caso *Dutch Urgenda Foundation v. Paesi Bassi*[49]. In quella occasione era accaduto che i Paesi bassi si erano posti l'obiettivo di ridurre le emissioni inquinanti del 30% rispetto al 1990 entro il 2010 e del 25-40% entro il 2020 e che l'associazione di cittadini *Dutch Urgenda Foundation* aveva ritenuto che tali impegni non sarebbero stati rispettati in concreto e che al massimo le riduzioni conseguite sarebbero state del 17%, per cui essa agiva in giudizio dinnanzi alla Corte distrettuale dell'AIA, affinché fosse riconosciuto l'obbligo di quello stesso Stato di ridurre le emissioni di CO^2 di almeno il 25%. La Corte investita della questione ha affermato, in via preliminare, l'esistenza di un generale dovere di diligenza degli Stati, avente fondamento nel diritto costituzionale e internazionale, e nel merito ha riconosciuto l'obbligo dei Paesi Bassi di ridurre le emissioni in una percentuale compresa tra il 25 ed il 40% entro il 2020, stante la necessità di proteggere i cittadini dagli effetti futuri dei cambiamenti climatici. In particolare, la Corte adita non ha dato rilevanza alla circostanza secondo cui i Paesi Bassi sarebbero solo in minima parte responsabili del cambiamento climatico, ma al contrario ha riconosciuto l'utilità di ogni riduzione delle emissioni. Da qui la condanna

47 Causa Cordella e Altri v. Italia, ricorsi nn. 5441/13 e 54264/15, Sentenza della Corte EDU del 24 gennaio 2019.

48 L'articolo sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Più precisamente esso dispone che: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza». E che: «2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

49 ECLI:NL:RBDHA:2015:7196. Consultabile su: *http://iutspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2006*. Per un commento v.: V. JACOMETTI, *La sentenza Urgenda del 2018: prospettive di sviluppo del contenzioso climatico,* in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1/2019, pp. 121-141. Sebbene non appartenga al novero di decisioni emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si segnala altresì il recente caso *The People v. Arctic Oil* di fronte al tribunale distrettuale di Oslo, in occasione del quale è stata riconosciuta l'esistenza di un diritto ad un ambiente sano in capo ai cittadini (i quali, dunque, possono agire in giudizio laddove tale diritto non venga concretamente tutelato dallo Stato di riferimento). Per approfondimenti, A.B. SUMAN, *Il caso 'The People v. Arctic Oil' e relative considerazioni a valle nella VIA*, in *Ambiente e Sviluppo*, n. 6/2019.

dell'Olanda, confermata sia dalla Corte d'appello[50] che dalla Corte Suprema[51], per non essersi attivata, pur essendo un paese industrializzato[52].

Anche gli USA sono stati convenuti in giudizio da molti cittadini e da alcune associazioni, per asserite violazioni di diritti umani, derivanti da danni ambientali e ciò già nei primi anni del nuovo millennio. La giurisprudenza statunitense ha avuto anche l'opportunità di pronunciarsi in casi in cui era stata individuata in maniera specifica la fonte dell'inquinamento. Si pensi, ad esempio, al caso *Foster et al. v. Washington department of ecology* ed il caso *Juliana et al. v. USA* entrambi del 2015. Quanto al primo caso, il *Foster et al. v. Washington department of ecology*[53], un gruppo di otto ragazzi aveva agito in giudizio dinnanzi alla Corte statale affinché il *department of ecology* di Washington fosse condannato a regolamentare le emissioni di gas ad effetto serra ("*Governor Inslee instructed that 'Washington needs to take additional actions now' to address GHG emissions and their adverse impacts*"). La Corte, pur riconoscendone la fondatezza nel merito, ha rigettato la richiesta in quanto, nelle more del giudizio, il dipartimento aveva avviato il procedimento di regolamentazione richiesto.

Sempre un gruppo di giovani cittadini statunitensi, rappresentati questa volta dall'organizzazione *no-profit Our Children's Trust,* è protagonista del caso *Juliana et al. v. USA* del 2015[54]. L'azione contro il governo federale si fondava sull'assunto che le politiche energetiche, incentrate sull'utilizzo dei combustibili fossili, generano un danno ambientale che impedisce il pieno godimento dei diritti costituzionalmente garantiti (alla vita, alla libertà e alla proprietà).

---

50 *The Hague Court of Appeal, Civil Law Division, Ruling of 9 October 2018*. La Corte d'appello ha ritenuto che «*the State was failing to fulfil its duty of care pursuant to Articles 2 and 8 ECHR by not wanting to reduce emissions by at least 25% by the end of 2020*». Come la Corte distrettuale, i giudici d'appello hanno riconosciuto in capo allo Stato un dovere di attivarsi per la lotta ai cambiamenti climatici. La Corte d'Appello non ha condiviso, tuttavia, alcune statuizioni di primo grado: innanzitutto ha ritenuto Urgenda legittimata, dal punto di vista processuale, ad agire in giudizio contro lo Stato per pretendere l'adozione di misure di contrasto ai cambiamenti climatici, e ciò perché la norma di riferimento non è stata ravvisata nell'articolo 34 CEDU, bensì nell'articolo 3:305A del Codice civile olandese. Inoltre, in secondo grado, non è stata ribadita la discrezionalità, per lo Stato, di scegliere in che modo contrastare i cambiamenti climatici. Ulteriore differenza risiede nella circostanza che, in primo grado, non è stata riconosciuto un diritto soggettivo alla riduzione delle emissioni di gas serra, ma soltanto il dovere statale di tutelare la salute dei cittadini riducendo il tasso di emissioni. Al contrario, i giudici di secondo grado hanno riconosciuto tale diritto in favore dei cittadini.

51 *Olanda c. Urgenda Foundation*, 20 dicembre 2019 – *De Staat Der Nederlanden v. Stichting Urgenda*, in versione originale qui *https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2006.*

52 S. NESPOR, *I principi di Oslo: nuove prospettive per il contenzioso climatico*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 6/2015.

53 *Supreme Court of Washington*: S. *Foster v. Washington state department of ecology; The City of Yelm; and Washington Pollution Control Hearings Board, Respondent* (No. 90386–7). Il caso è stato deciso l'8 ottobre 2015. Per una lettura integrale del testo della decisione v.: https://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/2015/90386-7.html.

54 *United States district Court, District of Oregon, Case No. 6:15-cv-01517*. Allo stato, i giovanni querelanti sono in attesa di una pronuncia sulla richiesta da loro avanzata circa la possibilità di sollevare un relcamo modificato. Per leggere gli atti di casua v.: *http://climatecasechart.com/case/juliana-v-united-states/.*

Sulla scia dei casi *Urgenda* e *Juliana* ed in seguito all'importante incendio avutosi in Portogallo nel giugno del 2017, anche in Europa i giovani hanno iniziato a lamentare la lesione del diritto fondamentale ad un ambiente salubre. Addirittura, sette ragazzi aventi meno di diciotto anni, sostenuti dall'associazione britannica *Glan*, tra il 2017 ed il 2018 hanno annunciato la loro intenzione di promuovere un'azione dinnanzi alla Corte EDU contro gli Stati europei, per la violazione del diritto alla vita, attesa la loro giovane età, e del divieto di discriminazione di cui all'art 14 CEDU. Infatti, in quegli anni gli Stati non stavano dando particolare importanza al fenomeno del cambiamento climatico, nonostante avessero assunto formali impegni nella riduzione delle emissioni e dell'utilizzo dei combustibili fossili[55]. Tantissime altre sono le azioni presentate dai cittadini nei confronti del proprio Stato lamentando l'inadeguatezza dell'azione politica intrapresa in materia di cambiamento climatico. Tra tutte non si può non menzionare la causa francese denominata "*L'affaire du siècle*"[56] e quella tedesca decisa dal BVerfG il 28 aprile 2021[57], le quali saranno approfondite, per motivi di ordine sistematico, nelle pagine seguenti (v. paragrafi nn. 4- 5).

Rilevante è anche il caso *Greenpace v. Spain*[58] dove tre gruppi ambientalisti (*Greenpace* Spagna, *Oxfam Intermòn* e *Ecologistas en Acciòn*) fanno discendere dalla mancata approvazione entro dicembre 2019 di un piano nazionale per l'energia e il clima con obiettivi climatici per il 2030 e una strategia a lungo termine con obiettivi al 2050, la violazione del regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla *governance* europea dell'energia e l'azione del clima.

Nel *Friends of the earth Germany*, *association of solar supporters, and others v. Germany*[59] il gruppo ambientalista riporta di aver denunciato il governo tedesco per la violazione dei diritti fondamentali ricollegata al mancato raggiungimento degli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra e degli obiettivi UE 2020. Essa, inoltre, denuncia l'obbligo del governo di plasmare la propria politica climatica sulle attuali conoscenze scientifiche che vedono inadeguato l'obiettivo della riduzione delle emissioni di due gradi Celsius.

La causa *Friends of the Irish Enviroment v. Ireland* è stata incardinata dinnanzi alla *HighCourt,* da un gruppo di avvocati (*Friends of the Irish Enviroment*) per chiedere l'annullamento del *National Mitigation Plan* del 2017 per violazione *dell'Ireland climate action and law carbon development act* 2015 (*the act*), la Costituzione irlandese e gli obblighi previsti dalla Convenzione europea dei diritti umani, in particolare il diritto alla vita privata e familiare[60]. La questione è giunta davanti alla *Supreme Court* che il 31 luglio 2020, ribaltando la decisione di primo grado, ha accolto la richiesta del

55 K.A. GWIAZDON, *The state versus the environment,* in L. WESTRA, K. BOSSELMANN, J. GRAY, K.A. GWIAZDON, *Ecological integrity, Law and Governance,* Routledge, Londra, 2018.

56 La causa è stata intentata nel 2019 da quattro ong ambientaliste (*Notre Affaire à Tous*, *Fondazione Nicolas Hulot*, *Greenpeace Francia* e *Oxfam Francia*) contro lo Stato francese per le carenze nella lotta al riscaldamento globale.

57 *Leitsätze zum Beschluss des Ersten Senats vom* 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18 - - 1 BvR 78/20 – 1 BvR 96/20 - 1 BvR 288/20.

58 *Greenpeace V. Spain* [Rec. 2/265/2020].

59 *Friends of the Earth Germany, Association of Solar Supporters, and Others v. Germany* [64S/18 FH-sk].

gruppo di avvocati in quanto nel *Plan* non sono stati chiariti gli *step* attraverso i quali l'Irlanda raggiungerà l'obiettivo di neutralità climatica nel 2050. La Corte, però, ha rigettato la domanda di risarcimento dei danni (sulla base della costituzione e della Cedu) per mancanza di legittimazione attiva.

Tra le cause dirette nei confronti della Corte di giustizia europea, degno di nota è il caso *Armando Carvalho e a. v. Consiglio e Parlamento europeo and the Council* del 2018[61]. A quel tempo alcuni operatori del campo agricolo e del turismo, ritenuto non sufficientemente ambizioso l'obiettivo di riduzione delle emissioni al 40% assunto con l'accordo di Parigi, agivano in giudizio *ex* art. 263 del Trattato, perché il quadro per il clima e l'energia al 2030[62] fosse annullato e sostituito con un altro con percentuali di riduzione dei gas ad effetto serra compresa tra il 50 ed il 60% rispetto ai livelli del '90. Secondo gli attori l'inadeguata riduzione delle emissioni sarebbe lesiva dei diritti fondamentali alla salute, all'istruzione, all'occupazione e alla parità di trattamento, per cui è stato richiesto *ex* art. 340 TFUE anche il risarcimento del relativo danno. Tuttavia questa domanda è stata dichiarata inammissibile per la mancanza dei requisiti di accesso alla giustizia *ex* art. 263 del trattato[63], non ricorrendo né una lesione individuale[64] né un atto regolamentare[65]. Infatti, bisogna ricordare che, a seguito del trattato di Lisbona, che ha recepito la giurisprudenza consolidata sul punto, le domande di annullamento presentate da ricorrenti non privilegiati (ovvero da qualsiasi persona fisica o giuridica) ai sensi dell'art. 263 TFUE, sono ammissibili solo laddove si tratti o di un atto che li riguardi direttamente ed individualmente o di atti regolamentari che li riguardino direttamente e che non richiedano alcuna misura di esecuzione. Di conseguenza, data la mancanza del requisito dell'efficacia individuale dell'atto comunitario, i privati difficilmente possono attivare i meccanismi giudiziari di diritto europeo per essere tutelati dai fenomeni di ampia scala.

Un esito simile[66] ha avuto anche il caso EU *Biomass Plaintiffs v. European Union*[67]. L'azione intentata verso l'UE è volta a contestare il trattamento della biomassa forestale come combustibile rinnovabile nella direttiva 2018/2001/UE (c.d. RED II). Quest'ultima, infatti, ponendo l'obiettivo del 32% di consumo energetico da fonti rinnovabili entro il 2030, provocherà un'accelerazione del processo di devastazione

60 Sul caso è intervenuta anche la Corte di giustizia ex art. 267 TFUE. CGUE, 15 aprile 2021, causa C-470/19, *Friends of the Irish Environment Ltd.*

61 CGUE, 25 marzo 2021, causa C-565/19 P, *Armando Carvalho e a. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*.

62 Si tratta del quadro normativo costituito dalla direttiva 2018/410 concernente la modifica della disciplina per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra, e dai regolamenti 2018/841 e 2018/842, avente come obiettivo principale una riduzione almeno del 40% delle emissioni di gas a effetto serra rispetto ai livelli del 1990.

63 Ordinanza 8 maggio 2019, causa T-330/18.

64 In linea con l'accezione delineata dalla giurisprudenza *Plaumann* (cioè una *existence of genuine distinguishing feature* idonea a differenziare la posizione del ricorrente).

65 Nel caso di specie era stata seguita una procedura propriamente legislativa.

66 I giudici europei hanno respinto il ricorso per carenza di legittimazione attiva, mancando un interesse diretto e individuale dei ricorrenti.

67 CGUE, 14 gennaio 2021, causa C-297/20 P, EU *Biomass Plaintiffs v. European Union*.

diffusa delle foreste e aumenterà significativamente le emissioni di gas ad effetto serra (per la combustione dei combustibili legnosi).

Ha avuto esito positivo, invece, l'azione promossa dall'organizzazione non governativa ambientalista, *ClientEarth*, nei confronti della BEI, la banca europea per gli investimenti[68] che, nel 2018, aveva accettato di fornire un prestito di sessanta milioni di euro per la costruzione in Spagna di una centrale a biomassa, da cinquanta megawatt. Il 9 agosto 2018, l'associazione, non condividendo tale decisione per la sua scarsa utilità rispetto agli obiettivi di energia rinnovabile, ne chiedeva alla Bei la revisione interna. Quest'ultima, però, non veniva concessa in quanto ad avviso della Bei la sua decisione di finanziamento non era stata adottata sulla base della Convenzione Aarhus, e in ogni caso essa non era soggetta a revisione interna non trattandosi di un atto amministrativo. Il 27 gennaio 2021 il Tribunale dell'Unione europea ha accolto, tra le due tesi, quella sostenuta dalla *ClientEarth*.

Molto ambizioso, e anche per questo va ricordato, è l'obiettivo di sei giovani portoghesi che, nel settembre 2020, hanno agito davanti alla Corte europea dei diritti umani contro trentatré Paesi[69] che, non avendo adottato adeguate misure per contrastare il cambiamento climatico, sono stati accusati per avere violato gli artt. 2, 8 e 14 della CEDU, che riconoscono e tutelano il diritto alla vita, alla *privacy* e il diritto a non subire discriminazioni. Invero, i ricorrenti stante la loro giovane età sperimenteranno più a lungo gli effetti del cambiamento climatico.

L'insufficienza della politica messa in atto in contrasto ai cambiamenti climatici è stata contestata anche alla Presidenza del consiglio dei ministri, rappresentante lo Stato italiano. Il riferimento è al celebre caso denominato *Giudizio universale*[70], la prima azione civile di risarcimento dei danni avanzata nel nostro ordinamento[71]. In particolare l'azione è volta a far dichiarare la responsabilità, *ex* artt. 2043 e 2051 c.c., dello Stato italiano per la violazione del diritto umano al clima stabile e sicuro (artt. 2 e 32 Cost. e 6 TUE), per lo scarso impegno profuso nella politica ambientale. È stata richiesta anche la condanna ad abbattere le emissioni di gas ad effetto serra del 92% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990.

Un'azione molto simile a quella italiana del giudizio universale è stata avanzata nell'aprile 2021 contro il governo della Repubblica Ceca[72] da un gruppo di cittadini di quel Paese che lamentava la lesione del diritto alla vita, alla salute, all'ambiente oltre

68 CGUE, 27 gennaio 2021, causa T-79/19, *ClientEarth v European Investment Bank*.

69 Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Repubblica Ceca, Germania, Grecia, Danimarca Estonia, Finlandia, Francia, Croazia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lituania, Lussemburgo, Lettonia, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Romania, Repubblica Slovacca, Slovenia, Spagna, Svezia, Norvegia, Russia, Svizzera, Turchia, Ucraina, Regno Unito.

70 La causa è attualmente pendente dinnanzi al Tribunale di Roma, seconda sezione civile, N. R.G.: 39415/2021.

71 M. Di Pierri (a cura di), *La causa del secolo, la prima grande azione legale contro lo Stato per salvare l'Italia (e il pianeta) dalla catastrofe climatica*, *RoundRobin*, 2021.

72 In particolare l'azione è contro il Ministero dell'Ambiente, il Ministero dell'industria e del commercio, il Ministero dell'Agricoltura, il Ministero dei Trasporti e il Governo della Repubblica Ceca.

agli altri diritti garantiti dalla Costituzione Ceca, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dalla Convenzione europea dei diritti umani.

Queste sono state le principali azioni intentate avverso gli Stati. Poche, ma non per questo non meritevoli di nota, sono state le azioni intraprese contro le imprese. A scoraggiare tali azioni è stata sicuramente la mancanza di una solida base giuridica e scientifica su cui costruire l'azione stessa.

Pur non essendo un'azione contro un'impresa, in questa sede va menzionata anche la sentenza pronunciata nel caso *Massachusetts v. Environmental Protection Agency - EPA*[73]. Invero, in tale occasione la Suprema Corte Federale ha accolto il ricorso statale riconoscendo in capo all'Epa, in forza della sezione 202(a)(1) del *Clean Air Aact*[74], l'obbligo di determinare *standard* di emissione per le attività inquinanti. Da qui il proliferare di azioni di risarcimento dei danni contro le imprese che non si sono attenute ai suddetti *standard*. Tuttavia, l'esito dei casi è stato sempre negativo: le azioni sono state dichiarate irricevibili per violazione del principio di separazione dei poteri, avendo il legislatore già esercitato il potere legislativo con il *Clean Air Act*.

Significativo è il caso *California v. General Motors et al*[75], ma anche in tal caso l'azione di risarcimento dei danni è stata dichiarata irricevibile trattandosi di valutazioni di politica ambientale che, per il principio di separazione dei poteri, spetta al legislatore.

Guardando oltre l'esperienza dei pionieri Usa, la prima azione giudiziaria intrapresa contro le imprese[76], risale al non lontano 2015 allorquando, sulla base della Carta di Oslo[77], i rappresentanti delle Filippine, delle isole Figi, del Vanuatu, del Kribati, del Tuvalu e delle isole Salomone hanno sottoscritto la dichiarazione per la giustizia climatica, con cui hanno annunciato di voler promuovere un'azione legale contro le principali società petrolifere responsabili di aver messo a rischio la propria sopravvivenza e quella dei loro rappresentati. L'azione era costruita sulla base del principio di precauzione, in forza del quale le imprese sono tenute ad adempiere precisi obblighi di informazione del pubblico e a verificare *ex ante* gli impatti provocati dalla propria attività[78].

---

73 540 U.S. 497.

74 Il *Clean Air Act* è la principale legge federale sulla qualità dell'aria degli Stati Uniti, intesa a ridurre e controllare l'inquinamento atmosferico a livello nazionale. Essa è stata emanata nel 1963 e, poi, è stata modificata più volte da allora, è una delle prime e più influenti leggi ambientali moderne degli Stati Uniti. Il *Clean Air Act* è amministrato dalla EPA, in coordinamento con i governi statali, locali e tribali.

75 C06-05755 MJJ (2007).

76 Come ricordato da S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 2016.

77 Con la Carta di Oslo, giuristi di vari paesi hanno analizzato la possibilità di individuare una eventuale base giuridica per le iniziative legali da avviarsi nei confronti dei governi e delle imprese potenzialmente responsabili del cambiamento climatico.

78 Si pensi ai seguenti articoli della carta di Oslo: art. 28 (in caso di imprese esercenti attività di produzione di combustibili fossili, esse dovrebbero «valutare l'impatto che eventuali futuri limiti all'uso o all'estrazione di combustibili fossili, in conformità, fra gli altri, al principio del bilancio globale del carbonio elaborato dal Gruppo Intergovernativo sul Cambiamento Climatico, potrebbero comportare per la loro situazione finanziaria», rivelando le relative informazioni «agli investitori, alle

Come dimostrano le recenti pronunce che hanno riconosciuto la responsabilità delle imprese per non aver posto in essere le misure preventive prescritte[79], la Carta di Oslo rappresenta un documento fondamentale nel dibattito sul *climate change litigation*.

Nel 2017, anche gli enti locali della costa californiana hanno agito in giudizio contro importanti compagnie del luogo, per ottenere il risarcimento dei danni causati dal cambiamento climatico, come l'innalzamento del livello del mare[80]. Nel 2018 poi, la Corte distrettuale della California si è pronunciata nel giudizio instaurato dalla città di Oakland contro alcune società petrolifere[81]. Ma la domanda è stata respinta, sottolineando la necessità di un intervento del legislatore in materia.

Nella causa *Lliuya v. Rwe*[82] un contadino peruviano con l'aiuto dell'associazione ambientalista tedesca del *Germanwatch*, ha convenuto l'impresa tedesca RWE, ai sensi del § 1004 BGB, per il risarcimento dei danni derivanti dal costo delle fortificazioni necessarie per proteggere il diritto di proprietà sulla sua casa sita in Huarazm (Perù), dallo scioglimento del lago di ghiaccio Palcacocha. Tuttavia la domanda è stata respinta in primo grado, perché indeterminata e non essendo provato il nesso di causalità[83].

---

autorità di vigilanza e al pubblico»); art. 29 («Prima di impegnarsi in piani che prevedano la costruzione di nuove strutture di grandi dimensioni, le imprese devono compiere una valutazione del potenziale impatto ambientale delle stesse. Tale valutazione deve includere un'analisi dell'impronta di carbonio della struttura, delle possibili misure per ridurla e dei possibili effetti dei cambiamenti climatici futuri sulla struttura») e art. 30 (volto a fornire precise indicazioni altresì alle imprese del settore bancario e finanziario, le quali «devono tenere in considerazione gli effetti, in termini di emissioni di gas ad effetto serra, di ciascun progetto relativamente al quale stanno valutando un finanziamento»).

79 Il riferimento è, in particolare, al caso Shell ma interessante è anche la questione sorta in Francia contro la Total.

80 Le autorità pubbliche, al fine di dimostrare come le società convenute fossero pienamente consapevoli dell'impatto della loro condotta sull'ambiente, richiamano una serie di documenti diffusi principalmente da comitati scientifici (anche se non mancano studi commissionati privatamente dalle società stesse). In ordine cronologico, il primo di detti documenti è rappresentato dal *paper* intitolato ‹‹*Restoring the quality of our environment*›› redatto da Lyndon Johnson (presidente al tempo del *Science Advisory Committee*) nel 1965, il quale evidenziava che ‹‹*pollutants have altered on a global scale the carbon dioxide content of the air*››, concludendo che già entro il 2000 si sarebbero potute registrare ‹‹*measurable and perhaps marked changes in climate, and will almost certainly cause significant changes in the temperature and other properties of the stratosphere*››.

81 Come sottolineato da A.R. DI LANDRO, *La responsabilità per l'attività esercitata nei settori dell'ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela,* Giappichelli, Torino, 2018, l'azione di *public nuisance* rappresenta una azione «al confine tra diritto penale e diritto civile, che pare utilizzabile anche per contrastare attività autorizzate ... Tale procedimento ha natura ibrida, avendo primariamente ad oggetto un fatto di reato, caratterizzato da profili di offensività sovra-individuale, e perseguibile da parte dell'autorità pubblica».

82 *Lliuya v. RWE* [Case No. 2 O 285/15 Essen Regional Court].

83 Indeterminata, non essendo determinata la quota di emissioni dell'impresa. Inoltre, è stato ritenuto impossibile provare che fosse stata proprio l'attività di emissione della Rwe a causare lo specifico danno di distruzione della casa, pure riconducibile, sul piano fattuale, allo scioglimento del ghiaccio quale conseguenza del cambiamento climatico.

Non meno importante è il caso *Shell v. Delta del Niger*[84] in cui si è discusso della delicata questione sorta sull'addebitabilità alla capogruppo della responsabilità per i danni causati all'estero dalle società da essa controllate. In particolare, alcuni cittadini nigeriani e la *Milieudefensie*, un'associazione ambientalista olandese, avevano citato in giudizio, davanti al tribunale dell'AIA, la controllata *Shell Petroleum Development Company of Nigeria* e la capogruppo *Royal Dutch Shell*, affinché fossero entrambe condannate alla bonifica dei luoghi ed al risarcimento dei danni che avevano causato con lo sversamento nel suolo e nelle acque di un'ingente quantità di petrolio. Nelle pronunce che ne sono seguite, è stato affermato per la prima volta il principio per cui è possibile convenire la società capogruppo[85] di fronte al suo giudice nazionale, per i danni ambientali verificatisi all'estero a causa dell'attività della controllata. Inoltre, l'autorità adita ha riconosciuto la legittimazione ad agire dell'associazione ambientalista per la tutela dell'interesse diffuso alla protezione dell'ambiente[86]. Tuttavia, è da precisare che la Corte d'appello dell'Aia (*Gerechtshof*) con la pronuncia del 29 gennaio 2021, non ha ricollegato la responsabilità della capogruppo alla posizione di autorità e di controllo da essa ricoperta, ma alle specifiche azioni poste in essere e dunque al coinvolgimento attivo della stessa. Inoltre, bisogna rilevare che le conclusioni dei giudici sono fondate sul diritto nigeriano ed in particolare sulle disposizioni che regolano la posizione dei titolari delle licenze estrattive e su fatti specifici. Pertanto, non è da escludere che in futuro casi simili, in ordinamenti diversi, saranno considerati in maniera diversa[87].

In connessione a tale tematica va ricordato il caso *Vedanta Resources Plc and another v. Lungowe and other*[88] dell'aprile 2019. Ad avviso della Corte suprema inglese per

84 Il riferimento è alla sentenza del 26 maggio 2021 del Tribunale distrettuale dell'Aia, sezione commercio e imprese. Per un commento v.: E. NAPOLETANO, S. SPINELLI, *Il caso Royal Dutch Shell. La Corte olandese impone il taglio del 45% delle emissioni di CO2 al 2030: abuso di diritto o rispetto degli accordi internazionali?*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2021, pp. 7-8.

85 Per un approfondimento della responsabilità per danno ambientale in Europa v.: M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, pp. 269 ss.; B. POZZO, *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, Milano Giuffrè, 2005; I.D., *La responsabilità civile per danno ambientale*, in *Codice dell'ambiente*, a cura di NESPOR e DE CESARIS, Giuffrè, Milano, 2003, p. 265. Quanto alla responsabilità ambientale delle imprese v.: B. POZZO, *La responsabilità delle imprese in campo ambientale, Milano*, IPA, 1997; G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo. Considerazioni a margine del confronto fra legislazione francese e italiana*, in *Riv. it. sc. giur*., 10/2019, pp. 545-580; M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, pp. 174-181. Sul punto è interessante anche l'ordinanza n. 1573 del 22 gennaio 2019 della Corte di cassazione con nota di V. CORRIERO, *Diritto di rivalsa e obbligazioni parziarie risarcitorie nel sistema italo-europeo di responsabilità ambientale*, in *Rass. dir. civ*. n. 1/2021, pp. 342-369 e in particolare p. 367.

86 A livello nazionale, invero, l'unico limite che i soggetti collettivi potrebbero incontrare, oltre a quelli stabiliti dalla giurisprudenza, consiste nell'impossibilità di far valere il danno ambientale di natura pubblica, la cui tutela spetta esclusivamente al Ministero dell'Ambiente (oggi Ministero della Transazione Ecologica). Sul tema del risarcimento del danno ambientale v. nota n. 86. PULEIO G., *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico*, in *Persona e Mercato* 2021/3, pp. 469 ss..

87 Questo, quanto ai Paesi membri dell'Ue, fintanto che non sarà resa definitiva la proposta di direttiva che riconosce il *parental duty of care*, un dovere di vigilanza della capogruppo.

88 *Lungowe v. Vedanta Resources plc [2019] UKSC 20.*

individuare il giudice competente per il risarcimento dei danni ambientali prodotti dalla controllata[89] si deve avere riguardo al luogo in cui ha sede la società capogruppo[90]. Si badi però, che il criterio di riparto della giurisdizione inglese non va rinvenuto solamente nel controllo che la capogruppo deve esercitare sulla controllata e sulla violazione del *duty of care*; alla base della scelta del 2019 ci sono ragioni di giustizia sostanziale, di tutela del diritto di difesa[91].

Ripercorsa la principale casistica, è possibile fare qualche considerazione in merito alla validità dello strumento della responsabilità civile per la riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra.

4. Sulla configurabilità di una responsabilità civile per danno da cambiamento climatico.

Al danno da cambiamento climatico non si applica la disciplina del danno ambientale. Invero, quest'ultimo, in conformità alla direttiva 2004/35/CE, consiste nel deterioramento di specie e di habitat naturali protetti dalla normativa nazionale e comunitaria, di acque interne, di acque costiere e del terreno.

Fatta questa preliminare precisazione, è possibile soffermarsi alla risarcibilità del danno alla salute, alla libertà e alla vita derivante dal cambiamento climatico, con l'avvertimento che la strada per il suo conseguimento risulta particolarmente impervia. Difficoltà si riscontrano nella prova del nesso di causalità tra condotta dei convenuti e danno lamentato e nella ripartizione della giurisdizione. Invero, in materia non vige un principio di prossimità territoriale. Per i casi interni all'Unione europea la giurisdizione è individuata attraverso il principio *actor sequitur forum rei*, così come sancito dall'art. 4 del regolamento 2012/1215/UE[92]. Questo criterio trova applicazione anche nel caso di controversie che presentino criteri di collegamento tra uno Stato membro e Islanda, Norvegia e Svizzera[93].

Però, l'art. 4 va coordinato con il disposto degli artt. 63 e 7 dello stesso regolamento. Il primo, infatti, individua il domicilio della società (o altro ente) nel luogo in cui si trova la sede indicata nello statuto, l'organo amministrativo centrale o il suo centro d'attività principale. L'art 7, invece, prevede, in materia di illeciti civili dolosi o colposi, la competenza speciale davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire e, per il principio di ubiquità

89 Per un approfondimento della responsabilità sociale v. nota n. 86.

90 Cittadini zambiani avevano adito i tribunali inglesi (UK è la sede legale della società capogruppo, Vedanta) denunciando emissioni tossiche provenienti dalla miniera di rame di Nchanga, di proprietà e gestita dalla controllata di Vedanta, Konkola Copper Mines plc (KCM).

91 Sebbene lo Zambia fosse il luogo appropriato per la controversia, vi era il rischio reale che non vi si sarebbe potuta ottenere una giustizia sostanziale a causa dell'impossibilità pratica di finanziamento e dell'indisponibilità di un'adeguata rappresentanza legale.

92 Reg. 2012/1215/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

93 È quanto previsto dalla Convenzione di Lugano, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. V. Gazzetta ufficiale dell'UE, L. 147/5.

elaborato dalla giurisprudenza europea, anche del luogo in cui si è verificato il fatto dannoso che ha causato l'evento[94]. Tutto questo ci mostra quanto sia alto il rischio che la Corte sia accuratamente scelta dagli attori (c.d. *forum shopping*) che vogliano intraprendere azione risarcitorie avverso le imprese europee[95].

A ciò si aggiunga che, escluse alcune residuali ipotesi, come quella dei residenti in zone di *hot spot* climatico[96], è molto difficile fornire la prova del nesso di causalità tra condotta dei convenuti e danno lamentato[97], per l'elevato numero di soggetti che emettono gas ad effetto serra e per la circostanza, non meno importante della precedente, per cui gli eventi di danno legati al cambiamento climatico (uragani, infezioni, zoonosi, siccità, scioglimento dei ghiacciai, etc.) sono dovuti anche a cause naturali. E i nessi di causalità naturali, quelli cioè che determinano l'equilibrio dell'ecosistema, non sono generalmente di tipo meccanico ma di tipo fluido; il che comporta un salto in una dimensione di complessità ben maggiore[98]. Nel caso, non raro, di immissioni cumulate ci si troverà di fronte del problema di determinare quale sia la percentuale addebitabile di ogni inquinatore. Ulteriori difficoltà, poi, si riscontrano nel caso, ad esempio, delle piogge acide ove i risultati dell'inquinamento si riverberano a notevole distanza dal luogo in cui è avvenuta la fuoriuscita della sostanza inquinante, con conseguente difficoltà di individuare i colpevoli[99].

Né si può pensare di ovviare all'inadeguatezza dei criteri tradizionalmente elaborati dai diversi sistemi in materia di cause alternative e di concorso di cause[100], o con le soluzioni proposte per i *mass torts*, quali, ad esempio, la presunzione di solidarietà di tutti i convenuti nel caso di danni da amianto; o il sistema di quote di mercato ideato per i danni da dietilstilbestrolo.

Tutti questi *escamotage* non sono applicabili nel caso del cambiamento climatico, dove ogni emissione contribuisce a un unico processo globale che causa tutti i danni, e non è possibile identificare con certezza il momento iniziale del ciclo antropogenico dei gas ad effetto serra da cui deriva l'evento danno (globale). La difficile prova del

94 Corte di giustizia, 30 novembre 1976, C-21/76, *Bier v Mines de Potasse*, ECLI:UE:C:1976:166; Corte di giustizia, 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill v Press Alliance SA*, ECLI:UE:C:1995:61; Corte di giustizia, 1 ottobre 2002, C-167/00, *Verein für konsumenteninformation v Henkel*, ECLI:UE:2002:555; Corte di giustizia, 16 luglio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie v Philippo's Mineralenfabriek*, ECLI:UE:C:2009:475.

95 U. MAGNUS, *Injunctive Relief against Climate Change*, in J. SPIER – U. MAGNUS (eds), *Climate Change Remedies*, 2014, 121, pp. 135 ss, in particolare p. 137 ss.

96 Si tratta delle aree dell'Unione europea più esposte al rischio di cambiamenti climatico antropogenico e naturale dove si devono affrontare costi infrastrutturali per realizzare misure di adattamento volte a mitigare gli effetti negativi del cambiamento climatico.

97 Secondo le regole della responsabilità extracontrattuale, perché l'emissione sia considerata fatto illecito causalmente connesso all'evento dannoso, l'attore dovrà provare che l'emissione di gas serra ha più che raddoppiato il rischio di verificazione del danno.

98 B. POZZO, *Il danno ambientale*, Giuffrè, 1998, pp. 163-164 (cit.).

99 S. DI PAOLA, *La minaccia viene dal cielo: le piogge acide e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in Q, pp. 322-361.

100 Per un approfondimento dei criteri elaborati dai Paesi europei v.: C. VAN DAM, *Causation, European Tort Law*, *Oxford University Press*, 2013, p. 266 ss.

nesso causale limita l'accesso anche ad un'azione inibitoria cautelare a tutela dei fondamentali diritti alla vita, alla salute e alla libertà[101].

La casistica sopra riportata mostra come destinatari dell'azione risarcitoria possano essere le imprese emettitrici di gas serra, ma anche gli Stati o le istituzioni comunitarie per la propria politica ambientale.

All'art. 340 TFUE è prevista un'azione di responsabilità extracontrattuale, fondata sui principi comuni delle diverse tradizioni giuridiche europee, per i danni cagionati dalle istituzioni o dagli agenti nell'esercizio delle proprie funzioni. L'azione è subordinata all'illiceità della condotta addebitata, alla sussistenza effettiva del danno e alla presenza del nesso di causalità, tra questo comportamento e il danno lamentato[102].

L'esperibilità di tale azione non può essere messa in discussione dagli scarsi risultati conseguiti. Il fallimento delle azioni di annullamento degli atti legislativi europei e di risarcimento dei danni da cambiamento climatico presentati dinnanzi alla Corte di giustizia europea, va ricollegato principalmente al mancato rispetto dei presupposti *ex* art. 263, all'errata individuazione del diritto fondamentale violato dagli atti legislativi in materia e degli *standards* per valutare la rigorosità di un pacchetto legislativo e la sua adeguatezza al raggiungimento degli obiettivi di tutela di diritti e principi costituzionali.

Al riguardo la Corte di giustizia ha precisato che la domanda *ex* 340 TFUE è autonoma e che la dichiarazione di irricevibilità della domanda di annullamento non rende automaticamente irricevibile anche l'azione di risarcimento dei danni[103]. Tuttavia al fine di non eludere l'irricevibilità del ricorso per annullamento, il ricorso per risarcimento dei danni deve essere dichiarato irricevibile quando mira effettivamente ad ottenere la revoca di una decisione individuale divenuta definitiva (poiché se accolta annullerebbe gli effetti giuridici di tale decisione).

Allora, il cuore della questione sta nell'individuare l'interesse che possa essere considerato immediato e diretto. Sul punto si è pronunciato di recente il BVerfG[104] nel caso *Neubauer et al. V. Germany*[105]. La Corte costituzionale tedesca ha indicato quali diritti fondamentali potrebbero essere lesi dalle singole disposizioni della KSG[106] e ha rilasciato considerazioni degne di nota sulla ripartizione delle competenze legislative tra Unione e Stati. In particolare, ad avviso dei giudici, il fatto che le disposizioni

101 U. MAGNUS, *Injunctive Relief against Climate Change*, in J. SPIER – U. MAGNUS (eds), *Climate Change Renedies*, 2013, *Sun Press*, pp. 137 ss.

102 CGUE, 9 settembre 1999, causa C-257/98 P, *Lucaccioni/Commissione*, Racc. pag. I-5251, punto 11; CGUE, 29 aprile 2004, cause riunite C-162/01 P e C-163/01 P, *Buoma e Beusmans/Consiglio e Commissione*, Racc. pag. I-4509, punto 43; CGUE, 25 marzo 2010, causa C-414/08, *Sviluppo Italia Basilicata/Commissione*, punto 138.

103 CGUE, 5 settembre 2019, cause riunite C-447/17 P e C-479/17 P, *Unione Europea v. Guardian Europe* e *Guardian Europe v. Ue.*

104 *Neubauer, et al. v. Germany. Leitsätze zum Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021*- 1 BvR 2656/18- 1BvR 78/20 – 1 BvR 96/20 – 1 BvR 288/20.

105 *Neubauer, et al. v. Germany. Leitsätze zum Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021* - 1 BvR 78/20 - 1 BvR 96/20 - 1 BvR 288/20.

106 *Bundes-Klimaschutzgesetz*, la legge federale del 12 dicembre 2019, che detta le misure volte alla protezione del clima.

nazionali di cui si chieda l'annullamento siano in parte attuazione del pacchetto legislativo emanato dall'Ue, non preclude l'ammissibilità di ricorsi costituzionali[107].

Nel merito la Corte ha ritenuto che l'eccessiva generosità delle disposizioni impugnate nel fissare le quote di emissioni consentite fino al 2030, viola gli obblighi di protezione dei diritti fondamentali ai sensi dell'art. 2.2 frase 1 e dell'art. 14.1 GG. In particolare l'art. 2.2 frase 1 GG impone agli Stati un obbligo di protezione, di natura oggettiva, della vita e dell'integrità fisica, che si estende anche alla tutela contro i danni per la lesione dei diritti fondamentali provocati dall'inquinamento ambientale, indipendentemente da chi e da quali circostanze essi siano minacciati[108]. Ad essere protette non sono solamente le persone che vivono oggi, ma anche le generazioni future poiché il legislatore deve programmare in maniera lungimirante le riduzioni delle emissioni, così che i vincoli alle libertà fondamentali che ne conseguono continuino ad essere ragionevoli. Da qui la decisione dei giudicanti di considerare non sufficiente la semplice previsione di un obbligo per il governo federale di fissare annualmente livelli di emissioni decrescenti (art. 4 paragrafo 6, frase 1 KSG).

La riflessione della Corte tedesca ci spinge a pensare che si potrebbe tentare la via del ricorso per annullamento *ex* art. 263 TFUE, individuando nelle generazioni future i soggetti che hanno quell'interesse immediato e diretto. Invero, gli artt. 191-193 TFUE, nel definire il concetto di sviluppo sostenibile, consentono di ritenere le nuove generazioni i principali destinatari degli atti legislativi in materia di cambiamento climatico[109].

Quanto, poi, al caso specifico dell'ordinamento italiano bisogna ricordare che, in linea con la normativa europea[110], con la L. Cost. 1/2022 dell'8 febbraio 2022 sono stati modificati gli artt. 9 e 41 Cost. al fine di inserire la tutela dell'ambiente tra i princìpi fondamentali dell'ordinamento. In particolare ad essere tutelati sono «l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni»,[111] accanto alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico e degli animali[112]. Con la modifica dell'art. 41 Cost., invece, il legislatore ha sottolineato che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in danno della salute e dell'ambiente e al contempo ha riservato alla legge la possibilità di indirizzare e coordinare l'attività economica, sia pubblica che privata, ai fini sociali ed ambientali. Questo testimonia l'abbandono di una prospettiva antropocentrica dei principi

107 *BVerfGe 152 <168 Rn. 39> m. w. N. – Recht auf Vergessen I*. Nello stesso senso v. CGUE, sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*.

108 Va precisato che l'art. 20 a GG non tutela un diritto soggettivo alla vita. Dal coordinamento di tale norma con quella dell'art. 1.1. GG, però, si evince un diritto al livello minimo di sussistenza ecologico.

109 Il danno è rappresentato dalla violazione del principio di razionalità nella distribuzione del *budget* di emissioni. Più precisamente considerato l'obiettivo dell'Eu della neutralità climatica al 2050, il danno è pari alla differenza tra emissioni concesse nel periodo 2020-2030 ed emissioni concesse nel periodo 2030-2050.

110 L'ambiente è tutelato dall'art. 37 della Carta di Nizza. Mentre all'art. 191 del TFUE è definita la politica ambientale comunitaria.

111 Così dispone il terzo comma dell'art. 9 Cost. riformato.

112 Le forme ed i modi di tutela degli animali è stata riservata alla legge statale.

fondamentali della Costituzione e il riconoscimento dell'ambiente come valore primario e sistemico.

Tuttavia, come detto in premessa, il danno ambientale non va confuso con il danno che i privati possono avere subito alla salute, alla vita e alla libertà per l'effetto della condotta inquinante che ha generato il cambiamento climatico e delle restrizioni predisposte per la riduzione delle emissioni di gas serra nell'atmosfera.

Nell'ordinamento italiano non è riconosciuta la possibilità di un ricorso diretto alla Corte costituzionale, ma la questione di legittimità costituzionale va sollevata dal giudice ordinario. I privati, come detto chiaramente dalla Corte di Cassazione, ben possono agire per la tutela di diritti patrimoniali o personali compromessi dal degrado ambientale[113].

Sempre la Corte di Cassazione ha chiarito che la salute fisica è un diritto soggettivo «che l'ordinamento protegge specificatamente da immissioni pericolose e moleste (art. 844 c.c.) e se del caso mediante la norma dell'art. 2043 c.c. contro le lesioni che vengono ad essa arrecate mediante un comportamento doloso o colposo di altri»[114]. Ciò anche laddove sia la PA a svolgere un'attività immettente o questa sia stata oggetto di un'autorizzazione amministrativa[115]. Oltre agli artt. 844[116] e 2043 c.c.,

113 Cass. civ, 25 gennaio 1989 n. 440: «se lo Stato accentra in sè, nella veste di massimo ente esponenziale della collettività nazionale, la titolarità del ristoro del danno all'ambiente, ciò non priva certamente altri soggetti della legittimazione diretta e rivolgersi al giudice per la tutela di altri diritti, patrimoniali o personali, compromessi dal degrado ambientale».

114 Cass. Sez. Un., 9 aprile 1973, n. 999. FI, 1974, I, 843.

115 Cass. 10 dicembre 1984, n. 6476, GI, 1985 I, 1, 708, con nota di Amato; GC, 1985, I, 1398, con nota di Paradiso; RCP, 1985, 649.

116 Tra le tante v.: Cass., Sez. II, 2 novembre 2018, n. 28893; Cass. Sez. II, 02 agosto 2016, n. 16074; Cass. Sez. II, 17 gennaio 2011, n. 939; Cass. Sez. II, 25 gennaio 2006, n. 1418. Sul punto va menzionata la recente sentenza n. 6906 del 11 marzo 2019 con cui la della Corte di Cassazione ha precisato, tra l'altro, che «L'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa di cui all'art. 844 c.c. impone al giudice di considerare prevalente la tutela della qualità della vita e della salute, nel contemperamento delle esigenze della produzione con le ragioni della proprietà, indipendentemente dalla priorità di un determinato uso». Per un commento v.: M.S. CENINI, *Intollerabilità delle immissioni e"nuovi"diritti*, in *RGA online*, 12 aprile 2019.
Si noti che oggi non si dubita del collegamento del diritto alla salute con l'art. 844 c.c.. Ciò in linea con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, in applicazione del diritto previsto dall'art. 8 al rispetto della vita privata e familiare, ha decretato in varie occasioni che la violazione può consistere anche i pregiudizi provocati da rumori, emissioni, odori e altre ingerenze in quanto capaci di nuocere alla vita privata e familiare del singolo (Corte EDU, sentenza 9 dicembre 2004, causa *Lopez Ostra v. Spagn*a, ric. 16798/90; *Guerra v. Italia*, sentenza 17 febbraio 1998, ric. 14967/89; *Deès v. Ungheria*, sentenza 9 novembre 2010, ric. 2354/06; *Surugiu v. Romania*, sentenza 20 aprile 2004, ric. 48995/99). Nel caso riguardante le immissioni sonore derivanti dall'aeroporto di Heathrow, la Corte invece ha escluso la violazione dell'art. 8 (v. *Powell e Rayner v. United Kingdom*, sentenza 21.2.1990). Va ricordata anche la recentissima la sentenza con cui la Corte EDU (sentenza *Cordella e altri v. Italia*, 24 gennaio 2019, ric. 54414/13 e 54264/15), sulla base della violazione degli artt. 8 e 13, ha condannato lo Stato italiano nell'ambito di un procedimento in cui i ricorrenti denunciavano danni derivati dagli effetti delle emissioni nocive dell'Ilva di Taranto e la mancanza di rimedi interni effettivi. Per un commento alla sentenza Cordella, si rimanda al contributo di S. MARINO, *L'omissione dello Stato a proteggere gli individui da emissioni inquinanti: riflessioni sulla portata dell'art. 8 e dell'art. 13 CEDU nel diritto ambientale*, in *Riv. Giur. Amb.*, in corso di pubblicazione.

vanno altresì ricordati gli artt. 2050 (in quanto esercizio di attività pericolose), 2051 (in quanto lo Stato è custode del proprio territorio) e 2058 c.c. in tema di responsabilità extracontrattuale.

Può essere esperita una tutela in via cautelare *ex* art. 700 c.p.c. laddove vi sia fondato motivo che, nelle more del processo, il proprio diritto subisca un danno imminente e irreparabile. Ben possono essere esperite azioni inibitorie, provvisorie o finali[117]. E un ruolo chiave è svolto dall'art. 840 *bis* c.p.c. con cui è stata introdotta l'azione di classe per la tutela di diritti individuali e omogenei[118]. Resta anche la possibilità di far dichiarare la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea[119] ai sensi della celebre pronuncia a definizione del caso *Francovich*[120]. Restano, però, i problemi della prova del nesso di causalità.

Degna di nota è, anche, la sentenza con cui le sezioni unite della Corte di cassazione[121] hanno sdoganato la delibazione delle sentenze straniere che comminano risarcimenti punitivi, laddove siano fondate su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i suoi limiti quantitativi. Invero, ha precisato l'organo giudicante, la responsabilità civile non ha solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subìto la lesione, ma persegue altresì la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria.

Il tema del nesso di causalità, dunque, non è tema che può essere trattato disgiuntamente da quello degli scopi che ci si promette di raggiungere con la responsabilità civile in questo settore, poiché la scelta di una regola causale piuttosto che di un'altra viene ad incidere direttamente sulle modalità e sui livelli di svolgimento di una determinata attività, ampliando o restringendo l'area dei rischi

117 Queste, ammesse da lungo tempo per la difesa di situazioni patrimoniali, debbono a maggior ragione ritenersi ammissibili per la difesa del diritto fondamentale della salute. M. COMPORTI, *Tutela dell'ambiente e tutela della salute*, IN RGA, 1990, pp. 212; T. MONTECCHIARI, *La tutela dell'ambiente e l'art. 844 c.c.: divieto di immissioni e attività inquinanti*, 1996, p. 249.

118 La L. 12 aprile 2019, n. 31, come modificata dal D.L. 30 dicembre 2019, n. 162, aveva precedentemente disposto (con l'art. 7, comma 1) che le disposizioni di cui al presente articolo entravano in vigore il 19/10/2020. La L. 12 aprile 2019, n. 31, come modificata dal D.L. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito con modificazioni dalla L. 28 febbraio 2020, n. 8, ha successivamente disposto (con l'art. 7, comma 1) che le disposizioni di cui al presente articolo entrano in vigore il 19/11/2020. La L. 12 aprile 2019, n. 31, come modificata dal D.L. 9 novembre 2020, n. 149, ha disposto (con l'art. 7, comma 1) che le disposizioni di cui al presente articolo entrano in vigore il 19/05/2021. L'aggiornamento in calce, disposto dall'art. 7, comma 1, della L. 12 aprile 2019, n. 31, come modificata dal D.L. 9 novembre 2020, n. 149, ha perso efficacia a seguito dell'abrogazione del su indicato D.L. 9 novembre 2020, n. 149, ad opera della L. 18 dicembre 2020, n. 176, la quale ne ha contestualmente fatti salvi gli effetti. La L. 12 aprile 2019, n. 31, come modificata dal D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176, ha disposto (con l'art. 7, comma 1) che le disposizioni di cui al presente articolo entrano in vigore il 19/05/2021.

119 A tal fine è necessario che sussistano tre condizioni: a) la lesione dei diritti riconosciuti ai singoli; b) la violazione sufficientemente qualificata; c) il nesso di causalità. V.: G. PULEIO, *La responsabilità civile dello Stato*, in E. NAVARETTA, *Codice della Responsabilità*, Giuffrè. 2021, pp. 2771 ss.

120 Corte giust., sentenza, 19 novembre 1991, cause riunite C 6/90 e C 9/90.

121 Cass. civ. Sez. Unite, 05-07-2017, n. 16601, con nota di: LA TORRE in *Danno e Resp.*, 2017, 4, 419; CONSOLO in *Corriere Giur.*, 2017, 8-9, 1042; DI MAJO in *Giur. It.*, 2017, 8-9, 1787; GRONDONA in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 10, 1399; FERRARI in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, 4-5, 1356.

che possono essere imputati ad un operatore, non diversamente da quanto avviene con la scelta di un determinato tipo o regime di responsabilità[122].

La questione resta molto delicata. La tutela intergenerazionale dei diritti e delle libertà fondamentali non è facilmente perseguibile: ogni libertà fondamentale è potenzialmente interessata dal cambiamento climatico, e quasi tutte le condotte umane presuppongono l'emissione di gas ad effetto serra, tanto che non è possibile stabile con certezza chi produce il danno e chi lo subisce[123] (da qui la struttura necessariamente collettiva della responsabilità).

Tutte queste difficoltà (e il caso *Kivalina* è esemplare in tal senso[124]) hanno contribuito all'innescarsi di quella tendenza a preferire - al rimedio individuale di risarcimento del danno - un sistema volto a scoraggiare *ex ante* una condotta socialmente indesiderabile, che valorizzi la funzione meramente deterrente, di internalizzazione dei costi delle esternalità negative, svolta dalla responsabilità extra-contrattuale.

Lo strumento della responsabilità civile non solo pone il problema (quanto agli ordinamenti di *civil law*) della trasformazione dei criteri della responsabilità extracontrattuale (che non può essere argomentata in una prospettiva *de iure condito*), ma non consente nemmeno di raggiungere risultati soddisfacenti[125]. Considerare le emissioni fatti illeciti produttivi di un'obbligazione risarcitoria significa rinunciare ai sistemi di *cap and trade*[126], messi in atto per ridurre le emissioni di gas ad effetto serra nell'atmosfera, e che stanno portando a risultati soddisfacenti[127].

---

122 R. SIMONE, *Nesso di causalità e "danno esistenziale"*, in FI, I, 459-463 (*cit.*).

123 M. MELI, *Piove! Governo ladro. Cambiamenti climatici e nuove istanze di tutela*, in TCRS, 2020, pp. 87 ss., in particolare pag. 95; C. CONSOLO, *Il rischio da "ignoto tecnologico": un campo arduo – fra lecito e illecito – per la tutela cautelare e inibitoria*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2003, pp. 599 ss.

124 È il caso *Native Village of Kivalina et al v. ExxonMobil et al* – No 4:09-cv-01138-SBA (2012). Kivalina, un comune di circa quattrocento eschimesi Inupiant, ha agito in giudizio contro ventiquattro compagnie petrolifere, energetiche e di servizi (tutte *Carbon Majors*) chiedendo il risarcimento del danno subito a causa della necessità trasferire la città a seguito dello scioglimento del ghiaccio marino artico. Il caso è particolarmente interessante perché per la prima volta si cerca di inquadrare l'azione civile per i danni dovuti da cambiamento climatico nel paradigma tradizionale della responsabilità extracontrattuale: il diritto leso è quello di proprietà, mentre i danni sono calcolati facendo una stima approssimativa dei costi necessari per il trasferimento dell'intero villaggio. Siffatti danni sono facilmente ricollegabili alle condotte delle convenute, tutte imprese enormi e dunque responsabili di una quota rilevante di emissioni. Tuttavia, anche in questo caso la Corte adita ha dichiarato il difetto di giurisdizione e ha auspicato l'intervento del potere legislativo.

125 C. R. SUNSTEIN – E. A. POSNER, *Climate Change Justice*, in *Coase-Sanders Working Paper for Law and Economics*, 2007, pp. 1 ss.

126 Si tratta di uno strumento, basato sul mercato, per controllare le emissioni inquinanti. In particolare l'autorità centrale fissa un *cap* ovvero un tetto massimo di emissioni consentite e ogni emissione va coperta con la consegna di un certificato, che può essere distribuito gratuitamente o acquistato sul mercato (*trade*). Il più importante mercato dei crediti di emissione è l'*European Union Emissions Trading Scheme*, istituito con la direttiva 2003/87/CE.

Per un approfondimento v.: V. JACOMETTI, *Lo scambio delle quote di emissione: analisi di un nuovo strumento di tutela ambientale in prospettiva compartistica*, Giuffrè, 2010; B. POZZO, *La nuova direttiva per lo scambio delle quote di emissione – La prima attuazione europea dei meccanismi previsti dal Protocollo di Kyoto*, Milano, Giuffrè, 2003.

5. Conclusioni.

L'analisi mette in luce i grandi passi in avanti compiuti nella tutela dell'ambiente.

L'accesso universale alle informazioni ambientali ha velocizzato la formazione di una coscienza ambientale e ha spinto molti cittadini ad agire in giudizio per la difesa del bene comune dell'ambiente. Alle ipotesi tradizionali di danno, come quella da sversamento di sostanze nocive, si sono affiancate quelle da cambiamento climatico, frutto delle cospicue emissioni di gas ad effetto serra nell'atmosfera.

Le molteplici azioni giudiziarie intraprese in tale settore mostrano quanto sia ormai diffuso un atteggiamento di condanna nei confronti di chi, con il proprio operato, contribuisce comunque all'affermarsi del fenomeno del cambiamento climatico. Queste domande di risarcimento del danno costituiscono sicuramente un importante deterrente, che ben potrebbe scoraggiare i comportamenti poco virtuosi, tanto più se sul mero risarcimento per equivalente potesse prevalere quello, spesso

127 Si pensi che gli strumenti economici introducono un meccanismo di mercato nella tutela dell'ambiente, consentendo un adeguamento spontaneo alle nuove situazioni. Diversamente dal *Command and Control* (strumenti normativi o di regolamentazione diretta), essi non impongono un comportamento agli inquinatori, ma modificano i costi e i benefici in modo da incoraggiare comportamenti virtuosi. Gli strumenti economici consentono all'operatore di scegliere, secondo le proprie esigenze strategiche, se investire in nuove infrastrutture eco-compatibili o comprare certificati per coprire le emissioni prodotte, ma sono sempre tenuti a pagare per le esternalità prodotte, quali i danni all'ambiente e la riduzione delle risorse naturali non rinnovabili. Inoltre, essi prevedono incentivi monetari o quasi monetari ad inquinare di meno e impongono anche costi di vario tipo in caso di aumento dell'inquinamento prodotto. Essi, poi, possono essere strutturati in modo da ottenere riduzioni di inquinamento maggiori di quelle che possono conseguire con le misure di *command and control*, che mirano al raggiungimento di situazioni di *second best*. Gli strumenti di mercato si presentano particolarmente flessibili ed efficienti e consentono di controllare anche l'inquinamento causato da una moltitudine di piccole fonti disperse sul territorio, il tutto con minori costi di implementazione e di amministrazione. Di contro essi sono inadeguati a trattare situazioni equitative e non sono applicabili ad ogni tipo di inquinamento. In particolare, i sistemi di *cap and trade* sono strumenti di mercato che consentono maggiore certezza sul conseguimento di obiettivi specifici, ma necessitano di un meccanismo di controllo efficace. Inoltre, essi oltre ad essere maggiormente adeguati nella gestione di inquinanti ad assorbimento uniforme come i gas ad effetto serra, sono visti con maggiore positività rispetto alla tassazione (altro strumento economico utilizzabile per finalità ambientale). Per un approfondimento v.: HOCKENSTEIN J.B., STAVINS R.N., WHITEHEAD B.W., *Crafting the next generation of market-based environment tools, in environment*, 1997, 13 ss. Sull'utilizzo degli strumenti economici in campo ambientale si vedano: BAUMOL W.J. , OATES W.E., *The theory of environmental policy*, Cambridge, 1988; TURNER R.K., PEARCE D.W., BATEMAN J., *Economia delle risorse naturali*, Bologna 1991, 117 ss; STAVINS R.N., *Market-based environmental polizie*, in PORTNEY P.R., STAVINS R.N. (cur.), *Public policies for environmental protection*, Washington D.C., 2000, 26 ss.; U.S. EPA, *The united states experience with economic incentives for protecting the environment*, Washington D.C., 2001; ROSE C.M., *Common, property, regulatory property, and environmental protection: comparing community-based management to tradable environment allowances*, in AA.VV., *The drama of the commons*, Washington d.c., 2002, 233 ss.; DRIESEN D.M., *Alternatives to regulation?: market mechanisms and the environment*, in CAVE M., BALDWIN R., LODGE M. (cur.), *Oxford handbook on regulation, Oxford university press*; per un'analisi in italiano si vedano: MATTEI U., *op. cit.*, CARAVITA B., *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, 319 ss.; CAFAGNO M., *La cura dell'ambiente tra mercato ed intervento pubblico. Spunti dal pensiero economico*, in DE CAROLIS D., FERRARI E., POLLICE A. (cur.), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano 2006, 191 ss; ID, *Principi e strumenti*, *cit.*, 399 ss.; LUGARESI N., *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2008, 137 ss.

più gravoso, in forma specifica con ovvii effetti di tutela anticipatoria rispetto alla concreta e compiuta percezione del danno[128].

Degna di nota è la sentenza dello scorso 3 febbraio 2021 con cui il tribunale amministrativo di Parigi[129] si è pronunciato sui ricorsi di quattro organizzazioni non governative[130] che, appellandosi al diritto internazionale, al diritto dell'Unione europea e al diritto interno[131], avevano agito in giudizio affinché lo Stato Francese fosse condannato al risarcimento del danno ambientale e di quello morale[132], e fosse ingiunto al primo ministro ed ai ministri competenti l'adempimento (entro un termine specifico) delle obbligazioni assunte in materia di lotta al cambiamento climatico, adottando tutte le misure idonee a ridurre nel minore tempo possibile le emissioni di gas ad effetto serra. L'esemplarità di tale pronuncia risiede nel fatto che essa costituisce il primo precedente di condanna dello Stato francese al pagamento della cifra simbolica di un euro, per l'inadempimento degli obblighi assunti in

128 Interessante è il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sorto sul principio "chi inquina paga" enunciato in due Raccomandazioni del 1972 e 1974 dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), e annoverato tra i principi ambientali dell'azione comunitaria dall'Atto unico europeo del 1986, che ha introdotto l'art. 130R nel Tratt. CEE (poi art. 174 Tratt. CE e oggi art. 191 Tratt. FUE). Per un approfondimento v.: V. CORRIERO, *Il principio "chi inquina paga"*, in M. PENNASILICO, cit. pp. 269-275. L'autrice sottolinea come tale principio operi, in primo luogo, in una logica preventiva dei fatti dannosi e, in secondo luogo, in una logica risarcitoria *ex post factum*, poiché è imposto alle imprese l'obiettivo prioritario di internalizzare i costi di alterazione dell'ambiente attraverso l'incorporazione nei prezzi delle merci. Per un approfondimento della responsabilità e della riparazione ambientale nella bonifica dei siti inquinati v.: V. CORRIERO, *Responsabilità e riparazione ambientale nella bonifica dei siti contaminati*, in M. PENNASILICO, cit., pp. 359-367.

129 Il Tribunale, sulla base delle fonti governative, ha riconosciuto il *préjudice écologique* da riscaldamento globale, ricollegandolo ad una serie di circostanze inequivocabili verificatesi a livello globale (si pensi allo scioglimento dei ghiacciai) e a livello nazionale (si pensi agli effetti climatici estremi che hanno comportato anche all'incremento delle malattie veicolate da insetti, come *la dengue* e la *chikungunya*). Va precisato che il Tribunale non ha riconosciuto un diretto nesso causale tra il ritardo nell'incremento delle fonti di energia rinnovabile o lo sviluppo delle norme sull'efficienza energetica ed il danno ambientale. Quanto invece all'obiettivo di riduzione dei gas ad effetto serra, il Tribunale ha riconosciuto la diretta responsabilità omissiva dello Stato in relazione agli obiettivi ed agli impegni comunitari e nazionali in materia derivanti dalla decisione n. 406/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. Tuttavia, non ha riconosciuto il risarcimento monetario anche simbolico del *préjudice écologique* in quanto i ricorrenti non hanno dimostrato l'impossibilità di una riparazione in natura.
Per un approfondimento del risarcimento del danno ecologico nell'ordinamento francese v.: B. POZZO, *Il caso Erika ed il risarcimento del danno ecologico nell'ordinamento francese, nota a Tribunal de Grande Instance de Paris, 16 gennaio 2008*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2008, p. 887.

130 *Association Oxfam france, Association Notre Affaire A' tous, Fondation Pour la Nature Et L'home, Association Greenpaese France*.

131 Le associazioni ambientaliste hanno sostenuto che lo Stato francese è soggetto ad una serie di obblighi che impongono l'adozione di misure concrete di lotta contro il cambiamento climatico e che trovano fondamento, da un lato, nel diritto di ciascuno a vivere in un ambiente equilibrato e rispettoso della salute (secondo l'art. 1 della carta dell'ambiente, norma di valore costituzionale) e dall'altro lato, negli obblighi internazionali assunti dalla Francia dalla convenzione quadro delle Nazioni unite sui cambiamenti climatici del '92 all'accordo di Parigi del 2015, il tutto sotto l'egida del principio di precauzione e del principio del diritto alla vita ed al rispetto della vita privata e familiare, di cui agli artt. 2 e 8 della CEDU.

132 Ciascuno quantificato nella somma simbolica di 1€.

materia di cambiamento climatico; anche se, però, ad essere risarcito è stato il danno morale e non il *prègiudice ècologiche*, introdotto nel 2016 e consistente nella lesione non trascurabile agli elementi ed alle funzioni degli ecosistemi o ai benefici collettivi che l'uomo trae dall'ambiente. Invero, come chiarito dai giudici d'oltralpe, il *prègiudice ècologiche* è subordinato alla dimostrazione dell'impossibilità di una riparazione in natura, che va preferita al risarcimento monetario.

La condanna dello Stato francese per il pregiudizio ecologico derivante dal superamento illegale dei *budget* di carbonio tra il 2015 e il 2018, è arrivata il 14 ottobre 2021. Il Tribunale amministrativo di Parigi, questa volta, non solo ha riconosciuto la responsabilità statale, ma ha anche ordinato di adottare «tutte le misure necessarie» per riparare, entro il 31 dicembre 2022, al danno[133].

La tutela dell'ambiente va vista come una sfida epocale che si deve imporre nell'agenda di tutti i governi. La lotta ai cambiamenti climatici richiede un coordinamento dei vari strumenti di mercato e normativi e anche un'azione sinergica multilivello, che veda impegnati in primo luogo gli Stati, attraverso una politica comune, centrale o locale, e una forte sensibilizzazione dei produttori e dei consumatori. Accanto al potenziamento del comparto industriale e all'innovazione tecnologica occorre anche promuovere nuovi stili di vita. Ma soprattutto garantire l'accesso alle informazioni ambientali.

Inoltre, è altrettanto importante rendere giuridicamente vincolanti gli impegni assunti dagli Stati con la ratifica dei trattati. Di ciò se n'è resa conto anche l'Unione europea che ha adottato la legge sul clima. Questa novità non deve essere vista con stupore, in quanto l'Ue si è sempre distinta per le importanti azioni a tutela dell'ambiente, tanto che può essere considerata una *leader* in materia. Basti pensare agli stringenti impegni di riduzione che si è imposta nonostante l'assenza di accordi internazionali, o all'apertura di un sistema di scambio di quote di emissione già prima che gli impegni assunti a Kyoto divenissero vincolanti.

Ma anche nell'UE si sono registrate battute d'arresto. Si pensi che nel mese di aprile 2021 la Corte di giustizia europea ha rigettato la richiesta di alcune famiglie della Francia, della Germania, dell'Italia, del Portogallo, della Romania, del Kenya e delle isole Fiji, e di un'associazione ambientalista svedese, di imporre una riduzione delle emissioni maggiore rispetto a quella prevista con il pacchetto clima[134].

Oggi, un ruolo centrale nel contenimento del cambiamento climatico è svolto dal potere giudiziario. In particolare, sono stati i giudici olandesi a distinguersi. Come visto nelle pagine precedenti, è della Corte d'appello dell'Aia la sentenza di condanna della Shell al risarcimento dei danni da sversamento del petrolio causati

133 Si tratta dell'ultima sentenza nell'ambito della causa (denominata *L'Affaire du siècle*) intentata nel 2019 da quattro ong ambientaliste (*Notre Affaire à Tous*, *Fondazione Nicolas Hulot*, *Greenpeace Francia* e *Oxfam Francia*) contro lo Stato francese per le carenze nella lotta al riscaldamento globale.

134 Diversamente dai giudici del nord Europa, la Corte di giustizia ha ritenuto che addurre la violazione di diritti fondamentali da parte di un atto dell'Unione, non rende di per sé ricevibile il ricorso dei privati. Così è stata ignorata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che garantisce il diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva. In tal senso: NESPOR STEFANO, *L'etica, il capitalismo e il cambiamento climatico*, in *RGA online, rivista giuridica dell'ambiente*, n. 22 - giugno 2021.

dalla sua controllata. Inoltre, la Corte suprema olandese ha confermato la sentenza dei giudici di merito del famoso caso Urgenda, e sempre la Shell, poi, è stata condannata a ridurre entro il 2030 le emissioni di gas ad effetto serra del 45% rispetto ai livelli del 2019. Questa è stata la linea seguita un po' in tutto il nord Europa. Si pensi ad esempio alla sentenza del 28 aprile 2021[135], con cui la Corte costituzionale federale tedesca ha accolto i ricorsi[136] proposti da alcune associazioni ambientaliste e da singoli ricorrenti, anche molto giovani, che lamentavano la violazione dei diritti inviolabili di libertà e di possibilità di vita futura[137]. Così la *BundesKlimaschutzgesetz* (la legge sul cambiamento climatico approvata nel 2019) è stata dichiarata parzialmente illegittima in quanto, invece di predisporre un piano con limiti vincolanti di emissioni di gas ad effetto serra per i vari settori produttivi che desse attuazione all'accordo di Parigi, si limitava a spostare al periodo successivo al 2030 adempimenti e costi per il rispetto dei limiti di emissioni. Più precisamente, in quella sede è stato osservato che il rispetto degli impegni era stato limitato ad un piano formale, per l'assenza di statuizioni precise, scaricando così sui giovani e sulle generazioni future i costi del rispetto degli obiettivi[138].

Un'altra considerazione va fatta. Il legame tra ambiente ed etica e diritti fondamentali alla vita e alla prospettiva di vita futura è diventato sempre più forte[139].

I magistrati olandesi si sono distinti anche per avere sganciato la politica dalla tutela dei diritti umani e delle aspettative delle future generazioni, considerandoli prevalenti rispetto alla tutela della concorrenza e del mercato. Merita di essere ricordata anche l'ordinanza con cui la Corte di cassazione italiana[140] ha affermato chiaramente come il diritto alla vita vada inteso nella sua accezione più ampia, per cui le situazioni di degrado ambientale, il cambiamento climatico e tutti gli effetti dello sviluppo insostenibile possano compromettere il godimento dei diritti umani[141].

---

135 *Leitsätze zum Beschluss des Ersten Senats vom* 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18 - - 1 BvR 78/20 – 1 BvR 96/20 - 1 BvR 288/20.

136 Si tratta di quattro ricorsi: 1 BvR 2656/18, 1BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20.

137 Più precisamente, nel 1BvR 2656/18 si sostiene la lesione del diritto alla vita e all'integrità fisica, del diritto di proprietà e del diritto a un minimo livello di sussistenza ecologica. Nel 1 BvR 288/90 l'azione è sollevata da agricoltori o giovani ragazzi in procinto di rilevare le imprese agricole dei genitori, i quali lamentano la lesione del diritto fondamentale a un futuro dignitoso ex art. 1.1 in combinato disposto con l'art. 20a GG, della loro libertà di scegliere la propria professione (art. 12.1 GG) e della garanzia della proprietà. Ricorrente del terzo procedimento (1BvR 96/20) è un gruppo di bambini che lamenta la lesione del diritto alla vita alle libertà fondamentali, per le stringenti misure che il governo dovrà prendere per il periodo 2030-2050, data l'insufficienza delle misure predisposte fino al 2030. Infine nel 1 BvR 78/20 a ricorre sono giovani che vivono nel Bangladesh e nel Nepal, particolarmente esposti ai rischi connessi al cambiamento climatico.

138 La sentenza è di parziale accoglimento. La Corte Costituzionale tedesca ha ammesso i ricorsi dei ricorrenti più giovani (1BvR 2656/18) e i ricorsi 1 BvR 96/20 e 1 BvR 288/20.

139 Sul punto v.: M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, pp. 43-76.

140 Cass. civ. Sez. II Ord., 24 febbraio 2021, n. 5022 (rv. 660461-01).

141 Già prima, con la sentenza n. 25143/2020, adottata in tema di protezione internazionale, la Corte di cassazione identifica il cambiamento climatico come fatto noto di incisione dei diritti umani, resi vulnerabili dall'esposizione agli eventi metereologici estremi ad esso conseguenti. Conseguenza del collegamento del cambiamento climatico con i diritti umani, è l'ampliamento della sfera di cognizione

Ma è soprattutto nel Sud del Mondo che la questione ambientale è strettamente collegata ai diritti umani: si pensi, ad esempio, al caso *Ridhima Pondey v. Union of India*[142] del 2017 o al caso *Ashagar Leghari v. Pakistan* [143](PLD 2018)[144].

Non si dimentichi, poi, che il problema ambiente sia stato collegato con quello della protezione umanitaria. Come affermato anche dai giudici italiani[145], esiste un nucleo ineliminabile dello statuto della dignità personale, che rappresenta il minimo essenziale, al di sotto del quale non è rispettato il diritto individuale alla vita e all'esistenza dignitosa. Pertanto, lo *status* di rifugiato non può essere collegato unicamente all'esistenza di un conflitto armato, ma bisogna guardare anche a qualsiasi contesto che in concreto sia idoneo ad esporre i diritti fondamentali della vita, alla libertà e all'autodeterminazione, come il disastro ambientale, il cambiamento climatico e l'insostenibile sfruttamento delle risorse naturali. Questa può essere considerata la prima pronuncia italiana in tema di cambiamenti climatici. Essa, però, è costruita sulla scia di quella precedente adottata nel caso *Tetiona c. Nuova Zelanda*. In tale occasione il comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha riconosciuto[146], sebbene a determinate condizioni, l'incidenza del cambiamento climatico sulla migrazione e sull'attribuzione dello *status* di rifugiato *ex* Convenzione di Ginevra del 1951. Ma ivi è stato affermato anche il principio secondo cui gli Stati hanno l'obbligo di assicurare e garantire il diritto alla vita delle persone, a prescindere dall'esistenza di un pericolo attuale alla sopravvivenza.

Anche sul piano del diritto d'accesso i giudici nazionali si sono allineati alla Corte di giustizia. Lo scorso 4 marzo 2021 il TAR Lazio con la sentenza n. 2652 ha riconosciuto la prevalenza degli interessi di chi chiede di accedere a documenti relativi ai diritti fondamentali di salute e all'ambiente, rispetto a chi ha interesse a che tali informazioni non siano rilevate. Più precisamente in questa pronuncia si è detto che il diniego all'accesso non può essere motivato dal giudice, unicamente, sul mancato consenso del controinteressato. Tuttavia, la valutazione dell'amministrazione deve essere incentrata sulla dimostrazione data dal richiedente

---

del giudice, in applicazione di quanto auspicato dal *Joint statement on human rights and climate change*, adottato dai cinque organismi Onu per i diritti umani. Appare opportuno ricordare anche le diverse pronunce della VI sez. della Corte di cassazione in materia tributaria (*ex multis* C. Cass. n. 2572/2021) con cui viene attribuita alle fonti internazionali sul cambiamento climatico l'identità del diritto europeo, per via dell'adesione dell'Ue alle stesse, con la conseguente applicazione del principio di *primauté* e dell'effetto utile, come già sancito dalla Corte di giustizia europea (cfr. C-366/10). Ma non solo. Nella stessa occasione l'accordo di Parigi del 2015 è stato espressamente riconosciuto quale primo accordo universale e giuridicamente vincolante sui cambiamenti climatici. Per un maggiore approfondimento della giurisprudenza italiana sul cambiamento climatico: M. CARDUCCI, *Il cambiamento climatico nella giurisprudenza italiana*, in *Diritti Comparati, comparare i diritti fondamentali in Europa*, 2021.

142 *National Green Tribunal, New Delhi, No. 187/2017.*

143 *Lahore High Court lahore Judicial Department, No. 25501/2015.*

144 Interessante è la tutela penalistica prevista in India. Per un approfondimento v.: G. N. GILL, *Judicial craftsmanship: evolving environmental tortious dimension in India,* in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2021, pp. 59-82.

145 Cass. ord., 24 febbraio 2021.

146 UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016.

che l'interesse che intende far valere abbia natura ambientale, e il giudice deve avere riguardo alle matrici ambientali potenzialmente compromesse e alla prospettazione degli effetti negativi.

Infine, non va dimenticato come la tutela del preminente bene ambiente[147] sia finalizzata anche alla preservazione degli *habitat* naturali nella loro condizione originaria, così da non arrecare (o almeno da limitare) danni irreversibili alla fauna e alla flora selvatiche[148].

147 Lo scorso 8 febbraio, la Camera dei Deputati ha approvato definitivamente la proposta di legge costituzionale per modificare gli articoli 9 e 41 della Costituzione. Così facendo, con la L. Cost. 1/2022 è stata inserita la tutela dell'ambiente tra i princìpi fondamentali dell'ordinamento italiano. L'art. 9, comma 3, primo periodo, Cost. prevede infatti che «*[La Repubblica] Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni.*»

148 Così si è espresso il TAR Lombardia (MI), Sez. IV con sentenza n. 529 del 7 marzo 2022 in tema di biodiversità, precauzione e tutela delle specie autoctone.

IL CONCETTO DI "UTILITÀ AMBIENTALE" NELL'ART. 41 COST.

Riflessioni a seguito della Legge costituzionale n. 1/2022

David Grifoni*

ABSTRACT. Termini come "ambiente", "crescita economica", "sostenibilità" ed "economia circolare" sono oggi i protagonisti di un costante dibattito sullo sviluppo delle moderne società industrializzate e, per effetto della riforma introdotta con la Legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022, paiono aver trovato una espressa sintesi nel novellato testo dell'articolo 41 della Costituzione. In particolare, il legislatore costituzionale ha aggiornato il novero dei limiti apponibili alla libertà di iniziativa economica privata, introducendo un esplicito riferimento alla tutela ambientale. Talché, la nuova collocazione dell'ambiente nel testo costituzionale è divenuta tale da sollevare il dubbio che la riforma abbia voluto segnare una svolta "ambientalista" nella Costituzione, non solo proclamando nuove garanzie per l'ambiente rispetto alla libertà di cui all'Art. 41 Cost. comma1, ma anche anteponendole – almeno in ordine di menzione – a quelle della sicurezza, della libertà e della dignità umane. Merita, quindi, domandarsi in che termini, e secondo quale *ratio* di sistema, al concetto di "*utilità sociale*", da sempre fulcro dell'art. 41, possa essersi affiancato un innovativo concetto di "utilità ambientale".

ABSTRACT. *Terms such as "environment", "economic growth", "sustainability", and "circular economy" are today the protagonists of a constant debate on the development of modern industrialised societies and, as a result of the constitutional reform introduced with Law No. 1 of 11 February 2022, they seem to have found an express synthesis in the amended text of Article 41 of the Constitution. In particular, the constitutional legislator updated the list of limits posed to the freedom of private economic initiative, introducing an explicit reference to environment protection. As a result, the new position of the environment in the constitutional text has aroused the hypothesis that the reform was aimed at marking an "environmentally oriented" turning point in the Constitution, not only proclaiming new guarantees for the environment with respect to the freedom referred to in Article 41, paragraph 1 of the Constitution, but also placing them - at least in order of mention - before those of security, freedom and human dignity. This leads to wondering on what grounds and for which purposes the concept of "social utility", pivotal element of the formulation of Art. 41, may have been flanked by an innovative concept of "environmental utility".*

SOMMARIO: **1.** La riforma dell'articolo 41 della Costituzione ad opera della Legge costituzionale n. 1/2022: contesto, contenuto, dubbi interpretativi – **2.** La portata della riforma: la clausola di utilità sociale nella tradizionale struttura dell'art. 41 Cost. a confronto con la presunta svolta ambientalista del 2022 – **3.** La portata della riforma: il contesto dell'economia circolare e sostenibile **4.** Considerazioni conclusive.

1. La riforma dell'articolo 41 della Costituzione ad opera della Legge costituzionale n.1/2022: contesto, contenuto e dubbi interpretativi.

Termini come "ambiente", "crescita economica", "sostenibilità" ed "economia circolare" sono oggi i protagonisti di un costante dibattito sullo sviluppo delle

moderne società industrializzate. Tali aspetti appaiono talvolta come obiettivi tra loro in conflitto, talaltra come parti coessenziali di disegni di politiche economico-sociali. Certo è che, per effetto della riforma introdotta con la Legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022, tanto il benessere economico quanto la tutela ambientale paiono aver trovato una espressa sintesi nel novellato testo dell'articolo 41 della Costituzione. Per comprendere tale assunto è sufficiente prendere in esame la struttura della norma costituzionale in commento, così come si presenta nell'attuale formulazione post-riforma.

L'art. 41 Cost. ha da sempre rappresentato un paradigmatico esempio di disposizione "complessa" e di non immediata interpretazione[149]: da una parte, infatti, il comma 1 proclama la libertà dell'iniziativa economica privata e, d'altra parte, i successivi commi 2 e 3 pongono vari limiti a quella stessa libertà poco prima affermata. Tali limiti sono, peraltro, di due diverse specie: il secondo comma prevede quelli che possono essere definiti come limiti "negativi", ossia divieti di esercitare l'iniziativa economica in particolari forme che si rivelino dannose per altri valori costituzionali, mentre il comma terzo presenta i cosiddetti limiti "positivi", consistenti nella possibilità di interventi pubblici, coperti da riserva di legge, volti ad indirizzare e coordinare l'attività economica verso interessi diversi da quelli che caratterizzano i singoli imprenditori.[150] A partire dalla summenzionata novella costituzionale[151], inoltre, lo spettro dei limiti che l'art. 41 pone all'iniziativa economica pare aver subito un ampliamento. In particolare, il comma 2 non si limita più a prescrivere che l'iniziativa economica non possa svolgersi "*in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*", bensì estende il novero dei beni tutelati, riformulando il divieto di arrecare danno nei seguenti termini: "*alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*". Inoltre, il comma 3 prevede ora che l'attività economica possa essere soggetta a programmi e controlli che la indirizzino non più solo "*a fini sociali*", bensì anche "*a fini ambientali*".

A ben vedere, dunque, l'art. 41 Cost. risulta, oggi, una norma in cui il dialogo tra benessere economico e tutela ambientale (sovente ambiguo, quale più sopra menzionato), pare aver trovato una esplicita somma costituzionale. Questo apparirebbe certamente come un auspicabile risultato, senonché, deposti i facili entusiasmi, viene naturale domandarsi a quale *ratio* debba essere ricondotto l'intervento del legislatore costituzionale e, soprattutto, quali siano le possibili

149 * *Avvocato, Cultore della materia in diritto pubblico del turismo, LL.M.*
S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, in *Ianus – Diritto e Finanza*, 2011, 201.
150 Si veda M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 79 ss..
151 Legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022, art. 1.

ricadute applicative della riforma.[152] Difatti, come emerge dalla dottrina[153], l'introduzione di nuove limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata sarebbe suscettibile di ridisegnare gli equilibri fondamentali incorporati nella Carta costituzionale, che stanno alla base della stessa forma di stato sociale fatta propria della nostra Repubblica, in quanto verrebbe a rideterminare i parametri dell'intervento dello Stato nell'economia.[154] In particolare, la riforma parebbe segnare una svolta ambientalista nella Costituzione, non solo proclamando nuove garanzie per l'ambiente rispetto alla libertà di cui all'Art. 41 Cost. comma 1, ma anche anteponendole – almeno in ordine di menzione – a quelle della sicurezza, della libertà e della dignità umane. Talché, sovviene la domanda se salute e ambiente siano assurti a "*limiti prioritari alla libertà di iniziativa economica*"[155], dando potenzialmente nuova ragion d'essere alle tesi che vedono nell'art. 41 Cost. la base giuridica di un modello economico dirigistico e di economia pianificata[156].

In quest'ultimo senso, parrebbe, peraltro, far propendere la terminologia dei vari atti normativi e documenti adottati in materia di *green economy*, sostenibilità ambientale ed economia circolare. Ad esempio, l'indagine conoscitiva sulla *green economy*, svolta durante la XVII legislatura dalle Commissioni riunite VII (Ambiente) e X (Attività produttive) della Camera dei Deputati, avrebbe avuto come scopo quello di fissare una vera e propria "*agenda politica*" volta "*al rinnovamento dei sistemi produttivi*", come si evince da quanto riportato sul materiale informativo rilasciato dalla stessa Camera.[157] Inoltre, basti pensare alla stessa "Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile" (SnSVS), di cui all'art. 3 della Legge n. 221 del 28 dicembre 2015 (conosciuta anche come "collegato ambientale")[158].

---

152 Per comparare, valutare ed approfondire le varie tesi espresse in dottrina in merito alle ricadute applicative della riforma, si rinvia, tra gli altri contributi, a: R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *Federalismi*.it, 2022; L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it*, 2022.; L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 2021; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, 2022.

153 L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, cit., 192.

154 F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in AA.VV (a cura di), *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, Jovene, 2013, 2235-2236.

155 L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, cit., 2.

156 Si veda: *Libertà di iniziativa economica privata*, in *www.treccani.it*; L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, cit., 199 ss.; e L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, cit., 6.

157 Camera.it_XVII Legislatura_Temi dell'attività parlamentare_Green economy.

158 Legge n. 221 del 28 dicembre 2015, *Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*.

Tuttavia, nonostante i legittimi argomenti appena riportati, che evidenzierebbero il disegno di una nuova gerarchia all'interno dei valori di cui all'art. 41 Cost., pare – a sommesso giudizio di chi scrive – che altrettanti e più convincenti siano gli argomenti di segno tendenzialmente opposto. Questi permetterebbero di qualificare la versione novellata dell'art. 41 Cost. non tanto come un testo di consacrazione di una rivoluzionaria "sovranità ambientale", quanto piuttosto di esplicito impulso verso un fenomeno di "crescita verde", la quale avrebbe, però, trovato una sufficiente base giuridica – seppur dai toni più sommessi – anche nella precedente formulazione della norma costituzionale, senza necessità di ipotizzare un inasprimento delle limitazioni ambientaliste.[159] In questo senso, il presente contributo vuole illustrare come possa dirsi che la riforma del 2022 abbia avuto il fine ultimo di sospingere ed indirizzare verso l'attuazione di quell'anima di "utilità ambientale" che da sempre si muove nelle variegate corde della clausola di "*utilità sociale*", tradizionalmente espressa nell'art. 41 Cost.. Di seguito, pertanto, verranno analizzati gli elementi che lasciano propendere per tale tesi più moderata e che permettono di comprendere la reale portata innovativa della riforma, rifacendosi da un'analisi del contesto normativo di riferimento e, quindi, della "struttura portante" dell'art. 41 Cost. .

2. La portata della riforma: la clausola di utilità sociale nella tradizionale struttura dell'art. 41 Cost. a confronto con la presunta svolta ambientalista del 2022.

Come appena evidenziato, la reale portata della riforma che qui ci occupa non potrebbe essere compresa senza prima aver correttamente inquadrato il contesto normativo di riferimento e, quindi, la struttura dell'art. 41 Cost.. In particolare, laddove si volesse ipotizzare che la Legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022 abbia sovvertito l'originario impianto della disposizione di cui all'art. 41 Cost., introducendovi una nuova gerarchia di valori e beni costituzionali di stampo marcatamente ambientalista, diverrebbe imprescindibile valutare in che modo il contenuto della riforma possa dirsi innovativo rispetto ad un testo che poneva proprio al centro i concetti di "*utilità sociale*" e "*fini sociali*", senza invece mai preoccuparsi di menzionare il bene-ambiente (almeno apparentemente). In questo senso, la presunta svolta ambientalista dovrà essere valutata con riferimento ad una altrettanto presunta "inadeguatezza ambientale" della precedente formulazione della

159 Si rammenta anche F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, cit., 2237, che già si era espresso sulla duttilità dell'art. 41 Cost. rispetto ai moderni scenari di mercato sostenendo come "*la riforma dell'art. 41 Cost. non sia necessaria ai fini di un allineamento con il principio di tutela della concorrenza e della libertà di impresa nei termini previsti dall'ordinamento comunitario.*"; ma si veda anche L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, cit., 6.

norma in commento: in riferimento sia al suo nucleo semantico, sia agli equilibri che nella stessa trova(va)no espressione.

2.1. ***La precedente formulazione dell'art. 41 Cost.: una norma arretrata rispetto alla moderna tutela ambientale?***

L'art. 41 Cost. costituisce una disposizione dal complesso tessuto sintattico e concettuale, contenendo l'espressa previsione del delicato rapporto tra una libertà ed i suoi limiti. Tra questi ultimi, certamente spiccano – anche nell'attuale formulazione – quelli legati al concetto di "*utilità sociale*", come espresso al comma 2 dell'articolo in commento, ed alla possibilità che la legge fissi "*i programmi e i controlli*" per indirizzare e coordinare l'attività economica "*a fini sociali*", di cui al successivo comma 3. Tali astratti concetti (di ordine politico-sociale prima ancora che giuridico) rappresentano il frutto di un lungo ed articolato percorso storico di elaborazione teorica e dottrinale, durante il quale sono divenuti oggetto di differenti interpretazioni ed accessi dibattiti: tanto in merito al loro nucleo semantico, quanto alle loro implicazioni pratiche ed attuative.[160]

Senonché, non prestandosi il presente articolo ad una trattazione adeguatamente articolata di tali amplissimi temi, si ritiene opportuno rinviare a più approfonditi contributi[161], oltre che agli stessi lavori dell'Assemblea Costituente, dove emersero variegate posizioni al riguardo[162]. In questa sede si vuole, semmai, evidenziare come le predette limitazioni, di cui i costituenti vollero che l'attività economica, seppur proclamata "libera", restasse rispettosa, costituiscano (tuttora) un fulcro fondamentale all'interno della complessa disciplina posta dall'art. 41 Cost.[163]. Come più sopra ricordato, difatti, tali limiti hanno storicamente contribuito a costruire il fondamento dell'intervento del nostro Stato nell'economia, definendo l'impostazione di Stato sociale fatta propria dalla nostra Costituzione e, conseguentemente, individuando la reale area di operatività della libertà di iniziativa economica privata.[164]

160 Si rimanda, in particolare, a A. VACCARI, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, 2017.

161 In particolare, si rimanda a: A. VACCARI, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, cit.; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno annuale AIC 2011 su *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*; F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, cit..

162 In particolare, si vedano i lavori dell'Assemblea Costituente della seduta pomeridiana di venerdì 9 maggio 1947 e quelli della seduta antimeridiana di martedì 13 maggio 1947.

163 Si richiama M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., 54, ove l'utilità sociale viene descritta come occupante una posizione "*pivotale ... (quale regolatore fondamentale dei rapporti fra politica ed economia)*".

164 Sul punto, si richiama l'intervento di RUINI, nella seduta antimeridiana di martedì 13 maggio 1947, 3935-3936, dell'Assemblea Costituente, ove ebbe ad affermare, riferendosi ai limiti costituzionali

Talché, data la centralità dei concetti di "*utilità sociale*" e "*fini sociali*", diviene evidente come la valutazione della reale portata della riforma del 2022 debba necessariamente focalizzarsi sul confronto tra i fini di una tutela ambientale ed il nucleo semantico dei predetti concetti. Ed è, ebbene, proprio a questo punto che l'interprete si trova di fronte ad un apparente paradosso: la tutela ambientale quale limite all'iniziativa economica privata aveva, in realtà, già da molto tempo trovato copertura nell'art. 41 Cost. e, segnatamente, proprio nell'interpretazione che la Corte Costituzionale aveva fatto delle "clausole sociali" ivi contenute e, in particolare, del sintagma "*utilità sociale*"[165].

In particolare, già nella sentenza della Corte Costituzionale del 7 marzo 1990 n. 127, i Giudici delle leggi, nell'occuparsi della normativa in materia di immissioni inquinanti industriali, avevano consacrato la tutela ambientale come espressione dei limiti che l'art. 41 fissa all'attività economica: "*il limite massimo di emissione inquinante* (...) *non potrà mai superare quello ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all'art. 32 della Costituzione, cui lo stesso art. 41, secondo comma, si richiama.*".[166] Similmente, la Corte, nella sentenza del 14 giugno 2001 n. 190 (che a sua volta richiama la n. 196/1998), esplicitamente dava atto che: "*E' acquisito alla giurisprudenza costituzionale che al limite della utilità sociale, a cui soggiace l'iniziativa economica privata in forza dell'art. 41 Cost., non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente (art. 3 Cost.) intesi alla tutela dell'ambiente (si veda, da ultimo, sent. n. 196 del 1998).*".[167]

Ciò non dovrebbe, in realtà, sorprendere più di tanto. Difatti, pur senza volersi addentrare – come detto più sopra – nei potenzialmente sconfinati scenari semantici dell'espressione "*utilità sociale*", non si può comunque omettere, ai nostri fini, come tale concetto dimostri una rimarchevole capacità estensiva. In particolare, l'effettiva area di operatività della libertà di iniziativa economia privata pare essere influenzata da una clausola limitativa resa da un sintagma (appunto "*utilità sociale*") che è stato definito come caratterizzato da "*irriducibile poliedricità*"[168]. Tanto che lo stesso

---

di ordine "sociale": "*L'onorevole Corbino, qualche giorno fa, ha riconosciuto che nessuna economia può prescindere da attività dello Stato. Il comunismo puro ed il liberismo puro, sono due ipotesi e schemi astratti che non si riscontrano mai concretamente nella realtà. Si è avuto e si avrà sempre intervento dello Stato (anche nelle fasi più libere) e sfere di attività ed impresa privata (sia pure limitatissime, come in Russia). La realtà è sempre una sintesi, una risultante della vita economia e negarla è negare la vita stessa*". Ma si veda anche V.T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2011, 136 (come richiamato in F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, cit., 2).

165 L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, cit., 4.

166 Corte Cost. sent. 127/1990.

167 Corte Cost. sent. 190/2001.

168 A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1971, 603.

Einaudi, in un suo intervento dal tono assai critico espresso in seno ai lavori dell'Assemblea Costituente, affermò che: "*Non è possibile fare la somma, né aritmetica, né algebrica, né organica, né di qualsiasi altra maniera, delle utilità di due individui realmente diversi.* (...) *Tale difficoltà esistendo, io non riesco a comprendere quale possa essere il significato di un piano il quale sia indirizzato a dare il massimo di utilità sociale*"; arrivando financo ad aggiungere: "*Saranno i legislatori i quali diranno a noi quale sia questo piano che dia il massimo di utilità sociale. Ma io credo che sia pericoloso, ed anche un po' senza contenuto preciso, scrivere nella legislazione una massima della quale nessuno finora, ripeto, in 150 anni di ricerche, sia mai riuscito a trovare il significato preciso.*".[169]

In tal senso, si potrebbe affermare che la clausola sulla "*utilità sociale*" operi come una clausola generale o una "valvola respiratoria", capace di declinare l'utile sociale in una prospettiva evolutiva e storicamente coerente e, pertanto, riconoscendo alla tutela dell'ambiente quella sempre maggiore attenzione che la stessa è venuta a maturare nel sistema dei valori costituzionali e della costituzione materiale[170]. Pertanto, la capacità dell'art. 41 Cost. di declinarsi nel senso di una "utilità ambientale" – mi si passi questo termine – trova fondamento in una scelta dei costituenti che si pone tra il rischio dell'indeterminatezza e la lungimiranza verso le future esigenze del mondo economico e naturale. In particolare, come affermato da Guarino durante l'indagine conoscitiva aperta dalla Commissione I durante la XIII Legislatura, "*Quando si fanno delle norme, soprattutto di carattere costituzionale, bisogna essere in grado di antivedere quale sarà il modo in cui potranno reagire alle varie modificazioni della costituzione materiale*".[171]

Ad ogni buon conto, appurato come la tutela dell'ambiente abbia da molto tempo trovato una copertura costituzionale sotto la clausola dell'"*utilità sociale*", si può adesso passare a considerare in quali termini e secondo quali ricadute applicative si sia evoluto il complesso rapporto, positivizzato in seno all'art. 41 Cost., tra la libertà economica e la tutela dell'utile sociale (e ambientale). In questo senso, come già si evince dalla sopra citata sentenza n. 190/2001, tra la libertà ed i limiti consacrati nell'art. 41 Cost. non si è mai ritenuto configurabile un rapporto di gerarchia, quanto piuttosto di equilibrio – nella citata sentenza si afferma, infatti, che debbano ritenersi

169 Sul punto, si richiama l'intervento di EINAUDI, nella seduta pomeridiana di venerdì 9 maggio 1947, 3778, dell'Assemblea Costituente

170 Sulla "elasticità" semantica del limite dell'utilità sociale, si rinvia a A. VACCARI, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, cit., 2, che a sua volta richiama: S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, 192 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 79 ss.; V. POLACCO, *Opere minori*, Modena, 1929, 60; e C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.

171 Si vedano i resoconti stenografici della I Commissione (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni), relativamente alla Indagine conoscitiva sulle problematiche inerenti alla disciplina costituzionale dei rapporti economici di cui agli articoli 41, 42 e 43 della Costituzione, in particolare il resoconto della seduta di mercoledì 21 aprile 1999, p. 6.

coperti dal limite dell'utilità sociale quegli interventi di legge che mirino a tutelare l'ambiente "*non irragionevolmente*". Tale equilibrio trova espressione nel principio di ragionevolezza[172] ed adeguatezza, e fonda la sua motivazione nel fatto che la libertà di iniziativa economica, seppur con le limitazioni impostele nelle moderne forme di stato sociale, mantiene nel nostro ordinamento il carattere di un pieno diritto di rango costituzionale[173] e deve pertanto non necessariamente soggiacere agli altri diritti dell'individuo, ma ragionevolmente equilibrarsi con essi.

Difatti, con la sentenza del 19 dicembre 1990 n. 548, la Corte Costituzionale aveva chiaramente affermato che: "*anche nei casi di regolazione "ex lege" di un'attività economica considerata quale pubblico servizio in ragione della sua diretta incidenza su bisogni o interessi della collettività, l'attività così regolata possa e debba essere considerata come espressione del diritto di iniziativa economica garantito dall'art. 41 della Costituzione*". Talché, prosegue la Corte, gli interventi legislativi di contenimento della libertà organizzativa dell'impresa potranno sì avvenire, ma a condizione che "*l'individuazione dell'utilità sociale come dianzi motivata non appaia arbitraria e che gli interventi del legislatore non perseguano l'individuata utilità sociale mediante misure palesemente incongrue*".[174] In altre parole, la misura dell'incongruità dell'utile sociale è quella per cui gli interventi regolatori statali siano tali "*da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell'attività economica*"[175], non potendo il nostro ordinamento costituzionale accogliere una nozione di impresa la cui legittimità sia vincolata al necessario perseguimento di un utile sociale e non solo individuale.[176]

In questo senso, emblematico risulta essere, per lo specifico aspetto ambientale, il caso dell'Ilva di Taranto, ove il principio di ragionevolezza nel bilanciamento dei

172 Per una più approfondita analisi delle molteplici prospettive ed applicazioni del principio di ragionevolezza, soprattutto ai fini del bilanciamento dei diritti, si rinvia, tra gli altri, alla illustre dottrina di R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992; A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in Diritto Pubblico, 2016, 625 ss.; E. CHELI, *Stato costituzionale e ragionevolezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011; A. MORRONE, *Il custode della* ragionevolezza, Milano, Giuffrè, 2001; L. PALADIN, *Esiste un principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*?, in *Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, riferimenti comparatistici*, Milano, Giuffrè, 1994; G. SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, Roma, 2007; e, in ottica comparata, anche A. BARAK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2012.

173 L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, cit., 196.

174 Corte Cost. sent. 548/1990.

175 *Ibid.*

176 Sul punto, si veda F. GALGANO, *Sub Art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici. Tomo II Art. 41-44 Costituzione*, Bologna Roma, 1982, 4, nota 3; richiamato anche in S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, cit., 206.

valori, cui sopra si è accennato, ha trovato espressione nella più ampia logica dei rapporti tra potere legislativo (provvedimentale) e giudiziario.[177] Qui, difatti, l'equilibrio tra libertà d'iniziativa economica ed il limite dell'utilità sociale si è manifestata nel paradigma dell'equilibrio tra industria e ambiente, ossia tra le immissioni inquinanti dell'attività industriale e la tecnologia che gli imprenditori dovrebbero adottare per far fronte agli effetti pregiudizievoli sull'ambiente e la salute; laddove i provvedimenti legislativi di iniziativa governativa miravano al compromesso tra la tutela dell'ambiente e la prosecuzione di un'industria, sebbene inquinante, da considerarsi di interesse strategico per l'economia nazionale.[178]

In particolare, nella sentenza del 9 maggio 2013 n. 85, la Corte Costituzionale ha sancito il seguente principio: *"Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di*

177 Il caso è stato oggetto di molteplici riflessioni dottrinarie, tra le quali: R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, cit.; S. D'ANGIULLI, *Caso Ilva di Taranto: adesso o mai più*, in *Ambiente & sviluppo: consulenza e pratica per l'impresa e gli enti locali*, 2013, 117 ss.; F. DI CRISTINA, *Il decreto salva Ilva. Gli stabilimenti di interesse strategico nazionale e i poteri del Governo (comm. a d.l. 3 dicembre 2012, n. 207 convertito dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 369 ss.; e F. GIAMPIETRO, *Ilva 2014 tra decreti-legge e crisi finanziaria*, *Ambiente & sviluppo: consulenza e pratica per l'impresa e gli enti locali*, 2014, 677 ss..
178 *Ibid.*

proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale."[179].

2.2. ***La presunta svolta ambientalista.***

Fatte tutte queste opportune premesse in merito alla natura dell'art. 41 Cost. ed alla reale portata dell'equilibrio dei valori ivi espressamente sancito, anche con riferimento all'ambiente, è ora possibile tornare sulla domanda iniziale: è ipotizzabile che la riforma costituzionale operata con Legge 1/2022 abbia inciso sull'art. 41 Cost. in modo da anteporre la tutela ambientale a quella di altri valori che trovano espressione nella clausola aperta di "*utilità sociale*"? E, conseguentemente, è possibile opinare che salute e ambiente siano assurti a "*limiti prioritari alla libertà di iniziativa economica*"[180], tali da funzionalizzare l'attività di impresa e svincolarla dal mero interesse utilitaristico degli imprenditori *uti singuli*? Come anticipato, la risposta che, nel presente contributo, si vuole dare ai suddetti interrogativi è di tipo tendenzialmente negativo. In tal senso, muovono le seguenti considerazioni.

Innanzitutto, occorre considerare come la nostra sia una Costituzione dalla dimensione evidentemente e notoriamente personalistica, costruita intorno ai valori ed alle esigenze dell'uomo, "*sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*"[181] (valori ed esigenze che risultano spesso suscettibili ai condizionamenti storici e culturali). In questo senso, è evidente in dottrina (e ancor prima negli stessi lavori dell'Assemblea Costituente) come i diritti fondamentali, anche economici, godano tutti di uno "*statuto sociale*"[182] e di una garanzia "*umana e sociale*"[183], essendo essenzialmente volti allo scopo ultimo di "*delineare un progetto di società nella quale sia garantita a ciascuno una vita indipendente e dignitosa e la possibilità di esprimere* (...) *la propria personalità*"[184].

Ne consegue che tutti i valori e gli obiettivi che contribuiscono al pieno sviluppo della personalità umana, in quanto coessenziali tra loro, siano da tutelare nel modo più possibile equilibrato, contemperandoli ove in contrasto. In particolare, proprio ricollegandosi a quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale più sopra riportata[185], si potrebbe riassumere che: "*Non è concepibile dunque la prevaricazione ovvero la tirannia di un valore rispetto agli altri, perché la dignità della persona è la sintesi della pluralità dei diritti e delle garanzie (nonché dei doveri) previsti dalla Costituzione*"[186]. E ciò ovviamente vale anche per la libertà di iniziativa economica all'interno dell'art. 41

179 Corte Cost., sent. 85/2013, paragrafo 9.
180 L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, cit., 2.
181 Art. 2, Cost..
182 A. VACCARI, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, cit., 7.
183 Assemblea Costituente, Terza Sottocommissione, Relazione Colitto, 8.
184 A. VACCARI, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, cit., 7.
185 Cfr. Corte Cost., sent. 85/2013, paragrafo 9.

Cost.. Come più volte detto, infatti, la norma costituzionale sancisce espressamene un equilibrio tra due precetti costituzionali di pari dignità: la garanzia di libertà della iniziativa privata ed il vincolo dell'"*utilità sociale*".

Ora, seppur non pare scontato dire che diritti quali la libertà di cui all'art. 41 Cost. (o la proprietà) costituiscano principi fondamentali ed imprescindibili della nostra Costituzione, essi certamente contribuiscono al progetto personalistico ivi espresso, come si legge nell'autorevole interpretazione sviluppata in Vigorita che, riferendosi alla libertà di iniziativa economica, la identifica con: "*un principio istituzionale, cui la recezione nella Carta fornisce l'elemento formale della guarentigia costituzionale, necessario per assurgere a dignità di libertà fondamentale; in particolare non potendo dubitarsi che questa sia dichiarata come proiezione della personalità individuale tutelata dall'intero ordinamento, la pretesa del singolo a vederla rispettata e quindi a godere della posizione contemplata dalla relativa norma assume la natura di un vero diritto fondamentale*"[187]. D'altronde ciò pare confermato non solo dalla giurisprudenza costituzionale più sopra richiamata[188] e dalla dottrina[189], ma dalle parole dello stesso legislatore. Ad esempio, nell'art. 1 della Legge n. 180 dell'11 novembre 2011 si legge chiaramente la portata personalistica dell'art. 41 Cost., nei seguenti termini: "*La presente legge definisce lo statuto delle imprese e dell'imprenditore al fine di assicurare lo sviluppo della persona attraverso il valore del lavoro, sia esso svolto in forma autonoma che d'impresa, e di garantire la libertà di iniziativa economica privata in conformità agli articoli 35 e 41 della Costituzione.*".[190]

Da una parte, pertanto, la dimensione personalistica della nostra Costituzione pare essere stata fedelmente rispecchiata nell'equilibrio che la giurisprudenza costituzionale ha sempre individuato tra la libertà ex art. 41 Cost. e l'utilità sociale. D'altra parte, ne consegue (soprattutto) che non possa dirsi ammissibile una lettura del novellato art. 41 Cost. nel senso di una sovra-ordinazione della tutela ambientale, in quanto ciò sarebbe non solo innovativo rispetto alla precedente formulazione della norma, ma apparirebbe persino sovversivo rispetto all'intero assetto costituzionale in cui questa è collocata. D'altronde, un ambiente "tiranno" condurrebbe a delle inaccettabili incongruenze di sistema, laddove l'attività economica, soggiogata alla tutela ambientale e funzionalizzata ad essa, porterebbe al medesimo paradosso che avrebbe prodotto una funzionalizzazione al concetto di "utilità sociale", con il

186 L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, cit., 198.
187 V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 228.
188 Cfr. nota 23, Corte Cost., sent. 85/2013, paragrafo 9.
189 Si veda L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, cit., 196.
190 Legge n. 180 dell'11 novembre 2011, *Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese*, art. 1.

risultato di "*rendere intangibile il potere dell'imprenditore, dal momento che risulta ben difficilmente attaccabile la posizione di chi è chiamato a svolgere una funzione sociale*"[191]. In buona sostanza: la tutela dell'ambiente, quale condizione di sviluppo della persona umana, potrebbe in astratto diventare motivo di peggioramento dell'ambiente di lavoro, anch'esso da tutelarsi ai fini personalistici della Costituzione, arrivando a potersi considerare eventualmente sacrificabile il salubre e dignitoso ritmo lavorativo dei singoli rispetto agli obiettivi ambientali dell'impresa.

Infine, volendo, altresì, considerare un altro argomento di interpretazione sistematica, occorre osservare come la riforma del 2022 non abbia soltanto introdotto la menzione del limite ambientale, ma anche quello della tutela della salute. Tuttavia, quest'ultima, pur non trovando espresso riferimento nel precedente testo dell'art. 41 Cost. (al pari dell'ambiente), già godeva di una espressa e centrale consacrazione in un apposito articolo della Carta costituzionale, l'art. 32. Pertanto, verrebbe da domandarsi: come potrebbe la riforma del 2022 aver portato "alla ribalta" dei valori che, nonostante godessero di uno statuto *ad hoc* e di tutto rilievo nel testo costituzionale, non erano riusciti comunque a imporsi con caratteri di sovra-ordinazione gerarchica rispetto agli altri fondamentali valori costituzionali? Lo stesso dovrebbe dirsi per il valore dell'ambiente come espressione di utilità sociale. D'altronde, citando Luciani, "*La posizione - potremmo dire - pivotale del principio dell'utilità sociale (quale regolatore fondamentale dei rapporti fra politica ed economia) nell'edificio costituzionale lo colloca al livello di quei princìpi fondamentali che, se si sottraggono alla revisione*"[192].

3. La portata della riforma: il contesto dell'economia circolare e sostenibile.

Nel precedente paragrafo, abbiamo tratteggiato e sinteticamente ricostruito i delicati e complessi meccanismi di equilibrio sottesi al rapporto tra libertà di iniziativa economica ed utilità sociale. Abbiamo, altresì, visto come, per motivi inerenti alla logica di sistema della nostra Carta costituzionale, la tutela dell'ambiente sia, da tempo, stata ricondotta al concetto di "utilità sociale" e come, oggi, tale collegamento non possa dirsi stravolto per effetto della riforma all'art. 41 Cost. ex L. n. 1/2022. Nel presente paragrafo, invece, si vogliono analizzare argomenti di più ampia portata sistematica, anche di ordine filosofico-culturale e di contesto politico, che consentono di consacrare la tutela ambientale sotto la copertura costituzionale della "*utilità sociale*", secondo un'ottica che poc'anzi ci si è azzardati a definire come di "utilità ambientale". In particolare, si vuole mettere in luce come la sempre

191 F. GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., nota 5.
192 M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., 54.

maggiore centralità[193] dell'ambiente nelle politiche nazionali ed europee sia da intendere non in senso di una sua accresciuta capacità limitativa nei confronti dell'impresa, ma, piuttosto, in una logica rispondente alla promozione di un più fruttuoso equilibrio tra libertà economiche ed utilità sociale, laddove il sintagma "utilità sociale/ambientale" può passare dell'esprimere un limite a definire un'opportunità.

Come già anticipato più sopra, il presente articolo non vuole entrare nel merito di quella che potrebbe essere una complessa dissertazione sul variegato nucleo semantico dell'espressione "utilità sociale". Tuttavia, data l'importanza ai nostri fini, giova comunque riportare quanto scritto da Vaccari in merito ai primi importantissimi contributi che l'elaborazione filosofica del 1700 dette all'analisi di tale fondamentale sintagma. In particolare, dagli scritti del filosofo David Hume è dato comprendere come l'utilità sociale si riconnetta a "*ciò che favorisce la realizzazione dei nostri interessi a lungo termine, che coincidono con la possibilità di sviluppare le nostre qualità, di partecipare attivamente alla vita sociale*"[194]. Parimenti, dall'opera di Adam Smith si comprende come socialmente utili siano "*quegli schemi di azione che promuovono la redistribuzione della ricchezza favorendo il miglioramento della qualità della vita di coloro che stanno peggio*".[195] Inoltre, se è pur vero che Smith ricollega la redistribuzione della ricchezza alla teoria nota come "mano invisibile", egli non intende farne la moderna lettura neoliberista, ma ammette che la stessa debba essere affiancata da interventi correttivi del mercato, in quanto "*le restrizioni imposte al mercato poggiano su un presupposto fondamentale: l'idea che esista un bene pubblico o utilità sociale che occupa un grado superiore rispetto al benessere economico e materiale.*".[196]

Da quanto appena riportato, pare doversi desumere che l'utilità sociale è sì una condizione "artificiale", frutto di politiche legislative e dell'intervento dello stato nel sistema economico, al fine del contenimento della spinta dei fini egoistici dei singoli; tuttavia, tali politiche e tali interventi, seppur limitativi dell'iniziativa economica, non si presentano come semplici "avversari" di quest'ultima. Ciò nella misura in cui l'utilità sociale non pare sostituirsi all'iniziativa economica, ma piuttosto affiancarla, guidandola lontano dai propri errori e lasciando che vada – a quel punto spontaneamente – verso la produzione di un benessere economico che deve essere sia dei singoli, sia della collettività. Non è un caso, difatti, che già Einaudi, durante i lavori dell'Assemblea costituente che portarono all'approvazione dell'art. 41 Cost.,

193 Sulla particolare enfasi della centralità dell'ambiente in Costituzione, si veda anche L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, cit., 193-195.
194 A. VACCARI, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, cit., 3-4.
195 Ivi, 5.
196 *Ibid.*

affermasse: "*Proudhon avrebbe appreso che non è la proprietà un furto, ma è il monopolio il furto, è il monopolio il danno supremo dell'economia moderna*", così invocando "*il principio che la legge non debba essere essa stessa a creare dei monopoli*" ed affermando che "*quando poi i monopoli esistono, indipendentemente dall'opera della legge, noi dobbiamo chiedere che siano soppressi ed eliminati*".[197]

Tale impostazione è oggi certamente corroborata dall'adesione dell'Italia all'Unione Europea. Questa, infatti, fin dalle sue origini comunitarie, si è concentrata sulle libertà economiche prima ancora che sui diritti fondamentali, tanto che anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) si concentra ampiamente sulla tutela dei diritti economici, ammettendo anche che la legge possa introdurre limitazioni alle garanzie riconosciute dalla Carta stessa.[198] E, infatti, la logica di intervento pubblico è, nel diritto europeo, sì presente, ma certo non riconducibile ad una forma di avversione o di funzionalizzazione pubblicistica dell'iniziativa economica, quanto piuttosto alla sua regolamentazione in senso concorrenziale e di tutela dei consumatori.[199] Si abbraccia, in realtà, una versione dell'utilità sociale "olistica", dove il mercato stesso, seppur debitamente regolato, è portatore dell'utilità sociale e "*appare oggi sempre più anche un luogo vivo, dove non solo avvengono le contrattazioni ma in cui delle persone fisiche si incontrano e può dunque ragionevolmente considerarsi una formazione sociale ove si svolge la personalità dell'uomo riconosciuta e tutelata dall'art. 2 Cost.*"[200]. Una simile impostazione, invero, pare certamente contribuire a far visualizzare il mercato non tanto come un contraltare dell'utilità sociale, quanto piuttosto (a debite condizioni) come una imprescindibile componente della stessa.

Ora, fatta questa breve analisi non solo giuridica, ma anche filosofico-economica dell'utilità sociale e del mercato, pare a chi scrive che siano divenuti oramai evidenti le connessioni tra il concetto di utilità sociale e quella che abbiamo provato a definire come "utilità ambientale". Difatti, se si accetta che il mercato regolato possa essere visto come un ambiente che contiene in sé i presupposti dell'utilità sociale e che contribuiscono al pieno sviluppo della personalità umana, va da sé che il mercato

197 Sui punti, si richiama l'intervento di EINAUDI, nella seduta antimeridiana di martedì 13 maggio 1947, 3938-3939, dell'Assemblea Costituente.

198 M. F. RUSSO, *Libertà di iniziativa economica e dignità della persona umana*, in *magistraturaindipendente.it*, 2017, 1-3.

199 *Ibid.*; *Libertà di iniziativa economica privata*, in *www.treccani.it.*; sul punto si segnala l'intervento di RUINI nei lavori dell'Assemblea Costituente della seduta antimeridiana di martedì 13 maggio 1947, 3936, che afferma: "*La parola <<piano>> è per alcuni un feticcio, per altri uno spauracchio. Non deve essere né l'uno né l'altro. Voler negare che vi siano nella vita economica piani è un assurdo. Piano non significa soltanto piano integrale, coattivo* (...) *che sopprima l'iniziativa privata. Nella nostra Costituzione abbiamo messo che l'iniziativa economica privata è libera. Evidentemente un piano che sopprimesse l'iniziativa privata non è ammissibile.*".

200 M. F. RUSSO, *Libertà di iniziativa economica e dignità della persona umana*, cit., 6.

dovrà altresì porsi in raccordo con la tutela ambientale che, come abbiamo evidenziato, ricade sotto la clausola costituzionale della "*utilità sociale*". In buona sostanza, viene da ipotizzare come, in una moderna economia regolata, l'ambiente economico (il mercato) e quello naturalistico e paesaggistico debbano integrarsi in un unico ideale spazio, dove la personalità umana possa trovare espressione in tutti i nuclei essenziali della sua dignità: spirituale, economica, lavorativa e di rapporto con il paesaggio.

E, invero, tale impostazione sembra essere confermata da tutta la legislazione e le politiche nazionali ed europee in materia di economia circolare, sostenibilità e *green* (o *blue*) *econom*y, menzionate all'inizio del presente contributo. In particolare, con il termine "economia circolare" si allude alla "*trasformazione dell'attuale sistema economico "lineare" di produzione e consumo (estrai, produci, consuma e getta) in un nuovo sistema "circolare" (estrai, produci, consuma e riproduci), basato su un modello di sviluppo industriale il cui obiettivo è quello di preservare e mantenere il più a lungo possibile il valore dei prodotti e dei materiali nell'economia, riducendo al contempo la generazione di rifiuti non riciclabili, nonché l'eccessivo consumo di risorse primarie.*"[201]. Tale sistema è considerato un "*pilastro della green economy*"[202]. Talché, dalla definizione testé data, si intuisce chiaramente il nesso di mutuo beneficio tra mercato e ambiente: in definitiva, entrambi mirano ad un più efficiente impiego delle risorse.

D'altronde, non sorprende che la conferma di tale visione venga dell'Unione Europea, dove diritti economici e diritti fondamentali hanno da sempre convissuto su un piano assai più paritetico rispetto alla nostra Carta fondamentale. A questo riguardo, basti prendere con riferimento quanto si legge in una Comunicazione della stessa Commissione europea, ove, facendo riferimento al *Grean Deal europeo* e al concetto di *blue economy*, si afferma: "*Il Green Deal europeo invita a trasformare la nostra economia in un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva, che elimini gradualmente le emissioni nette di gas a effetto serra e tuteli il capitale naturale dell'UE. Il piano per la ripresa europea punta a promuovere la transizione verde e digitale e rendere l'economia europea più equa, più resiliente e più sostenibile per le generazioni future. L'economia blu dell'Unione europea può contribuire a conseguire gli obiettivi di questa duplice sfida: se avviata su un percorso più sostenibile, diventerà una fonte di azioni e di idee in grado di creare innovazione, stimolare una ripresa rapida e duratura e proteggere il nostro pianeta.*"[203].

201 Camera.it_XVII Legislatura_Temi dell'attività parlamentare_Green economy.
202 *Ibid.*
203 COM (2021) 240 final, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni su un nuovo approccio per un'economia blu sostenibile nell'UE. Trasformare l'economia blu dell'UE per un futuro sostenibile*, 1.

È evidente, pertanto, come il contesto delle moderne politiche legislative – il cui indirizzo il legislatore costituzionale ha cercato di recepire con la riforma del 2022 – non veda tanto il tentativo di apporre nuovi vincoli all'iniziativa economica privata, sacrificandola in nome dell'ambiente, quanto piuttosto di portare nel mercato le prospettive di crescita legate all'ambiente stesso, con mutuo beneficio di entrambi gli "ambienti" (economico e naturale). In buona sostanza, l'ambiente da limite diventa opportunità, come espressamente affermato nella Comunicazione della Commissione sopra citata: "*L'idea ormai superata dell'antagonismo tra protezione dell'ambiente ed economia viene progressivamente sostituita dalla consapevolezza che, soprattutto nel settore marittimo, gli interessi ambientali e quelli economici sono intrinsecamente correlati*"[204]. D'altronde, ciò si confà con l'analisi che è stata proposta dell'evoluzione delle politiche legislative in materia di industria e inquinamento: da un'economia fondata sull'indiscriminato sfruttamento delle risorse, senza alcuna attenzione per la tutela ambientale ed il corretto smaltimento dei rifiuti (c.d. *red economy*), si è passati a un'impresa che subisce il costo della tutela ambientale etero-imposta dal legislatore (c.d. *green economy*), sino ad arrivare all'economia in cui l'ambiente diviene un "*driver dello sviluppo economico ed istituzionale*", non venendo più percepito come limite, ma piuttosto come elemento di promozione (c.d. *blue economy*)[205].

Infine, come non citare seppur brevemente l'appena annunciato piano di *REPowerEU*, nato per sostenere e rilanciare l'economia del mercato europeo, a seguito delle violente perturbazioni causate dalle recenti crisi pandemiche e, ora soprattutto, belliche. Difatti, in questo caso si parla sì di un "piano", ma non certo di una forma di programmazione volta a deprivare l'impresa del suo spirito vitale. Tutt'altro: l'ambiente (già di per sé da tutelare) trova ragione d'essere come *booster* economico, mirando la politica europea ad "*accelerare drasticamente la transizione verso l'energia pulita e di aumentare l'indipendenza energetica dell'Europa da fornitori inaffidabili e da combustibili fossili volatili*", consentendo "*all'industria e ai trasporti di sostituire più rapidamente i combustibili fossili per ridurre le emissioni e la dipendenza.*"[206]. In questo senso, la nuova impostazione dell'economia ambientalista pare potersi sussumere non solo nell'art. 41 Cost., come novellato e sin qui interpretato, ma pure nell'ottica dell'art. 9 della Carta costituzionale al quale, per effetto della medesima Legge costituzionale n. 1/2022, è stato aggiunto il seguente periodo: "*Tutela l'ambiente, la biodiversità egli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni.* (...)".[207] Pare, insomma, che la riforma costituzionale non voglia tanto disequilibrare il rapporto tra valori economici e ambientali, quanto evidenziare come l'attuale utilità sociale non

204 Ivi, 2.
205 F. DE LEONARDIS, *Ambiente e Costituzione economica*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 4-5.
206 ec.europa.eu_ REPowerEU: energia sicura, sostenibile e a prezzi accessibili per l'Europa.
207 Legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022, art. 1.

possa esimersi dal considerare quale tipo di economia sia sostenibile per (e dalle) future generazioni: laddove un'eccessiva libertà delle generazioni di oggi non può spingersi al punto di limitare quella delle generazioni future, consumandone le risorse[208] e, pertanto, deprivandole della capacità di fruire dell'ambiente in senso sia globale: sia spirituale che economico.

4. Considerazioni conclusive.

Traendo le debite conclusioni, pare che l'attuale contesto storico ed economico abbia, gradualmente e costantemente, condotto all'indiscussa centralità dell'ambiente all'interno del dibattito politico e legislativo (finanche costituzionale). Tale sempre maggiore visibilità è stata rispecchiata dalla novellata posizione della tutela ambientale nelle disposizioni costituzionali a seguito della Legge costituzionale n. 1/2022, che ha fatto sorgere il quesito se le modifiche apportate all'art. 41 Cost. con la Legge testé citata possano essere lette come una rivoluzione della gerarchia dei valori costituzionali oppure come la più mite apposizione di un "marchio verde" (così come descritto da Cabazzi e Cassetti) su un assetto già insito nella Carta costituzionale.[209]

La risposta al suddetto interrogativo passa necessariamente attraverso argomenti trasversali all'analisi giuridica, costituzionale, politica ed economica. Quanto qui si sostiene è che le spinte ambientaliste recepite in Costituzione, nelle forme e nei termini consacrati dalla Legge costituzionale n. 1/2022, sarebbero valse a specificare il tradizionale e secolare concetto di "utilità sociale" (di cui all'art. 41 Cost.), enucleandone una fattispecie che qui si è cercato di descrivere con l'espressione "utilità ambientale". In particolare, tale ultimo sintagma manifesterebbe l'odierna particolare enfasi e centralità della tutela ambientale, quale imprescindibile elemento dello sviluppo della moderna società e, quindi, non sottacibile voce dell'utile sociale. Segnatamente, si intende come la "utilità ambientale" non si sia spinta oltre al nucleo polisemantico della clausola sulla "utilità sociale", ma abbia voluto esprimere l'urgenza di istanze già sottese alla stessa.

Il risultato sarebbe una visione dell'utile sociale tale per cui il mercato e l'ambiente si fondono in una prospettiva di ineludibile e mutuo beneficio, dovendo il mercato

208 Su tale visione "inter-generazionale" dei diritti fondamentali, si veda l'articolato ed approfondito contributo di D. PORENA, <<*Anche nell'interesse delle generazioni future*>>. *Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2022; così come, per approfondire il principio di sostenibilità, sempre D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2018.

209 Si invita a leggere, tra gli altri, i contributi di: R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, cit., 59; L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, cit., 199; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, cit., 15ss..

sostenere e promuovere l'ambiente: sia per non sottrarne la fruibilità alle future generazioni, sia per far fronte alla scarsezza di risorse da cui il mercato stesso è attanagliato. I due "ambienti", naturale ed economico, non si porrebbero in ottica gerarchica, ma di co-essenzialità e mutua assistenza: rispecchiando tanto le logiche economiche del mercato europeo, quanto il piano personalistico di sviluppo umano che è l'asse portante della nostra Carta fondamentale.

In buona sostanza, la novella costituzionale del 2022 non sembra voler stravolgere l'immutabile (ma elastico e lungimirante) impianto costituzionale, quanto porre una logica di indirizzo e promozione verso forme di equilibrio tra ambiente ed impresa che si rivelino più idonee allo sviluppo sostenibile della moderna società economica, secondo una prospettiva evolutiva di – ancora oggi – utilità sociale.

LA SENT. N. 198/2021 DELLA CORTE COSTITUZIONALE E LA PRATICA DELL'USO DEI D.P.C.M. IN EPOCA COVID-19: NON SI TRATTA DI UN'ASSOLUZIONE, ANZI.*

Ludovico A. Mazzarolli**

ABSTRACT. Lo scritto si propone di dimostrare come, al di là di ciò che è stato da più parti sostenuto, la sentenza n. 198/2021 della Corte costituzionale non ha decretato legittima la pratica dell'uso dei dd.Pp.Cc.Mm. nel corso del periodo della pandemia da *Covid-19*, ragionando di un solo decreto-legge e non della generalità dei casi che la sentenza impone di considerare diversamente da come sino ad ora è stato fatto.

ABSTRACT. *The paper aims to demonstrate how, beyond what has been argued, sentence n. 198/2021 of the Italian Constitutional Court has not declared legitimate the practice of using the dd.Pp.Cc.Mm. during the* Covid-19 *pandemic period, reasoning about a single decree-law and not about the generality of the cases that the sentence requires to consider differently from how it has been done up to now.*

SOMMARIO: 1. Premessa. - **2.** La sentenza della Corte costituzionale: il contenuto dell'ordinanza di rimessione e l'«*oggetto*» del giudizio. - **3.** Il «*punto nodale*» come proposto venti mesi or sono. - **4.** Il «*punto nodale*» come affrontato e risolto dalla Corte: le cose non stanno come le hanno raccontate. - **5.** Il «*punto nodale*» come affrontato e risolto dalla Corte: il caso del d.l. n. 19/2020 e dei dd.P.C.M. che gli hanno dato «*esecuzione*». - **5.1.** (*segue*) ... «*atti necessitati*», «*ordinanze necessitate*» e «*atti* extra ordinem». - **5.2.** (*segue*) ... perché il d.l. n. 19/2020 cit. può affermarsi costituzionalmente conforme. - **6.** Il «*punto nodale*» come affrontato e risolto dalla Corte: il caso del d.l. n. 6/2020 e dei dd.P.C.M. che gli hanno dato «*attuazione*». La questione di legittimità costituzionale non è rilevante ... ma, se lo fosse stata, sarebbe risultata anche fondata. Conclusioni.

1. Premessa.

La sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2021 (Pres. Coraggio, Red. Petitti) è stata decisa il 23 settembre, depositata il 22 ottobre e pubblicata in *Gazzetta ufficiale* il 27 ottobre[1].

** Il presente lavoro è destinato agli *Scritti in onore* di Maria Immordino, già Ordinario di Diritto amministrativo presso il Corso di Studi in Giurisprudenza, nell'Università di Palermo, in corso di pubblicazione a cura di GUIDO CORSO, ANTONIO RUGGERI, FRANCO GAETANO SCOCA, GIUSEPPE VERDE.

**** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Udine.

1 Sulla pronuncia, i lavori di M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in *Federalismi.it* n. 25/2021, pp. 80 - 86, 3 novembre 2021, in

Il giorno del deposito, l'Ufficio stampa della Corte faceva uscire un *Comunicato* così intitolato: *Emergenza Covid e dpcm: il decreto n. 19 del 2020 non ha attribuito potestà legislativa al Presidente del Consiglio.*

Prima dei due punti e in chiusura, le porzioni del titolo (*Emergenza Covid e dpcm: non ha attribuito potestà legislativa al Presidente del Consiglio*) che, a voler credere alla buona fede, hanno anche gravemente fuorviato la maggior parte dei titolisti dei quotidiani e di siti *web* più o meno consultati, nei giorni successivi alla pubblicazione del *Comunicato* e, poi, dell'intera pronuncia.

Così *Altalex*: «*DPCM: per la Consulta non è esercizio di potere legislativo*»[2].

Così il sito dell'Assemblea legislativa della Regione Emilia Romagna: «*Sentenza Corte Costituzionale 198/2021 - legittimità DPCM Covid-19*»[3].

Così il sito «*Norme e Tributi Plus*» de «*Il Sole 24 Ore*»: «*Emergenza Covid e Dpcm: nessuna potestà legislativa al premier - Legittime le sanzioni in lockdown*»[4].

Così il sito «*Quotidianogiuridico.it*»: «*Covid 19: legittima la delega governativa ai DPCM per fronteggiare l'emergenza*»[5].

Così il sito «*reteavvocatidellavoro.com*»: «*Emergenza Covid e Dpcm: nessun conferimento di potestà legislativa al Presidente del Consiglio. Corte costituzionale, sentenza n. 198/2021*»[6].

Così il sito «*www.brocardi.it*»: «*La Consulta salva la costituzionalità dei DPCM Conte. Legittima tuta la serie "infinita" di DPCM del premier Conte ai tempi della prima fase della pandemia Covid*»[7].

Così il sito «*orizzontideldirittopub.com*»: «*Parola alla Corte costituzionale: legittimi i d.P.C.m. adottati nell'emergenza Covid*»[8].

Così perfino su «*YouTube*»: «*DPCM anti-covid costituzionalmente legittimi - sentenza Corte Cost. 198/2021 (23/10/2021)*»[9].

Così il sito de «*ilriformista.it*»: «*Il paradosso dei Dpcm di Conte: erano legittimi ma basati su atti segreti*»[10].

---

https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46118&content=&content_author= e di A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta online* n. 3/2021, pp. 841 - 848, 26 ottobre 1991, in *https://www.giurcost.org/studi/saitta4.pdf*.

2 https://www.altalex.com/documents/news/2021/10/22/dpcm-per-la-consulta-non-e-esercizio-di-potere-legislativo

3 *https://www.assemblea.emr.it/biblioteca/approfondire/selezioni-proposte/dalla-corte-costituzionale*

4 *https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/emergenza-covid-e-dpcm-nessuna-potesta-legislativa-premier--legittime-sanzioni-lockdown-AExXdlr?refresh_ce=1*

5 *https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2021/10/27/covid-19-legittima-la-delega-governativa-ai-dpcm-per-fronteggiare-l-emergenza*

6 *https://reteavvocatidellavoro.com/category/novita-di-giurisprudenza/page/2/*

7 *https://www.brocardi.it/notizie-giuridiche/consulta-salva-costituzionalita-dpcm-conte/2601.html*

8 *https://orizzontideldirittopub.com/category/dibattiti/*

9 *https://www.youtube.com/watch?v=N5LAXpFXCZw*

10 *https://www.ilriformista.it/il-paradosso-dei-dpcm-di-conte-erano-legittimi-ma-basati-su-atti-segreti-256328/*

Così il sito «*ilsussidiario.net*»: «*Dpcm Covid legittimi: sentenza Consulta/ "Giusta multa per chi violò lockdown"*»[11].

Sono tutti titoli sbagliati. Talvolta sbagliatissimi.

Il titolo giusto, ma certo meno sensazionalistico ?

P. es. quello adoperato dal sito «*dirittodelrisparmio.it*»: «*Corte Costituzionale: le disposizioni del D.L. n. 19/2020 non sono incostituzionali (sentenza n. 198/2021)*»[12]; dal sito «*ildirittoamministrativo.it*»: «*Emergenza Covid e DPCM: il Decreto n. 19 del 2020 non ha attribuito potestà legislativa al Presidente del Consiglio. Pronuncia della Consulta*»[13], oppure, volendo rimanere più sul vago, ma senza dare false informazioni, quello dal sito «*italiaoggi.it*»: «*Emergenza Covid e dpcm, la sentenza della Consulta 198-2021*»[14].

2. La sentenza della Corte costituzionale: il contenuto dell'ordinanza di rimessione e l'«*oggetto*» del giudizio.

Chi ha promosso la questione in via incidentale avanti la Corte, è stato il Giudice di pace di Frosinone[15], con un'ordinanza di rimessione datata 23 dicembre 2020[16].

Oggetto dell'ordinanza, gli artt. 1, 2 e 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6[17], convertito, con modificazioni, nella legge 5 marzo 2020, n. 13[18], e gli artt. 1, 2 e 4 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19[19], convertito, con modificazioni, nella legge 22 maggio 2020, n. 35[20].

Per dirla, riassuntivamente, con le parole della Corte, il «*giudice a quo sospetta*[va] *che le disposizioni censurate viol*[assero] *gli artt. 76, 77 e 78 della Costituzione, in quanto avrebbero sostanzialmente delegato la funzione legislativa in materia di contenimento della pandemia da COVID-19 all'autorità di Governo per il suo esercizio tramite meri atti*

11 *https://www.ilsussidiario.net/news/dpcm-covid-legittimi-sentenza-consulta-giusta-multa-per-chi-violo-lockdown/2239668/*

12 *https://www.dirittodelrisparmio.it/2021/10/23/corte-costituzionale-le-disposizioni-del-d-l-n-19-2020-non-sono-incostituzionali-sentenza-n-198-2021/*

13 *https://www.ildirittoamministrativo.it/Emergenza-Covid-DPCM-Decreto-19-2020-non-ha-attribuito-potest%C3%A0-legislativa-Presidente-Consiglio-Pronuncia-Consulta/ult2389*

14 *https://www.italiaoggi.it/documenti/emergenza-covid-e-dpcm-la-sentenza-della-consulta-198-2021-1040797*

15 Nel corso di un processo tra E.I. e la Prefettura di Frosinone. E.I. aveva proposto opposizione, avanti il Giudice di Pace, avverso la sanzione amministrativa, ammontante a 400 euro, inflittagli dai Carabinieri di Trevi nel Lazio (FR) per la supposta violazione, in data 20 aprile 2020 (eravamo nel pieno del primo «*lockdown*»), del divieto di uscire di casa e di spostarsi anche all'interno del territorio comunale, di cui al decreto del Presidente del Consiglio (d.P.C.M.) datato 22 marzo 2020 e recante «*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*», pubbl. nella *Gazz. Uff.* -s.g.- 22 marzo 2020, n. 76.

16 L'ordinanza è stata iscritta al n. 27 del Registro Ordinanze 2021 e pubbl. nella *Gazz. Uff.* - 1^ s.s. - 10 marzo 2021, n. 10.

17 Reca «*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*» ed è stato pubbl. nella *Gazz. Uff.* -s.g.- 23 febbraio 2020, n. 45.

18 E' stata pubbl. nella *Gazz. Uff.* -s.g.- 9 marzo 2020, n. 61.

19 Reca «*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*» ed è stato pubbl. nella *Gazz. Uff.* -s.g.- 25 marzo 2020, n. 79.

20 E' stata pubbl. nella *Gazz. Uff.* -s.g.- 23 maggio 2020, n. 132.

amministrativi - i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri -, in contrasto "con il principio indiscusso di tipicità delle fonti-atto di produzione normativa", e al di fuori dell'unica ipotesi di emergenza costituzionalmente rilevante, quella dello stato di guerra»[21].

In particolare, e per limitarsi alle questioni di carattere più generale[22], ad «*avviso del Giudice di pace di Frosinone, le norme censurate avrebbero delegato al d.P.C.m. 22 marzo 2020*[23] *la definizione di nuovi illeciti amministrativi, così attribuendo ad esso la "forza di legge" necessaria a soddisfare il principio di legalità delle sanzioni amministrative, sancito dall'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale).* «*Sarebbe stato in tal modo "aggirato il principio cardine di cui agli articoli 76 e 77 Cost., per cui la funzione*

21 Così la pronuncia in commento, *sub* § 1. del *Ritenuto in fatto*.

22 Per tutte le altre che riguardano il rapporto tra fonti del diritto e pandemia, analizzato sotto ogni profilo, rinvio ai poco meno di 400 titoli indicati nell'utile lavoro di F. APERIO BELLA e M. MALVICINI (a cura di), *Articoli, paper e post blog apparsi in altre riviste e piattaforme online*, *Osservatorio Emergenza Covid* - 19, in *Federalismi.it*, *Rassegna di documentazione* (con aggiornamento al 21 luglio 2020), pp. 1 - 27 (*https://federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=41654&dpath=document&dfile=22072020082926.pdf&content=Covid%2D19%2E%2BRaccolta%2Bdi%2Barticoli%2C%2Bpaper%2Be%2Bblog%2Bpost%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdocumentazione%2B%2D%2B*). Anche successivamente al luglio 2020, ovviamente, sono stati pubblicati interessanti lavori in tema di fonti d'epoca Covid: v., p. es., tra i moltissimi, G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC* n. 1/2021, pp. 384 - 398, 18 febbraio 2021 (*https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2021_15_Brunelli.pdf*); M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMON, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC* n. 1/2021, pp. 400 - 421, 23 febbraio 2021 (*https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2021_16_Specchia_Lucarelli_Salmoni.pdf*); P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020, pp. 296 - 298 (*http://www.osservatoriosullefonti.it*); A. D'ANDREA, *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo*, in *Questione giustizia* 20 aprile 2020 (*https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-emergenza-sanitaria-e-il-ruolo-del-governo-qualche-preoccupazione-costituzionale-senza-disfattismo_20-04-2020.php*); V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC* n. 1/2021, pp. 268 - 277, 27 gennaio 2021 (*https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2021_8_Lippolis.pdf*); I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC* n. 1/2021, pp. 98 - 165, 12 gennaio 2021 (*https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2021_4_Nicotra.pdf*: un «*grazie*» alla gentile A. per le citazioni); A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa. Evoluzioni o consolidamento di una nuova costituzione materiale ?*, in *Rivista AIC* n. 3/2020, pp. 55 - 76, 6 luglio 2020 (*https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2020_3_Vernata.pdf*) e R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consultaonline* n. 3/2020, pp. 512 - 544, 5 ottobre 2020 (*https://www.giurcost.org/studi/romboli6.pdf*), che ringrazio per quanto ha scritto a p. 522 e 523 e cui rimando anche per la citazione di alcuni lavori non elencati nella *Rassegna* di cui appena detto, come, p. es., quelli di U. RONGA, *Il governo nell'emergenza (permanente): sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos* n. 1-2020; F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it* 22 aprile 2020; A. PERTICI, *Gli effetti della pandemia sull'esercizio dei poteri pubblici nella latitanza dei partiti politici*, in *Ragion pratica* 2020; A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos* 1/2020 e A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio cost. AIC*, 21 aprile 2020, fasc. 3/2020. In più, non mancano interi libri dedicati al tema, tra i quali, AA.VV., *Emergenza covid-19 e ordinamento costituzionale*, a cura di F.S. MARINI, G. SCACCIA, Giappichelli, Torino, 2020; A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Mucchi, Modena, 2020 e I. NICOTRA, *Pandemia*

legislativa è affidata al Parlamento, che può delegarla solo con una legge-delega e comunque giammai ad atti amministrativi" […]

«*1.3.– L'alterazione del sistema delle fonti operata dalle disposizioni censurate non potrebbe trovare giustificazione costituzionale nella necessità di far fronte all'emergenza pandemica da COVID-19, poiché l'unica ipotesi emergenziale costituzionalmente rilevante sarebbe quella dello stato di guerra, considerato dall'art. 78 Cost.*».

Secondo il rimettente, «[n]essuna altra ipotesi di emergenza, nel nostro ordinamento costituzionale, può essere fonte di poteri speciali o legittimanti fonti di produzione normativa diverse da quelle previste»[24].

3. Il «*punto nodale*» come proposto venti mesi or sono.

Molte delle questioni affrontate dal giudice *a quo* non appaiono a prima vista condivisibili, ma ce n'è una che mi è parsa sin da subito interessante e rilevante (adopero qui l'aggettivo in senso non tecnico), se non altro perché riprendeva una critica che avevo mosso sin da sùbito all'uso per così dire *disinvolto* dei d.P.C.M., come adoperati dall'Esecutivo precedente a quello oggi in carica.

Rinvio, sul punto, al quadro complessivo a suo tempo tracciato nel mio «***Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale***[25]**, riprendendo qui - per agevolare la lettura - solo la questione (centrale) che partiva dal presupposto di non volere** *azzardare* un giudizio sulle misure poi concretamente adottate, bensì manifestare più di una perplessità circa «*l'uso, per la bisogna, di un decreto legge ... di delega*»[26].

Il ragionamento allora seguìto era il seguente: non «*mi convince l'uso di una fonte che la Costituzione pretende venga adoperata "in casi straordinari di necessità e di urgenza" -che ci sono certamente -, ma dal "Governo ... sotto la sua responsabilità" (quella di cui all'art. 95, comma 2, Cost., secondo cui "I Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri"; non già quella di cui all'art. 95, comma 1, Cost., a mente del quale il "Presidente del Consiglio dei Ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile"), al precipuo scopo di adottare "provvedimenti" (id est atti puntuali) "provvisori con forza di legge"*».

Che il decreto legge esista allo scopo di operare al posto di una legge formale del Parlamento quando i tempi dettati dai *casi straordinari di necessità e di urgenza* non si accordano con i tempi delle Camere, alle quali, collettivamente, spetta l'esercizio della funzione legislativa *ex* art. 70 Cost. è cosa nota a tutti.

---

costituzionale, ES, Napoli, 2021 che sono utili anche per un ulteriore aggiornamento della oramai sterminata bibliografia sul tema.

23 Quello sulla base del quale era stata inflitta la sanzione che aveva dato origine al giudizio *a quo* (v. *supra*, nella nota 16).

24 Ivi, *sub* §§ 1.2. e 1.3.

25 In *Federalismi.it*, FOCUS - *Osservatorio Emergenza Covid-19*, n. 1 - 13 marzo 2020, pp. 1 - 20 (*https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41344*).

26 «*Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale* cit., p. 13.

Ma - dicevo - «*non è solo una questione di fonti del diritto*», perché in gioco ci sono anche la stessa forma di governo parlamentare, i fondamenti di questa e la *ratio* dell'uso dei dd.l.[27].

Dal che la critica puntuale al primo dei decreti legge della sequenza dei tredici provvedimenti normativi adottati, nel nostro Paese, all'inizio della crisi pandemica e, più precisamente, tra il 23 febbraio e la metà di marzo del 2020[28].

«d.) *Questa, però, è anche la ragione per la quale non mi sta bene il decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6 cit., nella parte in cui si auto-configura come* d.l. ... di delega *(... in parte confusa, in parte non puntuale e in parte* «in bianco» *...) dell'esercizio di poteri al Presidente del Consiglio e a suoi - uno, tre, cinque, dieci, cento ... - dd.P.C.M.*

«Proprio per quanto sottolineato nella lettera che precede *[l'uso* "ordinario" *di una* "fonte straordinaria" *nel corso di un'* "emergenza *(del pari)* straordinaria" *che si prolunga nel tempo], tutti i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che fanno dipendere la propria esistenza dalle previsioni del d.l. n. 6/2020 cit., citandolo espressamente, nel Proemio, come propria fonte giustificativa, auto-proclamano illegittimi sé stessi per violazione del* "principio di legalità" *[so bene che a molti non piace ... più, ma io ci sono ... affezionato più che altro perché spiega bene il principio di separazione dei poteri e la dipendenza del potere amministrativo da quello legislativo ...]* e al contempo dimostrano la violazione dell'art. 77 Cost. da parte del d.l. stesso …

«*Per un verso, il d.l. che delega l'attribuzione di poteri dal Governo a soggetti terzi (e lo è anche il Presidente del Consiglio !) perde la parte più importante della sua natura che è quella dell'immediatezza degli effetti che intende ottenere, essendo quelli differiti all'adozione di questo o quel d.P.C.M.*

«*A che pro', o che fine fa, p. es., la previsione di cui all'art. 77 Cost. secondo la quale il Governo deve presentare il d.l. alle Camere il giorno stesso in cui lo adotta* "per la conversione", *con siffatta urgenza che esse,* "anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni" *? E non si dica che è proprio per evitare la convocazione di Camera e Senato che non si sono adottati decreti legge al posto dei varî dd.P.C.M. summenzionati, posta la coincidenza di giorni già ricordata* supra, sub *§ 4*.

«*Per altro verso, e sul fronte opposto, i numerosi dd.P.C.M. non perdono certo la loro natura di atti tipicamente amministrativi solo perché hanno la loro fonte in un unico d.l. di*

27 *Ivi*, p. 14, ma anche 15, ove, tra l'altro: «*il ricorso agli atti di cui all'art. 77 Cost. è, e non può che essere, in una situazione come quella attuale* [scrivevo - lo ripeto - in marzo 2020], *non già l'eccezione, ma la regola. Quello è lo strumento da adoperare per casi straordinari di cui si conosce a malapena (il reale) inizio, nulla potendosi opinare circa la loro fine. Quello è il sistema per non vanificare in un attimo la separazione tra potere legislativo e potere esecutivo che la "riserva di legge" (o "alla legge", o - se non "formale" - "a un atto di forza equiparata a questa") di cui all'art. 16*» sulla libertà di circolazione e soggiorno, o - a più di un anno di distanza, lo si può ben dire - gli altri articoli della Costituzione che trattano di «*grandi libertà*», intendono tutelare. «*Posto che tutto, giorno per giorno, configura il verificarsi di "casi straordinari di necessità e di urgenza" ..., la fonte prevista dal Costituente per affrontare questi ultimi diventa, da "straordinaria" che nasce, "ordinaria" quanto all'uso che se ne fa, ma "del tutto peculiare" perché dalle misure che si adottano oggi per domani non si può tornare indietro, non essendo nemmeno in ipotesi configurabile la perdita di efficacia "sin dall'inizio" del decreto, o dei decreti che le prevedono*».

28 *Ivi*, pp. 4 - 8, con riferimento a cinque decreti -legge (23 febbraio 2020, n. 6; 2 marzo 2020, n. 9; 8 marzo 2020, n. 11; 9 marzo 2020, n. 14; 16 marzo 2020, n. 17), a sette decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (23 e 25 febbraio 2020; 1, 4, 8, 9, 11 marzo 2020) e alla legge 5 marzo 2020, n. 13.

portata tanto generale, quanto astratta (... il che non dovrebbe essere, sia posto che, se "generale" *significa non puntuale,* "astratto"*, in questo caso, vuole dire* "evanescente"*).*

«*Né si dica che si tratta di atti sottratti alla giurisdizione del giudice amministrativo* ex *art. 7 del Codice del processo amministrativo ..., cioè perché* "atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico"*, posto che non sono atti emanati dal Governo, ma dal Presidente del Consiglio che, da solo, non esercita il potere politico in una forma di governo parlamentare com'è la nostra.*

«e.) *Ma se il d.P.C.M. è e rimane provvedimento amministrativo, vale, per esso quanto già ricordato menzionando la sent. della Corte cost. n. 26/1961, nella parte in cui richiamava la precedente n. 8/1956 cit.*[29].

« […]

«g.) *In definitiva e per concludere, a rilevare, nei casi che si sono considerati, non sono tanto le misure adottate ..., ma il* quomodo *che si è scelto di seguire per adottarle …*

«*Il d.l., posta la sua natura, le sue caratteristiche e la ragione per la quale la Cost. consente che esista, non è un atto fonte primario cui si possa dare esecuzione con un atto amministrativo, perché deve esso stesso dettare norme di* immediata applicazione *...: così si può leggere anche nell'art. 15, comma 3, della l. n. 400/1988 cit., nella parte in cui dispone che i* "decreti devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo"*. E, se è evidente che quest'ultima disposizione non ha* "in sé e per sé, rango costituzionale, e non [*può*] quindi assurgere a parametro di legittimità in un giudizio davanti a questa Corte, costituisce esplicitazione della *ratio* implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost. (sentenze n. 220 del 2013 e n. 22 del 2012)"…

«*E quindi, a maggior ragione, non è atto fonte primario cui si possa dare attuazione con un atto amministrativo, il che è ciò che è effettivamente avvenuto, posto che i decreti del Presidente del Consiglio in questione non solo dettano* norme di dettaglio*, rispetto a* norme

29 La celebre sentenza 23 - 27 maggio 1961, n. 26 (che, pubblicata nella *Gazz. Uff.* 3 giugno 1961, n. 135, si richiama al precedente costituito dalla sent. 20 giugno - 2 luglio 1956, n. 8, pubblicata nella *Gazz. Uff.* 7 luglio 1956, n. 168), tratta di rapporti tra provvedimenti amministrativi, atti normativi primari su cui quelli si fondano e «*campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini garantiti dalla Costituzione*». Tra i tantissimi, sulla prima, G. LONGO, *Ordinanze di necessità e attività normativa: l'articolo 2 t.u.l.p.s. nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *Foro it.* 1957, IV, cc. 25 ss.; G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e urgenza*, in *Giur. cost.* 1956, pp. 995 e s., nonché P. BIAGI, *In tema di abrogazione di alcune norme della legge di pubblica sicurezza per contrasto con la Carta fondamentale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1956, pp. 230 ss. Sulla seconda G. AMATO, *La difficile agonia dell'articolo 2 TU. leggi di p.s.*, in *Dem e dir.* 1961, 301 ss.; V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'articolo 2 leggi di pubblica sicurezza dinnanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1961, pp. 886. ss.; C. LAVAGNA, *Sulla legittimità dell'articolo 2 TU. delle leggi di pubblica sicurezza come testo legislativo*, in *Giur. cost.* 1961, I, pp. 898. ss.; L. MONTESANO, *I provvedimenti prefettizi di urgenza e il giudizio costituzionale sui «testi legislativi ambigui»*, in *Foro it.* 1961, I, cc. 1283 ss.; M. SCUDIERO, *In tema di Ordinanze prefettizie* ex *articolo 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Foro pen.* n. 2/1962, pp. 102 ss. e su entrambe G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza* (*Dir. Cost.*), in *Noviss. dig. it.*, XII, Utet, Torino, Utet, 1965; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990, a partire, partic., da pp. 88 ss., anche per il prosieguo costituzionale della vicenda, p. 123 e, *ivi*, nota 2, nonché di recente, E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2020.

di principio contenute nel d.l. n. 6/2020 *cit., ma, addirittura a loro volta demandano l'attuazione delle proprie norme a ulteriori atti amministrativi di autorità diverse ...*».

4. Il «*punto nodale*» come affrontato e risolto dalla Corte: le cose non stanno come le hanno raccontate.

I titoli che hanno annunciato la decisione della Corte n. 198/2021 cit., alcuni dei quali sono stati sommariamente ricordati *supra*, *sub* § 1., hanno contribuito a diffondere l'impressione che il Giudice costituzionale abbia, con quella pronuncia, affrontato *tutte* le questioni sul tappeto, concludendo per la legittimità del*la delega governativa ai DPCM per fronteggiare l'emergenza*[30].

Ma questo non è vero.

E non è vero perché la Corte:

- nel merito, si pronuncia (con riferimento alla lamentata violazione degli artt. 76, 77 e 78 Cost.) sui soli artt. 1, 2 e 4 del d.l. n. 19/2020, ritenendo le questioni non fondate;

- mentre chiude già in rito la «partita» sollevata - in riferimento agli artt. 76, 77 e 78 Cost. - avverso gli artt. 1, 2 e 3 del d.l. n. 6/2020, finendo con il ritenere la questione «non rilevante»[31].

5. Il «*punto nodale*» come affrontato e risolto dalla Corte: il caso del d.l. n. 19/2020 e dei dd.P.C.M. che gli hanno dato «*esecuzione*».

Si cominci dunque con l'analizzare la ragione per la quale la Corte ritiene non fondate le questioni proposte nei confronti del d.l. n. 19/2020.

Essa non giustifica affatto la prassi dell'uso dei d.P.C.M.

Dice semplicemente, e molto più limitatamente, che tre articoli di un solo decreto legge non sono da ritenere assunti in violazione della Costituzione.

E non lo sono - si badi bene - perché *quel* d.l.:

- a) «si è posto l'obiettivo di "sottoporre a una più stringente interpretazione del principio di legalità la tipizzazione delle misure potenzialmente applicabili per la gestione dell'emergenza", e tale obiettivo ha perseguito "con una compilazione che riconduce a livello di fonte primaria il novero di tutte le misure applicabili all'emergenza stessa, nel cui ambito i singoli provvedimenti emergenziali attuativi potranno discernere, momento per momento e luogo per luogo, quelle di cui si ritenga esservi concretamente maggiore bisogno per fronteggiare nel modo più efficace l'emergenza stessa"» (così si legge nella «*Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione*») [*ivi*, § 6. del *Considerato in diritto*];

- *b)* ha effettivamente tipizzato le «*misure di contenimento*» [*ivi*, §§ 6. e 6.1., cpv. 1] e ciò coerentemente «*con l'esigenza di assicurare il corretto rapporto tra fonti primarie e fonti secondarie, soprattutto in relazione alla natura delle censure proposte dal rimettente*» [*ivi*, § 6.1.];

30 *https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2021/10/27/covid-19-legittima-la-delega-governativa-ai-dpcm-per-fronteggiare-l-emergenza*

31 Sui due atti impugnati, v. *supra sub* § 2.

- *c)* e, oltre a ciò, «*il d.l. n. 19 del 2020*» si è curato di assicurare «*ulteriori garanzie, sia per quanto attiene alla responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento, sia sul versante della certezza dei diritti dei cittadini*» [*ivi*, § 6.1., cpv. 1].

Come ?

Disponendo «... *la temporaneità delle misure restrittive, adottabili solo "per periodi predeterminati", e reiterabili non oltre il termine finale dello stato di emergenza (art. 1, comma 1)*», stabilendo che «[i]*l Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto" (art. 2, comma 5), previsione, questa, alla quale si è anteposto in sede di conversione che, salve ragioni di urgenza, "*[i]*l Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati" (art. 2, comma 1)*» e infine prescrivendo «*la pubblicazione dei d.P.C.m. nella Gazzetta Ufficiale e la comunicazione alle Camere entro il giorno successivo alla pubblicazione (art. 2, comma 5)*» [*ivi*, § 6.1., cpv. 2].

Ciò premesso, non solo le misure di contenimento sono state tipizzate dal d.l. n. 19/2020 cit., ma «*l'esercizio della discrezionalità*» amministrativa è stato anche ulteriormente delineato e limitato «*dall'indicazione di un criterio*» capace di orientarla mediante l'utilizzo dei «*principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso*» (*ivi*, § 6.2., cpv. 1)[32].

Insomma, proprio come auspicavo qualche mese fa, la Corte ha affrontato la questione ponendola sul corretto piano del rapporto tra provvedimento amministrativo e fonte primaria, alla luce del ***principio di legalità*** e ribadendo che il primo non può non trovare nella seconda non solo il proprio fondamento, ma anche i limiti, circoscritti, definiti e riconoscibili, della propria azione.

E perché la Corte si espressa come sopra riportato ?

Perché ciò che non può fare un provvedimento amministrativo, per rispettare il ***principio di separazione dei poteri***, è *travalicare i confini* fissati (anzi, prefissati) dalla legge, o da un altro atto dotato della forza di legge.

Sta *sempre* al Parlamento, e non al Governo, stabilire i limiti dell'azione amministrativa di quest'ultimo, come delle altre p.A.

Se adopera la legge, lo fa sin da sùbito.

Se lo fa lo stesso Governo, con d.l. o con d.lgs, è comunque il Parlamento che assume la decisione o a posteriori, con la legge di conversione del d.l., o a priori, nei principi e criteri direttivi o nell'oggetto di cui alla legge di delega che necessariamente precede il decreto legislativo delegato.

32 E' in tal senso - aggiunge la Corte- che «*assume rilievo - giacché supporta sul piano istruttorio la messa in atto della disciplina primaria, rendendone più concreta ed effettiva la verifica giudiziale - quanto stabilito dall'ultimo periodo dell'art. 2, comma 1, dello stesso d.l. n. 19 del 2020, cioè che, "[p]er i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020"*» (*Cons. in dir.* della sent. n. 198/2021 cit., § 6.2., cpv. 2).

Tradotto nel caso che ne riguarda in questa sede, la «*fonte primaria, pertanto, non soltanto ha*», così come doveva fare, «*tipizzato le misure adottabili dal Presidente del Consiglio dei ministri, in tal modo precludendo all'autorità di Governo l'assunzione di provvedimenti* extra ordinem*, ma ha anche imposto un criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa, che è di per sé del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa ed è molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale*» (*ivi*, § 6.2., cpv. 3).

Due notazioni circa ciò che precede e ciò che immediatamente seguirà.

A leggere la frase appena riportata, può insorgere un dubbio su ciò che la Corte chiama «*provvedimenti* extra ordinem» assunti dalla «*autorità di Governo*».

Si riferisce ai decreti legge che non si *comportano* come prevede l'art. 77 Cost. ?

O ai d.P.C.M. emanati sulla base di decreti legge «*di delega*» ?

«[A]*utorità di Governo*», infatti, è sia il Consiglio dei ministri deputato all'emanazione dei primi, sia il Presidente del Consiglio competente al varo dei secondi.

Inizialmente, alla prima lettura, mi sono posto la domanda, ma devo dire che, in ognuno dei due casi, la risposta finiva già da sùbito con l'essere la stessa.

Preferendo di gran lunga essere più sincero e più chiaro di quanto non dimostrasse (... sempre a prima vista) di essere la Corte, e volendolo esprimere in modo trasparente e non già «nebuloso» per non lasciare spazio a dubbio alcuno, penso che sia che si tratti di dd.ll., sia che di dd.P.C.M. con le caratteristiche appena cennate, ci si trova sempre e comunque di fronte ad atti, o a provvedimenti *tout court* illegittimi: nell'un caso, costituzionalmente illegittimi per violazione dell'art. 77 (ma anche, quantomeno, del 70 e del 76) e, nell'altro, illegittimi per violazione della loro fonte primaria di riferimento o di ... non riferimento.

L'idea di fonti «*ad efficacia generale*» (perché è di questi che la Corte tratta) - primarie o secondarie non importa - «*extra ordinem*»[33] induce infatti a pensare all'emergenza come tale da avere reso necessario il ricorso a fonti di per sé inesistenti, o previste dall'ordinamento a fini diversi da quelli per cui sono state adoperate, della quale cosa non v'è mai stato bisogno alcuno, posto che, pur nell'emergenza, non ci siamo mai trovati nella situazione in cui mancasse la possibilità di emanare decreti legge alla maniera stabilita dall'art. 77 Cost.[34].

5.1. (*segue*) ... «*atti necessitati*», «*ordinanze necessitate*» e «*atti extra ordinem*».

In realtà, e a ben vedere, la Corte usa quella locuzione («*extra ordinem*»), probabilmente allo scopo di anticipare e introdurre quanto dirà in prosieguo di sentenza, allorché osserverà: al «*riguardo, non può non ricordarsi che, nel dichiarare non*

33 Per natura e formazione, andrei sempre molto cauto nell'individuazione, a posteriori e immutato risultando, *ex post*, l'ordinamento di riferimento, di fonti di tale genere. Ma, per gli appassionati al tema, rinvio, per tutti, a C. DELLA GIUSTINA, *Le ordinanze* extra ordinem *durante l'emergenza Covid - 19*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it* n. 2/2020, pp. 18 - 44, che, coerentemente con l'argomento che tratta (pur criticamente), intitola uno dei paragrafi del suo lavoro: «*Covid-19: quando le regole saltano*».

34 Sul punto, ovviamente, v. anche *supra*, nella nota 30, circa quanto osservato relativamente alla sent. n. 26/1961, nonché, per tutti, il già cit. E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria* cit.

fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 20 del regio decreto 3 marzo 1934, n. 383 (Approvazione del testo unico della legge comunale e provinciale), sollevata in riferimento - tra gli altri - agli artt. 76 e 77 Cost., a proposito delle ordinanze prefettizie contingibili e urgenti, questa Corte ha fatto richiamo alla distinzione corrente tra " 'atti' necessitati" e " 'ordinanze' necessitate", aventi entrambi come presupposto l'urgente necessità del provvedere, "ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni" (sentenza n. 4 del 1977)» (*Cons. in dir.* della sent. n. 198/2021 cit., § 8).

«[A]*tti necessitati*», «*ordinanze necessitate*» e ... «*provvedimenti* extra ordinem», dunque.

Con che differenze ?

La premessa è sempre l'emergenza e la conseguente «*urgente necessità del provvedere*».

Ma, nel primo caso, la fonte primaria c'è e l'atto amministrativo *attua* (*rectius*, «*esegue*») NON adeguandosi «*duttilmente alle mutevoli situazioni*», bensì rimanendo aderente al dettato normativo primario già sufficientemente preciso.

Nel secondo caso, invece, la fonte primaria del pari c'è, ma l'atto amministrativo la *attua* (*rectius*, «*esegue*»), adeguandosi «*duttilmente alle mutevoli situazioni*», perché il dettato normativo primario non è affatto preciso, com'è, p. es., negli artt. 5 («***Attribuzioni del Presidente del Consiglio dei ministri***»), co. 1, e 25 («***Ordinanze di protezione civile***») del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 («*Codice della protezione civile*»), tenendo presente che l'emanazione di dette ordinanze compete al Presidente del Consiglio dei ministri, così com'è per i d.P.C.M[35].

Il terzo caso, infine, quello dei «*provvedimenti* extra ordinem», rappresenta una variante del secondo e, più precisamente, la variante che - contrariamente a ciò che accade nel secondo - rende l'atto illegittimo. La fonte primaria ancora una volta c'è, ma il potere esercitato in via amministrativa, non è di ordinanza, bensì provvedimentale e, soprattutto, non è «*sufficientemente tipizzato*»[36], giacché *attua* e non *esegue*[37].

5.2. (*segue*) ... perché il d.l. n. 19/2020 cit. può affermarsi costituzionalmente conforme.

In definitiva e in «*sostanza, il d.l. n. 19 del 2020, lungi dal dare luogo a un conferimento di potestà legislativa al Presidente del Consiglio dei ministri in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., si limita ad autorizzarlo a dare esecuzione alle misure tipiche previste*»[38].

35 E, non per niente, è proprio alle «*ordinanze necessitate*» che la Corte torna, nella sentenza che qui interessa, *sub* § 8.1 del *Cons. in dir.*, affermando, appunto, che l'esempio più calzante è dato «... *dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle "ordinanze necessitate" (a contenuto libero), seguito dal codice della protezione civile ...*».

36 Le parole sono della Corte: *ivi, sub* § 9.

37 Queste, invece, sono mie.

38 *Cons. in dir.* della sent. n. 198/2021 cit., § 6.3.

Le parole sono importanti.

Il decreto legge non è illegittimo, perché:

a) non conferisce potestà legislativa al Presidente del Consiglio dei ministri;

b) ma si limita ad «*autorizzarlo*» a dare **«*esecuzione*» a «*misure tipiche*»** (nel senso di «*già definite*») previste dal d.l.

Il che significa che, per la Corte cost., è (o sarebbe) costituzionalmente illegittimo ogni decreto legge:

a I) che conferisca potestà legislativa al Presidente del Consiglio dei ministri (anche questo lo spieghiamo agli studenti del primo anno, pur solo leggendo l'art. 1 delle *Preleggi*: una fonte primaria non crea, né legittima mai l'esistenza di un'altra fonte primaria, posto che le categorie delle fonti derivano sempre e solo dalle fonti gerarchicamente ad esse sovraordinate[39]);

b I) che non si limiti ad «*autorizzare*» il Presidente del Consiglio dei ministri a dare «*esecuzione*» a «*misure tipiche*», cioè «*pre-definite*», previste dal d.l.; ma che, in un modo (espressamente) o nell'altro (non prevedendo ciò che è suo dovere prevedere), faccia sì che il Presidente non *esegua*, ma *attui*.

Non solo, ma, attenzione all'inciso che evidenzio nel passaggio che segue:

«*Il d.l. n. 19 del 2020,* a differenza del d.l. n. 6 del 2020*, ha infatti specificamente previsto quali misure di contenimento le "limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni" (art. 1, comma 2, lettera a)* »[40].

La Corte sta sempre argomentando relativamente alla declaratoria di infondatezza della questione sollevata avverso il *solo* d.l. n. 19/2020 e osserva come quest'ultimo abbia *specificamente previsto* le *misure di contenimento*. E' stata quindi la fonte primaria, e non il d.P.C.M., a «*tipizzare*», il che «*rivela la sua importanza sul piano del sistema delle fonti proprio riguardo alla misura di contenimento la cui violazione è oggetto del giudizio a quo, cioè il divieto di allontanamento dall'abitazione senza giustificato motivo*»[41].

Il d.P.C.M. 10 aprile 2020, per parte sua, si è limitato, a fronte di ciò, «*ad adattare all'andamento della pandemia quanto stabilito in via generale dalla fonte primaria*»[42],

---

39 Con un argomento che appare sinceramente un po' semplicistico e tautologico, lo riafferma anche la Corte nella sentenza in esame: «[r]*isulta in tal modo rispettato quanto da questa Corte affermato a proposito dell'individuazione delle fonti primarie, e cioè che, "in considerazione della particolare efficacia delle fonti legislative, delle rilevanti materie ad esse riservate, della loro incidenza su molteplici situazioni soggettive, nonché del loro raccordo con il sistema rappresentativo, una siffatta individuazione può essere disposta solo da fonti di livello costituzionale" (sentenza n. 361 del 2010)*» (ivi, § 7.1, cpv. 3). E' diverso il caso delle fonti di livello costituzionale, quando la Costituzione è *rigida*, ma non è questo né il luogo, né il momento per trattarne.

40 *Ivi*, § 7.1., cpv. 1.

41 *Ivi*, § 7.

42 *Ivi*, § 7.1., cpv. 2. Lo ha fatto prevedendo «*all'art. 1, comma 1, lettera a), che "sono consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute"*», e stabilendo, «*all'art. 8, comma 1, che tutte le disposizioni in esso contenute "producono effetto dalla data del 14 aprile 2020 e sono efficaci fino al 3 maggio 2020"*».

risultando quindi assimilabile a quelli che si sono già ricordati[43] e definiti «*atti necessitati*»[44].

E, se è vero, che «*assimilabile a*» non significa «*coincidente con*», è anche vero che, a fronte di una potestà legislativa indiscutibilmente appartenente al solo Stato, posto che la materia di che trattasi è la (o attiene alla) «*profilassi internazionale*» di cui all'art. 117, co. 2, lettera *q*), Cost., a fronte di una situazione di emergenza, «*questa Corte ha osservato che il modello tradizionale di gestione delle emergenze affidato alle ordinanze contingibili e urgenti, culminato nell'emanazione del codice della protezione civile, "se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile", essendo "ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimentali tarate su quest'ultima", come appunto accaduto "a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire"*»[45].

43 V. *supra*, nel testo, *sub* § 5.1. e nelle relative note.

44 «*Ebbene, la tassatività delle misure urgenti di contenimento acquisita dal d.l. n. 19 del 2020 induce ad accostare le stesse, per certi versi, agli " 'atti' necessitati", in quanto "emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto", sicché non è dato riscontrare quella delega impropria di funzione legislativa dal Parlamento al Governo che il rimettente ipotizza nel denunciare la violazione degli artt. 76 e 77 Cost.*»: *Cons. in dir.* della sent. n. 198/2021 cit., § 8., cpv. 2.

45 Così la sent. n. 198/2021 cit., § 8.1.1., facendo riferimento al proprio recente precedente costituito dalla pronuncia 24 febbraio - 12 marzo 2021, n. 37. E' quella che, pubbl. in *Gazz. Uff.* - 4^ s.s. – 17.03.2021, n. 11, ha dichiarato «*la illegittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 4, commi 1, 2 e 3 della legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza)*». «[A]*ccertato che si verte in materia affidata alla competenza legislativa esclusiva statale*», le predette disposizioni risultavano adottate in contrasto con l'art. 117, co. 2, lettera *q*), Cost. (ivi, § 13. del *Cons. in dir.*), essendo tra l'altro noto «*che il principio di leale collaborazione non è applicabile alle procedure legislative, ove non imposto direttamente dalla Costituzione (ex plurimis, sentenza n. 233 del 2019)*» (ivi, § 17. del *Cons. in dir.*). Sulla sent., v., tra gli altri, G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione"*, in *Forum di Quad. cost.* n. 3/2021, pp. 102 - 129 (23 luglio 2021) [*https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2021/07/06-Boggero-FQC-3-21.pdf*]; B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it* n. 11/2021, pp. 1 - 5 (21 aprile 2021) [*https://www.federalismi.it/...*]; A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, "annichilimento" della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile ?*, in *Forum di Quad. cost.* n. 2/2021, pp. 311 - 326 (23 giugno 2021) [*https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2021/07/20-Cardone-FQC-2-21.pdf*]; C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione Giustizia* 2021, pp. 1 - 7 (13 aprile 2021) [*https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-regionalismo-autarchico-e-incostituzionale*]; G. COINU, *Un nuovo capitolo nel variegato conflitto Stato-Regioni: le ordinanze regionali «contro» gli spostamenti verso le seconde case*, in *Federalismi.it* n. 14/2021, pp. 31 - 42 (2 giugno 2021) [*https://www.federalismi.it/...*]; A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Italian Papers on Federalism* n. 1/2021, pp. 1 - 16 [*https://www.ipof.it/wp-content/uploads/2021/07/DAtena-IPOF-1-21.pdf*]; F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia. Sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere ?*, in *Costituzionalismo.it* n. 1/2021, pp. 82 - 136 [*https://www.costituzionalismo.it/wp-content/uploads/2.-Fasc.1-2021-Grandi.pdf*]; G. LAVAGNA, *Il Covid-19 e*

Ciò posto e posto che «*come rilevato anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per l'annullamento di alcuni d.P.C.m. attuativi del d.l. n. 19 del 2020 (parere 13 maggio 2021, n. 850), la legislazione sulle ordinanze contingibili e urgenti e lo stesso codice della protezione civile non assurgono al rango di leggi "rinforzate", ... il Parlamento ben ha potuto coniare un modello alternativo per il tramite della conversione in legge di decreti-legge che hanno rinviato la propria esecuzione ad atti amministrativi tipizzati*»[46].

Ma - e questo *è* il punto nodale - il d.l. n. 19 del 2020 (e solo esso !) è stato dichiarato esente da vizi di legittimità costituzionale, perché:

a) «*... la legislazione sulle ordinanze contingibili e urgenti e lo stesso codice della protezione civile non assurgono al rango di leggi "rinforzate", sicché il Parlamento ben ha potuto coniare un modello alternativo per il tramite della conversione in legge di decreti-legge che hanno rinviato la propria esecuzione ad atti amministrativi tipizzati*»[47];

---

le Regioni. Uso e «abuso» delle ordinanze «extra ordinem» dei Presidenti regionali, in *Federalismi.it* n. 17/2021, pp. 94 - 121 (14 luglio 2021) [*https://www.federalismi.it/...*]; A. LO CALZO, *Stato e Regioni di fronte alla Corte costituzionale nell'emergenza da Covid-19. Riflessioni in tema di fondamento e prassi del potere di sospensiva nel giudizio in via principale, in* GdP - *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2021, pp. 85 - 128 (24 giugno 2021) [*https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Antonello_Lo_Calzo_-_Stato_e_Regioni_di_fronte_alla_Corte_costituzionale_nell_emergenza_da_Covid-19.pdf*]; A. MAZZOLA, *Il diritto alla salute tra dimensione individuale e dovere sociale*, in *Consulta online* n. II/2021, pp. 629 - 648 (22 luglio 2021) [*https://www.giurcost.org/studi/mazzola2.pdf*]; G. MAZZOLA, *Gli attuali rapporti fra Stato e Regioni: collaborativi o conflittuali ?*, in *Nomos* n. 1/2021, pp. 1 - 20 [*https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2021/06/...*]; G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum di Quad. cost.* n. 2/2021, pp. 87 - 110 (13 maggio 2021) [*https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2021/05/10-Menegus-FQC-2-21.pdf*]; M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta online* n. I/2021, pp. 329 - 337 (26 aprile 2021) [*https://www.giurcost.org/studi/mezzanotte3.pdf*]; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale ? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quad. cost.* n. 2/2021, pp. 10 - 18 (17 aprile 2021) [*https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2021/04/02-...Morana-FQC-2-21.pdf*]; R. NIGRO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *Diritti Regionali* n. 2/2021 (5 giugno 2021) [*https://www.dirittiregionali.it/wp-content/uploads/2021/06/documento-integrale.pdf*]; C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in *Le Regioni* nn. 1-2/2021, pp. 169 - 183; A. POGGI - G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Osservatorio cost. AIC* n. 4/2021, pp. 231 - 261 (6 luglio 2021) [*https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2021_4_09_PoggiSobrino.pdf*]; E. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti* n. 1/2021, pp. 1 - 24 [*https://www.osservatoriosullefonti.it/materiali-e-schede/n-1-2021/1621-...*]; C. SALAZAR, *La prima volta. La Corte costituzionale sospende l'efficacia della legge valdostana «anti-D.P.C.M.»*, in *Quad. cost.* n. 2/2021, pp. 418 - 420; G. VESPERINI, *La giurisprudenza amministrativa e la pandemia*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 3/2021, pp. 294 ss.; A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in *Federalismi.it* n. 10/2021, pp. 309 - 329 (7 aprile 2021) [*https://www.federalismi.it/...*].

46 Così la sent. n. 198/2021 cit., § 8.1.2.

47 *Ibidem*, cpv. 1., facendo rinvio a un parere espresso dal «*Consiglio di Stato in sede consultiva su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per l'annullamento di alcuni d.P.C.m. attuativi del d.l. n. 19 del*

b) «*non ha... conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa*»;

c) non ha conferito al Presidente del Consiglio dei ministri «*poteri straordinari da stato di guerra in violazione dell'art. 78 Cost.*»;

d) ma ha unicamente attribuito al Presidente del Consiglio dei ministri «*il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati*»[48].

6. Il «*punto nodale*» come affrontato e risolto dalla Corte: il caso del d.l. n. 6/2020 e dei dd.P.C.M. che gli hanno dato «*attuazione*». La questione di legittimità costituzionale non è rilevante ... ma, se lo fosse stata, sarebbe risultata anche fondata. Conclusioni.

La Corte nel sottolineare quanto precede allo scopo di assolvere il d.l. n. 19/2020 (ma solo quello !) dalle accuse mossegli di illegittimità costituzionale, ha, per converso, indicato anche quali sono i vizi che *rendono, renderebbero, hanno reso* costituzionalmente illegittimo/i uno o più degli altri «*decreti di delega*» adottati dal Governo nel corso del 2020.

Non torno partitamente sui suoi contenuti[49], ma il d.l. n. 6/2020 cit. ha moltissime, se non tutte, le caratteristiche che la Corte enumera, *a contrariis*, per *salvare* il d.l. n. 19/2020 cit.

Perchè il punto vero qual è ? In che consiste ?

Nello «spazio» che i due atti dotati della forza di legge lasciavano ai dd.P.C.M. che su quelli si fondavano.

L'assolto (il d.l. n. 19/2020 cit.) conteneva «*misure da eseguire*» da parte dell'autorità amministrativa.

Ma il precedente (il d.l. n. 6/2020 cit.) conteneva, per un verso, «*misure da attuare*» da parte dell'autorità amministrativa e, per altro verso, «*spazi in bianco*» da riempire a totale discrezionalità di questa.

La prova ?

Come da poco già accennato, la si rinviene nella stessa sent. della Corte in esame.

Perché se è vero che la Corte non si addentra nell'esame del d.l. n. 6/2020 cit., giudicandolo non rilevante ai fini del giudizio *a quo* (sul che non le si può certo dare

---

2020». Il parere è della sez. I, è datato 13 maggio 2021, e reca il n. 850, su Adunanza del 28 aprile 2021: «*... la nuova decretazione d'urgenza, ritualmente convertita in legge, ha infatti prodotto norme di rango primario in tutto e per tutto equiordinate, quanto a forza e valore di legge, rispetto a quelle la cui violazione viene dedotta come motivo di censura. Né la legge sul sistema sanitario nazionale del 1978, né quella sulla protezione civile sono leggi (così dette) "rinforzate", sicché nulla vieta, a Costituzione vigente, che una successiva norma primaria (non importa se introdotta direttamente dal Parlamento con una legge ordinaria o, in prima battuta, dal Governo, con lo strumento del decreto-legge, poi validamente convertito in legge dal Parlamento) possa derogare alle previsioni di tali, anteriori, leggi ordinarie*» (§ 6.6.1.). [Il parere si può leggere in *https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/...*].

48 Sent. n. 198/2021 cit., § 9.

49 Rinvio a quanto già dettone *supra*, *sub* §§ 2., 3., 5.2. e, se si crede, al già cit. mio «*Riserva di legge*» *e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale*.

torto[50]), non è vero che di esso non sottolinei caratteri che, ove fosse stato rilevante, l'avrebbero condotta a dichiararlo costituzionalmente illegittimo.

A parer mio, il messaggio lanciato dalla Corte al Governo, o, meglio, ai Presidenti del Consiglio, è chiarissimo.

a) Sulla non (sufficiente) specificità delle sue disposizioni.

«*Il d.l. n. 19 del 2020*», infatti, «a differenza del d.l. n. 6 del 2020, *ha … specificamente previsto ... misure di contenimento ...*»[51]. Ciò significa che siccome il d.l. n. 19/2020 viene dichiarato non avere leso la Costituzione proprio perché ha così disposto, l'agire in questo modo è l'unica via, per un d.l., per non violare la Costituzione.

A ben vedere, avendolo già ritenuto e dichiarato non rilevante nel caso da decidere[52], la Corte avrebbe ben potuto ignorare, in quel contesto, il d.l. n. 6/2020 cit.

Basta leggere la frase appena riportata, eliminando l'inciso in tondo.

Non cambia niente per ciò che concerne la declaratoria di conformità a Costituzione del d.l. n. 19/2020 cit.

Ergo, l'averlo menzionato a mo' di esempio di ciò che rappresenta caratteristiche diverse da quelle che hanno consentito di «*salvare*» il d.l. n. 19/2020, ha una sua precisa ragione di essere.

b) Di «formulazione aperta» *e* «attuazione» *di quanto previsto nel decreto legge*.

Sempre nel mentre sembra limitarsi a descrivere il contenuto del d.l. n. 6/2020, al mero scopo di dichiararne la non rilevanza, la Corte fa uso di espressioni niente affatto casuali, in particolare ove raffrontate alle altre che adopera in corso di sentenza.

Nel d.l. n. 6/2002, infatti:

«*... il comma 2* [dell'] *art. 1 conteneva un'*elencazione non tassativa *delle misure adottabili, in quanto disponeva che, "*[t]*ra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti* […]*"*[53];

il «*... successivo art. 2, comma 1, prevedeva ...*, mediante formulazione "aperta", *che "*[l]*e autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono*

50 «*La fattispecie oggetto del giudizio principale viene riferita dall'ordinanza di rimessione alla contestata inosservanza del d.P.C.m. 22 marzo 2020, l'ultimo adottato in base al d.l. n. 6 del 2020.* [/] *Tuttavia, la violazione di che trattasi è stata commessa - sempre per indicazione dell'ordinanza di rimessione - il 20 aprile 2020, e a tale data il d.P.C.m. 22 marzo 2020 non aveva più efficacia, avendola perduta in data 14 aprile 2020, a norma dell'art. 8, commi 1 e 2, del d.P.C.m. 10 aprile 2020, attuativo del d.l. n. 19 del 2020.* [/] *La fattispecie oggetto del giudizio a quo non è quindi in alcun modo interessata dalle disposizioni del d.l. n. 6 del 2020, poiché verificatasi in un momento nel quale esse erano già state abrogate dal d.l. n. 19 del 2020 e, in attuazione di quest'ultimo, era già stato emanato un d.P.C.m. sostitutivo.* [/] *La riprova è fornita dal contenuto stesso del provvedimento opposto, che ha irrogato la sanzione amministrativa pecuniaria stabilita - nel contesto della depenalizzazione delle violazioni - dall'art. 4, comma 1, del d.l. n. 19 del 2020 («da euro 400 a euro 1.000»)*. [/] *Un'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 3 del d.l. n. 6 del 2020 non avrebbe, quindi, alcuna incidenza sul giudizio a quo, nel quale tali disposizioni sono inapplicabili ratione temporis.* [/] *Le questioni sollevate nei riguardi dei citati articoli vanno pertanto dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza ...*»: *ivi*, § 4.1., cc.pp.vv. 2. e ss.

51 *Ivi*, § 7.1., cpv. 1. Ne ho trattato *supra, sub* § 5.2.

52 *Ivi*, § 4.1.

53 *Ivi*, § 3.3., cpv. 1. Il «tondo» è mio.

adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1"»[54];

l'«*art. 3 regolava quindi l'*attuazione *delle misure di contenimento, affidandola essenzialmente allo strumento del d.P.C.M. ...*»[55]:

- elencazione non tassativa;
- formulazione aperta[56];
- attuazione (e non esecuzione) di misure di contenimento[57].

Alla luce di quanto esposto nei paragrafi che precedono, anche questi elementi, tutti *propri* del d.l. n. 6/2020 (e non già ricavati per converso da caratteri del d.l. n. 19/2020), inducono a ritenere che la sent. n. 198/2021 della Corte cost. non solo non abbia affatto genericamente assolto l'utilizzo fatto dei dd.P.C.M. nel corso del 2020, né quello, a dir poco «*spigliato*» della decretazione d'urgenza a mo' di delega non anomala ma illegittima, ma lo abbia piuttosto condannato (... e secondo me pure con chiarezza), eccezion fatta per i singoli casi in cui il rapporto tra un d.P.C.m. e il suo d.l. di riferimento non fosse stretto e tale da fare ritenere il primo mero atto esecutivo del secondo.

Ultima e decisiva prova di quanto qui sostenuto ?

Il deciso «*cambio di passo*» che, in argomento, ha fatto sèguito al passaggio di consegne tra i Governi Conte II e Draghi, da ben prima dell'intervento in argomento della Corte costituzionale.

Salvo errori[58], tra l'inizio dell'emergenza pandemica (gennaio 2020) e la caduta del Governo Conte II (dimissioni offerte il 26 gennaio 2021 e cessazione di ogni attività il 13 febbraio 2021), il Presidente del Consiglio ha varato, in dodici mesi e mezzo,

54 *Ivi*, § 3.3., cpv. 2. *Idem*.

55 *Ivi*, § 3.3., cpv. 3. *Idem*.

56 Nello scrivere il già ricordato lavoro di febbraio 2020, avevo lamentato l'uso di «*una delega ... in parte "in bianco"*» (v. *supra*, *sub* § 3., citazione della lettera *b*). E l' «*amicus curiae, l'associazione* "Generazioni future società cooperativa di mutuo soccorso Stefano Rodotà" *ha depositato un'opinione scritta*», ammessa con decreto presidenziale 5 luglio 2021, «*che reca argomenti favorevoli all'accoglimento delle questioni. [/] Vi si sostiene che le censurate disposizioni del d.l. n. 6 del 2020 abbiano attribuito all'autorità governativa una* "delega in bianco"» (§ 3. del *Cons. in dir.* della sent. n. 198/2021).

57 *Idem*, citazione della lettera *g*), partic. in chiusura, nonché, nella sent. n. 198/2021, i §§ 6.3, cpv. 1, e 9., cpv. 1, del *Cons. in dir.*

58 Possono sempre capitare quando si fanno elencazioni: chiedo, quindi, di scusarli, se del caso.

ventitrè dd.P.C.M. variamente concernenti misure da adottare a fronte dell'emergenza stessa[59] (più altri cinque relativi a materie tipicamente da d.P.C.M.[60]).

Il Presidente Draghi (che ha prestato giuramento il 14 febbraio 2021) ha invece varato, in dieci mesi di attività[61], in tutto nove Dd.P.C.M.

Di questi, solo uno, il primo [emanato dopo 16 giorni dal suo insediamento e quindi in evidente continuità con i decreti che lo avevano preceduto (basta leggerne il titolo per rendersene conto)] appare adottato «*alla maniera*» del suo predecessore[62].

Tre certamente vertono su quelle che ho appena definito «*materie tipicamente da d.P.C.M.*»[63].

---

59 Dd.P.C.M. 23 («*Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*») e 25 febbraio 2020 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ...*»); 1 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ...*»), 4 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ...*»), 8 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ...*»), 9 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ...*»), 11 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ...*»), 22 marzo 2020 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ...*»); 1 («*Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale* »), 10 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 ...*»), 26 aprile 2020 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ...*»); 17 («*Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 ... e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*») e 18 maggio 2020 («*Modifiche all'articolo 1, comma 1, lettera cc), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 17 maggio 2020 ...*»); 11 giugno 2020 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 ... e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 ...*»); 14 luglio 2020 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 ... e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 ...*»); 7 agosto 2020 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 ... e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 ...*»); 7 settembre 2020 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 ... e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 ...*»); 13 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 ... e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 ...*»), 18 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 ... e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 ...*»), 24 ottobre 2020 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 ... e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 ...*»); 3 novembre 2020 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 ... e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 ...*»); 3 dicembre 2020 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante: "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19" e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante: "Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19", nonché del decreto-legge 2 dicembre 2020, n. 158, recante: "Disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19"*»); 14 gennaio 2021 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35 ... e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74 ... e del decreto-legge 14 gennaio 2021, n. 2, recante "Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e prevenzione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e di svolgimento delle elezioni per l'anno 2021"*»).

60 Dd.P.C.M. 18 marzo 2020 («*Nomina del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19*»); 28 marzo 2020 («*Criteri di formazione e di riparto del Fondo di solidarietà comunale 2020*»); 4 aprile 2020 («*Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di* fake news *relative al COVID-19 sul* web *e sui* social network»); 10 aprile 2020 («*Istituzione del Comitato di esperti in materia economica e sociale*»); 12 maggio 2020 («*Integrazione del Comitato di esperti in materia economica e sociale*»).

Uno è «*attuativo*», sì, ma di un singolo comma di un singolo articolo di un solo decreto legge[64] e un altro vara «*linee guida*», ma «[a]*i sensi dell'art. 1, comma 5, del decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127*»[65], in entrambi i casi sussistendo quello stretto collegamento con la fonte primaria richiesto dalla Corte e, nel secondo, ponendo anche in essere una misura «*facoltativa*»[66].

Due sono d.P.C.M. di modifica di d.P.C.M. (e quindi la fonte non poteva che essere la stessa)[67] e uno è, forse, ... *discutibile*[68].

Anche ciò posto, allora, non mi chiedo tanto perché il Governo in carica abbia ritenuto di agire in questo modo, ma continuo a domandarmi, piuttosto - anzi lo faccio a maggiore ragione dopo la sent. n. 198/2021 della Corte - , perché il precedente abbia agìto in quell'altro. Ma, ancor prima e di più, perché la maggioranza parlamentare (che coincide in buona parte con quella che sostiene l'attuale Esecutivo) sul cui appoggio esso si è retto per un anno di pandemia, abbia consentito che così procedesse.

---

61 Chiudo il presente lavoro il giorno 8 dicembre 2021.

62 D.P.C.M. 2 marzo 2021 («*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19", del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante "Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19", e del decreto-legge 23 febbraio 2021, n. 15, recante "Ulteriori disposizioni urgenti in materia di spostamenti sul territorio nazionale per il contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19"*»).

63 Dd.P.C.M. 3 marzo 2021 («*Nomina del generale Francesco Paolo Figliuolo come nuovo commissario straordinario per l'emergenza Covid e l'attuazione del piano vaccinale*»); 30 giugno 2021 («*Riparto del Fondo per il sostegno delle attività economiche particolarmente colpite dall'emergenza epidemiologica, tra le regioni e le province autonome per un totale di 340 milioni di euro*»); 7 settembre 2021 [«*Proroga del termine per la presentazione della dichiarazione dei redditi relativi al periodo di imposta 2020 per i contribuenti che intendono usufruire del contributo a fondo perduto previsto dai commi da 16 a 27 dell'articolo 1 del decreto legge n. 73 del 2021 (decreto "Sostegni bis")*»].

64 D.P.C.M. 17 giugno 2021 («*Disposizioni attuative dell'articolo 9, comma 10, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, recante "Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19"*»).

65 D.P.C.M. 12 ottobre 2021 («*Adozione delle linee guida in materia di condotta delle pubbliche amministrazioni per l'applicazione della disciplina in materia di obbligo di possesso e di esibizione della certificazione verde COVID-19 da parte del personale*»).

66 «*Il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri per la pubblica amministrazione e della salute, può adottare linee guida per la omogenea definizione delle modalità organizzative di cui al primo periodo*»: così l'appena cit. art. 1, co. 5, del d.l. n. 127/2021.

67 Dd.P.C.M. 10 settembre 2021 («*Modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 17 giugno 2021, recante "Disposizioni attuative dell'articolo 9, comma 10, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, 'Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19' "* »); 12 ottobre 2021 («*Modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 17 giugno 2021, recante: "Disposizioni attuative dell'articolo 9, comma 10, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, recante 'Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19' "* »).

68 Dd.P.C.M. 23 settembre 2021 («*Disposizioni in materia di modalità ordinaria per lo svolgimento del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*»), il cui art. 1 così dispone: «*A decorrere dal 15 ottobre 2021 la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, è quella svolta in presenza*».

CONTRATTI DI FINANZIAMENTO INTERNAZIONALE E CLAUSOLE DI SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE, ANCHE NEL *COMMON LAW* INGLESE

Pierre de Gioia Carabellese* - **Simone Davini****

Abstract. I contratti di finanziamento alle imprese, spesso di tipo internazionale o transnazionale, rappresentano tipologie contrattuali più "semplici" rispetto a quelle degli strumenti finanziari derivati e delle garanzie finanziarie (i c.d. "**collaterali**"), soprattutto se rapportati alla complessità delle operazioni di finanza strutturata in senso ampio. Eppure, il connubio fra *lending*, in particolare quello "consacrato" nei documenti della maggior organizzazione internazionale di settore, la LMA (*Loan Market Association*), e le clausole il cui scopo è di implementare obiettivi di sostenibilità, può dar luogo, dal punto di vista giuridico, a nuovi orizzonti - in particolare a differenti tipologie contrattuali (il *green loan versus* il *Sustainability Linked Loan*) - come anche a specifiche problematiche interpretative. Gli uni e le altre vengono analizzati nel presente contributo, tanto da una prospettiva di diritto bancario domestico, quanto da quella del *common law* inglese, ordinamento cui spesso tali contratti sono assoggettati.

Abstract. *Loan finance, therefore lending to businesses, usually transactions of an international or transnational nature, represent categories of contracts, which are less complex than derivatives, financial collaterals or structured finance transactions, particularly if juxtaposed against securitisations. Yet, the unexpected linkage between lending, particularly the one encompassed with the Loan Market Association formats) and the clauses whose purpose is to implement sustainability goals, may engender, from a legal point of view, new scenarios. Among these, the most significant one is the new typology of transactions, green loan and sustainability linked loan. All the possible matters entailed to the green loan finance - including the way they should be construed - are discussed and analysed in this paper, from both an Italian banking law perspective, and the standpoint of English common law, legal system that quite regularly governs these contracts.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. **2.** Finanziamenti e sostenibilità **3.** *Syndicated loans* e *sustainability clauses*. **4.** *Facilities*: le caratteristiche generali. **5.** Tipologia di finanziamenti e sostenibilità. **6.** Finalità del finanziamento e *sustainability clauses*. **7.** Clausole di *representation* e *warranty* nella nuova prospettiva "sociale". **8.** Possibili linee evolutive. **9.** Conclusioni.

1. Introduzione

Un contratto di finanziamento all'impresa, erogato da una banca, rientra, nella letteratura internazionale, nella sottocategoria dei *financial contracts*. Più

** Professor (full) of Business Law and Regulation (ECU, Perth, Australia, and Advance HE, York, UK), Appointed Professor (full) of Banking and Financial Law (Beijing Institute of Technology, School of Civil and Commercial Law, Honk Kong Area China), Notary Public (Edimburgo, UK), Solicitor (UK).
****** Head of Legal and Corporate Affairs Credit Agricole Corporate & Investiment Bank, Italy.

precisamente, in ambito legale, l'attività di *loan finance* riguarda quell'area, del diritto bancario e della regolamentazione finanziaria, da cui promana la contrattualistica che viene posta in essere fra enti creditizi e imprese, per diverse finalità operative di queste ultime.

Il contratto di finanziamento o *loan contract* costituisce, altresì, una delle forme più essenziali dei contratti commerciali; in sostanza, un mutuante (o *lender*) anticipa denaro ad un mutuatario (o *borrower*) il quale è dunque obbligato a restituire i soldi in un momento successivo, usualmente e, si aggiunge, ovviamente, con la corresponsione dei relativi interessi.

Tale tipologia di contratto è stata usata sin dai tempi dei Sumeri, attorno al 3000 a.C. In quei tempi, come anche nei secoli successivi, i prestiti erano comunemente di piccola entità, di breve periodo e sottoposti a interessi molto alti. Un significativo cambiamento nell'operatività si è verificato attorno al diciottesimo secolo, allorquando con il *Wealth of Nations*, nel 1776, la principale opera del britannico ma scozzese Adam Smith, i finanziamenti hanno cominciato ad assumere una forma più simile a quella attuale, con un più ampio ammontare, una scadenza di lungo periodo e un basso tasso di interesse[1]. In ogni caso, i finanziamenti comportano la messa a disposizione del mutuatario (il *borrower)* di determinati fondi, che devono essere restituiti ad una data successiva, sicché da un punto di vista privatistico il finanziatore (il *lender*) diviene *creditor*, ed il mutuatario *debtor*[2].

I *loans* che sono discussi in questo contributo[3] sono quelli concessi da uno o più istituti di credito[4], tramite accordi che prevedono, in apposite clausole, una destinazione della relativa provvista per (o anche per) finalità di sviluppo sostenibile (ad es., per attività in favore dell'ambiente, etc.). Al riguardo, è ben noto

1 M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, 2nd ed., Routledge, London and New York, 2020, pp. 190-191.

2 Sul concetto di debito e sulle implicazioni morali e antropologiche circa lo stato di debitore, cfr. D. GRAEBER, *Debt, the First 5,000 Years*, Melville House, New York, 2011, *passim*.

3 La *loan finance* è, al momento, ancora esclusa dall'ambito di applicazione della disciplina UE in tema di sostenibilità, essendo gli altri *frameworks* normativi frattanto emanati applicabili ai *bonds*. Cfr. "Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisca gli investimenti sostenibili e recante modifica del Regolamento (UE) 2019/2088" (GUUE L. 198/13 del 22 giugno 2020). Si tratta del così detto Regolamento tassonomia, che implementa quello che è il Regolamento UE fondamentale, il Regolamento ESG, più precisamente: "Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (Testo rilevante ai fini del SEE)" (GUUE, 9 dicembre 2019 L 317/1). Questo Regolamento del 2019 si applica a una ampia gamma di prodotti, rientranti nel concetto di «prodotto finanziario»: questo comprende, fondamentalmente, a) un portafoglio gestito in forma collettiva; b) un fondo di investimento alternativo (FIA); c) un IBIP; d) un prodotto pensionistico; e) uno schema pensionistico; f) un OICVM; oppure g) un PEPP.

4 Si mette in luce in questo contributo, ma la dottrina lo ha già ampiamente evidenziato, che vi sono nuove forme di concessione del credito, fra cui il *peer-to-peer lending*.

che l'obiettivo di sviluppo sostenibile dell'economia[5] è ormai da alcuni decenni perseguito in maniera crescente a livello mondiale, macro-regionale (e.g. UE), nazionale, e locale, richiamando vieppiù l'attenzione della dottrina[6].

La LMA ha pubblicato una serie di documenti, contenenti principi e linee guida, che vanno nel senso di rendere sempre meno vaga la materia *de qua*. Tra i documenti pubblicati negli ultimi due anni, si prendono in esame i *Green Loan Principles*, le *Guidance on Green Loan Principles* e la *Guidance on Sustainability Linked Loan Principles*, accompagnati questi documenti da altri più ancillari, quali il *Green and Sustainable Lending* e il *Glossary of Terms*.

Sono evidenti le finalità non solo del *green loan*, del prestito di natura sostenibile, a sua volta diverso tecnicamente dal *Sustainability Linked Loan*[7] o "*SLL*"[8], ma più in generale del mercato dei prestiti sostenibili, volto a "facilitare e supportare attività

5 Sui fattori ESG (*Environmental, Social and Governance*), particolarmente nella loro connotazione sociale, si rimanda per tutti, in italiano, a U. BIGGERI, G. FERRI, F. IELASI, *Finanza Etica*, Bologna, 2021. In inglese, soprattutto nella accezione *"governance"*, i fattori ESG sono analizzati recentemente da B.G. PETERS, J. PIERRE, EVA SÃ¸RENSEN, J. TORFING, *A Research Agenda for Governance*, Edward Elgar, 2022.

6 Sulla sostenibilità in generale, cfr. il recente D. BUSCH, G. FERRARINI, S. GRÜNEWALD, *Sustainable Finance in Europe: Setting the Scene*, Springer, London, 2021. Cfr. anche I. H-Y CHIU, *Building a Single Market for Sustainable Finance in the EU- Mixed Implications and the Missing Link of Digitalisation*, in *Digital Finance in Europe: Law, Regulation, and Governance*, a cura di E. Avgouleas, H. Marjosola, de Gruyter, Berlin, 2022, pp. 181-211; E. AVGOULEAS, *Resolving the Sustainable Finance Conundrum: Activist Policies and Financial Technology*, in *Law and Contemporary Problems*, 2021, pp. 55-73. In italiano, un recente contributo sul rapporto fra sostenibilità e finanza è quello di P. DE GIOIA CARABELLESE, S. DAVINI, *Derivati sostenibili, "*green-washing*" e tutela legale: dallo "*stakeholder*" al "*green stakeholder*"*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021, p. 184 ss. Cfr. anche A. LAS CASAS, *Dai diritti di emissione alla finanza* green. *Le nuove frontiere per la tutela dell'ambiente*, in *TCRS*, 2021, pp. 129-150. Sullo specifico punto del rapporto fra finanza sostenibile e obbligazioni, cfr. P. CUCUMILE, *Le sfide ambientali passano anche per la finanza verde e sostenibile*, in *ildirittoamministrativo.it*, 2 novembre 2019, pp. 1-13; S. CAVALIERE, *La prospettiva dei* green bonds *per la finanza sostenibile*, in *DPER online*, 1, 2020, pp. 1-15. Sul rapporto fra Costituzione italiana e ambiente più in generale, cfr. G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Costituzione*, in *Forum Quad. cost.*, 2, 2021, p. 460 ss. (disponibile in *forumcostituzionale.it*, 25 giugno 2021); R. MONTALDO, *Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*, *ivi*, p. 441 ss. (disponibile in *forumcostituzionale.it*, 23 giugno 2021).

7 Da un punto di vista terminologico il *Sustainability Linked Loan* rappresenta una delle diverse nomenclature con cui ci si può riferire a tale prestito. Sinonimi sono *"ESG linked loan"*, *"sustainability linked loan"*, "*KPI loan*", "*SDG linked loan*". Le associazioni internazionali, peraltro, raccomandano che, per chiarezza, ci si riferisca esclusivamente al *Sustainability Linked Loan* o, nel suo acronimo, *SLL*.

8 La linea di demarcazione è evidenziata da APLMA, LMA, LTA, *Guidance on Sutainability Loan Principles*, May 2020, online. Nel caso del *green loan*, "la determinante fondamentale [..] è l'utilizzo delle somme del prestito per Progetti Verdi [come definiti]. Mentre l'uso delle somme è la componente determinante, gli altri criteri fondamentali stabiliti nel GSLP devono anche essere soddisfatti, *i.e.* i criteri per la valutazione del progetto e la selezione, la gestione delle somme e la reportistica" (traduzione dall'inglese di chi scrive). Per contro, ai sensi del *SLL*, "il *focus* consiste nella incentivazione degli sforzi del *borrower* di migliorare il suo profilo di sostenibilità, allineando i termini del prestito alla prestazione del mutuatario rispetto a *SPTs* [ovvero *target* di sostenibilità], concordati in modo congiunto, e nella misura in cui tali *target* siano rilevanti, ambiziosi, predeterminati" (traduzione non letterale dall'inglese di chi scrive).

economica sostenibile dal punto di vista ambientale"[9]. Sotto l'aspetto regolamentare, la concessione di finanziamenti rappresenta una delle due fondamentali funzioni della banca. La definizione di banca nell'ordinamento dell'Unione è ben chiara e paradigmatica ed è rinvenibile all'art. 4(1)(1) CRR[10]:*"A credit institution is an undertaking the business of which is (i) to take deposits or other repayable funds from the public and (ii) to grant credits for its own account."*

Ovviamente si esamina la seconda parte della definizione, dunque la concessione dei finanziamenti, laddove l'opposta attività, la raccolta fondi fra il pubblico, è estranea alla presente disamina, in particolare in relazione al nuovo concetto di finanziamento sostenibile, o *green loan*. Quest'ultimo, si anticipa, è "quello strumento di prestito reso disponibile esclusivamente per finanziare o rifinanziare, in tutto ovvero in parte, qualificati progetti verdi nuovi e/o esistenti"[11].

2. Finanziamenti e sostenibilità.

I prestiti o *loan* concessi da una o più banche possono essere classificati in diverso modo, a seconda delle parti coinvolte.

In primo luogo, i prestiti possono essere distinti sulla base del numero dei mutuanti coinvolti. Ad esempio, un prestito bilaterale può essere stipulato fra un mutuatario e una singola banca, mentre un *syndicated loan* (o prestito sindacato) può coinvolgere un numero significativo di banche ovvero di istituzioni. Un gruppo di *lenders* può essere relativamente piccolo, numericamente parlando (ed in tal caso sarà considerato un *"club loan" o "club deal"*), oppure potrà essere alquanto numeroso, fino ad arrivare, in casi eccezionali, a decine di *lenders*. In relazione al

9 Traduzione dall'inglese di chi scrive. Cfr. APLMA, LMA, LSTA, *Green Loan Principles*, February 2021, online.

10 In inglese, *"Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012, OJ L 176"*. Per commenti su tale normativa, si rinvia, *ex plurimis*, in italiano, a F. VELLA, G. BOSI, *Diritto ed economia di banche e mercati finanziari*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 245-292. Nella letteratura internazionale, cfr. K. ALEXANDER, *Principles of Banking Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 85-126.

11 Traduzione dall'inglese di chi scrive. Cfr. LMA, APLMA, LSTA, *Green Loan Principles*, 21 February 2021, online. Si evidenzia in altra parte del presente lavoro che il Regolamento EU 2088 del 2019 non si applica ai *loans*, ai contratti di finanziamento, ma solo ai prodotti di investimento, in particolare i "prodotti ESG" per come definiti in quel testo normativo. Non è facile né pennellare un perimetro di investimento ESG, né verificare quali dei tre fattori ESG si debbano includere. Infatti, alcuni dei fattori possono in concreto essere contradditori fra di loro, o difficili da identificare, *in primis* la componente "G" (L. MACRÌ, *La misurabilità del fattore "G"*, in *dirittobancario.it*, 11 aprile 2022. Si pensi ad una impresa che persegua obiettivi sociali, tutela dei dipendenti, che però possono risultare in contrasto con quelli ambientali, in quanto gli impianti produttivo sono molto inquinanti. È da notare che, anche da un punto di vista scientifico, vi sono aree che si prestano a discussioni circa il fatto che siano ESG o meno: il nucleare è una di queste. La contrastata inclusione del nucleare nell'atto delegato sulla tassonomia è emblematica di ciò, e il Regolamento delegato 2139 del 4 giugno 2021, come sarà modificato dalla bozza 9 marzo 2022 della Commissione ne è l'esempio. Al momento in cui si scrive non sembra che la modifica sia stata approvata.

borrower, una distinzione può essere fatta in relazione alla dimensione della società ovvero del gruppo.

Non solo: i prestiti bancari possono essere concessi a mutuatari societari ovvero governativi, ma anche a società private, piccole ovvero medio grandi. In questo contributo, l'analisi è focalizzata su prestiti concessi a grandi imprese e a enti governativi, i.e. *wholesale loan finance*.

La concessione di finanziamenti ai consumatori è stata oggetto di ampia regolamentazione da parte dell'Unione Europea, con diverse ramificazioni nel diritto privato,[12] laddove per contro la *wholesale loan finance* è stata lasciata maggiormente (e prevalentemente) libera da "gioghi" regolamentari, come anche da regolamentazione dell'Unione.

I prestiti alle imprese, dunque, a differenza di quelli ai consumatori, che sono regolamentati dal diritto del consumatore, rimangono largamente disciplinati dalla legge nazionale del contratto, che può variare in modo significativo a seconda della nazione. Analogamente, il contenuto dei finanziamenti ai consumatori viene spesso regolato da un *bouquet* di modelli contrattuali, linee guida e prassi operative (la c.d. "*soft law")* che promanano dalle associazioni di categoria di tipo nazionale (ad esempio l'ABI per l'Italia), mentre nel caso di finanziamenti internazionali, a grandi imprese, valgono solitamente le clausole generali (*standard documentation*), e le linee guida, della *Loan Market Association* ("LMA")[13].

Sulla base della documentazione della LMA, le parti sono invogliate (ma non obbligate) a optare per il diritto inglese, sebbene altri ordinamenti possano essere scelti. Ne consegue che diverse versioni della documentazione in parola sono disponibili per ognuna delle opzioni. Ciò nondimeno, la documentazione della LMA ha implementato, più recentemente, un ampio livello di armonizzazione.

In tempi recenti, si è sviluppata una industria dei finanziamenti dove il *lender* non è una banca, ma una varia tipologia di investitori. Su apposite piattaforme, dette *"peer-to-peer"*, ovvero attraverso il *"crowd-funding"*, sono i piccoli investitori a concedere finanziamenti al pubblico, con un livello di intermediazione che è molto basso. Ovviamente, questa tipologia di finanziamento, essendosi sviluppata solo di recente, non è assoggettata ad ampia regolamentazione a livello UE. Per lo sviluppo delle loro varie attività, le società solitamente si finanziano, incrementando il capitale di rischio e quello di debito. Nel primo caso, la liquidità necessaria è assicurata dal capitale sottoscritto e versato alla società; nel secondo caso, da una varietà di operazioni, inclusi i finanziamenti a breve e lungo periodo, i prestiti sindacati e i prestiti diretti da parte di investitori istituzionali.

12 Cfr., e.g., lo strumento comunitario della *Consumer Credit Directive and the Mortgage Credit Directive*. In merito a tale Direttiva dell'Unione Europea, si rimanda a M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, cit., p. 89.

13 Circa l'LMA, cfr. *ultra*, più ampiamente in questo contributo.

Tempo per tempo, una società deve stabilire quale, fra le diverse tipologie di finanza, sia la più idonea al conseguimento dei propri obiettivi. A volte, soprattutto per rilevanti operazioni finanziarie, si rende necessario ricorrere ad entrambe dette forme di finanziamento. Sia il capitale di rischio che il capitale di debito hanno caratteristiche loro proprie, che influenzano la scelta di usare una delle due o entrambe, avendo presente in particolare che i fornitori di capitale di debito, i *lenders*, assumono un minore rischio, in quanto godono di un medesimo grado di priorità (*pari passu*), ai fini della soddisfazione del loro credito, rispetto agli altri creditori, mentre i fornitori di capitale di rischio sono subordinati ai prestatori di credito, aspetto che diventa rilevante soprattutto nel caso di insolvenza. Inoltre, il capitale di debito, che nelle società europee consiste principalmente di prestiti bancari, crea per il *lender* un diritto (un *claim*) ad essere rimborsato.

Il finanziamento, poi, genera anche un interesse, che può essere deducibile fiscalmente per la società e che non è ancorato al suo profitto ovvero alle sue riserve.

Rispetto al *loan* tradizionale, per come ora descritto, il *green loan*[14] è connotato da peculiari caratteristiche. Va anche detto che ciò che viene definito linguisticamente *loan* potrebbe corrispondere, contrattualmente, ove il diritto applicabile fosse quello italiano, al mutuo, di cui all'art. 1815, comma 1, c.c.[15] Peraltro, considerato lo scopo che va a connotare il *loan* in parola, ove lo stesso fosse assoggettato alla legge italiana, circostanza non frequente, costituirebbe un mutuo di scopo. Questa è figura atipica, contrattualmente frequente nell'ordinamento italiano, in cui, con caratteristiche di sinallagmaticità, il mutuante si obbliga a consegnare, in una o più soluzioni, il capitale necessario al conseguimento di una determinata finalità, dall'altra il mutuatario si obbliga *in primis* a restituire le somme, ma anche a svolgere talune attività o progetti finalizzati strumentali allo scopo del finanziamento[16]. E d'altro canto, anche nel *common law*, quello inglese, si parla a volte di *lending purpose*, ossia di scopo del mutuo, inserita nell'ambito di una *purpose clause*, di una clausola di scopo[17]. Se lo scopo del *facility* non venga rispettato, allora si avrà un *default*, il quale consente al *lender* la *acceleration* del contratto, dunque la decadenza dal beneficio del termine, e dunque la risoluzione.

Anzi, nel caso del *green loan*, si può ritenere che questo scopo assuma un carattere essenziale, forse prevalente, e ciò potrebbe riverberarsi anche sui *dicta* da emanarsi in futuro non lontano. Di tal via, soprattutto in Italia, vi potrebbero essere Corti che, sulla scorta di tale prevalenza dello scopo sull'attività di finanziamento, potrebbero

14 Traduzione dall'inglese di chi scrive. Cfr. LMA, APLMA, LSTA, *Green Loan Principles*, 21 February 2021, online.

15 Nella moltitudine di contributi in tema di mutuo, si rimanda *ex plurimis* e da ultimo a M. TATARANO, *Il mutuo bancario*, in *Contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 1133-1214.

16 M. TATARANO, *op. cit.*, pp. 1148-1149.

17 R CRANSTON, E. AVGOULEAS, K. VAN ZWIETEN, C. HARE, T. VAN SANTE, *Principles of Banking Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 424.

arrivare a configurare il diritto alla risoluzione immediata, con conseguente obbligo al risarcimento del danno, al verificarsi appunto di eventi che pregiudichino anche in parte il conseguimento dello scopo eco-sostenibile del prestito. Si vedrà di seguito che, anche ad evitare disallineamenti fra ordinamenti, l'Unione potrebbe anche prevedere un modello normativo di *green loan* e tipologie simili, con previsione specifica delle facoltà spettanti al *lender*, e del ruolo di soggetti terzi, come i certificatori, che svolgano dunque una attività di revisione del progetto.

In *primis*, l'uso delle somme messe a disposizione del mutuatario[18]. È questo il primo elemento fondamentale del *green loan*, ove l'utilizzo dei proventi del finanziamento per progetti di natura verde, "dovrebbe essere adeguatamente descritto nei documenti finanziari e, se sussistente, nel materiale pubblicitario"[19].

In secondo luogo, il processo di valutazione e selezione del progetto[20]. Il mutuatario di un prestito verde deve chiaramente comunicare ai mutuanti gli obiettivi di sostenibilità ambientale[21] e il processo attraverso cui il mutuatario perviene a stabilire che il suo progetto rientri nelle categorie qualificate di cui all'Allegato a)[22].

18 Il primo elemento fondamentale è l'utilizzo dei proventi del finanziamento per progetti di natura verde, "i quali dovrebbero essere adeguatamente descritti nei documenti finanziari e, se sussistente, nel materiale pubblicitario".

19 Si tratta, come evidenziato nei *Green Loan Principles* (LMA, APLMA, LSTA, *Green Loan Principles*, cit.), del così detto *use of proceeds*:
"La ragione determinante di un prestito verde è l'utilizzo delle somme di un prestito per Progetti Verdi (incluse altre spese correlate e di supporto, come le R&D [dunque le Ricerche e gli Sviluppi], che dovrebbero essere descritte in modo appropriato nei documenti finanziari e se applicabili, nel materiale pubblicitario. Tutti i Progetti Verdi designati dovrebbero fornire chiari benefici ambientali, misurati dal mutuatario ed oggetto di reportistica" (*ibidem*) (traduzione dall'inglese di chi scrive).

20 Cfr. LMA, APLMA, LSTA, *Green Loan Principles*, online.

21 Viene precisato (APLMA, LMA, LTA, *Green Loan Principles*, online) che i *borrowers* "sono incoraggiati a indicare tale informativa nell'ambito dei loro obiettivi principali di imprese, di strategia, di politica e/o dei processi relativi alla sostenibilità ambientale". Si afferma inoltre che i *borrowers* "sono anche incoraggiati a comunicare i diversi *standard* verdi ovvero le certificazioni a cui gli stessi tendono a conformarsi" (traduzione dall'inglese di chi scrive).

22 Tale allegato a) o *Annex* a) comprende le seguenti categorie qualificate di Progetti Verdi, anche se l'elenco non è esaustivo: "l'energia rinnovabile; l'efficienza energetica; la prevenzione e il controllo dell'inquinamento; la gestione delle risorse naturali e dell'uso della terra sostenibile da un punto di vista ambientale; la conservazione della biodiversità terrestre e acquatica; il trasporto pulito; la gestione sostenibile dell'acqua e dei residui d'acqua; l'adattamento al cambiamento climatico; i prodotti adattabili ad una economia circolare e/o efficiente dal punto di vista ecologico; le costruzioni verdi che rientrino negli standard di certificazione riconosciuti a livello regionale, nazionale ovvero internazionale".

Terza componente del prestito verde è la corretta gestione del progetto, specie per quanto concerne le somme mutuate ai suoi fini[23], per la cui specifica evidenza è prevista l'accensione di un conto dedicato[24].

Quarto elemento del prestito verde è la reportistica (o rendicontazione che dir si voglia). Non è chiaro se la reportistica debba essere divulgata anche in apposito sito internet, per una sua adeguata pubblicità. Il *borrower* dovrebbe rendere e tenere disponibile in modo agevole l'informativa sull'uso delle somme del prestito, e ciò, in ipotesi, dovrebbe rinnovarsi annualmente fino al loro pieno impiego "e se necessario anche dopo nel caso di sviluppi significativi". Per ogni *Green Project*[25] andrebbe fornita una indicazione di come per ciascuno di esso siano state allocate le somme disponibili, con breve descrizione dei progetti, dell'ammontare allocato e dell'impatto atteso.

3. *Syndicated loans* e *sustainability clauses.*

Per ragioni sia commerciali che regolamentari, le banche possono a volte preferire non concedere un prestito troppo ampio ad un singolo *borrower*, per non incorrere in una esposizione eccessiva nei suoi confronti.[26] In relazione a ciò, due o più banche possono formare un "sindacato" e concordare sul fatto che concederanno finanziamenti ad un *borrower* sulla base di clausole comuni, disciplinate da un contratto unico esistente fra le parti[27]. Tale tipologia di finanziamento è chiamata prestito sindacato o *syndicated loan*[28]. La sindacazione è

23 Ai sensi del *Green Loan Principles* (APLMA, LMA, LTA, *Green Loan Principles*, online) le somme "di un progetto verde dovrebbero essere accreditate in un conto dedicato o altrimenti riconnesso al mutuatario in modo appropriato, sì da mantenere la trasparenza e promuovere l'integrità del prodotto" (traduzione dall'inglese di chi scrive).

24 Traduzione dall'inglese di chi scrive. Viene anche affermato (APLMA, LMA, LTA, *Green Loan Principles*, online) che, se vi sono più *tranche* del *loan*, "ogni *tranche* deve essere descritta in modo chiaro, con gli utili delle tranche verdi accreditate ad un conto dedicato o riconducibile al mutuatario in maniera appropriata" (traduzione dall'inglese di chi scrive). Da ultimo, i *borrowers* sono incoraggiati "a stabilire un processo di governo interno attraverso cui gli stessi possono individuare l'allocazione dei fondi verso Progetti Verdi".

25 Esempi di *green project* possono essere quelli di prestito in cui l'uso delle somme debba avvenire per la costruzione di una fabbrica, o unità produttiva in genere che sia a basso tasso di inquinamento. In questo caso il fattore "E", *environmental*, sarebbe accentuato. Tuttavia, potrebbe essere anche uno degli altri due fattori, quale quello *social*: un prestito le cui somme debbano essere impiegate prevalentemente per promuovere un nuovo modello aziendale in cui i lavoratori godano di livelli di retribuzione e di *welfare* sostenibili.

26 In quanto altrimenti il *lender*, da un punto di vista regolamentare, incapperebbe nei limiti sia della *"excessive leverage"* sia della *"large exposures"* dei cui alla Capital Requirements Directive - CRD. Cfr. nella dottrina internazionale M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, cit., pp. 121 ss.

27 Cfr. ad esempio C. PROCTOR, *The Law and Practice of International Banking*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 417; E.P. ELLINGER, E. LOMNICKA, C.V.M. HARE, *Ellinger's Modern Banking Law*, 5th ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 781-787.

28 Da una prospettiva italiana, i *syndicated loans* sono recentemente analizzati da G. GIANNELLI, A. DELL'OSSO, *I finanziamenti* in pool, in *Contratti bancari*, cit., pp. 1601-1673.

generalmente anticipata dalla concessione di un mandato dal *borrower* alla banca organizzatrice (*arranger*) ovvero ad un gruppo di banche organizzatrici.

Il mandato solitamente stabilisce i termini finanziari del prestito proposto[29] e autorizza l'*arranger* (o più di uno, come a volte si verifica) ad organizzare la "*syndication*", inclusa anche la possibilità di individuare altre banche disponibili a partecipare al *loan*. Nel caso di prestito di natura sostenibile (il quale dovrebbe contemplare non solo l'aspetto ambientale, ma anche quello sociale, e di buon governo della società), il mandato all'*arranger* includerà anche le clausole di sostenibilità da incardinare nel contratto di finanziamento.

I termini concreti del mandato dipendono dal tipo di mutuatario e dalla reputazione dello stesso. In generale, maggiori sono le possibilità che il *borrower* sia inadempiente nel pagamento del *loan*, ad esempio in quanto abbia una bassa reputazione, più alti saranno gli interessi che questi dovrà pagare e meno favorevoli saranno gli altri termini dell'operazione.

Le clausole di natura finanziaria sono specificate nel "*term sheet*" che stabilisce l'ammontare, i termini di rimborso, i margini di interesse, le commissioni, le clausole di natura speciale e le diverse *representations* e *warranties*[30] da prevedersi in contratto.

L'*arranger*: (a) assiste il mutuatario nella preparazione del così detto *information memorandum* concernente il *borrower* e nel fissare i termini del finanziamento da inviare a potenziali partecipanti; (b) sollecita espressioni di interesse da parte di potenziali partecipanti; e (c) negozia la documentazione del prestito.

Una volta che la documentazione è concordata, le banche stipulano il prestito sindacato con il *borrower* e nell'accordo nominano una di loro, solitamente la *leading bank*, a gestire il prestito.

La nomina di una banca ad agente della sindacazione recepisce esigenze di snellezza operativa, specie con riferimento ai pagamenti e alle comunicazioni che sono veicolate[31]. In sostanza, gli obiettivi dell'*arranger* includono la negoziazione dei termini del prestito e la partecipazione di altre banche[32], mentre gli obiettivi

29 Da tale prospettiva si possono avere diverse forme di finanziamento: *stand-by*; *evergreen*, senza termine, *bid line*, ad aste, *step-up*, caratterizzata da una prima soluzione, e poi da una seconda *tranche*. Cfr. G. GIANNELLI, A. DELL'OSSO, *op. cit.*, pp. 1601-1673.

30 Cfr. *ultra* in questo contributo.

31 A. HUDSON, *Hudson. The Law of Finance*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2013, pp. 1006-1007.

32 Non esaminato nella dottrina italiana è il ruolo dell'*arranger* in termini di responsabilità. È la dottrina internazionale che supplisce sul punto. Viene sottolineato (C. PROCTOR, *The Law and Practice of international Banking*, cit., pp. 419-420) quanto segue: "*the in some respects acts as a 'salesman' for the facility, seeking loan participations from other institutions in the market. To what extent may the arranger incur liability if it transpires that the information memorandum was incomplete or misleading, or of it has fallen short of accepted market standards in the preparation of the that document? [...] Are there any other circumstances under which the arranger may incur liability to the syndicate?*".
La risposta che viene data è che, fondamentalmente, la responsabilità può scaturire da: *misrepresentation*; *negligence*; *breach of fiduciary duties* (*ivi*, pp. 420-422).

dell'agente risiedono fondamentalmente nell'amministrazione del prestito, nella parte più esecutiva e meno strategica[33].

Nel mercato dei prestiti sindacati è prassi che ciascuna delle banche partecipanti conceda il prestito fino ad un ammontare massimo per il quale si è impegnata[34]. Pertanto, le obbligazioni di ciascuna banca non s'intendono solidali, in quanto il prestito sindacato non è inteso essere una *partnership*. Dunque, le banche non s'impegnano l'un l'altra nei confronti del mutuatario circa il fatto che l'altra o le altre adempiranno i propri obblighi.

Allo stesso tempo, le banche partecipanti devono cooperare in quanto talune decisioni devono essere prese quale gruppo durante il periodo del prestito.

Le banche aderenti al sindacato possono concordare fra di loro di delegare certe decisioni ad una maggioranza, come ad esempio il diritto di risolvere anticipatamente il prestito nel caso di un inadempimento (*event of default*). Va anche detto che le decisioni più importanti sono solitamente soggette al voto unanime.

Ai sensi del tradizionale modello di prestito sindacato, tutte le banche sottoscrivono il contratto di prestito. Tuttavia, allo stadio successivo, una banca può voler trasferire, per diverse ragioni, il proprio credito che discende dal *loan*. Ad esempio, una banca può trasferire il proprio credito, negoziandolo, al fine di osservanza del requisito di adeguatezza patrimoniale[35], ovvero per cartolarizzarlo[36].

Per tutte queste ragioni, la trasferibilità dei crediti nascenti dal *loan* è essenziale. I principali metodi di trasferimento dei crediti sono costituiti dal trasferimento della partecipazione nel prestito sindacato. Fra questi vi è tecnicamente la cessione (o *assignment*, quale categoria di diritto inglese) nella quale la banca originaria cede una porzione del credito alla nuova banca. Un'altra operazione è la *sub-participation*, nella quale la banca originaria concorda di ritrasferire alla nuova banca che subentra

33 Cfr. più ampiamente C. PROCTOR, *op. cit.*, p. 419 ss.

34 Per i prestiti sindacati da una prospettiva italiana, cfr. per tutti G. GIANNELLI, A. DELL'OSSO, *I finanziamenti* in pool, cit., pp. 1601-1674. Nella manualistica britannica, cfr. I. H-Y CHIU, J. WILSON, *Banking Law and Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 144-155. Nel *common law*, un tema teoricamente spinoso è quello della natura giuridica della relazione fra i membri del sindacato: date le caratteristiche molto informali della *partnership*, ossia delle società di persone, queste partecipazioni potrebbero dar luogo a vere e proprie forme societarie. Tuttavia, lo stesso *statute* sembra escludere una tale circostanza, sulla base del fatto che il Partnership Act 1890, legge inglese, definisce la *partnership* quale "relazione che esiste fra persone che esercitano una attività in comune al fine di realizzare un profitto". Ciò che sorge, dunque, è principalmente un *fiduciary duty* dei partecipanti, l'uno nei confronti degli altri. Il *dictum UBAF Ltd v European American Banking Corporation (The Pacific Colocotronis)* [1984] QB 713 è paradigmatico di tale dovere, in quanto sulla base di questo fu sancita la responsabilità della *arranging bank*, in quanto aveva mandato ad una delle banche del consorzio materiale relativo all'operazione, dal quale la stessa risultava allettante: circostanza smentita poi dal fatto che in realtà erano emerse rilevanti perdite.

35 Sulle regole di adeguatezza patrimoniale, si rinvia a M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, cit., pp. 122-136.

36 In tema di cartolarizzazioni, si rinvia a M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, pp. 248-282.

una quota dei rischi e dei benefici economici collegati al finanziamento, e quindi, tipicamente, una quota degli impegni di fare credito al *borrower* e dei pagamenti che questi regola verso la banca di origine. Il trasferimento può avvenire a mezzo di una cessione della posizione – che in termini inglesi si definisce sovente "*novation*", anche se non sempre comporta una vera e propria novazione (oggettiva) ai fini del diritto italiano - nella quale la banca di origine, la nuova banca e il *borrower* concordano congiuntamente di novare una porzione dell'accordo di finanziamento originario (ed i relativi diritti e obblighi) in favore della nuova banca.

In tutte queste operazioni, ed in particolare, in quelle di sindacazione, vi è un ruolo importante svolto dalla *soft law*. In proposito si richiama il ruolo della LMA, quale associazione delle banche internazionali attiva nel mercato londinese *wholesale*[37], il cui principale obiettivo è quello di armonizzare talune previsioni della documentazione per i crediti sindacati, i.e. i crediti che discendono dai prestiti concessi da un *pool* bancario.

L'armonizzazione aumenta la negoziabilità di tali crediti e riduce il costo delle negoziazioni; migliora, quindi, la liquidità, l'efficienza e la trasparenza nei mercati dei prestiti sindacati in Europa, nel Medio Oriente e in Africa.

La *Loan Market Association* non cerca di standardizzare i termini contrattuali di una specifica operazione, in quanto ciò dipende dalle circostanze strategiche delle parti. Piuttosto, la *soft law* in quest'area si focalizza sugli aspetti commercialmente meno importanti, al fine di consentire a *lenders* e *borrowers* di approfondire quelli più importanti di singole operazioni.

Nel contesto della finanza sostenibile, la LMA ha pubblicato, e poi via via aggiornato, dei modelli contrattuali (e, più in generale, degli apparati documentali) che cercano di regolamentare in maniera chiara, puntuale e misurabile la definizione ed il rispetto degli impegni di sostenibilità che i *borrower* assumono ai sensi del *green loan*[38].

Tali regole enfatizzano anche l'importanza di utilizzare un arsenale terminologico omogeneo al fine di identificare gli obiettivi di sostenibilità rilevanti per i *green loan*, onde evitare che un'eccessiva elasticità (o fantasia) redazionale finisca per rendere questi ultimi impalpabili od opachi.

Ciò è tra l'altro coerente con le recenti iniziative dell'Unione Europea finalizzate a determinare i principi, ed i criteri, per determinare se un'attività possa essere considerata ecosostenibile per un determinato investimento o finanziamento[39].

37 Sin dalla creazione della LMA nel 1996, i suoi membri sono cresciuti costantemente e, al 2020, 614 organizzazioni coprono 61 nazionalità, comprese le banche commerciali e di investimento, investitori istituzionali, studi legali internazionali, fornitori di servizi e agenzie di valutazione del merito di credito (*credit rating agency*).

38 Vedi, in particolare, i "*green loan principles*", ma anche i "*sustainability-linked loan principles*", pubblicati dall'LMA, che sono disponibili su *lma.eu.com*.

39 Vedi Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio (il Regolamento sulla Tassonomia), nonché la bozza del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui c.d. "*green*

Laddove i *green loan* contenessero impegni di sostenibilità non adeguatamente trasparenti, coerenti o misurabili, il debitore che si è impegnato a rispettarli, e le banche che lo hanno finanziato, incorrerebbero nel rischio di c.d. "*greenwashing*"[40]. Anzi, si può anche affermare che gli impegni di sostenibilità non trasparenti sono fra i fattori che alimentano più direttamente la possibilità che si concreti il *greenwashing*[41].

Alla luce del rapido ed impetuoso sviluppo che la finanza sostenibile ha avuto negli ultimi anni, il rischio di *greenwashing*[42] è oggi fortemente percepito dai protagonisti di quest'ultima, ivi incluse le Autorità di Vigilanza: non a caso, esse hanno recentemente lanciato alcune delicate indagini al riguardo, che hanno avuto un rilevante eco mediatico[43].

A tal proposito appare opportuno ricordare il documento di una delle tre Autorità dell'Unione Europea sulla normativa finanziaria, l'Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati (ESMA), del 10 febbraio 2022, incentrato appunto sul *greenwashing* e intitolato "Sustainable Finance Roadmap 2022-2024".

Il rischio in esame affligge, anzitutto, la reputazione di chi incorra in condotte di *greenwashing*, ma può, altresì, incidere costui sul piano giuridico e/o giudiziario. In

bond standards", disponibili su *eur-lex.europa.eu*.

40 Il tema del *greenwashing* è stato oggetto di intenso approfondimento. Cfr. *ex plurimis*: L. CATÀ BACKER, *The Corporate Social Responsibility of Financial Institutions for the Conduct of Their Borrowers: The View From International Law and Standards»*, in *Lewis & Clark L. Rev.*, 21, 2017, pp. 881-920; L. CATÀ BACKER,_*Transparency And Business In International Law – Governance Between Norm and Tecnique*, in *Working Papers of the Consortium for Peace and Ethichs*, 3, 2021, pp. 101-158; P. AGGARWAL, A. KADYAN, *Green Washing: The Darker Side of CSR*, in *Int. J. of Innov. Research and Prac.*, 2, 2014, pp. 22-35; W.Y.A. CHOI, *Can the Green Bond Market Reverse the Tide of «Green Washing»?: an Ecosystem Mapping of International Voluntary Governance Mechanism»*, in *archive-ouverte.unige.ch*, 2020, pp. 1-58; J. BEVASH, T. HIA, *ESG and Sustainable Finance*, in *acc.com*, 25 febbraio 2021 G. ZYCH, B. BUDKA, M. CZARNECKA, G. KINELSKI, M. WOJCIK-JURKIEWICZ, *Concept, Development, and Consequences of Greenwashing*, in *Eur. Research St. J.*, XXIV, 4B, 2021, pp. 914-922 (disponibile in *researchgate.net*); E. GIGOT, *International Law and Biofuel Issue Related To Climate Change*, in *diva-portal.org*, 2013; ISDA, *Sustainability-Linked Derivatives: KPI Guidelines*, in *isda.org*, 7 settembre 2021, pp. 1-16; COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *CMA Guidance on Environmental Claims on Goods and Services*, in *assets.publishing.service.gov.uk*, 20 settembre 2021, 146, pp. 1-54; P. TIBKE, *Greenwash Busters – ICC Defines 'Green' Updates Framework for Responsible Environmental Marketing*, in *tradefinanceglobal.com*, 6 dicembre 2021.

41 Su tale punto, si può fare riferimento, nella letteratura più recente, a F. BERTELLI, *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Giappichelli, Torino, 2022.

42 Il *Green-washing* è un neologismo dall'inglese "*Green*" ("ecologico") e "*Whitewashing*" ("imbiancare", "mascherare"), con cui si allude alla "Strategia di comunicazione o di marketing perseguita da aziende, istituzioni, enti che presentano come ecosostenibili le proprie attività, cercando di occultarne l'impatto ambientale negativo" (così Treccani online). Sul tema del "*green-washing*" vedi anche S. DAVINI, P. DE GIOIA CARABELLESE, *Derivati ESG ed altri prodotti finanziari sostenibili*, in *dirittobancario.it*, 17 giugno 2021.

43 Cfr. al riguardo, P. DE GIOIA CARABELLESE, S. DAVINI, Greenwashing, Lobbying *e D.lgs. 231/01: la faccia* "greedy" *della finanza* "greeny", in *Rivista 231*, 4, 2021, pp. 118-126. Più in particolare, si può fare riferimento al documento dell'Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati (ESMA), *Sustainable Finance Roadmap 2022-2024*, 10 febbraio 2022 (disponibile sul sito istituzionale *esma.europa.eu*.), incentrato appunto sul *greenwashing*.

particolare, le fattispecie di *greenwashing* possono determinare conseguenze anche in termini di inadempimenti contrattuali[44], di false comunicazioni sociali e/o al mercato[45], nonché di pubblicità ingannevole (ad es., se l'impegno di un determinato debitore, in favore della sostenibilità, è espresso in termini eccessivi o decettivi verso i consumatori dei suoi prodotti o servizi)[46]. Inoltre, talune, importanti, Autorità di Vigilanza, includono il rischio di *greenwashing* tra quelli che gli intermediari devono specificamente apprezzare e presidiare, anche tramite apposite politiche e procedure: diversamente, tali intermediari dovranno con ogni probabilità effettuare accantonamenti prudenziali a copertura del rischio in questione, con conseguenti costi finanziari (che si configurerebbero quindi come uno strumento indiretto di dissuasione – c.d. "*moral suasion*")[47].

4. *Facilities*: le caratteristiche generali.

Il *lender* può offrire diverse tipologie di *facility* nell'ambito di un *loan agreement*, che lo impegna a concedere un prestito al *borrower*, il mutuatario, il quale a scadenza dovrà rimborsarlo con l'aggiunta dei relativi interessi.

Il *borrower* potrà prelevare il denaro in un unico momento (*lump sum*) ovvero in tempi diversi[48].

---

44 Ad es., se il debitore di un *green loan* incorresse nel *greewashing*, esso sarebbe, con ogni probabilità, tenuto a restituire anticipatamente il prestito ricevuto ed a pagare altresì delle penalità.

45 Ad esempio, se incorre in *greenwashing* un debitore che, essendo una società quotata, presenta un c.d. "bilancio di sostenibilità" non veritiero. Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, S. DAVINI, *op. loc. ult. cit.*

46 Vedi al riguardo, S. DAVINI, S. CONTI, C. ORLANDI e F. CHRISAM, *"Eco-mark Era", "Green-washing" e pubblicità ingannevole*, in *dirittobancario.it*, 3 agosto 2021.

47 Vedi, ad es., l'intervento di F. PANFILI, Vice Capo Dipartimento Mercati e Sistemi di pagamento della Banca d'Italia, alla Settimana dell'Investimento Sostenibile e Responsabile, il 25 novembre 2021: "*Finanza sostenibile: le sfide che ci attendono*", disponibile in *bancaditalia.it/pubblicazioni*, e quello del Governatore della stessa Banca d'Italia, I. VISCO, come ricapitolato in "*Bankitalia: finanza verde a rischio greenwsahing*", disponibile in *assinews.it*, 1° ottobre 2021. La Banca d'Italia, come Istituzione, al momento non ha preso una posizione a mezzo di normativa sul tema ESG, in materia di finanziamento con tale finalità, in quanto questo compito non risulta delegato a Via Nazionale. Tuttavia, più recentemente, la Banca d'Italia ha emanato un Rapporto che, incentrato sugli investimenti sostenibili, piuttosto che sui finanziamenti, analizza le evoluzioni più recenti sul tema ESG, e il "governo" che presiede lo stesso (cfr. BANCA D'ITALIA, *Rapporto sugli investimenti sostenibili e sui rischi climatici*, in *bancaditalia.it*, 10 maggio 2022).

48 È evidente che, a fronte di un diritto inglese che manca di categorie contrattuali, il diritto italiano prevede, quale categoria corrispondente ai modelli transnazionali di *loan*, il concetto del contratto, reale, di mutuo, di cui all'art. 1813 c.c. Cfr. M. CIAN, *Le forme dell'attività: i servizi, i modelli contrattuali. I Prodotti*, in *Diritto commerciale*, IV, *Diritto del sistema finanziario*, a cura di M. Cian, Giappichelli, Torino, 2020, p. 160. Il contratto di mutuo, nell'ordinamento italiano, ma anche nel diritto inglese, non presuppone che il finanziatore sia necessariamente una banca o una finanziaria, anche se statisticamente "i mutui bancari o erogati da altre imprese finanziarie ricorrono decisamente con maggiore frequenza" (*ibidem*). Sul concetto di attività bancaria, più in generale, cfr. F. VELLA, G. BOSI, *Diritto ed economia di banche e mercati finanziari*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 105-134; C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, 3ª ed., Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 39-56.

Le tipologie contrattuali dei *loan facilities*, stante la dinamicità dell'area in parola, potranno in futuro svilupparsi ovvero divenire obsolete. Le più comuni sono quelle definite come: *term loan; revolving credit; demand loan; stand-by loan; overdraft facility*[49].

Il *term loan* è un prestito che è reso disponibile sull'assunto che sarà ripagato in specifiche rate nel corso di un determinato periodo di tempo ovvero in un'unica soluzione. In quest'ultimo caso, verrà definito "*bullet loan*". Solitamente, nell'ambito del *term loan*, il prelevamento del denaro (o *drawdown*) da parte del *borrower* è soltanto possibile in un breve periodo di tempo, dopo la conclusione del contratto o "*closing*" dell'accordo, cosiddetto periodo di disponibilità ovvero *commitment period*. Una volta ripagato, il *term loan* non può essere nuovamente utilizzato. Se le parti concordano un tasso di interesse fisso, il *term loan* è definito *fixed rate term loan*; va tuttavia evidenziato che nella maggior parte dei casi il tasso è variabile, per cui il prestito è *floating rate term loan*. Da un punto di vista economico il *floating rate term loan* è praticamente simile al *roll over term loan*, un prestito che deve essere estinto alla fine di un determinato periodo, ma che può essere concesso anche per un periodo successivo.

Il *revolving credit* è un *term loan* il cui importo può essere utilizzato in ogni momento e anche successivamente, previo parziale rimborso. Un tale *facility* è comunemente usato per bisogni di credito accresciuti per una specifica ragione o in un determinato periodo di tempo.

Il *demand loan* è un prestito disponibile da subito ma che può essere risolto in qualsiasi momento (dunque "*on demand*"), sebbene a volte venga previsto un periodo di preavviso (*notice period*), per cui l'effetto della risoluzione unilaterale non è immediato. Tale *facility* potrebbe anche essere chiamato "*uncommitted facility*", un prestito senza un impegno contrattuale da parte del *lender*; non richiede eccessiva documentazione, in quanto non comporta la previsione di talune clausole contrattuali, quali quelle degli "*events of default*", avendo il *lender* la facoltà di risolvere il contratto allorquando lo ritiene. La mancanza di un impegno da parte del *lender* costituisce un significativo svantaggio per il *borrower*. D'altro canto, considerato il trattamento a fini regolamentari per la banca mutuante, in particolare circa il requisito di adeguatezza patrimoniale, tale tipo di prestito può risultare meno costoso di *facility* dove vi sia un vero e proprio *commitment* di lunga durata.

Lo *stand-by loan* si caratterizza per la sua flessibilità: le banche si impegnano a fornire il prestito concesso a richiesta del *borrower*, per una durata predeterminata, consentendogli di prelevare la somma anche per importi parziali. Per tale impegno a mantenere la disponibilità a erogare le somme, viene addebitata al *borrower* una commissione (*commitment fee*), calcolata percentualmente sulla parte non prelevata dello *stand-by facility*.

49 Nella dottrina internazionale, questa classificazione è attribuibile a M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, cit., pp. 193-195.

L'*overdraft facility* è destinato a fronteggiare le fluttuazioni nelle esigenze di pagamento del *borrower,* ad esempio con riferimento al capitale circolante; a tal fine, può utilizzare il prestito, ripagarlo e dopo utilizzarlo ancora[50]. Differisce, quindi, dal *term loan*, che, una volta ripagato, non può essere utilizzato nuovamente.

L'*overdraft facility* può essere *committed* ovvero *uncommitted*.

Nel caso sia *committed*, i *lenders* si impegnano a prestare fino ad una somma ben specificata e per un determinato periodo di tempo, ad esempio di 12 mesi. Il *borrower* fruirebbe del prestito fino ad un determinato ammontare e per il periodo di tempo convenuto, ripagandolo quando lo voglia, con il vantaggio di poterlo utilizzare nuovamente in ogni momento durante il *committed period*. Tuttavia, il *borrower* dovrà corrispondere il *commitment fee* per la parte del *facility* non fruita, per la quale il *lender* mantiene l'impegno contrattuale[51].

Un *facility uncommitted* ovvero concesso per un periodo di *commitment* troppo breve costituirà fattore di rigidità nella gestione della finanza del *borrower*. A volte, un *overdraft facility* contiene una clausola finalizzata a far sì che il *facility* sia usato per determinati periodi di tempo e per scopi predefiniti. Dunque, l'*overdraft facility* si differenzia leggermente dal *revolving credit*, in quanto quest'ultimo è destinato a soddisfare specifiche e prevedibili esigenze di credito, mentre l'*overdraft facility* quelle temporanee e inaspettate.

Se si cala la tematica dei finanziamenti sostenibili nell'ambito della teoretica della tipologia di finanziamento ora descritta, appare chiaro che il *term loan* sembra il più idoneo a soddisfare i principi di sostenibilità, anche se, quanto meno per il *SLL*, tutte le tipologie di finanziamento, aderiscono sostanzialmente a tali principi[52]. Nella documentazione contrattuale verranno definiti gli obblighi che gravano sul mutuatario, rispetto agli obiettivi del progetto verde; progetto che, verosimilmente, verrà descritto nel *term loan* medesimo. Più in generale il *loan* connesso con la sostenibilità è coerente con la diversa tipologia di strumenti e/o crediti, come ad esempio linee di debito, garanzie, lettere di credito, anche se il *term loan* lo è in misura maggiore.

Tra le diverse tipologie di finanziamento, l'*overdraft facility* è quello meno coerente con la sostenibilità, in quanto il *borrower* in realtà non è tenuto ad un vincolo di sostenibilità, né vi sono solitamente clausole della specie a corredo del conto corrente. Peraltro, va soggiunto che, a ben riflettere, le banche in futuro potrebbero promuovere conti correnti, con relativa possibilità di sconfinamento, caratterizzati da vincoli di sostenibilità, nel senso di prevedere per l'impresa correntista un obbligo ad utilizzare lo sconfinamento solo verso determinati obiettivi sostenibili, chiaramente

50 Cfr. anche C. PROCTOR, *The Law and Practice of International Banking*, cit., p. 390.

51 Cfr. M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, cit., pp. 191-193.

52 Ciò viene chiarito espressamente dal *Guidance on Sustainability Linked Loan Principles* (cit., p. 3), il quale menziona tutte le categorie di finanziamento, *expressis verbis* il *revolving credit*, ma anche strumenti analoghi (*contingent instruments*).

indicati nel relativo contratto. Di riflesso, vi potrebbe essere anche uno scenario in cui l'impresa, per rassicurare i propri *stakeholders*, ma anche gli stessi soci, possa impegnarsi nella propria comunicazione a tenere linee di credito, inclusi gli *overdraft* appunto, soltanto con finalità di sostenibilità, a sottolineare una precisa vocazione in tal senso.

Più in generale, particolarmente per quanto riguarda i *SLL*, ma verosimilmente ciò si applica ai *green loans* più in generale, gli stessi possono essere concessi ad ogni impresa che abbia una strategia di sostenibilità, e nella misura in cui lo stesso prestito sia allineato ai quattro fondamentali principi della G*SLLP*s, quali definiti dalle linee guida internazionali[53].

In definitiva, il prestito premierà la società impegnata a realizzare gli obiettivi stabiliti nella strategia di sostenibilità[54].

5. Tipologia di finanziamenti e sostenibilità.

Il *lender* prima di concedere il prestito verifica il rischio di *default* della controparte, più in particolare il rischio che il mutuatario non lo rimborsi. Questa valutazione di rischio comporta, di solito, una indagine sugli attivi sui quali il *lender* può agire, nel caso in cui il *borrower* non fosse in grado di adempiere le proprie obbligazioni. In tal modo, la decisione del *lender* dipende dalla tipologia di finanziamento, che può essere di: *corporate finance*; *asset finance* e *project finance*[55].

L'operazione di *corporate finance* è quella in cui il *lender* non finanzia una specifica attività ma l'intera operatività aziendale; viene pertanto definita anche "*balance sheet lending*".

Teoricamente, il *corporate finance* è quello che si presta meno ad essere sostenibile, avuta presente la sua peculiare finalità che attiene all'intera attività dell'impresa da finanziare. In realtà, più che clausole di sostenibilità da prevedersi in contratto[56], vi

53 *Guidance on Sustainability Linked Loan Principles*, cit., p. 2. Ancora, queste quattro componenti sono: la connessione con la strategia complessiva di sostenibilità; la fissazione di target; la reportistica; la revisione (o controllo).

54 *Guidance on Sustainability Linked Loan Principles*, cit., p. 3. Di converso, se la società mutuataria cessa di realizzare tali obiettivi, da quel momento verranno meno gli incentivi prima concessi e al finanziamento si applicheranno maggiori interessi.

55 Anche in questo caso la classificazione è attribuibile a M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, cit., pp. 195-196.

56 Fra queste clausole contrattuali, si potrebbero contemplare, ad esempio, su fattore "governance," quelle che impegnino il mutuatario ad un particolare livello di attenzione in tema di corruzione e rispetto di normativa di diritto penale dell'impresa. La clausola dovrebbe essere non troppo vaga, né necessariamente troppo specifica, ma bilanciata in modo tale che si possa cogliere dall'esterno qual è la specifica normativa cui i mutuatari devono attenersi. L'adeguato livello di specificità nasce anche dall'esigenza di stabilire con chiarezza i presupposti di attivazione della clausola, al fine della risoluzione del *loan*.

potrebbero essere *caveat* iniziali, da inserirsi nella forma di *term sheet*[57], le quali prevedano il generale impegno del mutuatario ad agire in conformità.

Nell'operazione di *asset finance* il futuro valore di un determinato asset è l'elemento essenziale nella valutazione, da parte del *lender*, del rischio di credito. Ciò, ovviamente, ha maggiori implicazioni per le garanzie richieste e per la documentazione contrattuale.

Rispetto al *corporate finance*, l'*asset loan* o *asset finance* si presta maggiormente a recepire, nei testi contrattuali, clausole di sostenibilità, per il finanziamento di *asset* con caratteristiche idonee allo scopo. In tal caso, i nuovi principi della sostenibilità dovrebbero avere buon gioco, con la previsione dell'obbligo dell'uso delle somme, del processo di valutazione e selezione del progetto, della corretta gestione degli utili e della reportistica. Ovviamente, tali obblighi, principalmente a carico del mutuatario, si applicherebbero allo specifico *asset* (ad esempio: fabbrica, fabbricato, ufficio/uffici) oggetto del finanziamento.

Nel *project finance*, il reddito generato da un progetto è il fattore fondamentale per la decisione di concessione del credito. Il progetto finanziato, come ad esempio la realizzazione di un ponte, ovvero di una autostrada, deve produrre reddito. Il caso "classico" è quello del pedaggio (*toll*) imposto a coloro che, tempo per tempo, usano il ponte ovvero l'autostrada. I relativi contratti, dunque, prevedono che il *lender* abbia un diritto di credito, accompagnato da una potenziale azione, su una parte di reddito prodotto dall'opera.

Di tal via, il *lender* assumerà il rischio che il progetto non generi sufficiente reddito.

Nel contesto del *project finance*, i *lenders* assumono una combinazione di rischi: di *asset risk*, di *project risk* e di rischio societario.

Il *project finance*, come l'*asset finance*, potrebbe essere coerente con clausole di sostenibilità, ove l'opera, *rectius* il progetto da realizzare, sia non solo produttivo di reddito, con attribuzione di sua parte al mutuante, ma anche coerente, dal punto di vista oggettivo, con i parametri ambientali. In questo caso, la vera sfida è soprattutto data dalla puntualità delle clausole contrattuali, di definizione dell'obiettivo. Nell'operazione di *project finance*, già molto complessa e con pluralità di documentazione, il vero rischio è, per gli *stakeholders*, la conoscibilità degli impegni di sostenibilità, laddove la documentazione solitamente copiosa potrebbe rendere tutto ciò estremamente opaco e poco intellegibile.

Ad esempio, il *lender* che fornisce *ship finance* (definita quale forma di *asset finance*) valuterà il futuro valore della nave e analizzerà anche il bilancio dell'operatore richiedente il prestito, i relativi *ratio* finanziari e, in particolare, i flussi di reddito che la nave genererà. In buona sostanza, il *lender* terrà in debito conto il rischio dell'*asset*, il rischio del progetto e quello della società beneficiaria, allorquando deciderà di

57 Ad immaginare soltanto una clausola inziale di questo tipo in un contratto siffatto, redatto in inglese e retto dal diritto inglese.

rendere disponibile il *facility*, tradizionalmente considerato operazione di *asset finance*.

Nel *project finance* si può far rientrare il *limited recourse financing* volto al finanziamento di determinati beni o *asset* e che, con apposita clausola, può limitare l'azione di regresso da parte dei finanziatori che, nella concessione del prestito, devono fare quindi affidamento soprattutto sui flussi di reddito generati dal progetto. Peraltro, lo stesso obiettivo può essere conseguito in via strutturale, attraverso la creazione di uno *Special Purpose Vehicle* (SPV), che deterrà e sarà proprietario degli attivi (e.g. gli attivi che rientrano nell'ambito del progetto di finanziamento e i relativi incassi), ferma restando la limitazione dell'azione di regresso, di cui sopra.

Le clausole del finanziamento possono, inoltre, prevedere che, se il *borrower* non raggiunge gli obiettivi (*rectius:* impegni di sostenibilità dedotti in contratto), la banca aggravi il tasso di interesse applicabile (incrementando il c.d. "margine"); e/o che lo riduca se, al contrario, il *borrower* raggiunge tali obiettivi.

Al riguardo, sarà importante definire in contratto le modalità di variazione del tasso di interesse se il *borrower* in un primo momento manca gli obiettivi e subisce l'aggravio del tasso di interesse e, in un secondo momento, li centra ed ha diritto alla sua riduzione; in altre parole, occorrerà chiarire in contratto se il beneficio si applica sul tasso di interesse (*rectius*: margine) aggravato o sul tasso di interesse base: ad esempio, se il margine base è 0.5% e diventa 0.6% a seguito del mancato rispetto degli impegni di sostenibilità, occorrerà chiarire se l'eventuale, successiva riduzione di tale margine (ad esempio dello 0.2%), in esito al conseguimento di questi ultimi, si applica al margine base di 0.5% e non a quello aggravato di 0.6%, o viceversa.

6. Finalità del finanziamento e *sustainability clauses*.

Dal punto di vista del *borrower*, il *loan* può assolvere a varie funzioni.

In particolare, l'*acquisition finance* è finalizzato solitamente ad acquisire un bene, un *asset*, solitamente un'azienda, mentre al *bridge finance* si ricorre per colmare carenza di disponibilità liquide, ad esempio nel periodo intercorrente tra la data di emissione di obbligazioni e quella di effettivo loro collocamento sul mercato e di riscossione.

Il *bridge loan* è spesso usato anche nella *acquisition finance*: il finanziamento viene posto a disposizione dell'investitore prima che sia acquisita l'intera prescritta documentazione, incluse le garanzie. In breve, trattasi di un prestito più semplice, assistito da poche garanzie (solitamente un *pledge* sulle azioni della società *target)*, di breve periodo, quello necessario a definire e disporre della vera e propria documentazione finanziaria. Al fine di accelerare i tempi, il *bridge loan* contempla molto spesso una *step-up clause*, una clausola in base alla quale il tasso di interesse aumenterà dopo un certo periodo di tempo.

Il *bridge finance loan* è solitamente concesso, oltre che a scadenza breve, anche ad alti tassi di interesse.

Il *mezzanine finance* o *venture capital* è la finanza usata laddove la finanza tradizionale non è disponibile in ammontare sufficiente a fronteggiare gli impegni finanziari del *borrower*. Generalmente, le società soddisfano le proprie esigenze di finanziamento attingendo a capitale di debito e/o a capitale di rischio. Ove il livello di debito è alto se comparato con quello del capitale di rischio, la società è classificata come "*highly leveraged*" ovvero "*highly geared*". Qualora la somma del capitale di rischio e di quello di debito sia insufficiente a soddisfare i bisogni, il *borrower* può ricorrere al *mezzanine financier* al fine di colmare la relativa differenza.

I crediti che originano dalla finanza di cui trattasi saranno subordinati ai crediti che discendono dai finanziamenti tradizionali; in tal modo, detta tipologia di finanziamento esporrà a maggiori rischi e, dunque, comporterà l'applicazione di più elevati tassi di interesse. Usualmente, il *mezzanine financier* chiederà anche qualche forma di incentivo, come - ad esempio - la partecipazione ad una quota dei profitti della società, derivanti dall'operazione posta in essere.

Il *refinancing* è una forma di finanziamento resa disponibile allo scopo di ripagare il debito esistente. Ciò può essere fatto per negoziare clausole contrattuali meno onerose o margini più favorevoli, nell'ambito di più nuove strutture societarie, ovvero al fine di aumentare il *leverage*, all'interno di un piano di ristrutturazione societaria che segue il default, ovvero per diverse altre ragioni.

Infine, le *mismatch facilities* sono linee di credito che cercano di colmare temporanee carenze di liquidità. Ad esempio, in una cartolarizzazione, un *borrower* può richiedere un *mismatch facility* per far fronte a mancati introiti da crediti ceduti a causa di ritardi nella corrispondente operazione di emissione e di pagamento dei *bond*[58].

7. Clausole di *representation* e *warranty* nella nuova prospettiva "sociale".

Nella contrattualistica finanziaria internazionale, inclusa quella di finanziamento, le *representations* e le *warranties* sono vere e proprie dichiarazioni che, tipicamente informate al diritto inglese, sono inserite nei contratti. D'atro canto, la ragione stessa per cui le parti sono incoraggiate alla loro stipula è costituita dal fatto che contano su tali dichiarazioni[59]. Con queste dichiarazioni, ciascuna parte ovvero entrambe, a seconda di come sono formulate, ha una aspettativa che taluni fatti si verifichino nel futuro. Tecnicamente parlando, le *representations* e le *warranies* danno luogo a rimedi diversi, nel caso di sviluppo patologico del contratto.

58 Sul tema delle cartolarizzazioni, cfr. M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, cit., pp. 247-262.

59 P.R. WOOD, *International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions*, 3, *The Law and Practice of International Finance Series*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2007, pp. 64-68. Cfr. anche, più recentemente, P.R. Wood, *International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions*, 3, *The Law and Practice of International Finance Series*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2019, *passim*.

Le *representations* concernono fatti passati e presenti che chiariscono perché ciascuna parte si è determinata all'accordo[60]. Nel diritto inglese, un'azione legale basata su di una incorretta rappresentazione dei fatti, se provata, dà luogo al ristoro dei danni e alla risoluzione (*rescission*), in quanto si assume che ciascuna di tali dichiarazioni costituisce ragione fondante per cui le parti si impegnano.

Al contrario, le *warranties* sono inserite nel contratto per proteggere una parte da perdite eventuali in quanto i fatti evolvono in modo differente da come erano stati rappresentati. Una violazione di una *warranty* dà luogo esclusivamente ad una azione per danni.

Se le dichiarazioni, siano esse *representations* ovvero *warranties*, risultano non vere, il *lender* eserciterà i propri diritti di natura contrattuale di cui alle stesse clausole, inclusa la *acceleration*.

I *loans* contengono, nella loro parte contrattuale, una elaborata serie di dichiarazioni standardizzate fatte dal *borrower*. Nella prassi bancaria le *representations* di carattere legale si differenziano da quelle di carattere commerciale. Le prime si occupano della validità del contratto[61], mentre le seconde si concentrano sulla situazione finanziaria del *borrower* e sullo *standing* creditizio. In pratica, le *representations* sono relative a fatti e dovrebbero risolvere in anticipo ogni questione in quanto fanno scaturire obblighi di informazione. Una *disclosure* preventiva è particolarmente utile nel diritto inglese, in assenza di un generale principio di buona fede richiesto in fase di negoziazione[62].

Ulteriore categoria è quella degli impegni contrattuali, o *undertaking*, difficili da definire da un punto di vista di diritto italiano. Sono dichiarazioni il cui obiettivo è quello di assicurare che i *lenders* abbiano a disposizione dichiarazioni circa la gestione ordinaria del rapporto contrattuale con il mutuatario per sincerarsi circa la buona gestione ordinaria del contratto da parte del *borrower* e la protezione dei suoi attivi. Più specificamente, gli *undertakings* contengono: (1) informazioni; (2) clausole di natura finanziaria; e (3) clausole relative al modo in cui i beni, o in generale gli attivi, sono protetti. Di solito, le conseguenze connesse alla loro violazione sono previste nello stesso contratto, e impingono solitamente nel *termination event*, ossia nell'evento che consente all'altra parte di risolvere il contratto.

60 Cfr. C. PROCTOR, *The Law and Practice of International Finance*, cit., pp. 403-406.

61 Le *representations* di natura legale includono materie quali lo *status* legale del *borrower* (società debitamente costituita, poteri e autorizzazioni, validità legale ed efficacia delle obbligazioni del *borrower*). Le *representations* di natura commerciale includono, per contro, materie quali l'assenza di controversie di natura sostanziale, reali o semplicemente minacciate; il fatto che siano sostanzialmente corretti gli ultimi bilanci del *borrower* e l'*information memorandum* anche per mancanza di omissioni significative; assenza di mutamenti sfavorevoli nelle condizioni finanziarie della società e del gruppo dalla data di approvazione dell'ultimo bilancio; assenza di un default significativo su contrati e, più in generale, sull'indebitamento.

62 Cfr. E. MCKENDRICK, *Contract Law. Text, Cases, and Materials*, 7th ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 494-518. Per riferimenti più recente, cfr. E. McKendrick, *Contract Law. Text, Cases, and Materials*, 10th ed., Oxford University Press, Oxford, 2022.

Nell'ambito delle *representations* e delle *undertakings*, le clausole di sostenibilità, le quali prevedano un impegno a realizzare gli obiettivi ivi evidenziati, potrebbero avere caratteristiche miste di *representation* e *undertaking*. Costituiscono *representation* perché assumono caratteristiche di *condicio sine qua non* del finanziamento: senza le stesse, le parti, soprattutto il mutuante, non si sarebbero impegnate al finanziamento. Dall'altro, potrebbero avere caratteristiche di *undertaking*, in quanto dichiarazioni necessarie alla gestione ordinaria del contratto; si pensi, ad esempio, alla reportistica che il mutuatario deve, tempo per tempo, effettuare in relazione al progetto di sostenibilità. Ad evitare problemi interpretativi di come la loro eventuale inosservanza deve essere trattata, le stesse clausole, inserite nel contratto, prevedono le azioni esercitabili dalla parte adempiente. L'aver individuato, nel presente contributo, le due tipologie di *green loan* e *SLL*, consente anche di definire una possibile linea di demarcazione fra clausole risolutorie dell'una e dell'altra tipologia. Quanto alla prima, poiché specificamente legata ad un progetto verde, è più verosimile che il *termination event* scaturisca più chiaramente e più immediatamente dalla violazione dell'impegno contrattuale da parte del mutuatario[63]. Per contro, la seconda, essendo più genericamente legata ad una politica di sostenibilità[64], potrebbe, in base alle specifiche clausole contrattuali, non dar luogo ad una risoluzione[65], quanto piuttosto a meccanismi di reazione più blandi, tra cui la variazione del tasso di interesse, da quello agevolato di sostenibilità a quello ordinario.

Representation e *warranty* in materia di sostenibilità hanno spesso un sottostante tecnico non sempre facilmente apprezzabile dalla banca; a conforto di quest'ultima, il rispetto degli impegni contrattuali può essere talvolta sancito, come da prassi, da un certificato che il *borrower* rilascia periodicamente alla banca, dopo aver a sua volta ottenuto il necessario *nulla-osta* dai tecnici e/o consulenti di cui si avvale (ad esempio, enti certificatori delle emissioni che il *borrower* produce nell'esercizio della propria attività economica tipica).

8. Possibili linee evolutive.

Il tema dello sviluppo sostenibile può costituire, in un futuro prossimo, o forse lo sta già diventando, il filone del diritto dei contratti più dinamico e innovativo. Da una clausola generale di buona fede che, in alcuni ordinamenti giuridici come quello italiano, è implicita nei contratti, e limita in radice la possibilità di utilizzare

63 Ad esempio, per aver distratto, dal progetto verde, le somme che vi erano destinate. Peraltro, le clausole di risoluzione potrebbero essere subordinate ad un *grace period*, durante il quale il mutuatario, dietro intimazione del mutuante, possa rettificare la propria condotta, ad evitare la risoluzione del finanziamento.

64 A seconda dei diversi indicatori, GRI ovvero SDG.

65 O comunque la risoluzione potrebbe non essere configurata quale prima soluzione operativa, quanto piuttosto come *extrema ratio*.

la provvista finanziaria in contrasto con il principio dello sviluppo sostenibile[66], si va diffondendo una spinta di fatto, di natura associativa (ma anche derivante dalla prassi di mercato), verso un'attività di finanziamento delle imprese caratterizzata da specifici obiettivi di sostenibilità. Tale spinta è favorita dalle associazioni internazionali che predispongono i contratti e dovrebbe in prospettiva essere sempre più incentivata, fiscalmente, ed anche a livello regolamentare, e con risorse pubbliche ed altri strumenti di carattere pubblicistico, anche dagli Stati.

Inoltre, negli ultimi decenni numerosi Stati hanno inserito nelle proprie costituzioni, in maniera più o meno esplicita, il principio dello sviluppo sostenibile e del diritto ad un ambiente integro e salutare[67]: in Italia questa soluzione è attualmente oggetto di dibattito politico, ma va anche detto che, in ogni caso, il nostro ordinamento giuridico si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10, comma 1, Cost.), tra cui, secondo autorevoli voci, rientra anche quella dello sviluppo sostenibile[68]. In proposito, il dibattito politico, giuridico e mediatico, sviluppatosi in Italia negli ultimi anni intorno alla "costituzionalizzazione" dello sviluppo sostenibile e della tutela ambientale[69] ha trovato esito nella recente riforma (l. cost. n. 1/2022, in vigore dal 9 marzo 2022) degli artt. 9 e 41 della Costituzione, che accoglie per la prima volta tra i principi fondamentali la tutela ambientale, ma non lo sviluppo sostenibile, pur se il riferimento all'interesse anche delle "future generazioni" tiene ferma la prospettiva intergenerazionale della tutela, propria della sostenibilità ambientale[70].

Da ultimo, se è corretto ricordare che il principio dello sviluppo sostenibile godrebbe già di copertura costituzionale per il rinvio (*ex* artt. 10 e 11 Cost.) alle

66 Nel presente contributo, si è fatto riferimento ai lessemi "sviluppo sostenibile" e "sostenibilità" quali sinonimi, laddove è bene precisare che i due concetti, come enfatizzato da una parte sempre più cospicua della letteratura pubblicistica e civilistica, non sono coincidenti. Cfr. 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. 4 ss.; ID., *Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità"*, in *Pers. merc.*, 4, 2021, p. 711 ss.; S. PERSIA, *Profili contrattuali dello sviluppo ecologico: dalle locazioni ai mutui verdi*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2020, p. 185 ss.

67 *Ex multis*, vedi R. YADAV, R. VYJAYANTHI, *Concept of Sustainable Development in India, including Constitutional Provisions: an analysis*, in *Plebs J. L.*, 2015, pp. 42-57. Conformemente, R. MWANZA, *The Relationship between the Principle of Sustainable Development and the Human Right to a Clean and Healthy Environment in Kenya's Legal Context. An Appraisal*, in *Environ. L. Rev.*, 3, 2020, pp. 184-197. Si veda anche M.J. HOSSEINI, *The Sustainable Development in Article Fifty of Constitution of Islamic Republic of Iran*, in *Geography and Human Relationships*, 2019, Suppl. 1 (disponibile in *gahr.ir*).

68 *Ex multis*, vedi V. BARRAL, *The Principle of Sustainable Development*, in *Principles of Environmental Law*, a cura di L. Kramer *et al.*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 103-114; e sempre ID., *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *Eur. J. Int. L.*, 2012, pp. 377-400.

69 Cfr. 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*, 4, 2020, p. 935 ss.

70 Tra i commenti più recenti alla riforma, v. G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *Ambientediritto.it*, 2, 2022, p. 1 ss.

norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, si deve comunque riconoscere anche la copertura assicurata, in forza dell'art. 117, comma 1, Cost., dai principi ambientali eurounitari (tra i quali i Trattati europei annoverano anche lo sviluppo sostenibile), richiamati, in attuazione della Costituzione, dallo stesso Codice dell'ambiente. Anche questo incoraggia ad impostare la struttura e i contenuti dei contratti finanziari in maniera recettiva del suddetto principio, che, come visto, viene declinato, con meccanismi contrattuali, su obiettivi specifici.

Nel contributo esaminato si è messa in luce la crescente interazione fra *finance loan*, il prestito internazionale alle imprese, e la sostenibilità, con le sue diverse clausole. In una materia che è nuova, e che costituisce *unchartered territory*, si è evidenziato come vi sia una linea di demarcazione, non troppo conosciuta, fra *green loan* e *loan* connesso alla sostenibilità, anche se poi dal punto di vista operativo la differenziazione fra le due diverse categorie perde di progressiva importanza. Le basi ontologiche che caratterizzano i prestiti anzidetti sono state evidenziate nel presente contributo, in particolare con riguardo ai fondamentali elementi che li compongono, contraddistinti, per il *green loan*, dall'uso definito delle somme messe a disposizione[71], dal processo di valutazione e selezione del progetto e dalla reportistica.

In particolare, il *green loan,* e SLL, impatta sulle clausole specifiche del contratto di finanziamento, fra cui le tradizionali *representations* e *warranties* inserite nei contratti internazionali, solitamente retti dal diritto inglese. Si è evidenziato che, essendo affermazioni di tipo prospettico, le stesse sono configurabili più specificamente quali *warranties*, comportando, dunque, in linea teorica, nel caso di inosservanza, non solo il risarcimento del danno, ma anche la risoluzione del contratto di finanziamento[72]. Peraltro, la tematica delle *warranties*, se riferita ai contratti di finanziamento con finalità verde, dunque *green project*, assume rilevanza strategica anche al fine di consentire alla controparte erogatrice di risolvere eventualmente il contratto, ove la finalità verde esplicitata nel contratto non venisse rispettata. Essendo la natura

71 Con la *tranche* verde, accreditata in un diverso conto e con l'uso delle somme verdi definito specificamente.

72 Sul concetto di *warranties*, cfr. M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, cit., pp. 201-202. Non si devono dimenticare nemmeno i *covenants*, i quali costituiscono gli impegni assunti dal finanziato verso il finanziatore, i quali consentono alla banca di avere un certo controllo sull'attività della controparte dopo la stipula del contratto e fino alla sua estinzione. Cfr. I. H-Y CHIU, J. WILSON, *Banking Law and Regulation*, cit., pp. 138. Fra questi si segnala quello in base al quale il *borrower* si impegna a mantenere un certo *rating* o, più in generale, un certo *standing* (anche se in questo secondo caso la clausola può risultare molto generica) anche genericamente di tipo reputazionale. Un *covenant*, ad esempio, è quello con cui il *borrower* si impegna, nel corso della vita del contratto a non concedere a terzi garanzie (il così detto *negative pledge*) (cfr. R. CRANSTON, E. AVGOULEAS, K. VAN ZWIETEN, C. HARE, T. VAN SANTE, *Principles of Banking Law*, cit., p. 432). Più in generale, i *covenant* operano maggiormente per il futuro, rispetto alla conclusione del contratto, e possono richiedere al *borrower* di monitorare regolarmente il *lender* e la sua situazione finanziaria. In un contesto di finanza verde, il *covenant* conterrebbe all'interno del suo *genus* le clausole con cui il *borrower* si obbliga a dar conto dal *lender* delle diverse fasi di avanzamento del progetto.

verde del progetto molto tecnica, vi saranno verosimilmente esplicitazioni iniziali, per iscritto, delle caratteristiche del progetto, e una asseverazione da parte di una società di consulenza. Questa potrebbe certificare i diversi stadi del progetto, per poi, alla scadenza, certificare appunto che l'obiettivo è stato realizzato. Ove vi fosse una incoerenza fra progetto verde e uso concreto delle somme, in tal caso il *lender*, tempo per tempo, durante il periodo di validità del *loan*, a una delle date intermedie di verifica, potrebbe far certificare dalla società di consulenza una tale inadempienza, e quindi chiedere la preventiva risoluzione (*early termination*). Poiché la preventiva risoluzione, secondo il diritto inglese, può avvenire anche per eventi non troppo significativi, si potrebbe pensare, contrattualmente, a clausole che, in primo luogo, concedano un *grace period* al *lender*, un periodo di grazia perché ripari l'inadempienza. Ove ciò non si verifichi, nei termini contrattuali, la risoluzione potrebbe costituire il diritto contrattualmente da attribuirsi al finanziatore. È da non dimenticarsi che potrebbero esservi ulteriori soluzioni di natura creativa, fra cui il prevedere *ex ante* una facoltà del *lender*, prima che egli abbia facoltà di risolvere il contratto, di mantenere lo stesso in vita, con un incremento dei tassi di interesse.

Ove poi l'incoerenza fra *green project* di cui al contratto e progetto realmente portato a termine venisse rilevata dopo che il prestito è stato ripagato, la figura del diritto inglese che potrebbe essere utilizzata è quella dei *liquidated damages*, ossia dei danni contrattualmente predefiniti, sulla base di una pattuizione fra le parti. Le Corti inglesi di rado dichiarano tali pattuizioni invalide, per cui si potrebbero attagliare ai *green loans* in parola.

Più complessa, ma anche affascinante, rimane la tematica dell'azionabilità degli *stakeholders*, soggetti formalmente estranei al *green loan* ovvero *SLL* a seconda dei casi, i quali lamentino la violazione di pattuizioni di natura sostenibile di cui al contratto in parola. Una violazione siffatta potrebbe aver leso, indirettamente, gli interessi della comunità, per mancata osservanza delle promesse contrattuali[73].

Nel diritto tradizionale dei contratti, in cui l'elemento privatistico sembra, *rectius* sembrava, preponderante, tale azione si sarebbe esclusa in partenza, nella sede di commento. Per contro, in un contratto di finanziamento che sembra assumere sempre di più rilevanza di carattere sociale, tanto da ingenerare grandi aspettative nei terzi, non sembra doversi escludere non solo un'azione di illecito extracontrattuale, un'azione "*in tort*", ad utilizzare le categorie del diritto inglese, ma anche, in un futuro più lontano ma certo non fantascientifico, la possibilità che

73 Un esempio può chiarire: viene stipulato un contratto di finanziamento per un progetto verde, più precisamente un *asset finance* in cui vi è l'impegno del mutuatario a costruire fabbriche ecosostenibili. Se ciò non si verifica, non vi è dubbio che il mutuante potrà reagire ai sensi del contratto, con una risoluzione o accelerazione del contratto. Più complesso è ipotizzare se un soggetto esterno, la comunità dove la fabbrica ecosostenibile avrebbe dovuto essere costruita, può promuovere un'azione risarcitoria.

sia promossa un'azione per responsabilità contrattuale nei confronti dell'uno o dell'altro dei contraenti, da parte degli *stakeholders* lesi.

Ciò non sembri inverosimile, soprattutto a volersi riconoscere il fatto che gli obiettivi di sostenibilità implementano principi fondamentali, anche della Carta costituzionale italiana e, probabilmente, di futuri articolati dell'Unione Europea, di peso "costituzionale", come anche di articolati internazionali prossimi venturi, di *global regulation*, ad esempio di derivazione delle stesse Nazioni Unite. Va anche detto che al momento, in assenza di una legislazione, anche di tipo europeo, che disciplini in modo chiaro la struttura di tali finanziamenti e le finalità, non sembra meritare accoglienza, ed anzi apparirebbe temeraria, una azione di uno *stakeholder* estraneo al contratto, nei confronti delle parti. Mancherebbe, soprattutto da un punto di vista di diritto inglese, l'appiglio normativo che faccia sorgere un tale diritto: una norma esplicita che menzioni il concetto di finanziamento con tale tipologia.

Circa la menzionata azione extra-contrattuale (una *action in delict* ad usare una categoria del *common law* scozzese), i potenziali *defendants*, ossia coloro che possono essere chiamati in giudizio, sarebbero principalmente il *borrower*, il quale ingenera una aspettativa, nel chiedere soldi per progetti verdi, affinché vengano utilizzati in un certo modo. Lo stesso *lender*, tuttavia, potrebbe essere coinvolto, molto teoricamente, ove risulti che il suo far credito era premeditatamente finalizzato ad eludere le finalità prospettate del finanziamento. Nel *common law*, questa azione tuttavia non solo fa emergere problemi probatori, ma anche concettualmente è limitata dal fatto che, in assenza di uno *statute*, il fatto del finanziamento con finalità ambientale non crea un fatto *in contemplation of*, ossia non è un qual cosa che l'attore "vede" già come danno che scaturisca da una condotta visibile. Si tratta dunque di una condotta troppo remota[74].

Da un punto di vista pratico, resta tuttavia il limite, di tipo giuridico, fin tanto che non vengano promosse normative, europee e "globali", della transnazionalità delle operazioni in parola, atteso che la scelta della legge applicabile, solitamente quella inglese, potrebbe non rendere totalmente operativi i principi fondamentali di implementazione della sostenibilità, a meno che non si ritenga che si tratti di norme di ordine pubblico, *public policy rules*, destinate a prevalere per una parte italiana, a prescindere dalla scelta di *governing law*. Il fatto poi che il Regno Unito e le sue tre giurisdizioni, inclusa quella anglo-gallese, la principale, abbiano lasciato l'UE, porta a ritenere che, ove nel "Continente" si introduca un Regolamento che in forma pubblicistica e imperativa disciplini le clausole contrattuali in questa area, i principi degli uni (britannici) e degli altri ordinamenti (UE) potrebbero divergere notevolmente, ed allora l'UE potrebbe fondare, quanto meno in modo implicito, con una regolamentazione molto garantista, come nella tradizione "continentale", un

74 Questo è il concetto di *remoteness*, di lontananza, da condotta e danno, che nel *common law* caratterizza, oltre che il *tort*, l'illecito extracontrattuale, anche i *remedies*, i danni risarcibili.

diritto dello *stakeholder*, laddove l'ordinamento inglese potrebbe rimanere insensibile a tale esigenza. Un andamento di tale tipo potrebbe notevolmente influenzare anche la tematica del *tort*, ossia dell'illecito contrattuale. D'altro canto, non è nemmeno da escludersi che, nel furore che dovesse cogliere il legislatore dell'UE, questo possa prevedere che i contratti per *green project* nel territorio UE debbano essere retti esclusivamente dal diritto di uno dei Paesi UE, per evitare finalità elusive.

Al di là delle suggestioni intellettuali che suscita un orizzonte così nuovo, eppure così attuale, come quello della sostenibilità, resta da chiarire, da un lato, lo spazio, per vero molto limitato, che verrebbe lasciato all'autonomia dei privati e ai principi, in passato intoccabili, di esclusione dei terzi dagli effetti e dai benefici del contratto. Il riconoscimento agli *stakeholders* di un'azione legale avrebbe effetti dirompenti sugli equilibri, già delicati, fra autonomia privata e crescente ambito pubblicistico. Dall'altro, rispetto alla banca, soprattutto l'ente creditizio europeo, che ha già patito forti limitazioni nella sua operatività, a seguito della crisi finanziaria del 2007/2008 e della copiosa regolamentazione europea che ne è seguita[75], diventa viepiù angosciante il quesito circa l'essenza imprenditoriale, sempre più evanescente, della sua operatività. Tale imprenditorialità, che nel decennio scorso è stata fortemente limitata dagli elevati vincoli patrimoniali imposti dall'agenda europea, viene ora condizionata dall'agenda della sostenibilità, che andrebbe tuttavia integrata fisiologicamente, piuttosto che essere imposta dall'alto.

Al di là di ogni complesso quesito, resta l'esigenza che, a fronte di una crescente operatività di finanza sostenibile, le tutele per controparti e possibilmente *stakeholders* siano effettive, soprattutto ad evitare i danni che in modo dirompente possano provenire dalle sue derive patologiche, *in primis*, come già detto, il *green-washing*.

9. Conclusioni.

L'attuale epoca è caratterizzata da una forte spinta evolutiva e riformatrice, soprattutto in considerazione degli impellenti obiettivi che la comunità internazionale (e dell'Unione) persegue in favore dello sviluppo sostenibile.

In questo contesto, anche la prassi ed il mercato dei finanziamenti bancari sono in forte evoluzione verso prestiti caratterizzati da finalità verdi, con una serie di criticità, contrattuali, che si sono esaminate da un punto di vista di *common law*, ma anche di *civil law* italiano. I finanziamenti di natura verde potrebbero, in un futuro non lontano, essere anche disciplinati da una *regulation*, da una normativa di tipo tecnico, verosimilmente e forse auspicabilmente europea, che preveda modalità di gestione del rapporto, con *monitoring* del *green project*, e specifiche cause di risoluzione anticipata, il *green default*. Nel frattempo, i modelli contrattuali che

75 Il tema è enfatizzato da P. DE GIOIA CARABELLESE, *Il bail-in e diritti dei creditori. Fra il diritto privato (che recede) ed il diritto pubblico (che avanza)*, in *Dir. econ.*, 2021, pp. 115-148.

dovrebbero disciplinare tali rapporti dovrebbero essere quelli di *common law*, atteso che la gran parte del *lending* internazionale è retto dal diritto inglese. Da tale punto di vista, nel presente lavoro si sono esaminati i diversi scenari.

Al di là di ciò, non vi è dubbio che tale dinamica è oggi molto significativa sia in termini di volumi di finanza erogata, che di operazioni di prestito concluse. Questo pone una serie di problematiche, e suggerisce una serie di considerazioni e riflessioni, che sono state ricapitolate nel presente articolo.

Al riguardo, potrebbe altresì essere utile un riordino sistematico della materia di riferimento, che in Italia potrebbe essere disciplinata in un apposito capo del Testo Unico Bancario (D. Lgs. n. 385/1993) e nelle norme del Testo Unico della Finanza (D. Lgs. n. 58/1998), e regolamentari (regolamenti, circolari, linee guida e/o pareri), ad esso correlate. La stagione di riforme che si accompagna all'attuazione del c.d. "PNRR" potrebbe costituire un'utile, e forse irripetibile, finestra di opportunità, per mettere mano anche al tema legale in questione.

SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE E GIURIDICA DEL RIUSO DEI MATERIALI PROVENIENTI DA DEMOLIZIONI EDILIZIE NEL RIPASCIMENTO DEGLI ARENILI

Maria Rita Maiolo *

Abstract. Il riuso dei materiali provenienti da demolizioni edili, negli interventi di protezione e ripascimento degli arenili, implica la verifica della sostenibilità ad ampio spettro. Da un punto di vista giuridico, l'accertamento della sostenibilità può essere agevolato dall'utilizzo di strumenti, quali BIM ed LCA, che la normativa ha ormai introdotto nella pratica progettuale, costruttiva e gestionale anche nelle costruzioni edili. Nel presente articolo, dopo aver analizzato la sostenibilità ambientale e giuridica del riuso di materiali provenienti dalle demolizioni edilizie, con riferimento allo specifico reimpiego nella protezione e ripascimento degli arenili sottoposti al fenomeno della erosione costiera, si propone una metodologia a supporto delle attività di certificazione del processo analizzato.

Abstract. *The reuse of materials from building demolitions, in the protection and nourishment interventions of the beaches, involves a wide spectrum sustainability check. From a legal point of view, the assessment of sustainability can be facilitated by the use of tools, such as BIM and LCA, which the legislation has now introduced into the design, construction and management practice even in building constructions. In this paper, after analyzing the environmental and legal sustainability of the reuse of materials from building demolitions, with reference to the specific reuse in the protection and nourishment of the beaches subjected to the phenomenon of coastal erosion, a methodology is proposed to support the certification activities of the process analyzed.*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **- 2.** Le trasformazioni del settore delle costruzioni. **- 3.** Il problema dei rifiuti: *End of Waste*, riuso e implicazioni giuridiche delle materie prime seconde nell'ambito della economia circolare. **- 4.** Questioni giuridiche aperte dal riuso dei materiali da demolizioni: dal tracciamento alla certificazione del processo. **- 5.** Erosione delle coste e gestione dei sedimenti. **- 6.** La sostenibilità ambientale e giuridica del riuso dei materiali provenienti da demolizioni edilizie nel ripascimento degli arenili. **- 7.** Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Gli evidenti limiti dei modelli di sviluppo, a livello globale e locale, hanno imposto alle Organizzazioni mondiali che presidiano l'economia, lo sviluppo e la tutela dell'ambiente, una nuova agenda molto ancorata al controllo della eco-sostenibilità globale di ogni specifica attività[1].

1 * Legal Advisor - Krathis s.r.l. - Spin off accademico dell'Università della Calabria.

R. BALI SWAIN - F. YANG-WALLENTIN, *Achieving sustainable development goals: predicaments and strategies*, International Journal of Sustainable Development & World Ecology, 27:2, 96-106, DOI: 10.1080/13504509.2019.1692316.

L'evoluzione del modello economico e sociale, verso prospettive di sostenibilità e di affermazione di un modello di economia di tipo circolare, richiede la transizione e l'adeguamento dei processi produttivi dal punto di vista energetico e ambientale, con rafforzamento del riuso di materie prime seconde in nuovi cicli di vita.

La stessa evoluzione normativa mostra un adeguamento a tali prospettive e richiede sempre di più una capacità di gestione culturale, scientifica e tecnica della conoscenza di tipo integrato.

Il tema del riuso dei materiali provenienti dalle demolizioni edili negli interventi di ripascimento degli arenili è stato affrontato attraverso l'approfondimento della conoscenza e la verifica della sostenibilità ambientale e giuridica di un processo che ha riguardato le dinamiche del settore delle costruzioni, la gestione dei rifiuti e il riuso delle materie prime seconde e la necessità di difendere le coste in erosione.

L'avvio dei Gruppi di lavoro Intergovernativi sul Cambiamento Climatico (IPCC) e della piattaforma intergovernativa di politica scientifica per la biodiversità e i servizi degli ecosistemi (IPBES), avvenuto a partire dai primi anni Novanta, ha segnato lo sviluppo degli strumenti di programmazione economica e sociale.

Il "Rapporto Brundtland" della *World Commission on Environmental and Development*[2] definisce lo sviluppo sostenibile come qualcosa che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri bisogni. A questi concetti si sono riferiti tutti i successivi strumenti di programmazione economica e sociale adottati a livello globale, a livello dei diversi sistemi internazionali organizzati, tra cui l'Unione Europea, e a livello nazionale dei singoli Paesi. A livello Globale nel settembre del 2015, 193 Paesi membri dell'ONU, hanno sottoscritto l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile[3] che include un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità basato su 17 Obiettivi (Sustainable Development Goals, SDGs) e 169 sotto-obiettivi.

In Europa, la consapevolezza di tale esigenza è molto evidente in tutti i documenti ufficialmente adottati e, in particolare, nel testo della «*Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni*[4]». Tale strumento fissa obiettivi che si inquadrano in quella che viene definita "economia circolare", un modello economico nel quale i residui derivanti dalle attività di produzione e consumo sono reintegrati nel ciclo produttivo

2 World Commission on Environmental and Development Our Common Future (WCED). The Brundtland Report (pp. 0-338), 1997, New York, NY: Oxford University Press. Retrieved from http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf

3 UN, *Trasforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development, in United Nations* - Sustainable Development Knoledge Platform, sottoscritta il 25 settembre 2015.

4 COM 2 dicembre 2015 n. 614, *"L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare"*.

secondo una logica di piena rigenerazione delle risorse al fine di ridurre l'impatto umano sull'ambiente.

Più recentemente, tale prospettiva è stata rafforzata e rilanciata nel testo della «*Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni*[5]».

Il *Green Deal* europeo ha varato una nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'UE in una società giusta e prospera che migliori la qualità di vita delle generazioni attuali e future, una società dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva, che entro il 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse, con l'ambizione di fare dell'Europa il primo continente climaticamente neutro. Rispetto a tale obiettivo, il Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio recante «*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the framework for achieving climate neutrality and amending regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law)*[6]» (E.U.2020) istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e modifica il regolamento UE 2018/1999. La successiva approvazione della legge europea sul clima (entrata in vigore il 29 luglio 2021) ha introdotto nell'ordinamento giuridico europeo il relativo Regolamento[7].

L'azione in materia di adattamento ai cambiamenti climatici a livello dell'UE, che deve essere condotta secondo il principio di sussidiarietà, consente l'integrazione delle politiche e misure di adattamento nei principali settori, livelli di *governance* e altre politiche dell'UE. In tale prospettiva la consolidata impostazione giuridica multilivello delle politiche comunitarie, soprattutto in materia ambientale, trova conferma e occasione per un approfondimento sugli strumenti operativi e la reale efficacia attuativa. Il concetto di sviluppo sostenibile è difficile da attuare ma gli obiettivi delle politiche di sostenibilità su scala globale sono percepiti solo se strettamente correlati a risultati misurabili sul campo.

Molte istituzioni in tutto il mondo oggi sono impegnate a cercare di trasferire il concetto di sostenibilità in strutture e modelli per misurare l'efficacia delle politiche adottate determinando una diffusione in bibliografia di modelli, più o meno strutturati, basati su indicatori che forniscono rappresentazioni della sostenibilità. Si

5 COM 11 dicembre 2019 n. 640, "*Il Green Deal europeo*".
6 COM 4 marzo 2020 n. 80, *"quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) 2018/1999 (Legge europea sul clima)"*.
7 Regolamento CEE/UE 30 giugno 2021, n. 1119, "che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»)".

dispone di molti indici per misurare la sostenibilità e i progressi verso lo sviluppo sostenibile, su scala globale, nazionale e regionale[8].

La certificazione e l'accreditamento, intesi come attestazione di parte terza, stanno assumendo sempre maggiore rilevanza nella normativa europea anche in relazione al principio per cui le imprese che adottano volontariamente strumenti di gestione ambientale riconosciuti possano beneficiare di semplificazioni, sgravi e agevolazioni nel rapporto con le amministrazioni pubbliche.

In questo campo la Commissione europea, gli Stati Membri e le diverse organizzazioni internazionali, a partire dagli anni '90, hanno sviluppato strumenti di certificazione ambientale che possono riassumersi nei: sistemi di gestione ambientale (come EMAS); etichette ambientali[9] (es. EU Eco-label); autodichiarazioni ambientali[10] (es. Mobius loop); dichiarazioni Ambientali di Prodotto[11]; marchi ed etichettature obbligatori (es. etichettature di risparmio energetico).

Tali strumenti, in particolare i marchi ecologici, classificati dalla norma ISO 14020 in tre tipologie, di tipo I e III, hanno come riferimento principale l'analisi del ciclo di vita dei prodotti (LCA) che permette di individuare per ogni fase del ciclo (dal reperimento e lavorazione delle materie necessarie alla loro produzione, allo smaltimento finale degli stessi), gli impatti ambientali più significativi, permettendo così di definire obiettivi di miglioramento e standard da raggiungere.

La rapida definizione di un quadro certo e omogeneo di queste norme e l'individuazione delle specifiche responsabilità sono fondamentali per la competitività delle imprese e per garantire livelli adeguati di controllo ambientale a tutela della salute e dell'ambiente. Su questi temi, sull'applicazione ai reati ambientali del modello del Dlgs 231/2001[12], sulle prospettive e i vincoli del Decreto Semplificazioni e Sviluppo[13], si sono confrontati i diversi attori istituzionali. Lo stesso sistema di certificazione ambientale ha trovato ampia applicazione nell'ambito della gestione dell'attuale emergenza sanitaria imposta dalla diffusione del virus COVID-

8 G. MONDINI, *Valutazioni di sostenibilità: dal rapporto Brundtland ai Sustainable Development Goal*, in Valori e Valutazioni, 2019, n°23; D.P. LOUCKS, *Quantifying trends in system sustainability*, Hydrological Sciences Journal, 1997, 42, pp. 513-530. doi:10.1080/02626669709492051; K. MORI - A. CHRISTODOULOU, *Review of sustainability indices and indicators: Towards a new City Sustainability Index (CSI),* Environmental Impact Assessment Review 32, 2012, pp. 94-106. doi:10.1016/j.eiar.2011.06.001

9 ISO (2018), Etichette e dichiarazioni ambientali - Etichettatura ambientale di Tipo I - Principi e procedure, EN ISO 14024:2018

10 ISO (2016), Etichette e dichiarazioni ambientali - Asserzioni ambientali auto-dichiarate (Etichettatura ambientale di Tipo II), EN ISO 14021:2016

11 ISO (2010), Etichette e dichiarazioni ambientali - Dichiarazioni ambientali di Tipo III - Principi e procedure, EN ISO 14025:2010

12 D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, *"Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300"*.

13 D.l. 9 febbraio 2012, n. 5, *"Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e sviluppo"*, art. 14.

19. Infatti, il quadro normativo di riferimento sull'emergenza sanitaria ha inciso in modo dinamico anche sulla disciplina ambientale e, in particolare, sulla disciplina relativa agli ambienti di lavoro[14].

La prospettiva di una legge sul clima, ambiente ed eco-sostenibilità ripropone in un nuovo scenario aspetti giuridici rilevanti propri delle strutture giuridiche multilivello a sostegno di importanti trasformazioni socioeconomiche. È evidente che vincere la sfida dell'integrazione degli strumenti giuridici, anche attraverso architetture di sistemi esperti e di applicazioni di intelligenza artificiale[15] a sostegno della politica socioeconomica, che punta a trasformare una società consumistica in una società a economia circolare ecosostenibile, rappresenta una precondizione per la stessa possibilità di realizzare l'importante processo di trasformazione economica.

In tale scenario s'inquadra la possibilità di individuare strumenti tecnologici, ambientali e giuridici atti a garantire il riuso di materie prime seconde risultanti dal trattamento dei rifiuti per essere utilizzate ai fini di migliorare la sostenibilità ambientale e sostenere la transizione energetica ed ecologica verso l'economia circolare.

Nel presente lavoro si analizzano le trasformazioni del settore delle costruzioni che inducono una maggiore produzione di rifiuti edili provenienti dalle demolizioni, la generazione del problema della gestione dei rifiuti, dell'*End of Waste* del riuso con le conseguenti implicazioni giuridiche delle materie prime seconde nell'ambito della economia circolare. Le questioni giuridiche aperte dal riuso dei materiali da demolizioni sono affrontate a partire dal tracciamento con la certificazione del processo. La possibile disponibilità di riuso di materiali inerti viene valutata nella prospettiva di concorrere a contrastare il fenomeno di erosione delle coste e della gestione dei sedimenti costieri. La sostenibilità ambientale e giuridica del riuso dei materiali provenienti da demolizioni edilizie nella salvaguardia e ripascimento degli arenili è affrontata, nelle questioni giuridiche aperte, rispetto a una proposta metodologica di realizzazione di un ambiente di lavoro supportato da software

14 A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione, Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Osservatorio Costituzionale, Fasc. 3/2020.; M. A. ZAMBRANO-MONSERRATE - M. A. RUANO - L. SANCHEZ-ALCALDE, *Indirect effects of COVID-19 on the environment, Science of The Total Environment*, 730, 2020,139086. https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.138813 0048-9697.

15 A. Paula Galvão Scheidegger - T. Fernandes Pereira - M. L. Moura de Oliveira - A. Banerjee - J. A. Barra Montevechic, An introductory guide for hybrid simulation modelers on the primary simulation methods in industrial engineering identified through a systematic review of the literature, Computers & Industrial Engineering, 124, 2018, 474-492. https://doi.org/10.1016/j.cie.2018.07.046.; M. García, Theory and Practical Exercises of System Dynamics: Modeling and Simulation with Vensim PLE, Editore Juan Martín García, 2020, p. 282; B. Alarie - A. Niblett - A. Yoon, How Artificial Intelligence Will Affect the Practice of Law, Univeristy of Toronto Library, 2017. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3066816; P. Moro, Intelligenza artificiale e professioni legali. La questione del metodo, Journal of Ethics and Legal Technologies, Volume I, 05/2019.

specialistico (*framework* gestionale) per la soluzione delle problematiche inerenti aspetti ambientali, tecnologici e giuridici.

2. Le Trasformazioni del settore delle costruzioni.

La crisi economica internazionale del 2009 ha avuto come riferimento iniziale il mercato finanziario nel rapporto con il mercato immobiliare e il mondo delle costruzioni in generale[16]. In particolare, il settore delle costruzioni ha subìto a partire dal 2008 un ridimensionamento sia in termini di valore aggiunto e investimenti che nei livelli occupazionali. Mediamente le costruzioni in Italia rappresentano circa il 50 percento del valore degli investimenti nazionali e circa il 10 percento del Pil[17]. I recenti segnali di ripresa del settore costruzioni rappresentano una inversione di tendenza se confrontata con il quinquennio precedente[18] .

Il mercato delle costruzioni è, in tutta evidenza, in crescita e sta uscendo dalla crisi, ma risulta anche fortemente ridimensionato e trasformato. È questo il quadro che emerge anche dal Rapporto congiunturale e previsionale Cresme (Centro ricerche economiche e sociali del mercato dell'edilizia) 2019-2024[19], che analizza il mercato immobiliare mondiale e italiano, con focus territoriali e dedica ampio spazio al ruolo che gioca l'ambiente nella crescita economica e nella progettazione del settore pubblico.

L'Europa e le Nazioni Unite richiamano alla tutela del suolo, del patrimonio ambientale, del paesaggio, al riconoscimento del valore del capitale naturale e richiedono di azzerare il consumo di suolo netto entro il 2050[20], di allinearlo alla crescita demografica e di non aumentare il degrado del territorio entro il 2030[21] e di conseguire l'efficienza energetica.

L'obiettivo dell'azzeramento del consumo di suolo è stato definito, a livello europeo, già con la Strategia tematica per la protezione del suolo del 2006[22], che ha

16 C. D'ADDA, *La crisi finanziaria globale 2008-2009*, in Riv. Internazionale di Scienze Sociali, 2009, n. I, p. 125-134

17 S. RUGIERO - G. TRAVAGLINI - A. FEDERICO, *Il settore costruzioni in Italia: crisi e opportunità nell'ultimo decennio*, Argomenti, terza serie, 10/2018, pp. 31-63.

18 ISTAT, IV trimestre 2021 CONTI ECONOMICI TRIMESTRALI Prodotto interno lordo, valore aggiunto, consumi, investimenti, domanda estera; ANCE - Direzione Affari Economici, Finanza e Centro Studi - Notizie Flash, n.5, aprile 2022.

19 XXVII Rapporto Congiunturale e Previsionale del CRESME dedicato allo scenario di mercato delle costruzioni 2020-2024, novembre 2019.

20 Decisione n. 1386/2013/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 20 novembre 2013, *"su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020 «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta»"*.

21 Decisione n. 1386/2013/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 20 novembre 2013, *"su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020 «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta»"*.

22 COM 22 settembre 2006 n. 231, *"Strategia tematica per la protezione del suolo"*.

sottolineato la necessità di attuare buone pratiche per ridurre gli effetti negativi del consumo di suolo e, in particolare, della sua forma più evidente e irreversibile: l'impermeabilizzazione (*soil sealing*). Nel 2015, l'Agenda Globale per lo sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite[23], definiva gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (*Sustainable Development Goals - SDGs*) e indicava, tra gli altri, alcuni target di particolare interesse per il territorio e per il suolo, da integrare nei programmi nazionali a breve e medio termine e da raggiungere entro il 2030.

Il problema come è ovvio si inserisce, oggi, in quello della transizione ecologica e della resilienza, che gioca un ruolo importante all'interno del *Recovery Plan*[24]. I provvedimenti che regolano l'urbanistica nazionale italiana[25], non sono più idonei a governare lo sviluppo delle città, né tantomeno ad assicurare la competitività dei territori secondo i principi richiesti a livello internazionale sia in termini di consumo di suolo, sia di rigenerazione urbana e, nonostante ciò, la discussione del disegno di legge Nugnes[26] risulta ancora non licenziato con discussione nei due rami del parlamento che va avanti dal 2019. Pur in assenza di un provvedimento legislativo così atteso quanto necessario, la riqualificazione edilizia viene sospinta dagli incentivi fiscali[27] con semplificazioni legislative[28] specifiche atte a superare i limiti legislativi ancora esistenti, introducendo evidenti distorsioni del mercato e della regolamentazione strutturata del settore.

L'analisi degli investimenti in manutenzione straordinaria a valori deflazionati dal 1982 al 2021 mette in evidenza l'impatto che gli incentivi fiscali hanno avuto: i tre evidenti scalini, che vivacizzano la curva già improntata alla progressione, sono ascrivibili al varo dei primi incentivi nel 1998, all'aumento dell'entità delle detrazioni avvenuto a partire dal 2013, e all'ulteriore potenziamento nel 2020. Quest'ultimo periodo si evidenzia per i ripidi tassi di crescita degli investimenti.

Il forte impatto delle ristrutturazioni in termini ambientali è da considerarsi positivo sia in termini di risparmio energetico, quanto di emissioni di CO_2 mentre, è

23 UN, *Trasforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development, in United Nations - Sustainable Development Knoledge Platform*, sottoscritta il 25 settembre 2015.

24Consiglio dell'Unione Europea, Ecofin 645, DECISIONE DI ESECUZIONE DEL CONSIGLIO relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la Ripresa e la Resilienza dell'Italia (PNRR), Bruxelles, 8 luglio 2021

25 L. 17 agosto 1942 n. 1150; D.M. 2 aprile 1968 n. 1444.

26 Disegno di legge, d'iniziativa della senatrice Paola Nugnes, comunicato alla Presidenza il 9 luglio 2019, "*Disposizioni per l'arresto del consumo del suolo e la rigenerazione urbana*".

27 D.l. 19 maggio 2020, n. 34, *"Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19"*, il cd. Decreto Rilancio che, con gli artt. 119 e 121 introduce un'aliquota di detrazione del 110% per alcune tipologie di interventi, nonché la possibilità di cedere i crediti d'imposta per quasi tutti gli interventi di manutenzione e ristrutturazione incentivati.

28 Con i due Decreti "Semplificazioni", il D.l. 16 luglio 2020, n. 76 e il D.l. 31 maggio 2021, n. 77

da rilevare l'aggravarsi del problema dello smaltimento dei rifiuti provenienti dalle demolizioni con significativi tentativi di avvio di processi di selezione e riuso[29].

3. Il problema dei rifiuti: *End of Waste*, riuso e implicazioni giuridiche delle materie prime seconde nell'ambito della economia circolare.

Il tema della gestione dei rifiuti ha ricoperto un ruolo di particolare importanza nella politica ambientale dal 1972, anno in cui la Commissione europea, per la prima volta, ha reso nota la necessità di ridurre la produzione dei rifiuti e incentivare il loro recupero[30]. Sin dai primi anni '70, infatti, fu chiaro che lo smaltimento in discarica non fosse un'operazione sostenibile nel lungo periodo e, dunque, la strategia comunitaria iniziò ad essere improntata alla trasformazione dei rifiuti, provenienti da demolizione, in materie prime seconde, in modo da essere impiegati per nuovi utilizzi e, di conseguenza, riducendo le problematiche relative ai costi del loro trasporto, nonché allo smaltimento. Per tali ragioni, sono state elaborate numerose Direttive a partire dal 1975, anno in cui viene definito il termine "rifiuto"[31], nonché gli strumenti utilizzabili dagli Stati membri per il loro smaltimento[32]. Successivamente, la normativa indicata in questa direttiva cardine è stata integrata[33] e modificata[34] attraverso l'individuazione di nuovi obiettivi[35] e stabilendo, inoltre, che lo

29 M.T. GIAMMETTI - M. RIGILLO, *TECHNE: Journal of Technology for Architecture & Enviroment*, 2021, Vol. 22, p. 240-248.

30 Comunicazione della Commissione al Consiglio sul programma delle comunità europee per l'ambiente, presentata il 24 marzo 1972, in Gazzetta ufficiale delle comunità europee del 26 maggio 1972.

31 Direttiva 75/442/CEE, *"relativa ai rifiuti"*,all'art. 1 lett a), definisce come rifiuto "*qualsiasi sostanza o oggetto di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi*".

32 Gli scopi indicate riguardano "la prevenzione o la riduzione della produzione e della nocività dei rifiuti" ma anche il loro recupero attraverso "riciclo, reimpiego, riutilizzo o ogni altra azione intesa ad ottenere materie prime secondarie o l'uso di rifiuti come fonte di energia".

33 Negli stessi anni, importanti sono state anche la Direttiva relativa ai rifiuti pericolosi (Direttiva 91/689/CEE) e quella sugli imballaggi e rifiuti da imballaggio (Direttiva 94/62/CEE). Per quanto riguarda i rifiuti pericolosi, la Direttiva del 1991 viene elaborata per dare attuazione alla Direttiva 75/442/CEE e, si prefigge quale scopo principale quello di uniformare la legislazione degli Stati membri sulla gestione controllata dei rifiuti pericolosi. All'art. 1 viene, appunto, data la definizione dei rifiuti pericolosi attraverso l'elaborazione di un elenco e di precise caratteristiche che devono possedere per essere definiti tali, contenuti negli allegati della Direttiva stessa.

34 Direttive 91/156/CEE *"modifica la direttiva 75/442/CEE relativa ai rifiuti"* e 91/692/CEE

35 Direttiva 91/156/CEE, art. 5 comma 1 "*Gli Stati membri, di concerto con altri Stati membri qualora ciò risulti necessario od opportuno, adottano le misure appropriate per la creazione di una rete integrata e adeguata di impianti di smaltimento, che tenga conto delle tecnologie più perfezionate a disposizione che non comportino costi eccessivi. Questa rete deve consentire alla Comunità nel suo insieme di raggiungere l'autosufficienza in materia di smaltimento dei rifiuti e ai singoli Stati membri di mirare al conseguimento di tale obiettivo, tenendo conto del contesto geografico o della necessità di impianti specializzati per determinati tipi di rifiuti*".

smaltimento deve avvenire garantendo la tutela della salute pubblica e dell'ambiente[36].

A livello nazionale, tali direttive sono state recepite dal legislatore con il cosiddetto Decreto Ronchi[37]. In ragione del principio stabilito all'art. 10 della nostra Costituzione, il quale prevede che l'ordinamento giuridico italiano debba essere conforme alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, il d.lgs. 22/1997 introduce un programma di gestione integrata dei rifiuti, non più finalizzato soltanto allo smaltimento degli stessi, bensì al loro recupero[38].

Scopo principale del decreto è stato quello di introdurre una normativa capace di incentivare la raccolta differenziata direttamente alla fonte, nonché il trattamento di quei rifiuti, aventi caratteristiche che li rendono riutilizzabili come materie prime seconde, volto al riciclaggio, riutilizzo e recupero degli stessi, uniformandosi alla strategia comunitaria.

I rifiuti vengono classificati in base all'origine, in urbani e speciali; in quest'ultima categoria vengono ricompresi «i rifiuti derivanti dalle attività di demolizione, costruzione, nonché i rifiuti pericolosi che derivano dalle attività di scavo[39]». Strettamente collegato agli artt. 31 e 33 del Decreto Ronchi è il Decreto Ministeriale 5/02/1998[40], il quale identifica più di trenta tipologie di inerti che possono essere recuperati attraverso procedure semplificate[41] ed essere utilizzati poi come materie prime seconde. E, in riferimento alle MPS (materie prime seconde), stabilisce che «i prodotti, le materie prime e le materie prime secondarie ottenuti dal riciclaggio e dal recupero dei rifiuti individuati dal presente decreto non devono presentare

36 Direttiva 91/156/CEE, art. 5 comma 2 "*Tale rete deve inoltre permettere lo smaltimento dei rifiuti in uno degli impianti appropriati più vicini, grazie all'utilizzazione dei metodi e delle tecnologie più idonei a garantire un alto grado di protezione dell'ambiente e della salute pubblica*."

37 D.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22, "*Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CEE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio*".

38 D.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, "*Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio,* art. 2 comma 2 "*I rifiuti devono essere recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente*".

39D.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, "*Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio*", art. 7 comma 3 lett. b).

40 Decreto ministeriale del 5 febbraio 1998, "*individuazione dei rifiuti non pericolosi sottoposti alle procedure semplificate di recupero ai sensi degli articoli 31 e 33 del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n.22*". Successivamente modificato dal D.M. 9 gennaio 2003 e dal Decreto 186/2006

41 D.M. 5 febbraio 1998, art. 1 comma 2 "*Negli allegati 1, 2 e 3 sono definite le norme tecniche generali che, ai fini del comma 1, individuano i tipi di rifiuto non pericolosi e fissano, per ciascun tipo di rifiuto e per ogni attività e metodo di recupero degli stessi, le condizioni specifiche in base alle quali l'esercizio di tali attività è sottoposto alle procedure semplificate di cui all'articolo 33, del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, e successive modifiche e integrazioni*".

caratteristiche di pericolo superiori a quelle dei prodotti e delle materie ottenuti dalla lavorazione di materie prime vergini[42]».

Importanti novità in tema di rifiuti, sono state introdotte, a livello europeo, con la Direttiva quadro sui rifiuti del 2008[43]. Quest'ultima, infatti, oltre a ribadire la necessità di ridurre la produzione di rifiuti, promuove l'applicazione concreta della gerarchia dei rifiuti, la quale, per la riduzione delle fonti di inquinamento, individua un ordine di priorità sulla base di ciò che risulta essere la migliore opzione dal punto di vista ambientale. Tale direttiva, inoltre, si pone come obiettivo principale quello di avvicinare la comunità europea ad essere una "società del riciclaggio", incentivando gli Stati membri ad investire sulla raccolta differenziata dei rifiuti e di riutilizzarli come risorse[44]. Per tale ragione, all'art. 11 viene stabilito che gli Stati membri devono adottare le misure necessarie per promuovere il riutilizzo e il riciclo dei materiali; tra gli obiettivi indicati rientra anche quello di provvedere al riciclaggio, riutilizzo e recupero dei rifiuti provenienti da demolizione e costruzione non pericolosi[45].

La Direttiva 2008/98/CE in Italia è stata recepita dal cosiddetto Codice dell'Ambiente[46], nella parte quarta, relativa alla gestione dei rifiuti e alla bonifica dei siti contaminati. Negli artt. 177 e ss., viene stabilita la necessità di gestire i rifiuti secondo i criteri di efficacia, efficienza ed economicità e conformemente ai principi di precauzione, prevenzione, sostenibilità e proporzionalità[47]. Di particolare rilevanza sono, inoltre, i criteri di priorità nella gestione dei rifiuti[48] che seguono un ordine gerarchico rispetto a ciò che costituisce la miglior opzione per l'ambiente, in linea con quanto stabilito a livello comunitario.

Il concetto di *End of Waste*, nato con la Direttiva quadro del 2008, che rappresenta il momento in cui un rifiuto non viene più considerato tale, a seguito di un procedimento di recupero dello stesso, viene ripreso anche nel Codice dell'Ambiente

42 D.M. 5 febbraio 1998, art. 3 comma 1.
43 Direttiva 2008/98/CE, ad oggi modificata dalla Direttiva (UE) 2018/851.
44 Direttiva 2008/98/CE, (28) «*La presente direttiva dovrebbe aiutare l'Unione europea ad avvicinarsi a una "società del riciclaggio", cercando di evitare la produzione di rifiuti e di utilizzare i rifiuti come risorse. In particolare, il Sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente sollecita misure volte a garantire la separazione alla fonte, la raccolta e il riciclaggio dei flussi di rifiuti prioritari. In linea con tale obiettivo e quale mezzo per agevolarne o migliorarne il potenziale di recupero, i rifiuti dovrebbero essere raccolti separatamente nella misura in cui ci. sia praticabile da un punto di vista tecnico, ambientale ed economico, prima di essere sottoposti a operazioni di recupero che diano il miglior risultato ambientale complessivo. Gli Stati membri dovrebbero incoraggiare la separazione dei composti pericolosi dai flussi di rifiuti se necessario per conseguire una gestione compatibile con l'ambiente*».
45 Direttiva 2008/98/CE, art. 11 comma 2 lett. b)
46 D.lgs. 3 aprile 2006 n. 152,*"Norme in materia ambientale"*
47 D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 178.
48 D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 179 comma 1 «*1. La gestione dei rifiuti avviene nel rispetto della seguente gerarchia: a) prevenzione; b) preparazione per il riutilizzo; c) riciclaggio; d) recupero di altro tipo, per esempio il recupero di energia;e) smaltimento*».

nella disposizione relativa alla cessazione della qualifica di rifiuto[49]. Con specifico riferimento al materiale inerte derivante da demolizione edilizia, fondamentale è la classificazione che viene operata per garantire l'attuazione della parte IV del decreto stesso.

Più in generale, i rifiuti vengono classificati in base all'origine, in rifiuti urbani e speciali e, in relazione alla pericolosità, in rifiuti pericolosi e non pericolosi[50].

I rifiuti derivanti da attività di costruzione e demolizione rientrano nell'alveo dei rifiuti speciali, per come stabilito al comma 3 lett. b). dell'art. 184.

Dopo il 2006 sono state apportate molte modifiche ma, il vero punto di svolta si è verificato con le direttive comunitarie sull'economia circolare, il cosiddetto "Pacchetto economia circolare rifiuti".

Il concetto di economia circolare definisce un modello economico in cui i rifiuti vengono rigenerati e reintegrati nel ciclo produttivo, riducendone così l'impatto ambientale. Per l'attuazione di tale modello, la comunità europea, nel 2015, ha elaborato il primo piano d'azione per l'economia circolare[51], il quale prevedeva l'incentivazione al risparmio di energia, nonché l'adozione di misure volte alla progettazione eco-compatibile dei beni.

In tale contesto si introducono le quattro direttive che costituiscono il "Pacchetto economia circolare rifiuti" e che individuano dei settori per accelerare l'economia circolare, ossia i rifiuti alimentari, le materie prime essenziali, il materiale da demolizione e costruzione, nonché le materie plastiche.

Vengono stabiliti, inoltre, nuovi obiettivi per quanto concerne la raccolta differenziata[52], a scadenza ravvicinata, il che ha reso necessario un rapido recepimento delle direttive da parte degli Stati membri.

In Italia, il "Pacchetto economia circolare" è stato recepito attraverso l'emanazione di quattro decreti legislativi del 2020: il "decreto rifiuti[53]" relativo agli imballaggi e rifiuti di imballaggio; il decreto legislativo relativo ai rifiuti di pile, accumulatori e

49 D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 184-ter comma 1 *«Un rifiuto cessa di essere tale, quando è stato sottoposto a un'operazione di recupero, incluso il riciclaggio, e soddisfi i criteri specifici, da adottare nel rispetto delle seguenti condizioni: a) la sostanza o l'oggetto sono destinati a essere utilizzati per scopi specifici; b) esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto; c) la sostanza o l'oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti; d) l'utilizzo della sostanza o dell'oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana.».*

50 D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 184.

51 COM 2 dicembre 2015, 614, *"L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare"*.

52 Riciclo dei rifiuti prodotti: entro il 2025 il 55% e il 60% degli imballaggi; entro il 2030 il 60% e il 70% degli imballaggi; entro il 2035 il 65%.

53 D.lgs. 3 settembre 2020, n. 116, *"Attuazione della direttiva (UE) 2018/851 che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti e attuazione della direttiva (UE) 2018/852 che modifica la direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio"*.

Raee[54]; quello emanato in merito ai veicoli fuori uso[55] e, infine, il decreto relativo alle discariche[56]. In particolare, il d.lgs. 116/2020, ha modificato la normativa relativa alla gestione dei rifiuti introducendo uno strumento di programmazione nuovo che «*fissa i macro-obiettivi, definisce i criteri e le linee guida strategiche che le Regioni e le Province Autonome seguono nella predisposizione dei piani regionali di gestione dei rifiuti di cui all'articolo 199*»[57]. Il Programma Nazionale di Gestione dei Rifiuti, si pone come principale obiettivo il miglioramento degli impianti di gestione dei rifiuti e, soprattutto di colmare il divario che ha, da sempre in materia, caratterizzato le Regioni del nostro Paese.

Ulteriori novità a livello europeo sull'economia circolare sono state introdotte nel 2020, con un nuovo piano d'azione e, nel 2021 con il «*Recovery Fund - Next Generation Eu*».

A livello nazionale di particolare rilevanza sul tema è la regolamentazione attuativa del "Piano nazionale di ripresa e resilienza - Pnrr[58]". È chiaro che, sebbene i rifiuti siano solitamente associati alla fase di fine vita, risulta utile valutare la loro produzione nell'intero ciclo di vita del prodotto di riferimento. Questo aspetto risulta particolarmente sensibile per i *Construction and Demolition Waste (C&DW)*. Questi ultimi, infatti creano problemi nella selezione delle singole frazioni durante la demolizione, sono difficili da tracciare, classificare, caratterizzare e, alcune tipologie, da trattare.

Luciano *et* al. (2020[59]) propongono un'indagine mediante questionari, finalizzata al tracciamento di C&DW mediante *Material Flow Analysis* (MFA), allo scopo di evidenziare l'importanza di adeguate tecniche di demolizione.

La gestione di C&DW viene effettuata mediante una classificazione, caratterizzazione e quantificazione degli stessi, proposta anche sulla base della specifica tecnica di demolizione impiegata sul tracciamento dei rifiuti nei cantieri[60]. Un supporto gestionale può essere offerto dall'impiego dell'LCA e del BIM[61]. La corretta gestione dei C&DW può conseguire il riuso dei materiali in diversi nuovi

54 D.lgs. 3 settembre 2020, n. 118, "*Attuazione degli articoli 2 e 3 della direttiva (UE) 2018/849, che modificano le direttive 2006/66/CE relative a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori e 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche.*"

55 D.lgs. 3 settembre 2020, n. 119, *"Attuazione dell'articolo 1 della direttiva (UE) 2018/849, che modifica la direttiva 2000/53/CE relativa ai veicoli fuori uso".*

56D.lgs. 3 settembre 2020, n. 121, *"Attuazione della direttiva (UE) 2018/850, che modifica la direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti".*

57 D.lgs. 116/2020, art. 198-*bis*

58 Regolamento (UE) 12 febbraio 2021, n. 241, *"che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza".*

59 A. LUCIANO - P. REALE - L. CUTAIA - R. CARLETTI - R. PENTASSUGLIA - G. ELMO - G. MANCINI, *Resources Optimization and Sustainable Waste Management in Construction Chain in Italy: Toward a Resource Efficiency Plan*, Springer Nature B.V. 2018

60 C.T. FORMOSO - L. SOIBELMAN - C. DE CESARE - E. L. ISATTO, *Material Waste in Building Industry: main causes and prevention*, in Journal of Construction Engineering and Management, 2002, 128, p. 316.

prodotti quali la produzione di un eco-calcestruzzo mediante sabbia di cemento ottenuta dai rifiuti di demolizione, la fabbricazione di blocchi strutturali[62].

4. Questioni giuridiche aperte dal riuso dei materiali da demolizioni: dal tracciamento alla certificazione del processo.

Il riuso delle materie ricavate dal processo di demolizione edilizia e dal successivo trattamento per l'*End of Waste* oggi rappresenta un tema centrale del modello di sviluppo anche perché può contare su sistemi di tracciamento dell'origine e qualità dei materiali di costruzione.

Il *Green Deal* Europeo, infatti, promuovendo l'economia circolare[63], inserisce tra i settori sui quali si concentra maggiormente, quello delle costruzioni. Come già anticipato, infatti, al settore dell'edilizia viene imputato il consumo di circa il 50% delle materie prime estratte. A parere di chi scrive, l'economia circolare non costituisce soltanto una riforma dell'attuale modello, bensì un vero e proprio cambio di rotta nell'utilizzo delle materie prime, nel ciclo di vita dei beni, nonché nella gestione dei rifiuti.

La definizione che più si confà è quella enucleata dalla Fondazione Ellen MacArthur, secondo cui "la *circular economy* è un'economia industriale concettualmente rigenerativa e riproduce la natura nel migliorare e ottimizzare in modo attivo i sistemi mediante i quali opera». Dunque, l'obiettivo di questo nuovo modello non riguarda soltanto la tutela ambientale[64], ma anche la definizione di uno sviluppo industriale sostenibile, in cui la tutela ambientale non costituisce un limite ma un fattore di competitività[65]. Ne deriva che l'approccio all'economia circolare dovrà essere necessariamente interdisciplinare, interessando tanto le scienze giuridiche, quanto l'ingegneria, passando per le scienze economiche, l'agraria e la biologia.

Da un punto di vista strettamente giuridico, nell'economia circolare vi sono importanti punti di contatto con lo sviluppo sostenibile il quale, di fatto, ne

61 I. M. SIMION - M. E. FORTUNA - A. BONOLI - M. GAVRILESCU, *Comparing enviromental impact of natural inert and recycled construction and demolition waste processing using LCA*, Journal of Enviromental Engineering and Landscape Management, 2013, 21:4, 273-287.

62 K. WEIMANN - L. B. GIESE - G. MELLMANN - F. G. SIMON, *Building Materials from Waste*, in Materials Transactions, Vol. 44 n. 7 (2003), pp. 1255 -1258.

63 Sul punto, F. DE LEONARDIS, Economia circolare: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare, in Dir. Amm., 2017, 163; Id. (a cura di), Studi in tema di economia circolare, Eum, Edizioni Università di Macerata, 2019; C. BOVINO, Verso un'economia circolare: la revisione delle direttive sui rifiuti, in Ambiente 2014, 682.

64 R. FERRARA, M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, Giuffré, 2014; B. CARAVITA DI TORITTO (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, il Mulino, 2016.

65 M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, in Studi di Diritto pubblico, 2020.

costituisce un principio cardine. Di particolare importanza sono, infatti, il principio di integrazione e la dimensione intergenerazionale del modello. In riferimento proprio alla dimensione intergenerazionale, infatti, l'economia circolare deve necessariamente tener conto, non solo dei diritti delle attuali generazioni, bensì anche delle generazioni future. Considerando, poi, la nostra Carta Costituzionale, la dimensione intergenerazionale non fa altro che riferirsi alla necessità di garantire i principi, sanciti all'art. 3, di solidarietà economica e sociale, nell'utilizzo delle risorse.

Riguardo, invece, al principio di integrazione, la sua centralità veniva riconosciuta già alla Conferenza di Rio del 1992, in cui si definiva la necessità che l'attuazione dello sviluppo sostenibile dovesse essere integrato rispetto all'aspetto politico e sociale[66]. In dottrina, invece, tale principio è stato considerato come uno "strumento di riconciliazione[67]» tra le attività industriali e l'ambiente.

La recente letteratura giuridico ambientale evidenzia un crescente interesse sulla necessaria discussione intorno a un quadro giuridico chiaro a sostegno della transizione verso l'economia circolare[68], sostenuta da un processo di transizione digitale[69]che, a sua volta, garantisce l'attivazione di tutte le tecnologie abilitanti[70],per una efficace e reale attuazione delle politiche della nuova economia.

Per quanto concerne gli interventi legislativi, riguardo il riuso delle materie derivanti da demolizione edilizia, il Codice degli appalti[71] ha introdotto due significative novità che, con finalità anche diverse, contribuiscono alla qualificazione quali-quantitativa e al tracciamento delle materie di costruzione: la prima è sancita dal comma 13 dell'art. 23 del d.lgs. n. 50/2016, il quale introduce la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere l'utilizzo di metodi e strumentazioni elettroniche specifiche, sia per le nuove opere che per interventi di riqualificazione[72]. Tali

66 Sul rapporto fra sviluppo economico e sociale e ambiente, M. MONTEDURO, *Diritto dell'ambiente e diversità alimentare*, in Riv. Quadr. Dir. Amb., 2015, 1, 92.

67 C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, in Diritto Amministrativo, 4, 2020, 843 ss.

68 C. BACKES, M. BOEVE, *Envisioning the Future of the Circular Economy: A Legal Perspective*. 1 Jan. 2022:1 -11.

69 E. BARTEKOVÁ, P. BÖRKEY, *Digitalisation for the transition to a resource efficient and circular economy*, *OECD Environment Working Papers*, No. 192, 2022, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/6f6d18e7-en

70 A. REJEB, M. Z. BINTI DATO, H. SUHAIZA, K. REJEB, H. TREIBLMAIER, G. J. KEOGH, *Modeling Enablers for Blockchain Adoption in the Circular Economy*. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4118439 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4118439

71 D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *"Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e furniture"*.

72 D.lgs. 50/2016, art. 23 comma 13 «*Le stazioni appaltanti possono richiedere per le nuove opere nonché per interventi di recupero, riqualificazione o varianti, prioritariamente per i lavori complessi, l'uso dei metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture*».

strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti.

Con la seconda introduzione, invece, il Codice individua l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, che è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto[73].

In tale contesto, particolarmente importanti risultano essere gli strumenti di tracciamento e certificazione, a partire dalla necessità di utilizzare il modello informatico *Building Information Modeling (BIM),* ossia un *software* di condivisione attraverso il quale i soggetti che intervengono durante l'intera vita dell'opera pubblica sono a conoscenza di tutte le informazioni necessarie[74].

L'importanza dell'utilizzo del *BIM* viene resa nota a livello europeo, in relazione alla commercializzazione dei prodotti da costruzione, stabilendo dei requisiti base che devono essere soddisfatti dalle opere di costruzione. Quest'ultime, infatti, non devono costituire, durante il loro intero ciclo di vita, una minaccia per l'igiene o la salute pubblica, nonché per la qualità dell'ambiente e, l'utilizzo del *BIM* consente di tracciare e monitorare la persistenza di tali requisiti.

A livello nazionale, con Decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti[75] sono stati definiti le modalità e i tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei suddetti metodi presso le stazioni appaltanti, le amministrazioni concedenti e gli operatori economici, valutata in relazione alla tipologia delle opere da affidare e della strategia di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e del settore delle costruzioni[76]. Nel medesimo Decreto viene fornita, inoltre, a livello nazionale la definizione del *BIM*[77], la cui

73 D.lg.s 50/2016, art. 95 comma 2 «*Fatte salve le disposizioni legislative,….. , sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conforme all'art.96 rubricato: "Costi del ciclo di vita", che a sua volta recita:" 1. I costi del ciclo di vita comprendono, in quanto pertinenti, tutti i seguenti costi, o parti di essi, legati al ciclo di vita di un prodotto, di un servizio o di un lavoro: a) costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali: 1) Costi relativi all'acquisizione; 2) Costi connessi all'utilizzo, quali consumi di energia e altre risorse; 3)Costi di manutenzione; 4) Costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta, di smaltimento e di riciclaggio; 5) Costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, purché il loro valore monetario possa essere determinato e verificato.*»

74 Regolamento (UE) 9 marzo 2011, n. 305 "che fissa condizioni armonizzate per la commercializzazione dei prodotti da costruzione e che abroga la direttiva 89/106/CEE del Consiglio".

75 D.M. 1dicembre 2017, n. 560 *"Decreto Baratono".*

76 D.M. 560/2017, Art. 6 «a) per i lavori complessi relativi a opere di importo a base di gara pari o superiore a 100 milioni di euro, a decorrere dal 1° gennaio 2019; b) per i lavori complessi relativi a opere di importo a base di gara pari o superiore a 50 milioni di euro a decorrere dal 1° gennaio 2020.»

77 DM, 560/2017, Art. 2 «*a) ambiente di condivisione dei dati, un ambiente digitale di raccolta organizzata e condivisione di dati relativi ad un'opera e strutturati in informazioni relative a modelli ed elaborati digitali*

modellizzazione ha il suo riferimento base nell' "oggetto BIM" che è un «contenitore di informazioni dettagliate» e racchiude al suo interno tutte le caratteristiche tecniche (quali-quantitative) e geometriche, che identificano un prodotto progettato e realizzato da un *brand*. Ad esempio, un pilastro in calcestruzzo armato è identificabile in un "oggetto BIM" sui cui materiali costituenti, anche ai fini della valutazione dei costi per come richiede la normativa e al fine di valutare tutte le fasi di gestione dell'opera, può essere effettuata una *Life Cycle Assessment* (LCA).

Il termine LCA viene introdotto solo nel 1990 durante il congresso nel Vermont della SETAC (*Society of Environmental Toxicology and Chemistry*) così come segue: *«è un procedimento oggettivo di valutazione di carichi energetici ed ambientali relativi ad un processo o un'attività, effettuato attraverso l'identificazione dell'energia e dei materiali usati e dei rifiuti rilasciati nell'ambiente. La valutazione include l'intero ciclo di vita del processo o attività, comprendendo l'estrazione e il trattamento delle materie prime, la fabbricazione, il trasporto, la distribuzione, l'uso, il riuso, il riciclo e lo smaltimento finale.*[78]».

Tale studio rappresenta un valido supporto alle decisioni, e consente al decisore di optare per una scelta consolidata da una maggiore consapevolezza ambientale[79]. Atteso che l'approccio fornito dalla valutazione del ciclo di vita è totale, ovvero considera il prodotto o il processo nella propria interezza, viene delineato con la terminologia "*cradle to grave*" dalla culla alla tomba. Se si considera anche il riciclo dei materiali di un processo a fine vita, allora la terminologia precedente diventa "*cradle to cradle*" ovvero dalla culla alla culla.

All'interno della ISO 14040/2006[80], principale riferimento normativo, viene individuata la procedura da utilizzare nel caso di uno studio LCA. Essa si compone di quattro fasi fondamentali che sono: definizione dell'obiettivo e del campo di applicazione; analisi dell'inventario; valutazione degli impatti; interpretazione e miglioramenti. L'utilizzo degli strumenti del BIM e dell'LCA consente di avere un sistema di classificazione degli oggetti e dei materiali che li costituiscono, tale da individuare correttamente la origine delle demolizioni e di conseguenza del rifiuto.

---

prevalentemente riconducibili ad essi, basato su un'infrastruttura informatica la cui condivisione è regolata da precisi sistemi di sicurezza per l'accesso, di tracciabilità e successione storica delle variazioni apportate ai contenuti informativi, di conservazione nel tempo e relativa accessibilità del patrimonio informativo contenuto, di definizione delle responsabilità nell'elaborazione dei contenuti informativi e di tutela della proprietà intellettuale»).

78 SETAC, A TECHNICAL FRAMEWORK FOR LIFE CYCLE ASSESSMENT Published by Society of Environmental Toxicology and Chemistry (SETAC) and SET AC Foundation for Environmental Education 1010 NORTH 12TH AVENUE PENSACOLA, FL 32501-3307 U.S.A. January 1991.

79 G.L. BALDO - M. MARINO - S. ROSSI, *Analisi del Ciclo di Vita LCA. Gli strumenti per la progettazione sostenibile di materiali, prodotti e processi*, Edizioni Ambiente, Milano, 2008.

80 ISO (2006), Environmental Management. Life Cycle Assessment. Principles and Framework, EN ISO 14040; ISO (2006b), Environmental Management. Life Cycle Assessment. Requirements and Guidelines, EN ISO 14044.

Un metodo valido per rendere tali strumenti affidabili nel tempo, può essere l'applicazione della *blockchain*, intesa come una «struttura tecnologica di registrazione di dati distribuita e immodificabile[81]».

La *blockchain*, letteralmente "catena di blocchi", costituisce un registro digitale all'interno del quale le voci trascritte vengono disposte in ordine cronologico in "blocchi concatenati" e, la loro integrità viene garantita da un sistema crittografico che converte ogni documento in stringhe alfanumeriche[82]. Nel nostro ordinamento, è definita dall'art. 8 del d.l. 135/2018, il quale ne fornisce solo all'apparenza una definizione lineare, dal momento che non offre alcun inquadramento giuridico-sistematico di tale tecnologia.

Nella specifica realtà del riuso dei materiali inerti provenienti dalle demolizioni edili non si dispone, ad oggi, di una regolamentazione specifica *dell'End of Waste* per effettuare il trattamento tecnologico nel rispetto di una normativa dedicate e chiara.

Il Governo italiano ha trasmesso il 14/03/2022 alla Commissione europea, affinché quest'ultima, entro il 15/06/2022, possa esaminare il testo notificato e verificare la sua conformità al diritto europeo, lo schema di Regolamento recante «Disciplina della cessazione della qualifica di rifiuto dei rifiuti inerti da costruzione e demolizione e di altri rifiuti inerti di origine minerale», ai sensi dell'articolo 184-*ter*, comma 2, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

Nel messaggio di notifica alla Commissione europea, si rileva che dal trattamento di rifiuti inerti da costruzione e demolizione e da rifiuti inerti di origine minerale esistono aggregati di recupero di varia granulometria con prestazioni analoghe a quelli provenienti da cave. Si sottolinea, inoltre, che la cessazione della qualifica di rifiuto - *End of Waste (EoW)* - rappresenta una misura concreta per realizzare, come deciso da tutti gli stati dell'UE, una società del riciclo e del recupero, che diventa reale nel momento in cui i materiali, risultato di un processo di riciclaggio o di recupero di alta qualità, possono nuovamente essere introdotti sul mercato ed essere in grado di competere con le materie prime vergini, consentendo una riduzione del consumo di risorse naturali e materie prime.

Lo schema di Regolamento del Ministero della transizione ecologica (MiTE)[83] stabilisce i criteri specifici nel rispetto dei quali i rifiuti inerti dalle attività di costruzione e di demolizione e gli altri rifiuti inerti di origine minerale, come definiti ai sensi delle lettere a) e b), dell'art. 2, comma 1, del medesimo Regolamento

81 G. BEFANI, *Certezza, cosenso e certificazioni: problemi e prospettive di un approccio giuridico al fenomeno delle tecnologie basate sui registri distribuiti*, in Il diritto dell'economia, issn 1123/3036, anno 67, n. 105, febbraio 2021, pp. 77-114

82 G. BEFANI, *cfr.*

83 MITE, Schema Regolamento rifiuti inerti 14 marzo 2022, "*Regolamento recante disciplina della cessazione della qualifica di rifiuto dei rifiuti inerti da costruzione e demolizione e di altri rifiuti inerti di origine minerale, ai sensi dell'art. 184-ter, comma 2, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152*".

sottoposti ad operazioni di recupero, cessano di essere qualificati come rifiuti per come stabilito dal Codice dell'ambiente[84]. Lo schema di Regolamento stabilisce che i rifiuti inerti dalle attività di costruzione e demolizione e gli altri rifiuti inerti di origine minerale cessano di essere qualificati come rifiuti e sono qualificati come aggregato recuperato se lo stesso è conforme ai criteri di cui all'Allegato 1 del Regolamento[85]. L'aggregato recuperato è utilizzabile esclusivamente per gli scopi specifici elencati nell'Allegato 2 del Regolamento[86]. A norma della direttiva europea relativa alle procedure di informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società di informazione[87], gli Stati membri devono informare la Commissione europea di qualsiasi progetto di regolamentazione tecnica prima della sua adozione, affinché la Commissione esamini il testo notificato per verificarne la conformità alla normativa europea.

Dalla prima lettura della proposta di Regolamento e dei relative allegati si evince che, qualora approvato dalla Commissione europea, sono ammessi al processo di trattamento la formazione di aggregato recuperato i Rifiuti inerti dalle attività di costruzione e di demolizione (Capitolo 17 dell'elenco europeo dei rifiuti): Cemento, Mattoni, Mattonelle e ceramiche, Miscugli o scorie di cemento, mattoni, mattonelle e

84 D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 184-ter.

85 MITE, Schema Regolamento rifiuti inerti 14 marzo 2022, All. 1 lett. b) *«I rifiuti ammessi alla produzione di aggregato recuperato devono essere sottoposti ad esame della documentazione a corredo dei rifiuti in ingresso, a controllo visivo e a controlli supplementari, qualora se ne ravveda la necessità.A tal fine, il produttore dell'aggregato recuperato deve dotarsi di un sistema per il controllo di accettazione dei rifiuti atto a verificare che gli stessi corrispondano alle caratteristiche previste dal presente regolamento.; Alla lett. c) del medesimo Allegato invece viene disciplinato il Processo di lavorazione mimino, nonché il deposito presso il produttore, "Il processo di trattamento e di recupero dei "rifiuti inerti dalle attività di costruzione e demolizione" e "gli altri rifiuti inerti di origine minerale", come definiti ai sensi delle lettere a) e b) dell'articolo 2, finalizzato alla produzione dell'aggregato recuperato, avviene mediante fasi meccaniche e tecnologicamente interconnesse, quali, a mero titolo esemplificativo: la macinazione; la vagliatura; la selezione granulometrica; la separazione della frazione metallica e delle frazioni indesiderate. Il processo di recupero, a seconda del tipo di materiale, si realizza tramite il compimento di tutte o solo di alcune delle fasi richiamate, ovvero di altri processi di tipo meccanico che consentano il rispetto dei criteri dettati dal presente decreto. Durante la fase di verifica di conformità dell'aggregato recuperato, il deposito e la movimentazione presso il produttore sono organizzati in modo tale che i singoli lotti di produzione non siano miscelati. In attesa del trasporto al sito di utilizzo, l'aggregato recuperato è depositato e movimentato nell'impianto in cui è stato prodotto e nelle aree di deposito adibite allo scopo. Sono fatte salve tutte le disposizioni vigenti in materia di sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro e le disposizioni autorizzative specifiche».*

86 MITE, Schema Regolamento rifiuti inerti 14 marzo 2022, All. 2 , art. 4 *«L'aggregato recuperato è utilizzato, secondo le norme tecniche di utilizzo di cui alla tabella 5, per: a) la realizzazione del corpo dei rilevanti di opere in terra dell'ingegneria civile; b) la realizzazione di sottofondi stradali, ferroviari, aeroportuali e di piazzali civili ed industriali; c) la realizzazione di strati di fondazione delle infrastrutture di trasporto e di piazzali civili ed industriali; d) la realizzazione di recuperi ambientali, riempimenti e colmate; e) la realizzazione di strati accessori aventi funzione anticapillare, antigelo, drenante ecc; f) il confezionamento di cancestruzzi e miscele legate con leganti idraulici (misti cementati, miscele betonabili, ecc).»*

87 Direttiva (UE) 2015/1535 *"procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione (codificazione)".*

ceramiche, miscele bituminose, terre e rocce da scavo, Pietrisco per massicciate ferroviarie, rifiuti misti dell'attività di costruzione e demolizione; e gli altri rifiuti inerti di origine minerale (non appartenenti al Capitolo 17 dell'elenco europeo dei rifiuti): scarti di ghiaia e pietrisco, scarti di sabbia e argilla, polveri e residui affini, rifiuti prodotti dal taglio e dalla segagione della pietra, residui di miscela di preparazione non sottoposti a trattamento termico, Stampi di scarto costituiti esclusivamente da sfridi e scarti di prodotti ceramici crudi smaltati e cotti o da sfridi di laterizio cotto e argilla espansa eventualmente ricoperti con smalto crudo in concentrazione <10% in peso, scarti di ceramica, mattoni, mattonelle e materiali da costruzione (sottoposti a trattamento termico), rifiuti della produzione di materiali compositi a base di cemento, residui di materiale di sabbiatura, Minerali (ad esempio sabbia, rocce).

La formazione di aggregato recuperato secondo il precedente schema di ammissibilità consente il riuso dopo aver soddisfatto le verifiche dei rifiuti in ingresso al processo minimo di lavorazione in fasi meccaniche e tecnologicamente interconnesse quali, a mero titolo esemplificativo: la macinazione, la vagliatura, la selezione granulometrica, la separazione della frazione metallica e delle frazioni indesiderate, e aver soddisfatto le verifiche di qualità secondo i valori limite indicati nella tabella 2 e tabella 3 allegate alla bozza di Regolamento.

Infine, nella tabella 5 dell'Allegato 2 sono indicate le norme tecniche per l'utilizzo dell'aggregato recuperato e, in particolare si evidenzia, tra i diversi impieghi indicati, che sono possibili le realizzazioni di colmate, rinterri, ripristini morfologici nel rispetto della conformità alle norme armonizzate europee /prestazioni[88].

La eventuale possibilità di realizzare ripristini morfologici consente di approfondire il riuso dei materiali da demolizione edili per la protezione e i ripascimenti degli arenili sottoposti al fenomeno di erosione costiera.

5. Erosione delle coste e gestione dei sedimenti

Il fenomeno della erosione delle coste riveste una importanza strategica dovuta alla necessità di proteggere strutture e infrastrutture la cui sicurezza e messa a rischio per gli effetti di tale fenomeno. Tale importanza ha nel tempo destato l'attenzione del legislatore evidenziata dall'ISPRA che ha effettuato l'esame del Quadro Normativo, impostato attraverso l'analisi della regolamentazione internazionale, nazionale e regionale, sino ad arrivare a varie proposte di integrazione normativa volte a favorire una migliore gestione degli effetti della dinamica litoranea.

88 UNI EN 13242:2013 "Aggregati per materiali non legati e legati con leganti idraulici per l'impiego in opere di ingegneria civile e nella costruzione di strade) e nel rispetto della idoneità tecnica individuata dalla norma UNI EN 11531-1Prospetto 4°(UNI 11531-1 "Criteri per l' impiego dei materiali - terre e miscele di aggregati non legati" che sostituisce la norma CNR 10006.

Tale analisi ha preso in esame un periodo piuttosto ampio (ultimi 100 anni) ed ha evidenziato comportamenti non sempre omogenei da parte del legislatore, spesso correlati ai diversi periodi storici, a vari assetti culturali, etc.

Le «Linee Guida Nazionali per la difesa della costa dai fenomeni di erosione e dagli effetti dei cambiamenti climatici[89]», costituiscono un riferimento importante per le Regioni rivierasche in termini di consapevolezza nella costruzione del proprio strumento di pianificazione/programmazione relativo alla difesa del proprio litorale e, in particolare, delle norme che dovrebbero costituire parte integrante di tale strumento. Va sottolineato che negli ultimi anni tutte le Regioni italiane si stanno confrontando con nuove e vecchie norme in merito al settore trattato, come: la c.d. Direttiva alluvioni[90], la Direttiva relativa allo spazio marittimo[91] e la legge di attuazione della Direttiva in materia di sicurezza delle operazioni in mare nel settore degli idrocarburi[92].

Nell'ambito del Tavolo Nazionale Erosione Costiera (TNEC), quale azione preliminare ai lavori di definizione e redazione di Linee guida nazionali, si è svolta un'attività di ricognizione sullo stato della conoscenza e sulle attività di monitoraggio dei processi erosivi in area costiera, sulle tecniche e sui piani di azione messi in campo dalle Regioni, a partire dalla delega dello Stato delle competenze in materia con la L 59/97, il D.Lgs. 112/98 e il D.Lgs. 96/99 e successivi.

Le Linee Guida rappresentano, quindi, uno strumento operativo di ausilio per le decisioni di soggetti (pubblici e privati) che gestiscono e intervengono sul territorio costiero, e contengono indicazioni che riguardano quattro tematiche principali: valutazione dei fenomeni erosivi; gestione degli effetti della dinamica litoranea; interventi e opere per la difesa costiera; i depositi di sedimenti relitti.

L'aggiornamento delle Linee Guida[93], rispetto alla versione rilasciata nel novembre 2016, ha riguardato principalmente i seguenti punti: quadro delle esperienze di riferimento, la coerenza con gli strumenti di pianificazione vigenti, integrazione e aggiornamento del quadro normativo nazionale e regionale di riferimento, la modellistica meteo-marina per la progettazione degli interventi, la modellistica matematica per le valutazioni nella movimentazione dei sedimenti, il rilancio della necessità di un monitoraggio meteo-marino costiero, aggiunta di un paragrafo sul

89 MATTM-Regioni, *Linee Guida per la Difesa della Costa dai fenomeni di Erosione e dagli effetti dei Cambiamenti climatici. Versione 2018 - Documento elaborato dal Tavolo Nazionale sull'Erosione Costiera MATTM-Regioni con il coordinamento tecnico di ISPRA*, 2018, p.305.
90 Direttiva 2007/60/CE, *"relativa alla valutazione e alla gestione dei rischi di alluvioni"*.
91 Direttiva 2014/89/UE, *"quadro per la pianificazione dello spazio marittimo"*.
92 D.lgs. 18 agosto 2015, n145, *"Attuazione della direttiva 2013/30/UE sulla sicurezza delle operazioni in mare nel settore degli idrocarburi e che modifica la direttiva 2004/35/CE"*.
93 MATTM-Regioni, 2018, *cfr.*

bilancio sedimentario, miglioramento di alcune buone pratiche gestionali, aggiornamento dei metodi per l'analisi dei benefici degli interventi.

Dall'esame dei dati a disposizione e dei censimenti effettuati nell'ambito delle attività del TNEC, emerge un quadro che testimonia un discreto livello sia di percezione che di iniziative concrete già intraprese da parte delle Regioni costiere in relazione al fenomeno dell'erosione costiera e degli effetti dei CC sui litorali. Il fatto che già vengano mobilitati annualmente circa 2,49 Mm^3 /anno lungo i litorali italiani da parte delle stesse Regioni ed altri soggetti, tra cui il Magistrato delle Acque, diversi Comuni, Autorità portuali nonché soggetti privati, sta a dimostrare che esiste una crescente sensibilità circa la necessità di utilizzare i sedimenti per un'efficace gestione dei litorali nonché una significativa capacità operativa ed un discreto *know-how* anche nei confronti di altri Paesi europei.

Ai fini di una corretta gestione dei sedimenti occorre operare una distinzione, non solo teorica, tra i sedimenti che vengono trasportati longitudinalmente (creando zone in arretramento e zone in avanzamento) e quelli che vengono persi dal sistema "litorale" per effetto del trasporto trasversale o, in via indiretta, per effetto della subsidenza o dell'innalzamento del livello del mare. In effetti, per compensare la perdita dovuta a questi ultimi, occorre apportare dei sedimenti "esterni" all'attuale sistema "litorale" ovvero ricorrendo a risorse quali i Depositi Sedimentari Marini Relitti (DSMR) oppure ai sedimenti intrappolati nei bacini artificiali o dagli scavi/cave dell'entroterra. Le indagini già condotte da molte Regioni sui DSMR, portano a considerare questa risorsa di grande interesse, la cui disponibilità potenziale "accessibile" potrebbe aggirarsi sui 3,7 miliardi di m^3, di cui verificati ed utili all'estrazione circa 930-750 milioni di m^3. Per far fronte alle perdite per trasporto longitudinale e compensare gli arretramenti delle spiagge con i sedimenti accumulatisi nelle spiagge in avanzamento, si può ricorrere alla movimentazione dei depositi litoranei (emersi o sommersi) di cui un esempio tipico sono le barre che si formano alle imboccature dei porti. Tuttavia, dalle prime elaborazioni effettuate a scala nazionale, emerge che le esigenze complessive sono dell'ordine di circa 10 Mm^3 /anno, fatti salvi successivi approfondimenti ed ulteriori analisi di dettaglio, di cui la metà attribuibile a perdite permanenti da compensare, come si è detto, con apporti esterni.

In particolare, nell'ambito dell'analisi delle buone pratiche per l'alimentazione con sedimenti esterni al sistema litoraneo viene proposto un modello di gestione dei materiali da scavo ai fini del ripascimento costiero che dovrebbe indirizzarsi verso sistemi "integrati" basati su alcuni passaggi fondamentali: predisposizione di un Piano di utilizzo del materiale sul progetto di scavo, compreso un protocollo di trattamento, selezione o vagliatura del materiale; caratterizzazione del materiale in

relazione ad un progetto di ripascimento (granulometria, resistenza all'usura, tenore in metalli, colore, compatibilità con il sito di destinazione); predisposizione di un progetto di ripascimento in relazione al Piano di utilizzo (granulometria di progetto, volumi, modalità di versamento, tempi di produzione ed eventuale stoccaggio temporaneo); previsione di attività di controllo sui versamenti da parte delle ARPA; predisposizione di un Piano di monitoraggio sedimentologico e bio-naturalistico.

Alla luce delle analisi svolte l'utilizzo delle materie prime seconde inerti provenienti dal riuso dei materiali residuati dalle demolizioni edilizie si presta alla realizzazione di interventi di ripascimento e, comunque di difesa delle coste, mediante la ricostruzione di dune artificiali realizzate attraverso la profilatura morfologica di argini al *run-up* costiero.

6. La sostenibilità ambientale e giuridica del riuso dei materiali provenienti da demolizioni edilizie nel ripascimento degli arenili.

La problematica del riuso dei materiali provenienti da demolizioni edili, per la realizzazione di opere di protezione e interventi di ripascimento delle coste sottoposte a fenomeni di erosione, richiede adeguati strumenti di gestione in grado di verificare e certificare i processi tecnologici necessari al rispetto della sostenibilità ambientale e giuridica.

L'evoluzione normativa, l'eventuale approvazione della citata proposta di Regolamento, lo stato dell'arte sul contesto giuridico multilivello in materia di regolamentazione e certificazione della sostenibilità ambientale hanno evidenziato una complessità non solo legislativa ma, soprattutto, di tipo applicativo nei diversi ambiti, fornendo notevoli spunti utili alla definizione di un processo finalizzato alla sua certificazione. L'obiettivo è realizzare la razionalizzazione di un sistema di assistenza giuridica e di supporto alle decisioni proprie dei processi di certificazione di sostenibilità ambientale, attraverso la generazione automatica di piste di controllo con applicazioni di intelligenza artificiale.

Il sistema di assistenza deve essere realizzato mediante la modellizzazione del complesso giuridico multilivello, delle procedure legali e amministrative tarate sulla base degli obiettivi di sostenibilità ambientale che saranno più precisamente aggiornati dalla nuova legge ambientale europea.

L'utilizzo delle applicazioni di Intelligenza Artificiale al Diritto[94] e al sistema di supporto alle decisioni si motiva con implicazioni sia di ordine teorico sia di ordine pratico; occorre, infatti, fornire alle metodologie di analisi finalizzata all'utilizzo delle applicazioni di AI il rigore del processo giuridico, così come sul piano pratico è

94 U. PAGALLO, *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, in Sistemi intelligenti, Riv. quadrimestrale di scienze cognitive e di intelligenza artificiale, 2017, pp. 615-636, doi: 10.1422/88512.

necessario disporre di sistemi automatici e informatizzati per garantire attività corrette nei formalismi ed efficaci nelle soluzioni richieste dalle diverse professioni giuridiche e dalle professioni che comunque utilizzano processi e tecniche condizionate da complessi sistemi normativi.

Un processo decisionale, soprattutto nel campo della sostenibilità ambientale applicata in un contesto proprio della economia circolare, è una realtà molto complessa che non sempre è riconducibile alla scelta della migliore fra le alternative comprese in un dominio definito a priori. Occorre individuare un approccio per interpretare la realtà in maniera utile per affrontare i problemi che si presentano nella certificazione della sostenibilità ambientale.

L'approccio che meglio si presta al nostro caso probabilmente è quello della "dinamica dei sistemi" che affronta l'analisi della realtà come un sistema globale[95].

Usualmente nella certificazione di sostenibilità ambientale ci troviamo di fronte al prevalere delle necessità di gestione piuttosto che di previsione in cui in primo luogo si deve identificare il problema con chiarezza, e descrivere gli obiettivi dello studio con precisione.

Una volta definito il nucleo del problema, si deve completare la sua descrizione in base all'apporto di conoscenze mediante una documentazione adeguata sull'argomento e definire il sistema quale insieme di "elementi" in relazione tra loro, in modo tale che un cambiamento in un elemento influisce sull'insieme di tutti gli altri appartenenti a un dominio definito su cui opera il sistema. Uno strumento *software* finalizzato a gestire tale approccio, molto noto nella letteratura di diversi ambiti disciplinari tra i quali figura anche il Diritto, è VENSIM[96] che consente la simulazione per migliorare le prestazioni dei sistemi reali e viene utilizzato per lo sviluppo, l'analisi, e il confezionamento di *feedback* di modelli dinamici. Sulla base di tale impostazione risulta utile proporre la metodologia per conseguire un *framework* per il supporto alle decisioni sulla certificazione ambientale del riuso di materie prime seconde assumendo la complessità della evoluzione della normativa sulla sostenibilità ambientale in un contesto di economia circolare nel rispetto della normativa multilivello.

Il f*ramework* dovrà essere sviluppato mediante un modello logico strutturato attraverso una "*Infrastructure Layer + Data Layer*" in cui è definita un'infrastruttura virtuale di monitoraggio e controllo dei dati normativi, regolamentari e delle prassi giuridico amministrative (*Data Layer*) e delle strutture di certificazione di sostenibilità ambientale di riuso dei materiali provenienti dalle demolizioni edili nel contesto

95 E. B. ROBERTS, *Managerial Applications of System Dynamics*, Cambridge, MIT Press, 1978, ISBN 0-262-18088-X.

96 Ventana Systems Inc., software di simulazione della forza industriale per migliorare le prestazioni dei sistemi reali.

dell'economia circolare dei prodotti e dei processi (*Infrastructure Layer*). Tale base di informazioni e di infrastrutturazione delle informazioni è funzionale a progettare e prototipare il modulo "*Decision Support System*" in cui è definito un *tool* di modellazione e gestione di sistemi complessi attraverso un sistema *software* (tipo VENSIM) abilitato per il modello di simulazione (*Simulation Model*), per assumere una decisione (*Decision Make*), per effettuare il controllo e monitoraggio della decisione (*Audit*).

L'originalità di tale proposta metodologica è da cogliere innanzitutto nella filosofia di costruzione del *framework* che non è finalizzato a rispondere alle esigenze del solo rapporto richiedente certificazione ambientale - terza parte preposta al rilascio della certificazione- , ma consente l'integrazione di tutte le relazioni giuridiche necessarie all'assolvimento dei ruoli di ciascun attore della gestione della normativa giuridica a supporto della sostenibilità ambientale del riuso dei materiali provenienti dalle demolizioni edili finalizzato alle opere di protezione e agli interventi di ripascimento degli arenili, in un contesto di economia circolare. Ma soprattutto cerca di soddisfare pienamente le condizioni fondamentali per la riuscita del suddetto processo decisionale realizzando con efficacia la conoscenza e la gestione delle informazioni.

La metodologia proposta di costruzione del f*ramework* avviene attraverso lo svolgimento delle principali fasi di seguito descritte:

1. Definizione del *Data Layer*

Il primo passo consiste nell'individuare le caratteristiche fondamentali del contesto dell'economia circolare in cui reinquadrare la certificazione della sostenibilità ambientale del riuso del materiale proveniente dalle demolizioni edili. In particolare vanno individuati tutti gli attori interessati, quelli da cui ha origine la definizione del contesto in termini legislativi e regolamentari (Organizzazioni Internazionali, Organizzazioni Europee, Organizzazioni Nazionali e Regionali), quelli che definiscono i termini delle certificazioni (Enti di Accreditamento di Terze Parti, Terze parti, Organismi di Tutela della Qualità, Organismi di Rappresentanza degli Enti territoriali, dei sistemi e delle categorie produttive) quelli che hanno comunque un qualche interesse nelle attività di supporto all'economia circolare o che possono essere toccati dalle decisioni che verranno prese (Organismi di Tutela dell'Ambiente, Ordini professionali, Associazione dei Consumatori e di tutela). L'analisi del contesto rende concreto il processo di conoscenza e la definizione del *Data Layer*.

2. Organizzazione *dell'Infrastructure Layer*

Nel secondo passo si individuano le diverse componenti del sistema, gli attori coinvolti nei diversi ruoli (sulla base dell'analisi della fase precedentemente). In particolare, si esplicitano le diverse previsioni normative e le strutture di

certificazione di sostenibilità ambientale nel contesto dell'economia circolare con riferimento agli obiettivi posti dal riuso del materiale sia a riguardo la certificazione di qualità dell'aggregato e dei processi.

3. Definizione *dell'Infrastructure Layer*

Sulla base della individuazione dell'organizzazione del sistema infrastrutturale si cominciano ad individuare i sottosistemi di interesse, corrispondenti a diverse attività e/o funzioni del sistema di certificazione in esame. L'obiettivo di questa fase è definire, con l'approccio della Dinamica dei Sistemi e con puntualità, tutte le implicazioni normative per ogni specifica regolamentazione delle diverse tipologie di certificazione. Il sistema sarà il risultato del prodotto della impostazione della ricerca di base e della capacità di descrivere ed interpretare la realtà. Perciò possiamo aspettarci che ci sia una molteplicità di diversi sottosistemi, ciascuno dei quali rappresenta un modo di interpretare le funzioni del sistema in esame, le possibili attività che in esso possono essere svolte.

4. Implementazione del *Decision Support System* (Organizzazione del *Simulation Model*)

L'obiettivo è quello di costruire modelli concettuali del sistema da utilizzare a supporto delle decisioni da assumere durante il processo di certificazione, evidenziando le relazioni funzionali fra le varie componenti. In questa fase vengono anche definiti i criteri e le procedure per la valutazione ed il monitoraggio del sistema nel suo funzionamento dal punto di vista della correttezza (il fatto che il sistema si comporti coerentemente con i suoi scopi), della efficacia (se i mezzi che vengono utilizzati siano adatti al raggiungimento degli scopi) e della efficienza (rapporto tra obiettivi raggiunti e risorse utilizzate). In questa fase è utile confrontare la performance dei diversi modelli disponibili in letteratura orientata ad individuare il *tool* (tipo VENSIM) più funzionale alla specifica attività e gli eventuali diversi risultati saranno messi a confronto per la scelta finale sullo strumento da utilizzare nella valutazione.

5. Implementazione del *Decision Support System* (Definizione del *Simulation Model*)

La scelta del modello di simulazione si definisce mediante il confronto tra il risultato della simulazione e la realtà percepita. Da un lato si mettono a confronto i modelli con le percezioni che della realtà da esso rappresentata hanno le persone che sono coinvolte nel processo di certificazione; dall'altro si cerca di simulare il funzionamento dei modelli seguendo passo-passo le loro attività per mezzo dell'opportuno software individuato al passo precedente. I risultati di questa simulazione possono essere eventualmente confrontati con dati storici oppure semplicemente con passate esperienze. Le differenze fra modelli e realtà analizzate

possono suggerire l'opportunità di una revisione dei modelli stessi, il che comporta il ritorno ad uno dei passi precedenti. Altrimenti si procede al passo successivo.

6. Implementazione del *Decision Support System* (Definizione del *Decision Make*)

In questa fase si sviluppa un confronto sui possibili cambiamenti per migliorare la simulazione della realtà di riuso e renderla trasparente rispetto al processo decisionale. È importante che si arrivi a questa fase proprio per la natura del processo di conoscenza che è posto alla base del processo di modellazione del riuso. I cambiamenti ricercati dovranno essere valutati ai fini della reale fattibilità del processo di certificazione.

7. Implementazione del *Decision Support System* (Definizione dell'*Audit*)

Una volta definito e migliorato in ogni aspetto il modello di supporto alle decisioni della certificazione della sostenibilità ambientale e giuridica del riuso dei materiali delle demolizioni edili finalizzato alla protezione e ripascimento degli arenili, occorrerà prevedere processi di revisione e controllo dell'attività stessa di certificazione. Tale fase dovrà tenere in considerazione ogni fase del processo di costruzione del sistema di supporto alle decisioni nell'attività di certificazione e verificare il rispetto delle decisioni assunte in ogni fase e definire un modello di Audit basato sulle piste di controllo definite in tutte le fasi precedenti.

7. Considerazioni conclusive.

Il riuso dei materiali provenienti dalle demolizioni edili negli interventi di ripascimento degli arenili implica una verifica della sostenibilità, ambientale e giuridica, di un processo che riguarda le dinamiche del settore delle costruzioni, la gestione dei rifiuti e il riuso delle materie prime seconde, nonché la necessità di difendere le coste in erosione. Tale possibilità è fortemente condizionata dal quadro normativo incompleto e solo parzialmente colmato dall'iter del Regolamento dell'*EoW* degli inerti da demolizioni edili.

Il Regolamento introduce una importante chiarezza rispetto alle norme UNI di riferimento per orientare il processo che conduce il materiale rinveniente dalle demolizioni edili verso la condizione dell'*End of Waste*. Tuttavia, il Regolamento proposto necessiterebbe una maggiore chiarezza sugli ambiti di possibile riuso dei materiali riciclati e una maggiore definizione dei sistemi di certificazione del processo. La stessa metodologia proposta nel presente lavoro per conseguire un *framework* per il supporto alle decisioni sulla certificazione ambientale del riuso di materie prime seconde, assumendo la complessità della evoluzione della normativa sulla sostenibilità ambientale, in un contesto di economia circolare nel rispetto della normativa multilivello, offre un quadro di riferimento per le ulteriori necessità di evoluzione normativa e, in particolare della stesura finale dello specifico

Regolamento dell'*EoW*. Infatti, la definizione del *data layer* richiede una precisa individuazione di tutte le relazioni necessarie all'assolvimento dei ruoli di ciascun attore della gestione della normativa giuridica a supporto della definizione del processo, ad oggi non definito. Nell'*Infrastructure Layer* è richiesta la definizione delle strutture di certificazione di sostenibilità ambientale, nel contesto dell'economia circolare con riferimento sia agli obiettivi posti dal riuso del materiale sia a riguardo la certificazione di qualità dell'aggregato che dei processi. Lo stato di definizione del Regolamento non contempla il riferimento univoco al tipo di certificazione utile a garantire il processo di riuso. Tale realtà, ad oggi non chiara, del quadro normativo e regolamentare condiziona l'efficacia del modello concettuale del sistema da utilizzare a supporto delle decisioni da assumere durante il processo di certificazione.

Una evoluzione possibile dello specifico Regolamento dell'*EoW* nella direzione di dare efficacia alla valutazione della sostenibilità ambientale e giuridica del riuso dei materiali di demolizione per il ripascimento degli arenili, consentirebbe alla metodologia proposta di supportare efficientemente le decisioni dei gestori di questi importanti processi di economia circolare.

Bibliografia.

ALARIE B. - NIBLETT A. - YOON A., *How Artificial Intelligence Will Affect the Practice of Law*, Univeristy of Toronto Library, 2017. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3066816.

ALGOSTINO A., *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione, Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Osservatorio Costituzionale, Fasc. 3/2020.

BACKES C., BOEVE M., *Envisioning the Future of the Circular Economy: A Legal Perspective*. 1 Jan. 2022 : 1 - 11

BALDO G.L. - MARINO M. - ROSSI S., *Analisi del Ciclo di Vita LCA. Gli strumenti per la progettazione sostenibile di materiali, prodotti e processi*, Edizioni Ambiente, Milano, 2008.

BALI SWAIN R. - YANG-WALLENTIN F., *Achieving sustainable development goals: predicaments and strategies*, International Journal of Sustainable Development & World Ecology, 27:2, 96-106, DOI: 10.1080/13504509.2019.1692316.

BARTEKOVÁ E., BÖRKEY P., *Digitalisation for the transition to a resource efficient and circular economy*, *OECD Environment Working Papers*, No. 192, 2022, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/6f6d18e7-en

BEFANI G., *Certezza, consenso e certificazioni: problemi e prospettive di un approccio giuridico al fenomeno delle tecnologie basate sui registri distribuiti*, in Il diritto dell'economia, issn 1123/3036, anno 67, n. 105, febbraio 2021, pp. 77-114

BOVINO C., Verso un'economia circolare: la revisione delle direttive sui rifiuti, in Ambiente 2014, 682.

CARAVITA DI TORITTO B. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, il Mulino, 2016.

COCCONI M., *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, in Studi di Diritto pubblico, 2020.

CRESME, XXVII Rapporto Congiunturale e Previsionale dedicato allo scenario di mercato delle costruzioni 2020-2024, novembre 2019.

D'ADDA C., *La crisi finanziaria globale 2008-2009*, in Riv. Internazionale di Scienze Sociali, 2009, n. I, p. 125-134

DE LEONARDIS F., Economia circolare: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare, in Dir. Amm., 2017, 163; Id. (a cura di), Studi in tema di economia circolare, Eum, Edizioni Università di Macerata, 2019

FELIZIANI C., *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, in Diritto Amministrativo, 4, 2020, 843 ss.

FERRARA R., SANDULLI M.A., *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, Giuffré, 2014

FORMOSO C.T. - SOIBELMAN L. - DE CESARE C. - ISATTO E.L., *Material Waste in Building Industry: main causes and prevention*, in Journal of Construction Engineering and Management, 2002, 128, p. 316.

GALVÃO SCHEIDEGGER A. P. - FERNANDES PEREIRA T. - MOURA DE OLIVEIRA M.L. - BANERJEE A.- BARRA MONTEVECHIC J.A., *An introductory guide for hybrid simulation modelers on the primary simulation methods in industrial engineering identified through a systematic review of the literature*, Computers & Industrial Engineering, 124, 2018, 474-492. https://doi.org/10.1016/j.cie.2018.07.046.

GARCÍA M., *Theory and Practical Exercises of System Dynamics: Modeling and Simulation with Vensim PLE*, Editore Juan Martín García, 2020, p. 282

GIAMMETTI M. T. - RIGILLO M., *TECHNE: Journal of Technology for Architecture & Enviroment*, 2021, Vol. 22, p. 240-248.

ISTAT, IV trimestre 2021 CONTI ECONOMICI TRIMESTRALI Prodotto interno lordo, valore aggiunto, consumi, investimenti, domanda estera.

LOUCKS D.P. - *Quantifying trends in system sustainability*, Hydrological Sciences Journal, 1997, 42, pp. 513-530. doi:10.1080/02626669709492051

LUCIANO A. - REALE P. - CUTAIA L. - CARLETTI R. - PENTASSUGLIA R. - ELMO G. - MANCINI G., *Resources Optimization and Sustainable Waste Management in Construction Chain in Italy: Toward a Resource Efficiency Plan*, Springer Nature B.V. 2018

MATTM-Regioni, *Linee Guida per la Difesa della Costa dai fenomeni di Erosione e dagli effetti dei Cambiamenti climatici. Versione 2018 - Documento elaborato dal Tavolo Nazionale sull'Erosione Costiera MATTM-Regioni con il coordinamento tecnico di ISPRA*, 2018, p.305.

MONDINI G., *Valutazioni di sostenibilità: dal rapporto Brundtland ai Sustainable Development Goal*, in Valori e Valutazioni, 2019, n°23

MONTEDURO M., *Diritto dell'ambiente e diversità alimentare*, in Riv. Quadr. Dir. Amb., 2015, 1, 92.

MORI K. - CHRISTODOULOU A., *Review of sustainability indices and indicators: Towards a new City Sustainability Index (CSI),* Environmental Impact Assessment Review 32, 2012, pp. 94-106. doi:10.1016/j.eiar.2011.06.001

MORO P., *Intelligenza artificiale e professioni legali. La questione del metodo*, Journal of Ethics and Legal Technologies, Volume I , 05/2019.

PAGALLO U., *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, in Sistemi intelligenti,

REJEB A., BINTI DATO M. Z., SUHAIZA H., REJEB K., TREIBLMAIER H., KEOGH G. J., *Modeling Enablers for Blockchain Adoption in the Circular Economy*. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4118439 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4118439

Riv. quadrimestrale di scienze cognitive e di intelligenza artificiale, 2017, pp. 615-636, doi: 10.1422/88512.

ROBERTS E.B., *Managerial Applications of System Dynamics*, Cambridge, MIT Press, 1978, ISBN 0-262-18088-X.

RUGIERO S. - TRAVAGLINI G. - FEDERICO A., *Il settore costruzioni in Italia: crisi e opportunità nell'ultimo decennio*, Argomenti, terza serie, 10/2018, pp. 31-63.

SETAC, A TECHNICAL FRAMEWORK FOR LIFE CYCLE ASSESSMENT Published by Society of Environmental Toxicology and Chemistry (SETAC) and SET AC Foundation for Environmental Education 1010 NORTH 12TH AVENUE PENSACOLA, FL 32501-3307 U.S.A. January 1991.

SIMION I.M - FORTUNA M.E. - BONOLI A. - GAVRILESCU M., *Comparing enviromental impact of natural inert and recycled construction and demolition waste processing using LCA*, Journal of Enviromental Engineering and Landscape Management, 2013, 21:4, 273-287.

UN, *Trasforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development, in United Nations* - Sustainable Development Knoledge Platform, sottoscritta il 25 settembre 2015.

VENTANA SYSTEMS INC., software di simulazione della forza industriale per migliorare le prestazioni dei sistemi reali.
WEIMANN K. - GIESE L.B. - MELLMANN G. -SIMON F.G., *Building Materials from Waste*, in Materials Transactions, Vol. 44 n. 7 (2003), pp. 1255 -1258.
World Commission on Environmental and Development Our Common Future (WCED). The Brundtland Report (pp. 0-338), 1997, New York, NY: Oxford University Press. Retrieved from http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf
ZAMBRANO-MONSERRATE M.A. - RUANO M.A. - SANCHEZ-ALCALDE L., *Indirect effects of COVID-19 on the environment, Science of The Total Environment*, 730, 2020,139086. https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.138813 0048-9697.

Riferimenti normativi.

COM 11 dicembre 2019 n. 640, *"Il Green Deal europeo"*.
COM 2 dicembre 2015 n. 614, *"L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare"*.
COM 22 settembre 2006 n. 231, *"Strategia tematica per la protezione del suolo"*.
COM 4 marzo 2020 n. 80, *"quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) 2018/1999 (Legge europea sul clima)"*.
Comunicazione della Commissione al Consiglio sul programma delle comunità europee per l'ambiente, presentata il 24 marzo 1972, in Gazzetta ufficiale delle comunità europee del 26 maggio 1972
Consiglio dell'Unione Europea, Ecofin 645, DECISIONE DI ESECUZIONE DEL CONSIGLIO relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la Ripresa e la Resilienza dell'Italia (PNRR), Bruxelles, 8 luglio 2021
D.l. 16 luglio 2020, n. 76, *"Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"*.
D.l. 19 maggio 2020, n. 34, *"Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19"*.
D.l. 31 maggio 2021, n. 77, *"Governance del Piano nazione di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure"*.
D.l. 9 febbraio 2012, n. 5, *"Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e sviluppo"*.
D.lgs. 18 agosto 2015, n. 145, *"Attuazione della direttiva 2013/30/UE sulla sicurezza delle operazioni in mare nel settore degli idrocarburi e che modifica la direttiva 2004/35/CE"*.
D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *"Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e furniture"*.
D.lgs. 3 aprile 2006 n. 152,*"Norme in materia ambientale"*.
D.lgs. 3 settembre 2020, n. 116, *"Attuazione della direttiva (UE) 2018/851 che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti e attuazione della direttiva (UE) 2018/852 che modifica la direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio"*.
D.lgs. 3 settembre 2020, n. 118, "*Attuazione degli articoli 2 e 3 della direttiva (UE) 2018/849, che modificano le direttive 2006/66/CE relative a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori e 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche"*.
D.lgs. 3 settembre 2020, n. 119, *"Attuazione dell'articolo 1 della direttiva (UE) 2018/849, che modifica la direttiva 2000/53/CE relativa ai veicoli fuori uso"*.
D.lgs. 3 settembre 2020, n. 121, *"Attuazione della direttiva (UE) 2018/850, che modifica la direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti"*.
D.Lgs. 30 marzo 1999 n. 96, *"Intervento sostitutivo del Governo per la ripartizione di funzioni amministrative tra regioni ed enti locali a norma dell'articolo 4, comma 5, della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni"*.

D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 112, *"Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59"*.
D.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, "*Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio"*.
D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, *"Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300"*.
D.M. 1 dicembre 2017, n. 560, *"Decreto Baratono"*
D.M. 2 aprile 1968 n. 1444, "Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricanti e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della legge 6 agosto 1967, n.765.
D.M. 9 gennaio 2003, *"Esclusione dei pneumatici ricostruibili dall'elenco di rifiuti non pericolosi"*.
Decisione n. 1386/2013/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 20 novembre 2013, *"su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020 «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta»"*.
Direttiva (UE) 2015/1535 *"procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione (codificazione)"*.
Direttiva 2007/60/CE, *"relativa alla valutazione e alla gestione dei rischi di alluvioni"*.
Direttiva 2008/98/CE, *"relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive"*.
Direttiva 2014/89/UE, *"quadro per la pianificazione dello spazio marittimo"*.
Direttiva 75/442/CEE, *"relativa ai rifiuti"*.
Direttiva 91/156/CEE, *"modifica la direttiva 75/442/CEE relativa ai rifiuti"*
Direttiva 91/689/CEE, *"relativa ai rifiuti pericolosi"*.
Direttiva 91/692/CEE,*"per la standardizzazione e la razionalizzazione delle relazioni relative all'attuazione di talune direttive concernenti l'ambiente"*.
Direttiva 94/62/CEE, *"sugli imballaggi e rifiuti di imballaggio"*.
Disegno di legge, d'iniziativa della senatrice Paola Nugnes, comunicato alla Presidenza il 9 luglio 2019, "*Disposizioni per l'arresto del consumo del suolo e la rigenerazione urbana"*.
ISO (2006), Environmental Management. Life Cycle Assessment. Principles and Framework, EN ISO 14040; ISO (2006b), Environmental Management. Life Cycle Assessment. Requirements and Guidelines, EN ISO 14044.
ISO (2010), Etichette e dichiarazioni ambientali - Dichiarazioni ambientali di Tipo III - Principi e procedure, EN ISO 14025:2010
ISO (2016), Etichette e dichiarazioni ambientali - Asserzioni ambientali auto-dichiarate (Etichettatura ambientale di Tipo II), EN ISO 14021:2016
ISO (2018), Etichette e dichiarazioni ambientali - Etichettatura ambientale di Tipo I - Principi e procedure, EN ISO 14024:2018
L. 15 marzo 1997 n. 59, "*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa"*.
L. 17 agosto 1942 n. 1150, "*Legge urbanistica"*
MITE, Schema Regolamento rifiuti inerti 14 marzo 2022, "*Regolamento recante disciplina della cessazione della qualifica di rifiuto dei rifiuti inerti da costruzione e demolizione e di altri rifiuti inerti di origine minerale, ai sensi dell'art. 184-ter, comma 2, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152"*.
Regolamento (UE) 12 febbraio 2021, n. 241, *"che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza"*.
Regolamento (UE) 9 marzo 2011, n. 305 "che fissa condizioni armonizzate per la commercializzazione dei prodotti da costruzione e che abroga la direttiva 89/106/CEE del Consiglio".
Regolamento CEE/UE 30 giugno 2021, n. 1119, "che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»)".

UNI EN 13242:2013 “Aggregati per materiali non legati e legati con leganti idraulici per l'impiego in opere di ingegneria civile e nella costruzione di strade) e nel rispetto della idoneità tecnica individuata dalla norma UNI EN 11531-1Prospetto 4°(UNI 11531-1 "Criteri per l' impiego dei materiali - terre e miscele di aggregati non legati" che sostituisce la norma CNR 10006.

RIFLESSIONI SU EFFETTIVITÀ E UTILITÀ DELLA TASSAZIONE DELLA PLASTICA

Stefania Scarascia Mugnozza*

Abstract. Il contributo si propone di analizzare, in una prospettiva critica, le recentissime forme di imposizione fiscale sulla plastica, introdotte dal Consiglio dell'Unione Europea (*plastic tax*) e dal legislatore nazionale (tributo sui MACSI). A primo sguardo, il tributo ambientale può apparire una scelta opportuna, in virtù delle sue caratteristiche che consentono di utilizzarlo sia per esigenze di mero gettito che per fini extrafiscali, quali la tutela dell'ecosistema; in quest'ottica, è agevole comprendere il recente ricorso all'imposizione fiscale da parte delle istituzioni europee e l'intervento sul sistema delle risorse proprie. Tuttavia, le misure oggetto del contributo presentano numerosi profili di criticità: a partire dalla dubbia natura tributaria del prelievo europeo, la concreta attuazione degli istituti si palesa tutt'altro che agevole, anche in ragione del complesso coordinamento con le fattispecie impositive vigenti. Tali circostanze, sommate alla complessità del sistema normativo in generale e ai noti costi di attuazione dei singoli tributi, inducono a una più ampia riflessione sulla effettiva utilità dell'imposizione sulla plastica nella sua attuale configurazione, e sulla sua idoneità a raggiungere gli obiettivi prefissati.

Abstract. *This essay aims to analyze in a critical perspective the fiscal measures which were recently introduced by the Council of the European Union (the so-called plastic tax) and by the Italian legislator (the MACSI tax). Theoretically, green taxes seem to be a very efficient asset, due to their capability to achieve both economic and environmental targets, which explains why the European institutions have recently announced the introduction of new own resources. However, both the plastic tax and the MACSI tax suffer from many critical issues. The analysis of these issues, including the traditional critical points of the regulatory system, leads to interrogate upon the plastic taxes' effective necessity and utility.*

SOMMARIO: 1. Premessa. Il ruolo delle *green taxes* come risorse proprie dell'Unione Europea; **2.** Le nuove forme di imposizione fiscale sulla plastica: generalità… **3.** … e principali criticità; **4**. Riflessioni sull'efficacia disincentivante del tributo; **4.1** L'"IVA verde" come possibile alternativa; **5.** Conclusioni.

1 Premessa. Il ruolo delle *green taxes* come risorse proprie dell'Unione Europea.

Il contesto sociale, sanitario ed economico emerso in questi ultimissimi anni non cessa di offrire spunti di riflessione. Il rapido avvicendarsi di crisi climatica, frangente pandemico e rischio di *default* di alcuni Stati ha richiesto alle istituzioni dell'Unione Europea un importante sforzo di solidarietà, culminato nell'erogazione di aiuti economici ai Paesi membri e nell'approvazione di una strategia di ripresa collettiva, improntata a un elevato livello di innovazione digitale e ambientale (*Next Generation*

EU Project)[1]. L'intervento dell'Unione si è dunque sviluppato ramificandosi in due direzioni: da un lato, il sostegno finanziario necessario per colmare il vuoto nei bilanci pubblici causato dalla pandemia, materializzatosi in bonus fiscali, sussidi e prestiti; dall'altro, la definizione di obiettivi comuni a tutti gli Stati membri, da raggiungere entro scadenze ravvicinate, localizzabili principalmente nelle aree delle competenze digitali e della lotta all'inquinamento del pianeta. Tali interventi corrono lungo due binari solo apparentemente paralleli: in realtà, questi percorsi convergono nello strumento selezionato per concretizzarli, ossia il tributo.

L'approvazione del *Next Generation EU Project* ha comportato una spesa quantificabile in circa 750 miliardi di euro[2], raccolta sui mercati con l'emissione di titoli di debito, garantiti in solido da tutti gli Stati membri. La storica inadeguatezza del bilancio europeo, aggravata da un dispiegamento di risorse senza precedenti nella storia dell'Unione Europea, ha reso non più prorogabile il procacciamento di nuove fonti di entrata per le casse europee[3]. A fronte di tale esigenza, le istituzioni hanno raggiunto l'accordo sull'introduzione di nuove risorse proprie[4]: un'imposta

1 *Avv. Stefania Scarascia Mugnozza, Ph.D., RTDA presso l'Università di Pisa.
European Commission, *The EU budget powering the recovery plan for Europe*, COM(2020) 442, 27 maggio 2020. Sebbene l'atto in questione sia ancora recente, la letteratura in materia è già copiosa; per questo, senza alcuna pretesa di esaustività, si rimanda ai contributi di P. Selicato, *Accordi europei e sovranità fiscale nazionale: le ricadute dell'emergenza Covid-19*, in *federalismi.it*, n. 7/2021, pagg. 205 e ss.; F. Amatucci, *Le politiche fiscali di contrasto alla crisi economica e sanitaria pandemica in ambito UE ed il rispetto della solidarietà tra Stati membri*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, n. 2/2021, pag. 409; A. F. Uricchio, F. L. Giambrone, *The EU budget powering the recovery plan for Europe*, su https://openreviewmbf.org/2020/06/06/the-eu-budget-powering-the-recovery-plan-for-europe/, 6 giugno 2020, pag. 3; G. Petrillo, *Next Generation UE e nuovo sistema di risorse proprie: un passaggio decisivo verso la costituzione di un nuovo modello fiscale europeo?*, in *Riv. Dir. Trib. On line*, 7 December 2021; S. Scarascia Mugnozza, *Next Generation EU Plan e il divieto di aiuti di Stato*, in *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, n. 3/2019, pagg. 243 e ss.

2 https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/recovery-coronavirus/recovery-and-resilience-facility_it.

3 Ottenuta l'approvazione del Parlamento Europeo (17 dicembre 2020), il Consiglio ha adottato il regolamento che stabilisce il quadro finanziario pluriennale (*multiannual financial framework*) per il periodo 2021-2027. Le risorse del *Next Generation EU* saranno utilizzate per finanziare "direct investment quickly to where it is most needed, reinforce the single market, step up cooperation in areas such as health and crisis management, and equip the Union with a long-term budget to drive the green and digital transitions and build a fairer and more resilient economy". Così COM(2020) 442, cit., p. 2.

4 Il processo di introduzione di nuove risorse proprie è iniziato nel 2021 e dovrebbe giungere a completamento entro il 2027, e si suddivide in quattro fasi: 1) introduzione di una nuova risorsa propria legata all'uso dei rifiuti di plastica; 2) adozione di un meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera (CBAM) per prevenire la rilocalizzazione delle emissioni di carbonio; 3) revisione del sistema per lo scambio di quote di emissioni ETS, con possibile estensione anche ai settori marittimo e dell'aviazione; 4) introduzione di altre risorse, tra cui una forma di imposizione sulle transazioni finanziarie. Cfr. art. 311, TFUE: "L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche. Il bilancio, fatte salve le altre entrate, è finanziato integralmente tramite risorse proprie". Sul tema, si vedano i recenti contributi di P. Selicato,

sugli extraprofitti delle imprese di maggiori dimensioni[5], una "*digital tax*"[6], e due fattispecie di *green taxes* volte a prevenire il consumo di plastica e la produzione di emissioni inquinanti (un prelievo sui rifiuti plastici non riciclati, denominato "*plastic tax*", e il *Carbon Border Adjustment Mechanism*, CBAM).

Non è questa la sede per soffermarsi sull'analisi delle risorse proprie tradizionali e delle criticità che affliggono il bilancio dell'Unione Europea. Per quanto rileva ai fini del presente lavoro, è sufficiente sottolineare come, sin dagli albori della (allora) CEE, gli ostacoli alla formazione di una potestà tributaria sovranazionale siano stati ritenuti pressoché invalicabili[7]; tuttavia, gli eventi perniciosi e imprevedibili che si sono susseguiti a partire dai primi mesi del 2020 hanno imposto il superamento di quegli ostacoli, conducendo alla definizione di nuovi metodi di finanziamento del bilancio europeo, prevalentemente incentrati sul tributo. Allo stato attuale, dunque, uno dei primi effetti del *Next Generation EU Project* consiste nell'emersione di una nuova sovranità fiscale.

La finalità dichiaratamente ambientale di due delle nuove risorse proprie non è casuale. Risale agli anni '90 dello scorso secolo la consapevolezza dell'esistenza di una nuova categoria di tributi, i c.d. tributi ambientali, il cui imponibile è costituito da "una unità fisica (o un suo sostituto o derivato) di qualcosa di cui si abbia prova scientifica di effetti negativi sull'ambiente quando è usato o rilasciato"[8]; a partire da allora, fattispecie diversamente articolate dei tributi in oggetti sono andate

op. cit.; F. Amatucci, op. cit.; G. Bizioli, *Quale sovranità fiscale per l'Unione Europea?*, in *Riv. dir. fin. e sc. Fin.*, n. 3/2021, pag. 293; D. Canè, *Profili di una imposta sui redditi d'impresa come risorsa propria dell'Unione Europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, I, 2020, pag. 97; C. Sciancalepore, *Le risorse proprie nella finanza pubblica europea*, Cacucci, 2021.

5 Commissione Europea, COM (2020) 442 del 27 maggio 2020. Cfr. anche Consiglio Europeo, Nota EUCO 10/20, riunione del 21 luglio 2020 UE.

6 Bruxelles, 25 marzo 2021 (OR. en) SN 18/21, Dichiarazione dei membri del Consiglio europeo: "Ribadiamo la nostra decisa preferenza e il fermo impegno a favore di una soluzione globale per la tassazione internazionale del digitale e ci adopereremo per raggiungere una soluzione consensuale entro la metà del 2021 nel quadro dell'OCSE. Confermiamo che l'Unione europea sarà pronta a procedere qualora non si profili una soluzione globale. Ricordiamo che, quale base per una risorsa propria supplementare, nel primo semestre del 2021 la Commissione presenterà una proposta relativa a un prelievo sul digitale in vista della sua introduzione al più tardi entro il 1º gennaio 2023". Nel settembre 2021, tuttavia, la Commissione ha sospeso i lavori sulla nuova tassa digitale.

7 Uno dei principali ostacoli consiste nella regola dell'unanimità per l'approvazione di atti afferenti all'area del diritto tributario, quali "l'imposta sulla cifra d'affari, le imposte sul consumo e le altre imposte indirette", che gli artt. 113 e 114, TFUE impongono alle istituzioni unionali. Ciò si traduce nell'implicita assegnazione di un vero e proprio diritto di veto a ciascuno Stato membro, e incide notevolmente sull'attitudine delle istituzioni a esprimersi in tale settore. Cfr. sul punto, *ex multis*, F. Gallo, *L'Europa ha bisogno di un'unione fiscale*, Il Sole 24 ore, 5 giugno 2017; P. Selicato, *Impresa europea e fisco: il nodo dell'integrazione*, in *Omaggio ad Altiero Spinelli. Atti del comitato nazionale*, Bulzoni, 2011; P. Boria, *L'antisovrano. Potere tributario e sovranità nell'ordinamento comunitario*, Giappichelli, 2004.

8 Cfr. Comunicazione della Commissione, Tasse e imposte ambientali nel Mercato unico, in G.U.C.E., 23/7/1997, 97/C, 24/04 (II, lett. a), punto 11, pag. 4).

diffondendosi negli ordinamenti nazionali degli Stati membri, con alterne fortune[9]. Dopo un'iniziale diffidenza, manifestata soprattutto in seno alla dottrina nazionale[10], la rilevanza dei tributi ambientali è stata ufficialmente affermata dalle istituzioni europee nell'ambito delle iniziative di ricostruzione economica susseguite alla pandemia: la *green transition* costituisce, infatti, uno dei pilastri del *Next Generation*, che a sua volta si ispira direttamente alla comunicazione della Commissione del 2019 dedicata allo *European Green Deal*[11]. Pietra angolare del progetto è la dichiarazione della Commissione di impegnarsi "ad affrontare i problemi legati al clima e all'ambiente", a rendere sostenibile l'economia nel mercato comune e a trasformare le problematiche ambientali in autentiche opportunità, anche attraverso l'applicazione del tributo per fini extrafiscali[12].

La rilevanza dell'imposta nel perseguimento degli obiettivi di protezione dell'ecosistema emerge con altrettanto nitore in una ulteriore comunicazione della Commissione, approvata il 15 luglio 2020, avente ad oggetto il "Piano d'azione per una fiscalità equa e semplice a sostegno della strategia di ripresa"[13]. Il Piano cristallizza i *digital* e *green targets* che l'Unione mira a realizzare, e traccia un nesso tra

9 Si pensi, ad esempio, alla tassazione del carbonio: uno dei primissimi esempi di carbon tax europea è rinvenibile in Svezia, ove è in vigore dal 1991 ed è stata applicata con successo per ridurre l'imposizione fiscale sui redditi; al contrario, la fattispecie italiana, introdotta con legge 23 dicembre 1998, n. 448, art. 8, comma 7, è rimasta sostanzialmente inapplicata, fino all'abrogazione avvenuta nel 2007. Cfr. sul punto B. Westberg, *Rapporto nazionale – Svezia*, in A. Di Pietro (a cura di), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, Cacucci, 2016, pagg. 415 e ss., e R. Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Giappichelli, 2012, pag. 224.

10 Tra le voci più note, si richiama F. Gallo – F. Marchetti, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rassegna Tributaria*, 1/1999, pag. 121, laddove si definisce il tributo ambientale come una mera "licenza di inquinare"; si veda, altresì, F. Batistoni Ferrara, *I tributi ambientali nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto tributario*, 12/2008, pagg. 1092-1093, a parere del quale "la capacità contributiva è stata tradizionalmente intesa come espressione di idoneità a concorrere alle spese pubbliche (…) non sembrerebbe, pertanto, trovar posto nella nozione, almeno a prima vista, un'imposizione fondata soltanto sulla prevenzione del danno ambientale e sulla responsabilità di colui che tale danno arreca (…) lo scopo extrafiscale perseguito dal legislatore non viene in considerazione ai fini della qualificazione della prestazione imposta, mentre, a tale fine, rileva la sua riconducibilità al concorso alle spese pubbliche legittimato dalla manifestazione di capacità contributiva che, come interpretata dalla dottrina e, almeno finora, dalla Corte Costituzionale italiana, non sembra giustificare questo tipo di prestazione coattiva". Si tratta di una tesi ormai minoritaria, superata dal parere pressoché unanime della dottrina favorevole alla piena legittimità del tributo ambientale. Sul punto, si richiamano *ex multis* P. Selicato, *La tassazione ambientale tra la ricerca di nuovi indici di ricchezza e la coerenza dei sistemi fiscali*, in *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, n. 2-3/2004, pag. 292; Id., *Imposizione fiscale e principio 'chi inquina paga'*, in *Rassegna Tributaria*, n. 4/2005, pag. 1160; R. Alfano, op. cit., Giappichelli, 2012, pagg. 31 e ss.; A. F. Uricchio, *Emergenze ambientali e imposizione*, in A. F. Uricchio, M. Aulenta, G. Selicato, *La dimensione promozionale del fisco*, Cacucci, 2015, pag. 323; S. Cipollina, *Fiscalità e tutela del paesaggio*, in *Riv. dir. Fin e sc. Fin*., vol. 67, n. 4/2008, pag. 552.

11 Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni COM(2019) 640 final.

12 Si pensi, ad esempio, alla proposta di revisione della direttiva 2003/96/CE del Consiglio sulla tassazione dell'energia.

il raggiungimento di tali obiettivi e l'utilizzo dello strumento fiscale: si afferma infatti che "Una tassazione equa, efficiente e sostenibile è fondamentale per realizzare tali ambizioni", che "occorre creare i giusti incentivi, tra cui gli investimenti sostenibili, per un comportamento sostenibile e rispettoso del clima e garantire il rispetto del principio 'chi inquina paga'", e che "Una fiscalità equa ed efficiente sarà ancora più importante nei mesi e negli anni a venire, quando l'UE e la comunità mondiale cercheranno di riprendersi dalle conseguenze della crisi della COVID-19"[14].

In sintesi, si mira a conseguire obiettivi di sostenibilità e tutela dell'ecosistema, raccogliendo al contempo gettito che confluirebbe direttamente nelle casse europee.

Chiarito il ruolo dello strumento fiscale nel perseguimento di finalità ambientale, non resta che soffermarsi sulla summenzionata *plastic tax* europea, nonché sulla sua omonima italiana, con l'intento di stimolare una riflessione sulla reale efficacia della misura.

2 Le nuove forme di imposizione fiscale sulla plastica: generalità…

Nella scia della prospettiva di un'economia a "zero rifiuti"[15], tra il 2018 e il 2019 le istituzioni europee hanno avviato una ambiziosa strategia finalizzata a ridurre l'utilizzo del materiale plastico sul territorio dell'Unione.

Nel 2018, la Commissione presenta la "strategia europea per la plastica nell'economia circolare"[16], in cui si enuncia l'esigenza di arginare la produzione di rifiuti plastici, incentivare le tecniche di riciclo e orientare l'economia verso

13 Bruxelles, 15.7.2020 COM(2020) 312 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Piano d'azione per una fiscalità equa e semplice a sostegno della strategia di ripresa. Sul ruolo della leva fiscale nel perseguimento degli obiettivi ambientali, cfr., *ex multis*, A. F. Uricchio, *I tributi ambientali e la fiscalità circolare, in Diritto e Pratica Tributaria*, 5/2017, pag. 1849; Id., *Le politiche tributarie in materia ambientale*, in A. Di Pietro (a cura di), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, Cacucci, 2016, pag. 467.

14 15.7.2020 COM(2020) 312 final, cit., pag. 1.

15 Cfr. Comunicazione del 2 dicembre 2015, COM(2015) 614 final, "*L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*", secondo la quale nel territorio europeo la produzione di plastica aumenta ad un ritmo annuo del 5%. Tale incremento impatta negativamente sugli obiettivi di tutela ambientale: solo il 24% dei rifiuti di plastica è riciclato, mentre quelli smaltiti in discarica sono pari a circa il 50%; circa il 25% è destinato all'incenerimento. Occorre, dunque, eliminare il collocamento dei rifiuti di plastica nelle discariche e valorizzare il riutilizzo delle materie. Per conseguire tali obiettivi la Commissione europea ha proposto agli Stati membri l'imposizione di restrizioni all'utilizzo delle borse di plastica; sul punto, si richiama F. Bartolacci, M. Soverchia, E. Zigiotti, *La gestione dei rifiuti solidi urbani in Italia: performance economico-finanziarie e ambientali*, in. F. De Leonardis (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, EUM, 2019. Cfr. anche la Direttiva 29 aprile 2015, n. 720 che modifica la Direttiva 20 dicembre 1994, n. 62, recepita dal Parlamento con la Legge di delegazione europea 2015, che introduce misure per una significativa riduzione di imballaggi, tra cui le borse di plastica in materiale leggero.

16 Strasburgo, 16.1.2018 COM(2018) 28 final Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato Delle Regioni Strategia europea per la plastica nell'economia circolare {SWD(2018) IT 16 final} IT.

"soluzioni circolari". Un filo diretto collega tale comunicazione con la Direttiva UE 2019/904, approvata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio nel 2019 ed esplicitamente finalizzata a prevenire e ridurre l'impatto di determinati prodotti (*Single Use Product – SUP*) sull'ambiente, nonché a promuovere la transizione verso un'economia circolare, contribuendo così anche al funzionamento efficiente del mercato interno. Nello specifico, l'atto concretizza l'intento di prevenire e ridurre l'impatto ambientale di taluni prodotti in plastica, inserendosi con chiarezza nel solco della transizione verso un modello di *green economy*.

In attuazione della detta Direttiva, l'Italia ha previsto l'introduzione di un tributo sulle plastiche monouso (manufatti di plastica con singolo impiego, o MACSI), la cui disciplina è contenuta nell'art. 1, commi 634 e seguenti, legge 160 del 27 dicembre 2019. È opportuno specificare sin da ora che l'entrata in vigore del tributo è stata ripetutamente differita, sino al più recente rinvio[17] che identifica la data di entrata in vigore dell'istituto nel 1° gennaio 2023.

Il tributo in oggetto è applicato sul consumo di manufatti, anche in forma di fogli, pellicole o strisce, "aventi funzione di contenimento, protezione, manipolazione o consegna di merci o di prodotti alimentari", nonché "sui dispositivi che consentono la chiusura, la commercializzazione o la presentazione" dei medesimi MACSI. Costituiscono requisiti indispensabili ai fini dell'imposizione la composizione plastica, "anche parziale", di tali prodotti, e la loro destinazione a un singolo impiego[18]. Gli effetti nocivi che la plastica notoriamente genera a discapito dell'ecosistema consentono di ascrivere il tributo alla categoria delle *green taxes*; più specificamente, dal momento che l'obbligazione tributaria sorge a fronte del consumo di MACSI, pare possibile ricondurre l'istituto in oggetto al *genus* delle accise ambientali, il cui presupposto non è la fabbricazione o il consumo in sé considerati, ma la fabbricazione o il consumo se e in quanto produttivi di danno ambientale[19].

Nelle intenzioni del legislatore italiano, l'imposta è dovuta in misura fissa, pari a 0,45 centesimi di euro per ogni kg di plastica contenuta nei MACSI. L'obbligazione

17 L'imposta sui MACSI sarebbe dovuta entrare in vigore già dallo scorso luglio 2020. Dopo una prima proroga, che aveva spostato la data prima al 1° gennaio 2021 con il decreto "Rilancio" e poi al 1° luglio, era stata nuovamente posticipata al 1° gennaio 2022, attraverso il decreto "Sostegni *bis*". Il rinvio al 2023 è stato disposto con legge 234/2021.

18 I MACSI e gli altri dispositivi assimilati "non sono ideati, progettati o immessi sul mercato per compiere più trasferimenti durante il loro ciclo di vita o per essere riutilizzati per lo stesso scopo per il quale sono stati ideati" (art. 1, comma 634, l. 160/19, cit.).

19 Così R. Alfano, *Tributi ambientali*, op. cit., pag. 236 ("il presupposto dell'imposta ambientale di fabbricazione o consumo deve dunque essere ricostruito tenendo conto della relazione causale fra la produzione e l'emissione inquinante; la valutazione economica del presupposto deve riguardare sia il valore della produzione per il mercato sia il valore in termini di danno ambientale delle emissioni generate da tale produzione").

tributaria sorge al momento della fabbricazione, ovvero dell'importazione del prodotto sul territorio nazionale, e diviene esigibile all'atto dell'immissione in consumo del prodotto medesimo[20].

I soggetti passivi dell'imposta si distinguono in base all'origine del prodotto:

per il MACSI prodotto sul territorio nazionale, il tributo incide sul fabbricante, ovvero sul soggetto, residente o non residente nel territorio dello Stato, che intende vendere MACSI, ottenuti per suo conto in un impianto di produzione, ad altri soggetti nazionali;

quanto ai MACSI provenienti da altri Stati membri, il tributo incombe sull'acquirente intracomunitario nell'esercizio dell'attività economica, ovvero sul cedente, qualora i MACSI siano acquistati da un consumatore privato;

quanto, infine, ai MACSI provenienti da uno Stato non appartenente all'Unione Europea, l'imposta è dovuta da colui che importa il prodotto[21].

È altresì prevista l'introduzione di un bonus, sotto forma di credito d'imposta riconosciuto alle imprese attive nel settore delle materie plastiche e produttrici di MACSI. Il credito d'imposta è fissato nella misura del dieci per cento delle spese sostenute tra il 1° gennaio e il 31 dicembre 2020 per l'adeguamento tecnologico finalizzato alla produzione di manufatti compostabili, e può raggiungere un importo massimo pari a 20.000,00 euro per ciascun beneficiario[22]. Considerando che i manufatti compostabili sono espressamente esclusi dall'applicazione del tributo[23], l'intento perseguito è, evidentemente, quello di incentivare la produzione di plastiche biodegradabili, nel solco della citata strategia della Commissione del 2018.

La disciplina prevede la presentazione di una dichiarazione trimestrale all'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, da effettuarsi entro la fine del mese successivo al trimestre solare cui la dichiarazione si riferisce. Il pagamento deve avvenire entro il medesimo termine; l'omesso versamento è punito con una sanzione dall'importo compreso tra il doppio e il decuplo di quanto dovuto, e comunque mai inferiore a 500€.

Uno dei principali motivi del differimento dell'entrata in vigore del tributo consiste, verosimilmente, nell'annuncio di ulteriori interventi sulla tassazione della plastica. Nel marzo 2020, la Commissione ha comunicato l'intento di adottare "disposizioni vincolanti relative al contenuto riciclato e misure per la riduzione dei rifiuti per prodotti fondamentali quali gli imballaggi, i materiali da costruzione e i veicoli"[24]. Nel solco di tale previsione, il Consiglio ha adottato la Decisione 2020/2053/UE Euratom del 14 dicembre 2020, relativa al sistema delle risorse

20 Cfr. art. 1, commi 636-639, l. 160/19, cit.
21 Cfr. art. 1, comma 637, l. 160/19, cit.
22 Cfr. art. 1, comma 653, l. 160/19, cit.
23 Cfr. art. 1, comma 634, l. 160/19, cit.

proprie dell'Unione Europea, con la quale ha stabilito che appartengono a questa categoria le entrate derivanti "dall'applicazione di un'aliquota uniforme di prelievo sul peso dei rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati generati in ciascuno Stato membro. L'aliquota uniforme di prelievo è pari a 0,80 EUR per chilogrammo"[25]. Il peso è calcolato come differenza tra il peso dei rifiuti di imballaggio di plastica prodotti in uno Stato membro in un determinato anno ed il peso dei rifiuti di imballaggio di plastica riciclati nello stesso anno. Al fine di evitare effetti eccessivamente regressivi sui contributi nazionali, si sono previste delle riduzioni forfettarie annue applicate alla contribuzione degli Stati membri con un RNL procapite inferiore alla media europea. Le regole per il calcolo della risorsa in oggetto, nonché le modalità e la procedura di messa a disposizione di tale risorsa, sono contenute nel Regolamento 770/2021/UE Euratom del 30 aprile 2021.

3 … e principali criticità.

La descrizione che precede, seppur sintetica, lascia comunque emergere inevitabili perplessità.

Astrattamente, sembra che la normativa nazionale e quella europea siano destinate a un'applicazione integrata, al fine di assoggettare a imposta l'intero ciclo "vitale" della plastica (o, quantomeno, degli imballaggi in plastica) e massimizzare l'effetto deterrente del tributo: l'imposizione sui MACSI dovrebbe verificarsi nel corso del processo produttivo, ossia fintanto che il manufatto plastico è sul mercato, mentre l'applicazione del contributo europeo avrebbe luogo sul presupposto della dismissione del prodotto, giuridicamente qualificabile come "rifiuto" una volta fuoriuscito dal mercato. Tuttavia, nel concreto, la linea di confine tra "manufatti (…) aventi funzione di contenimento, protezione, manipolazione o consegna di merci o di prodotti alimentari" e "rifiuti di imballaggio" è labile, tanto più che entrambe le normative circoscrivono l'applicazione dell'imposta a prodotti non riciclati o non riciclabili e che la disposizione europea non fa distinzioni quanto alla composizione del prodotto.

Peraltro, il Consiglio non si sofferma sul coordinamento tra il contributo europeo e le discipline fiscali nazionali relative allo smaltimento dei rifiuti[26], un atto necessario,

24 Bruxelles, 11.3.2020 COM(2020) 98 final comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare Per un'Europa più pulita e più competitiva, pag. 10.

25 Decisione 2020/2053/UE/Euratom del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE/Euratom, art. 2, Par. 1, lett. c).

26 In Italia, i tributi applicati alla produzione di rifiuti e alle connesse attività di smaltimento si distinguono fra 1) TARI, introdotta dalla legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità per il 2014) quale tributo facente parte, insieme all'imposta municipale propria (IMU) e al tributo per i servizi

sebbene la natura fiscale della "*plastic tax*" costituisca tuttora oggetto di discussione[27]. Da un lato, infatti, la Decisione 2020/2053 definisce il prelievo come un "contributo"; dall'altro, il prelievo europeo non si rivolge al consumatore, ma allo Stato membro, e non è applicabile in fase di produzione o di consumo della plastica; inoltre, la disciplina non si sofferma sulla funzionalità del prelievo in oggetto al sostentamento della spesa pubblica, né sulla eventuale fase di riscossione non spontanea.

In sostanza, la misura appare scarsamente efficace sotto il profilo dell'effetto disincentivante, che - in conformità al *polluter pays principle* - costituisce uno dei tratti caratteristici del tributo ambientale propriamente detto.

Ulteriori criticità emergono dalla verosimile ascrivibilità del tributo alla categoria delle accise, sulla quale ci si è soffermati in precedenza.

In primo luogo, la disciplina nazionale delle accise è contenuta nel D. Lgs. n. 504/1995; sarà quindi inevitabile un intervento che garantisca il coordinamento con la normativa sui MACSI, dal momento che il legislatore del 2019 ha previsto numerose disposizioni di carattere formale e sostanziale particolarmente articolate, che vanno ad aggiungersi alla normativa di carattere "generale" delle accise[28]. *In*

indivisibili (TASI), dell'imposta unica comunale (IUC), a sua volta abrogata a partire dal 2020 (cfr. art. 1, comma 738, l. 27 dicembre 2019, n. 160) "ad eccezione delle disposizioni relative alla tassa sui rifiuti (TARI)" (per una compiuta analisi sulla genesi e la natura della TARI, si richiama A. Guidara, *Dalla TARSU alla TARIP: tra diritto tributario e suggestioni privatistiche*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2022); 2) tributo speciale per il conferimento in discarica dei rifiuti solidi (legge 549/1995, art. 3), dovuto dal gestore dell'impresa di stoccaggio definitivo – con obbligo di rivalsa nei confronti di chi effettua il conferimento – all'atto del deposito in discarica dei rifiuti definiti "solidi"; 3) tributo provinciale per la tutela ambientale (TEFA), introdotto con D. lgs. del 30 dicembre 1992, n. 504, art. 19, abrogato dal d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 1, comma 264, lett. n) (Codice dell'Ambiente) e successivamente ripristinato ad opera del d. lgs. 16 gennaio 2008, n. 4. La disciplina va ulteriormente integrata con la normativa europea vigente, ad es. Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sullo smaltimento dei rifiuti. Per approfondimenti cfr. R. Alfano, *Tributi ambientali*, op. cit., pagg. 295-308, e S. Scarascia Mugnozza, *Fiscalità ambientale e green economy. Profili evolutivi*, Cacucci, 2021, pagg. 74-80 e pagg. 175-183.

27 Cfr. sul punto C. Sciancalepore, op. cit., pagg. 161 e ss., e l'opinione di F. Gallo, espressa in occasione del convegno "Nuove prospettive della fiscalità europea e applicazioni interne" tenutosi a Napoli il 13 gennaio 2022: a detta dell'Autore, il prelievo in oggetto "non dovrebbe avere – a dispetto della sua denominazione – natura tributaria e, quindi, non richiederebbe l'unanimità ex art. 311 TUE. Si ritiene, infatti, che essa costituisce un mero criterio di commisurazione di trasferimenti finanziari aggiuntivi dovuti dagli Stati membri nei confronti dell'EU, che non richiede agli Stati stessi di introdurre eco-tributi sulla plastica riciclata e lascia loro la libertà di individuare i mezzi per far fronte al suo pagamento". L'intervento del professor Gallo è in corso di pubblicazione sul numero 1/2022 della Rivista di Diritto Tributario Internazionale ed è stato possibile prenderne visione.

28 Il coordinamento tra le due discipline appare ulteriormente complesso "a fronte delle lacune emergenti dalla lettura del testo", motivo per cui si ritiene che la nuova imposta "non potrà ritenersi applicabile prima della pubblicazione dei provvedimenti attuativi" (sul punto B. Santacroce, E. Sbandi, *Plastic tax: riflessioni tecniche e questioni aperte in attesa delle disposizioni attuativa*, in *il fisco*, 13/2020, pag. 1240). Peraltro, la vocazione ambientale delle accise è dimostrata dalle modifiche introdotte con la direttiva 2003/96/CE, che disciplina la tassazione dell'elettricità e delle fonti energetiche tenendo conto degli obblighi assunti con il Protocollo di Kyoto; cfr. sul punto A. F.

secundis, non va dimenticato che le imposte sul consumo, e le altre imposte indirette, possono essere assoggettate all'intervento armonizzatore del Consiglio dell'Unione Europea, qualora sia necessario "per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza" (art. 113 TFUE). Dal momento che la plastica non figura tra i materiali assoggettati alla disciplina armonizzata delle accise (applicabile a oli minerali, prodotti energetici, alcolici e derivati dal tabacco)[29], la competenza in campo fiscale spetterebbe al legislatore nazionale[30]. Tuttavia, il condizionale è d'obbligo: l'annuncio di una *plastic tax* europea, da un lato, e il potenziale distorsivo del tributo sui MACSI, dall'altro, lasciano infatti presagire un intervento di ampia portata da parte delle istituzioni unionali. Se concretizzata, tale evenienza potrebbe calare definitivamente il sipario sul tributo oggetto di studio. In ogni caso, restano necessari dei chiarimenti che garantiscano la compatibilità di un'accisa non armonizzata con i limiti entro i quali è concesso agli Stati membri introdurre imposte di consumo ulteriori rispetto all'IVA e alle accise armonizzate, nonché con l'obbligo di non introdurre formalità tali da ostacolare il passaggio dei beni alle frontiere.

Un ulteriore profilo critico emerge proprio da quest'ultima osservazione: la struttura del tributo sui MACSI ne consente (*rectius*, impone) l'applicazione anche ai manufatti "realizzati con l'impiego, anche parziale, di materie plastiche", nonché ai "prodotti semilavorati, realizzati con l'impiego, anche parziale, delle predette materie plastiche, impiegati nella produzione di MACSI"[31]; a primo sguardo, il legislatore sembra delineare un ambito applicativo sufficientemente ampio da assoggettare a tassazione il più elevato numero possibile di prodotti plastici non riutilizzabili, massimizzando l'effetto deterrente perseguito. Tuttavia, una simile estensione solleva talune perplessità.

In primo luogo, occorrerebbe chiarire il riferimento ai prodotti "semilavorati" suscettibili di essere assoggettati ad imposizione[32]. Inoltre, dal momento che il legislatore traccia un nesso tra il quantitativo di plastica contenuta nel manufatto e il *quantum* dovuto[33], sorge la necessità per il soggetto passivo di acquisire questo genere di informazioni, e di metterle a disposizione dell'Amministrazione

Uricchio, *Le politiche tributarie in materia ambientale*, op. cit., pagg. 491 e ss. ("le accise ben si adattano a colpire le emissioni inquinanti od il consumo di prodotti ad alto impatto ambientale perseguendo la tutela dell'ecosistema. La tassazione armonizzata tramite accise, infatti, permette di perseguire una finalità extratributaria quale la tutela ambientale attraverso misure di esenzione od inasprimento dell'aliquota applicata").

29 Cfr., rispettivamente, Direttiva n. 92/81/CEE e n. 92/82/CEE; Direttiva 2003/96/CEE; Direttiva n. 92/83/CEE e n. 92/84/CEE; Direttiva n. 95/59/CEE, n. 92/79/CEE e n. 92/80/CEE, modificate dalla Direttiva n. 2010/12/UE.

30 Ex art. 1 della Direttiva n. 2020/262/EU.

31 Cfr. art. 1, comma 633, l. 160/19, cit.

32 Cfr. art. 1, comma 633, l. 160/19, cit.

finanziaria. Poiché, come si è visto, il soggetto passivo può anche non essere il fabbricante, tale esigenza culmina in un onere conoscitivo approfondito tutt'altro che scontato per operatori potenzialmente sprovvisti delle competenze tecniche necessarie. Il comma 651 delega il direttore dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli a regolare la questione per mezzo di un provvedimento attuativo; tale atto, se e quando adottato, assumerà notevole importanza pratica, soprattutto perché dovrà stabilire gli strumenti più idonei per conoscere e dichiarare nel dettaglio la composizione dei MACSI, evitando al tempo stesso eccessive formalità alla frontiera che si ripercuoterebbero negativamente sulla libera circolazione delle merci.

Alla luce di tanto, pare esistere il concreto rischio che il tributo in parola ricalchi la sfortunata esperienza di un'altra accisa con vocazione ambientale, ossia l'imposta di fabbricazione sui sacchetti di plastica (*shoppers*), introdotta nel 1988 e soppressa pochi anni dopo[34]. L'imposta in oggetto, finalizzata a contenere il consumo e la dispersione in ambiente di un prodotto altamente inquinante come gli *shoppers* in plastica offerte dai commercianti ai rispettivi acquirenti, finì ben presto per tradire lo spirito che la animava in origine: una modifica legislativa ne estese il campo applicativo, inizialmente circoscritto ai soli sacchetti non biodegradabili, a tutti i sacchetti di plastica, indipendentemente dalla sussistenza o meno di una componente sostenibile[35]. Tale intervento, peraltro non assistito da una efficace azione di contrasto

33 La correlazione tra un fenomeno inquinante e l'insorgenza dell'obbligazione tributaria è espressione del *polluter pays principle*, cristallizzato nell'art. 191, par. 4, TFUE ("chi inquina, paga"), ed è alla base dell'imposta teorizzata da Arthur Charles Pigou (*The economics of welfare*, Macmillan, London, 1920). La teoria pigouviana pone in capo al responsabile dell'inquinamento un onere marginale pari al danno marginale provocato, di modo da internalizzare quello che per l'operatore economico era un mero costo esterno. Lo strumento prescelto consiste nell'applicazione di imposte correttive speciali gravanti sulle attività economiche che causano effetti sociali indesiderati, anche occasionali, a terzi estranei ad ogni rapporto economico con l'attività da sottoporre a tassazione; l'aumento dei costi a carico dell'industria inquinante prodotto dalla nuova imposta pigouviana dovrebbe essere tale da realizzare la coincidenza tra i costi sociali di cui l'industria è responsabile e l'aumento dei costi di produzione connesso con l'introduzione del tributo ecologico (così R. Perrone Capano, *L'imposizione e l'ambiente*, in A. Amatucci (diretto da), *Trattato di diritto tributario*, vol. I, 1994, pag. 474). Le osservazioni critiche rivolte alla teoria pigouviana hanno condotto gli economisti a riformulare l'assioma in termini nuovi: l'obiettivo è il rispetto di uno specifico vincolo di qualità ambientale, che sui raggiunge riducendo al minimo il costo dell'inquinamento potenziale (W. J. Baumol E W. E. Oates, *The Theory of Environmental Policy, Prentice Hall, Englewood Cliffs*, 1979). Cfr. anche J. Stiglitz, *The price of inequality*, 2014: "Polluters should pay for the full consequences of their action. Not paying the full consequences of one's action – for instance, for the pollution caused by the production – is a subsidy. It is equivalent to not pay the full cost of labor or capital".

34 Introdotta dall'art. 1, comma 8, del d.l. 9 settembre 1988, n. 397, l'imposta sulla fabbricazione dei sacchetti di plastica è stata abrogata dall'art. 29-*bis* del d.l. 30 agosto 1993, n. 331. Sul punto R. Alfano, *Tributi ambientali*, op. cit., pagg. 232-236.

35 L'art. 80 della l. 30 dicembre 1991, n. 413, espunse il riferimento ai sacchetti "non biodegradabili" dal testo originario della norma, sancendo di fatto un'applicazione del tributo onnicomprensiva, ma svuotata dalla finalità di tutela ambientale che ne aveva giustificato l'introduzione.

ai produttori clandestini di *shoppers*, privò il tributo del suo scopo essenziale, e ne causò l'abrogazione.

Infine, si suggerisce un'ultima considerazione, relativa al credito d'imposta di cui al comma 653 dell'art. 1, l. 160/19, cit.

Il bonus in oggetto è coerente con la strategia fondata sul *market based approach* che, da un lato, prescrive l'utilizzo del tributo al fine di dissuadere i consumatori dall'osservare condotte ecologicamente insostenibili; dall'altro, esso attenua l'onere fiscale gravante su prodotti e comportamenti ambientalmente virtuosi, per incentivarne la diffusione[36]. Sebbene tale approccio si sia rivelato efficiente, il rischio connesso al ricorso a strumenti agevolativi per finalità extrafiscali risiede nell'impatto che tali istituti generano sul gettito[37]. Per produrre gli effetti sperati, le imposte e le agevolazioni *green oriented* esigono un'applicazione integrata; l'abuso dei bonus fiscali finisce per ridurre il gettito delle *green taxes*, precludendo così la realizzazione dei progetti ai quali il flusso atteso è destinato.

Tale rischio risulta tanto più concreto alla luce della vigenza di agevolazioni affini al credito d'imposta in oggetto: ad esempio, il D. Lgs. 196/21 riconosce alle imprese che acquistano e utilizzano prodotti di plastica riutilizzabili o realizzati in materiale biodegradabile o compostabile un credito d'imposta, pari al 20% delle spese sostenute, nel limite massimo complessivo di 3 milioni di euro per ciascuno degli anni 2022, 2023 e 2024[38]; parimenti, la legge 178/2020 ha introdotto un credito d'imposta nella misura del 50% delle spese sostenute tra il 1° gennaio 2021 e il 31 dicembre 2022 per l'acquisto e l'installazione di sistemi di filtraggio, mineralizzazione, raffreddamento e/o addizione di anidride carbonica alimentare, finalizzati al miglioramento qualitativo delle acque per il consumo umano erogate da acquedotti[39]. Le misure citate perseguono l'obiettivo comune di ridurre il consumo di plastica nell'ambito della produzione e della cessione di bevande e alimenti, e appaiono destinate a colpire fattispecie similari. Sebbene al momento non vi sia alcuna certezza circa l'effettiva entrata in vigore del tributo sui MACSI – e conseguentemente sull'applicabilità del bonus -, l'annuncio di un'imposta destinata al rimborso dei prestiti contratti con *Next Generation EU* e, più in generale, al

36 Cfr. sul punto, *ex multis*, F. Marchetti, *I tributi ambientali*, in R. Ferrara e M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Giuffrè, 2014.

37 Sulla definizione, la natura e le criticità delle agevolazioni fiscali, si richiamano S. La Rosa, *Le agevolazioni tributarie*, in A. Amatucci (a cura di), *Trattato di diritto tributario*, I, Giappichelli, 1994, pagg. 409 e ss.; F. Fichera, *Le agevolazioni fiscali*, CEDAM, 1992, pagg. 148 e ss.; M. Basilavecchia, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni*, in *Rass. Trib.*, 2/2002, pagg. 421 e ss.; A. Guidara, *Agevolazioni fiscali*, in *Diritto online - Treccani*, 2013. Lo specifico impatto ambientale dannoso di talune agevolazioni fiscali (definite "sussidi ambientali dannosi", o "SAD") forma oggetto di analisi all'interno del paragrafo 4.

38 Cfr. art. 4, comma 7, D. lgs. 8 novembre 2021 n. 196.

39 Cfr. art. 1, commi da 1087 a 1089, legge 30 dicembre 2020, n. 178.

finanziamento del bilancio europeo, esige di valutare con attenzione il quadro agevolativo vigente.

4 Riflessioni sulla reale efficacia disincentivante del tributo.

Sullo sfondo delle perplessità esposte nel precedente paragrafo permane un dubbio essenziale: un tributo strutturato e contestualizzato nei predetti termini è realmente suscettibile di produrre l'effetto disincentivante al quale è finalizzato?

Nuovi spunti di riflessione emergono dallo spostamento dell'analisi sotto un profilo teleologico. A un primo sguardo, se lo scopo dell'istituto in oggetto è quello di disincentivare la produzione e il consumo di un materiale altamente inquinante come la plastica, aumentare di pochi centesimi il costo dei MACSI potrebbe risultare una strategia scarsamente efficace, in particolar modo per i soggetti che fanno un uso ridotto dei manufatti in plastica monouso; quanto ai "grandi" consumatori di tali prodotti, occorrerebbe quantificare il consumo di materiale che comporta l'insorgenza dell'obbligazione tributaria, per determinare l'onere economico e valutarne l'efficacia deterrente.

Secondo i dati più recenti, gli imballaggi immessi al consumo in Italia in un anno ammontano a 13,6 milioni di tonnellate[40]. Si tratta di un quantitativo imponente, dal quale, però, vanno scomputati i materiali non plastici e, dunque, irrilevanti ai fini dell'applicazione dell'imposta in commento. Inoltre, nel calcolo del gettito atteso occorre pur sempre tener conto dell'impatto dei *green benefits*, di cui si è trattato nei paragrafi precedenti, e della complessità della disciplina. Le difficoltà applicative potrebbero rafforzare il malcontento che generalmente circonda l'introduzione di nuovi strumenti impositivi, finendo per incentivare fenomeni evasivi o elusivi del tributo[41].

Peraltro, nell'ottica di una generale valutazione di "convenienza" dell'imposta sui MACSI rispetto allo scopo extrafiscale perseguito, occorre precisare che gli imballaggi corrispondono solo all'8% del totale dei rifiuti prodotti nell'anno in Italia[42]. In definitiva, lo strumento scelto è complesso, articolato e oneroso per chi vi è assoggettato, non sembra garantire un gettito particolarmente elevato[43], e mira a

40 Cfr. CONAI Report Green Economy 2020. Dati consultabili su www.conai.org.

41 Un altro aspetto da non sottovalutare attiene alla possibilità che i produttori di beni e servizi soggetti al tributo traslino l'incremento di costo sui consumatori, sottraendosi all'onere fiscale e violando, così, la regola espressa nel *polluter pays principle*. Si tratta di un'eventualità concreta, sebbene, in mercati concorrenziali e disponendo di alternative tecnologiche, il produttore colpito da una tassa pigouviana evita i rischi sulla domanda e punta a minimizzare l'impatto della tassa sui profitti futuri investendo in tecnologie e misure per ridurre l'inquinamento.

42 Cfr. CONAI Report Green Economy 2020. Dati consultabili su www.conai.org.

43 Per un'opinione contraria, cfr. C. Verrigni, M. Bisogno, V. Ficari, *Presente e futuro della plastic tax*, in *Tax News online*, 26 gennaio 2021: a parere degli Autori, il tributo sui MACSI è "destinato ad assicurare un gettito non marginale e addirittura crescente per il bilancio dello Stato (circa 1,1 miliardi nel 2020,

ridurre il consumo di beni che costituiscono una percentuale inferiore al 10% dei rifiuti prodotti nel nostro Paese.

L'efficienza dell'istituto come metodo di contrasto della lotta all'inquinamento e al consumo di plastica appare, dunque, scarsamente decisiva; i profili negativi, legati principalmente alla farraginosità della disciplina, sembrano prevalere rispetto ai vantaggi ambientali auspicati.

Del resto, l'utilizzo del tributo a scopi extrafiscali non è necessariamente il rimedio a tutti i mali. L'applicazione dello strumento fiscale implica attente operazioni di *tax design*, per assicurare la coerenza del nuovo istituto con i tributi previgenti ed evitare il sovraffollamento dell'ordinamento e il conseguente disorientamento del contribuente (nonché, spesso, dell'interprete); occorre altresì intervenire con strategie di *marketing* tributario mirate a diffondere la conoscenza dello scopo virtuoso perseguito dal tributo per contrastare il disfavore sociale cui si accennava in precedenza[44]. Peraltro, l'attuazione dell'imposta si basa sullo svolgimento di attività di accertamento e riscossione, demandate agli uffici dell'Amministrazione finanziaria, che comportano inevitabilmente un dispendio di risorse pubbliche. È lecito chiedersi se tale dispiegamento di forze sia opportunamente controbilanciato dal raggiungimento degli scopi extrafiscali perseguiti dal tributo, nonché dal soddisfacimento in termini di gettito, che assume particolare rilevanza nell'ipotesi di una risorsa propria europea. Se l'esito di tale valutazione fosse negativo, si potrebbe concludere che "il gioco non vale la candela".

1,8 miliardi nel 2021 e 1,5 miliardi nel 2022), sicché, come rilevato da Assonime (circolare n. 2 del 18 febbraio 2020), è lecito ritenere che la sua funzione sia anche quella di ottenere risorse strutturali per il bilancio nazionale". A parere di chi scrive, tuttavia, la possibilità di ricavare un gettito crescente da un tributo ambientale pare confliggere con lo scopo che contraddistingue il tributo stesso: l'obiettivo di una *green tax* risiede, infatti, nella riduzione del consumo di un prodotto ambientalmente nocivo, mediante l'aumento degli oneri economici connessi al prodotto medesimo, che induce i consumatori a privilegiare merci maggiormente sostenibili. Un consumo inferiore dovrebbe condurre, logicamente, a un gettito decrescente. Cfr. sul punto A. Bordin, *Aspetti finanziari per la gestione dell'ambiente*, in AA. VV., *Manuale dell'ambiente*, Giuffrè, 2012, pag. 239 ("L'idea di fondo nell'ecotassazione è quella di provocare un aggravio dei costi, che provochi la contrazione della domanda di risorse ambientali e dell'inquinamento, secondo il principio 'chi inquina paga'").

44 "In tal modo, la fiscalità ambientale acquisirebbe delle garanzie in termini di efficacia ed efficienza in relazione alla capacità di attuare la leva fiscale per incrementare uno sviluppo economico ecosostenibile"; così, L. Castellucci, *La fiscalità ambientale come leva di sviluppo economico e strumento di preservazione delle risorse naturali*, in V. Ficari (a cura di), *I nuovi elementi di capacità contributiva. L'ambiente*, Aracne, 2018, pag. 131. Cfr. anche G. Muraro, che sottolinea la necessità di vincere l'ostilità dei contribuenti evidenziando "le virtù della tassa ambientale che offre un doppio dividendo", nonostante sia ben nota la "scarsa efficacia politica dell'argomento" (*La tutela dell'ambiente secondo gli economisti. Testimonianza di un pioniere*, in L. Antonini (a cura di), *L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, Jovene, 2010, pag. 84).

4.1 L'"IVA verde" come possibile alternativa.

Quanto sinora osservato consente di ritenere, in definitiva, che gli obiettivi di tutela ambientale che l'Unione si propone di raggiungere attraverso lo strumento fiscale sono senz'altro encomiabili, ma non tengono in debito conto le attuali politiche fiscali degli Stati membri. A fronte delle asimmetrie persistenti tra i diversi ordinamenti, nonché delle criticità che affliggono le singole normative nazionali, i progetti delineati dalle istituzioni europee appaiono ancora decisamente prematuri[45].

Nel solco di tali riflessioni, si può provare a immaginare soluzioni alternative che aggirino l'ostacolo tenendo fermo il raggiungimento degli effetti positivi dell'imposta. Ad esempio, si potrebbe pensare a differenziare l'aliquota IVA in funzione della capacità inquinante dei prodotti o dei servizi cui è applicata, imprimendo una vocazione ambientale a un tributo nato con ben altri scopi[46]. In effetti, il tributo sui MACSI è similare, nella sua struttura, all'imposta sul valore aggiunto: il suo presupposto è l'immissione in consumo, esige il rispetto di precisi oneri dichiarativi, ed è suscettibile di applicazione nel caso di scambi intrafrontalieri o transfrontalieri. Per ricostruire l'IVA in senso *green* potrebbe essere sufficiente, dunque, intervenire sull'aliquota, lasciando invariato il presupposto, sulla falsariga di quanto precedentemente osservato in merito alle accise ambientali[47].

L'origine europea dell'imposta sul valore aggiunto pare militare a favore dell'ipotesi in oggetto: in primo luogo, la vocazione ambientale dell'IVA sembrerebbe coerente con l'impegno variamente declinato delle istituzioni europee a tutela dell'ecosistema, sul quale ci si è soffermati in apertura; inoltre, la sussistenza di una potestà fiscale europea in materia assicurerebbe un'applicazione

45 Cfr. A. Comelli, *Riflessioni sulla tassazione ambientale, all'epoca della pandemia innescata dal Covid-19, nella prospettiva di un'ampia riforma tributaria*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1/2021, pagg. 58 e ss. ("gli obiettivi che si propone la comunicazione in esame sono largamente condivisibili, sul piano della necessità di tutelare e proteggere l'ambiente, preservandolo il più possibile intatto a favore delle future generazioni, ma, al tempo stesso, esso sembra forse troppo ambizioso. Difatti, esso richiede un notevole miglioramento a livello strutturale nell'impostazione delle politiche (anche fiscali) degli Stati membri, in molti settori cruciali per le loro economie, che non sembra possa essere realizzato in pochi anni se non mediante una vera e propria "rivoluzione culturale", suscettibile di collocare i cambiamenti climatici e la sostenibilità ambientale al centro della politica e delle azioni di governo da parte di tutti gli Stati membri, con il coordinamento operativo della Commissione europea, la quale svolgerebbe un ruolo attivo e prezioso di impulso e di vigilanza sul rispetto degli impegni presi"); Id., *Cambiamenti climatici e profili tributari della protezione dell'ambiente, nella prospettiva europea*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 5/2021, pag. 1969.

46 Cfr. A. Comelli, *Riflessioni sulla tassazione ambientale,* op. cit., pag. 62; A. Perrone, *Fiscalità ambientale per l'Europa,* in A. Di Pietro (a cura di), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, Cacucci, 2016, pagg. 42 e ss. La questione della *green VAT*, parametrata al *Life Cycle Assessment* anziché alla capacità inquinante, è stata diffusamente analizzata in E. Traversa, B. Timmermans, *Value-Added Tax (VAT) and Sustainability in the European Union: A Radical Proposal Design Issues, Legal Aspects, and Policy Alternatives*, in *Intertax*, vol. 49, issue 11, 2021, pagg. 871-884.

47 Cfr. le osservazioni di R. Alfano, nota 19, e A. F. Uricchio, nota 28.

sufficientemente omogenea della disciplina, a garanzia del raggiungimento del fine extrafiscale perseguito[48]; infine, è tangibile il vantaggio sotteso alla rinuncia a un ulteriore tributo, laddove si pensi al ginepraio di disposizioni applicabili a fattispecie concrete similari, si accompagnerebbe alla sostanziale agilità di regolamentazione. Al momento, la principale criticità della teoria in esame risiede nella necessità di garantire che il peso del tributo colpisca l'inquinatore, in ossequio al *polluter pays principle*, e non il consumatore finale, come invece prevede la struttura dell'IVA.

Peraltro, sebbene i casi di un'applicazione ambientalmente orientata dell'IVA in Europa siano molto rari, talune misure sono state riscontrate e valutate positivamente: in Grecia, ad esempio, il legislatore ha previsto l'applicazione di aliquote IVA ridotte per l'energia elettrica, il gas naturale e il riscaldamento da reti di teleriscaldamento[49]. Non è dato comprendere il motivo per non seguire tale esempio virtuoso, dal momento che il nostro ordinamento consta già di diverse ipotesi di riduzione dell'aliquota IVA, per finalità tutt'altro che ambientali: attualmente, nel nostro ordinamento vigono 15 fattispecie di IVA ridotta al 4%, al 5% e al 10%, il cui impatto ambientale nocivo è scientificamente provato[50].

Due casi particolarmente difficili da giustificare sono l'IVA agevolata per lo smaltimento in discarica[51] e l'IVA agevolata per prodotti petroliferi per uso agricolo e per la pesca in acque interne[52]. Entrambi i benefici consistono in una riduzione dell'aliquota IVA pari al 10%. La prima ipotesi riguarda il deposito in discarica per i rifiuti urbani raccolti in modo indifferenziato, che si collocano alla base della piramide gerarchica dei rifiuti: la fattispecie configura l'opzione meno favorevole per l'ambiente, e non costituendo un esempio di condotta sostenibile non consente di giustificare il trattamento di favore di cui beneficia. Nella seconda ipotesi, dal rapporto tra tonnellate di CO_2 prodotte e IVA per l'acquisto di prodotti petroliferi destinati a uso agricolo e per la pesca in acque interne emerge che il quantitativo di emissioni inquinanti nei settori menzionati è di gran lunga superiore rispetto alla media italiana (1.452 tCO2eq/mln € per l'agricoltura e 508 tCO2eq/mln € per la pesca in acque interne, a fronte di una media di 244 tCO2eq/mln €). L'agevolazione favorisce l'uso di prodotti petroliferi e la pesca in acque interne, ponendo un

48 L'efficacia della lotta all'inquinamento, soprattutto se rivolta a contrastare fenomeni di ampia portata (emissioni dannose, inquinamento delle falde acquifere), dipende in larga parte dall'adozione di una strategia comune a più Stati. Al contrario, l'applicazione di strumenti e metodi differenti a seconda del territorio compromette il buon esito dell'intervento.

49 A. Perrone, op. cit., pag. 43.

50 Cfr. il Catalogo dei sussidi ambientalmente dannosi curato dal Ministero dell'ambiente, quarta edizione (2021), pagg. 558 e ss., che riconduce tali agevolazioni alla categoria dei sussidi ambientalmente dannosi (SAD).

51 Tabella A, parte III, comma 127-*sexiesdecies*, d.P.R. n. 633/1972; cfr. il citato Catalogo, pag. 583.

52 Tabella A, parte III, d.P.R. n. 633/1972; cfr. il citato Catalogo, pagg. 575-576.

problema di equità ambientale nell'attuazione del *polluter pays principle* e cagionando una immotivata disparità di trattamento rispetto alla pesca in acque marittime[53].

Infine, il quadro appare ulteriormente complicato dai recentissimi sviluppi geopolitici, che vedono la crisi delle materie prime dovuta allo scoppio della guerra tra Russia e Ucraina: l'eventuale rilancio della produzione di energia tramite carbone potrebbe influenzare il destino della *carbon tax* europea e del CBAM, punti cruciali del "*Fit for 55% package*", con probabili ripercussioni sull'applicazione della *plastic tax* europea e del tributo sui MACSI.

5 Conclusioni.

Non è dato sapere quando cesserà l'attesa per l'implementazione dell'imposta sui MACSI, né se tale istituto sia destinato a entrare in vigore, ovvero abbia in sorte l'oblio. Tuttavia, l'attuale assetto consente ugualmente di provare ad esprimere alcune considerazioni sulla portata applicativa del tributo.

L'efficacia dello strumento fiscale ai fini del raggiungimento di obiettivi di tutela ambientale è stata per lungo tempo oggetto di dibattito. Come è noto, solo in tempi recenti la dottrina ha raggiunto un accordo circa la validità di una strategia *green oriented*, fondata sull'applicazione congiunta dell'art. 53 della Costituzione e del *polluter pays principle* di origine europea; l'avvento del *New Green Deal* europeo e del *Next Generation EU Project* hanno definitivamente "sdoganato" il tributo ambientale, consentendone un utilizzo sempre più diffuso.

Il progressivo aumento dell'area applicativa di tale istituto induce, però, due ordini di riflessioni. In primo luogo, il ricorso al tributo richieda una attenta valutazione "costi-benefici": in un ordinamento, quale è quello italiano, caratterizzato da un già elevato numero di fattispecie impositive e agevolative, occorrerebbe ponderare con serietà aspetti quali le formalità connesse all'attuazione e il gettito realizzabile, prima di introdurre ulteriori istituti. Diversamente, si corre il rischio – concreto – di vanificare l'impegno legislativo e amministrativo sotteso all'introduzione del tributo, sulla scia delle sfortunate esperienze dell'imposta sugli *shoppers* di plastica, ovvero della *carbon tax* italiana, introdotta nel 1998 e rimasta inapplicata sino all'abrogazione, avvenuta nel 2007[54].

53 Nel 2020, la spesa fiscale totale correlata ai SAD nel settore IVA è stata quantificata in 9.591,11 milioni di euro; il costo derivante dalle due fattispecie di SAD analizzate è stato quantificato in 684,5 milioni di euro.

54 Legge 23 dicembre 1998, n. 448, art. 8, comma 7. L'introduzione della *carbon tax* in Italia ebbe luogo immediatamente dopo la firma del Protocollo internazionale di Kyoto del 1997 sulla riduzione delle emissioni di gas serra da parte dei Paesi industrializzati, e si allineava all'esperienza di molti altri Stati membri; tuttavia, ebbe minor fortuna, non essendo mai stata applicata sino all'abrogazione, avvenuta con l'art. 7, comma 1, D.Lgs. 2 febbraio 2007, n. 26, a decorrere dal 1° giugno 2007.

Quanto all'estensione dell'ambito applicativo del tributo ambientale da parte delle istituzioni europee, si è rilevato che il progressivo ampliamento del ricorso all'imposta sta avendo luogo in un contesto che probabilmente non tiene sufficientemente in conto lo stato di avanzamento delle politiche fiscali europee, né le peculiarità delle singole discipline nazionali in cui il tributo europeo andrebbe a inserirsi. Peraltro, sebbene lo sviluppo di tale tendenza sia coerente con l'esigenza di una strategia di contrasto all'inquinamento il più possibile unitaria e condivisa dagli Stati membri, non va dimenticato che – in forza del principio europeo di attribuzione - l'Unione Europea non può essere considerata titolare di una potestà fiscale propriamente detta, e che qualsivoglia decisione in merito è sottoposta alla regola dell'unanimità *ex* artt. 113 e 115, TFUE; in mancanza di un intervento modificativo dei Trattati, la necessità di rafforzare la tutela del pianeta (nonché il bilancio europeo), benché reale e urgente, non consente di aggirare simili ostacoli.

Alla luce di tanto, a parere di chi scrive è necessario valorizzare ipotesi alternative di tassazione della plastica, suscettibili anch'esse di perseguire contestualmente finalità ambientali e di gettito, ma improntate a una minore complessità e al rispetto del principio europeo di attribuzione. Il progetto di una *green VAT*, ossia di una variazione dell'aliquota IVA o dell'introduzione di una aliquota aggiuntiva, entrambe parametrate al contenuto di plastica non riciclabile di un prodotto, pare (astrattamente) convincente; tuttavia, è indispensabile approfondirne la struttura e il funzionamento, per garantire che l'onere fiscale incomba sull'inquinatore e non (solo) sul consumatore finale, coerentemente con il *polluter pays principle*.

L'auspicio conclusivo è che il diritto tributario, nella sua evoluzione verso direzioni un tempo inimmaginabili, non perda di vista l'obiettivo dell'efficacia degli istituti, che non può prescindere da un'applicazione semplice e agevolmente intuibile sia per l'interprete che per il contribuente; al contempo, si rileva la necessità di monitorare gli interventi delle istituzioni europee in materia di tassazione, affinché le contingenze attuali non incidano sulla loro legittimità[55].

55 Sin da prima della pandemia, le istituzioni europee hanno esplicitato l'importanza di superare la prospettiva limitante della sovranità fiscale nazionale in senso "esclusivo". Tale obiettivo è senz'altro condivisibile ai fini dell'implementazione dell'efficacia delle politiche fiscali unionali, ma deve essere perseguito in conformità ai Trattati e non può passare attraverso l'istituzione di "prelievi" dalla natura dubbia come la *plastic tax* (cfr. Strasburgo, 15.1.2019 COM(2019) 8 final COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO EUROPEO E AL CONSIGLIO Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE).

PROSEGUE IL MOMENTO COSTITUZIONALE DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA.

LA "SVOLTA VERDE" DELLA POLITICA MONETARIA.

Andrea Conzutti *

Abstract. Con comunicato stampa del 4 luglio 2022, il Consiglio direttivo della Banca centrale europea (BCE) ha reso noto di voler introdurre nuove misure per integrare il cambiamento climatico nell'assetto di politica monetaria dell'Eurosistema. Si tratta di un'innovativa, e controversa, decisione che deve essere considerata all'interno di una cornice più ampia: quella del processo di *enlargement of functions* che negli ultimi anni sta interessando l'Autorità di Francoforte. In altri termini, la "svolta verde" della BCE conferma come sia pienamente in atto quello che la stessa Presidente dell'Istituto di emissione, Christine Lagarde, nel luglio 2021, all'esito della revisione strategica, ha definito: "*somewhat of a constitutional moment*".

Abstract. *In a press release of 4 July 2022, the Governing Council of the European Central Bank (ECB) announced its intention to introduce new measures to integrate climate change into the monetary policy framework of the Eurosystem. This is an innovative, and controversial, decision that can only be considered within a broader framework: that of the process of enlargement of functions that in recent years has been affecting the ECB. In other words, the green innovation of monetary policy confirms that what the ECB President Christine Lagarde herself called in July 2021 on the outcome of the strategic review: "somewhat of a constitutional moment" is fully underway.*

SOMMARIO: 1. Premessa: la "svolta verde" della BCE. **- 2.** L'integrazione delle considerazioni sul cambiamento climatico nella politica monetaria. **- 3.** Un'interpretazione innovativa del mandato della BCE: il processo di *enlargement of functions*. **- 4.** Conclusioni: *central banking* e controlli di costituzionalità.

1. Premessa: la "svolta verde" della BCE.

> «*Within our mandate, we are taking further concrete steps to incorporate climate change into our monetary policy operations. And, as part of our evolving climate agenda, there will be more steps to align our activities with the goals of the Paris Agreement*»
>
> C. LAGARDE, *ECB takes further steps to incorporate climate change into its monetary policy operations*, in *European Central Bank press release*, 4 July 2022.

** Dottorando di ricerca e cultore della materia in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Trieste, sede convenzionata dell'Università degli Studi di Udine.

Con comunicato stampa del 4 luglio 2022, il Consiglio direttivo della Banca centrale europea (BCE) ha reso noto di voler introdurre nuove misure per integrare il cambiamento climatico nell'assetto di politica monetaria dell'Eurosistema[1]. Tali misure si sommano a quelle già previste nell'ambito del piano di azione per il clima, annunciato nel luglio 2021 dall'Istituto di emissione a seguito della sua revisione strategica, che definisce una tabella di marcia per intensificare il coinvolgimento del *central banking* nelle questioni ambientali[2].

2. L'integrazione delle considerazioni sul cambiamento climatico nella politica monetaria.

Questa innovativa, e controversa, decisione va letta alla luce di alcune recenti analisi empiriche che hanno dimostrato come la BCE, attraverso il suo programma per il settore societario (*Corporate Sector Purchase Programme*, CSPP), abbia contribuito all'aumento delle emissioni di gas a effetto serra con conseguente aggravamento del riscaldamento globale[3]. Infatti, l'Autorità di Francoforte, per effetto del proprio approccio di neutralità rispetto al mercato – che per non alterare l'ordine del mercato stesso la porta ad acquisire obbligazioni societarie in proporzione alla loro distribuzione –, ha finito per acquistare principalmente le cosiddette obbligazioni "marroni", emesse da società fortemente impegnate nel settore petrolifero e del gas, maggiormente diffuse sul mercato considerata l'alta intensità di capitale del settore, a scapito di quelle "verdi", emesse da società che adottano comportamenti virtuosi in materia ambientale, ma presenti in misura nettamente minore sul mercato[4].

1 Cfr., in merito, il comunicato stampa reperibile sul sito istituzionale della Banca centrale europea – Eurosistema, all'indirizzo https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ecb.pr220704~4f48a72462.en.html.

2 Per un quadro d'insieme v. F. ELDERSON, *Greening monetary policy*, in *ECB Blog*, 13 February 2021; I. SCHNABEL, *From green neglect to green dominance?*, relazione al seminario online "Greening Monetary Policy - Central Banking and Climate Change", organizzato nell'ambito del "Cleveland Fed Conversations on Central Banking", 3 marzo 2021; C. ZILIOLI, *The new ECB monetary policy strategy and the ECB's roadmap of climate change-related actions – some legal considerations*, in *EU Law Live*, n. 67, 17 luglio 2021, pp. 1 ss.; M. VAN DER SLUIS, *The ECB should combat climate change, because it can*, in *EU Law Live*, n. 73, 2 ottobre 2021, pp. 1 ss. Cfr., da ultimo, anche C. ZILIOLI, M. IOANNIDIS, *Climate change and the mandate of the ECB: Potential and limits of monetary contribution to European green policies*, Common Market Law Review, n. 2/2022, pp. 363 ss.; D. SCHOENMAKER, *The Green Challenge for Central Banks and Households*, in A. Siegmann (eds), *Climate of the Middle. Understanding Climate Change as a Common Challenge*, *Springer Briefs in Climate Studies*. Springer, Cham, 2022, pp. 43 ss.

3 Così, testualmente, M. PAPOUTSI, M. PIAZZESI, M. SCHNEIDER, *How unconventional is green monetary policy?*, in *JEEA-FBBVA Lecture at ASSA (January 2021)*, *Working paper*, disponibile all'indirizzo https://web.stanford.edu/~piazzesi/How_unconventional_is_green_monetary_policy.pdf.

4 In questo senso P. BOLTON, M. DESPRES, L.A. PEREIRA DA SILVA, F. SAMAMA, R. SVARTZMAN, *The green swan - Central banking and financial stability in the age of climate change*, in *Bank for International Settlements*, January 2020. Analizzano criticamente questa distorsione anche S. MATIKAINEN, E. CAMPIGLIO, D. ZENGHELIS, *The climate impact of quantitative easing*, in *Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment Policy Paper*, maggio 2017, pp. 1 ss.; D. SCHOENMAKER, *A brown or a*

Proprio nell'intento di mitigare questa distorsione che caratterizza il bilancio dell'Eurosistema, definita in termini di c.d. "*emission bias*", la BCE ha deciso di procedere alla graduale decarbonizzazione delle proprie consistenze di obbligazioni societarie: a tal fine, a partire da ottobre 2022, orienterà queste consistenze verso imprese con limitato impatto ambientale. Ciò implica che la quota di attività emesse da imprese con migliori risultati dal punto di vista climatico, misurati in termini di minori emissioni di gas serra e di obiettivi di riduzione del carbonio più ambiziosi, sarà significativamente incrementata rispetto a quella delle imprese con risultati peggiori e, dunque, maggiormente inquinanti[5].

3. Un'interpretazione innovativa del mandato della BCE: il processo di *enlargement of functions*.

Nel motivare la propria svolta verde, la BCE si è mostrata particolarmente attenta a (cercare di) rassicurare, soprattutto in un momento di inflazione dilagante – esasperata peraltro dalla guerra russo-ucraina –, che la scelta di tenere in maggiore considerazione il rischio finanziario connesso all'impatto climatico rientra pienamente nel suo mandato. Del resto, gli sforzi dell'Istituto di emissione per sostenere gli obiettivi di protezione del clima, nell'ambito della sua strategia monetaria, devono rimanere pur sempre soggetti ai limiti, piuttosto stringenti, imposti dal quadro giuridico del Sistema europeo delle banche centrali (SEBC), all'interno del quale esso si inserisce[6].

A ben vedere, infatti, se ai sensi della "clausola trasversale" prevista dall'art. 11 TFUE, insieme alle altre istituzioni dell'Unione europea, anche la BCE è tenuta a prendere in considerazione le esigenze ambientali nella definizione e nell'attuazione delle proprie operazioni, ai sensi dell'art. 127(1) TFUE, quest'ultima non può in alcun modo compromettere il mantenimento della stabilità dei prezzi per perseguire altri interessi. E questo perché il fine fondamentale di preservare la stabilità monetaria –

green European Central Bank?, in *Brugel.org*, 24 febbraio 2021.; ID., *Greening monetary policy*, in *Climate Policy*, n. 4/2021, pp. 581 ss.

5 In merito v. P. HONOHAN, *Should Monetary Policy Take Inequality and Climate Change into Account?*, in *Peterson Institute for International Economics, Working Paper 19-18*, October 2019.

6 Cfr., sul punto, le riflessioni di S. BARONCELLI, *La Banca centrale europea: profili giuridici e istituzionali. Un confronto con il modello americano della Federal Reserve*, European Press Academic Publishing, Firenze, 2000; O. ROSELLI (a cura di), *Europa e Banche centrali*, Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo, ESI, Napoli, 2004; P. DE GRAUWE, *Economics of Monetary Union*, Oxford University Press, Oxford, 2013, traduzione italiana: *Economia dell'unione monetaria*, Il Mulino, Bologna, 2013; S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Giappichelli, Torino, 2013; F. MOROSINI, *Banche centrali e questione democratica. Il caso della Banca centrale europea (BCE)*, ETS Edizioni, Pisa, 2014; C. BUZZACCHI, *La Banca Centrale Europea. Il custode della costituzione economica*, Giuffrè, Milano, 2017; R. IBRIDO, *Banca Centrale Europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 90 ss.; L.F. PACE, *Il regime giuridico dell'euro: la nascita dell'unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2018.

vera e propria *Grundnorm* dell'Unione Economica e Monetaria (UEM) – non può essere bilanciato con fini diversi, nemmeno se legati al contrasto del riscaldamento globale[7].

Ne consegue, pertanto, che l'art. 11 TFUE potrebbe essere interpretato quale base giuridica necessaria all'Autorità di Francoforte per integrare fattori connessi ai cambiamenti climatici nelle proprie decisioni, ma esclusivamente nella misura in cui, ai sensi dell'art. 127(1) TFUE, tali cambiamenti climatici determinino effettivamente un rischio di aumento del tasso di inflazione e, dunque, una minaccia per l'obiettivo primario di mantenimento della stabilità dei prezzi[8]. In aggiunta, l'articolo 11 TFUE potrebbe avere un impatto diretto sull'obiettivo secondario della BCE che, sempre ai sensi dell'art. 127(1) TFUE, è tenuta a sostenere le politiche economiche generali nell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi definiti nell'art. 3 TUE, tra i quali rientra: "un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente"[9]. In questo senso, fatto anzitutto salvo l'obiettivo della stabilità monetaria, l'art. 11 TFUE potrebbe consentire all'Istituto di emissione, quando agisce a sostegno delle politiche economiche generali dell'Unione, di prendere in considerazione le esigenze climatiche allo scopo di favorire la realizzazione della strategia di sostenibilità dell'Unione europea espressa dal c.d. *Green Deal* europeo[10].

Nel complesso, l'integrazione della lotta al cambiamento climatico nella politica monetaria europea non può che essere considerata all'interno di una cornice più ampia: quella del processo di *enlargement of functions* che negli ultimi anni sta interessando la BCE, la quale, interpretando in maniera innovativa il proprio

7 Insistono su questo aspetto C. ZILIOLI, M. SELMAYR, *The Law of the European Central Bank*, Oxford e Portland, Oregon, Hart Publishing, 2001, traduzione italiana: *La Banca centrale europea*, Giuffrè, Milano, 2007; G. REPETTO, *Responsabilità politica e governo della moneta: il caso BCE*, in G. AZZARITI (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. p. 299; R.M. LASTRA, *The Evolution of the European Central Bank*, *Fordham International Law Journal*, n. 5/2017, pp. 1260 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La politica monetaria: il modello ibrido dell'UEM*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1/2021, pp. 47 ss. Ma sul punto v. già C. PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, p. 60.

8 S.A. ZENIOS, *The risks from climate change to sovereign debt in Europe*, in *Bruegel Policy Contribution*, n. 16/2021, pp. 1 ss.; C. CALLIESS, E. TUNCEL, *Greening the Euro? The impact of the environmental integration clause (Art. 11 TFEU) on the European Central Bank (ECB) primary and secondary objectives*, in *Berliner Online Beiträge*, n. 136, 28 January 2022, pp. 1 ss.

9 Cfr., anche per ulteriori indicazioni, A. KILIÇ, *Secondary objectives of the European Central Bank and economic growth: A human rights perspective*, in *Leiden Journal of International Law*, 25 April 2022, pp. 1 ss.

10 Per un'analisi approfondita del c.d. *Green Deal* europeo, si rinvia a M.C. CARTA, *Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *Eurojus*, n. 4/2020, pp. 54 ss.; M. FALCONE, *Il* Green Deal *europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2020, pp. 379 ss.; S. CAVALIERE, *Il progetto* Green New Deal *e gli incentivi verdi: è tutto oro quello che luccica?*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 1/2020, pp. 1 ss.; F. ROLANDO, *L'attuazione del Green Deal e del Dispositivo per la ripresa e resilienza: siamo effettivamente sulla strada per raggiungere la sostenibilità ambientale?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, *Osservatorio europeo*, Febbraio 2022, pp. 1 ss.

mandato, opera sempre più spesso al limite delle competenze che i Trattati le hanno conferito. In altri termini, l'impressione è che sia pienamente in atto quello che la stessa Presidente dell'Autorità monetaria, Christine Lagarde, nel luglio 2021, all'esito della revisione strategica in cui proprio il cambiamento climatico ha svolto un ruolo fondamentale, ha definito: "*somewhat of a constitutional moment*"[11]. Infatti, la BCE sta passando progressivamente dall'essere l'istituzione conservatrice e neutrale, di stampo ordoliberale[12], originariamente disegnata nel Trattato di Maastricht, al divenire un attore molto più audace, pronto ad attuare politiche prima inimmaginabili[13].

4. Conclusioni: *central banking* e controlli di costituzionalità.

In proposito, qualora l'innovazione verde della politica monetaria venisse sottoposta a scrutinio di costituzionalità, se pare probabile che la Corte di giustizia dell'Unione europea – anche alla luce della sua pregressa giurisprudenza che ha spesso accreditato letture estensive del mandato riconosciuto alla BCE – le riconoscerebbe una patente di legittimità, è quantomeno dubbio che una risposta altrettanto accondiscendente giungerebbe dal *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*)[14]. Il Tribunale di Karlsruhe, in effetti, si è sempre mostrato fermo oppositore della possibilità di derogare il tenore testuale dei Trattati, inteso come frutto di un faticoso compromesso, ribadendo più volte, sin dalla pronuncia sulla compatibilità del Trattato di Maastricht con la Legge fondamentale tedesca (*Maastricht Urteil*), come alla base dell'atto di consenso della Repubblica federale di Germania all'adesione

11 Il riferimento è alla teoria dei "*constitutional moments*" avanzata da B. ACKERMAN, *We the People: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991. Per un ulteriore approfondimento sul punto, v. M.J. KLARMAN, *ConstitutionalFact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments*, in Stanford Law Review, n. 3/1992, pp. 759 ss.. Quanto, poi, alla revisione della strategia monetaria si rinvia, per tutti, a M. IOANNIDIS, S.J. HLÁSKOVÁ MURPHY, C. ZILIOLI, *The mandate of the ECB: Legal considerations in the ECB's monetary policy strategy review,* in *European Central Bank Occasional Paper Series*, n. 276, September 2021; A. CONZUTTI, *Un momento (quasi) costituzionale per la BCE? La nuova strategia di politica monetaria*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2021, pp. 969 ss.;

12 In proposito, A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'Euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, FrancoAngeli, Milano, 2016; O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016; ID., *Critica del neo-costituzionalismo finanziario. Sul nesso tra scienza economica e diritto pubblico*, in *Diritto & Conti. Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2021, pp. 96 ss. Cfr. anche F. SAITTO, *Al di là dell'ordoliberalismo. Della ricerca di una «esatta misura» di correlazione tra politica ed economia nello stato costituzionale aperto*, in *Diritto costituzionale*, n. 2/2018, pp. 121 ss.

13 Sul punto, v. T. FAVARO, *Gli interventi delle banche centrali sul mercato. Dalla regolazione al governo dell'economia*, in *Ianus diritto e finanza*, 2020, pp. 1 ss.

14 Cfr., ad esempio, quanto argomentato in A. GUAZZAROTTI, *Cose molto cattive sulla ribellione del Tribunale costituzionale tedesco al Quantitative easing della BCE*, in *LaCostituzione.info*, 10 maggio 2020; M. BONINI, *Il Bundesverfassungsgericht tedesco e la legge federale di ratifica della «Decisione sulle Risorse Proprie» dell'Unione europea: ancora una volta, una pronuncia problematica nel nome del sindacato sugli atti ultra vires?*, in *DPCE online*, n. 1/2021, pp. 2759 ss.

all'UEM risieda il fatto che quest'ultima sia, e debba continuare ad essere, una "comunità di stabilità" ("*Stabilitätsgemeinschaft*"): una comunità, dunque, che elevi la stabilità della moneta unica al di sopra di ogni altro obiettivo[15].

E, tuttavia, ciò che lascia ben sperare è che proprio il *BVerfG* abbia recentemente segnato una pagina cruciale nella storia del diritto ambientale, riconoscendo, con decisione del 24 marzo 2021 riguardante la legge sulla protezione del clima (*Bundes-Klimaschutzgesetz*) del 12 dicembre 2019[16], attraverso un'originale lettura dell'art. 20a della Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz*) – che dal 1994 annovera la "protezione dei fondamenti naturali della vita" tra le competenze della Repubblica federale di Germania –, l'esistenza di un mandato, costituzionalmente vincolante e sindacabile sul piano giudiziario, di protezione del clima a carico delle istituzioni tedesche: una chiara testimonianza dell'attenzione che il Tribunale costituzionale federale volge alla tutela dell'ambiente, quale vera e propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, che, per di più, non si arresta alle frontiere nazionali, ma, con espressa proiezione sovranazionale, si estende anche agli stranieri residenti all'estero[17].

In definitiva, per capire se a questa ulteriore evoluzione del ruolo della BCE seguirà l'avvio dell'ennesima saga giurisdizionale che vedrà contrapporsi Francoforte, Lussemburgo e Karlsruhe, o si assisterà invece a una tendenziale convergenza di orizzonti interpretativi legali tra questi attori costituzionali, non resta che attendere (il tempo degli ormai consueti ricorsi individuali diretti al *BVerfG*)[18].

---

15 In termini assai netti, v. F. SAITTO, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "Costituzione economica" in Germania*, Giuffré, Milano, 2015, spec. pp. 286 ss. Sulla medesima lunghezza d'onda v. anche P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte all'Unione europea: l'egemone non riluttante*, in G. REPETTO, F. SAITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 191 ss.

16 Per un'analisi della legge sulla protezione del clima cfr. J. ALBRECHT, *Das Klimaschutzgesetz des Bundes – Hintergrund, Regelungsstruktur und wesentliche Inhalte*, in *Natur und Recht*, n. 42/2020, pp. 370 ss.

17 Per approfondire la decisione si rinvia a M. GOLDMANN, *Judges for Future. The Climate Action Judgment as a Postcolonial Turn in Constitutional Law?*, in *Verfassungsblog*, 30 April 2021; P. AUST, *Klimaschutz aus Karlsruhe. Was verlangt der Beschluss vom Gesetzgeber?*, in 5 May 2021; A. DE PETRIS, *Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali: Karlsruhe for Future?*, in *Ceridap*, n. 4/2021, pp. 1 ss.; R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *LaCostituzione.info*, 30 aprile 2021; R. MONTALDO, *La neutralità climatica e la libertà di futuro (BVerfG, 24 marzo 2021)*, in *Diritti comparati*, 1 luglio 2021.; L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2021, pp. 212 ss.; M.T. ROERIG, *Tribunale costituzionale federale, ordinanza del 24 marzo 2021 (1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20), in merito alla tutela del clima e alla riduzione di emissioni di gas serra anche a garanzia delle libertà delle generazioni future*, in *Servizio studi della Corte costituzionale*, 30 aprile 2021; R. BIFULCO, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, in *Luiss Open*, Editoriale, 28 maggio 2021; S. BAGNI, *La costruzione di un nuovo "eco-sistema giuridico" attraverso i formanti giudiziale e forense*, in *DPCE Online*, numero speciale, 2021, pp. 1027 ss.

LE "COMUNITÀ ENERGETICHE" COME NUOVI MODELLI GIURIDICI DI SVILUPPO SOSTENIBILE.

Prime note sull'esperienza francese.

Vincenzo Pepe*

Abstract. Lo sviluppo sostenibile nell'era dell'Antropocene è un valore fondamentale del nuovo ambientalismo globale. L'obiettivo delle "comunità energetiche" ha assunto un significato straordinario in quanto I cittadini di tutto il mondo hanno acquisito rilevanza nel settore energetico anche attraverso azioni dirette e partecipative volte a costruire una società più equa e sostenibile. Le "comunità energetiche" sono perciò nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile diffusi in tutti i paesi europei in attuazione della normativa europea. Nel diritto francese, le norme sulla transizione ecologica ed energetica sono previste dalla legge 2019-1147 dell'8 novembre 2019 relativa all'energia e al clima e questa legislazione ha integrato e modificato il Codice dell'Energia. Nel 2022, la Francia conta 515 comunità energetiche di cittadini, inclusa la stragrande maggioranza degli impianti fotovoltaici (94%) che rappresentano ancora il 50% della produzione totale di elettricità.

Abstract. *Sustainable development in the Anthropocene era is a fundamental value of the new global environmentalism. The goal of "energy communities" has taken on extraordinary significance as citizens from all over the world have acquired relevance in the energy sector also through direct and participatory actions that aim at building a more equitable and sustainable society. The "energy communities" are new legal models of sustainable development widespread in all European countries in implementation of European legislation. In French law, the regulations on ecological and energy transition are provided for by law 2019-1147 of 8 November 2019 relating to energy and climate and this legislation has integrated and amended the Energy Code. In 2022, France has 515 energy communities of citizens, including the vast majority of photovoltaic systems (94%) which still represent 50% of total electricity production.*

SOMMARIO: 1. Lo sviluppo sostenibile nell'era dell'Antropocene **- 2.** Stato costituzionale ambientale *"in Books"* v. Stato costituzionale ambientale *"in Actions"*: la sostenibilità come valore costituzionale del nuovo ambientalismo contemporaneo **- 3.** Sostenibilità ed energia: le comunità energetiche come nuovi modelli di sviluppo sostenibile **- 4.** Le comunità energetiche nelle principali esperienze europee **- 5.** Le comunità energetiche nell'esperienza francese **- 6.** Brevi conclusioni.

1. Lo sviluppo sostenibile nell'era dell'Antropocene.

Mai come negli ultimi anni di questo secolo l'attenzione degli studiosi e dell'opinione pubblica è stata focalizzata sulla salvaguardia e sulla conservazione dell'ambiente.

18 Mette in luce gli articolati rapporti intercorrenti tra questi attori costituzionali: A. DI MARTINO, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, in *Federalismi.it*, n. 4/2014, p. 1 ss.

Nell'era dell'Antropocene la tutela dell'ambiente non può prescindere dallo sviluppo sostenibile: un principio ordinatore del nuovo costituzionalismo ambientale globale. Prima di osservare come lo sviluppo sostenibile sia ormai diventato un valore costituzionale è bene ricordare che alcuni anni fa, in uno studio dedicato ai modelli giuridici di sviluppo sostenibile, si sottolineava come inizialmente la sostenibilità fosse entrata nel dibattito giuridico solo come principio di *soft law*[1]. E' bene ricordare, infatti, come la Conferenza di Stoccolma sull'ambiente umano del 16 giugno del 1972, la Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo del 14 giugno del 1992 e la Conferenza di Johannesburg, convocate dalle Nazioni Unite, abbiano determinato una svolta decisiva, sensibilizzando gli Stati in materia di tutela dell'ambiente e favorendo l'elaborazione di leggi nazionali e la stipulazione di trattati internazionali[2]. Nel corso degli anni '80 si è evidenziato un aspetto tangibile di questa interrelazione, nel momento in cui il continuo degrado della situazione economica e sociale e l'obbligo di fronteggiare gli oneri legati ai debiti contratti con altri Stati, hanno costretto i paesi in via di sviluppo ad aumentare le proprie esportazioni, accelerando lo sfruttamento delle proprie risorse naturali ed esercitando così un'accresciuta pressione sull'ambiente.

Nel corso degli ultimi decenni tali aspetti sono stati considerati prevalentemente in forma separata, come se gli Stati del Nord si preoccupassero dell'ambiente e quelli del Sud cercassero, innanzi tutto, lo sviluppo. Invece attualmente è sempre più diffusa la convinzione che *Nord e Sud sono in realtà poli intercambiabili nel senso che tante volte il Sud si trova anche al Nord, senza dire che sempre più frequentemente l'Est sta diventando il Sud del Nord* [3].

---

1 Professore Associato di Diritto pubblico comparato nell'Università della Campania "L. Vanvitelli".
V. PEPE, *Fare ambiente. Teorie e modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, Franco Angeli, 2008.

2 Sono 152 gli accordi multilaterali elencati nel *Register of International Treaties and Other Agreements in the Field of the Environment* (a cura dell'UNEP), Nairobi, maggio 1991, doc. UNEP/GC. 16/Inf. 4. Quasi due terzi vennero stipulati dopo la conclusione dei lavori della Conferenza di Stoccolma; cfr, L. PINESCHI, *Tutela dell'ambiente e assistenza allo sviluppo: dalla Conferenza di Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992)*, in Riv. Giur. Amb., 1994, p. 495; G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 1997, p. 328, in questo saggio sono affrontati i recenti sviluppi della protezione ambientale in ambito sovranazionale e comunitario, corredati da una ricca ed articolata nota bibliografica; G. BADIALI, *La tutela internazionale dell'ambiente*, Napoli, 1995, p. 20; M. VACCA, *La politica comunitaria dell'ambiente e la sua attuazione negli Stati membri*, Milano, 1992, p. 88.

3 P. SOAVE, *op. cit.*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1993, p. 762. Sui principi relative alla tutela ambientale, vedi: S. ANNIBALE, *I principi relativi alla tutela ambientale*, in *Dir. Giur. agr. Amb.*, 4, 1996, p. 219; V. LAZINGER, *Rio de Janeiro; per un nuovo diritto dell'ambiente*, in *Democrazia e diritto*, 1992, I, p. 207; per approfondimenti, vedi: M. POLITI, *Tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile: profili e prospettive di evoluzione del diritto internazionale alla luce della Conferenza di Rio de Janeiro*, in *Scritti degli allievi* di G. Barile, Padova, 1995, p. 449, ivi è stato rilevato che la novità di maggiore consistenza emersa dai lavori della Conferenza di Rio sarebbe proprio l'impulso dato all'evoluzione del diritto internazionale in materia di sviluppo sostenibile. Cfr., A. KISS, *Nouvelles tendences du droit International de l'environnement*, in *German Yearbook of International Law*, 1989, p. 241; Idem, *Droit International de l'environnement*, Paris, 1989, p. 36.

Uno degli atti della Conferenza di Rio è l'*Agenda 21,* programma internazionale di azione per uno sviluppo globalmente sostenibile, lanciato in vista dell'ultimo decennio del XX secolo e calato nella prospettiva del XXI secolo. In esso s'insiste sulla necessità di armonizzare le varie politiche in materia economica, sociale ed ambientale e di responsabilizzare lo sviluppo economico in modo da renderlo compatibile con la protezione delle risorse naturali nell'interesse delle generazioni future[4].

L'Unione Europea ha da tempo assunto un ruolo di gran rilievo nelle politiche ambientali. La politica ambientale comunitaria per affermarsi ha dovuto ricorrere all'art. 2 del Trattato di Roma (1957) che istituiva la Comunità Economica Europea con il compito di promuovere uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme delle Comunità, ed un'espressione continua ed equilibrata[5].

Le modifiche del Trattato di Roma contenute nell'Atto Unico del 1986 hanno indicato nella tutela ambientale uno dei compiti essenziali dell'Unione Europea. Infatti, negli articoli 130R, 130S, 130T dell'Atto Unico, ratificato nel 1987, si riconosce in modo esplicito la competenza comunitaria in materia ambientale, delineando i principi e criteri di un'azione comune più organica ed incisiva[6]. Come si ricorderà il concetto di sviluppo sostenibile è stato portato alla notorietà internazionale dal rapporto *Brundtland*, come risultato dei lavori della *Commissione indipendente sull'ambiente e lo sviluppo*, istituita dalle Nazioni Unite e presieduta dal Primo Ministro norvegese Gro Harlem Brundtland. Secondo questo Rapporto pubblicato nel 1987 con il titolo *Our common future*, lo sviluppo sostenibile è definito come l'unica strada che ha *l'umanità di rendere sostenibile lo sviluppo, cioè di far si che esso soddisfi i bisogni dell'attuale generazione senza compromettere la capacità di quelle future*[7].

4 A questo riguardo il documento dell'*Agenda 21* indica tre obiettivi fondamentali:
- la valutazione dei costi ambientali delle decisioni dei produttori e dei consumatori, in modo da invertire la tendenza a considerare l'ambiente un bene dallo sfruttamento illimitato e gratuito;
- il ricorso a principi economici per incoraggiare la creazione di nuove fasce di mercato e aree di lavoro nei settori del controllo ambientale e della tutela e gestione delle risorse naturali;
- la dinamica dei prezzi da correlare alla penuria dei beni naturali ed al loro effettivo valore, comprensivo anche dei costi per evitarne, con l'uso, il degrado.

Ad oggi, non è ancora possibile affermare se Rio de Janeiro abbia realmente contribuito alla salvezza del pianeta, ma sicuramente ha aperto la strada verso un nuovo modi concepire il rapporto tra ambiente, sviluppo e generazioni future.

5 Nel Primo Programma d'azione comunitario in materia ambientale, approvato il 22 novembre 1973 dal Consiglio d'Europa, si stabiliva che lo sviluppo armonioso non lo si può concepire senza una lotta efficace contro gli inquinamenti e gli altri fattori nocivi, né senza il miglioramento qualitativo delle condizioni di vita e della protezione dell'ambiente.

6 Per un'analisi generale: A.L. DE CESARIS, *Le politiche comunitarie in materia di ambiente,* in S. CASSESE (a cura di), *Diritto ambientale comunitario,* Milano, 1995, p. 38. J.R. SALTER, *Environment Law,* London, 1995.

7 Secondo il rapporto *brundtland,* l'umanità nei prossimi anni dovrà impegnarsi per realizzare uno sviluppo sostenibile, assicurando il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri. Il concetto di sviluppo sostenibile implica dei limiti, non limiti assoluti ma quelli imposti dal presente stato dell'organizzazione tecnologica e sociale nell'uso delle risorse ambientali e dalla capacità della

Il Trattato di Maastricht (1992) già affermava che la Comunità ha il compito di promuovere uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche e una *crescita sostenibile* non inflazionistica e che tuteli l'ambiente.

Con il Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997, si è dato ancor di più spazio alle politiche dello sviluppo sostenibile stabilendo che *la Comunità ha il compito di promuovere uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche (…) un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento del tenore e della qualità della vita.* All'art. 6 si afferma, altresì, che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie, nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile[8].

La ristrutturazione ecologica dell'economia richiede un cambiamento degli schemi di produzione di consumo, vale a dire, la produzione di un commercio ambientale responsabile e di un consumo ambientalmente consapevole. Anche nella Carta dei Diritti fondamentali dell'UE, approvata il 13 ottobre 2000, e proclamata a Nizza, nel dicembre 2000, è sancito nell'art. 37 che nelle politiche dell'UE deve essere salvaguardato il principio della tutela dell'ambiente e *il miglioramento della sua qualità, conformemente al principio dello sviluppo sostenibile.* Questo principio è collocato nel quarto capitolo ed assume il carattere di un mero principio programmatico, una sorta di indirizzo per le future azioni degli organi comunitari.

Negli ultimi anni il quadro globale fornito dall'Agenda 2030 delle Nazioni unite adottata nel 2015, sono indicati i nuovi obiettivi di sviluppo sostenibile per il futuro del pianeta. Qui si propone di affrontare le sfide globali comprensive dei problemi relativi a povertà, disuguaglianza, cambiamenti climatici, degrado ambientale, pace e giustizia. I 17 obiettivi stabili sono tutti interconnessi[9] e cercano di agire sulle tre dimensioni dello sviluppo: economica, sociale e ambientale, incentrati, inoltre, sulla dignità umana, la stabilità regionale e mondiale, un pianeta sano, società eque e resistenti, e prosperità economica[10]. Questi obiettivi, di grande importanza per le

biosfera di assorbire gli effetti delle attività umane. Assicurare i bisogni essenziali significa realizzare una crescita economica per i Paesi più poveri, secondo modalità che rispettino l'ambiente, ma anche, per quanto riguarda i Paesi più ricchi, adottare stili di vita compatibili con le risorse energetiche del pianeta. Da ciò deriva che: "lo sviluppo sostenibile non è uno stato di armonia prefissato, ma piuttosto un processo di cambiamento, in cui lo sfruttamento delle risorse, la direzione degli investimenti ed i cambiamenti istituzionali, vengono resi compatibili con i bisogni futuri, oltre che con quelli presenti", Cfr., V. PEPE, *ult. op. cit.*, Milano, 1996, p. 145, ivi è analizzato lo sviluppo sostenibile in riferimento ai grandi rischi ecologici nella legislazione internazionale e nazionale. Sulla tutela delle generazioni future, cfr., F. LETTERA, *Lo stato ambientale e le generazioni future,* Padova 1992, p. 235; T. SCOVAZZI, *Le azioni delle generazioni future,* in *Riv. Giur. amb.*, 1995, p. 153.

8 Sul Trattato di Amsterdam, vedi: S. GOZI, *Prime riflessioni sul Trattato di Amsterdam: luci e ombre sul futuro dell'Unione,* in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1997, p. 96.

9 Cfr. i *Sustainable Development Goals* sul sito delle Nazioni Unite https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/

10 Cfr. Commissione Europea, *Approccio dell'UE allo sviluppo sostenibile,* disponibile al link https://ec.europa.eu/info/strategy/international-strategies/sustainable-development-goals/eu-

strategie internazionali in materia di protezione dell'ambiente, sono stati inclusi tra le priorità dell'UE[11]. Nonostante i numerosi tentativi volti a richiamare la portata del concetto di sviluppo sostenibile, la dottrina ha sottolineato, giustamente, che non esiste ancora una definizione giuridica dello sviluppo sostenibile[12].

Nell'accezione socioeconomica, lo sviluppo sostenibile mira ad uno sviluppo sano e produttivo in armonia con la natura; l'unico profilo giuridico rinvenibile allo stato attuale della sua evoluzione è riferibile al principio di equità che deve essere perseguito sia tra la comunità umana che tra le generazioni future.

Il problema della sostenibilità dello sviluppo, così come delineato nel corso della storia recente, si fonda sulla considerazione che le possibilità che l'attuale generazione di adulti e quelle immediatamente successive hanno di influire, nel bene e nel male, a livello globale, sulle generazioni future (anche su quelle che esisteranno in un futuro remoto) parrebbero essere enormemente maggiori di quelle che ogni altra generazione precedente abbia mai avute. Questo comporta che il problema della nostra responsabilità nei confronti dei posteri assume un'importanza maggiore che non quella che, ragionevolmente, potevano avere le generazioni precedenti[13].

Il problema fondamentale, intorno a cui ruota il dibattito etico sul problema delle generazioni future, è essenzialmente quello di stabilire se sia corretto ritenere che,

approach-sustainable-development_it

11 Cfr. *Political guidelines for the next European Commission 2019-2024* : https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/political-guidelines-next-commission_en_0.pdf.

12 Vedi V. PEPE, *Fareambiente. Teorie e modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, Franco Angeli, 2009. Sul concetto di svilupo sotenibile cfr. G. CORDINI, *op. cit*., p. 35, ivi si sostiene che la definizione del concetto di sviluppo sostenibile è problematica, perché, da tale concezione è possibile far derivare una molteplicità di alternative. Già il termine sviluppo si presta a vari e difformi significati e può essere utilizzato in distinti contesti. L'accostamento con l'aggettivo sostenibile rappresenta una complicazione, dato che induce a considerare limiti e condizioni dello sviluppo, che non possono essere classificati in modo oggettivo ed in senso universale. Se mutano il contesto storico e l'ambito sociale, cambiano anche i significati. Per approfondire le definizioni ecologiche di sviluppo sostenibile, Cfr., M.C. CICIRIELLO, *Dal principio del patrimonio comune al concetto di sviluppo sostenibile,* in *Dir. Giur. Agr. amb.*, Roma, 4, 1996, p. 225.

13 Cfr., F. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit,* Paris, 1995, p. 47. In primo luogo, l'attuale politica energetica è caratterizzata, soprattutto nei paesi occidentali, dall'utilizzo di fonti energetiche non rinnovabili (i combustibili fossili- carbone, petrolio e gas e quelli nucleari- uranio); in secondo luogo tanto i combustibili fossili quanto quelli nucleari, sono fortemente inquinanti ed, assieme alla distruzione sistematica in atto delle grandi foreste tropicali, tale inquinamento è considerato una delle cause principali del cosiddetto effetto serra il quale, a sua volta, portando ad un surriscaldamento globale, provoca una sempre maggiore desertificazione ed un aumento del livello dei mari con il conseguente allagamento di zone oggi densamente abitate. Altro motivo di preoccupazione, come è noto, è costituito dai rischi connessi con il nucleare, sia per i gravi incidenti che si possono verificare sia per la minaccia costituita dalle scorie radioattive; non si può sottacere il problema della crescente contaminazione e del progressivo depauperamento delle risorse di acqua dolce. Per finire, non si possono non considerare i possibili problemi legati all'aumento della popolazione mondiale e quelli legati ai recenti sviluppi della scienza biomedica, della biotecnologia, dell'ingegneria genetica, in quanto aprendo la prospettiva di poter programmare l'esistenza di esseri umani dotati di certe qualità piuttosto che di altre, hanno la possibilità di influire sulla composizione stessa delle generazioni future.

dato per certo che queste abbiano dei diritti, quei diritti, pur essendo inerenti a persone o a gruppi che non esistono ancora, siano giustiziabili *ora* o se, al contrario, non si debba ritenere che tali generazioni avranno dei diritti solo sulle risorse che esisteranno allora. E ancora: ammesso che abbiano dei diritti, il problema è stabilire se il loro diritto "condizionale" possa essere sullo stesso piano dei diritti effettivi degli individui attualmente esistenti[14]. Le risposte a questi quesiti sono particolarmente problematiche ma la complessità del problema e la frequenza con cui, spesso a scopo esclusivamente pedagogico, si fa riferimento ai diritti delle future generazioni, necessita che il tema venga approfondito da una visuale che sia la più ampia possibile. La stessa nozione di sviluppo sostenibile consacrata nel documento Janeiro del 1992 è finalizzata al diritto delle generazioni future affinché queste abbiano risorse naturali per poter sopravvivere.

La stessa biodiversità è vista in relazione al diritto delle generazioni future come il principio di pari opportunità tra le diverse generazioni. In questa prospettiva, non deve sorprendere se nella sentenza della Corte Suprema Colombiana del 2018[15] sia stata riconosciuta la foresta Amazzonica come soggetto di diritti[16], titolare di protezione, conservazione, mantenimento e restauro da parte dello Stato e delle entità territoriali che lo compongono. Secondo la Corte le azioni proposte da alcuni giovani[17] residenti sono state ritenute appropriate per proteggere le garanzie fondamentali, individuali e collettive, minacciate. Nella sua argomentazione, la Corte ha fatto riferimento ai principi di precauzione, equità intergenerazionale e solidarietà, al fine di proteggere l'ecosistema e i diritti delle generazioni presenti e future[18].

14 Per tutto ciò che attiene ai problemi etico- filosofici rimando a G. PONTATA, *Etica e generazioni future*, 1995, p. 240; cfr., AA. VV..*Un ambiente per le future generazioni*, 1992, Milano, p. 129, ivi sono analizzati i dati di un rapporto elaborato da due delle più prestigiose agenzie dell'ONU, l'UNEP (Programma per l'ambiente), e UNICEF (Fondo per l'infanzia) ove si descrive l'incidenza che le trasformazioni ambientali hanno sui bambini. E si opta per la stipulazione di un patto di solidarietà intergenerazionale, che interessi non solo il presente ma, soprattutto, il futuro del nostro pianeta e dei suoi abitanti.

15 Cfr. la Sentenza della Corte suprema colombiana - STC4360-2018.

16 L. COLELLA, *I «diritti degli alberi» e la soggettività delle foreste. Brevi note comparative a margine della Dichiarazione dei diritti degli alberi in Francia*, in Rivista Dga, n.4/2019, p.1-18.

17 La sentenza storica della Corte suprema colombiana arriva a seguito di un giudizio intentato da un gruppo di 25 giovani, di età compresa tra i 7 e i 26 anni i quali hanno citato il governo chiedendo di proteggere il loro diritto di vivere in un ambiente sano. I querelanti avevano sostenuto che l'incapacità del governo di fermare la distruzione dell'Amazzonia ha messo a repentaglio il loro futuro e violato i loro diritti costituzionali. Sul punto si veda il sito https://www.tpi.it/2018/04/13/foresta-amazzonica-soggetto-giuridico/.

18 Sul punto si veda l'articolo La foresta amazzonica è diventata un soggetto giuridico con gli stessi diritti di un essere umano reperibile sul sito http://coscienzeinrete.net/ecologia/item/3514-la-foresta-amazzonica-e-diventata-un-soggetto-giuridico-con-gli-stessi-diritti-di-un-essere-umano.

2. Stato costituzionale ambientale *"in Books"* e Stato costituzionale ambientale *"in Actions"*: la sostenibilità come valore costituzionale del nuovo ambientalismo contemporaneo.

Dopo la Conferenza di Stoccolma (1972) e la Conferenza di Rio de Janeiro (1992), i principi base della gestione ambientale e il riferimento al diritto ambientale come diritto a vivere in un ambiente sano ed equilibrato sono stati gradualmente inseriti nelle Costituzioni nazionali non solo dei Paesi occidentali ed europei[19], ma anche dei Paesi in via di sviluppo[20].

In molti casi, le norme costituzionali ambientali dichiarano il dovere degli Stati di perseguire uno sviluppo ambientale possibile, l'uso sostenibile delle risorse naturali e il mantenimento di un ambiente sano e salubre per i cittadini. L'art. 45 della Costituzione spagnola afferma che: "Tutti hanno diritto a fruire di un ambiente adeguato per lo sviluppo della persona e hanno il dovere di preservarlo. I pubblici poteri vigilano sulla razionale utilizzazione di tutte le risorse naturali al fine di proteggere e migliorare le condizioni di vita, difendere e ripristinare l'ambiente avvalendosi dell'indispensabile solidarietà collettiva". Questa norma è collocata tra i principi della politica sociale ed economica e concorre a realizzare lo sviluppo sostenibile assegnando ai pubblici poteri un obiettivo chiaro: difendere lo stato dell'ambiente per un'adeguata qualità della vita.

Un esplicito richiamo al diritto delle generazioni future è presente nella Costituzione tedesca. All'art. 20a del Grundgesetz, a seguito della modifica costituzionale del 27 ottobre 1994, si afferma che tra gli obiettivi dello Stato vi è quello di tutelare "le basi naturali di vita anche con riguardo alla responsabilità verso le future generazioni". Questo principio costituzionale consiste nel prescrivere a tutti i poteri statali di osservare la tutela delle basi naturali della vita, sottolineandone l'importanza fondamentale per lo Stato e la società. La sfida fondamentale di questa norma consiste nella decisione giuridico-costituzionale di disporre delle risorse naturali in modo tale da conservarle anche per le future generazioni. In questa norma costituzionale è ben presente e radicato il principio dello sviluppo sostenibile perché "la giustizia intergenerazionale" si fonda sulla considerazione che l'eredità naturale e culturale deve essere consegnata alle future generazioni conservando la varietà di specie e di risorse, in modo da lasciare ad esse un'ampia gamma di possibilità nell'organizzazione della vita e della società. L'art. 20a della Grundgesetz ha insito un modello di sviluppo economico ecocompatibile che si riferisce ad un concetto di economia che conserva le risorse utilizzandole in modo razionale. Il consumo delle risorse rinnovabili non deve superare le loro possibilità di rigenerazione, ed il consumo delle risorse non rinnovabili si deve limitare ad un livello minimo.

19 D. AMIRANTE (a cura di), *Diritto ambientale e Costituzione. Esperienze europee*, Milano, 2003.

20 Per una rassegna completa delle Costituzioni che espressamente tutelano l'ambiente e il patrimonio culturale, vedi: E. BROWN WEISS, *In Fairness to Future Generation*, The United *Nations University, Tokyo- Transnational Publishers*, New York, 1989, p. 406.

Come nella maggior parte dei Paesi europei, anche in Francia la tutela dell'ambiente era inizialmente costruita e fondata soltanto su disposizioni legislative settoriali; nel 2005 è stata invece approvata la *Charte de l'Environnement*, primo testo di valore costituzionale in materia nel panorama internazionale. Nell'ordinamento francese la tutela ambientale ha trovato dunque pieno riconoscimento con la «costituzionalizzazione» dell'ambiente nella *Charte de l'Environnement*[21] che rappresenta un modello unico nel suo genere. La *Charte* francese, infatti, prevede un decalogo di articoli che richiamano i principi guida del diritto ambientale e che consentono al giudice costituzionale la verifica della compatibilità delle leggi con il diritto dell'ambiente salubre, assicurando, in ogni caso, un elevato *standard* di tutela e la difesa dell'ecosistema.

Anche la Costituzione della Confederazione elvetica, riformata nel 1999, all'art. 2 afferma che è necessario "promuovere in modo sostenibile la comune prosperità, la coesione interna e la pluralità culturale del paese" e la Confederazione è impegnata per una "conservazione duratura delle basi naturali della vita e per un ordine internazionale giusto e pacifico". Questa norma costituzionale ambientale, sulla falsariga, dell'art. 20a della Costituzione tedesca, fa riferimento alle "basi naturali di vita" in una concezione ben precisa della natura e dell'ambiente come fonte naturale di vita. La nuova Costituzione elvetica dedica un ampio spazio al principio dello sviluppo sostenibile. Infatti, l'art. 73 reca il titolo *Sviluppo sostenibile* e sancisce che la Confederazione e i Cantoni operano a favore di un rapporto durevole ed equilibrato tra la natura, la sua capacità mentale di rinnovamento e la sua utilizzazione da parte dell'uomo[22].

Il diritto degli esseri umani di vivere in un ambiente salubre è il diritto allo sviluppo sostenibile come migliore qualità della vita è stato consacrato anche in molte recenti Costituzioni di Paesi in via di sviluppo. La Costituzione di Mali (1992) afferma che "ogni persona ha il diritto ad un ambiente salubre. La protezione e la difesa dell'ambiente insieme alla promozione della qualità della vita e dello sviluppo sostenibile rappresentano un dovere per tutti i cittadini e peri lo Stato". La

21 M. ZINZI, *La Charte de l'Environnement francese tra princìpi e valori costituzionali*, Napoli, Esi, 2011. Secondo questo autore negli ultimi anni diversi ordinamenti giuridici, tra cui quello francese, hanno conferito proprio all'ambiente *status* costituzionale. In questa prospettiva l'esperienza d'oltralpe rappresenta tuttavia un interessante caso per l'analisi comparata che merita molta attenzione da parte dei giuristi.

22 Sulla legislazione elvetica in materia di ambiente, cfr: P. MACCHIA, *Normativa a tutela dell'ambiente e disciplina del sistema produttivo nell'ordinamento giuridico elvetico,* Napoli, 1994, p. 195. Il nuovo art. 54 della Costituzione elvetica, riformata nel 1999, nella ripartizione delle competenze e nella sezione degli affari con l'estero dichiara che la Confederazione si assume il compito di contribuire allo sviluppo sostenibile anche in altri paesi attraverso il rispetto dei diritti umani, la lotta alla povertà e di affermare la democrazia, la solidarietà e la pace, anch'esse base dello sviluppo sostenibile. Negli artt. 74 ss. vi è ampia applicazione del principio dello sviluppo sostenibile all'urbanistica, alla risorse idriche, al traffico inquinante, alle aree naturali protette, all'energia, alle comunicazioni, all'agricoltura, ecc.

Costituzione del Congo del 1992, dichiara che "ogni cittadino ha il diritto, ad un ambiente sostenibile ed ha il dovere di difenderlo". Anche la Costituzione dell'India proclama che il dovere dello Stato è di proteggere e migliorare l'ambiente, salvaguardare le foreste e la vita selvaggia del Paese. Ogni cittadino ha il dovere di proteggere l'ambiente naturale, come le foreste, laghi, fiumi, vita selvatica o, comunque, altre creature viventi.

In tutte le recenti Costituzioni dell'America Latina sono state inserite norme ambientali[23] e molte altre sono state modificate inserendo l'articolo ambientale come è successo a Panama, in Cile e in Perù. E proprio in Perù nell'attuale Costituzione del 1993 è stato richiamato il principio della sostenibilità e biodiversità anche se in un quadro estremamente simbolico e quasi di mero stile[24]. Cambiamenti sistemici sono avvenuti nelle Costituzioni di Venezuela (1999), in cui si stabilisce una regolamentazione socio-economica tendente allo sviluppo sostenibile equilibrato con giustizia sociale e redistribuzione della ricchezza. Lo sviluppo sostenibile è richiamato in molti articoli di numerosi Carte Costituzionali anche recenti, Sulla scia dell'esperimento boliviariano, hanno seguito le successive Costituzioni di Ecuador (2008) e Bolivia (2009), cc.dd. costituzioni del *Buen vivir* in cui, ai nuovi principi di giustizia sociale e redistribuzione della ricchezza, si uniscono cosmovisioni indigene, tutela della *Patchamama* (Madre terra) e sviluppo sostenibile[25].

A questi epocali cambiamenti in America Latina, si è unita Cuba con la nuova Costituzione del 2019, dove lo sviluppo sostenibile è fine essenziale dello Stato (art. 13, lett. e).

23 D. AMIRANTE, *L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, 2019, in *Diritto Pubblico europeo e comparato*, Numero Speciale, pp. 1-32.

24 Cfr., A. LUCARELLI, *Modelli istituzionali nella nuova Costituzione peruviana*, in F. LUCARELLI (a cura di), *Lampi sul scoi Perù*, 1996, p. 49, ivi si analizza l'art. 67 della Costituzione del 1993, "El Estado determina la politica nacional del ambiente. Promuove el uso sostenibile de sus recursos naturales". Anche in tema dell'ambiente "y los recuerdos naturales" l'attuale Costituzione peruviana accentua la vocazione liberale recuperando modelli di proprietà privata precedentemente riservati totalmente allo Stato. L'attribuzione ai privati ed alle multinazionali di un diritto reale concesso su tutti i *recursos naturales* tramuta l'atto amministrativo di concessione in strumento di acquisto dei diritti reali, circoscrivendo il potere dello Stato a mero ed eventuale controllo esterno. Scompare, quindi, il criterio di rendita a favore dello Stato previsto nella precedente Carta.

25 M. CARDUCCI, *La Costituzione come "ecosistema" nel nuevo constituzionalismo delle Ande,* in S. BAGNI (cur.), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costitu- zionalismo latino-americano,* Bologna, 2013, p. 11; S. BALDIN, M. ZAGO (cur.), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Bologna, 2014; S. BAGNI, *Dal Welfare State al Caring State,* in *Id*., *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano,* Bologna, 2013, p. 19-59; E.R. ZAFFARONI, *Pachamama, Sumak Kawsay y constituciones*, in *DPCE*, 2, 2012, pp. 422 ss.;

Di recente la riforma[26] della Costituzione italiana "in senso ambientale"[27] ha inteso inserire il riferimento all'ambiente e agli animali nel testo costituzionale, ma non ha inserito nei principi fondamentali (direttamente) il termine dello "sviluppo sostenibile".

La riforma dell'art. 9 - posto tra i principi fondamentali - prevede l'inserimento di un terzo comma, che recita: "[la Repubblica] tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. L'articolo 41, ora aggiornato, sancisce che il diritto all'iniziativa economica privata non può esercitarsi quando in danno all'ambiente e alla salute. La modifica dell'art. 41, in particolare, fissa a monte un bilanciamento di interessi tra l'ambiente e lo sviluppo economico, declinandolo secondo l'idea dello sviluppo sostenibile. Una riforma che apre a nuovi scenari nel rispetto della sostenibilità presente e delle future generazioni. Il risultato della riforma, da leggere in combinato disposto con l'attuale tenore dell'art. 117, che pone la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella tutela dell'ambiente, consisterebbe nella cristallizzazione di uno statuto forte di tutela del valore ambientale.

In questo quadro, come afferma Amirante[28], le Costituzioni della maggior parte dei paesi delle Nazioni Unite hanno già accolto al loro interno una o più disposizioni ambientali tanto da doversi ritenere che lo Stato ambientale costituisca ormai una costante del costituzionalismo contemporaneo. A dire il vero, a nostro avviso, in molte Costituzioni il riferimento al diritto all'ambiente sano, opera solo come un mero "manifesto costituzionale" atteso che il dettato costituzionale e la vocazione ecologica del *corpus* di norme in esso contenute non trova poi riscontro nella realtà giuridica effettuale, nei programmi e nelle azioni concrete dell'agenda politica.

---

26 L'esame in sede referente delle abbinate proposte di legge S. 83, S. 212 e S. 1203 è iniziato al Senato della Repubblica nella seduta dell'8 ottobre 2019 della 1a Commissione Affari costituzionali. L'esame della Commissione è proseguito nelle sedute del 20 aprile, nonché del 5, 18 e 19 maggio 2021 al termine delle quali è stato proposto all'Assemblea un testo unificato recante una modifica rispetto al testo base, relativa alla tutela degli animali. In particolare, la Commissione ha inserito nel comma aggiuntivo dell'articolo 9 Cost. un secondo periodo che prevede la riserva di legge statale in materia di tutela degli animali. Conseguentemente è stato abrogato l'originario articolo 3 del ddl, che prevedeva di sostituire la lettera s) del secondo comma dell'articolo 117 della Costituzione, includendo la tutela degli animali tra le materie di competenza esclusiva statale, oltre a quella della tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali. L'Assemblea del Senato ha approvato il testo unificato nella seduta del 9 giugno 2021. Rispetto al testo proposto dalla Commissione, è stato introdotto l'articolo 3, che prevede una clausola di salvaguardia per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome in materia di tutela degli animali. La proposta è stata approvata con 224 voti favorevoli, 23 astenuti e nessun voto contrario.

27 Sulla riforma in itinere si veda ancora T. E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in Federalismi.it., 23 giugno 2021; I.A. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in Federalismi.it., 30 giugno 2021.

28 D. AMIRANTE, *L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, 2019, in *Diritto Pubblico europeo e comparato*, Numero Speciale, 1-32.

In questo quadro è possibile distinguere uno *Stato ambientale costituzionale in Books* da uno *Stato costituzionale ambientale in Actions*.

Nella prima categoria si possono far rientrare quelle Carte costituzionali, anche molto recenti (si pensi ai paesi sottosviluppati e alle democrazie del Global South) in cui solo nell'ultimo decennio sono state accolte e inserite disposizioni ambientali, anche abbastanza progressiste e innovative (si pensi ai diritti della natura e ai diritti delle generazioni future), ma che spesso non trovano pieno riscontro nella realtà giuridica ed economica del paese medesimo, ancora soffocati da alti livello di inquinamento delle matrici ambientali e dai danni imputabili al cambiamento climatico.

La seconda categoria, quello dello *Stato costituzionale ambientale "in Actions"* invece, costituisce la vera rivoluzione culturale e giuridica del costituzionalismo ambientale (di fronte alla crisi ecologica globale), in base alla quale, alle disposizioni costituzionali ambientali coincidono azioni, strategie e programmi concreti di transizione ecologica in grado di superare il "manifesto costituzionale ambientale" e così tradurre i valori costituzionali in risposte ambientalmente orientate.

Distinguere le due tipologie di Stato ambientale e classificare le Costituzioni secondo questo nuovo criterio ordinatorio non è operazione del tutto semplice e richiede necessariamente approfondimenti e studi ulteriori che saranno sviluppati successivamente.

Fatte queste premesse metodologiche, in questa sede possiamo ritenere che il principio dello sviluppo sostenibile - e con esso gli obiettivi di sostenibilità previsti dall'Agenda 2030[29]- possono operare come indicatori concreti in grado di stabilire "se" e "quando" al dettato costituzionale coincide un approccio ambientale concreto della politica statale.

Lo sviluppo sostenibile viene considerato come la nuova esigenza fondamentale per assicurare il benessere ed il progresso della comunità civile.

La comparazione dei testi costituzionali conferma non solo la "centralità" della questione ambientale, ma il riconoscimento che non vi può essere reale sviluppo senza una razionale gestione delle risorse naturali. In tal senso, il comparatista non deve soffermarsi alla sola analisi del principio proclamato ma deve verificare nel contesto ordinamentale se quel principio esplica realmente degli effetti o rappresenta una mera formula dichiaratoria o di stile senza nessun risvolto nella vita economica e sociale. Il rapporto tra ambiente ed economia rappresenta, altresì, il nuovo nodo delle politiche economiche e sociali, comportando modificazioni degli assetti istituzionali e l'adozione di nuove legislazioni tese a un radicale cambiamento non solo economico e sociale ma dello stesso stile di vita della comunità.

29 L'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, costituisce un piano d'azione per le persone, il Pianeta e la prosperità, sottoscritto il 25 settembre 2015 da 193 Paesi delle Nazioni unite, tra cui l'Italia, per condividere l'impegno a garantire un presente e un futuro migliore al nostro Pianeta e alle persone che lo abitano.

Se lo sviluppo sostenibile si concretizza nell'equo accesso alle risorse, nel diritto all'equità come responsabilità comune ma differenziata, ovvero, nel compito essenziale di eliminare la povertà, al fine di ridurre le disparità tra i tenori di vita e soddisfare meglio i bisogni della popolazione, si comprende quanta diversità sussiste ancora tra gli ordinamenti dei Paesi in via di sviluppo e i Paesi industrializzati. Lo sviluppo sostenibile nella sua prima accezione indicava la "produzione sostenibile" rispetto alle risorse fisiche e biologiche disponibili. Successivamente, il concetto si è evoluto verso un obiettivo socioeconomico ove il risultato da raggiungere non è solo il livello di produzione sostenibile per gli ecosistemi, ma la sostenibilità nel tempo del benessere individuale e sociale. Per realizzare lo sviluppo sostenibile occorre, quindi, sviluppare, soprattutto, la cultura della sostenibilità. Lo sviluppo deve essere compatibile e di supporto, alla cultura e ai valori locali, rispettando i bisogni dei gruppi deboli e dei popoli autoctoni. Quindi, ciò che necessita negli ordinamenti contemporanei è un salto di qualità nella cultura ambientale che prima di essere cultura ecologica deve essere stile di vita.

In questa nuova cornice costituzionale, lo sviluppo sostenibile – inteso come indicatore dello *Stato costituzionale ambientale in Actions* - legittima, promuove e incoraggia iniziative economiche, pubbliche e private, orientate non solo ai valori della già nota *green economy*, ma ai principi dell'economia circolare (o *blue economy*), a quelle politiche ambientali ed energetiche sostenibili di transizione ecologica.

3. Sostenibilità ed energia: le comunità energetiche come nuovi modelli di sviluppo sostenibile

La transizione ecologica verso modi di produzione e consumo più sostenibili è diventata una delle grandi sfide del diritto ambientale della contemporaneità. La fine del localismo energetico e l'affermarsi di una società *high-carbon* hanno determinato la geopolitica internazionale e generato instabilità, diseguaglianze e iniquità sociale. Negli ultimi mesi l'energia e con essa la sostenibilità energetica – nel quadro della crisi tra Russia e Ucraina – sono sempre più al centro del dibattito politico e giuridico europeo e mondiale; la sovranità energetica e le esigenze di far fronte ai fabbisogni energetici dei singoli paesi europei hanno fatto emergere la necessità – stante la forte dipendenza dell'Europa dal gas russo - di investire maggiormente sulle rinnovabili secondo una logica di prossimità, di sussidiarietà a partire dai cittadini intesi come i nuovi interpreti della politica energetica.

In questo quadro il ruolo delle "comunità energetiche", quali comunità di cittadini – attori e non più spettatori del mercato energetico - ha assunto un significato straordinario in quanto, per la prima volta, i cittadini di tutto il mondo, cogliendo le opportunità offerte dalle nuove tecnologie, hanno acquistato rilevanza nel settore energetico anche attraverso azioni dirette e partecipate che mirano alla costruzione di una società più equa e sostenibile.

Al fine di assicurare una riduzione delle emissioni di carbonio nel settore elettrico prevista per il 2050, si stima che 264 milioni di cittadini dell'Unione Europea si uniranno al mercato dell'energia come *prosumer*, generando fino al 45% dell'elettricità rinnovabile complessiva del sistema. Secondo questa nuova impostazione l'utente non si limita al ruolo passivo di consumatore (*consumer*), ma partecipa attivamente alle diverse fasi del processo produttivo (*producer)*. In pratica, il *prosumer* sarà colui che possiederà un proprio impianto di produzione di energia, della quale ne consumerà una parte. La rimanente quota di energia potrà essere immessa in rete, scambiata con i consumatori fisicamente prossimi al *prosumer* o anche accumulata in un apposito sistema e dunque restituita alle unità di consumo nel momento più opportuno. Come ha avuto modo di affermare parte della dottrina il *prosumer* identifica una figura "dotata di maggiore autonomia rispetto al consumatore meramente passivo, specialmente quello vulnerabile, trattandosi di un soggetto che è al contempo produttore - sebbene la produzione non corrisponda all'attività economica prevalente - e cliente finale di energia elettrica"[30]. Pertanto, il *prosumer* è oggi un protagonista attivo nella gestione dei flussi energetici, e può godere non solo di una relativa autonomia, ma anche di importati e significativi benefici economici.

Le Comunità energetiche rinnovabili (Cer), ovvero un'associazione tra cittadini, attività commerciali, pubbliche amministrazioni locali o piccole e medie imprese che decidono di unire le proprie forze e i propri interessi per dotarsi di impianti condivisi per la produzione e l'autoconsumo di energia da fonti rinnovabili.

Si tratta di nuovi soggetti che costituiscono al giorno d'oggi i nuovi modelli di sviluppo sostenibile perché trattasi, come si dirà, di comunità chiamate a operare nel rispetto degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile dell'Agenda 2030.

Sul piano strettamente giuridico l'Unione Europea ha contribuito alla rivoluzione verde e alla implementazione delle comunità energetiche. Nel 2019, l'Unione Europea ha concluso l'approvazione del pacchetto legislativo "Energia pulita per tutti gli europei" (CEP - *Clean Energy Package*)[31], composto da otto Direttive che regolavano temi energetici, tra cui: prestazioni energetiche negli edifici, efficienza energetica, energie rinnovabili, mercato elettrico.

I due pilastri del diritto dell'Unione Europea sono rappresentati da due Direttive:

- la Direttiva sulle energie rinnovabili (Direttiva UE 2018/2001), in cui sono riportate le definizioni di autoconsumo collettivo e di *Comunità di Energia Rinnovabile (CER);*
- la Direttiva sul mercato interno dell'energia elettrica (Direttiva UE 2019/944) che definisce la *Comunità Energetica dei Cittadini (CEC);*

30 R. MICCÙ, M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in Federalismi.it, n. 4/2022, p. 621.

31 *Clean energy for all Europeans package*: https://ec.europa.eu/energy/topics/energy-strategy/clean-energy-all-europeans_en.

Con la Direttiva 2018/2001 si è riconosciuto, in sostanza, l'autoconsumo collettivo come una soluzione per aumentare la produzione di *energia green* e rispondere agli obiettivi di sviluppo sostenibile; l'esempio classico è quello di un edificio multi-unità con un sistema nell'area comune, in grado di soddisfare il fabbisogno di energia sia per le utenze condominiali che per quelle delle unità autonome. Quando l'autoconsumo collettivo trascende l'ambito di un unico edificio o condominio, siamo di fronte ad una comunità energetica[32]. In altri termini la strategia dell'Unione dell'energia ha riconosciuto il ruolo dei cittadini nella transizione energetica, in cui assumono la responsabilità delle scelte energetiche, si avvalgono delle nuove tecnologie per ridurre il costo delle bollette e partecipano attivamente al mercato.

Secondo l'art. 22 della Direttiva del 2018 gli Stati membri assicurano che i clienti finali, in particolare i clienti domestici, abbiano il diritto di partecipare a comunità di energia rinnovabile, mantenendo al contempo i loro diritti o doveri in qualità di clienti finali e senza essere soggetti a condizioni o procedure ingiustificate o discriminatorie che ne impedirebbero la partecipazione a una comunità di energia rinnovabile, a condizione che, per quanto riguarda le imprese private, la loro partecipazione non costituisca l'attività commerciale o professionale principale.

Secondo la direttiva del 2019 la "Comunità energetica dei cittadini" (CEC) è un soggetto giuridico basato sulla partecipazione aperta e volontaria e che è controllato dai suoi membri che possono essere persone fisiche, autorità locali, comprese le amministrazioni comunali, o piccole imprese.

Lo scopo della CEC è quello di fornire benefici ambientali, economici o sociali ai suoi membri o al territorio in cui opera. La comunità può partecipare alla generazione di energia elettrica, anche da fonti rinnovabili, alla distribuzione, alla fornitura, al consumo, all'aggregazione, allo stoccaggio dell'energia, ai servizi di efficienza energetica, ai servizi di ricarica per veicoli elettrici e fornire altri servizi energetici ai soci.

Le principali differenze tra le CER e CEC possono essere così sintetizzati:

- la CER si basa sul principio di autonomia tra i membri e sulla necessità di prossimità con gli impianti di generazione. La CER può gestire l'energia in diverse forme (elettricità, calore, gas) a patto che siano generate da una fonte rinnovabile;
- la CEC non prevede i principi di autonomia e prossimità e può gestire solo l'elettricità, prodotta sia da fonte rinnovabile, sia fossile.

Gli Stati membri dell'Unione Europea, entro giugno 2021, hanno dato attuazione alle due direttive europee implementando normative di dettaglio che hanno costituito le comunità energetiche come nuovi soggetti giuridici.

32 Cfr. la Guida realizzata nell'ambito del Progetto Europeo GECO cofinanziato da EIT Climate-KIC, *AA.VV., Le Comunità energetiche in Italia, Una guida per orientare i cittadini nel nuovo mercato dell'energia*.

Sul piano storico, in Italia i primi prototipi risalgono addirittura a fine Ottocento attraverso cooperative sorte in località di montagna per garantirsi, attraverso la produzione locale, il necessario approvvigionamento energetico[33].

Oggi la normativa italiana sulle comunità energetiche rinnovabili si rinviene nell'articolo 42-bis del *Decreto Milleproroghe* 162/2019 (convertito con la Legge n. 8/2020 del 28 febbraio 2020), nei relativi provvedimenti attuativi (la delibera 318/2020/R/eel dell'ARERA e il DM 16 settembre 2020 del MiSE) e nel D. Lgs. 199/2021, che dà attuazione alla Direttiva Europea RED II sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili[34].

In sintesi, le comunità energetiche rinnovabili sono un soggetto giuridico che si basa sulla partecipazione aperta e volontaria ed è costituito da persone fisiche, PMI, enti territoriali o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali. È autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione detenuti dalla comunità energetica rinnovabile. Ha come obiettivo principale quello di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari.

Le comunità energetiche a nostro avviso costituiscono soggetti giuridici e modelli di sostenibilità perché in grado di assicurare gli obiettivi dell'Agenda 2030 dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. Tra questi vi sono alcuni obiettivi che sono collegati ai temi delle comunità energetiche. In particolare, questi obiettivi definiscono una visione attraverso le quali le comunità stesse possono modificare la loro organizzazione e le loro relazioni per divenire sistemi sinergici e sostenibili, in particolare:

- *Obiettivo 7*: assicurare a tutti l'accesso a sistemi di energia economici, affidabili, sostenibili e moderni;
- *Obiettivo 11*: Rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili

Questi obiettivi sono dettagliati in azioni concrete che possono guidare le comunità nella transizione energetica, aiutandole a sperimentare risorse e meccanismi innovativi che si stabilizzeranno, arrivando a definire un sistema integrato volto a soddisfare priorità sia energetiche che di qualità antropica.

In questa cornice, un cittadino, un condominio, una Pubblica Amministrazione o un'impresa che scelga di autoconsumare l'energia elettrica prodotta da un impianto fotovoltaico accede ad una serie di vantaggi economici:

33 Secondo alcuni un primo prototipo di comunità energetica in assoluto si può considerare la SEM - Società Elettrica in Morbegno, fondata in Valtellina nel 1897. Viene fondata la società cooperativa allo scopo di dare energia ai soci tramite la centrale idroelettrica di Cosio, si veda il sito https://www.sem-morbegno.it/ChiSiamo.html.

34 G. LA ROSA, *Le comunità energetiche rinnovabili: riflessioni sull'affidabilità del sistema di incentivazione di cui al decreto Red II*, in Ambientediritto.iit, Anno XXII - Fascicolo n. 1/2022, p. 1-17.

- *risparmio in bolletta*: più energia si autoconsuma direttamente e più si riducono i costi delle componenti variabili della bolletta (quota energia, oneri di rete e relative imposte);
- *guadagno sull'energia prodotta*: produrre energia con un impianto fotovoltaico può rappresentare una fonte di guadagno grazie ai meccanismi incentivanti;
- *agevolazioni fiscali* (detrazioni o superammortamento): recupero del 50% dei costi di realizzazione per i privati che realizzino un impianto fotovoltaico sul tetto di un edificio. Per le imprese è previsto il superammortamento del 130% del valore dell'investimento.

Così intese le comunità energetiche - incentivate e sostenute sia nel PNRR che da politiche nazionali[35] e da iniziative legislative regionali[36] come da ultimo accaduto in Emilia Romagna[37] dove si è emanato una legge *ad hoc* sulle comunità energetiche (legge regionale del 27 maggio 2022, n.5)[38]. La Regione, in attuazione degli obiettivi europei di sostenibilità ambientale e di produzione e consumo di energia da fonti rinnovabili, in coerenza con quanto previsto dalla direttiva 2018/2001/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili e dal decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199 (Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili), nel rispetto della normativa nazionale e regionale in materia, al fine di agevolare la produzione distribuita, lo scambio, l'accumulo e la cessione di energia rinnovabile per l'autoconsumo, ridurre la povertà energetica e sociale, perseguire l'indipendenza

35 Oltre agli incentivi nazionali e al bando PNRR in arrivo per sostenere le comunità energetiche rinnovabili, non mancano una serie di bandi emanati da regioni e altri soggetti per riunire i consumatori nella produzione di energia green.

36 La prima Regione italiana ad aver adottato una legge regionale riguardo le modalità di costituzione di una comunità energetica è stata la Regione Piemonte dove, con la legge regionale 3 agosto 2018 n.12 "Promozione dell'istituzione delle Comunità Energetiche", sono state stabilite le finalità, le competenze, il sostegno (finanziario) alla costituzione della comunità e un tavolo tecnico di coordinamento tra la Regione e le CER. Seguendo l'esempio piemontese, dal 2018 ad oggi sono state adottate la L.R. 45/2019 della Puglia, L.R. 25/2020 della Calabria e la L.R. 13/2020 della Liguria, tutte denominate "Promozione dell'istituzione delle Comunità Energetiche"; anche la Campania e il Lazio, rispettivamente con la L.R. 38/2020 ("Legge di stabilità regionale per il 2021", art. 20) e con la L.R. 1/2020 ("Misure per lo sviluppo economico, l'attrattività degli investimenti e la semplificazione", art. 10).

37 Hanno disciplinato la costituzione e le modalità di operatività delle Comunità Energetiche rinnovabili l' Emilia Romagna legge regionale 27 maggio 2022, n.5 "promozione e sostegno delle comunità energetiche rinnovabili e degli autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente", la L.R. Lombardia 23 febbraio 2022, n. 2 "Promozione dell'istituzione delle Comunità energetiche rinnovabili", la L.R. Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8 "Promozione dell'istituzione delle comunità energetiche e dell'autoconsumo da energia rinnovabile".

38 L'obiettivo principale della comunità energetica è quello di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità e non quello di realizzare profitti finanziari. Sul punto si veda il testo della nuova legge regionale reperibile su
https://www.gse.it/normativa_site/GSE%20Documenti%20normativa/EMILIA_ROMAGNA_LR_n5__27_05_2022.pdf.

e l'autonomia energetica e realizzare forme di efficientamento e di riduzione dei prelievi energetici dalla rete, promuove e sostiene: a) le comunità energetiche rinnovabili (CER); b) gli autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente.

In questa cornice, le comunità energetiche rappresentano nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile ispirati ai principi del decentramento, della localizzazione e della democrazia di prossimità nella produzione energetica.

Si tratta allora di nuovi modelli di sviluppo sostenibile di uno *Stato costituzionale ambientale "in Actions"* che possono trovare, sul piano costituzionale, una propria copertura costituzionale, *in primis*, nell'art. 2 della Costituzione e quindi anche nei doveri di solidarietà ambientale, ma, in particolare, nei riformati articoli 9 e 41 della Costituzione nei quali si è espressamente previsto la tutela dell'ambiente e la rilevanza costituzionale del principio dello sviluppo sostenibile.

La sfida ecologica, anche per il nostro paese (a valle della riforma costituzionale) sarà dunque quella di rispondere concretamente alle esigenze di sostenibilità e della transizione energetica superando lo *Stato costituzionale ambientale in Books* e attuare politiche ambientali "*in Actions*"; si dovrà, per esempio, affrontare il problema delle centrali a carbone, oggi molto invocate di fronte alla crisi energetica, e incoraggiare (sino a far prevalere) le energie rinnovali e le tecnologie di efficienza e di risparmio energetico.

4. Le comunità energetiche nelle principali esperienze europee.

In conformità con gli accordi di Parigi, l' Europa punta alla neutralità del carbonio entro il 2050. Per realizzare la transizione energetica, richiesta da questo obiettivo internazionale l'Unione europea fa affidamento, tra l'altro, sulla forte riduzione dei consumi energetici e sul massiccio sviluppo delle capacità di produzione di energia rinnovabile (ENR). In questa prospettiva le comunità energetiche sono state pensate per favorire la produzione di energia rinnovabile attraverso il ruolo attivo dei cittadini.

Nel panorama europeo diverse sono le esperienze statali che hanno dato priorità all'implementazione delle comunità energetiche in attuazione delle due citate direttive europee.

Si pensi per esempio al modello spagnolo, a quello della Grecia e a quello tedesco. Secondo alcuni, la Spagna è stata la prima a introdurre la possibilità di autoconsumo collettivo. Il regime giuridico applicabile all'autoconsumo di energia elettrica in Spagna è contenuto principalmente nell'articolo 9 della Legge sul settore elettrico n. 24/2013 del 26 dicembre, integralmente modificata dopo l'approvazione del RDL 15/2018, del 5 ottobre, sulle misure urgenti per la transizione energetica e la tutela dei consumatori. Quest'ultimo decreto delega il Governo per la determinazione di alcuni aspetti tecnico-amministrativi. Tale delega si è concretizzata nel regio decreto 244/2019 del 5 aprile, che disciplina le condizioni amministrative, tecniche ed

economiche dell'autoconsumo di energia elettrica e che ha praticamente abrogato integralmente il precedente RD 900/2015[39]. Il Regio Decreto 244/2019 disciplina le diverse forme di autoconsumo, definisce concetti come impianto di produzione e impianto di produzione prossimo e disciplina i requisiti di accesso e connessione alla rete, nonché i contratti di accesso e fornitura. Con il Regio Decreto 244, la Spagna è stato uno dei primi Paesi europei a introdurre una legislazione esaustiva sull'autoconsumo collettivo e le comunità energetiche da rinnovabili[40]. A dicembre 2019, poi, il Ministero per la Transizione Ecologica ha completato tale normativa tramite la pubblicazione delle regole tecniche ed economiche che prevedono il funzionamento di queste configurazioni innovative[41]. Nella penisola iberica l'autoconsumo di energia elettrica ha ricevuto un nuovo impulso normativo attraverso il recente regio Decreto 29/2021.

La Grecia ha seguito il modello spagnolo con la legge 4513/2018 e ciò ha aperto la strada alla possibilità di condividere energia senza la necessità di una rete di distribuzione privata[42]. Il concetto di comunità energetiche è stato introdotto nella realtà greca con la Legge 4513/2018, accolta come uno strumento innovativo e partecipativo che consente alla comunità locale (persone fisiche, PMI e autorità locali) di contribuire alla transizione del Paese verso fonti energetiche pulite. Secondo alcuni, tuttavia, i recenti sviluppi sul quadro delle comunità energetiche in Grecia ne minacciano l'esistenza e lo sviluppo e, di conseguenza, la partecipazione dei cittadini alla transizione energetica[43].

La Germania ha puntato sin dai primi anni '90 su diversi progetti di energia solare di proprietà comunitaria per arrivare al 2014 con il 50% di produzione fotovoltaica di proprietà delle *community*. Un caso particolare di cui si parla nell' "*Erneuerbare*

39 C. ROMERO-RUBIO, J. RAMÓN DE ANDRÉS DÍAZ, *Sustainable energy communities: a study contrasting Spain and Germany*, *Energy Policy*, Volume 85, 2015, pp.397-409.

40 Si veda il Regio Decreto 244/2019, del 5 aprile 2019 che regola le condizioni amministrative, tecniche ed economiche dell'autoconsumo di energia elettrica che implica una profonda riforma dell'autoconsumo in Spagna. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-5089.

41 Per un riferimento al modello spagnolo si veda A. Persico, *Le comunità energetiche e il ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni. Moduli e strumenti a disposizione delle pubbliche amministrazioni per favorire la costituzione e le attività delle comunità di energia rinnovabile*, in AmbienteDiritto.it, Anno XXII - Fascicolo n. 2/2022, p. 14. Secondo questo autore "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 apoyo72 elaborato dal Ministero della transizione ecologica per rimuovere gli ostacoli che impediscono la diffusione delle comunità energetiche in Spagna".

42 La nuova legge 4513 è stata votata dal Parlamento greco e pubblicata il 23 gennaio 2018. Con questa normativa i cittadini, i comuni e le piccole e medie imprese locali sono incoraggiati a partecipare direttamente ai progetti energetici, dando priorità alle fonti di energia rinnovabile. https://www.kodiko.gr/nomologia/document_navigation/341480/nomos-4513-2018.

43 Cfr. Rapporto sullo sviluppo delle comunità energetiche in Grecia a cura di Greenpeace Grecia, WWF Grecia ed Electra Energy reperibile su https://www.rescoop.eu/news-and-events/news/executive-summary-development-of-community-energy-in-greece-under-pressure.

Energien Gesetz" è l'autoconsumo collettivo condominiale, in cui l'energia prodotta e consumata all'interno dell'edificio non passa per la rete pubblica, senza debito di oneri di sistema al gestore. Nel luglio 2017 è stato introdotto dal governo tedesco un quadro di promozione del modello di condivisione energetica a livello condominiale.

L'attuale tendenza degli Stati membri dell'Unione Europa è quella di assicurare il pieno rispetto dei principi della transizione verde ampiamente contenuti nelle due direttive in materia di comunità energetiche, ovvero la Direttiva sulle energie rinnovabili (Direttiva UE 2018/2001), in cui sono riportate le definizioni di autoconsumo collettivo e di *Comunità di Energia Rinnovabile (CER)* e la Direttiva sul mercato interno dell'energia elettrica (Direttiva UE 2019/944) che definisce la *Comunità Energetica dei Cittadini (CEC).*

5. Le comunità energetiche nell'esperienza francese.

In questo quadro in Francia il sistema energetico è strutturato su fonti di carbone, gas naturale, petrolio, energia nucleare e fonti rinnovabili. Negli ultimi anni, anche a seguito delle politiche di transizione ecologica e di riforma del settore nucleare, l'utilizzo delle risorse rinnovabili si attesta in crescita; ciononostante il sistema energetico francese dipende ancora molto dal settore nucleare.

Anche nel modello francese - da sempre considerato pioniere nel settore del diritto e delle politiche ambientali - le comunità energetiche rappresentano un cambio di paradigma nel sistema di produzione e consumo dell'energia, identificando i cittadini non più come semplici consumatori, ma come attori che hanno un ruolo da svolgere nel settore della produzione e consumo dell'energia pulita.

Come è noto, nel diritto francese la disciplina in materia di transizione ecologica ed energetica è stata prevista dalla legge n. 2019-1147 dell'8 novembre 2019 relativa all'energia e al clima; si tratta di una normativa *green* che ha riformato diverse discipline ed integrato e modificato anche il Codice dell'energia[44]. L'articolo 39 della legge dell'8 novembre 2019 in materia di energia e clima autorizza inoltre il governo ad adottare con ordinanze entro dodici mesi dalla sua pubblicazione le misure necessarie per il recepimento della rifusione della Direttiva Energia Elettrica.

Tali disposizioni sono state successivamente integrate da tre ordinanze del 3 marzo 2021, finalizzate al recepimento di diverse disposizioni della Direttiva 2018/2001 dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia prodotta da fonti rinnovabili.

Secondo il Codice dell'energia in Francia ci sono due categorie di comunità energetiche:

- *les communautés d'énergie renouvelables;*

44 La nozione di comunità delle energie rinnovabili è stata recepita nella legge francese n° 2019-1147 dell'8 novembre 2019 in materia di energia e clima. Sulla *loi climat* in Francia si veda, L. COLELLA, *La transizione ecologica nella loi climat et résilience in Francia. Brevi note introduttive,* in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 27/09/2021, p. 1-17.

- *les communautés énergétiques citoyennes.*

Le Comunità energetiche rinnovabili sono persone giuridiche autonome le quali (art. L291-1 del Codice dell'Energia):

- si basano su una partecipazione aperta e volontaria;
- sono controllati da soci o soci situati in prossimità dei progetti di energia rinnovabile a cui ha aderito e che ha sviluppato;
- hanno l'obiettivo primario di fornire benefici ambientali, economici o sociali ai propri azionisti o soci o ai territori locali in cui opera piuttosto che generare profitti finanziari.

La *comunità di energia rinnovabile* (art. L.291-2 del Codice dell'Energia) mira a:

- produrre, consumare, immagazzinare e vendere energia rinnovabile, anche attraverso accordi di acquisto di energia rinnovabile;
- condivisione internamente dell'energia rinnovabile prodotta dalle unità di produzione di sua proprietà, fermo restando il mantenimento dei diritti e degli obblighi dei propri associati in qualità di clienti finali e, per quanto riguarda l'energia elettrica, le disposizioni di cui agli articoli da L. 315-1 a L. 315- 8;
- accedere a tutti i mercati energetici rilevanti, direttamente o per aggregazione, in modo non discriminatorio.

La *comunità energetica dei cittadini* costituisce una persona giuridica che soddisfa i seguenti criteri (art. L. 292-1 del Codice dell'Energia) e si basa sulla partecipazione volontaria ed è aperto a qualsiasi tipo di socio o azionista. Essa è effettivamente controllata da soci o azionisti che siano persone fisiche, enti locali o loro raggruppamenti, o piccole imprese che soddisfano la definizione di cui all'articolo 2, punto 11, della direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 concernente regole comuni per il mercato interno dell'energia elettrica. In questo senso questa comunità fornisce vantaggi ambientali, economici o sociali ai suoi membri o azionisti o ai territori locali in cui opera, piuttosto che generare profitti finanziari.

Le comunità energetiche dei cittadini intendono ai sensi dell'art. L.292-2 del Codice dell'Energia:

1 partecipare alla produzione, anche da fonti rinnovabili, alla fornitura, consumo, aggregazione, stoccaggio e vendita di energia elettrica;
2 fornire servizi relativi all'efficienza energetica, servizi di ricarica per veicoli elettrici o altri servizi energetici ai suoi membri o azionisti;
3 condividere al suo interno l'energia elettrica prodotta dalle unità di produzione di sua proprietà, fermo restando il mantenimento dei diritti e degli obblighi dei propri associati in qualità di clienti finali e di quanto previsto dagli articoli da L. 315-1 a L. 315-8;
4 garantire l'accesso a tutti i mercati dell'energia elettrica, direttamente o per aggregazione, in maniera non discriminatoria.

Entrambi i modelli previsti (*comunità di energia rinnovabile* e *comunità energetica dei cittadini)* consentono la creazione di entità giuridiche con personalità giuridica

propria finalizzate ad avviare operazioni di autoconsumo, creare evidenti vantaggi per la comunità ambientale per gli Stati membri.

Sul piano pratico lo scopo delle comunità energetiche dei cittadini è sicuramente più ampio di quello delle comunità energetiche rinnovabili; nella prima è possibile svolgere attività di fornitura di servizi energetici oltre la semplice produzione, consumo, stoccaggio e vendita di energie rinnovabili, come in particolare attività di ricarica ed efficienza energetica.

A differenza di un progetto di energia rinnovabile tradizionale in cui l'azionista di maggioranza del progetto è spesso una società privata fuori dal territorio (o anche fuori dalla Francia), un progetto di energia rinnovabile con *governance* locale si distingue per la particolare composizione della sua partecipazione.

Sono infatti i cittadini e le comunità ad avere il controllo effettivo del progetto. Il loro investimento è remunerato da dividendi grazie alla vendita dell'energia prodotta durante la vita del progetto.

Appartenenti alla grande famiglia dei progetti partecipativi, questi progetti vanno oltre il semplice *crowdfunding* tramite piattaforme online perché consentono ai cittadini e alle comunità di mettersi in gioco quando il progetto è allo studio per partecipare alle scelte decisive del progetto sulle energie rinnovabili. Questi progetti sono anche spesso definiti progetti di energia rinnovabile "cittadini".

Nel corso della COP26 a Glasgow (Regno Unito), Barbara Pompili, Ministro per la transizione ecologica, ha annunciato 10 misure per accelerare lo sviluppo di progetti di energia rinnovabile con la governance locale. Con la pubblicazione del *Programma energetico pluriennale* nell'aprile 2020, la Francia si è impegnata ad aumentare la quota di energie rinnovabili con obiettivi di diffusione ambiziosi. Le rinnovabili hanno rappresentato il 19,1% del consumo totale di energia nel 2020 e dovranno raggiungere il 33% del *mix* energetico totale entro il 2030.

Per raggiungere questi obiettivi, i progetti cittadini sono oggi un fattore chiave per consentire uno sviluppo equilibrato delle energie rinnovabili, basato sull'iniziativa dei cittadini e delle comunità. Questi progetti, infatti, consentono di ottimizzare i benefici socio-economici locali con posti di lavoro a lungo termine e sono quindi mezzi per rivitalizzare i territori rurali e urbani. Nel 2021 sono già stati avviati 256 progetti di energia rinnovabile con *governance* locale, di cui 142 operativi per circa 200 MW in esercizio, 15 progetti eolici che totalizzano quasi i due terzi della potenza totale e 94 progetti fotovoltaici. Sono allo studio anche quasi 100 progetti aggiuntivi. Un totale di 19.000 cittadini sono coinvolti in questi progetti.

Di grande interesse appare l'esperienza del territorio della regione Île-de-France che dal 2015 e dalla COP21 ha vissuto un vero slancio, segnato sia dalla creazione di cooperative cittadine di energia rinnovabile che dallo sviluppo del *crowdfunding*. In pochi anni i progetti partecipativi e cittadini si sono moltiplicati sia con la nascita di una quindicina di collettivi o cooperative locali sia con la realizzazione dei primi impianti di energia rinnovabile (in particolare centrali solari sui tetti degli edifici

comunali). Allo stesso tempo, l'apertura di finanziamenti per progetti di energia rinnovabile "classica" ha consentito la nascita di diversi progetti partecipativi come l'ampliamento delle reti di riscaldamento, il recupero del calore di scarto e la geotermia[45].

Nella regione Île-de-France, da diversi anni, si assiste ad un ampliamento del raggio d'azione di alcuni attori storici dell'energia, come i sindacati energetici, tradizionalmente delegati alla gestione della rete di distribuzione dell'energia elettrica o del gas. I consorzi energetici propongono diverse azioni come l'acquisto collettivo di energia, il supporto al controllo della domanda di energia e l'eco-mobilità (elettrica, CNG/BioGnV e recentemente idrogeno) o anche la produzione di energia rinnovabile con strutture dedicate. La Regione Île-de-France ha creato *Île-de-France Energies*[46] chiamato a sostenere e promuovere la riqualificazione energetica dei condomini e lo sviluppo di progetti di energia rinnovabile.

Nel complesso, la Francia ha inteso perseguire le finalità della nuova normativa europea e nel novembre 2021, durante la presentazione della prima tabella di marcia per le energie rinnovabili dei cittadini, l'allora Ministro per la Transizione ecologica, Barbara Pompili, si è posta già l'obiettivo di raggiungere e sviluppare 1.000 nuovi progetti di *governance locale* entro il 2028.

Nel 2022, la Francia si propone di avviare in servizio almeno 515 *comunità energetiche dei cittadini*, tra cui la stragrande maggioranza degli impianti fotovoltaici (94%) che rappresentano comunque il 50% della produzione totale di elettricità.

6. Brevi conclusioni

Al tempo in cui la comunità diventa liquida, virtuale e dinamica, assume un significato straordinario sentirsi parte attiva di una comunità costituita di persone sensibili, attente ed attori della tutela all'ambiente a partire dal contesto locale. Oggi più di prima, i cittadini si interrogano su come poter partecipare alla transizione

45 Cfr. *Le boom des énergies "citoyennes" en Île-de-France*, reperibile su https://www.arec-idf.fr/le-boom-des-energies-citoyennes-en-ile-de-france/. Tra il 2010 e il 2018 sono stati avviati 6 progetti partecipativi, di cui 4 aperture di fondi partecipativi nel 2018. Più recentemente, nel 2019 si sono registrate 5 aperture di progetti di crowdfunding e 2 impianti fotovoltaici cittadini e nel 2020 sono ben 22 progetti cittadini che si stanno sviluppando nel territorio.

46 Île-de-France Energies è un operatore di iniziativa pubblica costituito da 11 enti locali come azionisti (Regione Ile-de-France, Città di Parigi, Città di Créteil, Consigli dipartimentali di Val-de-Marne e Seine-et-Marne, Comunità urbane di Plaine Commune, Est Ensemble, Cergy Pontoise, Val-de-Bièvre, Paris Saclay e Vallée-Sud). Ha anche 3 sindacati intercomunali di gestione dell'energia (SIPERREC, SIGEIF e SDESM), 2 istituti finanziari (Banque des Territoires e Caisse d'Épargne IDF), 2 sindacati edili (Fédérations Française du Bâtiment Grand Paris e Île-de-France) , 1 società privata (Meridiam) e beneficia del sostegno dell'Unione Europea. Creato dalla Regione Ile-de-France, Île-de-France Energies, precedentemente Energies POSIT'IF, è specializzato nella ristrutturazione energetica di condomini con più di 50 case con l'obiettivo di ridurre il consumo energetico dei condomini. Per fare ciò, offre servizi chiavi in mano durante tutto il loro progetto di rinnovamento energetico: audit, progettazione del programma di lavoro, piani di finanziamento e monitoraggio del sito.

green attraverso un impegno concreto alla tutela dell'ambiente e alla rivoluzione energetica globale[47].

L'esperienza delle comunità energetiche nei diversi contesti europei e nel modello francese soprattutto, confermano come tali nuovi soggetti giuridici siano interpretati come modelli di sviluppo sostenibile, espressione della democrazia ambientale secondo un modello di sostenibilità dal basso o *bottom up* in cui emerge l'esigenza di prossimità e di partecipazione ambientale e climatica anche nel settore dell'energia.

In questo quadro, le comunità energetiche possono integrare lo *status* di nuovi soggetti giuridici in uno Stato costituzionale ambientale "*in Actions*" perché informati ai principi dello sviluppo sostenibile e della transizione ecologica globale.

In altri termini le comunità energetiche possono sperimentare ruoli innovativi in ambito sociale, etico e civico, strutturandosi attraverso una *governance* locale a responsabilità diretta, alla base della quale, cittadini, condomini, associazioni e realtà imprenditoriali, condividono un insieme di principi, regole e procedure che riguardano la gestione e il governo della comunità, verso obiettivi di sostenibilità energetica, autogestione e condivisione delle risorse (*sharing resources*)[48]. In questa cornice, i cittadini e le autorità locali sono considerati per la priva volta attori chiave nella transizione energetica e climatica, non solo più fruitori, ma protagonisti della rivoluzione sostenibile.

47 C. ACOSTA, M. ORTEGA, T. BUNSEN, B. KOIRALA, A. GHORBANI, *Facilitating energy transition through energy commons: an application of socio-ecological systems framework for integrated community energy systems*, Sustainability, 10: 366, 2018.

48 La *sharing economy* o economia collaborativa è un sistema economico principalmente costruito su reti collegate di individui, o organizzazioni che si fondano sulla collaborazione, la condivisione, lo scambio, il commercio di condivisione/o servizi. Anche nell'ambito delle comunità energetiche possono essere applicati i principi della *sharing economy* e questo può essere l'emergere di nuove regole all'interno della comunità che facilitano gli scambi di beni e servizi tra i membri che vi partecipano.

L'INCIDENZA DELL'INTERESSE AMBIENTALE NELLA PRODUZIONE E COMMERCIALIZZAZIONE DEI PRODOTTI AGRO-ALIMENTARI

Maria Carlotta Rizzuto

Abstract. La consapevolezza dell'esiguità delle risorse e l'accentuazione del principio di responsabilità verso le generazioni future caratterizzano l'attuale profluvio di atti delle Istituzioni UE, le quali sembrano tendere alla realizzazione di un equo contemperamento tra sviluppo economico e tutela ecologica, secondo il limite funzionale della sostenibilità. L'interesse ambientale, con intensità crescente, è intervenuto nel sistema della filiera agroalimentare, secondo la strategia prevista dal *Green Deal* e dal *From farm to fork*, volta a facilitare il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile, fissati a livello internazionale dalle Nazioni unite e, da ultimo, fatte proprie dalla PAC post 2020. La sostenibilità rappresenta la chiave di sintesi dell'incidenza dell'interesse ambientale in agricoltura come può rilevarsi dal quadro delle disposizioni incentivanti, ben individuate dalla PAC, dai divieti che sono intervenuti nell'impiego di alcuni prodotti nell'attività produttiva, ma ancor più dalle scelte degli imprenditori, agricoli e industriali, interessati a creare filiere produttive interamente sostenibili e a informare il consumatore mediante appositi *green claim*, i quali accompagnano il prodotto sul mercato. Non si rinviene un modello produttivo unitario, per quanto la agricoltura biologica esemplifichi tale prospettiva. In tal guisa, la transizione, da una visione antropocentrica ad una ecocentrica, induce ad un ripensamento della filiera agro-alimentare al fine di realizzare una economia circolare quale percorso di sostenibilità e circolarità che investa l'intero ciclo produttivo eliminando i rifiuti. Un processo integrale che riguarda inevitabilmente anche le fasi successive: *packaging* ecosostenibili, riduzione degli sprechi, gestione dei sottoprodotti, mps, rifiuti, condizionata dalla praticabilità [*ab initio*] di una attività di trasformazione in risorse per la propria o altrui impresa. Una circolarità che richiede innovazione tecnologica e una maggiore integrazione tra imprese per rendere maggiormente sostenibile l'iniziativa economica. In tale prospettiva, la ricerca si propone di riscostruire, mediante l'esame delle fonti europee ed interne, il quadro delle disposizioni che, in funzione del marcato interesse ambientale, caratterizzano la creazione di una filiera agroalimentare sostenibile, assicurando, al contempo, la produzione alimentare e la circolazione dei prodotti anche a livello internazionale.

Abstract. *The awareness of the scarcity of resources and the accentuation of the principle of responsibility towards future generations characterize the current flood of acts of the EU institutions, which seem to aim at achieving a fair balance between economic development and ecological protection, according to the limit functional sustainability. Environmental interest, with increasing intensity, has intervened in the agri-food chain system, according to the strategy envisaged by the Green Deal and the From farm to fork, aimed at facilitating the achievement of sustainable development goals, set internationally by the United Nations and lastly, adopted by the post-2020 PAC. Sustainability represents the key to synthesizing the incidence of environmental interest in agriculture as can be seen from the framework of the incentive provisions, well identified by the CAP, from the prohibitions that have intervened in the use of some products in production, but even more from the choices of entrepreneurs, agricultural and industrial, interested in creating entirely sustainable production chains and informing the consumer through specific green claims, which accompany the product on the market. A unitary production model is not found, although organic farming exemplifies this perspective. In this way, the transition from an anthropocentric to an ecocentric vision leads to a rethinking of the agri-food chain in order to create a circular economy as a path of sustainability and circularity that invests the entire production cycle by eliminating waste. An integral process that inevitably also concerns the subsequent phases: eco-sustainable packaging, waste reduction, management of by-products, mps, waste,*

conditioned by the practicability [ab initio] of an activity of transformation into resources for one's own or another's company. A circularity that requires technological innovation and greater integration between companies to make economic initiative more sustainable. In this perspective, the research aims to reconstruct, through the examination of European and internal sources, the framework of the provisions which, according to the marked environmental interest, characterize the creation of a sustainable agri-food chain, while ensuring production food and the circulation of products also at an international level.

SOMMARIO: 1. Premessa. Ambiente e Agricoltura due facce della stessa medaglia **- 2.** Ampliamento delle attività qualificate come agricole. L'influenza della tutela ambientale sulla normativa agraria **- 3.** Sostenibilità della intera filiera agroalimentare: produzione biologica **– 4.** Manifestazione esteriore di pratiche sostenibili: *Green claims* tra tutela del consumatore e della concorrenza. **- 5.** Da un'economia lineare ad una circolare: attenzione ad ogni fase del processo **- 6.** Battute di arresto della preservazione dell'interesse ambientale in favore della *Food security*: occasione per un bilanciamento di interessi.

1. Premessa. Ambiente e Agricoltura due facce della stessa medaglia.

La riflessione sull'incidenza dell'interesse ambientale nella produzione e commercializzazione dei prodotti agroalimentari nasce dalla crescente valorizzazione, in linea generale, di tale interesse sia nelle normative interne e sovranazionali sia sul piano ermeneutico e giurisprudenziale.

Nell'ultimo ventennio, l'esperienza giuridica è stata sollecitata dall'esigenza, invero di rilevanza planetaria, di ripristinare le condizioni ecosistemiche lese da uno sviluppo smisurato ed il panorama normativo, gradualmente permeato dall'idea di imparare a vivere nei limiti di un solo pianeta[1], è stato contrassegnato dall'ingresso di concetti fluidi quali quelli di sviluppo sostenibile, economia circolare, patti intergenerazionali, i cui contorni definitori sono assai mutevoli sino al punto da divenire, alcune volte, persino incerti nella fase applicativa.

1 In tal senso, si veda la Decisione n.1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020 «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta».

È il periodo della "rivoluzione dei beni comuni"[2] e dell'attribuzione alla Commissione Rodotà[3] del compito di redigere uno disegno di legge delega per la riforma delle norme del Codice Civile sui beni pubblici, il quale possa superare la dicotomia proprietà privata
- proprietà pubblica alla luce dell'emersione di valori ed interessi, sottesi alla tutela di beni che si pongono non più nella sola prospettiva patrimoniale- proprietaria[4], ma, anche e, soprattutto, in una prospettiva personale-collettivistica[5].

L'accentuazione del principio di responsabilità verso le generazioni future[6] ha indotto la ricerca di modelli di produzioni differenti, forme di economia auto-

2 Sulla categoria delle «res communes omnium» si veda F. GALGANO, Trattato di diritto civile, Milano, 2008, p. 314 ss., il quale pone in evidenza che ci sono beni che la natura offre in quantità, se non proprio limitata, certamente superiore ai bisogni dell'uomo o alle possibilità di utilizzazione nelle attività umane (la luce del sole, l'aria dell'atmosfera, l'acqua del mare; cosí, ancóra, le energie che sono insite in questi elementi naturali e che l'uomo è in grado di sfruttare: dal vento che spinge l'imbarcazione a vela o muoveva le palle degli antichi mulini fino all'energia solare della quale si sperimentano oggi le prime utilizzazioni), le quali proprio perché abbondanti, garantiscono la possibilità a tutti di poterne fruire senza limiti di guisa che «l'uso che ciascuno ne faccia, per ampio che sia, non impedisce il contemporaneo uso da parte gli altri. Nella civiltà romana erano definite, e tuttora le si definisce, come le cose comuni di tutti: sono cose che appartengono a tutti o, ciò che è lo stesso, che non appartengono a nessuno, per la semplice ragione che nessuno ha interesse a stabilire con esse un rapporto di appartenenza, che ne riservi l'uso con l'esclusione dell'uso degli altri». Vi sono, poi, altre cose, come il suolo e i suoi prodotti o con i minerali del sottosuolo, le energie ricavate da questi, la cui utilizzazione da parte di alcuni implica automaticamente l'esclusione da parte di altri. «E ciò trasforma il rapporto tra l'uomo e le cose in un rapporto tra gli uomini: costituisce materia di conflitto tra i singoli, tra i gruppi sociali, tra i popoli; e di un conflitto che mira all'appropriazione delle risorse della natura e delle altre cose che sono ricavate dalla loro utilizzazione o dalla loro trasformazione». Ed, ancóra, M. COSTANTINO, I beni in generale, in Tratt. dir. priv. Rescigno, Torino, 1982, p. 17, secondo il quale alle res communes omnium va riconosciuto il valore giuridico di beni. Contra L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, Diritto civile, II, Torino, 1988, p. 10, secondo i quali, invece, non sarebbero beni in senso giuridico. Per una lettura più approfondita sui beni comuni si vedano F. ADORNATO, Agricoltura e beni comuni in Agricoltura e "beni comuni" Giuffrè Editore, 2012, pp. 257 – 273; C. AMATO, I beni comuni nell'esperienza giuridica, Roma, 2014, p. 94; G. FIDONE, Beni comuni in senso giuridico e commons in senso economico: un confronto tra due categorie non coincidenti, in ApertaContrada; T. BONETTI, I beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano tra "mito" e "realtà", in Rivista di arti e diritto online, n. 1, 2013; G. CARAPEZZA FIGLIA, Proprietà e funzione sociale, in Rass. dir. civ., 2012, II, p. 539; U. MATTEI, Beni comuni. Un manifesto, Roma-Bari, 2011, p. 51, secondo il quale «la narrativa che si fonda sui beni comuni rifiuta di collocare al centro del sistema politico tanto la proprietà privata quanto lo Stato visto che quest'ultimo, fondato sulla stessa struttura, presiede alla privatizzazione dei beni comuni adoperandosi per ampliare la sfera della proprietà privata». Sulla difficoltà di riconoscere i beni come comuni si veda G. HARDIN, The Tragedy of the Commons, in Science, 1968, p. 1243 ss.

3 Con decreto del Ministro della giustizia, in data fu nominata la Commissione Rodotà, alla quale fu affidato l'incarico di redigere uno schema di disegno di legge delega per la riforma delle norme del Codice Civile sui beni pubblici. Nel tentativo di superare la categorizzazione dei beni inserita nel codice civile del 1942, i componenti della Commissione hanno pensato alla soppressione del demanio e del patrimonio indisponibile e alla redistribuzione dei beni, inseriti in questi ultimi, in nuove categorie, tra le quali spicca quella dei "beni comuni" (i c.dd. *commons*). Questi ultimi sono stati definiti come beni a consumo non rivale, ma esauribile (i fiumi, i laghi, l'aria, i lidi, i parchi naturali, le foreste, i beni ambientali, la fauna selvatica, i beni culturali, etc., compresi i diritti di immagine sui

rigenerative, nelle quali i materiali di origine biologica potessero essere reintegrati nella biosfera e quelli tecnici fossero progettati in funzione di una loro rivalorizzazione[7]; all'idea di costruire si è andata accostando quella di proteggere, la quale intravede nell'economia circolare la chiave di volta ai [sempre maggiori] problemi generati, in termini di sostenibilità, dai metodi produttivi impiegati.

Nel rapporto *Our Common Future* del 1987, si annidano i germogli del concetto dinamico di sostenibilità quale ricerca di un possibile equilibrio tra ecologia, equità ed economia, volto alla realizzazione di uno sviluppo che soddisfi i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i

medesimi beni), i quali, a prescindere dalla loro appartenenza pubblica o privata, possano essere espressione di una utilità funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo delle persone e dei quali, perciò, la legge deve garantire in ogni caso la fruizione collettiva, diretta e da parte di tutti, anche in favore delle generazioni future. Per un approfondimento sui lavori della Commissione Rodotà, v. M. RENNA, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in G. COLOMBINI, *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Napoli, 2009, p. 23 ss. Un antecedente giuridico dei beni comuni è individuabile nelle situazioni giuridiche collettive ed in particolate nei diritti d'uso pubblico. Interessante al riguardo, R.A. ALBANESE, *Dai beni comuni all'uso pubblico e ritorno. Intinerari di giurisprudenza e strumenti di tutela,* in *Questione giustizia*, 2017, II, p. 104 ss., il quale menziona la sentenza del 1887 con la quale la Cassazione delineò, con riferimento a Villa Borghese, «la ricostruzione dei diritti d'uso pubblico. In quest'istituto, si scorgevano situazioni giuridiche *sui generis* e di natura reale aventi ad oggetto utilità che non è scorretto definire paesaggistiche, fornite dalla Villa e ricondotte ad un interesse soggettivo riassunto nella fortunata formula "*jus deambulandi*". Titolari di questi diritti erano non le autorità pubbliche, individualizzate nella persona giuridica dell'ente, ma i singoli componenti della comunità costituente il popolo romano». Sui diritti d'uso pubblico si veda A. DI PORTO, *Res in usu publico e "beni comuni". Il nodo della tutela*, Torino, 2013, p. 43 ss. Ed, ancora, Per una lettura più approfondita sui beni comuni si veda F.ADORNATO, *Agricoltura e beni comuni* in *Agricoltura e "beni comuni"* Giuffrè Editore, 2012, pp. 257 – 273; A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1999, p. 9 ss.

4 A. VESTO, *I beni. Dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*, Torino, 2014, p. 1 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982; A. BELFIORE, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 855 ss. n tal senso, si veda C. IANNELLO, *Beni pubblici* versus *beni comuni*, in *forumcostituzionale.it*, consultato il 23 gennaio 2021, secondo il quale: non solo, dunque, tutta la struttura pubblica, a cominciare dallo Stato, risulterebbe assolutamente inadeguata per la tutela delle cose «comuni e per garantire i diritti dei cittadini alla loro fruizione, ma perché addirittura anche l'appartenenza pubblica dei beni è interpretata al pari di un ostacolo al loro libero godimento da parte dei cittadini. Ciò in quanto la fruizione dei beni pubblici sarebbe sempre necessariamente mediata dallo Stato "proprietario", mentre, all'opposto, solo con i beni comuni ci troveremmo di fronte ad una tipologia di diritti fondamentali di ultima generazione finalmente scollegati dal paradigma dominicale (individualistico) ed autoritario (Stato assistenziale)». S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, p. 105 ss.il quale afferma che va emergendo mediante la categoria dei beni comuni, "un retroterra non proprietario", il quale manifesta concretamente l'esigenza di garantire situazioni legate al soddisfacimento delle esigenze e dei bisogni della persona, anche futura; e, secondo una logica che interroga la proprietà, non già, come bisogno di escludere necessariamente gli altri dal godimento di un bene, ma, anche, come diritto a non essere escluso dal godimento di quel bene.

5 Si veda S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, p. 47 ss.; A. LENER, *Problemi generali della proprietà*, in AA. VV., *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976, p. 8 ss.; G. GIACOBBE, *Società solidale e tutela della persona: spunti di riflessione*, in *Iustitia*, 2003, p. 503 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo- comunitario delle fonti*,

propri; la nozione si evolverà, come noto, in occasione della Earth Summit, la Prima Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo Sviluppo, lasciando esprimere alla sostenibilità il proprio carattere multidimensionale nonché assegnandole un ruolo propulsivo nelle innumerevoli politiche e normative europee e internazionali, indirizzate alla realizzazione di un contemporaneo sviluppo economico e sociale, rispettoso dell'ambiente, in un'ottica anche intergenerazionale .

La consapevolezza dell'esiguità delle risorse ha caratterizzato e continua a caratterizzare, infatti, il profluvio di atti delle Istituzioni UE, i quali sembrano

Napoli, 2020, vol. III, p. 187 e ss. secondo il quale, proprio la funzionalizzazione delle situazioni patrimoniali alle situazioni esistenziali, lascia comprendere che anche la disciplina dell'appartenenza e dell'utilizzazione dei beni economici dei privati debba divenire funzionale allo scopo «Le finalità dell'azione comunitaria promuovono rango di interessi protetti situazioni a lungo considerate estranee al rapporto proprietario». Quest'ultimo subisce l'influsso dei princípi di proporzionalità, il quale lo pone in una relazione di equità con il mercato sí da evitare che «la sua patrimonialità possa risolversi in un'ingiusta sproporzione tra valori proprietari, e tra essi e l'impresa»; e di ragionevolezza, al fine di garantire che il rapporto proprietario «sia improntato a giustizia, garantisca cioè la protezione dei non proprietari mediante non soltanto la regolamentazione dei poteri proprietari, ma anche un disciplina distributiva che favorisca la partecipazione dei non proprietari alla gestione dei beni ossia l'accesso ai medesimi».

6 G. ZAGREBELSKY, *Nel nome dei figli: se il diritto ha il dovere di pensare al futuro*, in *La Repubblica*, 2 dicembre 2011, evidenzia che «per soddisfare appetiti di oggi, non si è fatto caso alle necessità di domani. Ogni generazione s'è comportata come se fosse l'ultima, trattando le risorse di cui disponeva come sue proprietà esclusive, di cui usare e abusare [...] Ogni generazione compariva sulla scena della storia in un ambiente naturale e umano che, se pure non era stato migliorato dai padri, certamente non ne era stato compromesso […]. Per quale ragione la cerchia de "i tutti" che hanno il diritto all'uguale rispetto dovrebbe essere limitata ai viventi e non comprendere anche i nascituri? Basta porre la domanda per rispondere che non c'è alcuna ragione: gli uomini di oggi e di domani hanno lo stesso diritto all'uguale rispetto, perché uguale è la loro dignità. Ma oggi assistiamo alla separazione nel tempo dei benefici – anticipati – rispetto ai costi – posticipati –: la felicità, il benessere, la potenza delle generazioni attuali al prezzo dell'infelicità, del malessere, dell'impotenza, perfino dell'estinzione o dell'impossibilità di venire al mondo, di quelle future».

7 Pur non esistendo ancora una vera e propria definizione, neppure sul piano economico, quando si discorre di "economia circolare" suole riferirsi ad un modello integrato di produzione, distribuzione e consumo, finalizzato ad aumentare il progresso sociale e la tutela e la salvaguardia dell'ambiente, mediante l'utilizzazione maggiormente efficace ed efficiente dei beni destinati a divenire rifiuti. In via generale, gran parte delle definizioni, presenti in letteratura, condividono l'idea che si tratti di sistemi di gestione delle risorse a ciclo chiuso, un ciclo di produzione che si rinnova e che, dunque, si contrappone al tradizionale modello di "economia lineare", basato sul presupposto che le risorse siano abbondanti, disponibili, accessibili ed eliminabili a bassi costi. Tale modello di economia affianca, dunque, al concetto di rifiuto-scarto quello innovativo di rifiuto-risorsa e trova la propria base giuridica in tutte le politiche europee, sviluppatesi nel corso degli ultimi anni. In particolare, nel 2011, la Commissione Europea pubblica la Comunicazione COM(2011), "Un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse - Iniziativa faro nell'ambito della strategia Europa 2020", la quale si prefigge di favorire il passaggio ad un'economia efficiente nell'impiego delle risorse e a basso carbonio; nel 2013, il Settimo programma dell'Unione europea di azione ambientale fissa nove obiettivi, tra i quali spiccano la protezione della natura, l'utilizzazione delle risorse in modo più efficiente, il dar vita a un'economia a basse emissioni di carbonio, così come proteggere la salute umana dalle pressioni ambientali. Nel dicembre 2015, la Commissione ha pubblicato la Comunicazione COM (2015), "L'anello mancante –

tendere proprio alla realizzazione di un equo contemperamento tra sviluppo economico e tutela ecologica[8].

È, in siffatta prospettiva, che si inserisce l'Agenda 2030 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, basata sugli obiettivi di sviluppo sostenibile (OSS) e concernente le tre dimensioni della sostenibilità: *governance* economica, sociale e ambientale nonché nel 2019, l'ormai noto *Green Deal* il quale, con il suo ambizioso pacchetto di iniziative, mira proprio a coniugare economia e ambiente.

Il dover, in qualche modo, riscoprire "una nuova forma di umanesimo, affinché il pianeta si salvi", per usare le parole di Albert Eistein, ha condotto, dunque, ad una pluralità di interventi[9], tra i quali si ricordano, in via meramente esemplificativa, la

Piano d'azione dell'Unione Europea per l'economia circolare", nella quale sono prese in considerazione cinque ambiti di azione, tipici della catena del valore di un prodotto o servizio. In particolare, è posta l'attenzione sulla progettazione dei prodotti stessi, la loro produzione, le dinamiche di consumo, la gestione dei rifiuti, il mercato delle materie prime seconde. Si identificano, inoltre, specifici settori prioritari su cui intervenire, tra i quali le plastiche e i rifiuti alimentari. La riforma del 2018 ha provveduto, infine, ad innalzare gli obiettivi di preparazione per il riutilizzo e riciclaggio; ampliare la platea dei rifiuti da raccogliere separatamente; rafforzare la prevenzione; stimolare il ricorso a strumenti economici; limitare lo smaltimento; evitare la sovraccapacità di impianti dedicati allo smaltimento e al recupero energetico; rivedere il metodo di calcolo per il riciclo; snellire i procedimenti per il riconoscimento di sottoprodotto e della cessazione della qualifica di rifiuto. In dottrina, si vedano G. ROSSI (a cura di) *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, II, p. 308 e ss.; C. BOVINO, *Verso un'economia circolare: la revisione delle direttive sui rifiuti,* in *Ambiente e sviluppo*, 2014, X, p. 682 e ss.; F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?* in *Dir. amm.*, 2017, III il quale parla di multidisciplina dell'economia circolare. In particolare, secondo l'A. *L'economia circolare è, dunque, interconnessione, integrazione e interdisciplinarietà dal momento che in essa vengono a confluire discipline diverse: l'etica (con i doveri nei confronti del pianeta e delle generazioni future); la filosofia della scienza (con il cambio dei paradigmi); l'economia (con i suoi modelli di sviluppo); le scienze cd. dure (e tra di esse la biologia, l'agraria, l'ingegneria), il diritto (con le sue regole*).

8 In tal senso, basti richiamare, in via meramente esemplificativa, la Comunicazione COM(26.12011), "Un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse - Iniziativa faro nell'ambito della strategia Europa 2020", con l'obiettivo di favorire il passaggio ad un'economia efficiente nell'impiego delle risorse e a basso carbonio; nel 2013, il Settimo programma dell'Unione europea di azione ambientale, con nove obiettivi, tra cui spiccano la protezione della natura, l'utilizzazione delle risorse in modo più efficiente, il dar vita a un'economia a basse emissioni di carbonio, così come proteggere la salute umana dalle pressioni ambientali; la Comunicazione COM (2.12.2015), "L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione Europea per l'economia circolare", nella quale sono prese in considerazione cinque ambiti di azione, tipici della catena del valore di un prodotto o servizio. In particolare, è posta l'attenzione sulla progettazione e produzione dei prodotti, sulle dinamiche di consumo, la gestione dei rifiuti, il mercato delle materie prime seconde.

9 *Ex multis,* si ricordano: Comunicazione COM(26.12011), "Un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse - Iniziativa faro nell'ambito della strategia Europa 2020", con l'obiettivo di favorire il passaggio ad un'economia efficiente nell'impiego delle risorse e a basso carbonio; nel 2013, il Settimo programma dell'Unione europea di azione ambientale, decisione n. 1386/2013/UE del parlamento europeo e del consiglio del 20 novembre 2013 su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020 «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta con nove obiettivi, tra cui spiccano la protezione della natura, l'utilizzazione delle risorse in modo più efficiente, il dar vita a un'economia a basse emissioni di carbonio, così come proteggere la salute umana dalle pressioni ambientali;

comunicazione, relativa alla strategia dell'unione europea sulla biodiversità o quella sui cambiamenti climatici o sulla resilienza delle materie prime critiche; la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.; i documenti approvati dal G20 per la riduzione delle emissioni; il nuovo sistema di controlli introdotto dal Reg. (UE) 2017/625 con la dichiarata attenzione all'intero ciclo della vita, tutti interventi che potrebbero, invero, sembrare, ad un preliminare e superficiale approccio, scoordinati tra di loro.

E pur tuttavia, basterebbe prestare attenzione a quanto asserito nell'allegato alla Decisione n. 1386/2013/UE [10], il cui limpido tenore testuale lascia emergere, immediatamente ed in modo inequivocabile, due aspetti fondamentali: per un verso, l'impossibilità di rinchiudere in confini geopoliticamente determinati, alcune forme di protezione come quella concernente l'ambiente nel senso più ampio del termine[11],

Comunicazione COM (2.12.2015), "L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione Europea per l'economia circolare", nella quale sono prese in considerazione cinque ambiti di azione, tipici della catena del valore di un prodotto o servizio. In particolare, è posta l'attenzione sulla progettazione e produzione dei prodotti, sulle dinamiche di consumo, la gestione dei rifiuti, il mercato delle materie prime seconde; Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale il 25 settembre 2015, Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, basata sugli obiettivi di sviluppo sostenibile (OSS) e concernente le tre dimensioni della sostenibilità: *governance* economica, sociale e ambientale; Reg. (UE) 15 marzo 2017 n. 625 con la dichiarata attenzione all'intero ciclo della vita; Comunicazione COM (29.02.2017), Il futuro dell'alimentazione e dell'agricoltura; - Comunicazione COM(11.12.2019), Green Deal il quale, con il suo ambizioso pacchetto di iniziative, mira proprio a coniugare economia e ambiente; Comunicazione COM(20.5.2020), "Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030. Riportare la natura nella nostra vita"; Comunicazione COM (24.2.2021), "Plasmare un'Europa resiliente ai cambiamenti climatici – La nuova strategia dell'UE di adattamento ai cambiamenti climatici; Comunicazione COM (2.9.2020), Resilienza delle materie prime critiche: tracciare un percorso verso una maggiore sicurezza e sostenibilità; documenti approvati dal G20, Dichiarazione di Roma; Regolamento (UE) 2021/783 che istituisce un programma per l'ambiente e l'azione per il clima (LIFE); Regolamento (UE) 2021/1119 che istituisce il quadro per conseguire la neutralità climatica e modifica i regolamenti (CE) n. 401/2009 e (UE) 2018/1999 ("Legge europea sul clima"); Regolamento (UE) 2021/2115 del parlamento europeo e del consiglio del 2 dicembre 2021; Regolamento (UE) 2021/2116 del parlamento europeo e del consiglio del 2 dicembre 2021; Regolamento (UE) 2021/2117 del parlamento europeo e del consiglio del 2 dicembre 2021; legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1 recante "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente"

10 Nell'allegato alla Decisione n. 1386/2013/UE cit., al paragrafo 11 si legge testualmente "La trasformazione in un'economia verde inclusiva richiede l'integrazione degli aspetti ambientali in altre politiche, come l'energia, i trasporti, l'agricoltura, la pesca, gli scambi commerciali, l'economia e l'industria, la ricerca e l'innovazione, l'occupazione, lo sviluppo, gli affari esteri, la sicurezza, l'istruzione e la formazione, nonché la politica sociale e il turismo, in modo tale da dare vita a un approccio coerente e comune. Le azioni realizzate all'interno dell'Unione dovrebbero essere inoltre affiancate da azioni rafforzate sul piano internazionale e da una cooperazione con i paesi vicini volta ad affrontare le sfide comuni"

11 L'esigenza di salvaguardare i beni ambientali da comportamenti che ne potessero comportare la rarefazione ed il degrado fu avvertito intorno alla metà degli anni '60. È del 1972 la dichiarazione di Stoccolma sull'ambiente contenente la solenne quanto generica affermazione che "le risorse naturali del globo, aria acqua terra flora e fauna ed in particolare le zone costituenti ecosistemi naturali, devono essere preservate nell'interesse delle generazioni presenti e future mediante pianificazione o gestione oculata". Il concetto giuridico di "ambiente" espone diversi profili di criticità primo tra tutti quello relativo all'impossibilità di identificarne una nozione unitaria. La ragione risiede,

le quali necessariamente richiedono di essere definite secondo un approccio globale e sistematico; per altro verso, il carattere multilivello della salvaguardia ambientale ed ecologica, la quale, per divenire concreta ed effettiva, deve investire necessariamente molteplici settori e, in tale direzione, parrebbe escludersi qualsiasi profilo di problematicità in ordine alle singole iniziative legislative e agli atti di *soft law*, i quali, lungi dall'essere scollegati tra loro, seguono, invece, un unico e armonizzante filo conduttore: quello di garantire uno sviluppo economico e sociale, il quale possa essere, però, al contempo, sostenibile[12].

probabilmente, nella circostanza che nell'oggetto di tutela giuridica rientrano molteplici e diverse cose sì da non consentire una definizione del bene ambiente la quale possa essere diversa dalla sommatoria di esse ed, al contempo, idonea a ricomprenderle tutte. E però, l'utilità nonché la necessità dal punto di vista sistematico di un concetto unitario di ambiente è emersa sin da subito giacché il carattere frammentario della legislazione ambientale ha appalesato immediatamente la propria inadeguatezza rispetto alla sempre più avvertita esigenza di tutela manifestata, non solamente sul piano nazionale ma, anche e soprattutto, sul piano internazionale e comunitario. In tale direzione, il tentativo di fornire una sua definizione ha visto contrapposti due diversi orientamenti: per un verso, quello pluralista, sostenitore della teoria tripartitica [M.S. GIANNINI, *"Ambiente": saggio sui suoi diversi aspetti giuridici*, in *Riv. Trim. dir. pubbl*., 1, 1973, 15; A. PREDIERI, *Paesaggio,* in *Enc. Dir*., XXXI, 1981, 510 ss.; E. CAPACCIOLI, F. DAL PIAZ, *Ambiente (tutela dell')* in *Novissimo digesto*, app., 1980, 257], il quale, sulla scorta della formazione storica dell'attuale assetto normativo, ha "scomposto" l'ambiente in tre diverse categorie: come insieme di beni naturali quali paesaggio, beni culturali; bellezze naturali foreste e parchi floro-faunistico, tutelati al fine della loro conservazione; come insieme degli spazi, terrestri, acquatici e aerei, nei quali può trovare manifestazione l'azione aggressiva dell'uomo, tutelati dalle norme contro l'inquinamento. Infine, in senso urbanistico, come oggetto della normativa di regolazione dell'assetto e della gestione del territorio, in particolare della pianificazione degli interventi della localizzazione dell'insediamenti. Più complessa è la posizione di chi, pur negando rilievo giuridico alla nozione di ambiente, ne ammette l'utilità e la rilevanza ai fini operativi. Partendo dalle disposizioni costituzionali, tale indirizzo riconosce alle azioni volte a tutela del paesaggio e dell'ambiente salubre, la risposta che l'ordimento deve fornire al fine di bilanciare tali interessi con le esigenze di una società industriale complessa. In siffatta prospettiva, la nozione di ambiente è vista come momento unificante delle finalità sottese alle molteplici discipline in tema ambientale [B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, il Mulino, 2005]. Eppure, nonostante lo sforzo interpretativo delle teorie moniste, le innumerevoli normative in materia nonché le diverse interpretazioni fornite sul piano dottrinale e giurisprudenziali, lasciano intravedere una notevole difficoltà dell'adozione di una nozione univoca ed unitaria di ambiente. In tal guisa, la pretesa definitoria non può dirsi, ancora oggi, esaudita giacché per un verso, l'indirizzo pluralista non coglie i tratti di inscindibilità e di collegamento intrinseci nell'ambiente e nei diversi beni ambientali; per altro verso, l'indirizzo monistico, imprigionato nella ricerca spasmodica di un concetto unitario, non valorizza la notevole sinergia tra le diverse componenti ambientali. È, allora, coerente concludere come, nell'ordinamento positivo, non sia, ancora, rinvenibile una definizione di ambiente, la quale possa essere idonea a soddisfare le differenti esigenze ed i diversi interessi sottesi alle singole normative e, pur tuttavia, non si può negare una graduale accentuazione dei temi legati a quest'ultimo nonché una crescente domanda sociale di protezione e gestione ecologica dei luoghi ed in generale dell'ambiente.

12 Su uno sviluppo sostenibile dell'agricoltura si richiamano S. CARMIGNANI, *Agricoltura e pluridimensionalità dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. giur. agr. al. amb*., 1, 2016 la quale sottolinea come "La sostenibilità dello sviluppo come strumento diretto a introiettare la tutela ambientale nelle logiche economiche costituisce solo uno spaccato di un più variegato atteggiarsi della sostenibilità, nella quale gli obiettivi ambientali devono coniugarsi con obiettivi di carattere sociale, economico ed istituzionale,

Il panorama, succintamente tratteggiato, sollecita talune riflessioni – ed in questo contesto si colloca il presente contributo - su come ed in che misura la graduale affermazione della tutela ambientale abbia inciso sulla produzione e commercializzazione dei prodotti agroalimentari.

2. Ampliamento delle attività qualificate come agricole. L'influenza della tutela ambientale sulla normativa agraria.

La portata delle questioni, evocate dal tema, suggerisce le trame di una considerazione preliminare sull'espansione delle attività passibili di essere qualificate come agricole. Senza l'ambizione di ripercorrere le tappe e/o analizzare compiutamente le ragioni che hanno portato all'ampliamento del concetto di impresa agricola, è qui sufficiente riferire che l'evoluzione del concetto di connessione ha consentito di accordare lo statuto disciplinare dell'impresa agricola a nuove attività, quali quelle agrituristiche o da fonti di energia rinnovabile[13], una estensione che scorge il proprio criterio formale in una differente interpretazione della prevalenza, intesa in modo più elastico, la quale, disdegnando il solo parametro quantitativo o puramente qualitativo, propende per una sua applicazione ancorata contemporaneamente a parametri quali-quantitativi, da bilanciare secondo canoni di proporzionalità e ragionevolezza[14]. Dal punto di vista teleologico, questo si traduce, probabilmente, nella consapevolezza che l'impresa agricola si va progressivamente emancipando dalla sua tradizionale definizione, assumendo sempre più i contorni di una impresa agraria multifunzionale[15]., caratterizzata dall'utilizzazione dei fattori di

con lo scopo di perseguire in modo integrato l'equità sociale e di genere nella distribuzione e nell'accesso alle risorse ambientali e nella conservazione delle risorse per le generazioni future".

13 L. FRANCARIO, L. PAOLONI, *L'impresa agrituristica. Normativa comunitaria nazionale regionale*, Napoli, 1989; F. ALBISINNI, *Agriturismo tra legislazione e giurisprudenza: bilancio di una ricerca,* in F. ALBISINNI (a cura di), *Giudici e agriturismo. Casi per un repertorio*, Napoli, 1993, 9 ss.; C. REGOLOSI, *L'impresa agrituristica: status e possibilità di sviluppo*, Milano, 2008, 43. Sulle fonti di energia rinnovabili in dottrina si richiamano *Ex multis*: M. TAMPONI, *I diritti della terra*, in *Riv. dir. agr.*, 1, 2011, 491; L. PAOLONI, *L'attività agricola di produzione energetica*, in L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE (diretto da) *Trattato di diritto agrario*, Torino, 2011, 248 ss.; M. GOLDONI, *Utilizzazione di terreni agricoli per la realizzazione degli impianti energetici: aspetti giuridici,* in *Agricoltura e contemperamento delle esigenze energetiche ed alimentari,* M. D'ADDEZIO (a cura di) *Atti dell'Incontro di studi di Udine,* 12 maggio 2011, Milano, 38, secondo la quale nel caso di fonti fotovoltaiche la collocazione di queste ultime nell'ambito delle attività connesse risulta impossibile sì da configurarsi «una ferita sistematica ai confini dell'agrarietà»

14 A tal riguardo, si rinvia a MC. RIZZUTO, "*Riflessioni sui rinnovati criteri di connessione all'impresa agraria,* in *Le corti salernitane*, 3, 2019, 609

15 La multifunzionalità dell'agricoltura può essere definita come *la capacità del settore primario di produrre beni e servizi secondari, di varia natura, congiuntamente e in certa misura inevitabilmente collegata alla produzione di prodotti destinati all'alimentazione umana e animale*. In tal senso, Istituto Nazionale Economia Agraria, 2004. In dottrina si vedano *ex multis*, F. ALBISINNI, *Azienda multifunzionale, mercato, territorio. Nuove regole in agricoltura*, Milano, 2000; L. FRANCARIO, *L'impresa agricola di servizi,* Napoli, 1988, 26-27.

produzione propri di una impresa agricola *tout court*, al fine di svolgere, altresì, attività extra-produttive rispetto all'agricoltura, secondo indirizzi che connotano un'impresa sottoposta ad una funzione ben più ampia rispetto a quella tradizionale.

Nel corso degli ultimi anni, è affiorata l'idea che l'agricoltura possa affiancare, infatti, alla principale ed originaria funzione produttiva – anch'essa da rimodulare in termini ecosostenibili -, ulteriori funzioni indirizzate a proteggere l'ambiente e il territorio, conservare la biodiversità, gestire in maniera sostenibile le risorse, contribuire alla sopravvivenza socio- economica delle aree rurali[16]. Ed, invero, già il regolamento n. 1307/2013, nell'indicare le attività qualificabili alla stregua di attività agricole, inseriva, tra l'altro, "il mantenimento di una superficie agricola in uno stato che la rendesse idonea al pascolo o alla coltivazione senza interventi preparatori che andassero oltre il ricorso ai metodi e ai macchinari agricoli ordinari, in base a criteri definiti dagli Stati membri in virtù di un quadro stabilito dalla Commissione" [17] , definizione che, tra l'altro, lasciava riscoprire, in un certo qual modo, coerentemente con quanto disposto dall'art. 38 del Trattato , la funzione produttiva dell'agricoltura, dimenticata dalla formulazione del precedente regolamento n. 1782/2003, secondo cui si considerava agricola anche solamente l'attività di "mantenimento della terra in buone condizioni agronomiche ed ambientale" [18]., sì da relegare ad elemento meramente eventuale e forsanche persino residuale, quello della produzione di prodotti mediante la cura del loro ciclo biologico.

In tale direzione, proprio le evoluzioni registrate dall'impresa agricola, tese alla valorizzazione del profilo multifunzionale, hanno fatto sì che la stessa fosse destinataria anche delle ulteriori numerose normative ambientali, indirizzate ad ottenere una agricoltura sostenibile.

16 A tal riguardo, si rinvia a MC.RIZZUTO, "*L'impresa agricola tra tradizione e innovazione*" in *Ordines* 1, 2021, 249.

17 Art. 4 Reg. 1307/2013, il quale alla lettera C) qualifica come attività agricola "i) la produzione, l'allevamento o la coltivazione di prodotti agricoli, compresi la raccolta, la mungitura, l'allevamento e la custodia degli animali per fini agricoli, ii) il mantenimento di una superficie agricola in uno stato che la rende idonea al pascolo o alla coltivazione senza interventi preparatori che vadano oltre il ricorso ai metodi e ai macchinari agricoli ordinari, in base a criteri definiti dagli Stati membri in virtù di un quadro stabilito dalla Commissione, o iii) lo svolgimento di un'attività minima, definita dagli Stati membri, sulle superfici agricole mantenute naturalmente in uno stato idoneo al pascolo o alla coltivazione".

18 Secondo l'art. 2 Reg. 1782/2003, lettera c, per attività agricola si intendeva: "la produzione, l'allevamento o la coltivazione di prodotti agricoli, comprese la raccolta, la mungitura, l'allevamento e la custodia degli animali per fini agricoli, nonché il mantenimento della terra in buone condizioni agronomiche e ambientali ai sensi dell'articolo 5". A sua volta, quest'ultimo stabiliva, al paragrafo 1, che "Gli Stati membri provvedono affinché tutte le terre agricole, specialmente le terre non più utilizzate a fini di produzione, siano mantenute in buone condizioni agronomiche e ambientali. Gli Stati membri definiscono a livello nazionale o regionale requisiti minimi per buone condizioni agronomiche e ambientali […]".

La correlazione tra ambiente e agricoltura sembra, infatti, da sempre, realizzare una simbiosi inscindibile[19]; e non troppo anacronistici appaiono i versi del poeta Virgilio, il quale, animato dall'intento di riscattare l'agricoltura dalle rovine ad essa perpetrate dalle guerre intestine, suggeriva una maggiore attenzione verso la botanica popolare insegnante della varietà, delle virtù, dei bisogni delle piante; verso la fisiologia pratica, sì da cogliere le funzioni della vita animale; un occhio di riguardo all'astronomia rudimentale, messaggera dei prognostici sulle stagioni e sui fenomeni atmosferici[20]..

Come due facce della stessa medaglia, ambiente e agricoltura sono fonti di reciproci effetti positivi o negativi.

La caratura assiologica del fenomeno ambientale ha reclamato e continua a reclamare, con forza, una intersezione delle regole ecologiche, molte volte a carattere meramente programmatico, con quelle specifiche e precettive, predisposte ed applicate nella filiera agroalimentare, sino al punto da scolorirne, in alcune occasioni, i contenuti. In quest'ultima direzione, è decisamente probante come l'interesse ambientale, con intensità crescente, sia intervenuto tra le maglie del sistema della filiera agroalimentare, secondo la strategia prevista dal *Green Deal* e dal *From farm to fork*, volta a facilitare il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile, fissati a livello internazionale dalle Nazioni unite e, da ultimo, fatte proprie dalla PAC post 2020[21].

Il *Green Deal* traccia un percorso di azioni e iniziative concernenti l'intero ciclo vitale dei prodotti, dalle fasi di progettazione e fabbricazione, a quelle di uso e consumo, compresa l'eventuale riparazione, indirizzata a rendere possibile il riutilizzo, a quella, infine, del riciclaggio dei beni obsoleti, ormai divenuti rifiuti. In

19 In tal senso, si vedano F. RATTO TRABUCCO, *Tutela dell'ambiente e diritti singoli,* in *Ambiente&sviluppo,* n. 8-9/ 2019, p. 625 e ss.; S. CARMIGNANI, *Agricoltura e ambiente, le reciproche implicazioni*, Torino, 2012, p. 6 e ss.; E. ROOK BASILE, S. CARMIGNANI, N. LUCIFERO, *Strutture agrarie e metamorfosi del paesaggio. Dalla natura delle cose alla natura dei fatti,* Milano, 2010, p. 11 e ss.; E. PORCEDDU, *Agricoltura, biodiversità, biotecnologie,* in *Rendiconti Accademia Nazionale delle Scienze*, vol. XXV, p. 269 e ss.

20 P.V. MARONE, *Le georgiche*, Roma, 1469. […] *Póssum múlta tibí veterúm praecépta referre, ní refugís tenuísque pigét cognóscere cúras. Área cúm primís ingént(i) aequánda cylíndroét verténda man(u) ét cretá solidánda tenáci,né subeánt herbaé neu púlvere vícta fatíscat, túm vari(ae) ínludánt pestés: saep(e) éxiguús mus súb terrís posuítque domós atqu(e) hórrea fécit,áut oculís captí fodére cubília tálpae,ínventúsque cavís buf(o) ét quae plúrima térrae mónstra ferúnt, populátqu(e) ingéntem fárris acérvum cúrculi(o) átqu(e) inopí metuéns formíca senéctae. […] Praétereá tam súnt Arctúri sídera nóbisHaédorúmque diés servánd(i) et lúcidus Ánguis, quám quibus ín patriám ventósa per aéquora véctisPóntus et óstriferí faucés temptántur Abýdi.Líbra dié somníque parés ubi fécerit hórasét mediúm luc(i) átqu(e) umbrís jam dívidit órbem,éxercéte, virí, taurós, serit(e) hórdea cámpis úsque sub éxtremúm brum(ae) íntractábilis ímbrem;néc non ét liní seget(em) ét Cereále papáver témpus humó teger(e) ì ét jamdúd(um) incúmber(e) arátris,dúm siccá tellúre licét, dum núbila péndent*[…].

21 Sulla evoluzione della Politica agricola comune si vedano v. G.GALLONI, C.TAROLO, C.DONNHAUSER, *Agricoltura e ambiente. Il cambiamento di rotta della nuova PAC e la sua attuazione in Italia*, Milano, 1995

quest'ambito, la strategia del *From farm to fork*[22] si incentra proprio sulla rimodulazione del sistema agroalimentare, sì da rendere più sostenibile la catena di approvvigionamento alimentare dell'UE e realizzare un sistema alimentare giusto e rispettoso dell'ambiente, tenendo conto del legame tra persone sane, società sane e un pianeta sano sì da sottolineare l'esistenza della indissolubile connessione tra pianeta, persone e società[23].

Quest'ultima, la Comunicazione "il futuro della alimentazione" del 2017, quella sulla biodiversità del 2020, unitamente ad altre, hanno condotto a quell'ampliamento che si sostanzia nell'obiettivo di garantire la sostenibilità della produzione

22 Tale strategia mira ad accelerare la transizione dell'Unione verso un sistema alimentare sostenibile che tra l'altro : abbia un impatto ambientale neutro o positivo; contribuisca a mitigare i cambiamenti climatici e ad adattarsi ai loro effetti; inverta la perdita di biodiversità; garantisca la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare, la nutrizione e la salute pubblica, assicurandosi che tutti abbiano accesso ad alimenti nutrienti e sostenibili; preservi l'accessibilità economica degli alimenti generando rendimenti economici più equi, migliori la competitività del settore dell'approvvigionamento dell'Unione e promuova il commercio equo. Obiettivi concreti da raggiungere entro il 2030: Pesticidi. Ridurre l'uso e il rischio dei pesticidi chimici e l'uso dei pesticidi più pericolosi del 50 %.; Nutrienti. Ridurre le perdite di nutrienti di almeno il 50 % garantendo nel contempo che non si verifichi un deterioramento della fertilità del suolo e ridurre l'uso dei fertilizzanti di almeno il 20 %; Resistenza antimicrobica. Ridurre del 50 % l'uso di antimicrobici come gli antibiotici per gli animali da allevamento e per l'acquacoltura; Agricoltura biologica. Vedere almeno il 25 % della superficie agricola destinata all'agricoltura biologica.

23 In tale direzione, si inseriscono gli interventi legislativi di revisione della Direttiva 2009/128/CE - Azione dell'UE per realizzare l'uso sostenibile dei pesticidi la quale stabilisce regole per l'uso sostenibile dei pesticidi riducendo i loro rischi per la salute umana e l'ambiente; promuove l'uso della gestione integrata dei parassiti e di diverse tecniche come alternative non chimiche. Ed, ancora, il Regolamento (UE) 2019/4 sulla fabbricazione, immissione sul mercato e uso di mangimi medicati il quale mira a garantire un elevato livello di protezione della salute pubblica, standard di qualità e sicurezza elevati per la produzione e una maggiore disponibilità di mangimi medicati compresi gli alimenti medicati per animali domestici. Promuove un uso più prudente e responsabile degli antimicrobici al fine di combattere la resistenza antimicrobica tra gli animali e prevenire la diffusione di batteri resistenti agli antibiotici attraverso la catena alimentare. Ed, ancora, il Regolamento (UE) 2019/1009 - recante norme sulla messa a disposizione sul mercato dei prodotti fertilizzanti dell'UE. Il quale apre il mercato unico per i prodotti fertilizzanti che non sono attualmente coperti da norme di armonizzazione, come fertilizzanti organici e organo-minerali ammendanti, inibitori, biostimolanti vegetali, substrati di coltivazione o miscele. Stabilisce norme comuni sui requisiti di sicurezza, qualità ed etichettatura per i prodotti fertilizzanti. Introduce per la prima volta limiti per i contaminanti tossici. Ciò garantirà un elevato livello di protezione del suolo e ridurrà i rischi per la salute e l'ambiente, consentendo ai produttori di adattare il proprio processo di produzione per conformarsi ai nuovi limiti. Mantiene l'armonizzazione facoltativa, in quanto non impedisce la messa a disposizione sul mercato interno di prodotti fertilizzanti non armonizzati conformemente al diritto nazionale e alle norme generali sulla libera circolazione. Il regolamento stabilisce le regole per i prodotti fertilizzanti dell'UE muniti della marcatura CE, compresi i requisiti per: livelli massimi di contaminanti e agenti patogeni (microrganismi patogeni); contenuto minimo di nutrienti e altre caratteristiche rilevanti a seconda della categoria del prodotto; etichettatura. La verifica della conformità dei prodotti fertilizzanti dell'UE deve essere eseguita in modo affidabile e riproducibile.

alimentare, conseguendo migliori risultati ambientali, aumentando la resilienza ai cambiamenti climatici e ottimizzando i fattori della produzione[24].

In tal guisa, la transizione, da una visione antropocentrica ad una ecocentrica, induce ad un ripensamento della intera filiera agro-alimentare, sino al punto da delineare un percorso di sostenibilità e circolarità che investa l'intero ciclo produttivo[25]. Quest'ultimo si compone di diverse fasi, ognuna delle quali è in grado, a seconda delle modalità di concretizzazione, di determinare conseguenze ambientali positive o negative, di guisa che risultano necessarie "azioni a monte", tese ad impedire la progettazione, la realizzazione ed anche l'importazione di prodotti non sostenibili nell'Unione europea; e "azioni a valle", riferite dapprima alla gestione del prodotto nel corso del suo ciclo di vita da parte degli utilizzatori o detentori; e, in

24 Si vedano al riguardo COM(20.5.2020) *Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030* nella quale si legge "Proteggere e ripristinare la biodiversità è l'unico modo per preservare la qualità e la continuità della vita umana sulla Terra". Si prevede un aumento del 30% delle aree rurali e marine protette e trasformazione del 10% delle superfici agricole in aree ad alta biodiversità; *Regolamento (UE) 2021/783 che istituisce un programma per l'ambiente e l'azione per il clima (LIFE),* il quale stabilisce di: contribuire al passaggio a un'economia sostenibile, circolare, efficiente dal punto di vista energetico, basata sulle energie rinnovabili, climaticamente neutra e resiliente al clima; proteggere, ripristinare e migliorare la qualità dell'ambiente, compresi aria, acqua e suolo; arrestare e invertire la perdita di biodiversità e contrastare il degrado degli ecosistemi , anche sostenendo l'attuazione e la gestione della rete Natura 2000; *Regolamento (UE) 2021/1119 che istituisce il quadro per conseguire la neutralità climatica e modifica i regolamenti (CE) n. 401/2009 e (UE) 2018/1999 ("Legge europea sul clima"),* il quale stabilisce un quadro per il raggiungimento della neutralità climatica all'interno dell'Unione europea (UE) entro il 2050 (ovvero, un bilancio delle emissioni di gas serra a livello dell'UE e la loro rimozione disciplinata dal diritto dell'UE); comprende, oltre all'obiettivo vincolante della neutralità climatica nell'UE entro il 2050, l'obiettivo di conseguire successivamente le emissioni negative nell'UE; prevede un obiettivo vincolante dell'UE di una riduzione interna netta delle emissioni di gas serra di almeno il 55% (rispetto ai livelli del 1990) entro il 2030 e di fissare un obiettivo climatico per il 2040 entro sei mesi dal primo bilancio globale ai sensi dell'accordo di Parigi; introduce regole per garantire un progresso continuo verso l'obiettivo di adattamento globale dell'accordo di Parigi.

25 A tal riguardo, da ultimo, il Reg. Ue 2021/241, istitutivo del Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, ha inteso assicurare la ripresa ed il miglioramento della resilienza dell'Unione e dei suoi Stati membri, mediante varie misure, tra cui quelle volte a realizzare la rivoluzione verde e la transizione ecologica e nelle quali rientra la missione relativa alla "Economia circolare e agricoltura sostenibile". Quest'ultima si prefigge di perseguire un duplice percorso verso una piena sostenibilità ambientale: da un lato, migliorare la gestione dei rifiuti e dell'economia circolare, rafforzando le infrastrutture per la raccolta differenziata, ammodernando o sviluppando nuovi impianti di trattamento rifiuti; dall'altro, sviluppare una filiera agricola- alimentare *smart* e sostenibile, riducendo l'impatto ambientale, tramite *supply chain* "verdi".In tal senso, sono state previste tutta una serie di misure, quali il miglioramento della capacità di stoccaggio delle materie prime, al fine di preservare la differenziazione dei prodotti per qualità, sostenibilità, tracciabilità e caratteristiche produttive; il potenziamento della capacità di esportazione delle PMI agroalimentare italiane; il miglioramento dell'accessibilità ai villaggi merci e ai servizi *hub*, e della capacità logistica dei mercati all'ingrosso; la garanzia di tracciabilità dei prodotti; la riduzione degli sprechi alimentari. Ed, ancora, l'intervento concernente la realizzazione di parchi agrisolari, volto a raggiungere gli obiettivi di ammodernamento e utilizzo di tetti di edifici ad uso produttivo nei settori agricolo, zootecnico e agroindustriale per la produzione di energia rinnovabile, aumentando così la sostenibilità, la resilienza, la transizione verde e l'efficienza energetica del settore e contribuire al benessere degli animali.

seguito, una volta che questi ultimi abbiano deciso di disfarsi del prodotto, con riferimento al suo riciclaggio, massimizzando il recupero di risorse impiegabili per la realizzazione di altri prodotti.

È proprio l'idea che l'impresa agricola possa ed, anzi, in una qualche misura, debba contribuire alla creazione e salvaguardia dell'ambiente che induce ad una rimeditazione di tutte le fasi della filiera; si comprende, cioè, come la concreta realizzazione di una agricoltura sostenibile non possa essere disancorata da una vera e propria rimodulazione dei metodi di produzione, delle scelte sulle risorse da impiegare, della commercializzazione dei prodotti nonché della gestione della fase successiva relativamente agli sprechi, alle eccedenze e agli scarti-rifiuti.

3. Sostenibilità della intera filiera agroalimentare: produzione biologica.

La portata conclusiva di tale approccio ricostruttivo potrebbe, però, risultare minacciata dall'assenza di un modello produttivo unitario, per quanto la agricoltura biologica esemplifichi tale prospettiva[26].

L'alimento biologico, il cui aggettivo qualificativo potrebbe sembrare persino fuorviante, una contraddizione in termini, considerato che l'art. 2135 definisce imprenditore agricolo come "colui che svolge un'attività diretta alla cura del ciclo biologico o di una fase necessaria di esso", ottiene siffatta qualificazione subordinatamente al superamento di specifici controlli, si colloca in un mercato autonomo e consente al consumatore di conoscere, senza fraintendimenti, mediante l'apposizione del segno distintivo "bio" sull'etichetta, che l'alimento è stato ottenuto mediante il rispetto di tutta una serie di regole in materia di produzione, sicurezza, informazione, controllo, etichettatura.

Il quadro disciplinare, applicabile al prodotto biologico, si appalesa ampio, giacché, al di là delle regole specifiche sancite nel regolamento (UE) n. 2018/848/UE, nel Reg. di esecuzione 2021/279, nel decreto legislativo n. 20/2018, che ha riscritto le regole per il controllo e certificazione, nonché nella legge 9 marzo 2022, n. 23, si interseca con le ulteriori normative in tema di informazione al consumatore di alimenti e di immissione dei prodotti nel mercato

Dalla lettura combinata delle disposizioni richiamate, emerge un sistema composito, in cui soggetti diversi, autorità nazionali e numerosi organismi creati o riconosciuti dalla legge mettono in pratica "azioni per la salvaguardia, la promozione e lo sviluppo della produzione agricola, agroalimentare e dell'acquacoltura con

26 Sul biologico si vedano tra molti N. LUCIFERO, *Il regolamento (UE) 2018/848 sulla produzione biologica. Principi e regole del nuovo regime nel sistema del diritto agroalimentare europeo,* in *Riv. Dir. agr.*, 3, 2018, 409; A. TOMMASINI, *Produzioni biologiche e filiera corta in funzione di un'alimentazione sostenibile"*, in *Riv. Dir. Agr.*, 1, 2014, 64; M. MAURO, *Il nuovo regolamento sull'agricoltura biologica: nuove prospettive e vecchi paradigmi,* in *Dir. giur. agr. al. Dell'amb.*, 6, 2018.

metodo biologico, compresa la semplificazione amministrativa, e i mezzi finanziari per il sostegno alla ricerca e alle iniziative per lo sviluppo della produzione biologica, la realizzazione di campagne di informazione e di comunicazione istituzionale, nonché la promozione dell'utilizzo di prodotti ottenuti con il metodo biologico da parte degli enti pubblici e delle istituzioni ".

La tutela dell'ambiente, della salute umana e dei vegetali nonché del benessere degli animali, già insita nel precedente regolamento, trova accentuazione in quello del 2018, il quale li trasforma, da obiettivi a principi di produzione, il cui rispetto è verificato, periodicamente, dalle competenti Autorità, mediante controlli annuali o biennali, in ipotesi di aziende che abbiano rispettato gli *standard* di produzione nel triennio precedente.

Con il biologico, si mira a rispondere, in modo più corretto e completo, alle istanze dei consumatori di acquistare prodotti, ottenuti da procedimenti certificati che non danneggino l'ambiente e, secondo una ormai consolidata convinzione, la salute umana; il nuovo regolamento pone, dunque, l'ulteriore obiettivo di rafforzare la fiducia del consumatore sulla qualità del prodotto, non riferibile al solo prodotto in sé ma al processo con il quale quest'ultimo è ottenuto.

Quest'ultima asserzione rinviene esplicite ragioni di conforto nello stesso art. 1, comma 2, della legge n. 23/2022[27], il quale per un verso richiama alla mente quella offerta dalla Organizzazione Internazionale della Vigna e del Vino, in relazione al settore vitivinicolo, sulla sostenibilità[28] e per altro verso, sottolinea la sottile eppure netta distinzione tra prodotto biologico, il quale è frutto del rispetto certificato di stringenti parametri normativamente fissati e prodotto sostenibile, derivante da un mero percorso virtuoso e non, già, regolamentato da parte dell'impresa.

In tale direzione, comprendendo, dunque, che "la terra ha una pelle, questa ha delle malattie e una di queste malattie si chiama "uomo"[29], l'agricoltura biologica, mediante la predisposizione di regole volte alla conformazione dell'intera catena

27 L'art. 1 comma 2 della legge 9 marzo 2022 n. 23 rappresenta la produzione biologica come "un sistema globale di gestione dell'azienda agricola e di produzione alimentare, basato sull'interazione tra le migliori prassi in materia di ambiente e azione per il clima e di salvaguardia delle risorse naturali e che, grazie all'applicazione di norme rigorose di produzione, contribuisce alla qualità dei prodotti, alla sicurezza alimentare, al benessere degli animali, allo sviluppo rurale, alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, alla salvaguardia della biodiversità e al raggiungimento degli obiettivi di riduzione dell'intensità delle emissioni di gas a effetto serra".

28 Risoluzione CST 1/2004, la quale definisce lo sviluppo della vitivinicoltura sostenibile "quell'approccio globale su scala dei sistemi di produzione, di trasformazione delle uve, associando contemporaneamente la perennità economica delle strutture e dei territori, l'ottenimento di prodotti di qualità, la presa in considerazione dell'esigenza di una viticoltura di precisione, dei rischi legati all'ambiente, la sicurezza dei prodotti alla salute dei consumatori e la valorizzazione degli aspetti patrimoniali, storici, culturali, ecologici e paesaggistici"

29 F. NIETZSCHE, «*Così parlò Zarathustra*»: *il senso della terra. Di grandi avvenimenti*, D. CIAMPOLI, traduzione, Milano, 2011, 211

produttiva, sembrerebbe valorizzare il profilo ambientale pur senza, però, disdegnare gli altri interessi, sì da tendere a realizzare proprio quell'equo bilanciamento tra valori, orientato secondo il canone di ragionevolezza.

4. **Manifestazione esteriore di pratiche sostenibili: *Green claims* tra tutela del consumatore e della concorrenza.**

La manifestazione esteriore della sostenibilità di un prodotto diviene fondamentale. Ad un'attenta disamina delle scelte consumeristiche, non potrebbe, infatti, sfuggire come la selezione di prodotti e servizi sostenibili influenzi notevolmente la domanda, alla quale, conseguentemente, al fine di non soccombere nel mercato concorrenziale, le imprese sono chiamate a rispondere.

Il rispetto dei parametri di sostenibilità ambientale, regole di produzione, certificazioni, protocolli riguardanti l'intera catena produttiva, consente l'utilizzazione dei cd. *Green claim*[30], i quali, soprattutto "in un mercato non più parlato, ma muto, anche se non del tutto", rappresentano uno strumento idoneo ad orientare le scelte dei consumatori, sempre più attenti alle tematiche sociali ed ambientali.

Senza travalicare i limiti dello scritto – e, dunque, senza l'ambizione di percorrere le problematiche dei temi relativi alle informazioni ai consumatori, all'etichettatura e alle pratiche commerciali sleali- è qui sufficiente rammentare che il modello, delineato dal Reg. 1169/2011, dagli atti di esecuzione e atti delegati, nonché dalla direttiva 2005/29/CE, è fautore di un sistema complesso fatto, tra l'altro, di informazioni obbligatorie e di altre volontarie, le quali devono essere orientate ai canoni di correttezza, trasparenza ed equità, al fine di preservare per un verso, la salute del consumatore, nel duplice senso di sicurezza del prodotto e di soddisfazione dei suoi bisogni e per altro verso, il mercato e la concorrenza, la quale subirebbe una distorsione in ipotesi di perpetrate pratiche commerciali sleali.

In tale panorama, l'utilizzazione di segni o marchi *green* è idonea a creare nel consumatore una sorta di "aspettativa ambientale"; genera, cioè, la convinzione, che quel produttore faccia della tutela ambientale uno dei suoi principali obiettivi, e verso la quale, nella consapevolezza di una particolare responsabilità sociale, è orientata la propria strategia produttiva. Al riguardo, il riferimento normativo, sul piano comunitario, è la direttiva 2005/29 CE, relativa alle pratiche commerciali sleali

30 Sui *green claims* e sulle pratiche di *greenwhashing* si vedano G. GREGORI, C. PASTURENZI, *I 'Green Claim' e la deriva del 'Greenwashing': gli orientamenti delle autorità competenti per contrastare il fenomeno,* in *Rassegna di diritto farmaceutico e della salute*, 2, 239 – 248; M. FERRARI, *Nuove iniziative in materia di etichettatura di origine e ambientale: lo schema "Made Green in Italy"*, in *Riv. Dir. Agr.*, 4, 2018, 594; F. BERTELLI, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contratto e impresa,* 1, 2021, 286.

tra imprenditori e consumatori[31]. Quest'ultima, pur non contenendo una regolamentazione specifica relativa ai *claim* ambientali, offre il fondamento per assicurare una tutela al consumatore, al fine di non essere tratto in inganno da un loro uso distorto. Dal combinato disposto degli art. 6, 7 e 12 della direttiva, si ricava, infatti, un vero e proprio onere, incombente sul professionista, in ordine alla chiarezza, accuratezza e specificità delle dichiarazioni ecologiche, munite da prove rigorose a fondamento delle stesse.

Sul piano nazionale, per un verso, il Codice del Consumo, nell'art. 21[32], traccia i limiti generali della pubblicità, la quale deve essere palese, veritiera e corretta, non

31 La letteratura sulle pratiche commerciali scorrette è ampia. Si richiamano a mero titolo esemplificativo N. LUCIFERO, *Le pratiche commerciali sleali nel sistema delle relazioni contrattuali tra imprese della filiera agroalimentare*, MILANO, 2018; L. COSTANTINO, *La tutela del contraente debole nelle relazioni lungo la filiera agro-alimentare nelle più recentoi esperienze giuridiche europee e statunitensi*, in *Riv. Dir. Agr.*, 1, 2013, 166 ss.; F. LEONARDI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali e la funzione di controllo nella tutela della vulnerabilità dell'impresa agricola*, in *Drir. Gir. Agr. al. e dell'amb.*, 5, 2019; A. D. DE SANTIS, A. PALMIERI, *Pratiche commerciali scorrette e giurisdizione*, in *il Foro ital.*, 12, 2021, 4048; M. GOLDONI, *Le regole di filiera e il mercato,* in *Riv. Dir. Agr.*, 4, 2020, 867 ss.; L. RUSSO, *Le pratiche commerciali scorrette nella filiera agroalimentare tra diritto UE e diritto interno - The unfair commercial practices in the agri-food supply chain between EU and domestic law*, in *Dir. Agroalimentare*, 2. 2020, 401; A. D'ALESSIO, *Pratiche commerciali scorrette e violazione della disciplina sull'informazione alimentare - Unfair commercial practice and violation of the food information law,* in *Resp. Civ. e prev.*, 3, 2020, 635; A. FACHECHI, *Gli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di pratiche commerciali scorrette (Anno 2018*), in *Concorrenza e mercato*, 2020, 543 ss.; C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali,* in *La nuova giur. civ. comm.*, 5, 2019, 1074 ss.; E. GAMBARO, P. MISSANELLI, *La tutela dei prodotti agroalimentari tra disciplina italiana ed europea: pratiche commerciali sleali e concorrenza estera - The legal protect agricultural and food products between Italian and European legislation: unfair commercial practices and foreign competition,* in *Dir. Agroalimentare*, 2, 2019, 167 ss.; C. MAGLI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici nel contesto della responsabilità sociale d'impresa,* in *Contr. Impr.*, 2, 2019, 716 ss.; P.PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*,in *Ed. scient. Calabresi*, 1, 2005, 9 ss.; ID., *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 1995, 99; M. SEMERARO, *Informazioni adeguate e valutazione del merito creditizio: opzioni interpretative nel credito ai consumatori,* in *Riv. Dir. Civ.*, 6, 2021, 687.

32 Art 21 Codice del Consumo 1. È considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso:
a) l'esistenza o la natura del prodotto;
b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto;
c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto;
d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo;

deve indurre in inganno il consumatore, tra l'altro, sulle caratteristiche del prodotto, sulla sua composizione, sui vantaggi che garantisce, sul metodo di fabbricazione e sui risultati che si possono attendere dal suo uso ; per altro verso, nell'art 12 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale[33], è stata inserita una specifica previsione sulla comunicazione ambientale, statuendo che, oltre al generale divieto di ingannevolezza, quest'ultima debba consentire "al consumatore di comprendere chiaramente a quale aspetto del prodotto o dell'attività pubblicizzata i benefici vantati si riferiscano".

A completamento di siffatto panorama disciplinare, si aggiunge tutta una serie di linee guida, raccomandazioni e orientamenti internazionali, normativa tecnica ISO anch'essa di stampo internazionale nonché i principi ricavabili dalla copiosa casistica offerta sia dall'Autorità Garante del Commercio e del Mercato sia, nel panorama dell'autodisciplina, dal Giurì.

Dall'insieme delle disposizioni positive e non, il quale suggerirebbe, forse, una riforma che sia idonea a fornire ai professionisti regole certe ed organiche - e ciò

---

e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione;
f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo *status*, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti;
g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice.
2. È altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti:
a) una qualsivoglia attività di commercializzazione del prodotto che ingenera confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita;
b) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice.
3. È considerata scorretta la pratica commerciale che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omette di darne notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza.
3-bis. È considerata scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario.
4. È considerata, altresì, scorretta la pratica commerciale che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza.
4-bis. E' considerata, altresì, scorretta la pratica commerciale che richieda un sovrapprezzo dei costi per il completamento di una transazione elettronica con un fornitore di beni o servizi

33 Art 12 Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale - Tutela dell'ambiente naturale
La comunicazione commerciale che dichiari o evochi benefici di carattere ambientale o ecologico deve basarsi su dati veritieri, pertinenti e scientificamente verificabili. Tale comunicazione deve consentire di comprendere chiaramente a quale aspetto del prodotto o dell'attività pubblicizzata i benefici vantati si riferiscono.

ancor più se si consideri che la Direttiva 2019/2061 in vigore dal 28 maggio 2022, sulla modernizzazione delle norme UE relative alla protezione di consumatori, prevede un aumento delle sanzioni irrogabili per pratiche commerciali scorrette, pari ad "almeno il 4% del fatturato annuo del professionista nello stato membro interessato"- emerge come le dichiarazioni di sostenibilità siano idonee a generare un contrasto tra apparenza e realtà, capaci di influenzare il contraente nelle sue scelte. In tal guisa, sul professionista grava la responsabilità di una loro utilizzazione orientata ai principi di buona fede, correttezza e diligenza professionale, sì da evitare dichiarazioni ambientali mistificatorie e non incorrere in pratiche di *green whashing*, le quali, se poste in essere, oltre ad essere lesive degli interessi dei consumatori, andrebbero anche a sfalsare il libero gioco della concorrenza tra imprese.

In tale contesto, il consumatore , il quale, si badi bene, al di là di essere qualificato come parte debole[34], svantaggiato dall'asimmetria informativa, si presta spesso a divenire una parte attiva che incoraggia e preserva un mercato più equo, giusto e responsabile, è portatore di un mutamento radicale della realtà dei mercati indirizzato ad un "consumo critico", un modo di acquisto di beni e servizi in virtù del quale rilevano non soltanto il prezzo e la qualità dei prodotti, quanto "piuttosto la solidarietà tra produttori e consumatori e la sostenibilità ambientale della filiera produttiva" .

5. Da un'economia lineare ad una circolare: attenzione ad ogni fase del processo.

Una siffatta sostenibilità si pone come un processo integrale, il quale non può che riguardare, inevitabilmente, anche le fasi successive della filiera: *packaging* ecosostenibili[35], riduzione degli sprechi, gestione dei sottoprodotti, mps, rifiuti, condizionata dalla praticabilità [*ab initio*] di una attività di trasformazione in risorse per la propria o altrui impresa, secondo i canoni della emergente economia circolare.

La fenomenologia dell'economia circolare[36], differentemente dalla precedente economia lineare, la quale ha indotto una conformazione delle attività di produzione

34 Sulla tutela del consumatore, G.ALPA, G. CONTE, L. ROSSI CARLEO, *La costruzione del diritto dei consumatori,* in G. ALPA (a cura di*) I diritti dei consumatori,* in *Trattato di dir. privato dell'Unione Europea,* vol. 3, tomo 1, Torino, 2009; E. ROOK BASILE, *L'informazione dei prodotti alimentari, il consumatore e il contratto*, in A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE (a cura di), *Il diritto alimentare tra comunicazione e sicurezza dei prodotti,* Torino, 2005, 3 ssG. SPOTO, *Tutela del consumatore, etichette a semaforo e informazioni "negative"*, in *Riv. Dir. al*., 2018, 30 SS;

35 I. TRAPÉ, *Packaging alimentare ed economia circolare*, in *Riv. Dir. agr.*, 4, 2018, 465 ss.; C.S.RENATO, *La disciplina giuridica degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio,* in *Riv. Giur. dell'amb.* 1, 2009, 79

36 Sull'economia circolare si veda per tutti F. DE LENONARDIS, voce *Economia circolare (dir. pubb*) in R. SACCO (diretto da), *Digesto*, 2011, R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente,* in F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019, 39; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttivi: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco- efficienti,* in *RiDPC*, 5, 2012, 819; *V. MOLASCHI, L'economia circolare nel piano nazionale di ripresa e resilienza,* in *AmbienteDiritto.it*, 1, 2022

in modo autonomo, sì da concepire risorse e rifiuti quali oggetti di diverse attività, si caratterizza, al contrario, per essere un modello integrato di produzione, distribuzione e consumo, mediante l'utilizzazione, maggiormente efficace ed efficiente dei beni destinati a divenire rifiuti.

Una gestione circolare della filiera agroalimentare sembrerebbe suggerire ed, anzi, stimolare il passaggio, da una attività economica, indirizzata alla sola produzione, ad una che sia funzionalizzata o, addirittura, affianchi al prodotto, quale oggetto della propria attività, quello della gestione economica ed invero sociale, degli scarti e dei rifiuti, intesa come fonte di programmazione, diretta ad una loro più razionale gestione[37].

In siffatta prospettiva, coerentemente con le finalità della legge n. 166/2016, con il principio di prevenzione indicato nell'art. 180 del Codice dell'Ambiente come modificato dal D.lgs. 116/2020, indirizzato a ridurre le impronte[38], di tutti gli interventi legislativi nonché strategie in tema di ambiente, clima, biodiversità, rifiuti, gli oggetti delle risorse e dei rifiuti diventerebbero finalità della attività fisiologica principale ed, al contempo, pianificazione di una attività ulteriore, volta alla riutilizzazione dei prodotti in successivi cicli produttivi. Spunti, in tal senso, già si rinvengono, invero, dalle sperimentazioni nell'ambito dell'economia circolare o dall'utilizzo di risorse biologiche rinnovabili nei settori della chimica *bio-based*, del tessile e della moda[39].

Il percorso di circolarità, certamente, richiede innovazione tecnologica e una maggiore integrazione tra imprese[40], ma lascia, altresì, affiorare una trasformazione a 360 gradi della filiera agroalimentare, governata, non più, solamente, dagli indici di costi e ricavi, dal perseguimento, pur sempre presente, dello scopo di lucro proprio

37 S. MANSERVISI, *IL ruolo emergente del diritto agroalimentare tra economia circolare eSDGs di Agenda 2030*, in S. CARMIGNANI, N. LUCIFERO (a cura di), *Le regole del mercato agroalimentaretra sicurezza e concorrenza*, 2020, 843

38 A tal riguardo, si vedano G. MACCIONI, *Lo spreco alimentare tra tutela ambientale e sicurezza,* S. CARMIGNANI, N. LUCIFERO (a cura di), *Le regole del mercato agroalimentaretra sicurezza e concorrenza,* cit., 877

39 Si vedano F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: l'economia circolare,* 2019; ID, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Riv. Quadr. Dir. amb.*, 1, 2020, 50; ID, *Economia circolare: saggio sui tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?, i*n *Dir.amm.*, 2017, 163 ss.; E. FERRERO, *Sistema alimentare ed economia circolare*, in *Ambiente & sviluppo*, 7, 2018, 471

40 Sul contratto di rete, si vedano A. GENOVESE, *Attività d'impresa "in rete" tra regole del contratto e disciplina della concorrenza*, in A. GENOVESE (a cura di), *Riflessioni sul contratto di rete. Profili privatistici e fiscali*, Bari, 2013, 43 ss.; A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica,* in *Contratto e impresa,* 2015, 1264; L. RUSSO, *IL contratto di rete in agricoltura,* in *Riv. dir. civ.*, 1, 2015, 191 SS.; L. COSTANTINO, *Il contratto di rete tra imprese nel settore agricolo,* in *Riv. dir. agr.*, 1, 2013, 668. P. PERLINGIERI, *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*, In P. IAMICELI (a cura di), *Le reti di impresa e i contratti di rete,* Milano, 2009, 388. Ed, ancora, N. LUCIFERO, *Le reti di impresa nel sistema delle relazioni della filiera agroalimentare: criticità e prospettive*, N. LUCIFERO (a cura di), *Le regole del mercato agroalimentaretra sicurezza e concorrenza,* cit. 415.

di qualsiasi attività economica, ma una filiera che si colora di verde, orientata ai principi di solidarietà[41] e sostenibilità nell'utilizzazione delle risorse naturali, la cui portata precettiva è, ormai, sancita dalla riforma degli art. 9 e 41 della Carta Costituzionale[42].

Una filiera, insomma, che va delineandosi sempre più come filiera agroambientale, fautrice di una economia sostenibile.

6. Battute di arresto della preservazione dell'interesse ambientale in favore della Food security: occasione per un bilanciamento di interessi.

Il tema della sostenibilità della filiera agroalimentare evidenzia un complesso sistema, caratterizzato dalla presenza di molteplici interessi, i quali devono essere necessariamente bilanciati[43].

41 A tal riguardo si veda D. GRIFONI, *Il concetto di utilità ambientale nell'art. 41 Cost. Riflessioni a seguito della Legge costituzionale n. 1/2022.*, in *Ambientediritto*, 3, 2022, il quale sottolinea come "are che l'attuale contesto storico ed economico abbia, gradualmente e costantemente, condotto all'indiscussa centralità dell'ambiente all'interno del dibattito politico e legislativo (finanche costituzionale) ¡[…] e spinte ambientaliste recepite in Costituzione, nelle forme e nei termini consacrati dalla Legge costituzionale n. 1/2022, sarebbero valse a specificare il tradizionale e secolare concetto di "utilità sociale" (di cui all'art. 41 Cost.), enucleandone una fattispecie che qui si è cercato di descrivere con l'espressione "utilità ambientale". In particolare, tale ultimo sintagma manifesterebbe l'odierna particolare enfasi e centralità della tutela ambientale, quale imprescindibile elemento dello sviluppo della moderna società e, quindi, non sottacibile voce dell'utile sociale. Segnatamente, si intende come la "utilità ambientale" non si sia spinta oltre al nucleo polisemantico della clausola sulla "utilità sociale", ma abbia voluto esprimere l'urgenza di istanze già sottese alla stessa. Il risultato sarebbe una visione dell'utile sociale tale per cui il mercato e l'ambiente si fondono in una prospettiva di ineludibile e mutuo beneficio, dovendo il mercato sostenere e promuovere l'ambiente: sia per non sottrarne la fruibilità alle future generazioni, sia per far fronte alla scarsezza di risorse da cui il mercato stesso è attanagliato. I due "ambienti", naturale ed economico, non si porrebbero in ottica gerarchica, ma di co-essenzialità e mutua assistenza […]". Ed, ancora, G. MARCATAJO, *La riforma degli art. 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, ivi, 2, 2022

42 Come noto, gli artt. 9 e 41 della Carta Costituzionale sono stati recentemente modificati; l'art. 9 statuisce che "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"; art 41 statuisce che: "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". Tra i commenti in letteratura si richiama, F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura,* in *Aperta Contrada,* 28 febbraio 2022; M CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione,* in *Corti supreme e salute*, 1, 2022, 126 ss.

43 M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico",* in *Riv. Quadr. Dir. amb.,* 3, 2020, 4 ss. il quale sottolinea come "La nozione *descrittiva* di sostenibilità – che, nella sua ambivalenza, rinvia sia all'idea di conservazione e durata di un bene d'interesse collettivo, sia all'idea di sostegno e assunzione di responsabilità da parte di una pluralità di soggetti - ha trovato la sua traduzione *prescrittiva* nel principio "globale" dello *sviluppo sostenibile* (artt. 3 e 21 TUE, 11 TFUE, 37 Carta UE), che impone di soddisfare i bisogni delle

Sarebbe non corretto, infatti, ritenere che l'appagamento di questi ultimi possa collimare pacificamente; diversamente il soddisfacimento di tali valori si presta a divenire oggetto alcune volte, di situazioni conflittuali, altre di contemperamento ed altre ancora di sinergia.

La crescita della popolazione, con il conseguenziale aumento della domanda alimentare, unitamente alla sua disuguale distribuzione, comporta, inevitabilmente, l'emersione di una situazione confliggente con la tutela ambientale; basterebbe rimembrare, in tal senso, le criticità emergenti dalle *water wars*. Al contempo, esistono ipotesi in cui i diversi interessi entrano in una naturale situazione di contemperamento, tanto da essere perfettamente bilanciati: in questa ottica, parrebbero porsi le regole sulla produzione biologica. Esistono, infine, situazioni in cui, in modo sinergico, gli strumenti di tutela dell'alimentazione - volti ad impedire, ad esempio, il degrado del terreno, ad ottimizzare il consumo, a favorire il recupero idrico e a salvaguardare la biodiversità- costituiscono essi stessi uno strumento, indirizzato alla cura dell'ambiente.

Nel corso dell'ultimo decennio, però, il progressivo innesto nelle normative agroalimentari dell'interesse ambientale sembrerebbe aver condotto ad un vero e proprio squilibrio in favore di quest'ultimo, come, d'altronde, traspare, in modo significativo, dall'indirizzo della PAC 2023-2027. In tal senso, basterebbe rinviare, in via esemplificativa, agli ecoschemi, i quali introdotti in sostituzione del *greening*, tratteggiando regimi obbligatori per gli Stati membri ed apparentemente volontari per i produttori agricoli, sembrano mirare, insieme con altre misure, ad una selezione darwiniana dei produttori agroalimentari, mediante l'erogazione di pagamenti, non agli agricoltori in quanto tali, ma in quanto adempienti degli obblighi verso l'ambiente ed il mercato.

E pur tuttavia, se è vero che la sostenibilità rappresenta la chiave di sintesi dell'incidenza dell'interesse ambientale in agricoltura, come può rilevarsi dal quadro delle disposizioni incentivanti, ben individuate dalla PAC, dai divieti che sono

generazioni presenti senza compromettere la capacità delle generazioni future di far fronte ai propri bisogni, secondo la celebre formula introdotta nel 1987 dal Rapporto Brundtland, che ispira anche il nostro codice dell'ambiente (art. 3-*quater*, comma 1, c.a.). L'imperativo di non danneggiare le generazioni venture curva il discorso dall'*essere* al *dover essere*, sì che il fulcro del principio diventa la solidarietà (o equità) intergenerazionale. In tal senso, la sostenibilità è una condizione necessaria di giustizia ecologica e distributiva, un dovere morale, ancor prima che giuridico, «da soddisfare incondizionatamente», e che affonda le proprie radici in tre giudizi di valore: uguaglianza di diritti per le generazioni venture; trasmissione fiduciaria di una "natura intatta"; giustizia internazionale[…]Il vero sviluppo consiste, dunque, non tanto nel possesso di tecnologie o beni materiali, quanto in un processo di trasformazione sociale, che elimini le principali fonti di "illibertà": fame, povertà, ignoranza, malattia, mancanza di democrazia e sfruttamento indiscriminato delle risorse ambientali". In tal senso, si vedano anche P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, 76 ss.; E. CATERINI, *Il «minimo vitale», lo stato di necessità e il con- trasto dell'esclusione sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1129 ss.

intervenuti nell'impiego di alcuni prodotti nell'attività produttiva, dalla battuta di arresto delle importazioni di prodotti causa di deforestazione, ma ancor più dalle scelte degli imprenditori, agricoli e industriali, interessati a creare filiere produttive interamente sostenibili e a informare il consumatore mediante appositi *green claim*, i quali accompagnano il prodotto sul mercato, è altrettanto vero che siffatto sbilanciamento dovrebbe, forse, essere rimeditato alla luce degli ultimi avvenimenti storici. Le recenti crisi alimentari, dovute alla propagazione del COVID-19[44] e, successivamente, al conflitto russo-ucraino, hanno, infatti, riportato in auge il tema della sicurezza alimentare, intesa come garanzia di una quota strategica degli approvvigionamenti necessari, il quale si riteneva, a tal punto, risolto in seguito alla globalizzazione dei mercati, da far sì che le Istituzione europee si concentrassero sull'altra forma di sicurezza, *Food safety*, propendendo per le quote di produzione, i diritti di impianto, i vincoli di trasformazione, attribuendo all'agricoltura il compito di custode delle risorse ambientali e di protagonista nella lotta al cambiamento climatico.

Il riavvertito rischio di un mancato accesso al cibo, la consapevolezza di una non acquisita autosufficienza alimentare, ha determinato una inversione di tendenza: si assiste alla concessione di deroghe agli obblighi dei terreni a riposo nell'ambito delle cosiddette aree a valenza ecologica; all'emanazione di un Regolamento Europeo sulla necessità di un piano d'azione urgente dell'UE, per garantire la sicurezza alimentare all'interno e all'esterno dell'Unione europea, in cui riemergono i profili della *food security*[45] e quello della sostenibilità economica, scarsamente considerati nei documenti strategici.

In tale contesto, è ragionevole affermare che la crisi che stiamo vivendo ha posto, di certo, un freno alle tensioni globalizzanti e alla spropositata prevalenza dell'interesse ambientale; al contempo, però, non sembra potersi ipotizzare un vero e proprio ritorno al passato, disdegnando le consapevolezze acquisite in materia di tutela ambientale nell'ambito della filiera agroalimentare, le quali, anzi, dovrebbero spingere verso forme di certificazione della sostenibilità; d'altronde, un suggerimento, in tal senso, perviene dal settore vitivinicolo e dalla recentissima approvazione del disciplinare relativo al sistema di certificazione della sostenibilità della filiera vitivinicola.

È un periodo di transizione che potrebbe, forse, offrire un'occasione per redimersi dal frettoloso abbandono della *Food security* ed optare per una rimodulazione degli interessi in gioco sull'ago della bilancia, ma, al contempo, fornire un prezioso *assist*

44 A tal riguardo i veda F. AVERSANO, *Effetti della pandemia nel settore agroalimentare e ruolo rassicurante del cibo, in Riv. Dir. al.*, 2, 2020, 21,

45 In tal senso, L. COSTATO, *Riscoprire la Food security*, 2, 2020, 1 ss

volto alla predisposizione di regole ambientali precettive per le filiere agroalimentari, non rimesse alla mera applicazione su base, tra l'altro, pseudo-volontaria.

DALL'ATTIVITÀ AGRICOLA ALL'IMPRESA AGRICOLA CHE OPERA NEL MERCATO. ALCUNE CONSIDERAZIONI DI ORDINE STORICO-EVOLUTIVO E SISTEMATICO *

Andrea Caprara**

***Abstract**:* l'attività agricola diventa significativa per la disciplina dell'impresa quando coinvolge interessi rilevanti per il mercato. In tal caso, infatti, vi è l'esigenza, da un lato, di tutelare l'interesse alla certezza dei traffici e alla solvibilità dell'impresa e, dall'altro, di garantire che l'impresa possa competere nel mercato e, quindi, sviluppare servizi e prodotti innovativi, ma anche operare nel rispetto dell'ambiente e in modo sostenibile e responsabile.

***Abstract**: agricultural activity becomes significant for company discipline when it involves interests relevant to the market. In this case, in fact, there is the need, on the one hand, to protect the interest in the certainty of traffic and the solvency of the company and, on the other hand, to ensure that the company can compete in the market and develop innovative services and products, but also to operate respecting the environment and in a sustainable and responsible manner.*

SOMMARIO: 1. L'oggetto e gli obiettivi dell'indagine. – **2.** Profili storico-evolutivi della disciplina dell'attività agricola. – **2.1.** La *regola della commercialità* e l'*eccezione dell'agrarietà* come criterio guida nell'interpretazione della disciplina prevista dal codice civile del 1942. – **3.** La codificazione del 1942: l'impresa agricola come fattispecie e la sua disciplina. – **3.1.** Le nuove fattispecie di attività agricole principali: lo svilimento del collegamento con il fondo e la valorizzazione del ciclo biologico animale e vegetale. – **3.2.** Le nuove fattispecie di attività agricole per connessione: la rilevanza della sostituzione del criterio qualitativo con il criterio quantitativo. – **3.3.** La disciplina dell'impresa agricola. – **4.** Una conclusione intermedia: l'impresa agricola e la progressiva convergenza verso la disciplina dell'impresa nel mercato. – **4.1.** Segue: in particolare l'adeguatezza organizzativa dell'impresa agricola. – **5.** Strumenti per l'esercizio collettivo dell'impresa agricola: le società agricole. – **6.** Segue: il contratto di rete per il coordinamento delle attività principali e connesse. – **6.1.** Profili della disciplina del contratto di rete in agricoltura. – **7.** Considerazioni conclusive: per l'impresa agricola come entità organizzativa finalizzata ad operare in modo necessariamente responsabile nel contesto competitivo.

** Il presente contributo rientra nell'attività di ricerca del Team F.I.L.M. 4.0 (Finanza, Impresa, Lavoro, Mercato) nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona Diritto, Cambiamenti e Tecnologie.
**** Professore associato di Diritto commerciale, Università degli Studi di Verona.

1. L'oggetto e gli obiettivi dell'indagine.

La nozione di imprenditore agricolo, nell'attuale formulazione che compare nell'art. 2135 c.c., è l'esito di un percorso che ha portato l'attività agricola ad essere valorizzata come impresa che opera nel mercato. In questa sede ci si soffermerà, attraverso una prospettiva storico-evolutiva, sui profili giuscommercialistici e di diritto italiano dell'impresa agricola. L'analisi diacronica sarà impiegata per mettere in evidenza come l'agricoltura sia giunta, sulla base di uno sviluppo autonomo rispetto all'impresa commerciale, a farsi largo nella teoria dell'impresa. In questo percorso ha un'incidenza significativa la dimensione organizzativo-associativa dell'impresa agricola, all'interno della quale si individueranno il ruolo primitivo e tradizionale delle forme societarie per l'esercizio dell'(attività commerciale connessa all')agricoltura, e quello più innovativo del contratto di rete, che consente un'ampia flessibilità e capacità di risposta ai moderni interrogativi che la produzione agricola e la commercializzazione dei prodotti agroalimentari pongono.

La tesi di fondo che guida le presenti riflessioni è che l'agrarietà (allo stesso modo della commercialità) diventa un connotato giuridicamente rilevante dell'impresa (non solo della proprietà) quando il fenomeno economico-sociale sotteso all'attività si sviluppa in termini significativi nel mercato. Solo in tal caso, infatti, vi è l'esigenza, da un lato, di tutelare l'interesse alla certezza dei traffici e alla solvibilità dell'impresa e, dall'altro, di garantire che quest'ultima possa competere con altre imprese e, quindi, per continuare ad operare nel tempo, sviluppare servizi e prodotti innovativi. Qualificare l'attività agricola come impresa che opera nel mercato implica altresì far emergere le nervature eurounitarie che la intessono e, quindi, le discipline applicative del principio dello sviluppo sostenibile[1]. In questa prospettiva, «l'unica (...) per il futuro»[2], l'impresa agricola diventa un tassello importante nella dimensione sia ambientale che della filiera agroalimentare, facendo leva su una intrinseca e quindi connaturata valenza sociale che non può prescindere, però, da una complessa e sistematica gestione del rischio[3].

1 Il principio dello sviluppo sostenibile si fonda oggi a livello delle fonti primarie europee, come è noto, su «una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva (...) e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente» (art. 3.3 TUE). Il tema è peraltro amplissimo, al punto che sarebbe incompatibile con lo spazio qui concesso operare anche solo una rassegna delle fonti normative (di *hard* e *soft law*) internazionali, europee e domestiche. Per una ricognizione delle più rilevanti questioni attuali e ulteriori riferimenti v. AA.VV., *La sostenibilità in agricoltura e la riforma della PAC*, a cura di S. Masini e V. Rubino, Cacucci, Bari, 2021 e, in particolare, il contributo di N. LUCIFERO, *La sostenibilità nel sistema della filiera agroalimentare: questioni giuridiche e problemi interpretativi legati alla sua conformazione ai paradigmi dello sviluppo sostenibile*, ivi, p. 109 ss.

2 Così, con riferimento all'agricoltura sostenibile, A. JANNARELLI, *Il diritto agrario del nuovo millennio tra* food safety, food security *e* sustainable agriculture, in *Riv. dir. agr.*, 2018, I, p. 511 ss.

3 Cfr., con riferimento all'impresa in generale, D. GALLETTI, *Le politiche di gestione del rischio. Modelli giuridici per l'assunzione delle decisioni d'impresa*, Napoli, 2021, in part. p. 22, ove si precisa che «l'impresa costituisce uno strumento giuridico ontologicamente "organizzato" per la *gestione del rischio*: l'attività d'impresa presuppone il rischio, anzi molteplici *rischi*, e ricerca il profitto proprio attraverso la gestione e la ricombinazione di quel rischio; il profitto, anzi è (...) funzione del rischio (...)».

2. Profili storico-evolutivi della disciplina dell'attività agricola.

La dimensione imprenditoriale dell'agricoltura è totalmente trascurata nel codice di commercio del 1882, che vi accenna solo nell'art. 5, ma per escludere che la «vendita che il proprietario o il coltivatore fa dei prodotti del fondo suo o da lui coltivato» costituisca atto di commercio[4]. Il riferimento all'agricoltura in quel tempo integrava quindi, principalmente, un «limite esterno della materia di commercio» (l'unica che, in termini socio-economici, era rilevante disciplinare) e poteva identificarsi nella «coltivazione del fondo, ovverosia il complesso degli atti in cui si fraziona l'opera esplicata sul fondo rustico al fine di conseguire i frutti naturali»[5]. La disposizione del codice di commercio si limitava a chiarire che la vendita dei prodotti del fondo rappresentava la mera chiusura del ciclo economico sotteso allo sfruttamento del fondo e, pertanto, rientrava nell'esplicazione dell'attività agricola, non integrando un atto di commercio[6].

Questa conclusione non chiuse la questione della definizione dell'agricoltura che vede una progressiva e constante dilatazione dei contenuti che alla stessa la dottrina riconduceva. L'attività agricola si caratterizza infatti per collocarsi tra la naturale capacità produttiva del fondo, da un lato e, dall'altro, il mercato a cui accedono i prodotti ricavati dall'attività non solo di sfruttamento del fondo, ma anche dalla lavorazione, trasformazione e commercializzazione degli stessi. Ne consegue l'esigenza, sempre più pressante, di individuare la disciplina applicabile a quelle attività che astrattamente sono di commercio, ma, nel contempo, rispondono ad una esigenza di sviluppo, in una dimensione commerciale e di mercato, dell'attività essenzialmente agricola.

Il dibattito si sposta quindi sui confini dell'agrarietà, ossia sulla ricerca del criterio sulla cui base si deve realizzare l'attrazione alla disciplina dell'agricoltura (o per meglio dire: la sottrazione all'area del commercio) delle attività (commerciali) svolte *a seguito* dell'attività (strutturalmente e tradizionalmente) agricola[7]. Come spesso accade, l'evoluzione del diritto generale opera attraverso il diritto speciale[8] e, in questo caso, grazie alla legislazione sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e al credito agrario: in quelle sedi veniva accolta, infatti, dandone rilievo normativo, la contrapposizione tra attività agricola fondamentale e attività agricola per accessorietà[9].

4 Cfr. V. BUONOCORE, *Il "nuovo" imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 5 ss., in part. p. 7 ss. *Amplius* A. GERMANÒ, *Alle "soglie" della formulazione dell'art. 2135 del codice civile del 1942*, in *Dir. agroal.*, 2019, p. 197 ss., ove un esame del dibattito che si è sviluppato attorno ai progetti di riforma del codice di commercio e del codice civile del 1942.

5 Così M. BIONE, *L'imprenditore agricolo*, in AA.VV., *L'impresa*, nel *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, II, diretto da F. Galgano, Padova, 1978, p. 449 ss., in part. p. 451.

6 Cfr. E. BASSANELLI, voce *Diritto agrario*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 781 ss., in part. p. 782.

7 Sui diversi criteri proposti in dottrina v. A. GERMANÒ, *Alle "soglie" della formulazione dell'art. 2135 del codice civile del 1942*, cit., p. 216 s.

8 Come osservava T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 1 ss., in part. p. 6 s., «il diritto speciale muore, proprio nel momento del suo maggiore trionfo: quando i principi giuridici da esso elaborati entrano nell'ambito del diritto comune (...)».

9 Così M. BIONE, *L'imprenditore agricolo*, cit., p. 455 ss.

Del resto la materia agraria ha sempre avuto, nel nostro ordinamento, una disciplina speciale molto frammentaria, costellata di definizioni funzionali all'applicazione di uno specifico complesso di regole[10]. E tale fenomeno non trovava soluzione definitiva nemmeno con il codice civile del 1942[11]. Il regime autoritario, con la codificazione del 1942, non aveva l'obiettivo di ricomporre il quadro normativo dell'impresa, bensì di superare la dimensione strettamente individualistica dello Stato liberale e approdare a un assetto corporativo che, in una visione totalitaria, doveva introdurre una nuova (lente per rileggere, con luce diversa, la) disciplina dell'attività economica[12]; una disciplina di categorie produttive sotto il controllo pubblico, con lo Stato che, forte della posizione che gli consentiva di poter condizionare in ogni momento l'economia, si ergeva a garante degli interessi generali e dei consumatori[13]. In tale contesto, la disciplina dell'impresa è, per un verso, espressione chiara dell'impostazione ideologica recepita[14] e, per l'altro, riconducibile all'esigenza di individuare nell'imprenditore, come già nel proprietario[15], la figura soggettiva destinataria di una regolamentazione corporativistica di stampo pubblicistico[16]; una regolamentazione che trovava nelle diverse forme in cui si esplicava il lavoro, un elemento centrale e decisivo per la produzione[17]. La disciplina

10 Cfr. P. MASI, *Attività agricole e attività "connesse"*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 573 ss.

11 Cfr. A. ASQUINI, *Una svolta storica nel diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 509 ss., in part. p. 516 s., il quale osservava che i «codici dei nostri giorni possono solo fissare i capisaldi degli istituti, nei loro elementi più essenziali e duraturi, lasciando alla legislazione speciale l'adattamento dei principi alle circostanze».

12 Cfr. S. CASSESE, *Lo stato fascista*, Bologna, 2010, in part. p. 20, ove si osserva che enti e corporazioni «servono per estendere il controllo pubblico in aree prima dei privati (come l'economia), ma servono anche a canalizzare interessi di gruppi e categorie che, in questo modo, raggiungono il centro del sistema».

13 Cfr. R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, 1990, p. 177 s., e già in sede di *excursus* storico della codificazione, p. 99 ss., ove ampi riferimenti al dibattito dottrinale.

14 Il codice civile, come spiega la Relazione al re (n. 830), accoglie un concetto ampio ed unitario di impresa che ha il suo più prossimo riferimento nella Carta del lavoro del 21 aprile 1927, pubblicata in G.U. del Regno d'Italia, 30 aprile 1927, n. 100, p. 1794, e si estende ad «ogni forma di attività produttiva organizzata, agricola, industriale, commerciale, creditizia (...)». Già la Dich. VII della Carta del lavoro prevedeva infatti che lo «Stato corporativo considera l'iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione». Inoltre, l'organizzazione privata della produzione era «una funzione di interesse nazionale» per cui l'organizzazione dell'impresa doveva considerarsi «responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato».

15 Cfr. G. TARELLO, *Il termine "corporativismo" e le sue accezioni*, ora in AA.VV., *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, a cura di G. Vardaro, Milano, 1968, p. 35 ss., p. 47 s., quando rileva che «la disciplina della proprietà scompare per lasciare il posto, nella stessa formulazione verbale, alla disciplina dei poteri del proprietario; mentre alla disciplina degli atti di commercio viene sostituita la disciplina dell'imprenditore».

16 Cfr., anche per altri riferimenti, R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, cit., p. 226 ss.

17 Il lavoro è elemento che lega la proprietà e l'impresa nell'ottica della produzione. Se ne trova conferma anche dalla lettura di molti passi della Relazione al re (in part. nn. 403-404) che, in corrispondenza delle regole sulle proprietà, ricollega la stessa all'iniziativa privata («come lo strumento più efficace nell'interesse della produzione»), al dovere del lavoro, all'unità della produzione, alla solidarietà degli interessi tra i partecipanti alla produzione, alla responsabilità dell'imprenditore verso lo Stato, giustificandone la tutela come «strumento utile nell'interesse

dell'imprenditore era, dunque, coerente con l'ispirazione corporativa[18], gli statuti professionali e le discipline di settore «che avevano come punto d'incidenza le diverse categorie professionali, ordinate con criteri eminentemente soggettivi»[19]. Il sistema dell'impresa - che ha il suo vertice nell'art. 2082 c.c. - era in principio funzionale al «controllo sull'indirizzo della produzione e degli scambi in relazione all'interesse unitario dell'economia nazionale», a cui alludeva l'abrogato art. 2085 c.c.[20] In tale sistema, la dottrina prevalente, le definizioni di piccolo imprenditore (art. 2083 c.c.) e di imprenditore agricolo (art. 2135 c.c.) svolgevano il ruolo di delimitare la figura dell'imprenditore soggetto a registrazione (art. 2195 c.c.), l'unico al quale era dedicata una compiuta disciplina[21]. La tesi richiede delle precisazioni e suscita delle considerazioni critiche.

Le precisazioni sono legate alla figura del piccolo imprenditore. Nell'art. 2083 c.c. il richiamo al coltivatore diretto del fondo ha una valenza politico-ideologica, prima che giuridica, perché il piccolo imprenditore agricolo, più che ritagliarsi una propria disciplina rispetto all'impresa commerciale (a questo già assolve la più ampia fattispecie dell'imprenditore agricolo prevista dall'art. 2135 c.c.), è volto a dare una rappresentazione autonoma della piccola proprietà contadina e della sua rilevante cifra sociale[22]. Peraltro, tale conclusione non esclude che la norma assolva anche ad una funzione normativa rispetto a talune disposizioni. Tra queste non va compreso l'art. 1647 c.c. – che, nonostante l'assonanza lessicale – si ricollega alla disciplina

generale».

18 In questa direzione già P.G. JAEGER, *La nozione d'impresa dal codice allo statuto*, Milano, 1985, p. 15. Sul punto v., anche per le tensioni che hanno caratterizzato le diverse bozze anteriori al testo finale, A. JANNARELLI, *La commercialità dell'impresa nell'elaborazione del libro V del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 257 ss.

19 Così si esprime G. TERRANOVA, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 1 ss., in part. p. 29 s. V. anche P. SPADA, *Diritto commerciale, I, Parte generale*, Padova, 2004, p. 29, per il quale la «ragione più attendibile di questa nuova estensione della realtà qualificabile come impresa (...) è d'ordine squisitamente ideologico e politico: il codice del fascismo non doveva discriminare tra attori della vita economica neppure sul piano del lessico (...)».

20 Osserva in proposito P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni in tema di controllo*, in AA.VV., *Diritto, mercato ed etica dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, a cura di L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Egea, Milano, 2010, p. 309 ss., in part. p. 316 s., che «l'impresa (...) è in realtà centro di riferimento di più, diversi interessi; interessi dell'imprenditore (dei soci), dei lavoratori, dei finanziatori, dei creditori, dei clienti, del mercato dei capitali, e stavo per dire: dell'"(...) interesse unitario dell'economia nazionale (...)"». L'a. continua, in nota 8, precisando la convinzione per la quale gli «interessi non meramente privati certamente gravitano, e gravitano costantemente, se pur con diversa rilevanza, "intorno" all'impresa, che così è da intendersi, giuridicamente, un centro di riferimento di norme, non personificato (...)». È significativo, inoltre, sul piano storico, ma anche sistematico, che l'interesse per la produzione nazionale fosse un criterio che connotava tutte le attività (ancorché estranee all'impresa) come si ricava dall'art. 838 c.c. L'interesse per la produzione nazionale è una locuzione che incarna fini e valori del momento storico e socio-economico a cui si rifà anche il legislatore repubblicano più maturo, come dimostra, già nella disciplina della gestione produttiva della proprietà, la l. 4 agosto 1978, n. 440, intitolata *Norme per l'utilizzazione delle terre incolte, abbandonate o insufficientemente coltivate*.

21 Cfr., anche per i riferimenti, A. NIGRO, *Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione*, in *Trattato di diritto privato,* diretto da P. Rescigno, 15-2, Torino, 2001, p. 595 ss., in part. p. 600, nota 8.

22 Cfr. F. CAVAZZUTI, *Le piccole imprese*, in AA.VV., *L'impresa*, nel *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, II, diretto da F. Galgano, Padova, 1978, p. 549 ss., in part. p. 598 ss. e ora A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Sub art. 2135*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Padova, 2013, p. 543 ss., in part. p. 829 ss.

speciale in tema di affitto di fondo rustico a coltivatore diretto, bensì quelle che regolano due modelli di solidarietà: intra-imprenditoriale e endo-imprenditoriale[23]. Il primo, lo scambio di *mano d'opera* e di *servizi* secondo gli usi (art. 2139 c.c.), consentiva alle imprese agricole, caratterizzate da una forte presenza di manodopera familiare e da un limitato accesso agli scambi nel mercato, di disporre di un sistema di «circolazione di rapporti di lavoro» che prescindeva dall'allora vigente rigoroso sistema del collocamento[24]. Un meccanismo con il quale si assicurava la flessibilità nell'organizzazione *dell'impresa* attraverso la solidarietà *tra imprese*[25]; una *ratio* che oggi si ritrova nella disciplina dei contratti di rete in agricoltura (v. *infra* § 6). Il secondo modello di solidarietà, le comunioni tacite familiari (art. 2140 c.c.), tutelava per il familiare (in senso ampio) che contribuiva all'impresa, pur senza aver giuridicamente formalizzato il suo ruolo nell'organizzazione della stessa; un modello di solidarietà che si realizzava *all'interno dell'impresa* e non tra imprese (come nel caso previsto dall'art. 2139 c.c.) che costituiva l'antesignano delle discipline dell'impresa familiare (art. 230*bis* c.c. e art. 48 l. 203/1982) e dei diritti del convivente (art. 230*ter* c.c.).

Più sfumate sono le considerazioni critiche da rivolgere alla lettura tradizionale del ruolo assunto dall'impresa agricola come definibile alla luce dell'art. 2135 c.c. nell'architettura sistematica del codice del 1942. Tale disposizione, mondata da ragioni ideologiche[26], sembra chiamata effettivamente a delimitare l'area dell'impresa commerciale, individuando le *attività* (non solo gli *atti*, come prevedeva l'art. 5 cod. comm. 1882) *sottratte* al relativo *statuto* (l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, la rappresentanza commerciale, la tenuta delle scritture contabili e la soggezione al fallimento)[27]. La circostanza che l'*attività agricola* non fosse soggetta ad

23 Sul più ampio tema della solidarietà nel diritto dell'impresa v. le considerazioni di G. MARASÀ, *Lucro, mutualità e solidarietà nelle imprese. (Riflessioni sul pensiero di Giorgio Oppo)*, in *Giur. comm.*, 2012, 1, p. 197 ss.

24 Cfr. M. BIONE, *L'imprenditore agricolo*, cit., p. 932 ss.

25 Cfr. A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Sub art. 2139*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, cit., p. 932 ss.

26 Cfr. G. MAZZONI, *La posizione giuridica del titolare dell'impresa agricola secondo i prìncipi e le norme della legislazione corporativa, Riv. dir. agr.,* 1938, I, p. 191 ss. e, recentemente, A. JANNARELLI, in A. JANNARELLI, A. VECCHIONE, *L'impresa agricola*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, sez. I, tomo 2.2, Torino, 2009, p. 84 ss., in part. p. 91 ss. V., inoltre, anche per i riferimenti, RO. ALESSI, *Sub art. 2135*, in Commentario Schlesinger, Milano, 1990, p. 4 s. Sulle ragioni storiche e ideologiche che contribuirono a *spostare* la disciplina dell'agricoltura dalla proprietà all'impresa v. G.B. FERRI, *Alla ricerca dell'«imprenditore» agricolo e del tempo perduto a ricercarlo dove non si trovava*, in *Quaderni fiorentini*, XXI, Milano, 1992, p. 339 ss. V., per una documentata ricostruzione delle vicende che portarono all'elaborazione del codice civile del 1942, N. RONDINONE, *Impresa e commercialità attraverso il "lato oscuro" dell'unificazione dei codici*, Torino, 2020, *passim* e, nella dottrina agraristica, A. GERMANÒ, *L'impresa agricola*, in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 2001, p. 504 ss., in part. p. 522.

27 Si ritiene non vi sia spazio, quindi, per la figura dell'imprenditore civile. Sulla tassatività o meno dell'elencazione delle attività indicate per descrivere le fattispecie dell'imprenditore agricolo e, rispettivamente, dell'imprenditore commerciale e l'emersione della figura dell'imprenditore civile v., anche per i riferimenti bibliografici, A. NIGRO, *Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione*, cit., p. 602 ss.

una disciplina dell'*impresa agricola*[28] non può essere tuttavia trascurata, né può essere spiegata solo con la circostanza che si trattava di un'agricoltura per buona parte molto arretrata – pur se con esempi importanti di inizio di industrializzazione[29] – legata al fondo, e pressoché estranea al credito e alle esigenze di tutela dei terzi (v. Relazione al re, n. 864)[30], almeno nelle forme che rilevavano per l'impresa commerciale[31]. In conclusione: senza giungere, con un'autorevole ma pressoché isolata dottrina, a ricostruire – sulla scorta delle opinioni affermate anteriormente al codice del 1942[32] – la disciplina dell'impresa agricola (non industrializzata) nelle trame della proprietà, anziché dell'impresa[33], sembra corretto ritenere che l'imprenditore agricolo contribuisse ad individuare l'area dell'impresa giuridicamente disciplinata (ossia quella commerciale), *ma* nel solo senso di *sottrarre a questa* le *materie commerciali considerate connesse* all'agricoltura[34]. La tesi sembra trovare solide conferme nella (inespressa) premessa che è sottesa al percorso interpretativo seguito dalla dottrina.

2.1. La regola della commercialità e l'eccezione dell'agrarietà come criterio guida nell'interpretazione della disciplina prevista dal codice civile del 1942.

Se è vero che la collocazione dell'attività agricola nell'impresa disciplinata dal codice civile non era rimasta del tutto priva di effetti[35], è anche vero che l'*eccezione dell'agrarietà*, rispetto alla *regola della commercialità* nell'àmbito della disciplina

28 Cfr. RO. ALESSI, *Sub art. 2135*, in RO. ALESSI, G. PISCIOTTA, *L'impresa agricola*, in Commentario Schlesinger, Milano, 2010, p. 3 ss., e p. 8.

29 Cfr. A. GERMANÒ, *Alle "soglie" della formulazione dell'art. 2135 del codice civile del 1942*, cit., p. 197 ss.

30 Come osserva M. MAURO, *Imprenditore agricolo e crisi di impresa* (nota a Cass. 13 luglio 2017, n. 17343), in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 4/2018, p. 1 ss., in part. p. 4, «l'esonero dal fallimento era costruito intorno a tre argomenti: l'insolvenza non avrebbe arrecato un danno significativo all'economia nazionale; la minore esigenza di tutela del credito; l'inferiore rilevanza sociale dell'impresa agricola rispetto a quella commerciale».

31 Cfr. S. MASINI, *Prospettive nell'evoluzione dei rapporti tra banche e agricoltura*, in *Dir. agroal.*, 2021, p. 581 ss., in part. p. 584, il quale mette in evidenza «le radici della specialità dei soggetti erogatori del credito in agricoltura», anche in considerazione della tipologia di garanzie (immobiliari) offerte al credito.

32 Cfr. A. ROCCO, *Corso di diritto commerciale, Parte generale*, Padova, 1921, p. 188.

33 Cfr. G. FERRI, *L'impresa agraria è impresa in senso tecnico?*, ora in ID., *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, I, p. 355 ss., in part. p. 361; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1966, dove l'a. precisa che l'attività agricola può essere considerata impresa solo se è "industrializzata" (ID., op. cit., p. 45), ma v. già A. ROCCO, *Saggio di una teoria generale degli atti di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 107, nota 1. La tesi è ripresa da G.B. FERRI, *Proprietà produttiva e impresa agricola*, Torino, 1992, che nega l'utilità di una specifica categoria per l'imprenditore agricolo, rilevando che quando l'imprenditore produce per il mercato, deve essere considerato imprenditore a tutti gli effetti. La tesi è stata criticata, tra i molti, da A. GERMANÒ, *Riedizione della tesi della inesistenza dell'«impresa agricola» come impresa in senso tecnico: una critica*, cit., 351; A. GERMANÒ, *L'impresa agricola*, in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 2001, p. 504 ss., in part. p. 505 ss.; A. JANNARELLI, *L'imprenditore agricolo e le origini del libro V del codice civile*, in *Quad. fiorentini*, 2011, p. 511 ss.

34 Cfr. P. FERRO-LUZZI, *L'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985, p. 30 e *passim*. V., però, anche per altri riferimenti, M. GALLETTI, *L'imprenditore*, in R. TOMMASINI-M. GALLETTI, *Statuto dell'impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 56.

dell'attività economica organizzata, spiega la cortina contenitiva che, sul piano interpretativo, ha avvalorato una lettura restrittiva dei termini qualificanti l'attività come descritta dall'originario art. 2135 c.c. Quest'ultimo si limitava a definire la fattispecie precisando che è «imprenditore agricolo chi esercita un'attività diretta alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura, all'allevamento del bestiame e attività connesse». Dalla descrizione normativa emerge che l'imprenditore agricolo è tale se svolge una o più attività agricole principali, ma conserva tale qualifica soggettiva se svolge (*anche*) attività commerciali connesse che, quindi, vengono sottratte alla disciplina dell'impresa soggetta a registrazione dell'art. 2195 c.c. Attività connesse richiamate, nel secondo comma, con la precisazione del criterio selettivo, di *natura qualitativa*, della normalità: si reputano connesse, infatti, «le attività dirette alla trasformazione o all'alienazione dei prodotti agricoli, quando rientrano nell'esercizio normale dell'agricoltura» (enfasi nostra).

Collocando il rapporto con il fondo al centro dell'interpretazione delle norme sull'imprenditore agricolo, il legislatore del 1942 circoscriveva in modo significativo la fattispecie. Così, con riguardo alle attività agricole principali, era sicuramente imprenditore agricolo l'allevatore di animali da carne, da latte, da lana e da soma[36]. Solo con la l.n. 419/1971 si considereranno imprenditori agricoli anche le imprese avicole, mentre resterà discussa l'agrarietà nell'allevamento o cura di animali diversi: dall'apicoltura alla bachicoltura, in precedenza ammesse se qualificabili come attività connesse[37]. Non erano considerate attività agricole lo sfruttamento di risorse idriche o minerarie o l'estrazione di frutti (mera raccolta di frutti naturali)[38], né l'allevamento

35 Lo dimostrano le istanze contadine degli anni '40 – 50 (cfr. G. GIORGETTI, *Contadini e proprietari nell'Italia moderna. Rapporti di produzione e contratti agrari dal secolo XVI a oggi*, Torino, 1974, p. 509) e le leggi speciali che, dagli anni '60 del secolo scorso, hanno iniziato ad operare un progressivo abbattimento dei modelli contrattuali (per lo più associativi bilaterali) che contribuivano a collocare la dimensione agraria in quella proprietaria, più che di impresa. Cfr., anche per i riferimenti bibliografici, E. SIRSI, *Sub art. 2141-2169*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Padova, 2013, p. 946 ss., in part. p. 952 ss.

36 Cfr. Cass. ss.uu., 25 novembre 1993, n. 11648, in *Foro it.*, 1994, I, c. 743, che esclude l'allevamento dei cavalli da corsa dalla nozione di impresa agricola, nonché Cass. 5 giugno 2007, n. 13177, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, ove si rileva che nel testo anteriore al 2001 «l'attività di allevamento di bestiame può considerarsi agricola, anziché commerciale, a condizione di essere esercitata in collegamento funzionale con il fondo». Peraltro, sin dalle prime pronunce successive all'entrata in vigore della novella del 2001, la Cassazione ha sottolineato la portata della novella del 2001, rilevando che il nuovo art. 2135 c.c. è una «norma innovativa, ispirata da principi di diritto europeo, che non può operare retroattivamente, né portare argomenti in favore di una interpretazione estensiva o innovativa» (così Cass. 2 dicembre 2002, n. 17042, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3530).

37 La dottrina considerava non tassative le attività connesse e, dove non estendeva il significato del bestiame ad animali, utilizzava la categoria delle attività connesse atipiche per ricomprendere nella disciplina dell'impresa agricola l'allevamento di animali diversi dal bestiame. Cfr. già M. BIONE, *L'imprenditore agricolo*, cit., p. 488 ss.

38 Tali attività continuano ad essere ricondotte all'impresa commerciale, tant'è che la dottrina (v. A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Sub art. 2135*, cit., p. 614 ss.) ha sottolineato come sia stata necessaria una apposita fonte normativa per affermare che la pesca in mare o fiumi (assimilabile alla raccolta di frutti non coltivati) fosse da qualificare come attività agricola. In tale ragionamento si spiega la disciplina della raccolta (non necessariamente preceduta dalla coltivazione) di piante officinali spontanee come «attività agricole» ai sensi dell'art. 2135 (art. 1, comma 5, d.lgs. 75/2018).

di cavalli da corsa o di animali da pelliccia, perché attività non dirette alla sola riproduzione o crescita dell'animale.

Si reputavano connesse le attività volte a favorire il miglior sfruttamento del suolo (attività di bonifica, appoderamento), ma anche le attività di trasformazione dei prodotti ottenuti dalla lavorazione del suolo (vino, ma anche formaggi, olio, etc.), purché tali attività (industriali) fossero strumentali alla migliore conservazione dei prodotti o alla loro commerciabilità. Lo stesso dicasi per la vendita (l'alienazione): se questa era svolta al dettaglio poteva essere considerata attività agricola connessa, purché tale attività rientrasse nel *normale* esercizio dell'agricoltura. A tal fine diveniva dunque decisivo il *come* l'attività era svolta in concreto (per capitali e attrezzature impiegate) con riferimento allo specifico caso considerato[39]: non era *normale* la trasformazione e l'alienazione che «nessun imprenditore agricolo esercita o non è normale nell'esercizio dell'agricoltura» (Relazione al re, n. 853).

In sostanza, anteriormente alla riforma del 2001, si volle iscrivere l'attività agricola nel paradigma dell'impresa, giustificando tale scelta sulla base, prima, di ragioni storico-ideologiche e politiche, poi dell'incidenza di un profilo di rischio che l'impresa commerciale non sopporta, ossia il «rischio naturale»[40]. In questo quadro si materializzavano i paletti interpretativi che delimitavano l'*eccezionalità* della disciplina dell'attività agricola, ossia l'area dell'impresa sottratta all'applicabilità

39 Sulle molte questioni che poneva la disciplina anteriore al 2001 v. F. FERRARA, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, p. 62 ss.

40 La tesi che giustifica una differenza strutturale, basata sulla gestione del rischio, tra impresa agricola e commerciale trova nutriti e autorevoli sostenitori. Cfr., per la prospettazione del diverso rischio che corre l'imprenditore agricolo rispetto a quello commerciale, F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1970, p. 48, ID., voce *Imprenditore commerciale*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, VII, Torino, 1992, p. 16 ss., il quale osserva che nell'imprenditore commerciale «manca il cosiddetto duplice rischio della produzione agricola: oltre al rischio, comune ad ogni imprenditore, del mercato dei prodotti, il rischio relativo all'ambiente nel quale si svolge la produzione». Ne consegue che «una plausibile giustificazione del fatto per il quale all'agricoltura è riservata, legislativamente, una condizione di favore rispetto all'attività industriale, [va ricercata] nel maggior rischio cui la prima è esposta al confronto dell'altra. L'imprenditore agricolo gode, giuridicamente, di una condizione di privilegio rispetto all'imprenditore industriale (...), per la circostanza che utilizza uno specifico fattore produttivo, la terra, il quale impone particolari caratteristiche economiche all'attività produttiva. Là dove manca, come manca nelle colture artificiali, l'utilizzazione di questo specifico mezzo di produzione manca anche il presupposto di applicazione di quello speciale trattamento giuridico che è riservato all'imprenditore agricolo (...)». Cfr. ora S. CARMIGNANI, *Attività agricola e crisi d'impresa*, in *Dir. agroal.*, 2/2021, p. 463 ss., la quale osserva che «la realtà economica ha consegnato al codificatore una figura di imprenditore agricolo fortemente differenziata rispetto a quella dell'imprenditore commerciale» con riguardo non solo alla tipologia di beni impiegati per la produzione e alle caratteristiche dei beni prodotti, ma anche al particolare rapporto tra domanda e offerta. L'a. conclude la sua indagine osservando (ID., op. cit., p. 474) che il «tema non è la perpetuazione del "privilegio", quanto piuttosto quello di mantenere viva l'attenzione del legislatore ma anche di tutta la collettività sul peculiare valore che l'attività agricola ha nell'ordinamento e nel contesto sociale, marcando la sua particolarità come attività di impresa produttrice e conservatrice dell'ambiente, attività di tutela del territorio e del paesaggio, garante della sicurezza della vita di ciascun individuo, attività gestore di beni comuni». In sostanza – conclude l'a. – «la specificità dell'attività agricola richiede regole specifiche». In argomento v., per una rappresentazione ampia del tema del rischio in agricoltura, M. ALABRESE, *Riflessioni sul tema del rischio nel diritto agrario*, Pisa, 2009.

della disciplina dell'impresa commerciale. Tali paletti interpretativi erano, in altri termini, diretti a impedire che l'attività agricola potesse porsi come impresa di mercato, ovvero come un'attività che necessitasse, da un lato, di *programmare* la sua crescita avvalendosi dell'*innovazione* come strumento per fronteggiare la competizione[41] e, dall'altro, di documentare contabilmente i fatti aziendali[42]. Ecco la ragione della tensione interpretativa rispetto al tema sia dell'ancoraggio forte al fondo (e il correlativo tentativo di sfuggirvi attraverso l'allargamento delle attività connesse), che del significato da attribuire al criterio della normalità, con il quale si appiattiscono le attività non essenzialmente agricole sulle modalità già adottate e praticate dalle altre imprese agricole.

In conclusione, il ragionamento tradizionale maturato nel dibattito dottrinale sviluppatosi nella originaria formulazione dell'art. 2135 c.c. va rovesciato: non è il modo di produrre e, quindi, la sopportazione del rischio naturale (come aggiuntivo al rischio di impresa)[43] a giustificare il *privilegio* dell'imprenditore agricolo (ossia l'esenzione dal fallimento e, più in generale, dallo statuto dell'imprenditore commerciale)[44]; è la pressoché totale assenza del rischio (di mercato) derivante dal continuo confronto con il concorrente che riguarda chi opera strutturalmente ed intensamente nel mercato competitivo a precludere l'applicazione di una disciplina (dell'impresa commerciale) che ha la sua giustificazione e finalità di tutela nell'assetto di interessi che il mercato rappresenta. Mancano infatti nell'attività agricola disciplinata nel codice civile del 1942 quei profili tipici del rischio che connotano l'impresa commerciale nella duplice dimensione: *intra-imprenditoriale*, ossia della organizzazione di impresa strategicamente strutturata per la competizione nel mercato; *inter-imprenditoriale*, ovvero del concorso alla stabilità del mercato, del

41 Che la programmazione – intesa come razionale definizione degli obiettivi e degli strumenti utili per la loro realizzazione – e l'innovazione – vista come «processo di innovazione industriale che continuamente rivoluziona la struttura economica dall'interno (...)» – siano caratteri socio-economici che connotano l'impresa capitalistica è un dato acquisito da tempo. Cfr. J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, Milano, 2001, p. 79 (da dove è tratto il virgolettato) e, con riferimento alla razionalità, p. 125. V., inoltre, K. MARX, F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, Torino, 1998 e M. WEBER, *Economia e società*, Roma, 2019.

42 Il collegamento tra gestione e contabilità è messo in evidenza, con riguardo all'impresa commerciale, da G. RACUGNO, *Dal bilancio ai fatti di gestione*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 601 ss., in part. p. 612.

43 Nel rischio economico va ricompreso, infatti, anche l'ulteriore profilo di rischio c.d. naturale – che è rilevante non in sé, ma in quanto economicamente capace di incidere direttamente sul prodotto dell'impresa – che caratterizza determinate attività, come quella agricola (v. d.lgs. 29 marzo 2004, n. 102, *Interventi finanziari a sostegno delle imprese agricole, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera i), della legge 7 marzo 2003, n. 38*).

44 La concezione sanzionatoria e punitiva del fallimento nonché il valore anche socialmente infamante che lo stesso comporta (entrambi superati, come si vedrà, dalla più recente disciplina europea e domestica) ha giustificato, come disciplina di favore, l'esenzione dallo stesso (e, più in generale dallo "statuto" dell'imprenditore commerciale) sia per l'imprenditore agricolo (A. GERMANÒ, *L'impresa agricola*, in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 2001, p. 504 ss., in part. p. 522; S. MASINI, *Prospettive nell'evoluzione dei rapporti tra banche e agricoltura*, in *Dir. agroal.*, 2021, p. 581 ss., in part. p. 591) che per il professionista intellettuale (F. GALGANO, voce *Imprenditore*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, VII, Torino, 1992, p. 1 ss.).

credito e della tutela del valore della affidabilità degli operatori rispetto al rischio di insolvenza.

3. La codificazione del 1942: l'impresa agricola come fattispecie e la sua disciplina.

La *fattispecie* civilistica dell'impresa agricola è stata oggetto di una importante riforma (l. 57/2001 e dd.lgs. 226, 227 e 228 del 2001)[45] che, tra l'altro:

- novella l'art. 2135 c.c. ribadendone la centralità nella disciplina della (nuova) impresa agricola (d.lgs. 228/2001);

- equipara agli imprenditori agricoli le cooperative ed i loro consorzi che forniscono, in via principale, anche nell'interesse di terzi, servizi nel settore selvicolturale, ivi comprese le sistemazioni idraulico-forestali (art. 8 d.lgs. 227/2001, poi abrogato dal d.lgs. 3 aprile 2018, n. 34, Testo unico in materia di foreste e filiere forestali);

- definisce l'impresa ittica (art. 2 d.lgs. 226/2001 e v. oggi l'art. 3 ss. d.lgs. 4/2012).

Ma, soprattutto, la riforma va accolta, nella prospettiva qui esaminata, come lo strumento di definitiva rottura dei due principali paletti che delimitavano quella che in precedenza si è definita l'*eccezionalità* della disciplina dell'impresa agricola rispetto a quella dell'impresa commerciale: *i)* il necessario riferimento al fondo di ogni attività agricola principale e *quindi* di quelle accessorie e *ii)* la *normalità* come requisito (qualitativo) delle attività connesse.

3.1. Le nuove fattispecie di attività agricole principali: lo svilimento del collegamento con il fondo e la valorizzazione del ciclo biologico animale e vegetale.

Con riguardo al primo occorre osservare che l'art. 2135 c.c. definisce, al primo comma, l'imprenditore agricolo per le attività esercitate («coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse»), mentre nel secondo e terzo comma si precisano i criteri e i caratteri delle attività principali e, rispettivamente, connesse.

Alle attività agricole principali è dedicato il nuovo comma 2 dell'art. 2135 c.c.: per «coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine».

Il perno della definizione è nella definizione del *criterio* dello sviluppo del «ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso», che qualifica, in termini estensivi rispetto alla precedente edizione della disposizione, l'area delle attività agricole essenziali. Nel percorso che si sta qui delineando, la norma è importante perché supera l'approccio culturale accolto dal codice del 1942[46]: l'attività agricola si colloca

45 Cfr. L. COSTATO, *I tre decreti legislativi di "orientamento" in campo agricolo, forestale e della pesca*, in *Riv. dir. agr.*, 2001, I, p. 215 ss.; M. COSSU, *La "nuova" impresa agricola tra diritto agrario e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 73 ss.; ID., *L'impresa agricola tra diritto agrario e diritto commerciale*, in *Revista Semestral de Direito Empresarial*, 2016, p. 77 ss.

46 La dottrina (F. GALGANO, voce *Imprenditore commerciale*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, VII, Torino, 1992, p. 16 ss.), che pur si era spinta a valorizzare l'attività agricola come sfruttamento della capacità produttiva naturale dei beni, considerava la terra un fattore imprescindibile per qualificare l'attività come agricola, osservando che «fra colture tradizionali e colture artificiali esiste, da un punto di vista

definitivamente nell'impresa e, *quindi*, nel mercato[47]. Si dà un riconoscimento nel diritto positivo infatti ad un modello di agricoltura che, da un lato, dottrina e giurisprudenza[48] già intravvedevano da tempo nel tessuto socio-economico e, dall'altro, ha le sue radici nelle fonti europee. In questo nuovo contesto sistematico si dilatano notevolmente le nozioni di coltivazione e di allevamento: la *possibilità* di utilizzare il fondo (fino alla *possibilità* di prescinderne)[49] consente l'accesso pieno all'innovazione tecnologica per superare la (barriera naturale della) stagionalità e accrescere produttività e competitività. Vi sono, infatti, coltivazioni che si possono praticare su terreni artificiali (come gli ortaggi o la germinazione delle piante da collocare solo in un momento successivo nel terreno, la serricoltura, la floricoltura, la vivaistica, la produzione di semi e radici), così come è possibile praticare l'allevamento in assenza di un ambiente naturale (a partire dagli allevamenti in batteria). In sostanza: la produzione vegetale (anche non destinata alla soddisfazione di bisogni alimentari)[50] o animale oggi «è sempre qualificabile giuridicamente come attività agricola essenziale, anche se realizzata con metodi che

economico, una profonda differenza: le colture artificiali potranno, da un punto di vista merceologico, essere definite come attività creative di "prodotti agricoli", giacché mettono capo alla produzione di beni che sono, nella loro intrinseca natura e per il loro processo genetico, beni corrispondenti a quelli tradizionalmente ricavati dal fondo; ma non possono essere definite come attività agricole dal punto di vista economico-sociale. In esse manca quella che, sotto quest'ultimo aspetto, è la caratteristica saliente dell'agricoltura».

47 Cfr. A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Sub art. 2135*, cit., p. 589, ove si osserva che la «nuova formula (...) in modo indiscutibile ci consegna un soggetto che svolge una particolare attività economica – quella agricola, appunto – di produzione di utilità per il mercato, ovvero per una massa indefinita di consumatori».

48 Il criterio era già stato proposto, incontrando critiche, in dottrina. Cfr. A. CARROZZA, *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, Milano, 1975, p. 74 ss. e, in giurisprudenza, Pret. Pisa, 20 giugno 1974, in *Foro it.*, 1974, I, c. 3219, Tribunale Verona, 8 novembre 1989, in *Giur. merito*, 1991, p. 562, ma v. anche Cass., sez. III, 13 gennaio 1976, n. 104; Cass., sez. lav., 24 marzo 1980, n. 1973.

49 Ed è questo un punto dirimente. La tesi qui accolta avalla l'idea che il fondo possa non esserci (cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 2013, p. 48: «il fattore produttivo caratteristico dell'attività agricola non è tanto la terra in sé e per sé, quanto, piuttosto, la natura» e, nella dottrina agraristica, A. GERMANÒ, *L'impresa agricola*, in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 2001, p. 504 ss., in part. p. 508 ss.; A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Sub art. 2135*, cit., p. 609 ss.; E. ROMAGNOLI, *Il "fondo" nell'art. 2135, vecchio e nuovo, codice civile*, in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 2001, p. 497 ss.). Altra dottrina, soprattutto agraristica, propone una lettura restrittiva della disposizione, considerando il fondo come requisito indispensabile, ancorché solo potenziale. Ne conseguirebbe che, se il fondo fosse indispensabile per le attività essenzialmente agricole, lo sarebbe altresì per le attività commerciali connesse che, in quanto tali, potrebbero avere ad oggetto solo attività commerciali legate (seppur in via potenziale) al fondo. In tal modo si introduce però un elemento fortemente condizionante le possibili prospettive di sviluppo di mercato dell'impresa e si riqualifica artificiosamente la fattispecie, tant'è che si osserva come «la cura del ciclo biologico non prescinde da una connessione con il fondo: entrambi sono parametri necessari per distinguere tra impresa agricola ed impresa commerciale. Ne deriva che, laddove non esista alcun collegamento funzionale, e almeno potenziale, tra attività e terreno, la società dovrà considerarsi fallibile». Così, testualmente, M. MAURO, *Imprenditore agricolo e crisi di impresa* (nota a Cass., 13 luglio 2017, n. 17343), in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 4/2018, p. 1 ss., in part. p. 8.

50 Si pensi ai vegetali coltivati al fine della produzione di biogas: cfr. A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Sub art. 2135*, cit., p. 614.

prescindono del tutto dallo sfruttamento della terra e dei suoi prodotti», così come le serre e le colture «fuori terra»[51].

Continua a rimanere estranea alla coltivazione la mera raccolta di frutti spontanei (come funghi, fragole, more, etc.) che, se non occasionale, sarà quindi giuridicamente un'attività commerciale, salva la possibilità di ricondurla alle attività connesse[52]. Il richiamo ad almeno una fase necessaria del ciclo biologico è rilevante, inoltre, per consentire di includere nelle attività agricole quelle di allevamento per il solo ingrasso di animali[53].

Infine, la sostituzione del lemma *bestiame* con *animali* consente di considerare agricola l'impresa dedita all'allevamento di esseri viventi, in passato oggetto di specifici interventi normativi, che non sono allevati sul fondo (pollame, api, cani, gatti, etc.)[54], nonché quelli che sviluppano il proprio ciclo biologico nell'acqua (allevamenti di crostacei, pesci o molluschi).

L'impresa agricola è fattispecie che si confronta, ma non si confonde con la c.d. *impresa ittica*, ovvero la c.d. *acquacoltura*. L'art. 3 d.lgs. 4/2012 la definisce come «l'attività economica organizzata, esercitata professionalmente, diretta all'allevamento o alla coltura di organismi acquatici attraverso la cura e lo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, in acque dolci, salmastre o marine». Rispetto alla formulazione dell'ormai abrogato art. 2 d.lgs. 226/2001, nel testo del d.lgs. 4/2012 manca una espressa equiparazione – che si riteneva operare ai soli fini dell'applicazione della disciplina agevolativa[55] – tra l'imprenditore ittico (definito nell'art. 4 d.lgs. 4/2012) e l'imprenditore agricolo (art. 2, comma 5, d.lgs. 226/2001)[56]. Anzi, l'art. 3 d.lgs. 4/2012 si apre con una clausola di salvezza: «Fermo

51 Così G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 1, Diritto dell'impresa*, Torino, 2013, p. 50 s., dal quale è tratta anche la precedente citazione nel testo. Va ricordato che, per una parte della dottrina, il riferimento potenziale al fondo (che «utilizzano o possono utilizzare il fondo») dovrebbe favorire una interpretazione non eccessivamente ampia del richiamo agli animali, escludendo, ad esempio, i carnivori e ammettendo gli erbivori. Cfr. A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Sub art. 2135*, cit., p. 632 ss., che tra gli animali ricomprendono, ad esempio, gli struzzi, ma escludono dal campo dell'agricoltura l'allevamento di pitoni, visoni, gatti, volpi e gli «animali onnivori e comunque mai rientranti nell'idea di agricoltura e da sempre privi del supporto sociologico della diffusione nel ceto agricolo». La tesi, come si è già detto con riferimento alla coltivazione del fondo, lascia perplessi perché sembra introdurre surrettiziamente un criterio qualitativo che, insieme con quello della normalità, era utilizzato per limitare le attività principali e connesse e che la legge ha voluto definitivamente superare. In ogni caso, anteriormente alla novella del 2001, per i cani operava una legge speciale (l. 349/1993, su cui v. N. FERRUCCI, *Il riconoscimento legale dell'agrarietà dell'impresa cinotecnica*, in *Riv. dir. agr.*, 1994, I, p. 103 ss.), mentre per i cavalli vigeva l'art. 9 d.lgs. 173/1998.

52 Cfr. A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Sub art. 2135*, cit., p. 614 ss.

53 Sui dubbi interpretativi sorti in passato v. E. ROMAGNOLI, voce *Impresa agricola*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, VII, Torino, 1992, p. 76 ss., in part. p. 127 (ID., *L'impresa agricola*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 15-2, Torino, 2001, p. 235 ss.).

54 In giurisprudenza, sull'allevamento di cani e gatti, v. Cass., sez. VI-III, 17 maggio 2017, n. 12394 ord., in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 5/2017, p. 1 ss., con nota di N. RAUSEO, *L'allevamento di cani e di gatti può essere considerato attività agricola?*

55 Cfr. A. CETRA, in AA.VV., *Diritto commerciale*, I, a cura di M. Cian, Torino, 2013, p. 51 s.

56 Peraltro la Corte cost., con sentenza n. 190/2001, aveva già ricondotto l'imprenditore ittico ad un'attività imprenditoriale agricola.

restando quanto previsto dall'articolo 2135 del codice civile (...)», che conferma della reciproca autonomia tra tali figure[57].

3.2. Le nuove fattispecie di attività agricole per connessione: la rilevanza della sostituzione del criterio qualitativo con il criterio quantitativo.

Con riguardo al secondo profilo, ossia l'antico criterio della normalità, occorre rilevare che il vigente art. 2135, comma 3, c.c. prescinde dal carattere *normale* e *accessorio* dell'attività commerciale connessa all'attività principale. Sono «in ogni caso connesse», infatti, «le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge». In sostanza la connessione richiede la verifica di due profili (soggettivo e oggettivo) che devono entrambi essere accertati.

La *connessione soggettiva* implica che il soggetto che esercita l'attività connessa sia già qualificabile come imprenditore agricolo per effetto dell'esercizio di una o più attività agricole principali. L'esercente l'attività di coltivazione del fondo può limitarsi a vendere alle imprese della filiera agroalimentare il prodotto che dallo stesso ricava, ma può altresì lavorare tale frutto, offrirlo direttamente al consumatore (v. art. 4 d.lgs. 228/2001 e art. 62 d.l. 1/2012) anche avvalendosi della disciplina per la valorizzazione e la promozione dei prodotti agricoli e alimentari a chilometro zero e provenienti da filiera corta (l. 17 maggio 2022, n. 61) o predisporre un apposito punto vendita per collocare nel mercato i prodotti derivati per uso non necessariamente alimentare.

La *connessione oggettiva*, abbandonato il criterio dell'esercizio *normale* dell'agricoltura – che di fatto imponeva l'accessorietà dell'attività connessa a quella agricola – si spiega alla luce di un unico criterio, quello della *prevalenza*, declinato secondo due modalità. È necessario, infatti, che: *i)* innanzitutto, i *prodotti*[58] ottenuti dall'esercizio dell'attività connessa derivino prevalentemente dall'attività agricola essenziale e

57 Cfr. A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Sub art. 2135*, cit., p. 632 s. e p. 648 ss.

58 Il termine "prodotti" è usato originariamente dal codice civile con riferimento a quei beni che derivano dalla capacità generativa di altri beni (v. ad esempio: art. 181 c.c.) e spesse volte coincide con i frutti naturali, talvolta declinati come «prodotti agricoli» (artt. 820, comma 1, 837, 1908, 2135 c.c., che si contrappone ai prodotti industriali *ex* artt. 2586 e 2593 c.c.), anche in relazione ai diritti nascenti da rapporti giuridici che legano il proprietario del fondo ad altro soggetto che lo sfrutta economicamente sulla base di un diverso diritto reale o di credito (artt. 959 s., 2141, 2151, 2154 -2158, 2164, 2170, 2174, 2178, 2184 c.c.) o come forma di retribuzione o di indennità (art. 2099, 2121 c.c.). Infine, vi è un gruppo di disposizioni che si richiama al prodotto come bene non necessariamente ricavabile fisicamente da un altro bene dotato di naturale capacità generativa in senso stretto, bensì come espressione dell'ingegno (art. 2586, comma 2, c.c.) o, ancora, come sinonimo di bene suscettibile di essere oggetto di diritti (ad esempio v. artt. 2569, 2572, 2584, 2585 c.c.). La definizione di prodotti agricoli oggi è di derivazione europea: cfr. i prodotti dell'art. 38, comma 3, TFUE elencati nell'allegato I del Trattato, ad eccezione dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura elencati nell'allegato I del regolamento (UE) n. 1379/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

ii) in secondo luogo, le attività dirette alla *fornitura di beni e servizi* avvengano mediante la prevalente utilizzazione di *attrezzature* e *risorse* dell'azienda *normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata*. Tra queste vanno ricomprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, «ovvero di ricezione e ospitalità (...)».

Con riguardo ai *prodotti*, il criterio della prevalenza favorisce la capacità di innovare e quindi la competizione nel mercato; la normalità era un criterio di carattere qualitativo che non agevolava la trasformazione della materia prima in prodotti inediti[59], come invece accade con l'adozione di un criterio quantitativo, quale è la prevalenza.

Circa la fornitura di *beni* o *servizi*, viene in considerazione l'obiettivo di conservare l'occupazione in agricoltura, ma anche di limitare lo spopolamento delle montagne e delle campagne, aprendo allo svolgimento di attività che non sono (tradizionalmente) agrarie. In sostanza, tra le attività agricole per connessione dovranno essere ricomprese:

i) l'utilizzo dei propri macchinari su terreni altrui (il contoterzista, così come l'esercizio di attività agromeccaniche, purché vi sia altresì la conduzione di un fondo anche di modeste dimensioni o, per l'opinione qui accolta, si colleghi ad un'attività agricola principale ancorché la stessa prescinda dal fondo)[60];

ii) la valorizzazione del territorio attraverso lo svolgimento di attività di interesse pubblico, ma anche l'agriturismo, ossia attività di ricezione e alberghiere rispettose dei requisiti fissati dalle legislazioni regionali[61] e, più in generale, le attività enunciate

59 E. CASADEI, *La nozione di impresa agricola dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. ag.*, 2009, I, p. 309 ss., in part. p. 351.

60 La dottrina, che predica la necessità che vi sia il fondo, è divisa: una prima tesi contrappone la normalità dei mezzi impiegati alla prevalenza dell'attività principale su quella connessa; una seconda ritiene che il riferimento alla normalità sia un diverso modo di esprimere la nozione di prevalenza. La contrapposizione rileva sul piano operativo. Rispetto all'attività del contoterzista, ad esempio, in un caso non si richiederebbe che le attrezzature che l'imprenditore agricolo utilizza presso terzi siano proporzionate al fondo condotto, ma che il loro impiego sia normale per un imprenditore agricolo, anche se in concreto il loro utilizzo è in larga parte operato presso terzi. Se, invece, la normalità fosse intesa come requisito della risorsa rispetto al fondo dell'imprenditore agricolo, l'attività connessa avrebbe uno spazio decisamente più limitato che sembra però non del tutto coerente con la polifunzionalità dell'imprenditore agricolo che emerge dalla riforma del 2001. Osserva inoltre M. GOLDONI, *Commento all'art. 1 d.lgs.228/2001*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, I, p. 213 ss., in part. p. 224, che «le singole fasi della coltivazione, se svolte da terzi come imprese distinte indipendentemente dalla coltivazione del fondo, danno luogo ad attività commerciali». V., però, F. ALBISINNI, *Dai distretti all'imprenditore agricolo di fase*, in *Quaderni dell'Istituto Giuridico*, Università degli Studi della Tuscia, Viterbo, 2002. Per una sintesi delle diverse opinioni v. S. MANSERVISI, *sub 2135*, in Cian-Trabucchi, Commentario al codice civile, Padova, 2020, p. 2475 s. Con riguardo all'attività agromeccanica, richiamata nel d.lgs. 99/2004 v. L. COSTATO, *L'attività agromeccanica nel d.lgs n. 99 del 2004*, in *Agr. istituz., mercati*, 2004, p. 187 ss.

61 La l. n. 96/2006 (ma v. reg. CE 1698/2005 e 1290/2005) colloca l'agriturismo nelle attività connesse (v. il numero monografico dedicato al commento alla l. 96/2006 della Rivista di diritto agrario, 4/2006). Cfr., inoltre, E. CASADEI, *La nozione di impresa agricola dopo la riforma del 2001*, cit., p. 338 s., che i sofferma sull'art. 14, comma 11, d.lgs. 228/2001 in cui si prevedono «incentivi economici a favore dei conduttori di fondi rustici, fra l'altro, per la ricostituzione di una presenza faunistica ottimale per il territorio, per le coltivazioni destinate all'alimentazione naturale dei mammiferi e degli uccelli, per il ripristino di zone umide e di fossati, per la coltivazione di siepi, cespugli e alberi adatti alla nidificazione [lett. a)], e inoltre per la tutela dei nidi e dei nuovi nati di fauna selvatica, nonché dei

dall'art. 2, comma 3, l.n. 96/2006[62], nonché, valorizzando la figura dell'acquacoltore, le attività dirette alla valorizzazione degli ecosistemi acquatici e dell'ambiente costiero[63];

iii) le attività di interesse generale rientranti tra quelle che integrano la nozione di impresa agricola sociale[64] le quali assumono una rilevanza centrale nel piano di azione della Commissione UE[65], con importanti risvolti anche in ordine alle forme di finanziamento dell'impresa[66];

iv) la produzione di energie e l'utilizzo di fonti rinnovabili, oggetto di una complessa disciplina speciale[67].

---

riproduttori [lett. b)], e per la collaborazione operativa ai fini della pasturazione invernale degli animali in difficoltà e della manutenzione degli apprestamenti di ambientamento della fauna selvatica [lett. c)]». In argomento v. anche M. GIUFFRIDA, *Commento agli artt. 14 e 15 (decreto "agricoltura")*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, I, p. 510 ss.

62 Dal «dare ospitalità in alloggi o in spazi aperti destinati alla sosta di campeggiatori», alla somministrazione di «pasti e bevande costituiti prevalentemente da prodotti propri e da prodotti di aziende agricole della zona, ivi compresi i prodotti a carattere alcoolico e superalcoolico, con preferenza per i prodotti tipici e caratterizzati dai marchi DOP, IGP, IGT, DOC e DOCG o compresi nell'elenco nazionale dei prodotti agroalimentari tradizionali (...)»; dall'«organizzare degustazioni di prodotti aziendali, ivi inclusa la mescita di vini, alla quale si applica la legge 27 luglio 1999, n. 268» (la disciplina delle «strade del vino»), alla organizzazione «anche all'esterno dei beni fondiari nella disponibilità dell'impresa, attività ricreative, culturali, didattiche, di pratica sportiva, nonché escursionistiche e di ippoturismo, anche per mezzo di convenzioni con gli enti locali, finalizzate alla valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale».

63 Cfr. A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Sub art. 2135*, cit., p. 733 ss.

64 La l.n. 141 del 18 agosto 2015 (richiamata tra le attività di interesse generale del terzo settore: art. 5, lett. s, d.lgs. 117/2017), finalizzata alla promozione dell'agricoltura sociale «quale aspetto della multifunzionalità delle imprese agricole», colloca espressamente tra le attività connesse una serie di attività, quali il supporto alle terapie mediche, psicologiche e riabilitative per migliorare le condizioni di salute e le funzioni sociali, emotive e cognitive anche attraverso l'ausilio di animali allevati e la coltivazione delle piante o la realizzazione di progetti finalizzati all'educazione ambientale e alimentare, alla salvaguardia della biodiversità. Con il d.m. del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali n. 12550 del 21 dicembre 2018 - *Definizione dei requisiti minimi e delle modalità relative alle attività di agricoltura sociale*, ai sensi all'art. 2, comma 1, l. 141/2015, si prevede che le attività di agricoltura sociale «si svolgano regolarmente e con continuità, anche se con carattere stagionale. Ciascuna Regione provvederà a fissare i termini temporali per garantire la continuità delle attività di agricoltura sociale» (art. 1, comma 2, d.m. cit.). Cfr. N. RICOLLI, *L'impresa agricola sociale verso nuove forme di attività connesse*, in *Dir. giur. agraria alimentare e dell'ambiente*, 3/2019, p. 1 ss. e, da ultima, per ulteriori riferimenti G. MACCIONI, *L'agricoltura sociale: profili di tutela tra sostenibilità, inclusione, esigenze di rinnovamento*, in *Dir. agroal.*, 2020, p. 595 ss., in part. p. 604, ove si illustra altresì come l'agricoltura sociale si inserisca in un quadro giuridico internazionale finalizzato a favorire lo sviluppo sostenibile; in sostanza l'agricoltura sociale «rientra a pieno titolo nella programmazione della politica di sviluppo rurale, che è strettamente connessa alla politica agricola comune, applicando quei principi di crescita intelligente, sostenibile e inclusiva presenti nella "Strategia Europa 2000" (...)». Il tema potrebbe avere importanti risvolti nella definizione della strategia di impresa anche alla luce delle regole emanate ai sensi dell'art. 11, comma 3, d.lgs. 112/2017 e delle nuove disposizioni che verrebbero introdotte dal Disegno di legge nel testo unificato recante *Disposizioni per la promozione del lavoro e dell'imprenditoria femminile nel settore dell'agricoltura, delle foreste, della pesca e dell'acquacoltura* (XIII Commissione Permanente, Agricoltura). Con riguardo alle prime, occorre ricordare che il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con decreto del 7 settembre 2021, recante *Adozione delle linee guida per*

A prescindere dalle ragioni e forse dalla piena consapevolezza della portata del riassetto normativo complessivo della materia agricola (e agroalimentare)[68], il quadro che si compone delinea una fattispecie di impresa agricola molto diversa da quella voluta dal codice del 1942 o, per meglio dire, «incoerente con il sistema codicistico»[69]. Si è andati, in altre parole, ben oltre la prospettiva di la razionalizzazione dell'esistente e la promozione della modernizzazione del sistema agricolo che si proponeva la l. delega 5 marzo 2001, n. 57.

l'individuazione delle modalità di coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e degli altri soggetti direttamente interessati alle attività dell'impresa sociale, ha previsto le seguenti modalità di coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti direttamente interessati alle attività delle imprese sociali: l'informazione, la consultazione e il parere preventivo obbligatorio non vincolante. Circa le seconde si deve rilevare che a partire dal 2019 sono state presentate diverse proposte di legge per il riconoscimento e la tutela dell'impresa femminile e del lavoro femminile in agricoltura. Si fa riferimento alla proposta AC 2049 presentata il 1 agosto 2019, alla proposta AC 2930, presentata il 8 marzo 2021 e alla proposta AC 2992 presentata il 1 aprile 2021, confluite nel testo unificato adottato come testo base il 3 novembre 2021 (XIII Commissione permanente, Agricoltura).

65 Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Creare un'economia al servizio delle persone: un piano d'azione per l'economia sociale*, del 9 dicembre 2021, COM(2021) 778 final, che ha l'obiettivo di «potenziare l'innovazione sociale, a sostenere lo sviluppo dell'economia sociale e a rafforzarne il potere di trasformazione economica e sociale», nonché la Comunicazione della Commissione, *Una visione a lungo termine per le zone rurali dell'UE: verso zone rurali più forti, connesse, resilienti e prospere entro il 2040*, del 30 giugno 2021, COM(2021) 345 final (e il relativo allegato).

66 A tal proposito occorre ricordare che nella Comunicazione della Commissione, *Piano d'azione imprenditorialità 2020*, del 9 gennaio.2013 COM(2012) 795 final, si sottolinea l'importanza dei fondi di *venture capital* per l'impresa sociale. Successivamente sono stati approvati due regolamenti: il Regolamento 345/2013/UE, relativo ai fondi europei per il *venture capital* (EuVECA) e il Regolamento UE 346/2013/UE, relativo ai fondi europei per l'imprenditoria sociale (EuSEF). Nel primo si precisa che i fondi *venture capital* «stimolano la crescita economica, contribuiscono alla creazione di posti di lavoro e alla mobilitazione di capitali, favoriscono la creazione e lo sviluppo di imprese innovative, incrementano i loro investimenti in ricerca e sviluppo e favoriscono l'imprenditorialità, l'innovazione e la competitività, in linea con gli obiettivi della strategia Europa 2020, stabiliti nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 intitolata "Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" (Europa 2020)» (Considerando 1 reg. 345/2013/UE). Il secondo regolamento rientra nell'ambito dell'iniziativa per l'imprenditoria sociale istituita dalla Commissione nella sua comunicazione del 25 ottobre 2011 *Iniziativa per l'imprenditoria sociale – Costruire un ecosistema per promuovere le imprese sociali al centro dell'economia e dell'innovazione sociale*. Tale regolamento «stabilisce requisiti e condizioni uniformi per i gestori di organismi di investimento collettivo che intendono utilizzare la denominazione "EuSEF" in relazione alla commercializzazione di fondi qualificati per l'imprenditoria sociale nell'Unione, contribuendo così al corretto funzionamento del mercato interno» (art. 1 reg. 346/2013/UE). Le ultime modifiche ai citati regolamenti sono state recepite dal diritto italiano con il d.lgs. 2 agosto 2022, n. 113, recante *Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE)2017/1991 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2017, che modifica il regolamento (UE) n.345/2013 relativo ai fondi europei per il venture capital e il regolamento (UE) n. 346/2013 relativo ai fondi europei per l'imprenditoria sociale.*

67 Vi sono infatti disposizioni che direttamente coinvolgono l'imprenditore agricolo (cfr. d.lgs. n. 387/2003, *Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità* e il d.lgs. n. 128/2005, n. 128, recante *Attuazione*

3.3. La disciplina dell'impresa agricola.

All'evoluzione della fattispecie e al rafforzamento dei punti di convergenza, se non di sovrapposizione, tra fattispecie dell'impresa agricola e commerciale che opera nel mercato competitivo corrisponde una erosione, ma non una totale eliminazione, della distanza sul piano della disciplina[70]. Alla fattispecie di *impresa agricola soggetta a registrazione*[71] corrisponde una *disciplina* che, in estrema sintesi[72], implica infatti:

- la valenza dichiarativa dell'iscrizione al registro delle imprese (art. 2 d.lgs. 228/2001);
- l'obbligo (fiscale e per l'accesso ai benefici previsti dalle disposizioni aventi fonte eurounitaria) di tenuta delle scritture contabili[73];

della direttiva 2003/30/CE relativa alla promozione dell'uso dei biocarburanti o di altri carburanti rinnovabili nei trasporti), ma anche, con l'art. 1, comma 423, l. 266/2005 (legge finanziaria 2006), precisa che «la produzione e la cessione di energia elettrica e calorica da fonti rinnovabili agroforestali, sino a 2.400.000 kWh anno, e fotovoltaiche, sino a 260.000 kWh anno, nonché di carburanti e prodotti chimici di origine agroforestale provenienti prevalentemente dal fondo, effettuate dagli imprenditori agricoli, costituiscono attività connesse ai sensi dell'articolo 2135, terzo comma, del codice civile e si considerano produttive di reddito agrario». Cfr. E. CASADEI, *La nozione di impresa agricola dopo la riforma del 2001*, cit., p. 322, nonché A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Sub art. 2135*, cit., p. 711 ss. e recentemente G. MARCHIANÒ, *Regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile in particolare nei terreni agricoli*, in questa *Rivista*, 4/2020, p. 1 ss.

68 Cfr. G. PISCIOTTA, *L'impresa agricola tra mercato e statuto speciale*, in *Giureta*, 2009, p. 1 ss., in part. p. 6 s., per la quale «il legislatore delegato non ha operato quel distinguo ricavabile dalla delega che gli avrebbe permesso di riservare l'applicabilità del c.d. statuto dell'imprenditore agricolo ai soli operatori economici che svolgono la propria attività utilizzando una base produttiva riconducibile al fondo rustico». La scelta legislativa si è, infatti, spinta oltre, tanto che il «c.d. statuto dell'imprenditore agricolo sarà applicabile non solo alle imprese definite agricole in funzione del fatto che svolgono o possono svolgere la propria attività su un fondo rustico, ma anche a quelle dirette alla produzione di beni destinati al mercato agroalimentare provenienti da attività di sfruttamento di ecosistemi fluviali, lacustri, salmastri o marini, e ciò per effetto da una parte della equiparazione di tali attività a quelle agricole a tutti gli effetti e dall'altra in virtù della attrazione delle stesse nell'ambito definitorio di quelle agricole *ex se*».

69 Così, ancora G. PISCIOTTA, *L'impresa agricola tra mercato e statuto speciale*, in *Giureta*, 2009, p. 1 ss., in part. p. 6.

70 Cfr. S. MASINI, *Prospettive nell'evoluzione dei rapporti tra banche e agricoltura*, in *Dir. agroal.*, 2021, p. 581 ss., in part. p. 592, il quale osserva innanzitutto che nel «momento in cui la disciplina di settore ha imboccato la strada della *commercializzazione* (...) era scontato attendersi l'*eversione* della specialità anche nel campo delle operazioni di credito (...)». Inoltre, osserva l'a., doveva «ritenersi superata anche la fase così detta assistenziale in agricoltura, con l'esaurimento degli incentivi a pioggia e la concentrazione dei mezzi finanziari pubblici (...)».

71 Cfr. M. BIONE, *La nozione di imprenditore agricolo dal codice civile ad oggi*, in AA.VV., *La riforma dell'impresa agricola*, atti del convegno di Foggia, 25-26 gennaio 2002, Milano, 2003, p. 7 ss., in part. p. 21.

72 Per una più estesa descrizione v., nell'ottica del superamento delle distinzioni tra impresa agricola e impresa soggetta a registrazione G. PISCIOTTA, *L'impresa agricola tra mercato e statuto speciale*, in *Giureta*, 2009, p. 1 ss., in part. p. 9 ss., ma già, seppur da un'altra prospettiva, G. OPPO, *Materia agricola e "forma" commerciale*, in *Diritto dell'impresa. Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, p. 76 ss.

73 Cfr. ancora A. VECCHIONE, in A. JANNARELLI, A. VECCHIONE, *L'impresa agricola*, cit., p. 347 s., ove altri riferimenti, nonché G. BONFANTE, G. COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, I, Padova, 2001, p. 581 ss.; A. NIGRO, *Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione*, cit., p. 708 ss. e lo studio FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *L'impresa agricola*

- l'applicabilità dell'art. 2709 ss. c.c. in merito al valore probatorio delle scritture contabili: un tempo strumento esclusivo dell'imprenditore (commerciale) soggetto a registrazione, sono oggi ammesse come prova dalla giurisprudenza anche per attività economiche diverse;[74]
- l'accesso alle procedure di sovraindebitamento (v. ora l'art. 2, lett. c, d.lgs. 14/2019 e l'art. 7 l. 3/2012) e, quindi, l'esclusione dalla liquidazione giudiziale[75];
- l'accesso alla composizione negoziata per la soluzione della crisi (art. 2 d.l. 118/2021, convertito con modificazioni con l. 147/2021 e v. ora l'art. 12 ss. del d.lgs. 14/2019 come modificato, da ultimo, dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, recante Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza);
- l'adottabilità di modelli societari lucrativi e mutualistici (come le cooperative) per l'esercizio dell'impresa (art. 2249 c.c.), nonché di contratti di organizzazione d'impresa (dal consorzio ai contratti di rete);
- l'estensione delle norme in materia di rappresentanza commerciale[76];
- l'estensione delle tutele connesse all'utilizzo dei segni distintivi e, in particolare, la ditta e il marchio[77];
- l'applicazione della disciplina dettata dal codice civile per l'azienda dell'impresa soggetta a registrazione: se per le attività connesse opera espressamente il divieto di concorrenza (art. 2556, comma 5, c.c.), la dottrina tende ad applicare l'intera

in Italia. Profili civilistici, giuslavoristici, contabili e fiscali, 2017, p. 183 ss.

74 Cfr. Cass., sez. lav., 21 agosto 2004, n. 16513, in *Giust. civ. Mass.*, 2004. L'art. 2710 c.c. limita l'efficacia probatoria delle scritture contabili, sul piano soggettivo, agli imprenditori che dispongono di libri contabili correttamente tenuti e, sul piano oggettivo, ai «rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa». Ebbene la Suprema Corte ha precisato che le scritture contabili possono essere utilizzate come prova nella controversia che contrappone l'impresa commerciale e l'agente di commercio che, nel caso concreto, era un piccolo imprenditore *ex* art. 2083 c.c. e, quindi, come tale, non era obbligato a tenere le scritture contabili (art. 2214, comma 3, c.c.).

75 In argomento v. D. DAMIANO, *L'imprenditore agricolo tra codice civile e nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Notariato*, 2021, p. 628 ss.

76 L'art. 2138 c.c. identifica la figura del dirigente come preposto all'esercizio dell'impresa agricola e del fattore di campagna, come ausiliario dell'imprenditore (con poteri rappresentativi attribuiti per iscritto o in base alle consuetudini). Per Cass., sez. lav., 6 agosto 2014, n. 17702, «la figura del "fattore di campagna" designa l'impiegato di concetto che collabora con il conduttore o chi per lui nell'organizzazione dell'azienda, nel campo tecnico o amministrativo o in entrambi, con maggiore o minore autonomia di concezione ed apporto di iniziativa, nell'ambito delle facoltà affidategli e secondo le consuetudini locali». Peraltro, soprattutto per le attività connesse, che sono attività commerciali ancorché assoggettate alla disciplina dell'impresa agricola, non si vedono particolari ostacoli ad applicare, ad esempio, la disciplina del commesso (art. 2210 ss. c.c.).

77 Cfr. V. BUONOCORE, *Il «nuovo» imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, cit., p. 26 s.

disciplina dell'azienda commerciale anche all'azienda agricola a cominciare dalle regole sulla cessione della stessa (art. 2556 ss. c.c.)[78];

- l'applicazione della disciplina relativa ai privilegi a favore del coltivatore diretto «per i corrispettivi della vendita dei prodotti (...)» (art. 2751*bis*, n. 4 c.c.), anche laddove i coltivatori diretti si siano costituiti in forma collettiva (società semplice)[79].

In sostanza: l'inclusione dell'impresa agricola – con quei caratteri della fattispecie che si sono messi in luce in precedenza – tra le attività tenute all'iscrizione nel registro delle imprese con il valore di pubblicità dichiarativa *ex* art. 2193 c.c. porta logicamente ad estendere il campo di applicazione di quelle norme che richiamano l'*impresa soggetta a registrazione*[80]. Con l'attribuzione dell'efficacia dichiarativa all'iscrizione nel registro delle imprese, si opera, quindi, un'abrogazione tacita dell'art. 2136 c.c.[81] che la Relazione al re (n. 864) additava come «una delle particolarità più rilevanti» che caratterizzava l'esercizio dell'attività agricola[82]. Del resto attorno alla pubblicità commerciale ruota l'intera disciplina dell'impresa commerciale e delle forme commerciali per l'esercizio dell'attività economica tipicamente votate ai rapporti con i terzi nel mercato che, evidentemente, ora connota anche l'impresa agricola[83].

78 Cfr. ancora V. BUONOCORE, *Il «nuovo» imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, cit., p. 26 s.

79 Cfr. Trib. Modena, 27 ottobre 2020, in *Giur. comm.*, 2022, II, p. 559 ss., con nota di A. MERLINI, *La società fra coltivatori diretti e il privilegio di cui all'art. 2751*-bis, n. 4 c.c.

80 Significativo il rilievo operato da C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 37, che commentando il d.lgs. 228/2001, data la coincidenza tra gli effetti della pubblicità cui è soggetto l'imprenditore commerciale rispetto all'imprenditore agricolo, conclude nel senso che «ne risulta una sorta di ampliamento dell'elenco contenuto nell'art. 2195 cod. civ.: come se ad esso fosse stato aggiunto un ulteriore numero 6 comprendente l'imprenditore agricolo».

81 In argomento cfr., in luogo di molti, G.B. FERRI, *L'art. 2135 c.c. e la nuova definizione di imprenditore agricolo*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, tomo I, Milano, 2008, p. 901 ss., in part. p. 911. *Contra* v. N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2012, p. 235 ss.

82 Non a caso chi, come N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della «commercialità»*, Milano, 2012, p. 229 ss., vuole riconoscere all'imprenditore agricolo uno spazio sostanzialmente analogo a quello che occupava prima della riforma del 2001 suggerendo di riflettere sul criterio della «sottrazione» per individuare la figura dell'impresa commerciale, dà un particolare valore interpretativo all'art. 2136 c.c.

83 Sull'evoluzione dell'istituto sul piano storico e comparatistico cfr. V. AFFERNI, *Il registro delle imprese*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, II, Padova, 1978, p. 159 ss., e, con riferimento al sistema adottato dal codice civile del 1942, p. 194 ss. V., inoltre, C. IBBA, *La pubblicità delle imprese*, Padova, 2012, p. 3 ss., nonché M. LIBERTINI, *La pubblicità societaria nella realtà italiana ed europea. Il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2015, p. 475 ss. Con specifico riguardo al nuovo sistema di pubblicità commerciale dell'imprenditore agricolo introdotto nel 2001 v. U. BELVISO, *Il regime pubblicitario dell'imprenditore agricolo (la riforma d'inizio secolo)*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, I, p. 3 ss., ma v. anche P. MASI, *L'imprenditore agricolo e l'evoluzione tecnologica dell'agricoltura*, in AA.VV. *Scritti in onore di Giovanni Galloni*, Roma, 2002, I, p. 213 ss., in part. p. 232, nonché M. COSSU, *L'impresa agricola tra diritto agrario e diritto commerciale*, cit., p. 107 s., la quale, quanto al valore della pubblicità legale nel registro delle imprese per l'imprenditore agricolo, osserva che «non essendo venute meno le ragioni che suggeriscono di differenziare lo statuto dell'imprenditore (anche) in ragione delle dimensioni il nuovo regime viene a creare entro il sistema, certamente, una distorsione. È di dubbia costituzionalità, inoltre, un quadro normativo che differenzia "piccolo imprenditore agricolo" e "piccolo imprenditore

4. Una conclusione intermedia: l'impresa agricola e la progressiva convergenza verso la disciplina dell'impresa nel mercato.

L'attuale quadro normativo si connota per impostazioni e finalità di tutela completamente differenti rispetto a quelle del tempo della codificazione. La matrice europea, che caratterizza, in buona parte, la vigente legislazione agraristica, imprime alla disciplina dell'attività primaria, da un lato, una rilevanza autonoma e, dall'altro, un carattere funzionalistico. La rilevanza autonoma è imposta dalla specificità che continua a giustificare il *paradosso* del particolare trattamento di favore riservato all'impresa agricola e a chi in essa vi opera[84]. D'altro canto manca, a livello sia europeo che domestico una nozione di impresa agricola che abbia realmente valore generale. Il legislatore europeo prescinde dalla contrapposizione tra le due tipologie di imprese poiché pone al centro la tutela del mercato nel cui contesto sistematico si devono spiegare altresì gli aiuti al settore primario[85]. Ne è prova che nell'art. 38 TFUE ci si sofferma sulla nozione di prodotto agricolo e non di impresa agricola: una «nozione di impresa agricola è stata ritenuta non solo inutile, ma neppure necessaria»[86].

A livello domestico la definizione di imprenditore agricolo professionale (IAP), introdotta dal d.lgs. 99/2004 e sostitutiva di quella di *imprenditore agricolo a titolo principale* (art. 1, comma 5*quater*, d.lgs. cit.), nonostante la formula che apre l'art. 1 («ai fini dell'applicazione della normativa statale»)[87], ha una portata ben circoscritta[88],

commerciale" riguardo agli effetti dell'iscrizione (nella stessa sezione speciale!)».

84 Cfr. A. JANNARELLI, *Il divenire del diritto agrario italiano ed europeo tra sviluppi tecnologici e sostenibilità*, in *Riv. dir. agr.*, 2013, I, p. 11 ss., in part. p. 22 s., per il quale «gran parte dell'esperienza legislativa agraristica nei paesi occidentali (...) ha ruotato intorno ad un singolare paradosso. Infatti, è indubbio che la funzione sociale riconosciuta in generale all'istituzione mercato (...) ha convissuto in termini singolari con un interventismo pubblico in economia che, a proposito dei mercati agricoli ha direttamente inciso sui prezzi dei prodotti agricoli, ossia proprio sul dato qualificante e rappresentativo del sistema basato sulla libera iniziativa e sulla concorrenza». Sulle ragioni che continuano a giustificare la differente disciplina dell'impresa agricola rispetto a quella commerciale v. A. GERMANÒ, *L'impresa agricola*, in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 2001, p. 504 ss., in part. p. 522 ss.

85 Lo sottolinea M. GALLETTI, *Le diverse tipologie di impresa*, in R. TOMMASINI-M. GALLETTI, *Statuto dell'impresa e azienda*, cit., p. 54. Sugli aiuti di Stato al settore agroalimentare v. A. GERMANÒ, *Gli imprenditori agroalimentari e gli aiuti di Stato*, in *Trattato di diritto agrario*, III, a cura di L. Costato e A. Germanò, E. Rook Basile, Torino, 2011, p. 249.

86 Così A. VECCHIONE, in A. JANNARELLI, A. VECCHIONE, *L'impresa agricola*, cit., p. 357, ove ulteriori riferimenti.

87 Ai sensi dell'art. 1 d.lgs. 99/2004 è imprenditore agricolo professionale il soggetto che, «in possesso di conoscenze e competenze professionali ai sensi dell'articolo 5 del regolamento (CE) n. 1257/1999 del Consiglio, del 17 maggio 1999, dedichi alle attività agricole di cui all'articolo 2135 del codice civile, direttamente o in qualità di socio di società, almeno il cinquanta per cento del proprio tempo di lavoro complessivo e che ricavi dalle attività medesime almeno il cinquanta per cento del proprio reddito globale da lavoro». Per ulteriori considerazioni v. il commento alla fonte normativa nella *Rivista di diritto agrario*, 2/2004.

88 Secondo la dottrina prevalente, il riferimento alla normativa statale andrebbe riferita solo alla concessione di agevolazioni e provvidenze economiche previste per l'agricoltura e, quindi, anch'essa sarebbe curvata rispetto all'applicazione di una specifica disciplina. Cfr. A. VECCHIONE, in A. JANNARELLI, A. VECCHIONE, *L'impresa agricola*, cit., p. 359 ss., nonché M. CIAN, *Note sui rapporti tra la nuova figura dell'imprenditore agricolo professionale (Iap) e le categorie del diritto commerciale*, in *Riv. dir. agr.*,

assecondando la lettura funzionalistica delle tutele riconducibili alle fattispecie regolate.

In estrema sintesi: l'elemento centrale dell'impresa agricola del codice civile del 1942 era il fondo, così come il mercato lo era per l'imprenditore commerciale. Ne consegue che, innanzitutto, era da considerarsi agricola la sola attività diretta ad ottenere beni per il soddisfacimento di bisogni primari umani attraverso l'opera dell'uomo per lo sfruttamento della naturale capacità produttiva della terra, ricorrendo a *tradizionali* modalità di ottenimento dalla stessa di utilità animali o vegetali. In secondo luogo, le attività connesse si inscrivevano in tale paradigma favorendo, con tecniche *tradizionali* (a basso livello tecnologico e ridotta innovazione), la conservazione del prodotto o la sua più profittevole commercialità[89]. In conclusione, emerge in modo chiaro che l'impresa agricola, come intesa nel codice del 1942, si fondava sul criterio della *tradizione*, che è speculare a quello della *innovazione*, integrante l'impresa commerciale. Le due fattispecie di impresa (agricola e commerciale) si caratterizzavano dunque per essere normativamente costruite intorno a criteri speculari (la tradizione e l'innovazione) e per l'assenza di un carattere comune che consentisse di ricondurre le stesse ad un unico genere[90], stante il valore essenzialmente ideologico della fattispecie dell'art. 2082 c.c.[91]

A partire dalle novelle di inizio millennio, la nozione di imprenditore agricolo (non solo nel diritto italiano)[92], si modella in termini sempre più prossimi a quella di imprenditore commerciale[93], quasi a completare, su impulso della legge speciale, quel percorso teso al superamento di una distinzione che, se realmente si intende collocare l'attività agricola nell'area dell'impresa, non ha alcun valido fondamento sul piano

2005, I, p. 68 ss., per il quale con il d.lgs. 99/2004 si introducono nuove categorie normative. Vi sarebbe oggi infatti una tripartizione nella figura dell'imprenditore agricolo, ossia: «imprenditori agricoli, esercenti individualmente un'attività con i caratteri previsti dall'art. 2082, e quindi professionalmente, ma, al contempo non professionalmente, *ex* art. 1 d.lgs. 99; imprenditori agricoli (...) doppiamente professionali; infine, i.a.p. non imprenditori ad altri fini» (p. 81).

89 Si pensi, ad esempio, alla essiccazione dei cereali: un tempo si sfruttavano le apposite aree (l'àia) per esporre il prodotto all'irradiazione solare. Successivamente si sono introdotti processi di essicazione meccanica che garantivano, tra l'altro, un adeguato ed omogeneo livello di umidità del prodotto in tempi assai più contenuti.

90 Su un piano diverso si colloca la tesi di P. FERRO-LUZZI, *L'impresa*, cit., p. 33 s., che sottolinea «le oggettive diversità del ciclo produttivo che consentono (...) di differenziare l'impresa (soggetta a registrazione) dall'impresa agricola». V, inoltre, più recentemente, M. GALLETTI, *L'imprenditore*, in R. TOMMASINI-M. GALLETTI, *Statuto dell'impresa e azienda*, cit., p. 47 ss.

91 Per una dimostrazione di tale ultimo assunto e i relativi richiami bibliografici sia consentito il rinvio ad A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, Napoli, 2017, p. 92 ss.

92 Cfr. V. BUONOCORE, *Il "nuovo" imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, cit., p. 5 ss. Per l'omologa definizione che compare nel diritto francese v. l'art. L.311-1 code rural (modificato dalla Loi n°2010-874 du 27 juillet 2010 - art. 59), in cui si sono recepite anche le indicazioni europee relative alla produzione di energia (c.d. agroenergie). Cfr. A. GERMANÒ, *La legge francese del 27 luglio 2010 sulla modernizzazione dell'agricoltura e della pesca*, in *Dir. giur. agr. al. e amb.*, 2011, p. 92 ss.

93 Cfr. A. CETRA, in AA.VV., *Diritto commerciale, I*, a cura di M. Cian, cit., p. 13. Per L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale, I - Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, ed. a cura di M. Castellano e F. Vessia, Torino, 2015, p. 154, «continuare a parlare di statuto commerciale rimane corretto se lo si intende come omaggio storico all'impianto della disciplina codicistica del 1942 (...)». *Contra*, per tutti, v. N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, cit., p. 139 ss.

giuridico[94]. Le ragioni della reale (e non più solo formale) dimensione imprenditoriale dell'agricoltura sono legate al perseguimento di finalità diverse ed eterogenee che hanno una forte matrice in valori tutelati nelle fonti europee[95]: dalla prevenzione dell'abbandono dei territori (non solo montani), alla conservazione del tessuto sociale e delle risorse naturali[96], fino alla tutela del consumatore. Si è così contribuito a realizzare una «rilevanza pubblicistica dell'attività agricola»[97] con lo sfruttamento *sostenibile* dei fondi, la cura del territorio, offrendo un argine importante alle conseguenze sociali ed economiche provocate (anche) dai dissesti idrogeologici[98]. Ma non solo.

In tale quadro emerge una duplice rilevanza della collocazione dell'attività agricola nella dimensione dell'impresa, ossia, innanzitutto, le tutele collegate al prodotto e all'ambiente e, in secondo luogo, la definizione degli assetti organizzativi. Nella prima prospettiva, l'impresa agricola incontra il tema della sicurezza alimentare, in senso qualitativo[99], che si spiega nel più ampio orizzonte di tutela della salute che, come l'ambiente, ha un presidio di carattere generale nel principio di precauzione (art. 191 TFUE). In tale contesto, viene in considerazione il tema della responsabilità da prodotto che, con la dir. 99/34/CE (di modifica dell'art. 2 dir. 85/375/CEE), è stata estesa al produttore agricolo[100]. Quest'ultimo tassello è un'ulteriore conferma del fatto che

94 Cfr. A. NIGRO, *Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione*, cit., p. 772 ss. e A. JANNARELLI, *Appunti per una teoria giuridica del "rischio di impresa"*, in *Riv. dir. agr.*, 2007, I, p. 299 ss., ora anche in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, tomo I, Milano, 2008, p. 1233 ss., in part. p. 1267 ss.

95 È rilevante, a tal proposito, tener conto che si è ormai consolidata a livello di politica europea una prospettiva di intervento a favore delle zone rurali che va oltre il tema dell'impresa agricola. Cfr. la gia citata Comunicazione della Commissione, *Una visione a lungo termine per le zone rurali dell'UE: verso zone rurali più forti, connesse, resilienti e prospere entro il 2040*, del 30 giugno 2021, COM(2021) 345 final (e il relativo allegato), ove si delinea una «visione per le zone rurali» che si basa sulla individuazione di «quattro ambiti di intervento complementari, che incarnano una visione a lungo termine *a partire da, mediante e per* zone rurali più forti, connesse, resilienti e prospere entro il 2040» (corsivo nell'originale) e la predisposizione di un «patto rurale e un piano d'azione rurale dell'UE con progetti faro tangibili e nuovi strumenti [che] contribuiranno al raggiungimento degli obiettivi della visione».

96 Cfr. F. ADORNATO, voce *Agricoltura e zootecnia*, in *Enc. giur.*, Agg., XVI, Roma, 2008, p. 1 ss., in part. p. 5.

97 Così, testualmente, S. CARMIGNANI, *Attività agricola e crisi d'impresa*, in *Dir. agroal.*, 2/2021, p. 463 ss., in part. p. 468.

98 Lo sottolinea recentemente M. MAURO, *Imprenditore agricolo e crisi di impresa* (nota a Cass. 13 luglio 2017, n. 17343), in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 4/2018, p. 1 ss., in part. p. 7, per corroborare la tesi che l'impresa agricola merita di non essere soggetta alle procedure fallimentari e, soprattutto, abbisogna di una procedura concorsuale che tenga conto della specificità dell'impresa agricola. Sul ruolo dell'agricoltore nelle problematiche ambientali v. anche le osservazioni di L. COSTATO, *Per una storia del diritto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 2020, p. 75 ss., in part. p. 83 s.

99 Cfr. G. PISCIOTTA, *Sicurezza alimentare, libera circolazione delle merci e regole di responsabilità*, in *Giureta*, 2018, p. 25 ss.

100 Cfr. G. PISCIOTTA, *Sicurezza alimentare, libera circolazione delle merci e regole di responsabilità*, in *Giureta*, 2018, p. 25 ss., in part. p. 38 ss., per la quale la disciplina europea porta a includere «i prodotti agricoli nell'ambito di applicazione della direttiva sulla responsabilità del produttore, così allineando l'intervento nel campo della produzione agroalimentare al generale trend della disciplina europea della responsabilità». Muovendo dal principio di precauzione, sviluppa la sua proposta interpretativa S. MASINI, *Profili di responsabilità dell'imprenditore agricolo: dall'economia corporativa a quella circolare*, in *Dir., agroalim.*, 2020, p. 345 ss., in part. p. 351 ss., il quale, considerato che il tema della responsabilità va inserito in un «modello di sviluppo, che si sta proponendo, a livello europeo, con il passaggio da

l'impresa agricola è da considerarsi impresa di mercato che, quindi, scambia direttamente (anche) con il consumatore[101] e si apre alla sfida tecnologica per l'accrescimento della propria capacità competitiva, con gli inevitabili rischi che tale atteggiamento rappresenta per l'ambiente e per i beni giuridici che ad esso si ricollegano[102].

4.1. Segue: in particolare l'adeguatezza organizzativa dell'impresa agricola.

La superiore conclusione è, a sua volta, la premessa su cui sviluppare i molteplici profili che compongono il secondo versante *supra* anticipato, ossia l'adeguatezza organizzativa. Un primo elemento di rilievo è dato proprio dalla gestione del rischio da prodotto: l'estensione dell'area della responsabilità impone che il produttore disponga di adeguati strumenti organizzativi per offrire la prova liberatoria. In tal modo si delinea uno stretto collegamento tra la dimensione contrattuale dell'attività e l'organizzazione dell'impresa che, pur collocati su piani speculari con riguardo al tema della sindacabilità delle scelte gestorie, si legano in termini di reciproca dipendenza rispetto alla disciplina della responsabilità in parola. Se è vero infatti che non è controverso che le scelte discrezionali di impresa (in cui una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito riconducono anche gli assetti di impresa)[103] siano insindacabili, è altrettanto vero che

una dimensione mercantile ad un'altra di carattere politico-sociale» suggerisce di modificare la nozione di responsabilità (da prodotto). Quest'ultima non è tanto la «risposta ad una lesione dell'altrui interesse tutelato», quanto piuttosto una «modalità di controllo ecologico del ciclo di produzione, tenendo conto degli sviluppi scientifici e tecnologici (...)». Ne consegue un accrescimento delle situazioni rilevanti che costituiscono, nel loro complesso, «espressione di un modello *in senso circolare*» (corsivo nell'originale). In argomento v. ora *amplius* S. MASINI, *"Transizione ecologica" dell'agricoltura*, in *Dir. agroalim.*, 2022, p. 45 ss.

101 Con riguardo alla relazione tra il settore primario e il consumatore attraverso la mediazione attiva del mercato, sia consentito il rinvio ad A. CAPRARA, *Il contratto di rete come forma di organizzazione dell'impresa agricola per tutelare i "nuovi" interessi*, in AA.VV., *Agricoltura e 'nuovi' interessi. Alla ricerca di uno statuto pubblicistico per l'attività, l'impresa e l'agrarietà dei suoli*, a cura di M. Nicolini e W. Wallnöfer, Napoli, 2019, p. 107 ss. Questa prospettiva tende ad essere implementata dall'esigenza sempre più pressante di offrire una corretta informazione al consumatore. Cfr. B. LA PORTA, *Riflessioni a margine di un'ordinanza cautelare del Tribunale di Gorizia: greenwashing tra concorrenza sleale e diritto del consumatore all'acquisto consapevole*, in *Dir. agroalim.*, 2022, p. 7 ss.

102 Infatti G. PISCIOTTA, *Sicurezza alimentare, libera circolazione delle merci e regole di responsabilità*, in *Giureta*, 2018, p. 25 ss., in part. p. 44, osserva che «le nuove tecnologie non comportano soltanto atti di violenza e sfruttamento nei confronti della natura e dell'ambiente», ma si devono «delineare i limiti entro cui il progresso scientifico, nel suo rapido e incontenibile incedere, non li compia causando un danno irreparabile per l'intera umanità, generazioni future incluse». Pertanto dall'affermarsi «della scienza "incerta" nasce la necessità di apprestare misure volte a proteggere i c.d. diritti fondamentali di nuova generazione, determinati dall'avvento delle nuove tecnologie (diritti biologici, biodiritto, segnatamente con riferimento ai diritti della personalità) e connessi alla salvaguardia del pianeta».

103 Il tema della sindacabilità dell'adempimento ai doveri di istituire adeguati assetti organizzativi è molto dibattuto in dottrina e in giurisprudenza. Cfr., nella vasta produzione scientifica, anche per altri riferimenti, V. CALANDRA BUONAURA, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella Società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 439 ss., ID., *Amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Sez. IV – Tomo 4.VI*, Giappichelli, Torino, 2019, in part. p. 286 ss.; P. MONTALENTI, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale*

quando l'attività si sviluppa sul piano contrattuale coinvolgendo interessi che l'ordinamento ha ritenuto meritevoli di tutela, l'esenzione da responsabilità per l'impresa richiede la prova del corretto adempimento ai doveri di adeguata organizzazione che costituiscono i prodromi per la prova liberatoria[104].

Altro profilo di rilievo degli assetti di impresa agricola è quello che si può ricavare, ancora in termini normativi, dalla disciplina della crisi [105]. L'unico elemento che ancora giustifica, sul piano giuscommercialistico domestico, la contrapposizione tra le due figure di impresa (agricola e commerciale) resta quello dell'assoggettamento al fallimento (oggi, si dovrebbe dire, alla liquidazione giudiziale: cfr. d.lgs. 14/2019), che riguarda il solo imprenditore commerciale (non "minore" *ex* art. 2, lett. d, d.lgs. 14/2019). L'imprenditore agricolo, ancorché superi i requisiti dimensionali della c.d. impresa minore, potrà accedere, come anticipato, alle procedure di sovraindebitamento (v. ora l'art. 2, lett. c, d.lgs. 14/2019 e l. 3/2012)[106], ma oggi anche alla composizione negoziata per la soluzione della crisi (art. 2 d.l. 118/2021, conv. con modificazioni con l. 147/2021 e oggi l'art. 12 d.lgs. 14/2019 come novellato, da ultimo, dal d.lgs. 83/2022)[107].

della riforma, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 829 ss., C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e* Business Judgment Rule, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 643 ss.; A. MIRONE, *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Rivista ODC*, 1/2020, p. 23 ss., E. BARCELLONA, Business judgment rule *e interesse sociale nella "crisi". L'adeguatezza degli assetti organizzativi alla luce della riforma del diritto concorsuale*, Milano, 2020, p. 51 ss., G. MERUZZI, *Il riparto di responsabilità per inadeguatezza organizzativa*, in AA.VV., *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali. Profili sostanziali e processuali*, a cura di M. De Poli e G. Romagnoli, Pisa, 2020, p. 13 ss., in part. p. 17 ss. In giurisprudenza v. Trib. Roma, sez. spec. impr., 8 aprile 2020, in *Società*, 2020, p. 1339 ss., con nota (adesiva) di A. BARTALENA, *Assetti organizzativi e* business judgement rule e in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, II, p. 278 ss., con nota di L. BENEDETTI, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali. In particolare, il principio della business judgement rule applicato alle scelte organizzative degli amministratori*, e Trib. Roma, sez. spec. impr., 15 settembre 2020, n. 3711, in www.giurisprudenzadelleimprese.it. Per ulteriori riferimenti e considerazioni critiche sia consentito il rinvio ad A. CAPRARA, *I principi di corretta amministrazione. Struttura, funzioni e rimedi*, Torino, 2021, p. 156 ss.

104 Cfr. S. MASINI, *Profili di responsabilità dell'imprenditore agricolo: dall'economia corporativa a quella circolare*, in *Dir., agroalim.*, 2020, p. 345 ss., in part. p. 351 ss., in part. p. 353.

105 Peraltro, nel d.lgs. 14/2019, a seguito delle modifiche apportate, da ultimo, del d.lgs. 83/2022, all'art. 3, comma 3, «al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa» vengono definiti dei criteri di adeguatezza: «a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore; b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4; c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, comma 2».

106 Che questa sia, come lo erano già gli accordi di ristrutturazione estesi all'imprenditore agricolo, soluzioni non ottimali per l'esercizio dell'impresa, specie se di medio-grandi dimensioni, è già stato messo in evidenza dalla dottrina che sottolinea come ai vantaggi per l'imprenditore (che non subisce azioni individuali e può assicurarsi l'esdebitazione) non corrispondono altrettanto profittevoli riscontri per i creditori. Cfr. M. MAURO, *Imprenditore agricolo e crisi di impresa* (nota a Cass. 13 luglio 2017, n. 17343), in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 4/2018, p. 1 ss., in part. p. 9 ss.

107 Con l'approvazione del decreto legislativo correttivo c.d. *insolvency* 83/2022 è stata soppressa una parte del Codice della Crisi e dell'Insolvenza (anche CCII) che aveva fatto molto discutere in dottrina: le procedure di allerta. Queste ultime erano rilevanti anche per le imprese agricole, poiché l'art. 12,

Ne consegue che l'impresa agricola sarà sempre sottratta alla disciplina della liquidazione giudiziale. Trova conferma, dunque, la rilevanza normativa della contrapposizione tra la fattispecie dell'impresa agricola e l'attività agricola. In sostanza non sarà rilevante l'attività esercitata (agricola o commerciale), ma la disciplina della stessa. Così, se anche l'impresa agricola svolge un'attività commerciale connessa, tale attività sarà soggetta alla disciplina dell'impresa agricola, purché siano rispettati i requisiti (soggettivi e oggettivi) di connessione.

Vi è, tuttavia, un ulteriore profilo che attiene ai doveri di corretta organizzazione. L'art. 3, d.lgs. 14/2019 Codice della crisi impone, al primo comma, all'imprenditore individuale di adottare «misure idonee a rilevare tempestivamente la situazione di crisi» e, al secondo comma, all'imprenditore collettivo di adottare un «assetto organizzativo adeguato alla tempestiva rilevazione della crisi». L'art. 2086, comma 2, c.c., introdotto dall'art. 375 d.lgs. 14/2019 prevede, per tutte le imprese in forma collettiva, «di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa» *anche* in funzione della crisi. Ne consegue che con integrale entrata in vigore del Codice della Crisi e dell'Insolvenza (ma probabilmente anche a prescindere da essa)[108]:

- essendo la crisi definita come «lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate» (art. 2, lett. a)[109], le imprese agricole dovranno adottare (almeno) le misure idonee a (se non veri e propri assetti organizzativi, amministrativi e contabili per) rilevare tempestivamente tale squilibrio;

- nel caso in cui l'impresa agricola abbia adottato il modello organizzativo delle società di capitali, laddove vi sia un organo di controllo o un revisore, sugli stessi graveranno gli obblighi previsti all'art. 25-*octies* d.lgs. 14/2019 (nell'edizione aggiornata, da ultimo dal d.lgs. 83/2022), per cui gli assetti organizzativi dovranno per lo meno

comma 7, d.lgs. 14/2019 prevedeva che gli «strumenti di allerta si applicano anche alle imprese agricole e alle imprese minori, compatibilmente con la loro struttura organizzativa, ferma la competenza dell'OCC per la gestione della fase successiva alla segnalazione dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15 ovvero alla istanza del debitore di composizione assistita della crisi». Cfr. M. SPIOTTA, *Scritture e assetti contabili. Un'asimmetria normativa tra codice civile e codice della crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, p. 197 ss. V., inoltre, S. CARMIGNANI, *Attività agricola e crisi d'impresa*, in *Dir. agroal.*, 2/2021, p. 463 ss.

108 Dopo una prima proroga dell'entrata in vigore del Codice della crisi (art. 5 d.l. n. 23/2020, c.d. decreto liquidità), è stata costituita, con d.m. Giustizia del 22 aprile 2021, presso l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, una commissione «per elaborare proposte di interventi» sul Codice della crisi (art. 1 d.m. cit.). Peraltro, le norme in questione, ancor prima dell'entrata in vigore del Codice della crisi, potevano considerarsi patrimonio normativo del diritto dell'impresa. L'art. 1 d.l. 118/2021 ha rinviato l'entrata in vigore del Codice al 16 maggio 2022, salvo il titolo II della Parte prima (dedicato alle procedure di allerta) che veniva posticipata al 31 dicembre 2023. Con il D.L. 30 aprile 2022, n. 36 si è disposto che il CCII entra in vigore il 15 luglio 2022, ma in una edizione diversa da quella originaria che non contempla più, come detto, le misure di allerta.

109 Sulla nozione di crisi v. D. GALLETTI, *Le politiche di gestione del rischio. Modelli giuridici per l'assunzione delle decisioni d'impresa*, cit., p. 66 ss.

consentire che l'organo di controllo (quando lo stesso è stato nominato) possa essere nelle condizioni di potervi adempiere[110].

In conclusione, a prescindere dalle questioni di "effettività"[111] permane il diverso regime della crisi che sembrava destinato a cadere stante, da un lato, e «in attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi (...)», l'ammissibilità degli accordi di ristrutturazione per l'impresa agricola (art. 23, comma 43, d.l. 98/2011), ma anche, dall'altro, una concezione della crisi di impresa (anche agricola) completamente rinnovata[112]. In occasione dell'adozione del Codice della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 14/2019), si è preferito, invece, rimarcare il differente trattamento dell'impresa agricola rispetto all'impresa commerciale[113], nonostante le critiche e le esortazioni di segno contrario lanciate dalla dottrina[114]. Peraltro, la disciplina della crisi ha introdotto ulteriori elementi di diritto dell'impresa che prescindono dalla crisi e segnano una tappa importante nel processo di progressiva elisione dei tratti distintivi tra le due fattispecie di impresa che non tiene in adeguato conto, tuttavia della mancanza, per l'impresa agricola, della definizione dei diversi obblighi che continuano a gravare sulla sola impresa commerciale[115].

Pertanto, se uno statuto differenziato poteva forse un tempo poggiare su ragioni di politica del diritto orientata a favorire l'industrializzazione dell'impresa agricola[116], oggi,

110 V. già M. CENTONZE, *Il* risk based approach *come metodo di condotta del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 866 ss.

111 Rileva la presenza di una serie di ostacoli che in concreto vanificano le tutele concorsuali per l'impresa agricola S. CARMIGNANI, *Attività agricola e crisi d'impresa*, in *Dir. agroal.*, 2/2021, p. 463 ss., in part. p. 471 ss.

112 V. la Comunicazione della Commissione europea del 9 gennaio 2013 nell'ambito del Piano d'azione imprenditorialità 2020, § 3.5, p. 18, la Raccomandazione della Commissione, 12 marzo 2014, Un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza (2014/135/UE), nonché il Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza. Recentemente v. la dir. 2019/1023/UE del 20 giugno 2019, *riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 – direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza.*

113 Proponeva regole *ad hoc* per l'impresa agricola in crisi, ad esempio, M. MAURO, *Imprenditore agricolo e crisi di impresa* (nota a Cass. 13 luglio 2017, n. 17343), in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 4/2018, p. 1 ss., in part. p. 8 ss.

114 Cfr., ad esempio, S. FORTUNATO, *La nuova nozione di impresa agricola*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Schlesinger*, tomo IV, Milano, 2004, p. 2501 ss., in part. p. 2515 s. e G.D. MOSCO, S. LOPREIATO, *Prime considerazioni a margine del progetto di riforma "Rordorf" delle crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Luiss Law Review*, p. 64 ss., in part. p. 72 s.; S. CARMIGNANI, *Imprenditore agricolo e prospettive di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. agroal.*, 2018, p. 531 ss.

115 Cfr. S. MASINI, *Prospettive nell'evoluzione dei rapporti tra banche e agricoltura*, in *Dir. agroal.*, 2021, p. 581 ss., in part. p. 594, il quale sottolinea che «se un sistema di allerta non poteva giustificarsi quando il modo di produzione agricola si presentava come *appoggiato* alla realtà oggettiva del fondo (...) occorre ora allestire un quadro funzionale alla rappresentazione dei rischi (...)» (corsivo nell'originale).

116 Cfr. A. JANNARELLI, *Appunti per una teoria giuridica del "rischio di impresa"*, cit., p. 299 ss. Peraltro la stessa giustificazione della eccezione al fallimento ha origini storiche e ideologiche incerte. Cfr. N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, cit., p. 17 ss., nonché, per alcune riflessioni sull'evoluzione delle procedure concorsuali, G.B. PORTALE, *Dalla pietra del vituperio alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Banca borsa tit. cred.*,

che l'agrarietà (come la commercialità) tende a porsi come categoria storica più che dogmatica, tale politica appare superata[117].

5. – Strumenti per l'esercizio collettivo dell'impresa agricola: le società agricole.

La disciplina degli strumenti per l'esercizio dell'impresa agricola accompagnano e assecondano lo sviluppo dell'originaria figura dell'imprenditore agricolo.

Le c.d. società agricole avevano trovato un proprio spazio nel codice civile nel quale, sin dal 1942, era stato inserito un modello societario (la società semplice), esonerato dall'applicazione della disciplina delle società commerciali[118]. Inoltre, non si fissavano preclusioni all'utilizzo di società commerciali per l'esercizio di attività non commerciali (art. 2249 c.c.)[119]. La qualificazione in termini agricoli della società è riconducibile infatti non tanto al modello societario, quanto all'attività indicata nell'oggetto sociale[120]. Tuttavia la spinta delle attività commerciali connesse verso l'adozione di modelli per l'esercizio in comune di un'attività di impresa (per il mercato) ha aperto il dibattito, soprattutto in passato, sull'ammissibilità del modello societario per lo svolgimento della sola attività commerciale connessa[121]. Si tratta, evidentemente, di una deroga sostanziale

2010, I, p. 389 ss.

117 Così RO. ALESSI, *L'impresa agricola dopo la Novella dell'art. 2135 c.c.*, in AA.VV., *L'impresa agricola*, a cura di Ro. Alessi, Torino, 2011, p. 60, ma v. anche S. CARMIGNANI, *Attività agricola e crisi d'impresa*, in *Dir. agroal.*, 2/2021, p. 463 ss., in part. p. 469, per la quale l'art. 2082 c.c. rappresenta una identità che oggi è anche di effetti economici, «ovvero una identità di impatto sul contesto sociale e dei mercati che sembrerebbe mal giustificare una persistente sottrazione dell'imprenditore agricolo dal fallimento e dalle procedure concorsuali». A tale conclusione non osta il rilievo per il quale la Corte cost. n. 104/2012 ha ritenuto inammissibile la questione relativa alla disparità di trattamento ai fini fallimentari tra impresa agricola e commerciale. In quell'occasione si è affermato infatti che la «insoddisfacente identificazione quale imprenditore ittico, e come tale equiparato per quanto ora di interesse a quello agricolo, del soggetto del cui fallimento si discute di fronte al rimettente, rendendo, quanto meno, non adeguatamente motivata la rilevanza nel giudizio *a quo* della presente questione di legittimità costituzionale (…)». In argomento v. le osservazioni di M. MOZZARELLI, *Impresa (agricola) e fallimento*, in AA.VV., *Cinquanta sfumature di impresa*, a cura di G. Olivieri e G. Presti, AGE 1/2014, p. 85 ss.

118 Cfr. ora S. PATRIARCA, I CAPELLI, *Società semplice*, in *Commentario del Codice Civile e dei codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Zanichelli, Bologna, 2021.

119 Cfr. S. CARMIGNANI, *Le società agricole*, in AA.VV., *Trattato di diritto agrario*, diretto da L. Costato, A. Germanò, E. Rook Basile, I, Milano, 2011, p. 231 ss.

120 Sul tema dell'importanza dell'attività in concreto svolta rispetto a quanto dichiarato dall'oggetto sociale v. in dottrina S. CARMIGNANI, *Fallimento e oggetto sociale: breve riflessione sul ruolo dell'effettività*, nota a Cass., sez. I, 26 settembre 2018, n. 23157, in *Dir. agroal.*, 2019, p. 79 ss. A tal proposito la giurisprudenza sembra oggi propendere, ai fini dell'applicazione della disciplina dell'insolvenza, per la rilevanza dell'attività in concreto svolta dalla società, a prescindere dall'oggetto sociale dalla stessa previsto. Cfr. Cass., sez. I, 8 novembre 2019, n. 28984, Cass., sez. I, 22 febbraio 2019, n. 5342, *www.ilcaso.it*; Cass., sez. I, 13 luglio 2017, n. 17343, in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'amb.*, 4/2018, p. 1 ss. Per una rassegna della giurisprudenza v. M. AMBROSIO, *Sulla "fallibilità" dell'impresa agricola*, in *Dir. agroal.*, 2020, p. 213 ss. Peraltro, la rilevanza dell'oggetto, oltre che la scelta del tipo societario (commerciale o non commerciale, ossia la società semplice) si coglie anche su altri piani, quali, ad esempio, quello del trattamento fiscale della gestione dei patrimoni immobiliari. Cfr. G. FERRARA, *Le società agricole aventi forma commerciale e la disciplina delle società di comodo ed in perdita sistematica*, in *www.osservatorioagromafie.it*, 2015.

121 Cfr. A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Sub art. 2135*, cit., p. 691 s. e p. 844 ss. In giurisprudenza con riferimento alle cooperative che operavano con i beni conferiti dai soci v. già Cass., sez. lav., 8 gennaio

al criterio della connessione soggettiva (v. § 3) a cui, anche in questo caso, ha offerto un contributo normativo importante il legislatore del 2001. L'art. 1, comma 2, d.lgs. 228/2001 prevede infatti che si «considerano imprenditori agricoli le cooperative di imprenditori agricoli ed i loro consorzi quando utilizzano per lo svolgimento delle attività di cui all'articolo 2135, terzo comma, del codice civile (...), prevalentemente prodotti dei soci, ovvero forniscono prevalentemente ai soci beni e servizi diretti alla cura ed allo sviluppo del ciclo biologico». Questa disposizione va sottolineata perché, in linea con l'approccio del legislatore del 2001 e con l'apertura alla multifunzionalità dell'azienda agricola, afferma che l'equiparazione tra l'imprenditore agricolo e le cooperative riguarda «non solo la cooperativa che trasforma e vende i prodotti dei soci (cantina sociale, caseificio sociale, ecc.), ma anche quella che ai soci fornisce beni e servizi; e perfino il requisito della prevalenza è utilizzato per ampliare l'ambito dell'"agrarietà", consentendo alla cooperativa di alienare o trasformare prodotti non provenienti dai soci e di fornire beni o servizi anche a non soci: un risultato che sembra rendere molto labili i connotati della connessione»[122]. Ne consegue che la norma edifica (o meglio rafforza)[123] un ponte significativo tra l'attività agricola e l'attività agroindustriale: in sostanza l'attività agroindustriale svolta dalle cooperative di imprenditori agricoli è, in termini normativi, attività agricola.

La conclusione è ulteriormente rafforzata alla luce del già ricordato art. 8 d.lgs. 227/2001 (disposizione abrogata dall'art. 18 del d.lgs. 3 aprile 2018, n. 34, Testo unico in materia di foreste e filiere forestali, che tuttavia ne riproduce il testo nell'art. 10, comma 6) con il quale si è precisato che laddove le cooperative e i consorzi forniscano, «(...) in via principale, anche nell'interesse di terzi, servizi nel settore selvicolturale, ivi comprese le sistemazioni idraulico-forestali, sono equiparati agli imprenditori agricoli».

Peraltro, se già la legge 96/2006, art. 2, consentiva l'esercizio dell'agriturismo come attività connessa «anche nella forma di società di capitali o di persone», l'art. 1, comma 1094, l. 296/2006 (legge finanziaria 2007) ha dato un decisivo contributo al superamento dei dubbi in merito alla possibilità di esercitare attività connesse, considerando «imprenditori agricoli le società di persone e le società a responsabilità limitata, costituite da imprenditori agricoli, che esercitano esclusivamente le attività dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione di prodotti agricoli ceduti dai soci. In tale ipotesi, le società possono optare per la

1976, n. 33, in Banca dati Dejure.

122 Così, testualmente, M. GOLDONI, *Commento all'art. 1 d.lgs. 228/2001*, cit., p. 225, il quale sottolinea che si tratta di disposizioni che codificano consolidati approdi giurisprudenziali.

123 Già G. GALIZZI, *Recenti trasformazioni del sistema agroalimentare a livello mondiale,* in AA.VV., *L'economia internazionale negli anni '80*, a cura di G. Galizzi, G. Tappero-Merlo, Milano, 1985, p. 51 ss., in part. p. 73, osservava che «agricoltura, industria e distribuzione alimentare non possono essere ulteriormente considerate come segmenti di attività economica separati e contrapposti e uniti dalle semplici relazioni tra venditore ed acquirente (…). Anzi questi tre settori appaiono così intersecati e tanto strettamente legati che devono ormai essere considerati congiuntamente se si vuole avere di ognuno una visione esatta e completa. In verità, produzione agricola, industria alimentare e distribuzione sono parti di un tutto continuo». Queste tre componenti «formano ormai un sistema altamente complesso: il sistema agricolo-alimentare».

determinazione del reddito applicando all'ammontare dei ricavi il coefficiente di redditività del 25 per cento».

Una disciplina delle società agricole è altresì contenuta nel d.lgs. 99/2004, che regola la figura dell'imprenditore agricolo professionale (IAP). Se l'attività è svolta in forma societaria, la società è da considerarsi IAP se «nel caso delle società di persone e cooperative, ivi incluse le cooperative di lavoro, l'attività svolta dai soci nella società, in presenza dei requisiti di conoscenze e competenze professionali, tempo lavoro e reddito di cui al primo periodo, è idonea a far acquisire ai medesimi la qualifica di imprenditore agricolo professionale e al riconoscimento dei requisiti per i soci lavoratori. Nel caso di società di capitali, l'attività svolta dagli amministratori nella società, in presenza dei predetti requisiti di conoscenze e competenze professionali, tempo lavoro e reddito, è idonea a far acquisire ai medesimi amministratori la qualifica di imprenditore agricolo professionale» (art. 1, comma 1, d.lgs. 99/2004). Tali società dovranno altresì riportare l'indicazione di società agricola nella ragione o denominazione sociale e avere oggetto sociale esclusivo relativo alle attività previste dall'art. 2135 c.c. (art. 2 d.lgs. 99/2004). Rispetto all'uso del modello societario se, nella sostanza, non vi sono preclusioni rispetto all'esercizio di attività agricole e/o connesse, occorre precisare che non è sempre vero il ragionamento speculare. Infatti, essendo la società semplice un modello societario non commerciale, potrebbero porsi dei dubbi sul suo impiego come società holding pura di un gruppo di società aventi ad oggetto l'esercizio delle attività agricole principali o connesse[124].

La sintetica rassegna normativa offre un'ulteriore conferma di come la connotazione imprenditoriale dell'attività agricola riceva una decisa affermazione grazie alla stura della naturale vocazione al mercato delle attività connesse (*i.e.* attività intrinsecamente commerciali) che favoriscono, da un lato, l'abbandono dei modelli associativi agrari (dalla mezzadria alla colonia) e, dall'altro, l'accoglimento dei modelli societari che agevolano l'organizzazione dell'attività nel e per il mercato.

---

124 Cfr. in argomento G.B. PORTALE, A CETRA, *Società semplice controllante di società di capitali e attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 1085 ss., i quali, dopo essersi soffermati sulla distinzione tra assunzione di partecipazioni ed esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, ammettono che la società semplice possa occuparsi della prima (ossia esercitare le prerogative di socio), ma non possa avere ad oggetto in termini neppure parziali la seconda. Ne consegue che dalla partecipazione di controllo non potrà presumersi *ex* art. 2497 *sexies* c.c. (come per la persona fisica) l'inerenza della direzione e coordinamento (ID., op. cit., p. 1092). Ciò non esclude tuttavia che la società semplice che detiene il controllo di altre società eserciti effettivamente un'attività di direzione e coordinamento: tale ricorrenza andrà dimostrata in concreto accertando che «la società non si limiti ad attivare i diritti sociali della partecipazione di controllo (...), ma svolga realmente l'attività di direzione e coordinamento» (ID., op. cit., p. 2093 ss.). In tal caso, ad avviso degli aa., si dovrebbe avere una «riqualificazione del sodalizio in società in nome collettivo». Non è questa la sede per sviluppare un'articolata critica sul punto, ma probabilmente andrebbe riesaminata la questione alla luce di una diversa riconsiderazione del fenomeno del gruppo (cfr. F. GALGANO, *Qual è, dunque, l'oggetto della società holding?*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 401 ss.) e delle conseguenze derivanti dall'esercizio dell'attività commerciale da parte della società semplice ai fini dell'applicazione della disciplina (cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 18 s., con riguardo alle associazioni che, svolgendo attività commerciale, venivano assoggettate al fallimento previa riqualificazione delle stesse in termini di società in nome collettivo).

6. – Segue: il contratto di rete per il coordinamento delle attività principali e connesse.

L'ormai definitiva e piena collocazione sistematica dell'*attività* agricola nell'*impresa* agricola di mercato trova un'ulteriore conferma nella speciale disciplina del contratto di rete. Il contratto di rete è oggi regolato da plurime fonti normative che si occupano dei profili civilistici, ma anche tributari, lavoristici, di promozione delle imprese, nonché di aiuto, sotto diversi profili, delle stesse. Infatti, ad una disciplina di carattere generale del contratto di rete, ossia una disciplina generalmente applicabile a prescindere dall'attività (anche non di impresa) esercitata in rete e dal tipo di apporto effettuato dai soggetti aderenti (purché imprenditori), si affianca una disciplina speciale che si applica quando, per quanto qui interessa, le contraenti siano imprese agricole. In estrema sintesi le imprese concludono il contratto di rete per:

- *accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività nel mercato* (art. 3, comma 4*ter*, d.l. 5/2009), nonché (o in alternativa al precedente)

- *favorire il mantenimento dei livelli di occupazione delle imprese di filiere colpite da crisi economiche in seguito a situazioni di crisi o stati di emergenza dichiarati con provvedimento delle autorità competenti* (così i nuovi commi 4*sexies* ss. dell'articolo 3 d.l. 5/2009, introdotti dall'art. 43*bis* l. 77/2020 di conversione del d.l. 34/2020, c.d. decreto rilancio).

Le imprese aderenti, *sulla base di un programma comune di rete*, si obbligano: *i)* a *collaborare* in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese, ovvero *ii)* a *scambiarsi informazioni o prestazioni* di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica, ovvero ancora *iii)* a *esercitare in comune una o più attività* rientranti nell'oggetto della propria impresa. Diventa centrale, per la conclusione del contratto, la definizione del modo con il quale le imprese intendono interagire, ossia il programma di rete, sulla cui base e per realizzare il quale le imprese si aggregano. Nel programma di rete, ai sensi dell'art. 3, comma 4*ter* lett. *b* e *c*, d.l. 5/2009, devono essere fissati infatti gli obiettivi strategici verificabili nonché, da un lato, le azioni per realizzarli e, dall'altro, gli indici di misurazione dell'avanzamento verso gli stessi (intermedi e finali).

Infine, il contratto di rete può prevedere un rappresentante comune delle imprese aderenti, un fondo comune e può, ma non necessariamente deve, avere una propria soggettività giuridica[125].

Nel quadro generale ora descritto, il legislatore ha dettato disposizioni specifiche per il caso in cui le parti siano imprese agricole[126]. Disposizioni eterogenee, frammentarie e ispirate a *rationes* differenti, che non agevolano la delineazione di una figura unitaria e, quindi, la distinzione e la possibile interazione con altre forme di aggregazione tra

125 Ulteriori riferimenti in AA.VV., *Contratti di rete e le nuove frontiere del contratto: modelli giuridici e strutture economiche a confronto*, a cura di L. Bullo, Padova, 2017.

126 Da ultimi v. N. LUCIFERO, *Le reti di impresa e le relazioni di filiera nel sistema della filiera agroalirnentare*, in *Dir. agroal.*, 2021, p. 355 ss., G.G. D'ANGELO, *Le reti di imprese in agricoltura: originalità civilistica e profili fiscali*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 346 ss., che qualifica il contratto di rete come una «forma moderna di contratto di compartecipazione agraria» (p. 348 e p. 357 ss.).

imprese agricole (dai consorzi alle organizzazioni di produttori – OP)[127]. Più che di un contratto di rete agricolo si dovrebbe parlare infatti di disposizioni speciali applicabili al contratto di rete in presenza di condizioni che si richiamano all'attività agricola o all'imprenditore agricolo. Non vi è, in altri termini, un contratto di rete agricolo da contrapporre ad un contratto di rete commerciale.

6.1. Profili della disciplina del contratto di rete in agricoltura.

Occorre piuttosto analizzare le singole disposizioni che regolano *a)* la conclusione, la pubblicità, *b)* l'esercizio di attività connesse, *c)* il rapporto di lavoro, *d)* il fondo, *e)* le imprese agricole femminili che si aggregano in rete, *f)* la concorrenza e *g)* l'innovazione per cogliere i profili di specialità o singolarità rispetto alla disciplina generale[128], tenendo conto che si profilano all'orizzonte ulteriori prospettive (e difficoltà) applicative con l'introduzione della rete di imprese femminile.

A) Con riguardo alla conclusione e alla pubblicità del contratto di rete, occorre premettere che lo stesso è un contratto formale soggetto a obblighi pubblicitari applicabili a prescindere dall'attività e dal modello organizzativo delle imprese aderenti. Tali disposizioni *possono* essere tuttavia derogate se il contratto di rete è concluso nel «settore agricolo». Le disposizioni di carattere generale, ossia applicabili a tutti i contratti di rete, sono previste dall'art. 3, commi 4*ter* e 4*quater*, d.l. 5/2009 per effetto del quale, per la costituzione e per la modifica del contratto di rete, occorre distinguere se il contratto ha o meno soggettività giuridica. Nel primo caso il contratto di rete-soggetto deve prevedere: il fondo comune, la sede, la denominazione, l'organo comune e la soggettività che si acquista mediante l'iscrizione del contratto di rete (redatto in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente *ex* art. 25 CAD) nella sezione ordinaria del registro delle imprese del luogo in cui la rete ha la sede. Nel secondo caso (ossia se il contratto di rete difetta di soggettività giuridica) la conclusione può essere operata mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata oppure per atto (modello standard) firmato digitalmente *ex* art. 24 CAD (firma digitale) o art. 25 CAD (firma elettronica autenticata). Inoltre è sempre necessaria l'iscrizione nella sezione del registro delle imprese di ciascuna impresa aderente.

127 Cfr. A. CAPRARA, *Il contratto di rete come forma di organizzazione dell'impresa agricola per tutelare i "nuovi" interessi*, cit., in part. p. 124 ss. Sulla figura di tutela dei consorzi agrari v. A. JANNARELLI, *I "consorzi agrari" tra diritto regolativo e diritto promozionale*, in *Riv. dir. ag.*, 2009, I, p. 449 ss.; sulle organizzazioni di produttori v. E. CASADEI, *La nozione di impresa agricola dopo la riforma del 2001*, cit., p. 349 s.

128 A conferma del disordine normativo, la l. 28 luglio 2016, n. 154, recante *Deleghe al Governo e ulteriori disposizioni in materia di semplificazione, razionalizzazione e competitività dei settori agricolo e agroalimentare, nonché sanzioni in materia di pesca illegale* e, in specie l'art. 17, rubricato *Contratti di rete nel settore agricolo, forestale e agroalimentare*, circoscrive l'obbligo di redazione e deposito del bilancio alle sole reti dotate di soggettività. Tale disposizione, tuttavia, sembra incidere sulla disciplina generale del contratto di rete, non essendo prevista, nel testo della disposizione, alcuna specificazione che alluda alle sole imprese agricole o al settore agricolo. Inoltre, la tecnica normativa utilizzata – che consiste nell'intervenire direttamente sulla disposizione dell'art. 3, comma 4*ter*, d.l. 5/2009 – impone di leggere la novella con portata generale, riferendola a tutte le reti prive di soggettività, ancorché composte da sole imprese commerciali.

L'art. 36, comma 5, d.l n. 179/2012, come modificato con l. n. 221/2012, contempla una disposizione ulteriore per il contratto di rete nel *settore agricolo*, prevedendo che ai «fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-quater dell'art. 3 del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5 (...), il contratto di rete nel settore agricolo può essere sottoscritto dalle parti con l'assistenza di una o più organizzazioni professionali agricole maggiormente rappresentative a livello nazionale, che hanno partecipato alla redazione finale dell'accordo». Questa disposizione è oggi nella sostanza estesa, in relazione allo scopo del contratto di rete, a imprese non necessariamente agricole. L'art. 3, comma 4*octies* d.l. 5/2009, introdotto dall'art. 43*bis* l. 77/2020, prevede che, per i contratti di rete diretti a *favorire il mantenimento dei livelli di occupazione delle imprese di filiere colpite da crisi economiche*, la forma sia quella dell'atto firmato digitalmente ai sensi dell'art. 24 del CAD (firma digitale non autenticata) con assistenza e sottoscrizione delle organizzazioni datoriali.

B) Per le attività agricole connesse svolte in rete, il legislatore introduce un elemento decisamente innovativo. L'art. 1*bis*, comma 3, d.l. 91/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 116/2014, prevede che per «le imprese agricole, definite come piccole e medie ai sensi del regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione, del 6 agosto 2008, nei contratti di rete, di cui all'articolo 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, e successive modificazioni, formati da imprese agricole singole ed associate, la produzione agricola derivante dall'esercizio in comune delle attività, secondo il programma comune di rete, può essere divisa fra i contraenti in natura con l'attribuzione a ciascuno, a titolo originario, della quota di prodotto convenuta nel contratto di rete».

In altri termini: per le PMI agricole il contratto di rete determina l'acquisizione del prodotto oggetto dell'attività svolta in comune «a titolo originario» in capo a ciascun aderente. Ne consegue che la produzione, che è riconducibile all'esercizio in comune *secondo il programma di rete*, è da intendersi, sin dall'origine, di ciascun imprenditore agricolo aderente al contratto di rete. In tal modo, se le aderenti hanno le caratteristiche indicate dalla legge, si ampliano i limiti oggettivi dell'attività agricola e, soprattutto, i limiti della *connessione* che è prevista dall'art. 2135 c.c., nei termini in cui, nel programma di rete, è convenuta la «quota di prodotto» da attribuire[129]. Peraltro questa disposizione di favore sembra restringere il proprio ambito applicativo alle sole imprese agricole[130];

129 Cfr. G.G. D'ANGELO, *Le reti di imprese in agricoltura: originalità civilistica e profili fiscali*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 346 ss., in part. p. 353 ss.

130 Peraltro, secondo la nota MISE alla CCIAA Asti del 4 giugno 2014, l'indicazione andrebbe estesa alle imprese che svolgono «un'attività non direttamente di esercizio agricolo, ma strumentale ed ancillare all'agricoltura». In ogni caso, la definizione dell'ambito oggettivo andrebbe oggi comunque rimodulato in considerazione del fatto che l'art. 12, l. 81 del 22 maggio 2017, recante *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*, consente ai soggetti che svolgono attività professionale la «partecipazione ai bandi e concorrere all'assegnazione di incarichi e appalti privati (...)» mediante la possibilità di «costituire reti di esercenti la professione e consentire agli stessi di partecipare alle reti di impresa, in forma di reti miste, di cui all'articolo 3, commi 4-ter e seguenti, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5 (...), con accesso alle relative provvidenze in materia». Non è escluso, quindi, che anche gli esercenti la professione intellettuale possano aderire a reti composte da imprese agricole.

un ambito che, tuttavia, stante l'estensione del concetto di «attività agricola» oggi accolto dall'art. 2135 c.c., comprende l'impresa agroalimentare, ma va estesa, come si è visto, anche alle attività di carattere sociale[131]. Inoltre, se la rete è dotata di soggettività, si potrebbe ipotizzare che la stessa abbia nel suo programma di rete lo svolgimento di sole attività commerciali, ancorché oggettivamente connesse all'attività agricola. La dottrina ha, infatti, da tempo elaborato, con riferimento all'esercizio associato di attività connesse, la figura dell'impresa agraria per connessione[132], che si affianca alle ricordate affermazioni giurisprudenziali in materia di cooperative e anticipa le disposizioni in tema di società agricole. Pertanto non sembrano esservi ostacoli alla costituzione di reti soggetto che sviluppano un progetto di rete sulle sole attività connesse degli aderenti[133].

C) La considerazione svolta a conclusione del punto che precede si lega ad un'altra disposizione introdotta per reagire alla pandemia da virus covid-19, l'art. 43*bis* l. 77/2020 che estende la possibilità di concludere contratti di rete a scopo solidale (con le provvidenze che in seguito si vedranno) – eventualmente in aggiunta a quello tradizionale (*i.e.*: accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività nel mercato) – anche alle imprese della "filiera" colpita dalla crisi economica. L'intervento normativo mira a favorire le aggregazioni a scopo (anche solo) solidale, incidendo sulla disciplina del rapporto di lavoro la cui flessibilità poggia sul favore per istituti come il *distacco* tra le imprese aderenti alla rete (art. 7, l. 9 agosto 2013, n. 99, di conversione del d.l. 28 giugno 2013, n. 76), la *codatorialità* e l'*assunzione congiunta*[134]. Fino ad ora si poteva distinguere tra una disciplina generale della rete e una disciplina speciale legata alla natura agricola dell'attività delle imprese aderenti. Seppur con una legge speciale che non ha toccato la disciplina del contratto di rete, ma del solo rapporto di lavoro, l'art. 30, comma 4*ter*, d.lgs. 276/2003 prevede infatti che se «il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa (...) l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete (...). Inoltre per le stesse imprese è ammessa la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso». Ne consegue che in presenza di un rapporto di rete, tra le imprese aderenti, è in *re ipsa*

131 A tal proposito è significativo che l'art. 1, comma 5, d.m. del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali n. 12550 del 21 dicembre 2018, cit., preveda che i «soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 141/2015 [*i.e.* gli imprenditori agricoli *ex* art. 2135 c.c., in forma singola o associata, e le cooperative sociali *ex* lege 8 novembre 1991, n. 381], per lo svolgimento delle attività di agricoltura sociale, in ottemperanza a quanto disposto al comma 4 e 5 dell'articolo 2 della Legge 18 agosto 2015, n. 141 possono ricorrere agli strumenti contrattuali di natura associativa, *anche se non finalizzati alla creazione di un autonomo soggetto giuridico* secondo le disposizioni di legge». L'inciso in corsivo, che sembra proprio alludere ai contratti di rete privi di soggettività, non è stato ammesso al visto dalla Corte dei Conti. Peraltro questo elemento, da solo, non sembra precludere, in termini teorici, lo svolgimento dell'attività sociale connessa in rete, anche se questa è priva di soggettività.

132 Cfr. già V. BUONOCORE, *Attività agricole per connessione e forma associata*, in *Giur. comm.*, 1977, I, p. 54 ss.

133 Cfr. G.G. D'ANGELO, *Le reti di imprese in agricoltura: originalità civilistica e profili fiscali*, cit., p. 352 s.

134 Nella circolare INAIL del 3 agosto 2022, avente ad oggetto *Comunicazioni dei rapporti di lavoro in regime di codatorialità. Modello Unirete. Decreto del Ministro del lavoro 29 ottobre 2021, n. 205. Inquadramento previdenziale e assicurativo. Indicazioni operative*, viene ricostruita la disciplina e si offrono utili indicazioni per delimitare, almeno ai fini delle comunicazioni INAIL, le fattispecie citate nel testo.

l'interesse al distacco ed è lasciato alle parti disciplinare il rapporto di lavoro dei dipendenti ingaggiati da più datori di lavoro[135]. Lo stesso intervento normativo, nei nuovi quattro commi all'art. 31 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (da ultimo modificato dall'art. 18 della l. 28 luglio 2016, n. 154), ha introdotto altresì l'*assunzione congiunta*, precisando che la stessa «può essere effettuata anche da imprese legate da un contratto di rete, quando almeno il 40 per cento di esse sono imprese agricole» (comma 3*ter*).

Ebbene, il contratto di rete con scopo solidale «può essere stipulato per favorire il mantenimento dei livelli di occupazione delle imprese di filiere colpite da crisi economiche in seguito a situazioni di crisi o stati di emergenza dichiarati con provvedimento delle autorità competenti», facendo applicazione degli «istituti del distacco e della codatorialità, ai sensi dell'articolo 30, comma 4-ter, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, per lo svolgimento di prestazioni lavorative presso le aziende partecipanti alla rete» (art. 43*bis* l. 77/2020). Ne consegue che essendo la filiera un concetto non giuridico[136], l'ambito applicativo della menzionata disciplina del rapporto di lavoro potrebbe essere assai estesa. Se non definita in via normativa (anche nell'ambito del «provvedimento delle autorità competenti»), la stessa andrà ricostruita in via interpretativa. Un utile spunto a tal riguardo potrebbe derivare dalla disciplina della responsabilità da prodotto che, seppur ai fini della legittimazione passiva all'azione di risarcimento del danno, ripercorre a ritroso la filiera agroalimentare sino al produttore imprenditore agricolo e agroalimentare. Se ricostruita secondo queste direttive, l'integrazione verticale, che da tempo connota i rapporti agroalimentari[137], potrebbe essere formalizzata attraverso il contratto di rete a scopo solidale con il quale

135 Per evitare abusi, l'ispettorato del lavoro ha dato indicazioni con la nota del 22 giugno 2020, prot. n. 274, ma v. già la circolare 7/2018.

136 Sulla rilevanza giuridica del concetto di filiera v. N. LUCIFERO, *Le reti di impresa e le relazioni di filiera nel sistema della filiera agroalirnentare*, cit., p. 363 ss. V., inoltre, il d.m. Ministro delle politiche Agricole, Alimentari e Forestali del 22 dicembre 2021 concernente la *Definizione dei criteri, delle modalità e delle procedure per l'attuazione dei contratti di filiera previsti dal fondo complementare al PNRR*, per il quale il contratto di filiera è «l'accordo sottoscritto dai diversi soggetti della filiera agroalimentare e/o agroenergetica, operanti in un ambito territoriale multiregionale, ivi comprese le Province autonome di Trento e di Bolzano, che individua il soggetto proponente, gli obiettivi, le azioni, incluso il programma, i tempi di realizzazione, i risultati e gli obblighi reciproci dei soggetti beneficiari» (art. 1 lett. a). Tal contratto «deve favorire processi di riorganizzazione dei rapporti tra i differenti soggetti della filiera, anche alla luce della riconversione in atto nei diversi comparti, al fine di promuovere la collaborazione e l'integrazione fra i soggetti della filiera stessa, stimolare la creazione di migliori relazioni di mercato e garantire prioritariamente ricadute positive sulla produzione agricola» (art. 4). Peraltro è significativo, ai fini delle questioni qui affrontate, che le reti di impresa sono considerate tra i possibili soggetti proponenti (art. 5, comma 1, lett. f) e, altresì, tra i beneficiari delle misure agevolative (art. 5, comma 3 lett. a). Sembra emergere, in filigrana, un tema, che in realtà è amplissimo e che non è possibile nemmeno impostare in questa sede, ossia quello della giustizia (non solo contrattuale) nell'ambito della filiera agro-alimentare e delle tutele (di tipo contrattuale e di regolamentazione del mercato) che sono state nel tempo messe in campo in corrispondenza dell'intessersi, a maglie sempre più fitte, del rapporto tra attività agricola e impresa (agroalimentare e industriale) che opera nel mercato. Cfr., da ultimo, G. D'AMICO, *La giustizia contrattuale nelle filiere agro-alimentari*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2022, p. 415 ss., ove l'a. si sofferma in particolare sulla direttiva 2019/633/UE *in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare*, recepita con d.lgs. 8 novembre 2021, n. 198.

137 V. già G. BIVONA, *I contratti di integrazione verticale in agricoltura*, Milano, 1979.

sviluppare utili sinergie nell'ambito della filiera tra i nodi più solidi e quelli più fragili perché maggiormente colpiti dalla crisi pandemica, favorendo, anche in termini differenziati tra le imprese aderenti, l'accrescimento della capacità innovativa e competitiva delle retiste.

D) Il contratto di rete a cui partecipano imprese agricole presenta ulteriori profili di specialità: oltre alla circostanza che lo stesso non subisce le limitazioni a cui è soggetta l'autonomia contrattuale delle imprese agricole[138], va segnalato un aspetto legato alla costituzione (facoltativa) del fondo comune. In virtù dell'art. 36, comma 2*bis* e 2*ter*, d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 221/2012, il contratto di rete nel settore agricolo «può prevedere, ai fini della stabilizzazione delle relazioni contrattuali tra i contraenti, la costituzione di un fondo di mutualità tra gli stessi, per il quale si applicano le medesime regole e agevolazioni previste per il fondo patrimoniale di cui al comma 4-ter dell'articolo 3 del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito dalla legge 9 aprile 2009, n. 33». A prescindere da altre riflessioni sul tema più generale della gestione del rischio in agricoltura a cui si è già fatto cenno, meritano di essere messe in evidenza alcune delle funzioni del fondo comune in caso di reti agricole. Si pensi al significato della mutualità (anche *esterna* del fondo) come strumentale al sostegno dell'attività d'impresa agricola (esclusivamente lucrativa), ma anche alla possibilità di valorizzare tale profilo della disciplina rispetto ad altri istituti di diritto societario come i patrimoni destinati allo specifico affare (art. 2447*bis* ss. c.c.) e alle attività di carattere sociale che possono concernere anche l'impresa agricola[139].

E) Il contratto di rete è richiamato altresì dal testo unificato recante *Disposizioni per la promozione del lavoro e dell'imprenditoria femminile nel settore dell'agricoltura, delle foreste, della pesca e dell'acquacoltura* (XIII Commissione Permanente, Agricoltura)[140] tra le misure a cui ricorrere nel Piano (triennale) nazionale degli interventi per «promuovere il lavoro e l'imprenditoria femminile nel settore dell'agricoltura, delle foreste, della pesca e dell'acquacoltura». Si prevede infatti che tale piano è «finalizzato alla realizzazione e al finanziamento di interventi: (...) per incentivare

138 Il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, ha disposto, con l'art. 45, comma 3, che al «contratto di rete di cui all'articolo 3, comma 4-ter, del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito dalla L. 9 aprile 2009, n. 33, (...), non si applicano le disposizioni di cui alla legge 3 maggio 1982, n. 203». In sostanza, in presenza di un contratto di rete, tra gli aderenti non trovano applicazione, a prescindere che le parti del contratto di rete siano imprese agricole, commerciali o miste, le regole che limitano la libertà contrattuale per le imprese agricole. È possibile quindi derogare (senza l'assistenza delle organizzazioni professionali maggiormente rappresentative, come invece prevede l'art. 45 l. 203/1982 per l'affitto di fondi rustici) alle regole in materia di contratti di godimento/affitto dei fondi, ma anche stipulare contratti associativi, senza il rischio di conversione in contratti d'affitto (come prevede l'art. 27 l. 203/1982). In presenza di un contratto di rete è derogata infatti l'intera disciplina prevista dalla l. 203/1982.

139 Per alcuni spunti al riguardo sia consentito il rinvio ad A. CAPRARA, *Il contratto di rete come forma di organizzazione dell'impresa agricola per tutelare i "nuovi" interessi*, cit., in part. p. 139 ss.

140 A partire dal 2019 sono state presentate diverse proposte di legge per il riconoscimento e la tutela dell'impresa femminile e del lavoro femminile in agricoltura. Si fa riferimento alla proposta AC 2049 presentata il 1 agosto 2019, alla proposta AC 2930, presentata il 8 marzo 2021 e alla proposta AC 2992 presentata il 1 aprile 2021, confluiti, il 3 novembre 2021. Tali proposte sono confluite nel testo unificato adottato come testo base il 3 novembre 2021.

l'aggregazione dell'offerta agricola anche attraverso il sostegno e la creazione di reti di imprese femminili, di cui all'articolo 3 del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, e di distretti del cibo, di cui all'articolo 13; del decreto legislativo 18 maggio 2001 n. 228» (art. 2, comma 2, lett. *o*). A tal fine, con l'art. 5, comma 4, si stanziano risorse «destinate alla realizzazione di iniziative e di percorsi di aggregazione imprenditoriale femminile agricola, compresa la costituzione di reti di imprese agricole femminili ai sensi dell'articolo 2135 del codice civile, con specifica attenzione a iniziative finalizzate alla valorizzazione delle produzioni tipiche territoriali e alla salvaguardia del sistema ambientale-paesaggistico nelle aree interne e costiere nonché nelle aree svantaggiate e all'integrazione tra economia verde, blu ed economia circolare». Pur essendo molte le perplessità che il testo suscita - con riguardo, ad esempio, alla mancanza di definizione di impresa (agricola) femminile[141] e dei criteri alla luce dei quali una rete di imprese può considerarsi femminile - è importante sottolineare il ruolo che lo stesso assume nella politica legislativa di salvaguardia e promozione dell'impresa agricola.

F) Con riguardo alla disciplina della concorrenza, i contratti di rete, pur essendo potenzialmente accordi lesivi della stessa[142], godono di particolari ipotesi di esenzione dall'applicazione dell'art. 101 TFUE. L'art. 209, regolamento (UE) n. 1308/2013, prevede infatti che l'art. «101, paragrafo 1, TFUE non si applica agli accordi, alle decisioni e alle pratiche concordate di agricoltori, associazioni di agricoltori (...) nella misura in cui riguardano la produzione o la vendita di prodotti agricoli o l'utilizzazione di impianti comuni per lo stoccaggio, la manipolazione o la trasformazione di prodotti agricoli, a meno che siano compromessi gli obiettivi di cui all'articolo 39 TFUE». In sostanza i contratti di rete che, per la disciplina richiamata, rientrano nella categoria degli *accordi*, non sono soggetti alle limitazioni normalmente gravanti sugli accordi tra imprese in materia *antitrust*, purché:

i) coinvolgano (solo) imprese agricole;

ii) riguardino la produzione o la vendita di prodotti agricoli o l'utilizzazione di impianti comuni per lo stoccaggio, la manipolazione o la trasformazione di prodotti agricoli e

iii) non contrastino con le finalità della politica agricola comune (P.A.C.)[143].

---

141 La presenza femminile nella direzione dell'impresa agricola è un fenomeno che comincia ad assumere rilevanza a partire dagli anni ottanta del secolo scorso. Cfr. per alcune riflessioni in proposito N. LOMBARDI, L. BARTOLI, M. DE ROSA, *Innovazione e modelli di agricoltura sostenibile nelle imprese a conduzione femminile*, in AA.VV., *Per un'educazione alla sostenibilità nell'Università*, a cura di D. de Vincenzo, A. Riggio, Edizioni Università di Cassino, 2021, p. 87 ss. Sulle molte questioni che sono legate alla fattispecie e alla disciplina dell'impresa femminile anche alla luce di recenti proposte di legge, sia consentito il rinvio ad A. CAPRARA, *Per una definizione di impresa femminile, tra disciplina vigente e proposte normative. Alcune considerazioni a margine del progetto di legge AC 3250*, in corso di pubblicazione su *Juscivile.it*.

142 Cfr. C. GARILLI, *Contratto di rete e diritto antitrust*, Torino, 2017 e M. LIBERTINI, *Contratto di rete e concorrenza*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 405 ss.

143 A tal proposito valga ricordare che l'art. 39, comma 1, lett. b, TFUE indica, quale finalità della Politica agricola comunitaria l'«assicurare un tenore di vita equo alla popolazione agricola, grazie in particolare al miglioramento del reddito individuale di coloro che lavorano nell'agricoltura». Per un quadro della politica agricola comune v. https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-

G) Infine, la disciplina del contratto di rete sembra significativamente adatta alle imprese (ancorché agricole) per il particolare favore che lo stesso riserva alla creazione delle condizioni di supporto all'innovazione delle imprese. Si pensi alla l. 30 dicembre 2018, n. 145 (legge finanziaria 2019) che, all'art. 1, comma 228, prevede «un contributo a fondo perduto, nella forma di *voucher*, per l'acquisto di prestazioni consulenziali di natura specialistica finalizzate a sostenere i processi di trasformazione tecnologica e digitale attraverso le tecnologie abilitanti previste dal Piano nazionale impresa 4.0 e di ammodernamento degli assetti gestionali e organizzativi dell'impresa, compreso l'accesso ai mercati finanziari e dei capitali. (...). In caso di adesione a un contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, commi 4-*ter* e seguenti, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, avente nel programma comune lo sviluppo di processi innovativi in materia di trasformazione tecnologica e digitale attraverso le tecnologie abilitanti previste dal Piano nazionale impresa 4.0 e di organizzazione, pianificazione e gestione delle attività, compreso l'accesso ai mercati finanziari e dei capitali, il contributo è riconosciuto alla rete in misura pari al 50 per cento dei costi sostenuti ed entro il limite massimo complessivo di 80.000 euro (...)». La disciplina, che offre incentivi di carattere economico alle imprese che ammodernano gli assetti organizzativi, costituisce una opportunità in vista dei già ricordati obblighi imposti dal CCII a tutte le imprese (comprese quelle agricole) che dovranno predisporre misure idonee, se non veri e propri assetti organizzativi adeguati alla tempestiva rilevazione della crisi[144].

7. – Considerazioni conclusive: per l'impresa agricola come entità organizzativa finalizzata ad operare in modo necessariamente responsabile nel contesto competitivo.

L'evoluzione della disciplina dell'*attività agricola* verso l'*impresa agricola* ha negli artt. 2083 e 2135 c.c. del 1942 una prima importante, ma non decisiva, affermazione. Le maggiori spinte verso una disciplina "di mercato" per le imprese agricole si è posta, in un primo momento, per le sole attività commerciali connesse e, successivamente, anche per le attività principali. Con riguardo alle prime, il superamento del criterio qualitativo della normalità e l'accoglimento del criterio quantitativo della prevalenza, si è accompagnato all'apertura verso l'adozione di modelli organizzativi societari diretti a valorizzare l'attività connessa come attività di mercato, stante la conservazione della qualifica di impresa agricola anche laddove la società si dedichi alle sole attività (commerciali) connesse. Il percorso evolutivo verso una piena consapevolezza della dimensione imprenditoriale dell'attività agricola ha nel contratto di rete (diretto a favorire l'innovazione e la competitività delle imprese aderenti) l'ultima, ma fondamentale, affermazione quando consente l'attribuzione a favore di ciascun retista, *a*

policy/cap-overview/cap-glance_it

144 Cfr., in termini generali, MASS. BIANCA, *Allerta e dintorni: l'adozione delle misure idonee alla tempestiva rilevazione della crisi da parte dell'imprenditore individuale*, in *Orizzonti del dir. comm.*, 1/2020, p. 23 ss., nonché M. SPIOTTA, *Scritture e assetti contabili. Un'asimmetria normativa tra codice civile e codice della crisi*, cit., p. 216.

titolo originario, della quota di prodotto a prescindere da quella dello stesso effettivamente realizzata.

Lo stesso precorso si registra anche con riguardo alle attività agricole principali: l'innovazione ha imposto di superare il criterio del collegamento al fondo come necessaria chiave di lettura esclusiva della fattispecie e della disciplina dell'attività. Questo non impedisce che vi possa essere un risvolto (apparentemente) più tradizionale dell'agricoltura, legato alla salvaguardia del territorio e dell'ambiente, che tuttavia si spiega sul piano della disciplina del mercato nel cui contesto trovano spazio altresì le deroghe alla normale competizione tra imprese (anche attraverso forme di sostegno al reddito) e alle procedure per la stipula di accordi con la P.A. in presenza di interessi di carattere generale. L'adeguata organizzazione è imposta dall'ordinamento a tutte le imprese, senza distinzione tra agricole e commerciali al fine di operare una corretta gestione in vista (anche) della prevenzione della crisi e dell'insolvenza, ancorché la disciplina di quest'ultima continui ad essere differenziata (anche) in relazione alla natura dell'attività. Se ne ricava l'importanza di collocare pienamente l'attività agricola nella teoria e nel contesto giuridico dell'impresa, con non trascurabili conseguenze sul piano teorico-generale, ma anche pratico-operativo.

In primo luogo l'organizzazione e la gestione dell'impresa (agricola) dovranno essere conformi alle norme dettate non solo dalla legge, bensì anche ricavabili dai principi di corretta amministrazione. Questi ultimi vanno intesi come norme giuridiche in senso proprio la cui violazione potrà essere oggetto di censura in sede di verifica dell'operato dei gestori, senza che ciò implichi una indebita ingerenza del giudice nell'area (insindacabile) delle scelte gestorie. Ne consegue che, anche nell'impresa agricola vi è, ad esempio, un dovere di programmare l'attività in funzione di determinati obiettivi di gestione, un obbligo di motivazione delle scelte assunte in non piena conformità con l'attività pianificata, di valutazione adeguata dei rischi e di procedimentalizzazione dell'assunzione di decisioni [145].

In secondo luogo, la particolarità del prodotto agricolo, destinato per lo più alla soddisfazione di interessi primari e l'essere l'impresa agricola l'anello che lega la dimensione naturale e culturale con quella agroalimentare e industriale, impongono di rimeditare sul ruolo dell'impresa agricola come attività oggettivamente considerata: un'attività economica organizzata finalizzata ad operare durevolmente nel contesto competitivo con quel che ne consegue sul piano della disciplina della crisi, ma anche della organizzazione (della gestione) dell'impresa.

Tali considerazioni si inseriscono nel dibattito scientifico sulla socialità dell'impresa *tout court* e sulla sostenibilità della stessa[146], anche alla luce dei principi che governano l'economia circolare[147]. È evidente che il settore primario presenta una disciplina

145 Su questi temi ci si è soffermati in A. CAPRARA, *I principi di corretta amministrazione. Struttura, funzioni e rimedi*, cit., p. 166 ss.

146 Che la sostenibilità non sia più legata al solo fattore ambientale è ormai sancito dall'Agenda 2030, su cui v. G. MACCIONI, *L'agricoltura sociale: profili di tutela tra sostenibilità, inclusione, esigenze di rinnovamento*, in *Dir. agroal.*, 2020, p. 595 ss., in part. p. 610 ss.

147 Il tema è molto complesso per l'interazione del tema dell'economia circolare con vari altri concetti e discipline che vanno bene oltre i rifiuti. Cfr., tra i documenti europei, più significativi, European Commission, A New Circular Economy Action Plan for a Cleaner and More Competitive Europe,

particolarmente densa di indici normativi che impongono di tenere in particolare considerazione la rilevanza sociale dell'attività economica che continua ad essere oggetto di sollecitazioni istituzionali per l'impresa commerciale, ma anche per l'impresa agroalimentare[148].

I due versanti della prospettiva di lungo termine e dell'attenzione ai temi della sostenibilità ambientale sono naturalmente presenti nell'orizzonte delle finalità dell'impresa agricola a cui probabilmente, anche se da una particolare angolatura, occorrerà prestare nuova attenzione nell'ambito della riflessione sui temi generali dell'impresa. In conclusione si avvia verso l'apogeo la parabola dell'attività agricola: collocata in un primo tempo ai margini dell'impresa, oggi si candida ad essere l'osservatorio privilegiato da cui cogliere le nuove e più avanzate tendenze che descrivono il ruolo attuale dell'impresa nel contesto socio-economico e ne guidano l'evoluzione.

COM(2020)98, European Commission, A new industrial strategy for Europe, COM(2020)102, European Commission, Communication on the European Green Deal, COM(2019) 640, European Commission, Commission Work Programme 2020 - A Union that strives for more, COM(2020)37, European Commission, Inception impact assessment for sustainable products initiative, 11 September 2020, European Parliament, Resolution of 15 January 2020 on the European Green Deal, 2019/2956(RSP), Council, Council approves conclusions on making the recovery circular and green, Press Release, 17 December 2020, European Committee of the Regions, Opinion, New Circular Economy Action Plan, CDR 1265/2020, European Economic and Social Committee, Opinion, New Circular Economy Action Plan, INT/895, European Parliament, Resolution of 10 February 2021 on the New Circular Economy Action Plan, 2020/2077(INI).

148 Sull'integrazione delle finalità sociali nelle imprese commerciali, in ordine alle strategie da perseguire, specie dalle medio-grandi imprese, v., ad esempio, la Comunicazione della Dottoressa Patrizia Grieco, Presidente del Comitato per la Corporate Governance, 22 dicembre 2020, e le allegate raccomandazioni per il 2021.

DIRITTO PENALE ED UNIONE EUROPEA: UNA *OVERVIEW*

Andrea De Lia*

Abstract. Il contributo sviluppa delle riflessioni sul tema delle (notevoli) "interferenze" tra il diritto eurounitario e quello nazionale in materia penale, attraverso un'analisi che intende mettere a fuoco il problema della potestà legislativa degli organi UE, a seguito del Trattato di Lisbona e, più in genere, le proiezioni del diritto sovrannazionale, rappresentate dall'interpretazione conforme affidata al giudice, dalla disapplicazione del diritto interno in caso di antinomie, nonché dai controversi "obblighi di criminalizzazione". Lo studio è condotto attraverso un ampio richiamo alla dottrina specialistica ed il confronto con alcuni, significativi *case law* e intende porre il faro sui benefici (in termini di ampliamento delle garanzie individuali) ma anche sui notevoli rischi che derivano dalla "*fertilization*".

Abstract. *The paper develops reflections on the (significant) "interference" between EU and national law in criminal matters, through an analysis that intends to focus on the problem of the legislative power of the EU, following the Lisbon Treaty and more generally, the projections of supranational law, represented by the compliant interpretation entrusted to the judge, by the non-application of domestic law in the event of antinomies, as well as by the problematic "criminalization obligations". The study is conducted through a broad reference to specialist doctrine, as well as through a comparison with some significant case law and intends to highlight the benefits (in terms of widening individual guarantees) but also the relevant risks deriving from "fertilization".*

SOMMARIO: 1. Premesse. **2.** Il diritto "comunitario" ed "eurounitario" in rapporto alla materia penale. Sintesi dell'evoluzione. **3.** Il diritto europeo nel sistema delle fonti. **4.** Il diritto europeo e il giudice: interpretazione conforme, disapplicazione e "giurisprudenza creativa". **5.** Conclusioni.

1. Premesse

Non molto tempo fa autorevole dottrina segnalò la scarsa penetrazione del diritto comunitario nel sistema penale nostrano[1]; sul presupposto del mancato trasferimento di una potestà legislativa *ad hoc* in favore degli organi sovrannazionali[2] e del c.d.

** Avvocato cassazionista, Professore a contratto di Diritto penale presso l'Università Statale di Milano.

1 F. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario,* in *Dig. Disc. Pen.,* vol. IV, Torino, 1990, 90 ss: «lo stadio di sviluppo in cui si trova il diritto penale comunitario è pressoché embrionale». Si parlò anche, in maniera assai più radicale, di «inesistenza di un diritto penale comunitario» (R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario,* Padova, 1984, 5 ss).

2 In argomento vd. A. PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo,* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.,* 1993, 203 ss; Analogamente S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale,* in *Foro It.,* 1995, cc. 66 ss: «l'affermazione tradizionale, secondo la quale "il diritto penale non rientra nell'ambito delle competenze della Comunità, ma in quelle di ciascun Stato membro" (Parlamento europeo, *Relation présentée au nom de la Commission juridique sur les rapports entre le droit*

"*deficit* democratico" nel processo della loro composizione (e, conseguentemente, in quello della produzione delle fonti)[3], si negò, *ab initio,* che essi disponessero di una vera e propria competenza in materia[4].

Attraverso la locuzione "diritto penale europeo", oggi, invece, s'indica comunemente un fenomeno ampio e progressivo di compenetrazione, nella c.d. "*matière pénal*"[5], tra sistema giuridico-criminale interno, *da un lato*, e diritto (oltre che "convenzionale") dei trattati europei nonché delle c.d. "fonti derivate" (come interpretati e applicati dalla giurisprudenza), *dall'altro*, che ha trovato origine nella necessità di "armonizzare" gli ordinamenti degli Stati membri, specie al fine di contrastare più efficacemente (attraverso il diritto penale sostanziale e quello processuale), vincendo i particolarismi, forme di illecito a carattere transnazionale[6].

Si è al cospetto, allora, di una evoluzione che, nel tempo, ha posto in serio imbarazzo alcune concezioni formatesi su taluni assi portanti dello *ius criminale* e, in particolare, sul principio di legalità, nella declinazione della riserva di legge statale

---

communautaire et le droit pénal, del 2 febbraio 1976), continua ad essere corretta nel suo contenuto essenziale». Talchè, il "diritto penale comunitario" avrebbe rappresentato, secondo taluni studiosi, una sorta di «ossimoro polisenso» (A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario",* in *Riv. Dir. Pub. Com.,* 1999, 333 ss). Più di recente, sulla questione, vd. C. CUPELLI, *La legalità delegata,* Napoli, 2012, *passim* (ma spec. 279 ss); A. D'ANDREA, *Certezza del diritto e integrazione tra ordinamenti,* in A. Apostoli – M. Gorlani (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto,* Napoli, 2018, 27 ss; F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità" e dintorni,* Pisa, 2019, 167-174; A. MANNA, *Manuale di diritto penale. Parte generale,* Milano, 2021, 52 ss.

3 Sul tema vd. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione comunitaria,* Milano, 1995, 67 ss; G. SAMMARCO, *Interessi comunitari e tecniche di tutela penale,* Milano, 2002, 189 ss; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovrannazionali e dei beni giudici d'interesse comune,* Milano, 2005, 388 ss; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea,* Milano, 2010, spec. 131 ss; C. PINELLI, *Il* deficit *democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona,* in *Rass. Parl.,* 2008, 925 ss; F. PALAZZO, *Diritto penale. Parte generale,* Torino, 2013, 128; D. PULITANÒ, *Diritto penale,* Torino, 2017, 154; E. TRIGGIANI, "Deficit" *democratico o di sovranità? Il "rebus" politico-istituzionale dell'Unione europea,* in *Studi Int. Eur.,* 2019, 9 ss; G. PASQUINO, *La (ri)costruzione dell'UE tra* deficit *democratico, istituzione e partiti,* in *Il Mulino,* 2021, 55 ss. Il *deficit* democratico venne, peraltro, stigmatizzato dalla Corte costituzionale tedesca con la sentenza BVerfG, 29 maggio 1974, BvL 52/71, c.d. "Solange I", alla quale seguì un parziale *revirement* con la sentenza BVerfG, 22 ottobre 1986, 2 BvR 197/83, c.d. "Solange II", con la quale la Corte mostrò una più ampia apertura al processo di integrazione comunitaria (su questi temi vd. anche M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea,* op. cit., 120 ss). Soluzione, quest'ultima, in larga parte "ribaltata" dalla successiva sentenza "Maastricht" (BVerfG, 12 ottobre 1993, BvR 2134-2159/93), sulla quale vd. P. HILPOLD – P. PIVA, *Da "Solange" a "PSPP": alla ricerca delle radici di un "dialogo tra le Corti" naufragato in un incomprensibile soliloquio,* 13 gennaio 2021, in *www.federalismi.it.*

4 Su tale questione vd. G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989; S. MANACORDA, *Profili politico-criminali della tutela delle finanze della comunità europea,* in *Cass. Pen.,* 1995, 230 ss; A. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare,* in *Cass. Pen.,* 1996, 995 ss.

5 Delineata secondo i criteri dettati dalla ben nota sentenza Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi. Su questo tema vd., nella sterminata letteratura, a livello monografico, M. DONINI – L. FOFFANI (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo,* Torino, 2018, *passim;* L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale,* Torino, 2018, *passim*.

6 V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo,* Torino, 2020, XVII; G. GRASSO, *Prospettive di uno spazio giudiziario europeo,* in *Ind. Pen.,* 1996, 113-114.

(art. 25, comma 2, Cost.)[7], con un'evidente accelerazione a seguito del Trattato di Lisbona[8] che ha disciplinato in modo (per certi versi) innovativo le competenze nel settore in capo all'UE (oggetto, peraltro, di un dibattito ancora niente affatto sopito), ponendo in forte crisi la tradizionale impermeabilità del sistema interno rispetto alle fonti sovrannazionali[9].

Ovviamente, l'influenza del diritto europeo non si è limitata al diritto penale sostanziale, come dimostrano la regolamentazione del riconoscimento delle decisioni giudiziarie, del mandato d'arresto europeo, l'ordine europeo d'indagine e da ultimo, l'introduzione della c.d. "EPPO" (*European public prosecutor office*), cioè la Procura europea (attraverso il d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 9), frutto di un processo che, nel suo complesso, ha ulteriormente ridimensionato la primazia del diritto interno nel settore penalistico *lato sensu* inteso.

Concentrando però – indipendentemente dagli intrecci – l'attenzione proprio sul profilo sostanziale, si può soggiungere che l'irrompere delle fonti normative sovrannazionali, tra le quali la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) e (nella cornice più ampia del Consiglio d'Europa) la Carta europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nonché del formante giurisprudenziale, ha incisivamente condizionato gli orizzonti di un numero considerevole di principi-cardine e di istituti.

L'influenza si è registrata a più livelli, involgendo essa: interventi normativi, attuati dal legislatore italiano[10] (o da attuarsi)[11]; importanti pronunciamenti della

7 Sul tema vd. F. BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo I, Milano, 1997, 2359 ss; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente,* Milano, 2007. Sulla "crisi" della territorialità/sovranità statale nel diritto penale (della "triade" popolo-territorio-autorità di cui parlò M. WEBER, *Economy and society,* Berkley, 1978) vd. L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi della sovranità,* Roma-Bari, 1999; A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale",* Torino, 2006; S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, 24. Sul carattere tendenzialmente nazionalistico del diritto penale vd. K. TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 1998, 3 ss; M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica, loc. ult. cit.*, 27 ss.

8 Che, addirittura, come emerge dall'art. 3 TUE, ha collocato in primo piano la creazione di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", che ha sopravanzato l'obiettivo dello sviluppo del mercato unico.

9 A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa,* Napoli, 2019, *passim.*

10 Tra i quali si segnala l'introduzione del delitto di tortura, di cui all'attuale art. 613-*bis* c.p. (ad opera della l. 14 luglio 2017, n. 110), alla luce dell'art. 3 CEDU (che vieta trattamenti inumani o degradanti) e della sentenza Corte EDU, Sezione Quarta, 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, relativa ai fatti di violenza compiuti dalle forze dell'ordine nel corso del G8, a Genova, nel 2001. Sul tema vd. L. RISICATO, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *Criminalia,* 2018, 351 ss; E.R. BELFIORE, *L'introduzione del delitto di tortura,* in *Arch. Pen.,* 2018, 295 ss; S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale,* in *Cass. Pen.,* 2019, 1766 ss.

11 Il riferimento è, da ultimo, al problema del c.d. "ergastolo ostativo" ("innescato" dalla sentenza Corte EDU, Prima Sezione, 13 giugno 2019, Viola c. Italia), sul quale vd., anche per i riferimenti bibliografici, A. DE LIA, *Ergastolo ostativo alla liberazione condizionale: inesigibilità della collaborazione e destino di uno dei baluardi del* "Feindstrafrecht", 15 dicembre 2021, in *www.federalismi.it*. Si rammenta che con ordinanza n. 122 del 10 maggio 2022 la Consulta ha ulteriormente rinviato il procedimento all'udienza dell'8 novembre 2022, al fine di consentire al Parlamento l'adozione di una legge di

Corte costituzionale[12]; adattamenti giurisprudenziali, in sede ermeneutica, attraverso la c.d. "interpretazione conforme"[13]. Il tutto restituendo, nel complesso, un quadro particolarmente articolato, sempre in movimento e, proprio per questo, assai interessante ed oggetto di dibattiti interminabili.

La finalità del presente contributo, allora, è tracciare un breve profilo dello stato dell'arte, mettendo in luce anche alcuni aspetti critici del c.d. "sistema penale multilivello", concentrando l'attenzione sull'orizzonte eurounitario, caratterizzato da una strutturale e persistente ambiguità[14].

2. Il diritto "comunitario" ed "eurounitario" in rapporto alla materia penale. Sintesi dell'evoluzione.

2.1. La dimensione comunitaria, incentrata originariamente sul versante dell'economia e del mercato (il riferimento è, oltre al Trattato CECA del 1951, ai trattati istitutivi della CEE e dell'EURATOM, del 1957, che furono il frutto di un approccio funzionalista, mirato all'integrazione in settori delimitati e con specifici obiettivi di cooperazione)[15] – presidiato da un folto apparato sanzionatorio, qualificato generalmente come "amministrativo" (ma di natura assai controversa)[16] –

riforma della disciplina indubbiata.

12 Come, ad esempio, le sentenze Corte cost., 24 gennaio 2019, nn. 24 e 25, sulla disciplina delle misure di prevenzione, su impulso di Corte EDU, Grande camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, che aveva rilevato la "scarsa qualità" della legge italiana.

13 In tema vd. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione,* Milano, 2006; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo… anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge,* in P. Carnevale – C. Colapietro (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive,* Torino, 2008, 89 ss; M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della costituzione,* Napoli, 2014; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione,* 18 aprile 2014, in *www.rivistaaic.it;* R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in A. Bernardi (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, 17 ss; M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. IX, Milano, 2016, 445; nella letteratura penalistica vd. V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale,* 9 luglio 2012, in *www.penalecontemporaneo.it;* O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione,* 5 novembre 2012, *loc. ult. cit.* Sull'argomento, in ogni caso, vd. *infra.*

14 Per utilizzare un aggettivo impiegato, con riferimento generale alla natura e alle funzioni istituzionali degli organismi europei, da R. BIBIER – J.P. JAQUÉ – J.H.H. WEILER, *L'Europe de demain: une Union sans cess plus étroite,* Bruxelles, 1985, 7, che sfruttarono l'efficace locuzione "meravigliosamente ambiguo".

15 Pure a seguito delle modifiche attuate con l'Atto unico europeo del 1986, che pose le basi per lo sviluppo di un'unione politica vera e propria.

16 Sulla natura amministrativa delle sanzioni irrogate dagli organi comunitari vd. G.L. TOSATO, *I regolamenti delle Comunità europee,* Milano, 1965, 160. Tuttavia, già agli inizi, la qualificazione era tutt'altro che pacifica, tanto è vero che nel corso della seduta del 2 febbraio 1977 uno dei membri della Commissione giuridica sulla correlazione tra diritto penale e diritto comunitario (De Keersmaeker), riferendosi al regolamento n. 17 del 21 febbraio 1962, n. 17 (sull'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE, in ordine alla tutela della concorrenza), diede evidenza di un contrasto interpretativo in atto sul punto, rilevando, in ogni caso, al riguardo di suddette sanzioni, che «quel che conta sottolineare è che esse possono essere inflitte». Si può aggiungere che simili espressioni, certo indicative di una estrema arretratezza del dibattito, furono verosimilmente alimentate non solo dall'assai controversa questione della sussistenza di una potestà autenticamente penale in capo alle

secondo gli orientamenti dottrinari dominanti[17] non avrebbe affatto implicato un'abdicazione da parte degli Stati aderenti al potere legislativo esclusivo in materia[18], lasciando il passo, al più, ad una competenza "indiretta", dal contenuto ancora incerto e da definire; del resto, anche la Corte di Giustizia rimarcò, in diverse occasioni, come il diritto e la procedura penale risultassero estranei al raggio d'azione delle Comunità (vd. ad esempio Corte di Giustizia, 11 novembre 1981, causa C-203/80, "Casati").

Sicché, la scarsa influenza del diritto comunitario nel settore, che emerge con nitore anche dall'analisi dei repertori della giurisprudenza, sotto il profilo dell'interpretazione conforme al diritto comunitario: prova evidente (anche) della ancora acerba sensibilità, in quell'epoca, degli operatori del diritto sul tema generale dei rapporti tra le due "sfere".

Le forme più incisive di interazione, in origine, furono rappresentate, allora, dalla c.d. "disapplicazione" (*in bonam partem*) del diritto penale, sporadicamente attuata, nell'ipotesi di palesi antinomie; ciò sul fondamento del c.d. "primato del diritto comunitario", sancito, con riferimento alla normativa dei trattati, dall'arcinota sentenza "Simmenthal" (Corte di Giustizia, 9 marzo 1978, causa C-106/1977)[19], con estensione a fonti di diritto derivato, quali le direttive (vd. Corte di Giustizia, 5 aprile 1979, causa C-148/78, "Tullio Ratti")[20].

---

istituzioni europee, ma anche dalla circostanza che altrettanto dibattuta, in quell'epoca, era la possibilità di ammettere forme di responsabilità con i "tratti penali" in capo agli enti collettivi, vale a dire i soggetti più frequentemente passibili delle sanzioni irrogabili dalle Comunità. In argomento vd. anche C.E. PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 1985, 894 ss; sulla nozione di "diritto punitivo comunitario" vd. M. PARODI GIUSINO, *Diritto penale e diritto comunitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ*., 1999, 111 ss.

17 Le indagini dottrinali circa le prerogative degli organi comunitari in materia penale si rivolsero, peraltro, precocemente anche al tema dei beni giuridici comunitari e sulle modalità in cui tali valori avrebbero dovuto essere tutelati (e, quindi, "da chi"). Si cominciarono, dunque, a distinguere dei beni giuridici "propri", delle Comunità, da beni giuridici di "rilievo comunitario" (ovvero, secondo una diversa distinzione, beni giuridici "istituzionali" e "relativi all'attività istituzionale"). La sovrapposizione tra gli interessi delle entità sovrannazionali e quelli degli Stati membri, tuttavia, non rese agevole, già in quell'originario contesto, il *discrimen,* sul quale si sarebbe inteso fondare una ricostruzione teorica delle prerogative in materia in capo agli organismi europei. Sul tema vd. G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2012, 11-105.

18 Vd. M. DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 1997, 543 ss.

19 Che fece seguito alla altrettanto conosciuta Corte di Giustizia, 15 luglio 1964, causa C-6/64, Costa c. Enel.

20 La vicenda prese le mosse dal rinvio pregiudiziale operato dal Pretore di Milano in un procedimento penale attivato nei confronti del legale rappresentante di una società, tratto a giudizio per rispondere della violazione di una serie di disposizioni interne che imponevano l'apposizione di alcune indicazioni sulle confezioni di prodotti solventi. Dette disposizioni, tuttavia, in estrema sintesi, non erano allineate con quelle promananti da alcune direttive comunitarie, ancora non recepite dall'Italia nonostante la scadenza del termine prefissato. Nell'occasione, la Corte di Giustizia espresse, allora, il seguente principio: «dopo la scadenza del termine stabilito per l'attuazione di una direttiva, gli Stati membri non possono applicare la propria normativa nazionale non ancora adeguata a quest'ultima — neppure se vengano contemplate sanzioni penali — a chi si sia conformato alle disposizioni della direttiva stessa».

Tali orientamenti, dunque, cominciarono in qualche modo a porre in crisi l'idea dell'estraneità del diritto comunitario alla materia penale, essendosi evidenziato che, in realtà, esso ben potesse rivestire la funzione di "limite" alla potestà punitiva degli Stati membri[21].

Per altro verso, si rammenta come la Corte di Giustizia, intervenendo alla fine degli anni '80 sul noto caso del mais greco[22], affermò semmai l'obbligo, in capo agli Stati membri, rispetto agli illeciti lesivi degli interessi finanziari comunitari, di adottare, secondo il c.d. "principio di leale cooperazione" (di cui all'art. 5 del Trattato CEE)[23], uno strumentario sanzionatorio parificato a quello posto a tutela di quelli interni (il c.d. "principio di assimilazione")[24], a carattere "effettivo, proporzionato e dissuasivo" (alla luce, cioè, dei principi di adeguatezza e proporzionalità)[25], non necessariamente coi caratteri, però, del diritto

21 Sul punto si può rammentare anche la pronuncia Corte di Giustizia, 22 settembre 1983, causa C-271/82 "Auer", sull'esercizio abusivo della professione di veterinario. Successivamente vd. la sentenza Corte di Giustizia, 2 febbraio 1989, causa C-187/97, "Cowan", secondo la quale «si deve ricordare che, se la legislazione penale e le norme di procedura penale, sono in linea di principio riservate alla competenza degli Stati membri, tuttavia dalla giurisprudenza costante della Corte risulta che il diritto comunitario pone dei limiti a tale competenza. Le norme considerate non possono infatti porre in essere discriminazioni nei confronti di soggetti cui il diritto comunitario attribuisce il diritto alla parità di trattamento né limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario». Sul tema delle "interferenze" tra norma incriminatrice interna e diritto comunitario vd. anche C. BERNASCONI, *L'influenza del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale*, in *Ind. Pen*., 1996, 455 ss.

22 Nell'occasione, in particolare, la Commissione aveva richiesto alla Corte che la Repubblica ellenica fosse dichiarata responsabile per l'omesso accertamento e versamento alla Comunità di risorse, fraudolentemente sottratte al bilancio comunitario per effetto dell'esportazione di alcune partite di granoturco jugoslavo in un altro Paese membro della Comunità (Belgio) come prodotti di origine greca; il che aveva provocato, per l'appunto, l'omissione del c.d. "prelievo agricolo", ovverosia dell'esazione di un'imposta dovuta per le importazioni di granoturco extracomunitario, da riversare nelle casse della Comunità medesima.

23 Analogo principio era espresso nell'art. 86 del Trattato CECA e nell'art. 192 del Trattato EURATOM. Per un'ampia ricostruzione vd. U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione europea,* Milano, 2009, 74 ss; M. MARESCA, *Comunità di diritto, leale cooperazione, crescita. Materiali ed ipotesi ricostruttive dell'Unione europea,* Torino, 2016; F. BATTAGLIA, *Il principio di leale cooperazione nel Trattato di Lisbona. Una riflessione sulle vicende legate al recesso del Regno Unito dall'Unione europea,* 17 giugno 2020, in *www.federalismi.it;* F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi,* Napoli, 2020.

24 Su cui vd. anche A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Riv. Dir. Pub. Com.*, 1999, 333 ss; più di recente A. DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli stati membri,* Bari, 2018, 35 ss.

25 Sul tema vd. P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale,* in *Quad. Cost.*, 1993, 7 ss; A. MOSCARINI, *Il principio di sussidiarietà,* in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo.* Vol. II, *L'esercizio delle competenze,* Milano, 2006, 185 ss; C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona,* in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2012, 111 ss. Sugli intrecci tra i principi di sussidiarietà, proporzionalità e adeguatezza vd. G. STROZZI – R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale,* Torino, 2013, 81 ss.

criminale[26].

Il tutto sulla scia, per il vero, della precedente pronuncia sul caso "*Amsterdam Bulb*" (Corte di Giustizia, 2 febbraio 1977, causa C-50/76, per la quale: «l'art. 5 del Trattato, facendo obbligo agli Stati membri di emanare qualsiasi provvedimento di carattere generale e particolare atto a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dagli atti delle istituzioni della Comunità, conferisce a ciascuno di essi la facoltà di scegliere i provvedimenti idonei, ivi comprese le sanzioni, anche penali. Si deve pertanto rispondere al giudice nazionale che gli Stati membri hanno la facoltà di stabilire le sanzioni che ritengano opportune»), secondo una linea assai distante, dunque, da quella dei c.d. "obblighi di criminalizzazione"[27]. Si può soggiungere, però, che la ridotta interazione tra diritto penale degli Stati membri e diritto comunitario, in questa fase, dipese, oltre che dalla limitatezza degli strumenti a disposizione degli organismi europei, anche dall'ambito d'intervento di quest'ultimi, ovverosia, per quanto detto, l'economia ed il mercato. Si tratta, infatti, di un contesto nel quale, concluso il secondo conflitto mondiale, i legislatori europei, certamente quello italiano, si mossero con estrema cautela, onde evitare che l'utilizzo dello strumentario caratteristico provocasse un'eccessiva restrizione della libertà di iniziativa economica, frenando lo sviluppo. Il che ha verosimilmente alimentato una certa "diffidenza", se non addirittura una ritrosia, in generale, rispetto a processi di *law enforcement* che avrebbero potuto derivare da riforme tese ad un adeguamento dei sistemi interni alle evoluzioni di quello comunitario[28].

2.2. La situazione, sotto l'angolo prospettico della competenza "diretta" (locuzione con la quale si deve intendere il potere di elaborare ed imporre un «sistema normativo completo di fattispecie e sanzioni… "non filtrata" per il tramite del diritto penale degli Stati membri»)[29] degli organi sovrannazionali[30], non mutò di molto per

26 Corte di Giustizia, 21 settembre 1989, Commissione c. Grecia, causa C-68/88, sulla quale vd. anche M.G. VAGLIASINDI, *Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie,* in *Cass. Pen.*, 1999, 269 ss; B. SCHÜNEMANN, *Un progetto alternativo di giustizia penale europea,* Torino, 2007, 24; F. CONSULICH, *La Giustizia e il mercato*, Milano, 2010, 181 ss; A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello "spazio globale",* Torino, 2018, 61.

27 In senso analogo vd. Corte di Giustizia, ord. 13 luglio 1990, causa C-2/88 (sul caso "Zwartweld"): «in questa comunità di diritto, le relazioni tra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie sono rette, in forza dell'art. 5 del Trattato CEE, da un principio di leale collaborazione. Questo principio non obbliga solo gli Stati membri ad adottare tutte le misure, atte a garantire, se necessario anche penalmente, la portata e l'efficacia del diritto comunitario, ma impone anche alle istituzioni comunitarie obblighi reciproci di leale collaborazione con gli Stati membri». Sulla sentenza vd. anche G. GRASSO, *Relazione introduttiva,* in Id. – R. Sicurella (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale,* Milano, 2008, 18.

28 Su questi delicati equilibri vd. anche G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale,* Milano, 1994, 4 ss.

29 V. MASARONE, *Rapporti tra diritto penale e fonti europee,* in Id. – A. Cavaliere (a cura di), *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano,* Napoli, 2018, 10.

30 Per altro verso non si è mai seriamente dubitato di una qualche efficacia "riflessa" del diritto comunitario sulla sfera penale, specie nel settore dell'economia, nel quale la norma incriminatrice è di frequente condizionata da disposizioni *extra*-penali. In argomento vd. G. GRASSO, *Diritto penale dell'economia, normativa comunitaria e coordinamento delle disposizioni sanzionatorie penali,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987, 227-228.

l'effetto dell'adozione del Trattato di Maastricht, con l'istituzione dell'Unione europea (1992)[31] e l'asciutto riferimento alla cooperazione giudiziaria in materia penale, poiché, al di là dell'espressione del principio generale di sussidiarietà (dell'azione degli organi europei), la creazione del c.d. "terzo pilastro" – anche a seguito delle modifiche operate con il Trattato di Amsterdam del 1997[32] e di quello di Nizza (2001) – relativo alla cooperazione nei settori della Giustizia e degli Affari Interni - GAI (Titolo VI del Trattato), non venne associata a modifiche della potestà legislativa degli organi europei[33], rimanendo questa defilata rispetto al sistema di produzione normativa caratteristica del "primo pilastro" (regolamenti e direttive).

In questa fase storica, lo strumento della convenzione (attuato con la ben nota "Convenzione PIF")[34], peraltro, si rivelò sostanzialmente inadeguato, per via delle lunghe attività di negoziazione necessarie tra gli Stati; ecco, allora, l'idea di un "*Corpus iuris*", che apparve nel 1995, frutto dell'elaborazione di un nutrito gruppo di studiosi, che rimase però sulla carta, anche all'esito della riformulazione nel 2000, nonché del "libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea" (dell'anno successivo), ai fini della edificazione di un sistema penale "unificato" per il contrasto degli illeciti contro la sfera finanziaria UE[35], in un momento in cui l'apparato sanzionatorio-amministrativo

31 Durante i negoziati l'Unione venne paragonata a "un tempio", retto da "tre pilastri" (Comunità, PESC e GAI); vd. V. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione europea,* Napoli, 2015, 43.

32 Che, fermo il metodo intergovernativo, oltre alla rideterminazione (riduzione) del contenuto del "terzo pilastro" (con spostamento nel primo delle materie diverse da quella penale, con conseguente assoggettamento delle stesse al c.d. "metodo comunitario"), segnò il passaggio dallo strumento delle azioni comuni (di natura ed efficacia assai controversa) a quello delle decisioni-quadro, che si andarono ad affiancare alle convenzioni con lo scopo di riavvicinare le legislazioni nazionali, anche sul terreno del diritto penale sostanziale, senza efficacia diretta (vd. art. 34.2. TUE) e con la libertà degli Stati membri di determinare forma e mezzi di attuazione. Altra novità di rilievo fu la giurisdizionalizzazione, con il coinvolgimento, seppur con limiti, della Corte di giustizia sulle materie "residue" del "terzo pilastro". Sul tema vd. R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo,* in *Dir. Un. Europea,* 1996, 481 ss; M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "*road map*" e l'impatto delle nuove direttive,* in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.,* 2015, 70 ss; A. GULLO, *Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE,* 10 febbraio 2016, in *www.penalecontemporaneo.it*. Per un elenco delle decisioni-quadro adottate vd. R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea,* Torino, 2017, 570-571.

33 R. SICURELLA, *Il Titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 1997, 1307 ss. In tema vd. anche A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale,* Milano, 2004, 37 ss; E. PISTOIA, *Cooperazione penale nei rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto penale,* Napoli, 2008; A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo,* Torino, 2020, 14-27.

34 Sulla quale vd. L. SALAZAR, *Recenti sviluppi internazionali nella lotta alla corruzione (… e conseguenti obblighi di recepimento da parte italiana),* in *Cass. Pen.,* 1998, 1529 ss; A. BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo,* in *Riv. It. Dir. Pub. Com.,* 2002, 485 ss; V. PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale,* in *Dir. Pen. Proc.,* 2009, 911 ss.

35 Sul *Corpus iuris* vd. A. BERNARDI, Corpus Iuris *e formazione di un diritto penale europeo,* in *Riv. It. Dir. Pub. Com.,* 2001, 283 ss; G. GRASSO – R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Iuris 2000,* Milano, 2003, *passim;* G. DE FRANCESCO, *Le sfide della politica criminale: "integrazione" e sviluppo dei sistemi repressivi, nel quadro dell'internazionalizzazione della tutela penale,* in L. Foffani (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo,* Milano, 2006, 47 ss; E. BACIGALUPO, *Le strategie penali dell'Unione europea,* in G. Grasso – R. Sicurella, *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli*

europeo si manifestò, comunque, in progressiva espansione[36], affiancandosi ad incisivi interventi UE attraverso direttive volte al contrasto di fenomeni criminali emergenti (in questi casi, tuttavia, gli Stati membri vennero obbligati ad adottare strumenti normativi idonei, non a ricorrere allo strumentario penale)[37].

Dopo Maastricht, il diritto penale comunitario (o eurounitario) iniziò a mostrare, in ogni caso, potenzialità di influenza maggiori rispetto al passato sul sistema giuridico degli Stati membri[38], restando inalterate, per il resto, alcune tradizionali perplessità; in primo luogo il difetto di democraticità, determinato dal ruolo di "comprimario" del Parlamento europeo[39], nonché il mancato trasferimento di poteri sovrani in materia penale[40] e, *last but not least*, l'impossibilità di attuare, in caso di inadempimento degli Stati membri rispetto alle previsioni degli strumenti normativi tipici, la procedura d'infrazione[41].

---

interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale, op. cit., 655; G. SAMMARCO, *Armonizzazione europea delle sanzioni, pluralità di ordinamenti giuridici e sistema delle fonti,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2011, 474 ss. Sulla innovatività dell'iniziativa, quanto all'introduzione della responsabilità dell'ente collettivo, vd. E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 1999, 10 ss; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato, loc. ult. cit.* 2001, 1126 ss. Sulle prospettive di allora, segnate dal "libro verde" vd. E. MEZZETTI, *Quale giustizia penale per l'Europa? Il "libro verde" sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di un pubblico ministero europeo,* in *Cass. Pen.,* 2002, 3953 ss; M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2003, 141 ss; M. BARGIS, *Il pubblico ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo,* in *loc. ult. cit.,* 2004, 745 ss; A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive, loc. ult. cit.,* 2006, 76 ss. A questi progetti si affiancò poi, come ben risaputo, quello degli "*Euro-delikte*" (e non solo. Vd. V. MILITELLO, *Un progetto alternativo europeo in materia penale tra luci e ombre,* in *Cass. Pen.,* 2005, 1456 ss), diretto dal Prof. Klaus Tiedemann, con l'ambizioso scopo di creare un codice europeo nel settore degli illeciti economici.

36 Per quanto riguarda le ammende irrogabili dagli organi comunitari, la Corte di Giustizia riconobbe, con varie pronunce, la legittimità degli interventi sanzionatori degli organi comunitari, attribuendo alle predette misure natura amministrativa. Vd. ad esempio Corte di Giustizia, 27 ottobre 1992, causa C-240/90, Germania c. Commissione delle Comunità europee. Occorre altresì rammentare che con il regolamento del Consiglio n. 2988/95, del 18 dicembre 2005, vennero introdotte le norme generali applicabili per le sanzioni c.d. "*sui generis*" (o "decentrate"), ovverosia applicabili dagli Stati membri per violazioni di precetti di natura comunitaria. Su questo tema vd. A.M. MAUGERI, *Il Regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. Pt. I. La natura giuridica delle sanzioni comunitarie,* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.,* 1999, 527 ss; ID., *Il Regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. Pt. II. I principi fondamentali delle sanzioni comunitarie, loc. ult. cit.,* 929 ss.

37 C.E. PALIERO, *La fabbrica del GOLEM,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2000, 466 ss.

38 A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale,* op. cit., 465 ss.

39 Sul tema vd. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovrannazionale e dei beni giuridici d'interesse comune,* Milano, 2005, spec. 388 ss.

40 G. GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea,* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.,* 1995, 1159 ss; Id., *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea,* in Id. – R. Sicurella (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo,* Milano, 2007, 56 ss.

41 C. AMALFITANO, *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della Corte di Giustizia,* 1 dicembre 2014, *www.eurojust.it.* Allo scadere di detto termine, divenne attuabile la procedura di infrazione per il mancato recepimento delle decisioni-quadro. Il che accadde, ad esempio, per il mancato recepimento della decisione-quadro

In tale contesto, allora, la propulsione derivò soprattutto dall'attivismo della Corte di Giustizia che, pur costantemente ribadendo il principio di assimilazione[42], cominciò a porlo in secondo piano rispetto a quello di effettività, affrontando il tema della competenza penale degli organi UE in maniera non del tutto lineare; in particolare, con la sentenza "Unilever" (CGUE, Quinta Sezione, 28 gennaio 1999, causa C-77/97), la Corte, con una pronuncia "apripista", affermò l'obbligo degli Stati membri di ricorrere alle sanzioni penali al fine di contrastare forme di pubblicità ingannevole rischiose per la salute dei consumatori[43] e con la sentenza CGUE, Grande Sezione, 13 settembre 2005, causa C-176/03, Commissione c. Consiglio, la medesima Corte si pronunciò sulla richiesta di annullamento della decisione-quadro del Consiglio del 27 gennaio 2003, 2003/80/GAI, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, adottata sulla logica del Titolo VI del Trattato UE ("terzo pilastro").

In estrema sostanza, nel corso del procedimento giurisdizionale, si era contestata la legittimità dell'innovativo ricorso alla decisione-quadro per esercitare potestà penale (in termini di imposizione di obblighi di incriminazione) da parte del Consiglio, specie a seguito del fallimento del tentativo di utilizzare lo strumento della direttiva, a causa della resistenza da parte degli Stati membri ad attribuire alla Comunità la competenza penale in materia ambientale.

La Corte di Lussemburgo, quindi, richiamando alcuni precedenti, sottolineò che, in linea di massima, la Comunità non avrebbe avuto competenze in materia penale; tuttavia, si soggiunse, «quest'ultima constatazione non può impedire al legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente».

2003/568/GAI, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, alla quale seguì la legge di delegazione europea (l. 12 agosto 2016, n. 170, seguita dal d.lgs. 15 marzo 2017, n. 38). In molti casi, tuttavia, precedenti decisioni-quadro sono state sostituite da direttive, come nel caso della Direttiva (UE) 2017/541, sulla lotta contro il terrorismo, che ha sostituito la decisione-quadro 2005/671/GAI. Sulla questione dell'esperibilità della procedura d'infrazione in relazione alle decisioni-quadro vd. però V. MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in Id. – L. Paoli – J. Arnold, *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano, 2000, 41 (in senso affermativo); *contra* A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale,* in *Quad. Fior.*, 2002, 502.

42 Vd. CGUE, Seconda Sezione, 23 novembre 2006, causa C-315/04, "Lidl Italia": «occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte relativa all'art. 10 CE, pur conservando la scelta delle sanzioni, gli Stati membri devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo» .

43 Sulla pronuncia vd. C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzioni penali: una dialettica perpetua?,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, 171 ss; A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati,* in *Riv. Dir. Pub. Com.*, 2007, 1157 ss.

Il tutto, dovendosi di fatto garantire – ad avviso della Corte – una possibilità di intervento del legislatore europeo in un ambito rientrante, comunque, nel proprio campo d'azione, quale la tutela ambientale, per l'appunto. Sicché, invalidandosi l'atto a causa del ricorso alla decisione-quadro, venne ammesso quello alla direttiva (talché, per l'appunto, la successiva Direttiva n. 2008/99/CE, antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona)[44]. Tale soluzione venne, peraltro, ribadita nella successiva sentenza CGUE, Grande Sezione, 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio, in ordine alla decisione-quadro 2005/666/GAI relativa alla repressione dell'inquinamento provocato dalle navi[45].

Per altro verso, la Corte di Giustizia escluse la possibilità di far discendere degli "effetti diretti" *in malam partem* dalla disarmonia tra il diritto interno e quello europeo, in occasione della vicenda del c.d. "falso in bilancio", a seguito della riforma del 2002, avendo il giudice italiano, attraverso il rinvio pregiudiziale, dubitato della conformità della novella rispetto al contenuto della normativa sovranazionale circa gli obblighi di trasparenza societaria, evidenziando la scarsa capacità dissuasiva di illeciti penali previsti a titolo contravvenzionale.

La Corte si pronunciò, infatti, con la sentenza CGUE, Grande Sezione, 3 maggio 2005, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, sul caso "Berlusconi e altri", con la quale venne negata l'efficacia *in malam partem* delle direttive inattuate, statuendosi che una tale fonte normativa «non può essere invocata in quanto tale dalle autorità di uno Stato membro nei confronti degli imputati nell'ambito di procedimenti penali, poiché una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati»[46].

---

44 Sulla pronuncia v. L. SALAZAR, *La sentenza sulla protezione penale dell'ambiente,* in *Riv. Giur. Amb.*, 2005, 116 ss; S. MARCOLINI, *Decisione-quadro o direttiva per proteggere l'ambiente attraverso il diritto penale,* in *Cass. Pen.*, 2006, 243 ss; G. MANNOZZI – F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia c-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici,* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2006, 909 ss; F. VIGANÒ, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di "antigiuridicità" del fatto tipico,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, 1062 ss; V. PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale,* in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 918; M.G. VAGLIASINDI, *La Direttiva 2008/99/CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano?,* in *Dir. Comm. Int.*, 2010, 449 ss. Vd. inoltre R. SICURELLA, *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea,* in Id. – G. Grasso (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo,* op. cit., 316, secondo la quale «ciò di cui in definitiva il testo della sentenza appare assolutamente carente è un chiaro inquadramento logico e teorico della riconosciuta competenza sovrannazionale a fissare obblighi di penalizzazione, in grado di supportare e legittima sul piano scientifico-giuridico, prima ancora che politico, le iniziative che dovranno logicamente essere assunte a livello normativo; con ciò evidentemente sottovalutando l'impatto che la soluzione consacrata è idonea a produrre sull'attuale equilibrio del riparto di competenze tra Stati membri e ente sovrannazionale con riguardo alla materia penale».

45 Sulla quale vd. F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare,* op. cit., 177; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo,* Milano, 2011, 204; G. DE SANTIS, *La tutela penale dell'ambiente dopo il d.lgs. 121/2011 di attuazione della direttiva 2008/99/CE,* in *Resp. Civ. Prev.*, 2012, 668 ss; J.C. PIRIS, *Il Trattato di Lisbona,* Milano, 2013, 215.

46 In tema vd. R. MASTROIANNI, *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il "caso del falso in bilancio",* in *Riv. Dir. Pub. Com.*, 2003, 621 ss; S. MANACORDA, *Oltre il falso in bilancio: i controversi effetti*

Si tratta di una soluzione che si pone in linea con altri pronunciamenti della Corte in tema di interpretazione conforme del diritto interno (su cui vd. anche *infra*); il riferimento è, più di preciso, a CGUE, Quinta Sezione, 7 gennaio 2004, nella causa C-60/02; la Corte, su rinvio pregiudiziale del Landesgericht Eisenstadt, era stata chiamata, in particolare, a decidere se un regolamento comunitario, contrastante con la normativa interna di uno Stato membro (Austria), potesse condurre, in qualche modo, ad effetti *contra reum.* La Corte, allora, statuì: «l'obbligo d'interpretazione conforme del diritto nazionale, alla luce della lettera e dello scopo del diritto comunitario, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultimo, non può, di per sé e indipendentemente da una legge adottata da uno Stato membro, determinare o aggravare la responsabilità penale di un operatore che ha violato le prescrizioni del detto regolamento».

Ciò nonostante, la Corte di Giustizia, in seguito, giunse ad una soluzione di senso contrario attraverso la sentenza CGUE, Grande Sezione, 16 giugno 2005, causa C-105/03, sull'*affaire* "Pupino"; la questione pregiudiziale era stata sollevata dal giudice *a quo* nel corso di un procedimento penale attivato nei confronti di una maestra elementare, accusata di varie fattispecie, tra le quali i maltrattamenti, perpetrati, ad avviso dell'accusa, ai danni di alcuni alunni; sul presupposto di un preteso *vulnus* provocato dalla disciplina dell'incidente probatorio, non esperibile per le fattispecie *de quibus,* il giudice del merito, nell'ottica della tutela della vittima e dell'esigenza di non dispersione dei mezzi di prova, aveva così sollevato il dubbio del contrasto delle previsioni relative allo strumento processuale con la decisione-quadro 2001/220/GAI. La Corte, allora, con una decisione assai discussa, intese attribuire – ma con risultati di dubbia conformità al sistema interno – una sorta di efficacia diretta a tali atti normativi (non trasposti, evidentemente), seppur mascherandola attraverso l'obbligo di interpretazione conforme, derivante dal dovere generale di cooperazione (su cui si era soffermata anche Corte di Giustizia, 29 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, "Francovich") e della natura "processuale" delle norme di riferimento (con conseguente, pretesa, esclusione delle garanzie proprie del diritto penale sostanziale); sicché, è stato affermato un *direct effect* (con portata innovativa/manipolativa) della fonte comunitaria con effetti *in malam partem*[47]. Il

in malam partem *del diritto comunitario sul diritto penale interno,* in *Dir. Un. Eur.,* 2006, 253 ss; S. SEMINARA, *Falso in bilancio: la disciplina italiana nel quadro europeo e internazionale*, in *Criminalia*, 2006, 431 ss; V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della* lex mitior *nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2008, 1614 ss; V. VALENTINI, *Cause di giustificazione e* abolitio criminis, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2009, 1326 ss; M.R. DONNARUMMA, *Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea e la tensione dialettica tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le giurisprudenze delle Corti costituzionali,* in *Riv. Dir. Pub. Com.,* 2010, 407 ss; F. MUNARI, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti,* in *Dir. Un. Eur.,* 2013, 725 ss; R. BARATTA, *Il* telos *dell'interpretazione conforme all'*aquis *dell'Unione,* in *Riv. Dir. Int.,* 2015, 28 ss; A. BERNARDI, *Le incerte novità del falso in bilancio,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2016, 10 ss.

47 Sulla pronuncia vd. F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale,* in *Dir. Pen. Proc.,* 2005, 1433 ss; S. ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in F. Sgubbi – V. Manes (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, 53 ss; A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nell'europeizzazione del diritto penale,* op. cit.; F. MUNARI – C. AMALFITANO, *Il terzo pilastro dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive,*

tutto sebbene, tra l'altro, a ciò fosse d'ostacolo quella chiara linea esegetica che ha messo in luce il concetto di "norma penale reale", segnalando l'esigenza di individuare, per l'appunto, la natura di una disposizione – nell'ottica dello statuto delle garanzie – indipendentemente dalla sua collocazione sistematica, tenendo conto, invece, dei suoi effetti[48].

In conclusione, si può senz'altro ribadire che dopo Maastricht, la spinta verso una maggior consistenza del diritto penale europeo fu soprattutto di natura giurisprudenziale. La Corte, infatti, gettò le basi – seppur con soluzioni assai discutibili – per l'utilizzo delle direttive nel settore; pur negando un'efficacia diretta *in malam partem* degli strumenti normativi europei, tanto attraverso la disapplicazione quanto per il tramite dell'interpretazione conforme (*contra* però vd. la citata sentenza "Pupino"), cominciò ad imporre obblighi di criminalizzazione (sentenza Unilever e Commissione c. Consiglio)[49].

Il tutto in un contesto ove la dottrina, in maniera convincente, continuò comunque a negare una potestà normativa diretta degli organi europei in materia[50]; più in generale si può osservare che, nonostante il progetto della creazione di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (preconizzato nel Consiglio di Tampere del 1999[51] e poi richiamato dal Trattato di Amsterdam), si era ben lungi, in effetti, da un "pluralismo ordinato"[52], anche in ragione dell'asimmetria tra l'applicabilità diretta

in *Dir. Un. Eur.*, 2007, 773 ss; L. SIRACUSA, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo "tassello" della Corte di Giustizia dell'Unione europea,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, 241 ss; G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale,* in *Cass. Pen.*, 2009, 4058 ss.

48 Il riferimento è, evidentemente, a M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, 2014, 14 ss; su tale teoria vd. anche M. RONCO, *La legalità stratificata,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1387 ss; G. FLORA, *Norme penali "sostanziali", norme penali "processuali" e divieto di retroattività,* 8 giugno 2020, in *www.discrimen.it.*

49 Sul controverso tema della sussistenza di doveri di penalizzazione vd. (in senso negativo) F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato,* in *Nov. Dig. It.*, vol. XIX, 1974, 9 ss; D. PULITANÒ, *Obblighi di tutela penale?,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, 484 ss; per la prospettiva europea vd. G. DE VERO – G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee,* Torino, 2007, *passim;* C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari,* Pisa, 2009, *passim*; S. MANACORDA, *"Dovere di punire?" Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto,* in C. Sotis – M. Meccarelli – P. Palchetti (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo,* Madrid, 2014, 307 ss.

50 Tale soluzione venne sposata, generalmente, anche in relazione alla lotta alle frodi ai danni delle finanze comunitarie, di cui all'art. 280 TCE. In tal senso vd. R. SICURELLA, *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea,* op. cit., 319 ss. In senso parzialmente contrario vd. L. PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile "base giuridica" del Corpus Iuris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE,* in G. Grasso (a cura di) *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, 357 ss.

51 Su cui vd. L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio di Tampere,* in *Cass. Pen.*, 2000, 1114 ss; G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale,* Torino, 2007, 213 ss.

delle fonti sovrannazionali *in bonam partem* ed inapplicabilità *contra reum* in caso di antinomie[53].

2.3. Con il Trattato di Lisbona (2007), a seguito del fallimento del progetto della Carta costituzionale europea (del 2004)[54], allora – immutata la logica del processo dinamico e dell'evoluzione continua[55] – venne abbandonato il c.d. "terzo pilastro"; con il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e, in particolare, con l'art. 83 TFUE si determinò, così, il passaggio dallo strumento della decisione-quadro a quello della direttiva ("codificandosi", in tal modo, alcune delle linee interpretative elaborate in passato in sede giurisprudenziale circa lo strumento normativo adottabile), mantenendosi (nella cornice del principio generale di sussidiarietà sancito, tra l'altro, nell'art. 5.3. TUE)[56] la competenza penale indiretta (sul punto *infra*), ma rafforzata dalla minaccia della sanzione nei confronti degli Stati membri inadempienti rispetto alla previsione di illeciti e correlate conseguenze giuridiche; si tratta delle forme di criminalità transnazionali (o per le quali vi sia necessità di contrasto "su basi comuni"), di cui all'art. 83.1. TFUE, o dei settori di competenza di cui all'art. 83.2.[57].

Più di preciso, con l'art. 83.1 TFUE si è sancita la competenza del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. "autonoma") di introdurre, mediante l'adozione di direttive di armonizzazione, delle norme minime *tanto* in ordine al ricorso allo strumentario penale *quanto* alle sanzioni da irrogare; il tutto in vari settori, in base ad un catalogo estensibile (cfr. art. 83.1 secondo e terzo periodo).

Il successivo art. 83.2 TFUE, inoltre, come risaputo, ha previsto una competenza penale (c.d. "accessoria")[58], da esercitarsi sempre mediante direttiva (ma non sempre attraverso la procedura legislativa "ordinaria", ovverosia tramite co-decisione di Consiglio e Parlamento), per ulteriori settori già oggetto di misure di armonizzazione, in caso di necessità, per l'attuazione efficace delle politiche eurounitarie[59].

52 Termine impiegato da M. DELMAS MARTY, *L'intégration du droit pénal en Europe,* in A. Bernardi (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena,* Milano, 2006, 1 ss. Nel senso espresso nel testo vd. C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2014, 1099 ss.

53 Sul tema vd. anche M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico,* in *Cass. Pen.,* 2003, 1808 ss.

54 In argomento vd. C. DE FIORESI, *Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona,* 10 aprile 2008, in *www.costituzionalismo.it;* M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi,* Milano, 2011, 125.

55 R. ADAM – A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea,* Torino, 2016, 7.

56 Su cui vd. anche P. DE PASQUALE, voce *Sussidiarietà (dir. eur.),* in *www.treccani.it,* 2014; G. GAJA – A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea,* Bari, 2014, 142 ss.

57 In argomento vd. L. FOFFANI, *Il "Manifesto sulla politica criminale europea",* in *Criminalia,* 2010, 657 ss, che ha individuato nel varo del Trattato di Lisbona la nascita di un vero e proprio "diritto penale europeo".

58 Su questa terminologia e sulle novità introdotte sul punto dal Trattato di Lisbona vd. anche A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive,* in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.,* 2012, 43 ss.

59 In argomento vd. anche C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea,* in *Cass. Pen.,* 2010, 1150 ss; G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione,* in

A tali previsioni si è, inoltre, affiancato l'art. 325.4 TFUE, che legittima l'UE a adottare strumenti di contrasto delle "frodi" (attraverso procedure che non prevedono il c.d. "freno d'emergenza"); talché, si è al cospetto di un reticolo che determina una base legale esplicita per importanti interferenze della normativa europea su quella nazionale, generando un contesto assai problematico, perché soggetto a "forze centrifughe", come dimostra il pronunciamento della Corte costituzionale tedesca "*Lissabon-Urteil*" ("il verdetto di Lisbona", BVerfG, 30 giugno 2009 - 2 BvR 1010/2008, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 5/08 e 2 BvR 182/09).

La Corte, nell'occasione, pur ritenendo ammissibile l'adesione della Germania al Trattato, ha rimarcato i pericoli per la democrazia derivanti da un'eccessiva devoluzione di poteri legislativi, nella specifica materia penale, in favore dell'Unione europea, per via dello svuotamento delle funzioni del *Bundestag*.

Il *Bundesverfassungsgericht*, dunque, rilevando un persistente *deficit* democratico negli organi legislativi UE, ha affermato che l'art. 83.1 TFUE dovrebbe essere oggetto di un'interpretazione particolarmente stringente, in modo tale da evitare un'eccessiva invasione di campo da parte del legislatore europeo, la cui azione dovrebbe essere limitata a situazioni ove la mancanza di un intervento *ad hoc* metterebbe a rischio la libertà, sicurezza e giustizia a livello UE. Analogamente, l'esercizio della potestà legislativa di cui all'art. 83.2 TFUE dovrebbe essere esercitata – per non ledere le prerogative del Parlamento nazionale e, quindi, risultare illegittima – in limitatissimi casi, come *extrema ratio*, in ipotesi di carenze delle normative interne di eccezionale gravità[60].

Dei "paletti" che mostrano, ancora una volta, di fondo, la forte resistenza degli Stati membri rispetto ad una effettiva cessione di sovranità in un settore particolarmente delicato quale quello penale, ad una eccessiva disgregazione del concetto di legalità penale (anche in termini di superamento della prerogativa statuale), rispetto a delle "spinte" che trovano giustificazione, almeno in una certa misura, nell'impiego del diritto penale come mezzo per l'edificazione di un'identità europea.

2.4. Una simile competenza legislativa, invece, secondo alcuni, potrebbe derivare dall'art. 325.4, TFUE (in tema di lotta alle frodi ai danni delle finanze UE) che, però, non prevede espressamente un potere normativo in materia penale e non ha formato la base per l'emanazione della c.d. "Direttiva PIF"[61]; si tratta di una soluzione, allora,

---

AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IVA, Napoli, 2011, 2326 ss.

60 Per un commento critico alla pronuncia vd. M. BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, 267 ss; in argomento vd. anche V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione tecnica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, 84 ss; S. MANGIAMELI, *Il disegno istituzionale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, 377 ss.

61 Sulle "resistenze" a ricondurre la base giuridica della "Direttiva PIF", ovverosia la Direttiva (UE) 2017/1371, all'art. 325 TFUE vd. R. SICURELLA, *Introduzione. Così lontana, così vicina. La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea dopo la saga Taricco*, in Id. – G. Grasso (a cura di), *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della Procura europea*, Milano, 2018, 5 ss. La suddetta direttiva è stata emanata, in particolare, con riferimento all'art. 83.2. TFUE, richiamandosi, come "precedente di armonizzazione", il citato Regolamento n. 2988/95.

decisamente esclusa, perlomeno in ordine ad eventuali effetti *in malam partem*, da quegli studiosi che hanno evidenziato la necessità di tutela del principio di riserva di legge statuale[62].

Quanto, più in generale, alla potestà legislativa diretta in capo all'Unione europea, attraverso regolamenti e direttive *self-executing*, una parte della dottrina, in passato[63], aveva fatto ricorso alla teoria dei c.d. "poteri impliciti"[64]; tale impostazione, tuttavia, è stata contestata da coloro che hanno fatto leva, tra l'altro, sulla carenza di un'espressa previsione nei Trattati[65], idonea a garantire base normativa a tale

Sul tema vd. A. VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (c.d. "Direttiva PIF"): il problema della base legale,* in *Cass. Pen.,* 2015, 2442 ss, che ha posto in luce le criticità relative all'interpretazione dell'art. 325 TFUE anche in riferimento all'art. 83.

62 Vd. ad esempio F. VIGANÒ, *Riserva di legge in materia penale e fonti sovranazionali,* 2012, in *www.treccani.it.* Per il persistente difetto di democraticità vd., invece, G. STEA, *I principi di diritto penale nella giurisdizione europea,* Pisa, 2014, 22 ss che, con riferimento all'art. 83 TFUE ha rilevato che il problema non sarebbe stato superato dalla previsione del c.d. "freno d'emergenza" che, tra l'altro, a rigore, sarebbe applicabile solo alle procedure legislative ordinarie e che non è menzionato nell'art. 325 TFUE. Ritiene, invece, che l'art. 325 TFUE abbia determinato (a seguito della soppressione del riferimento alla riserva in favore degli Stati membri in ordine al diritto penale di cui all'art. 280 TCE) una competenza (anche) penale dell'UE L. PICOTTI, *La protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione europea nell'era post-Lisbona: la Direttiva PIF nel contesto di una riforma di sistema,* in *loc. ult. cit.,* 17 ss (spec. 24); in senso sostanzialmente analogo A. DAMATO – P. DE PASQUALE – N. PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo,* Torino, 2014, 292.

63 Ad esempio S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza,* Padova, 1996, *passim.*

64 Secondo detta teoria un organo internazionale può utilizzare tutti i mezzi a sua disposizione al fine di raggiungere gli scopi previsti dal trattato istitutivo anche se non espressamente previsti e prende spunto dall'art. 235 del Trattato istitutivo della CEE (poi art. 308 TCE), secondo una lettura già avallata dalla Corte di giustizia con la pronuncia "Massey-Ferguson", Corte di Giustizia, 12 luglio 1973, causa C-8/73 (per la quale «l'art. 235 autorizza il Consiglio ad emanare i provvedimenti del caso, qualora un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti»).

65 Vd. A. CAVALIERE, *Un tentativo di visione d'insieme,* in Id. – V. Masarone (a cura di), *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano,* op. cit., 397 ss, che ha altresì evidenziato persistenti difetti di democraticità nella formazione degli atti normativi europei, nonché una assai scarsa sensibilità del legislatore UE rispetto ad alcuni principi cardine della materia e, in particolare, a quello di offensività. Questo studioso, inoltre, ha stigmatizzato la circostanza che gli interventi nel settore penale da parte dell'Unione europea abbiano progressivamente condotto ad un inasprimento delle sanzioni, all'eccessivo ricorso allo strumentario penalistico nel sistema interno, con una linea in contrasto con l'idea dell'*extrema ratio.* Queste perplessità renderebbero, dunque, anche assai poco auspicabile un intervento del legislatore europeo su istituti di parte generale del diritto penale sostantivo (417), mentre molte fonti sovrannazionali regolanti singoli settori (quali ad esempio l'immigrazione clandestina) si mostrerebbero – ad avviso dell'Autore – assai distanti dai principi cardine della materia, come elaborati dall'esperienza giuridica nostrana (419). Sugli aspetti involutivi vd. anche S. MOCCIA, *Funzioni della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana,* in *Dir. Pen. Proc.,* 2012, 921 ss.

prerogativa, con una soluzione in linea con l'immagine del diritto penale quale "giardino proibito"[66], riservato alla sovranità nazionale[67].

Ci si muove, però, in un ambito magmatico, come dimostra la sentenza "Trinca" della suprema Corte di cassazione (Cass., Sez. III, 19 gennaio 2011, n. 107) che, in estrema sintesi, in ordine alla pesca del novellame, giunse a disapplicare una norma interna contenente una clausola di esclusione della responsabilità (art. 24 l. 14 luglio 1965, n. 963) che si era rivelata in disarmonia con un regolamento comunitario[68]. Insomma, una disapplicazione *in malam partem* affiancata, in ottica d'insieme, ad una assai meno critica *primauté* con riflessi *pro-reo* (affermata anche nella più nota vicenda attivata dalla sentenza CGUE, Prima Sezione, 28 aprile 2011, causa C-61/11, "El Dridi")[69].

3. Il diritto europeo nel sistema delle fonti.

3.1. La nascita delle Comunità e, successivamente, dell'Unione europea, come ben risaputo, ha generato questioni di notevole complessità in ordine ai rapporti tra il diritto comunitario/eurounitario ed il sistema costituzionale italiano. La dottrina dominante individuò, allora, assai precocemente, la base legale di rango primario atta a giustificare una compressione della sovranità statuale, rispetto ai trattati, nell'art. 11 Cost. che, seppure introdotto nella prospettiva dell'ingresso dell'Italia nell'ONU, venne ritenuto idoneo allo scopo in ragione delle finalità perseguite da tali entità, rappresentate (anche) dalla promozione della pace e della giustizia tra le nazioni[70]. Ben più complessa risultò, invece, la questione del rapporto tra diritto "derivato" europeo e sistema interno; in ogni caso, già a partire dalla pronuncia

66 S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015, 26.

67 Sul tema della sovranità statuale in materia penale fondamentale è il riferimento a G. VASSALLI, voce Nullum crimen, nulla poena sine lege, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. VIII, Torino, 1994, 278 ss e, in precedenza, ID., *La potestà punitiva*, Torino, 1942. In tema vd. anche F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale,* Torino, 2016, 120 ss. L'Autore, dopo aver rilevato il persistente *deficit* democratico degli organi di produzione del diritto eurounitario, ha affermato, in modo lapidario, che «l'Unione europea non è titolare di una potestà punitiva penale propria».

68 Sulla pronuncia vd. anche A. MADEO, *Disposizioni penali a tutela della fauna e della flora,* in M. Pelissero (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio,* in Trattato teorico-pratico di diritto penale diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol, XI, Torino, 2013, 311.

69 Su cui vd. C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della direttiva rimpatri,* in *Cass. Pen.*, 2011, 2786 ss; A. APOSTOLI, *La Corte di cassazione estende la portata della decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento dal territorio nazionale,* in *Giur. Cost.*, 2011, 4756 ss; M. GAMBARDELLA, *Disapplicazione o* abolitio criminis *per i reati in materia di immigrazione che contrastano con la direttiva rimpatri?,* in *Cass. Pen.*, 2012, 1230 ss; C. SOTIS, *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, 464 ss; R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici, loc. ult. cit.*, 2012, 1425 ss; G.L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo, ibidem,* 2015, 188 ss; L. MASERA, *Il diritto penale dei nemici. La disciplina in materia di immigrazione irregolare, ibidem,* 2020, 804 ss.

70 Sul tema vd. L. BONANATE, *Art. 11,* Roma, 2018. Questa fu, sotto tale angolo prospettico, la linea sposata dalla Corte costituzionale con la nota sentenza Corte cost., 7 marzo 1964, n. 14 (relativa al caso Costa c. Enel).

Corte cost., 18 dicembre 1973, n. 183 ("Frontini") la Corte costituzionale riconobbe, sulla base del citato art. 11 Cost., la prevalenza del regolamento sulla normativa ordinaria interna, in riferimento alle materie oggetto dei trattati comunitari.

Detta tematica, allora, trovò nella sentenza "Granital" (Corte cost., 5 giugno 1984, n. 170) uno snodo fondamentale poiché la Corte, in quella occasione, pur ribadendo che il diritto comunitario e quello interno fossero coordinati, mantenendo sotto certi profili la reciproca autonomia (contraddicendo la c.d. "tesi monistica"), sancì in maniera chiara la prevalenza dei regolamenti sulla legge ordinaria, in caso di antinomie.

Questi orientamenti vennero, inoltre, estesi alle direttive di immediata applicabilità attraverso diverse pronunce della Consulta (vd. Corte cost., 2 febbraio 1990, n. 64; Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168), che (in parte) ribadirono le linee ermeneutiche della Corte di Lussemburgo (vd. Corte di Giustizia, 24 marzo 1987, causa C-286/85, "McDermott e Cotter"; Corte di Giustizia, 22 giugno 1989, causa C-103/88, "Fratelli Costanzo").

Si tratta di una impostazione confortata dalla riforma dell'art. 117 Cost. (l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3), che – rimarcando come la potestà legislativa debba essere esercitata «nel rispetto… dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» – ha rafforzato l'idea che il sistema interno sia "incline" all'adeguamento a quello sovrannazionale[71].

La Corte costituzionale, tuttavia, già con la sentenza "Acciaierie San Michele" (Corte cost., 12 luglio 1965, n. 98) riconobbe la possibilità di sottoporre a censura di legittimità la legge di ratifica dei trattati e, più in generale, soprattutto a partire da Corte cost., 13 aprile 1989, n. 232, accolse la c.d. "teoria dei controlimiti" (sebbene tale concetto venne esplicitamente richiamato dalla Consulta, per la prima volta, solo con la sentenza Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349); con essa, in estrema sintesi, si postula l'intangibilità dei principi cardine e dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento costituzionale, quali elementi indefettibili dell'identità nazionale, tali da "resistere", prevalendo, (tra l'altro) sulle fonti giuridiche comunitarie/sovrannazionali.

3.2. La teoria dei controlimiti[72] è stata protagonista della "vicenda Taricco", che, a sua volta, ha rappresentato una tappa fondamentale nello sviluppo del dibattito relativo al diritto penale europeo, come dimostra il numero dei commenti elaborati dalla dottrina, non solo penalistica. Volendosi, allora, ripercorrere gli *step* che hanno segnato l'evoluzione del caso, si può rammentare che esso venne originato

71 Sul tema vd. C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro It.*, 2001, V, cc. 194 ss; E. CANNIZZARO, *La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali,* in *Riv. Dir. Int.,* 2001, 921 ss; F. PATERNITI, *La riforma dell'art. 117 comma 1 Cost. e le nuove prospettive nei rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e Unione europea,* in *Giur. Cost.,* 2004, 2101 ss; A. CELOTTO – T. GROPPI, *Diritto UE e diritto internazionale: primauté vs. controlimiti,* in *Riv. Dir. Pub. Com.,* 2004, 1309 ss. Vd. inoltre Corte cost., 21 giugno 2010, n. 227).

72 Sull'origine della teoria vd. P. BARILE, *Rapporti tra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *Comunità Int*., 1966, p. 14; F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. I, Milano, 1970, 105 ss.

dall'ordinanza di rimessione del GUP di Cuneo (Trib. Cuneo, 17 gennaio 2014, GUP Dott. Boetti) che, investito di un processo avente ad oggetto delle "frodi carosello", con conseguenze in ordine all'IVA (che è imposta che confluisce nelle casse UE), rilevò che la regolamentazione della prescrizione fosse d'ostacolo al compiuto accertamento nel processo penale di tali forme di illecito, con conseguente impunità diffusa. Sicché il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia al fine di verificare se il sistema interno fosse conforme o meno a quello sovrannazionale e, in particolare, alla disciplina della concorrenza, degli aiuti di Stato, dell'esenzione dall'imposta e se esso, in definitiva, fosse allineato agli obblighi di contribuzione incombenti sugli Stati membri.

La Corte di Giustizia, allora, in termini alquanto perentori, rilevò (sentenza CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa C-105/14) – sulla base dell'art. 325 TFUE – l'incongruenza delle previsioni interne relative alla prescrizione, stabilendo che: « una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice – normativa che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive *in un numero considerevole di casi di frode grave* che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE».

Inutile, ormai, indugiare sui "punti deboli" di questa (potenzialmente dirompente) statuizione (rappresentati, oltre che, secondo molti commentatori, dalla vaghezza del parametro "*in un numero considerevole di casi di frode grave*" in base al quale il giudice nazionale avrebbe potuto/dovuto disapplicare la norma interna: dalla riconduzione della disciplina della prescrizione al diritto processuale penale, con esclusione delle garanzie apprestate per quello sostanziale e, in particolare, dal *nullum crimen sine lege;* dagli effetti determinati dalla carenza di un "termine massimo" di prescrizione a seguito della disapplicazione); piuttosto, vi è da rammentare che la giurisprudenza – a valle della "Taricco I" – validò in diverse occasioni (nonostante le perplessità sollevate immediatamente dalla dottrina) la "regola" elaborata dalla Corte di Giustizia[73].

73 Vd. Cass., Sez. III, 17 settembre 2015, n. 2210; Cass., Sez. III, 26 febbraio 2016, n. 7914 (per la quale la "regola Taricco" avrebbe dovuto applicarsi solo a «fatti non ancora prescritti alla data della

Su questo *parterre,* segno evidente della crisi della legalità in materia penale[74], si mossero, allora, le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale emesse dalla Corte d'appello di Milano e dalla Terza Sezione penale della Cassazione che, seppur con motivazioni non del tutto sovrapponibili, sollevarono il dubbio (nel prisma della l. 2 agosto 2008, n. 130, di ratifica del Trattato di Lisbona) circa la conformità della soluzione dettata dalla Corte di Giustizia rispetto al predetto principio di legalità, sancito dall'art. 25 comma 2 Cost.[75]

La Consulta, dunque, con un'ordinanza alquanto articolata (Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24), a sua volta, richiese l'intervento della Corte di Giustizia, attraverso rinvio pregiudiziale; il tutto sulla base delle seguenti considerazioni:

- non essendo revocabile in dubbio, alla luce dell'art. 11 Cost., il primato del diritto eurounitario, nondimeno in caso di contrasto di quest'ultimo con i principi cardine dell'ordinamento si materializzerebbe l'illegittimità costituzionale della legge nazionale di ratifica dei trattati;

- stante il principio di legalità sancito dall'art. 25 comma 2 Cost., nonché la natura "sostanziale" delle norme che compongono la disciplina della prescrizione del reato, il *dictum* della Corte di Lussemburgo nella sentenza "Taricco" circa la portata dell'art. 325 TFUE avrebbe dovuto essere meglio precisato dal Giudice europeo, onde consentire alla Consulta di verificarne la compatibilità con il suddetto valore-cardine;

- la sentenza della Corte di Giustizia avrebbe potuto condurre, se interpretata nel senso proposto dai giudici remittenti, ad una soluzione *contra reum* imprevedibile e, pertanto, contraria allo stesso principio della c.d. "*foreseeability*", elaborato dalle Corti europee; inoltre, il parametro indicato dalla Corte di Lussemburgo, in base al quale il giudice ordinario avrebbe dovuto stabilire l'eventuale disapplicazione del regime della prescrizione[76] si sarebbe rivelato eccessivamente vago e, conseguentemente, produttivo di un *vulnus* al principio di legalità.

---

pubblicazione della sentenza Taricco»); Cass., Sez. III, 7 giugno 2016, n. 44584 (che si soffermò su una improbabile elaborazione di un catalogo di indici dai quali ricavare la gravità delle condotte ai fini della disapplicazione della disciplina della prescrizione, estendendo il "teorema Taricco" anche a fattispecie di evasione fiscale non connotate dal carattere della frode. *Contra,* su tale ultimo aspetto, Cass., Sez. III, 16 dicembre 2016, n. 16458); Cass., Sez. III, 15 dicembre 2016, n. 12160.

74 Sulla quale vd., nella sterminata letteratura, L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Critica Dir.*, 2001, 44 ss; F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale,* in *Cass. Pen.,* 2005, 277 ss; M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2008, 538 ss; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale,* in *Criminalia,* 2011, 79 ss; G. AMARELLI, *La legge penale e il giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio,* in *Cass. Pen.,* 2014, 403 ss; C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge,* in *Giur. Cost.*, 2015, 181 ss; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2015, 22 ss; I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali,* Milano, 2017. Sul punto vd. anche *infra.*

75 Si tratta di Corte App. Milano, Sez. II, 18 settembre 2019 e Cass., Sez. III, 30 marzo 2016, ord. n. 28346.

76 Soluzione questa, peraltro, in generale contestata dalla Consulta, che, con un fugace passaggio, ha affermato la necessità del preventivo esperimento della questione di costituzionalità. In effetti, si può soggiungere, si trattava di una ipotesi in cui erano in gioco diritti individuali sanciti tanto dalla CDFUE quanto dalla Carta costituzionale. Sul punto, *infra*.

La Corte di Giustizia, quindi, sulla prospettazione dell'attivazione dei controlimiti, si espresse nuovamente sulla questione con la sentenza CGUE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, causa C-105/14, "M.A.S. e M.B." che, pur in parte confermando il proprio precedente, affermò che la disapplicazione non avrebbe potuto aver luogo nel caso in cui detta soluzione si fosse posta in contraddizione con il principio di legalità in materia penale, al quale venne riconosciuto un peso preminente nel bilanciamento degli interessi in gioco.

In particolare, sintetizzando i contenuti della pronuncia, la Corte di Lussemburgo, pur ribadendo i principi di assimilazione, di adeguatezza/proporzionalità, evidenziò la sussistenza di un vero e proprio obbligo di criminalizzazione per forme di frode grave a danno degli interessi dell'UE (punto 35)[77], statuendo l'immediata precettività dell'art. 325 TFUE e l'obbligo di disapplicazione delle norme interne contrastanti (punto 39).

A seguito di un inciso di correttezza giuridica alquanto opinabile (secondo la Corte a seguito della "Direttiva PIF" la disciplina della prescrizione dovrebbe essere ricondotta nell'alveo del diritto processuale penale, con conseguente sottoposizione al principio del *tempus regit actum*: punti 43-45)[78], la Corte di Giustizia, inoltre, adombrò la possibilità per il giudice italiano di disapplicare la normativa interna in tema di prescrizione a seguito della pronuncia della sentenza "Taricco I" (punto 60), senza chiarire il fondamento di tale assunto, esprimendo, in definitiva, la seguente massima: «l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato».

77 Obbligo, per il vero, emergente dall'art. 2 della "Convenzione PIF", che stabiliva: «1. Ogni Stato membro prende le misure necessarie affinché le condotte di cui all'articolo 1 nonché la complicità, l'istigazione o il tentativo relativi alle condotte descritte all' articolo 1, paragrafo 1 siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno, nei casi di frode grave, pene privative della libertà che possono comportare l'estradizione, rimanendo inteso che dev'essere considerata frode grave qualsiasi frode riguardante un importo minimo da determinare in ciascuno Stato membro. Tale importo minimo non può essere superiore a 50 000 ECU. 2. Tuttavia, uno Stato membro può prevedere per i casi di frode di lieve entità riguardante un importo totale inferiore a 4 000 ECU, che non presentino aspetti di particolare gravità secondo la propria legislazione, sanzioni di natura diversa da quelle previste al paragrafo 1».

78 Tale principio si rivela, infatti, in tensione, tra l'altro, con il principio di ragionevolezza.

Successivamente, la giurisprudenza nazionale sembrò attestarsi sulla soluzione sposata dalla Corte di Giustizia, come emergente da tale ultima pronuncia (c.d. "Taricco II"), affermando, dunque, in alcuni arresti, il potere/dovere del giudice di disapplicare, in determinati casi, le norme di riferimento in ordine alla prescrizione, ma solamente per fatti di reato commessi dopo la prima pronuncia della Corte di Giustizia[79]. Tuttavia, la Consulta ha speso le ultime, perentorie battute sulla vicenda, attraverso la sentenza Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, stabilendo che:

- tanto l'art. 325 TFUE quanto la c.d. "regola Taricco" fossero affette da indeterminatezza in merito ai criteri applicativi, ponendosi inoltre in insanabile contrasto con il principio di legalità, di rango costituzionale, oltre che eurounitario e convenzionale;

- tale difetto di determinatezza, peraltro, non potrebbe essere legittimamente sanato attraverso una lettura "tassativizzante", essendosi disconosciuta la logica della "tassatività senza determinatezza", perché incompatibile con il ruolo assegnato nel sistema al giudice e all'interpretazione;

- è esclusa *tout court* l'applicazione della suddetta "regola Taricco", anche per fatti commessi dopo il primo pronunciamento della Corte di Giustizia.

La decisione, che – nella sua stringatezza – si apprezza soprattutto per l'accento posto sul ruolo del principio di legalità/determinatezza nel quadro delle garanzie costituzionali in materia penale e per il ridimensionamento del ruolo del giudice e dell'interpretazione (secondo una linea, però, successivamente smentita negli arresti relativi alle questioni di legittimità della disciplina delle misure di prevenzione, in precedenza citate, ove è stata ammessa, a fronte di un palese difetto di precisione delle norme indubbiate, una sanatoria attraverso "interpretazione tassativizzante")[80], è stata oggetto di plurimi commenti da parte della dottrina, che di massima ha condiviso la soluzione sposata dalla Corte. Il tutto per il tramite di un profluvio di rilievi, tale da rendere ormai la vicenda e le criticità da essa emergenti fin troppo note per giustificare, in questa sede, ulteriori note a margine[81].

79 Vd. Cass, Sez. II, 7 febbraio 2018, n. 9494; Cass., Sez. IV, 20 marzo 2018, n. 17401.

80 Sul tema vd. anche G. DE FRANCESCO, *Invito al diritto penale,* 2019, Bologna, 222 ss.

81 Vd., *ex multiis,* A. RUGGERI, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?,* in *Oss. Fonti,* 2018, 3, 1 ss; G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa),* 23 maggio 2018, in *www.federalismi.it*; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo "certo"*, 4 giugno 2018, in *www.penalecontemporaneo.it;* R. CALVANO, *Taricco. Un finale di partita, in attesa della prossima,* in *Giur. Cost.,* 2018, 1321 ss; M. DONINI, *Lettura critica di Corte cost. n. 115/18,* 11 luglio 2018, in *www.penalecontemporaneo.it;* F. FERRARO, *Il conflitto reale e il dialogo apparente della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in merito al principio di legalità e alla riserva di legge in materia penale*, 26 settembre 2018, in *www.federalismi.it;* M. GAMBARDELLA, *Inapplicabile senza eccezioni la "regola Taricco" nel nostro ordinamento: una parola definitiva della Corte costituzionale,* in *Cass. Pen.*, 2018, 1844 ss; M. LUCIANI, *La dura realtà e il "caso Taricco"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 1284 ss; D. PULITANÒ, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica, loc. ult. cit.*, 1289 ss; G. INSOLERA, *Il dialogo tra le Corti è interrotto? Implicazioni e ricadute della vicenda "Taricco",* 4 febbraio 2019, in *www.lalegislazionepenale.eu;* D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018,* 4 marzo 2019, in *www.rivistaaic.it;* G. COCCO, *Il "primato" della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte costituzionale n. 115/2018 e diritto eurounitario,* in *Resp. Civ. Prev.,* 2019, 1078 ss; Mario

3.3. Occorre rimarcare che l'ordinamento giuridico moderno non è più organizzato, in maniera prevalente, secondo il criterio della gerarchia delle fonti, in quanto il pluricentrismo ha implementato il ruolo della "competenza" come criterio (anche) interpretativo, che il giudice è chiamato ad impiegare con una certa frequenza.

Al riguardo del diritto comunitario e, poi, eurounitario, la Corte di Giustizia ha più volte sottolineato la "autonomia" del sistema giuridico sovrannazionale; anche di recente si è affermato, infatti, che: «l'autonomia dell'ordinamento è una caratteristica essenziale del diritto dell'Unione poiché questo deriva da una fonte autonoma, costituita dai Trattati, e prevede il primato sulle norme degli Stati membri nonché l'efficacia diretta di varie disposizioni. Tale ordinamento ha comportato la formazione di una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano reciprocamente l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché questi ultimi tra di loro. L'Unione dispone di un quadro costituzionale proprio in cui rientrano i valori enunciati nell'art. 2 TUE, i principi generali del diritto dell'Unione, le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché le disposizioni del TUE e del TFUE che contengono le norme sull'attribuzione e la ripartizione delle competenze, sul funzionamento delle istituzioni e del sistema giurisdizionale, e le disposizioni fondamentali nei settori specifici, configurate in modo da contribuire alla realizzazione del processo di integrazione. Per garantire le caratteristiche specifiche e l'autonomia di tale ordinamento, i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione. Conformemente all'art. 19 TUE, spetta ai giudici nazionali e alla Corte di giustizia la piena applicazione di tale diritto, nonché il compito di garantire la tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione» (CGUE, Adunanza Plenaria, 30 aprile 2019, n. 1).

La Corte di Lussemburgo, inoltre, non opera generalmente un riferimento alla gerarchia tra le fonti sovrannazionali e quelle interne, bensì a quello della competenza che deriverebbe dalla creazione di un ordinamento giuridico *sui generis*[82]; la Corte costituzionale, invece, pur affrontando spesso la questione dei

---

ESPOSITO, *Il disordine del sistema delle fonti tra alterazioni e surroghe,* in *Giur. Cost.*, 2020, 405 ss; S. MANACORDA, *"Doppia pregiudizialità" e Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 572 ss; G. FORNASARI, *Osservazioni rapsodiche su tre diramazioni del diritto penale del nemico,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 1048 ss; F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione e etica del giudice,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 1248 ss; G.M. FLICK, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte costituzionale,* in *Cass. Pen.*, 2020, 44 ss; P. MENGOZZI, *Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga "Taricco",* in *Studi Int. Eur.*, 2020, 9 ss; V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione della materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta),* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 1233 ss; G. LOSAPPIO, *Regole dei tempi e tempi delle regole. Sospensione della prescrizione, precisione della norma penale e irretroattività* in malam partem, in *Cass. Pen.*, 2022, 864 ss.

82 Vd. già Corte di Giustizia, 5 febbraio 1962, causa C-26/62, "Gend en Leos", secondo la quale «si deve concludere che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro

rapporti con il diritto eurounitario (e prima comunitario) richiamando il suddetto criterio, già in tempi remoti ha fatto riferimento a quello gerarchico, fondato sull'art. 11 Cost. (vd. ad esempio Corte cost., 30 ottobre 1975, n. 232, "ICIC").

Tuttavia, per il vero, la progressiva espansione delle materie che, direttamente o indirettamente, rientrano nel raggio d'azione dell'Unione sembra aver reso il criterio della competenza recessivo rispetto a quello della "prevalenza", vale a dire alla gerarchia delle fonti, così come sembra difficile, per le stesse ragioni, confermare ancor oggi la tesi dell'autonomia tra ordinamenti giuridici[83].

4. Il diritto europeo e il giudice: interpretazione conforme, disapplicazione e "giurisprudenza creativa".

4.1. L'interpretazione "conforme" rappresenta una *species* del *genus* interpretazione-sistematica, nel senso che essa viene impiegata attraverso un'indagine generale che involge più disposizioni, consentendo una lettura delle norme da applicare in maniera da evitare antinomie, superando il mero contenuto letterale della *lex*.

Tale forma di interpretazione obbliga il giudice, che deve approcciare l'ordinamento ricercandone coerenza, a fornire una "risposta" al caso sottoposto che tenga conto anche della competenza e della gerarchia delle fonti; del resto, come ben noto, le questioni di legittimità costituzionale vengono declinate come inammissibili laddove il giudice *a quo* non abbia preliminarmente tentato una lettura costituzionalmente orientata, vale a dire conforme alla Carta fondamentale, atteso che, come chiarito dalla Consulta, con una nota pronuncia, «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (Corte cost., 14 ottobre 1996, n. 356). Tale passaggio, nonchè l'onere motivazionale in ordine alla rilevanza della questione di legittimità devoluta, vale anche – come pure ben noto – per potenziali antinomie tra diritto interno e eurounitario (vd., tra le tante, Corte cost., 21 dicembre 2018, n. 240)[84]. Tanto è vero che, in difetto di tale verifica preliminare da parte del giudice *a quo,* la questione di legittimità viene dichiarata – pure in questo caso –inammissibile (vd. Corte cost., 4 luglio 2011, ord. n. 222).

Anche la Corte di Giustizia, a più riprese, in ordine ai Trattati, ha rimarcato – sulla base della primazia del diritto comunitario/UE – l'obbligo dei giudici nazionali di fornire, ove possibile, alla normativa interna un senso conforme a quelle fonti, seppur con il limite del rispetto dei principi cardine dell'ordinamento interno e di quelli sanciti a livello eurounitario/convenzionale, come ad esempio quello di

cittadini».

83 Sul tema vd. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali,* Roma, 2012, 18 ss. Secondo l'Autore: «si potrà discutere se l'approccio normoteoretico seguito dal giudice italiano rispecchi ancora le ricostruzioni dualiste o, viceversa, moniste: ma quel che è chiaro è che il contesto attuale sembra distante dal *background* culturale in cui diritto comunitario e diritto interno apparivano sistemi autonomi e distinti, ancorché coordinati, e che la distanza si è bruscamente ridotta anche sul fronte convenzionale».

84 La correttezza della lettura effettuata dal giudice *a quo*, invece, rileva nel merito, rispetto alla fondatezza della questione. Vd. Corte cost., 6 maggio 2016, n. 95.

legalità in materia penale (CGUE, Ottava Sezione, 14 ottobre 2021, causa C-360/20, "Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării şi Administraţiei"); così si è stabilito che «il principio del primato del diritto dell'Unione, che sancisce la preminenza di tale diritto su quello degli Stati membri, impone a tutte le istituzioni degli Stati membri di dare pieno effetto alle varie norme dell'Unione, dato che il diritto degli Stati membri non può sminuire l'efficacia riconosciuta a tali differenti norme nel territorio di detti Stati. Al riguardo, occorre, in particolare, ricordare che il principio di interpretazione conforme del diritto interno, in forza del quale il giudice nazionale è tenuto a dare al diritto interno, per quanto possibile, un'interpretazione conforme ai requisiti del diritto dell'Unione, attiene al sistema dei trattati, in quanto consente al giudice nazionale di assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolve la controversia ad esso sottoposta» (CGUE, Quinta Sezione, 14 maggio 2020, causa C-615/18, "UY").

Quanto alle direttive, la Corte di Lussemburgo ha stabilito che «il principio di interpretazione conforme richiede che i giudici nazionali facciano tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva e pervenire a una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima» (CGUE, Seconda Sezione, 13 gennaio 2022, causa C-282/19, "YT e altri"). Obbligo, questo, che si estende evidentemente all'ipotesi delle direttive "inattuate" (vd. Corte di Giustizia, 13 novembre 1990, causa C-106/89, "Marleasing"; Corte di Giustizia, 14 luglio 1997, causa C-91/92, "Faccini Dori"; più di recente, CGUE, Grande Sezione, 4 luglio 2006, causa C-212/04, "Kostantinos")[85].

Se tali principi non hanno in sé alcunché di "scandaloso"[86], rappresentando essi una delle proiezioni del dovere di leale collaborazione, o di "fedeltà"[87], occorre però rimarcare come il confine tra le varie forme in cui può legittimamente estrinsecarsi l'interpretazione – tra le quali vi è certamente quella sistematica/conforme – e quella "creatrice", del *judge-made law* per intendersi, è spesso travalicato nella prassi, conducendo a soluzioni in forte tensione con i principi cardine della materia, come elaborati dall'esperienza nostrana[88]. Valga rammentare (oltre al già citato caso "Pupino") la vicenda della confisca per equivalente per il peculato (fattispecie già "afflitta" da interpretazioni giurisprudenziali non condivisibili in ordine alla rilevanza di condotte "distrattive"), decisa dalle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691, "Caruso")[89] nel rispetto del principio di legalità (ed

85 In ordine ai regolamenti vd. CGUE, Quinta Sezione, 7 gennaio 2004, causa C-60/02, "X".

86 Sul tema vd. anche G.P. DE MURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2018, 1088 ss.

87 Vd. A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea,* 15 luglio 2013, in *www.penalecontemporaneo.it.* Su tali principi nella proiezione dell'interpretazione conforme vd. anche Corte di Giustizia, 10 aprile 1984, causa C-14/83, "Von Colson e Kamann".

88 Ha segnalato il labile confine tra interpretazione conforme e interpretazione creatrice anche V. VALENTINI, Case-law *convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2014, 285 ss.

89 Su cui vd. V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale con effetti* in malam parte, in *Cass. Pen.,* 2010, 101 ss; A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322*-ter –

indipendentemente dalle previsioni della decisione-quadro 212/2005/GAI circa l'estensione dell'ablazione per valore), ma al culmine di un dibattito dagli esiti tutt'altro che scontati, in ragione della posta in gioco e della possibile influenza di esigenze di politica criminale che avrebbero potuto far protendere per una soluzione (erronea) di senso contrario[90]. Il tutto attraverso principi generali poi successivamente ribaditi dalla suprema Corte di cassazione in altre occasioni[91].

4.2. Altra forma di interferenza tra diritto interno ed eurounitario è rappresentata, come già si è rammentato, dal dovere di disapplicazione del diritto nazionale non conforme a quello sovrannazionale (dettato dai trattati e dalle norme *self executing*, oltre che dalle sentenze della Corte di Giustizia), attraverso il quale è il giudice ordinario a risolvere l'antinomia.

La Corte di Lussemburgo, con la citata sentenza "Simmenthal", ha stabilito che, in caso di contrasto tra normativa interna e comunitaria ad efficacia diretta, il giudice sarebbe obbligato – stante la primazia di quest'ultima – a disapplicare la legge nazionale incompatibile «senza dover chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»[92].

Questo orientamento[93], dopo alcune resistenze (vd. la citata sentenza "ICIC", che aveva rilevato la necessità di un "controllo accentrato", *ex* art. 134 Cost.) è stato recepito dalla pronuncia "Granital" della Consulta[94] che, successivamente, con la sentenza "Industria Dolciaria Giampaoli" (Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168), ha soggiunto che l'antinomia (con una norma comunitaria direttamente applicabile) non determinerebbe *ipso facto* l'illegittimità costituzionale della norma interna, bensì la

tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*., 2011, 777 ss.

90 In argomento vd. anche C.E. PALIERO – F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche,* in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.,* 2015, 246 ss.

91 Vd. Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2018, n. 55778, secondo la quale: «il principio dell'interpretazione conforme incontra due criteri-limite, uno generale e di ordine logico formale, consistente nel divieto di pervenire ad una interpretazione *contra legem* del diritto nazionale, ad esempio legittimando l'integrazione della norma penale interna con un'interpretazione *in malam partem* e l'altro specifico, costituito dai precisi vincoli derivanti dai principi generali del diritto, come quelli della certezza del diritto o di determinatezza e non retroattività. Ora va precisato che i citati limiti valgono propriamente per la materia penale derivando, com'è noto dal principio della legalità della pena, appartenente ai principi generali del diritto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri nonché sancito anche dall'art. 7 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, dall'art. 15, n. 1, prima frase, del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici delle Nazioni Unite del 16 dicembre 1966 nonché dall'art. 49, n. 1, prima frase, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea».

92 Sul tema vd. anche M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, 22 ottobre 2018, in *www.questionegiustizia.it*.

93 Che la Corte di Lussemburgo non estende alle norme eurounitarie prive di efficacia diretta. Vd. CGUE, Grande Sezione, 24 giugno 2019, causa C-573/17, "Poplawski". Tale pronuncia è stata annotata da L. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski,* 3 febbraio 2021, in *www.giustiziainsieme.it*.

94 Vd., in seguito, Corte cost., 28 aprile 2004, n. 129, secondo la quale la disapplicazione involge «qualsiasi atto legislativo nazionale contrastante con norme di diritto comunitario compiute e immediatamente applicabili dal giudice interno».

sua inefficacia[95] (per il caso del contrasto con le sentenze interpretative della Corte di Giustizia su rinvio pregiudiziale vd. Corte cost., 19 aprile 1985, n. 113)[96].

Sicché, secondo tali orientamenti, l'intervento della Consulta sarebbe limitato a ipotesi particolari, rappresentate dall'introduzione di una normativa interna finalizzata ad impedire o limitare indebitamente la portata del diritto sovrannazionale (come stabilito dalla sentenza "Granital") e dalle antinomie con norme sovrannazionali non dotate di efficacia *self-executing*[97].

La Corte costituzionale, ad ogni buon conto, ha rilevato, in più occasioni, che il proprio intervento non potrebbe essere precluso nel caso di antinomie che incidano su diritti fondamentali riconosciuti tanto dalla Carta costituzionale quanto dalla Carda dei diritti UE, ovverosia nelle ipotesi di c.d. "*overlapping protection*"[98].

La questione, già affrontata dalla Consulta con la sentenza Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, è stata oggetto della recente pronuncia Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., sulla base della violazione del principio del *ne bis in idem.* Per quel che qui più interessa, la Corte ha declinato l'eccezione di inammissibilità formulata dall'Avvocatura generale dello Stato, che aveva rilevato l'obbligo del giudice remittente, semmai, di disapplicare la norma indubbiata per contrasto con l'art. 50 CDFUE, avente efficacia diretta nell'ordinamento interno.

In particolare, la Corte ha statuito: «cionondimeno, la diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE non può essere di ostacolo all'intervento di questa Corte, puntualmente sollecitato dal giudice *a quo*. Secondo un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale, l'eventuale effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri dei diritti riconosciuti dalla Carta (e delle norme di diritto derivato attuative di tali diritti) non rende inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che denuncino il contrasto tra una disposizione di legge nazionale e quei medesimi diritti, i quali intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana. Questioni siffatte, una volta sollevate, debbono invece essere scrutinate nel merito da questa Corte, cui unicamente spetta il compito di dichiarare, con effetti *erga omnes*, l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che risultassero

95 Vd. anche Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389: «l'eventuale conflitto tra una norma di diritto comunitario direttamente applicabile e l'ordinamento interno non dà luogo ad ipotesi di abrogazione o di deroga della norma incompatibile, né a forme di caducazione o di annullamento della stessa per invalidità, ma produce un obbligo di disapplicazione di quest'ultima al quale sono giuridicamente tenuti tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi, tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi».

96 Sul tema vd. anche M. GAMBARDELLA, Lex mitior *e giustizia penale,* Torino, 2013, 201 ss.

97 Vd. Corte cost., 25 gennaio 2010, n. 28 (sul caso delle ceneri di pirite), in ordine alle direttive; Corte cost., 21 giugno 2010, n. 227 sulle decisioni-quadro e sulle leggi di attuazione di queste (ma anche, più in generale, sugli atti normativi eurounitari di non immediata efficacia nell'ordinamento interno). In argomento vd. anche V. MANES, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni,* in Id. – V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale,* Torino, 2019, 3 ss.

98 Sul tema vd. anche M. GAMBARDELLA, *Il primato dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali: il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria,* in *Cass. Pen.*, 2021, 26 ss.

contrarie alla Carta, in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. (sentenze n. 54 del 2022, n. 182 del 2021, n. 49 del 2021, n. 11 del 2020, n. 63 del 2019, n. 20 del 2019 e n. 269 del 2017; ordinanze n. 182 del 2020 e n. 117 del 2019). Tale rimedio non si sostituisce, ma si aggiunge a quello rappresentato dalla disapplicazione nel singolo caso concreto, da parte del giudice comune, della disposizione contraria a una norma della Carta avente effetto diretto (sentenza n. 67 del 2022: "il sindacato accentrato di costituzionalità, configurato dall'art. 134 Cost., non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo"). E ciò in un'ottica di arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali che, "per definizione, esclude ogni preclusione" (ancora, sentenza n. 20 del 2019) e che vede tanto il giudice comune quanto questa Corte impegnati a dare attuazione al diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano, ciascuno con i propri strumenti e ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze. Nel presente procedimento, peraltro, il giudice rimettente ha chiesto a questa Corte di dichiarare l'illegittimità costituzionale della disciplina censurata in ragione del suo asserito contrasto non già con l'art. 50 CDFUE, bensì – unicamente – con l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. A maggior ragione, dunque, questa Corte non può sottrarsi al proprio compito di scrutinare nel merito la questione, e se del caso dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, secondo i principi costantemente osservati a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007. Rispetto alla disapplicazione, totale o parziale, delle disposizioni sanzionatorie da parte del singolo giudice, in ragione del loro contrasto con l'art. 50 CDFUE, la dichiarazione di illegittimità costituzionale cui aspira il giudice rimettente assicurerebbe del resto al diritto al *ne bis in idem* – riconosciuto assieme dalla Costituzione italiana (sentenza n. 200 del 2016), dall'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e dall'art. 50 CDFUE – una tutela certa e uniforme nell'intero ordinamento. Il che è tanto più essenziale in una materia, come quella penale, dominata dal principio di stretta legalità».

In proposito, allora, si può osservare che, alla luce della notevole estensione del catalogo dei diritti espressi e soprattutto ricavabili dalla Carta dei diritti fondamentali, è chiaro che, in materia penale, situazioni similari possano risultare particolarmente frequenti; la soluzione sposata dalla Consulta, in ogni caso, appare condivisibile ed equilibrata poiché, sebbene sia indiscutibile l'esigenza del rispetto del sistema di interazione tra diritto interno e diritto sovrannazionale (che sancisce l'obbligo di disapplicazione di cui si discute), la particolare delicatezza della materia rende "insopprimibile" il ruolo della Corte costituzionale.

Ciò in quanto, in effetti, fermo che la prospettiva multilivello determina il fatto che i casi sottoposti al vaglio della magistratura ordinaria si rivelano particolarmente "complicati", vi è il bisogno di garantire – come giustamente rilevato dalla Corte con la sentenza da ultimo richiamata – un'applicazione conforme del diritto penale, nonché quella di rimuovere dall'ordinamento le antinomie nel caso – niente affatto da escludersi – di persistente e prolungata inazione da parte del Parlamento che,

spesso, "percepisce" con notevole ritardo la necessità di riforme del sistema, specie laddove essa emerga dalla casistica che si genera tra le giurisdizioni di merito[99].

4.3. Il tema della disapplicazione della norma interna contrastante con quella comunitaria/eurounitaria, attraverso il veicolo dell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.), evoca l'annosa vicenda del *betting* e dell'esercizio di detta attività da parte di soggetti non autorizzati.

L'intera disciplina del gioco e delle scommesse si basa, in particolare, sulla previsione compendiata nell'art. 1 d.lgs. 14 aprile 1948, n. 496, per il quale «l'organizzazione e l'esercizio di giochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato», che, esercitando l'attività in regime di sostanziale monopolio, può affidarla in *concessione* a privati.

I soggetti che svolgono suddetta attività imprenditoriale debbono ottenere, inoltre, un'*autorizzazione* di polizia che, ai sensi dell'art. 88 TULPS (r.d. 18 giugno 1931, n. 773), a sua volta, «può essere concessa esclusivamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di Ministeri o altri enti ai quali la legge riserva la facoltà di organizzazione e gestione delle scommesse, nonché a soggetti incaricati dal concessionario o dal titolare di autorizzazione in forza della stessa concessione o autorizzazione».

Sicché, in tale ambito, l'esercizio di dette attività senza concessione e/o autorizzazione di polizia assume rilevanza penale ai sensi dell'art. 4 l. 13 dicembre 1989, n. 401 (in tema di "interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive")[100].

---

99 Ciò spiega, sotto certi versi, come la Corte, in alcuni arresti si sia "sbilanciata", affermando più (vd. Corte cost. n. 269/2017) o meno (vd. la sentenza "Taricco I") esplicitamente la necessità della sottoposizione al proprio vaglio di simili questioni.

100 Tale disposizione, nel testo vigente, così recita:

«1. Chiunque esercita abusivamente l'organizzazione del giuoco del lotto o di scommesse o di concorsi pronostici che la legge riserva allo Stato o ad altro ente concessionario, è punito con la reclusione da tre a sei anni e con la multa da 20.000 a 50.000 euro. Alla stessa pena soggiace chi comunque organizza scommesse o concorsi pronostici su attività sportive gestite dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), dalle organizzazioni da esso dipendenti o dall'Unione italiana per l'incremento delle razze equine (UNIRE). Chiunque abusivamente esercita l'organizzazione di pubbliche scommesse su altre competizioni di persone o animali e giuochi di abilità è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno e con l'ammenda non inferiore a lire un milione. Le stesse sanzioni si applicano a chiunque venda sul territorio nazionale, senza autorizzazione dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, biglietti di lotterie o di analoghe manifestazioni di sorte di Stati esteri, nonché a chiunque partecipi a tali operazioni mediante la raccolta di prenotazione di giocate e l'accreditamento delle relative vincite e la promozione e la pubblicità effettuate con qualunque mezzo di diffusione. È punito altresì con la reclusione da tre a sei anni e con la multa da 20.000 a 50.000 euro chiunque organizza, esercita e raccoglie a distanza, senza la prescritta concessione, qualsiasi gioco istituito o disciplinato dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli. Chiunque, ancorché titolare della prescritta concessione, organizza, esercita e raccoglie a distanza qualsiasi gioco istituito o disciplinato dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli con modalità e tecniche diverse da quelle previste dalla legge è punito con l'arresto da tre mesi a un anno o con l'ammenda da euro 500 a euro 5.000.

Ebbene, la normativa italiana in materia di attività di raccolta di scommesse è stata più volta oggetto d'interventi da parte della Corte di giustizia europea, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità tra le disposizioni interne – con le connesse sanzioni penali in caso di svolgimento di attività di *bookmaker sine titulo* – e la libertà di stabilimento (ai sensi dell'art. 43 CE, oggi art. 49 TFUE) nonché di prestazione dei servizi (ai sensi dell'art. 49 CE, oggi art. 56 TFUE).

Con la sentenza Corte di Giustizia, 6 novembre 2003, causa C-243/01 ("Gambelli e altri"), la Corte, in particolare, pose in luce che limitazioni eccessive all'esercizio di dette attività imprenditoriali (nel caso di specie quelle degli operatori italiani al servizio di imprese di scommesse con sede all'estero) potessero rivelarsi in contrasto con le disposizioni da ultimo indicate, rimettendo in ogni caso al giudice nazionale l'onere di verificare se la normativa interna, con le relative restrizioni, potesse risultare giustificata per l'effetto della necessità di tutela di interessi superiori, quali l'ordine pubblico.

Le Sezioni Unite, successivamente, con tre sentenze sostanzialmente "gemelle" (Cass., Sez. Un., 26 aprile 2004, nn. 23271, 23272 e 23273), affermarono, allora, che le norme compendiate nell'art. 4 l. n. 401/1989, con particolare riguardo alla disposizione di cui al comma 4-*bis* in riferimento all'art. 88 TULPS, «non sono in contrasto con i principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, in quanto perseguono finalità di controllo per motivi di ordine pubblico che, come tali, possono giustificare le restrizioni che esse pongono agli stessi principi. Ne consegue che il giudice ordinario non può, senza esorbitare dai suoi limiti istituzionali, ritenere incongruo il ricorso alla sanzione penale che sia

2. Quando si tratta di concorsi, giuochi o scommesse gestiti con le modalità di cui al comma 1, e fuori dei casi di concorso in uno dei reati previsti dal medesimo, chiunque in qualsiasi modo dà pubblicità al loro esercizio è punito con l'arresto fino a tre mesi e con l'ammenda da lire centomila a lire un milione. La stessa sanzione si applica a chiunque, in qualsiasi modo, dà pubblicità in Italia a giochi, scommesse e lotterie, da chiunque accettate all'estero.

3. Chiunque partecipa a concorsi, giuochi, scommesse gestiti con le modalità di cui al comma 1, fuori dei casi di concorso in uno dei reati previsti dal medesimo, è punito con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda da lire centomila a lire un milione.

4. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano anche ai giuochi d'azzardo esercitati a mezzo degli apparecchi vietati dall'articolo 110 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773, come modificato dalla l. 20 maggio 1965, n. 507, e come da ultimo modificato dall'articolo 1 della l. 17 dicembre 1986, n. 904.

4-*bis*. Le sanzioni di cui al presente articolo sono applicate a chiunque, privo di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'articolo 88 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con r.d. 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, svolga in Italia qualsiasi attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettate in Italia o all'estero.

4-*ter*. Fermi restando i poteri attribuiti al Ministero delle finanze dall'articolo 11 del d.l. 30 dicembre 1993, n. 557, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 1994, n. 133, ed in applicazione dell'articolo 3, comma 228 della l. 28 dicembre 1995, n. 549, le sanzioni di cui al presente articolo si applicano a chiunque effettui la raccolta o la prenotazione di giocate del lotto, di concorsi pronostici o di scommesse per via telefonica o telematica, ove sprovvisto di apposita autorizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze - Agenzia delle dogane e dei monopoli all'uso di tali mezzi per la predetta raccolta o prenotazione».

giustificato dalla preoccupazione di contrastare l'infiltrazione criminale, anche organizzata, nella gestione dei giochi, delle scommesse e dei concorsi pronostici».

Ai predetti pronunciamenti fece seguito la sentenza CGUE, Grande Sezione, 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, "Placanica e altri", che, pur riconoscendo che la normativa italiana *in subiecta materia*, prevedendo il rilascio di nuove concessioni a condizioni restrittive (attraverso un bando del 1999, per titoli abilitativi della durata di sei anni, tanto per il "gestore centralizzato" quanto per l'attività a valle), potesse in parte trovare fondamento nell'esigenza di controllare gli operatori nel settore (al fine di evitare infiltrazioni criminali o condotte fraudolente ai danni dei consumatori), statuì che l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano non giustificasse, in ogni caso, l'esclusione dal mercato interno di operatori costituiti sotto forma di società di capitali quotate sul mercato regolamentato (sebbene per esse fosse impossibile una precisa e costante identificazione degli azionisti).

In tale prospettiva, allora, i divieti e le sanzioni penali previsti per i gestori dei c.d. "centri di trasmissione dati" (ovverosia di raccolta delle scommesse) collegati ai predetti soggetti esteri, in assenza di concessione e di autorizzazione di polizia (non conseguibili per l'effetto della mancanza dei titoli in capo al gestore di riferimento), avrebbero dovuto ritenersi illegittime rispetto ai parametri sopra enunciati; sicché si affermò che «uno Stato membro non può applicare una sanzione penale per il mancato espletamento di una formalità amministrativa allorché l'adempimento di tale formalità viene rifiutato o è reso impossibile dallo Stato membro interessato in violazione del diritto comunitario».

Sul tema della compatibilità tra diritto interno e diritto comunitario in materia di esercizio abusivo di attività di raccolta di scommesse e di disapplicazione della norma nazionale venne chiamata in campo anche la Consulta che tuttavia, con la sentenza Corte cost., 13 luglio 2007, n. 284, nel dichiarare l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine all'art. 4, comma 4-*bis*, l. n. 401/1989, stabilì che «le statuizioni della Corte di Giustizia hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni», tanto da imporre al giudice ordinario la disapplicazione in caso di antinomie col diritto nazionale, salvo l'ipotesi in cui «venga in rilievo il limite, sindacabile unicamente da questa Corte, del rispetto di principi fondamentali dell'ordinamento e dei diritti inalienabili della persona». Il tutto soggiungendo che l'ordinanza di rimessione avesse sollevato un dubbio sull'interpretazione del diritto sovrannazionale resa dalla Corte di Lussemburgo. Sicché, una ulteriore causa di inammissibilità, per mancato esperimento del rinvio pregiudiziale.

Successivamente, con la sentenza CGUE, Quarta Sezione, 16 febbraio 2012, cause riunite C-72/10 e C-77/10, "Costa e Cifone", la Corte di giustizia tornò, nuovamente, ad occuparsi della questione, allorquando, peraltro, a seguito delle modifiche attuate al sistema regolamentare (d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. l. 4 agosto 2006, n. 248), era stato indetto un nuovo bando per l'esercizio delle attività *de quibus* al quale, però, il gestore estero interessato non aveva potuto partecipare per carenza dei requisiti imposti.

Nell'occasione la Corte affermò, allora, che la nuova procedura concessoria, contenendo previsioni tali da garantire un vantaggio anti-competitivo in capo ai soggetti già in possesso di titoli abilitativi ed alcuni ostacoli per gli operatori esteri, nel suo complesso, non avesse eliminato i "difetti" del previgente sistema, determinando, sostanzialmente, la perduranza della pregressa situazione antigiuridica; sicché, soggiunse il Giudice di Lussemburgo, l'applicazione delle sanzioni penali previste dall'art. 4 l. n. 401/1989 nei confronti di soggetti legati a gestori illegittimamente esclusi dalle procedure di cui sopra avrebbe dovuto ritenersi in contrasto con gli artt. 49 e 56 TFUE.

A seguito di detta pronuncia la Corte di cassazione, a più riprese, stabilì, giocoforza, la necessità di disapplicare la norma incriminatrice interna nei casi riconducibili a quelli scrutinati, a più riprese, dalla Corte europea[101].

101 Vd. Cass., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 18767: «la norma prevista dall'art. 4 comma 4-*bis* l. 13 dicembre 1989 n. 401 contrasta i principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione europea *ex* art. 43 e 49 CE, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea (cfr. sentenza "Placanica" del 6 marzo 2007 in cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04 e sentenza "Costa e Cifone", in cause riunite C-72/10 e C-77/10 del 16 febbraio 2002), nel caso, giustificativo della sua *non applicazione*, in cui il soggetto svolga senza autorizzazione di PS attività organizzata di intermediazione per l'accettazione e la raccolta di scommesse sportive in favore di un allibratore straniero che non abbia potuto ottenere in Italia le concessioni o le autorizzazioni richieste dalla normativa nazionale a causa del rifiuto dello Stato italiano di concederle e tale rifiuto abbia violato il diritto comunitario». Vd. anche Cass., Sez. III, 10 luglio 2012, n. 28413; Cass., Sez. III, 12 luglio 2012, n. 38711: «il disposto di cui all'art. 4 comma 4-*bis* l. 13 dicembre 1989 n. 401, che sanziona penalmente la condotta di chi, privo di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'art. 88 TULPS, svolga in Italia attività organizzata al fine di accettare o raccogliere scommesse, *non può trovare applicazione* qualora la mancanza del suddetto titolo abilitativo sia da porre in relazione con il contrasto tra la normativa nazionale e la normativa europea, quale, in particolare, interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui confligge con gli art. 43 e 49 del trattato una disciplina come quella dettata dall'art. 38 commi 2 e 4 d.l. n. 223 del 2006, conv., con modificazioni, in l. n. 248 del 2006, e dagli art. 13, 14 e 23 del capitolato d'oneri approvato con decreto dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato in data 29 agosto 2006, dal momento che essa continua a favorire, sotto diversi profili (e segnatamente, quello dell'obbligo di osservanza di distanze minime tra i vari punti di accettazione e raccolta) i soggetti già titolari di licenze ottenute»; Cass., Sez. III, 23 gennaio 2013, n. 12630: «la norma penale che sanziona l'esercizio abusivo dell'attività di giuoco o di scommessa contrasta con i principi della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi e deve, pertanto, essere *disapplicata*, quando la raccolta delle scommesse sia svolta, in assenza della prescritta autorizzazione di pubblica sicurezza, per conto di un allibratore straniero al quale sia stata revocata la necessaria concessione per motivazioni non conformi al diritto dell'Unione europea (nella specie, perché basata sulla gestione di attività di giuoco transfrontaliere, contrastante con lo schema di convenzione tra l'amministrazione autonoma dei monopoli dello Stato e l'aggiudicatario della concessione)»; Cass., Sez. III, 15 settembre 2016, n. 43955: «non integra il reato di cui all'art. 4 l. 401 del 1989 la raccolta di scommesse in assenza di licenza di PS da parte di soggetto che operi in Italia per conto di operatore straniero cui la licenza sia stata negata per illegittima esclusione dai bandi di gara e/o mancata partecipazione a causa della non conformità, nell'interpretazione della Corte di giustizia UE, agli art. 49 e 56 TFUE del regime concessorio interno ed, in particolare, della prescrizione, prevista dal bando, che attribuisce alla AMMS il diritto potestativo di chiedere ed ottenere, alla cessazione della concessione, la cessione non onerosa, ovvero la devoluzione della rete infrastrutturale di raccolta del gioco». Vd. inoltre Cass., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 27864 e Cass., Sez. III, 15 settembre 2016, n. 43955, con le quali la Corte ha stabilito che la disapplicazione della norma incriminatrice debba aver luogo anche nei casi in cui l'operatore straniero non abbia partecipato alla

Il legislatore nazionale, dal canto suo, in vista del riordino della disciplina, con la "legge di stabilità 2015" (l. 23 dicembre 2014, n. 190, art. 1, comma 643, con effetti poi prorogati dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208) istituì una "sanatoria", concedendo la possibilità agli operatori "abusivi" di ottenere un titolo provvisorio, ponendo, dunque, un freno al vasto contenzioso che, in sede penale, si era originato per via delle disarmonie alle quali si è accennato e dei pronunciamenti conseguenti della Corte di Lussemburgo[102].

Infine, con la sentenza CGUE, Terza Sezione, 22 gennaio 2015, causa C-463/13, "Stanley International Betting Ltd e altro", che intervenne a seguito delle ulteriori modifiche introdotte dal d.l. 2 marzo 2012, n. 16 (conv. l. 26 aprile 2012, n. 44), in base al quale era stata bandita una nuova gara per il rilascio delle concessioni, la Corte rilevò che la nuova regolamentazione (ed in particolare la limitazione della durata delle nuove concessioni a bando, sulla quale si erano appuntate le censure delle parti interessate nel corso di un procedimento impugnatorio instaurato davanti al giudice amministrativo) non avrebbe potuto ritenersi in contrasto con il diritto eurounitario.

In definitiva, tale complessa vicenda sembra particolarmente paradigmatica degli effetti che possono derivare da un *"non liquet"* da parte della Consulta (giustificato dal potere di disapplicazione in capo al giudice ordinario), vale a dire, a fronte di riforme timide ad opera del legislatore e sostanzialmente tese a mantenere lo *status quo*, un contenzioso di enorme vastità e particolarmente prolungato nel tempo, con gravi effetti sull'economia, oltre che sulla certezza del diritto.

4.4. Da ben prima che il diritto europeo dispiegasse con vigore i propri effetti sull'ordinamento interno, si lamenta in Italia la crisi del giuspositivismo e del principio di legalità, di matrice illuministico-liberale.

Le cause del fenomeno, della prevalenza della *law in action* rispetto a quella *in the books*, sono molteplici ma, fra di esse, un ruolo fondamentale è rivestito: a) dall'anacronismo dell'impianto codicistico[103], che giocoforza spinge la giurisprudenza ad interpretazioni che, nel tentativo di adattamento alla mutata realtà criminologica, attraverso quella forma di interpretazione che si definisce "evolutiva",

---

gara perché in difetto dei requisiti imposti, illegittimamente, dalla normativa di riferimento. La Cassazione, però, ha precisato che l'onere della prova in ordine all'illegittimità dell'esclusione grava sull'imputato (vd. Cass., Sez. III, 4 giugno 2014, n. 37851; Cass., Sez. III, 25 marzo 2015, n. 14991; Cass., Sez. III, 3 dicembre 2020, n. 7129).

102 In argomento vd. Cass., Sez. III, 12 maggio 2015, n. 23960: «in tema di esercizio abusivo dell'attività di raccolta di scommesse sportive, l'operatore privo di concessione e di autorizzazione, che abbia aderito alla sanatoria di cui all'art. 1, comma 643, l. 23 dicembre 2014 n. 190 (legge di stabilità 2015) versando l'imposta dovuta alle scadenze previste dalla legge, ha diritto di svolgere l'attività di raccolta delle scommesse fino alla data di scadenza, nell'anno 2016, delle vigenti concessioni statali». Vd. però Cass., Sez. III, 28 giugno 2017, n. 889: «in tema di esercizio abusivo di attività di gioco o scommessa, l'adesione da parte dell'operatore privo di licenza di pubblica sicurezza e di concessione alla sanatoria determina il diritto di svolgere l'attività in corso da tale momento fino alla data di scadenza, nell'anno 2016, delle vigenti concessioni statali, ma non contempla in alcun modo l'estinzione o la non perseguibilità del reato derivante da condotte poste in essere in epoca pregressa».

103 Vd. T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale,* Bologna, 1991, 36 ss.

conduce a soluzioni in contrasto con il principio di legalità; b) lo scarso tecnicismo che connota le ultime riforme in materia penale, specie sotto il profilo del difetto di precisione con le quali vengono scolpite le norme[104], che spinge il giudice a interpretazioni "spericolate" per correggere errori in sede di redazione, per colmare vuoti di tutela e, per il vero, non di rado, per coltivare (in maniera impropria) delle esigenze di politica criminale.

In questa prospettiva, la dottrina ha parlato di un "*dirty work*", nel settore, che è condotto dalla magistratura e di un "*lato oscuro del diritto penale*"[105]; valga in proposito rammentare – solo per prospettare qualche esempio – le torsioni interpretative che hanno interessato il c.d. "disastro innominato" (artt. 434 e 449 c.p.)[106], nonché l'estensione dell'alveo di operatività della figura dell'associazione di tipo mafioso, per l'effetto dell'introduzione, per opera giurisprudenziale, del "concorso esterno"[107].

Si tratta di contesti ove, si potrebbe sostenere, "*il diritto insegue il fatto*". nel senso che l'interpretazione diventa strumento per allargare le maglie della fattispecie al fine di consentirle di colpire condotte antisociali, ma non disciplinate o, comunque, non adeguatamente contrastabili attraverso un "normale impiego" dello strumentario esistente.

Si voglia inoltre rammentare, nella prospettiva del difetto di formulazione delle fattispecie incriminatrici, la ben nota vicenda della riforma del c.d. "falso in bilancio", che ha costretto le Sezioni Unite ad una interpretazione "al limite" (e forse anche oltre…)[108] per evitare che una riforma ispirata al *law enforcement*[109] giungesse al clamoroso esito di rendere la figura (che costituisce pietra angolare del diritto penale dell'economia) inoperativa rispetto alle forme più insidiose di falso, ovverosia quello valutativo.

Sul ridimensionamento del principio di legalità pesa, tuttavia, anche l'espansione del diritto eurounitario, tanto per i condizionamenti che subisce il legislatore italiano al fine di conformarsi alle scelte di politica criminale formatesi "altrove", quanto per l'influenza del sistema giuridico sovrannazionale, che è ispirato all'idea della giurisprudenza-fonte. Qui, la nozione di "diritto" non si riferisce, esclusivamente, alla legge, bensì al binomio *statutory* e *judicial law*, ove l'asse si sposta sulla possibilità per l'individuo di prevedere che una determinata norma venga interpretata in modo tale da importare una responsabilità.

---

104 Sul punto vd. anche le riflessioni di E. MUSCO, *L'illusione penalistica,* Milano, 2004, 76 ss.

105 Il riferimento è a A. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale,* Pisa, 2017.

106 In argomento vd. G.L. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit,* 24 novembre 2014, in *www.penalecontemporaneo.it;* D. BRUNELLI, *Divagazione sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moraliste e colpevolezza normativa,* 12 ottobre 2016, *loc. ult. cit.;* M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2018, 1577 ss; A. GARGANI, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale,* 3 febbraio 2020, in *www.lalegislazionepenale.eu.*

107 Sul tema vd. V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa,* in E. Mezzetti – L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia,* Bologna, 2020, 70 ss.

108 Cass. Sez. Un., 27 maggio 2016, n. 22474.

109 L. 27 maggio 2015, n. 69.

A ciò si aggiunga la "polverizzazione" del diritto penale determinata dalla pluralità di fonti, che pone il giudice in un "labirinto"[110] e, cioè, in difficoltà nell'individuazione delle norme da impiegare, delle loro interazioni, del loro significato che, spesso, si perde nei mille rivoli dei precedenti.

Sarebbe, dunque, auspicabile che l'irrompere del diritto europeo (e convenzionale), anziché implementare le tendenze attuali dell'interpretazione in sede penale[111], connotate dal giudice produttore anziché utilizzatore del diritto, conducesse al risultato di innalzamento del livello delle garanzie apprestate dall'ordinamento interno, in una prospettiva *pro reo*[112].

Si discute, quindi, di un "filtro" ispirato al *favor libertatis*, sulla base di quanto dispone, del resto, l'art. 53 della Carta EDU («nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciute in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi») nonché l'art. 53 CDFUE[113].

110 Per prendere in prestito una efficace espressione di Vittorio Manes.

111 Su cui vd. anche A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, *passim*; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale,* Milano, 2004, 159 ss; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo della legge,* Milano, 2006; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte,* Milano, 2011; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine. Sul divieto di analogia nel diritto penale,* Torino, 2011; M. PAPA, *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente,* in A. Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale,* in Trattato breve di Diritto penale diretto da A. Cocco e E.M. Ambrosetti, San Giuliano Milanese, 2016, 149 ss; P. FERRUA, *Le sentenze "Taricco": brevi riflessioni sui giudici legislatori,* in *Cass. Pen.,* 2018, 1844 ss; A.M. STILE – S. MANACORDA – V. MONGILLO (a cura di), Civil Law *e* Common Law: *quale "grammatica" per il diritto penale?,* Napoli, 2018; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. Pen.,* 2018, 2222 ss, che ha parlato di una "normazione alternativa".

112 V. MANES, *I principi penalistici del* network *multilivello: trapianto, palingenesi* cross-fertilization, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2012, 839 ss; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale,* Bari, 2017, 118 ss; G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla* post-*legalità: eclissi o rinnovamento di un principio,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2018, 1406 ss.

113 Sul punto vd. F. DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali,* in *Cass. Pen.,* 2016, 3055 ss: «l'obbligo di interpretazione conforme alla fonte sovraordinata, proprio perché non realizzabile *contra legem*, non può condurre ad una limitazione di diritti. Quel che qui viene in rilievo è l'impossibilità di pervenire ad interpretazioni peggiorative nella tutela dei diritti attraverso decisioni comunitarie, per il semplice motivo che l'obbligo di interpretazione conforme può "inserirsi" in "varchi" od incompletezze di disciplina strutturalmente incompatibili con il riconoscimento di un diritto. Ne deriva che l'obbligo interpretativo di natura comunitaria sia un obbligo di mezzi e non di risultato. In altre parole, il giudice deve fare tutto ciò che rientra nei suoi poteri per garantire l'efficacia delle norme comunitarie senza che ciò comporti un'esondazione dalle sue competenze previste a livello nazionale. E qui, il confine tra "interpretazione" e "creazione" normativa è affidato al senso istituzionale dei limiti del giudicante, il quale deve essere consapevole che, per volere costituzionale, è soggetto alla legge e non può esserne un produttore. In realtà, la Corte di giustizia tende ad incoraggiare manipolazioni interpretative, incentivando – di fatto – ermeneusi *contra legem*. Si è infatti ritenuta la legittimità dell'interpretazione conforme anche quando, pur in presenza di un contrasto di una specifica norma interna con una fonte comunitaria, questo possa essere superato alla luce dell'intero diritto nazionale considerato nel suo complesso. (n.d.a.: l'Autore qui si riferisce, in particolare, alla sentenza "Pupino"). Tale impostazione,

5. Conclusioni.

Una delle questioni di maggior rilievo nel contesto del diritto penale contemporaneo è rappresentata dalle interferenze tra sistema interno e diritto eurounitario; detto tema si interseca, evidentemente, a seguito del Trattato di Lisbona, con quello della tutela dei diritti individuali riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE – alla quale è attribuito «lo stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6 n. 1 TUE) – e di quelli sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, alla quale l'Unione ha aderito (art. 6 n. 2).

Il problema delle prerogative degli organi UE in materia penale è particolarmente vivo, perché incide in un settore assai delicato e "divisivo", rispetto al quale gli Stati membri sono restii a cedere il campo e, in effetti, tale atteggiamento trova linfa in previsioni dei trattati di tenore particolarmente ambiguo.

La dottrina, in proposito, ha rilevato, anche di recente, che l'Unione europea non sarebbe titolare di una potestà penale, con la conseguenza che solo il Parlamento nazionale sarebbe competente alla produzione normativa in materia[114].

---

nella prassi operativa, ha dato la stura a forzature esegetiche poco rispettose della legalità». Vd. inoltre R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1177 ss: «si badi: l'interpretazione conforme non è in sé una tecnica nuova per noi, poiché l'applichiamo da tempo in rapporto ai principi costituzionali; da tempo dunque siamo abituati a far interagire regole e principi ed è proprio con l'avvento della Costituzione che palpabilmente la legge non è più dotata di una forza monopolistica e incontrastata, ma deve sottomettersi a quei principi e ai valori che essi rappresentano, ibridandosi dunque a contatto con essi attraverso l'interpretazione conforme. E, in effetti, il primo allargamento multilivello dei sistemi giuridici è stato quello determinato dal paradigma costituzionale, quale complesso di limiti e vincoli imposti alla legislazione per la tutela dei diritti fondamentali. È in quel momento che è venuta a cadere la sovranità interna del legislatore nazionale. Ma ciò è avvenuto nell'ambito di uno stesso ordinamento e, dunque, nel quadro di un contesto abbastanza omogeneo. Il *novum* dell'interpretazione conforme al diritto UE è rappresentato dal fatto che ad interagire sono ordinamenti plurimi ed esterni, a cui appartengono norme di diritto primario e di diritto secondario e a cui si aggiungono le norme giurisprudenziali coniate dalle Corti di vertice. È dunque la complessità e la poliedricità del quadro ad accrescere esponenzialmente la problematicità dello strumento. È con la soggezione al e l'ibridazione con il diritto europeo che si intacca il baluardo più forte, quello della sovranità esterna degli ordinamenti nazionali. Si dice che l'obbligo di interpretazione conforme alle norme europee trova un limite naturale nel divieto di interpretazione *contra legem*, che si realizzerebbe quando si profilasse un'antinomia incomponibile tra la norma interna e la norma sovranazionale. Ma si tratta di un limite che viene sistematicamente travalicato, con la benedizione della Corte di giustizia. E anche questa patologia così frequente trasforma, a ben vedere, il giudice interno in creatore di norme, dato che un'interpretazione conforme vietata si traduce di fatto nell'attribuzione di un effetto diretto a una norma europea che ne è priva e in una conseguente disapplicazione mascherata della norma interna con essa contrastante». Sulle criticità del confronto con il diritto eurounitario e della sua influenza sul *modus iudicandi,* con riferimento all'interpretazione conforme e alla disapplicazione del diritto interno, vd. anche le considerazioni di F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale,* in *Cass. Pen.*, 2016, 2695 ss.

114 Vd. ad esempio G. COCCO, *Il "primato" della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte cost. n. 115/2018 e il diritto eurounitario,* in *Resp. Civ. Prev.*, 2019, 1078 ss.

Tuttavia, questa affermazione, così come il concetto di "competenza indiretta", deve fare i conti con vari elementi di senso contrario, rappresentati, innanzitutto, dagli stringenti obblighi europei di criminalizzazione che, sulla base delle nuove previsioni del Trattato di Lisbona, hanno condotto al superamento del *refrain* in base al quale la *matière pénal* sarebbe stata sottratta dal raggio d'azione degli organismi sovrannazionali, tanto più a seguito del progressivo ampliamento delle aree di competenza dell'UE che, oramai, hanno travalicato l'economia ed il mercato.

Anche il tema della tutela degli interessi finanziari dell'UE, al centro della vicenda "Taricco", che ha catalizzato a lungo l'attenzione degli studiosi della materia, del resto, ha in effetti perduto la propria posizione preminente, essendo stato sopravanzato dalla "dialettica" tra i diritti, quelli riconosciuti dalle fonti europee (in particolare quelli previsti o comunque promananti dalla Carta di Nizza e dalla Convenzione EDU) e quelli costituzionali.

A tale ultimo riguardo si può soggiungere che il "confronto", la "*fertilization*" in questo settore soffre di talune disarmonie riscontrabili tra il "catalogo dei diritti UE/europei" e quelli riconosciuti dalla Carta fondamentale; viene alla mente, ad esempio, il principio di colpevolezza e quello di offensività (che, sotto certi profili, hanno dimensione assai più estesa all'ordinamento nostrano, plasmato da una lunga e meritoria opera della giurisprudenza e della dottrina più garantista, tanto da raggiungere un grado di evoluzione che, verosimilmente, rappresenta un *unicum* nel panorama internazionale); sicché, al momento, occorre confidare in un "filtro", che lasci passare in entrata le maggiori garanzie derivanti dal diritto UE/convenzionale e non consenta, anche attraverso i controlimiti, una dispersione di quelle già riconosciute a livello nazionale.

Per il resto, si può osservare che i freni al processo di integrazione, di omogeneizzazione dello *ius criminale* tra i Paesi membri genera evidenti disallineamenti, come dimostra la disciplina delle frodi nelle pubbliche sovvenzioni[115], che fa registrare delle differenziazioni che trovano solo parziale giustificazione nelle diversità delle tradizioni e dei lineamenti dei vari sistemi giuridici.

D'altro canto, però, la struttura di tale ramo del diritto rende particolarmente pericolosa una eccessiva intromissione del legislatore europeo, specie laddove essa si riverberi "*contra reum*"; l'introduzione di obblighi di penalizzazione, ovvero l'imposizione di cornici editali minime rispetto a fattispecie incriminatrici già previste (che rappresenta una forma di integrazione "*hard*") può, infatti, condurre a iniziative legislative che determinano effetti in tensione con i principi cardine, nonché a soluzioni critiche in ordine al trattamento sanzionatorio al cospetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Si consideri, per il primo aspetto, il delitto di pornografia virtuale, di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p. (introdotto dalla l. 6 febbraio 2006, n. 38), introdotto a seguito della decisione-quadro 2004/68/GAI (relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile); si tratta di una fattispecie che presta il fianco a

115 Sul punto vd. A. DE LIA, *Frode nelle sovvenzioni pubbliche: una prospettiva comparata,* 14 giugno 2022, in *questa Rivista,* 1 ss.

(difficilmente superabili) rilievi nel prisma del principio di offensività e che, frutto di una poco meditata scelta di trasposizione da parte del Parlamento, si colloca nel solco del c.d. "diritto penale del nemico", essendo essa espressione di un diritto penale "dell'autore", anziché del fatto, nonché sbilanciata su esigenze di moralizzazione piuttosto che di tutela del minore[116].

Per il secondo profilo, valga considerare il processo di *law enforcement* che ha interessato il microsistema dei reati in materia di imposte e sul valore aggiunto – il cui impianto è stato condizionato, da ultimo, dalla "Direttiva PIF" – che prevede una disciplina *ad hoc* della prescrizione che appare scarsamente giustificabile in un'ottica di sistema, così come perlomeno di dubbia coerenza[117] si rivela il trattamento sanzionatorio previsto per talune fattispecie, sol che si consideri che, ad esempio, la figura di dichiarazione fraudolenta (di cui all'art. 2 d.lgs. 19 marzo 2000, n. 74) attualmente prevede, nel caso in cui l'imposta evasa sia pari o superiore a 100.000 euro, una pena maggiore di quella prevista per le lesioni personali gravi, di cui all'art. 583 comma 1, c.p.

In altri termini, al di là delle perplessità che possono ancora nutrirsi sull'effettiva democraticità del processo di formazione delle fonti normative UE (e quindi sulla loro effettiva riconducibilità alla volontà popolare), innovazioni nella materia presuppongono una visione di politica criminale fondata su dati caratteristici del territorio, nonchè un'ottica sistematica di cui, chiaramente, gli organismi europei non dispongono.

Il tutto spiega, pertanto, il *caveat* della Corte costituzionale tedesca, nel citato caso "*Lissabon*" nonché quello della Consulta sul caso "Taricco"; vive, allora, sono le preoccupazioni che le iniziative UE si rivelino squilibrate, perché eccessivamente condizionate dall'obiettivo di tutela di beni giuridici europei ovvero, addirittura, dettate dalla scelta di impiegare il diritto penale come uno strumento per garantire una maggiore coesione tra gli Stati membri, ma a discapito dei diritti dell'individuo.

---

116 In questo senso vd. G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, 863 ss; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo,* in *loc. ult. cit.*, 2007, 546 ss; in tema vd. anche M. HELFER, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica,* Padova, 2007, 182 ss; M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, 1546 ss; D. PETRINI, *La tutela del buon costume,* in *Dir. Inf.*, 2011, 445 ss; C. SOTIS, *Diritto penale della rete e prospettiva europea: il caso della pedopornografia virtuale,* in *loc. ult. cit.*, 2011, 561 ss; A. MANNA, *Il minore autore e vittima del reato: la situazione italiana e le indicazioni europee,* in *Dir. Fam.*, 2012, 1251 ss; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea,* Milano, 2012, 148; C. GRANDI, *Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 678 ss; A. BERNARDI, *Il costo "di sistema" delle opzioni europee sulle sanzioni punitive,* in *loc. ult. cit.*, 2018, 557 ss (*sub* nota 26); M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione ed istanze di autonomia,* Torino, 2019, 95 ss; F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 698 ss; A.M. MAUGERI, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati,* in *loc. ult. cit.*, 2020, 908 ss; M. BERTOLINO, *La violenza di genere e su minori tra vittimologia e vittimismo: notazioni brevi, ibidem,* 2021, 65 ss.

117 Sebbene la censura di ragionevolezza ai sensi dell'art. 3 Cost. risulterebbe inammissibile, per via della diversità dei beni giuridici in comparazione.

Il processo di integrazione, del resto, ha generato effetti di segno opposto poiché, a fronte delle limitazioni allo *ius criminale* derivanti dall'ampliamento della sfera di libertà e dei diritti (un esempio è quello della disciplina dei giochi e delle scommesse, alla quale si è operato un cenno; ancora si veda l'influenza del principio di *foreseeability*, che ha condizionato, tra l'altro, le sorti della controversa disciplina delle misure di prevenzione) non si può tacere del progressivo ingrossamento dell'area di operatività del diritto penale provocato dalle opzioni del legislatore comunitario (ora eurounitario), che hanno interessato un ambito già di per sé distante dall'idea dell'*extrema ratio*.

Per altro verso, il dialogo tra le Corti non sempre è idoneo a garantire la certezza del diritto, come dimostrano gli orientamenti della giurisprudenza nostrana nelle more dello scambio sul già citato caso "Taricco" o, ancora, l'annosa vicenda relativa ai c.d. "fratelli minori di Contrada"[118], rispetto alla quale la Cassazione si è arroccata su posizioni conservative che si rivelano in contrasto con il *dictum* della Corte di Strasburgo[119].

Quanto alla seconda forma di interferenza (si potrebbe dire, anche in questo caso) "*hard*", rappresentata dalla disapplicazione del diritto interno in caso di conflitti tra norme, che è stata esaminata nella particolare prospettiva della disciplina dei giochi e delle scommesse, essa mette in ulteriore crisi l'idea del difetto di competenza degli organi UE in materia penale, poiché in tale orizzonte (quello della c.d. "efficacia riflessa") il diritto sovrannazionale si è dimostrato particolarmente incisivo – soprattutto nel prisma dell'esercizio del diritto – attraverso un *trend* che potrebbe svilupparsi in crescendo nel prossimo futuro, laddove il legislatore europeo sfruttasse le potenzialità derivanti dall'ampiezza delle materie che rientrano, direttamente o indirettamente, nella propria sfera.

Questi effetti sono, peraltro, destinati a riverberarsi soprattutto nel diritto penale economico, attraverso la definizione del campo applicativo di talune figure incriminatrici, atteso che si è in un ambito in cui lo *ius criminale* spesso ha la funzione di sanzionare illeciti strettamente correlati a discipline *extra*-penali.

Si tratta, in ogni caso, di una forma di integrazione che esige buon senso e, in quest'ottica, la posizione assunta dalla Consulta – per la quale le questioni che attengono al diritto eurounitario che, nel contempo, involgano diritti fondamentali dell'individuo potrebbero (o "dovrebbero") essere sottoposte al proprio vaglio – sembra rappresentare una soluzione accettabile, anche per via della necessità di evitare, seppur con lo strumento delle sentenze interpretative di rigetto, gli effetti che deriverebbero dalla sopravvivenza di disposizioni "critiche", oggetto di impiego *case to case* da parte della magistratura ordinaria.

Quanto, invece, alla forma di integrazione (teoricamente) "*soft*" rappresentata dall'interpretazione conforme, sono stati posti in luce i rischi di deriva che vi si

118 Che è sfociata nella sentenza "Genco" delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2019, n. 8544), che ha fatto seguito alla pronuncia della Corte di Strasburgo (Corte EDU, Quarta Sezione, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia).

119 E con il valore che la Corte EDU riconosce alle proprie pronunce (vd. Corte EDU, Grande Sezione, 28 giugno 2018, GIEM e altri c. Italia).

annidano, che impongono, quindi, ai giudici scelte equilibrate; il tutto, in un momento storico di rilevanti e convulse evoluzioni, atteso che gli ordinamenti di tradizione "*common law*" migrano verso le codificazioni e quelli di "*civil law*" aprono progressivamente a forme di giurisprudenza "creativa", senza tuttavia (al di là dei vincoli costituzionali, spesso travalicati) neppure mutuare la cultura del precedente vincolante e con diverso approccio al problema dell'*overruling*[120].

Quali, invece, gli auspici per il futuro, sul "fronte europeo"?

Innanzitutto, ci si dovrebbe aspettare un innalzamento del livello qualitativo nella redazione degli atti normativi UE poiché – per il vero – gli stessi rivelano ancor oggi una tecnica assai acerba che, giocoforza, pone in difficoltà i legislatori degli Stati membri, con ogni consequenziale effetto sull'armonizzazione dei sistemi e sull'interpretazione/applicazione del diritto.

In secondo luogo, ci si dovrebbe augurare che il legislatore europeo dismetta il piglio del maestro di scuola con la bacchetta, modificando il proprio approccio allo strumentario penalistico, che ha fatto registrare, talvolta, una maggiore attenzione alle regole piuttosto che ai principi, nonché un uso dello *ius criminale* come mezzo di accentramento del potere e di acquisizione di consenso e, quindi, improprio.

Infine, si segnala l'opportunità di una maggiore apertura ai grandi principi elaborati negli ordinamenti giuridici più avanzati degli Stati membri, come il nostro, che potrebbero meglio indirizzare le future scelte di politica criminale, attivando un "circolo virtuoso", una "*cross-fertilization*"[121], per l'appunto.

120 Evidenti le discrasie tra la posizione della Corte EDU nel già citato caso Contrada c. Italia, per l'appunto, e quella della giurisprudenza italiana: vd., oltre alla citata sentenza "Genco", Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364.

121 V. MANES, *I principi penalistici del* network *multilivello: trapianto, palingenesi* cross-fertilization, op. cit.

IL FUTURO DELLE GENERAZIONI E L'ETÀ PER L'ELETTORATO ATTIVO NELLA REVISIONE DELLA COSTITUZIONE

Andrea Gratteri[*]

Il «presente dell'universo» non significa nulla
C. Rovelli, *L'ordine del tempo*

Abstract [ita]: l'ingresso nel testo costituzionale degli interessi delle nuove generazioni rappresenta l'occasione per riflettere sui legami che intercorrono fra il nuovo art. 9 e altre leggi di revisione costituzionale che, anche indirettamente, riguardano il medesimo tema. L'attenzione alle politiche di bilancio dettata dall'art. 81 Cost. e l'abbassamento dell'età per l'elettorato attivo per il Senato all'art. 58 si combinano con l'art. 9 Cost. e testimoniano l'esigenza che le generazioni attuali hanno di occuparsi di quelle future. A partire da queste premesse il saggio è l'occasione per riflettere sulle conseguenze dell'art. 9 Cost., in particolare nel sindacato di costituzionalità, sul ruolo del popolo come soggetto in parte svincolato dal fattore tempo e sul rapporto fra tempo e diritto.

Abstract *[eng]: the entry into the constitutional text of the interests of the new generations represents an opportunity to reflect about the links that exist between the new art. 9 and other constitutional revision laws which, even indirectly, concern the same issue. The attention to budget policies dictated by art. 81 of the Constitution and the lowering of the voting age the Senate in art. 58 combine with art. 9 of the Constitution and testify that current generations need (and have) to take care of future ones. Starting from these premises, the essay is an opportunity to reflect on the consequences of art. 9 of the Constitution, particularly in relation to judical review, on the role of the people as a subject partially independent of the time factor and on the relationship between time and law.*

SOMMARIO: **1.** I fili rossi che legano le revisioni costituzionali puntuali. – **2.** La protezione delle generazioni future: *Leitmotiv* delle generazioni attuali. – **3.** *Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.* – **4.** Il popolo come elemento unificante delle generazioni nel tempo. **4.1.** Il popolo. – **4.2.** Il tempo. – **5.** *Anche* nell'interesse delle future generazioni. – **6.** I giovani elettori come portatori di uno specifico interesse secondo un criterio di prossimità. – **7.** Conclusioni.

1. I fili rossi che legano le revisioni costituzionali puntuali.

Le future generazioni sono ora tenute in considerazione dal testo dell'art. 9 della Costituzione. Questo saggio approfondisce alcuni aspetti portati dalla revisione dei

** Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Pavia.

principi fondamentali a partire da un'analisi delle altre più recenti modifiche della Costituzione che, all'apparenza, toccano temi diversi ma che – come cercherò di mostrare – si allacciano alla prospettiva di una Costituzione che guarda al futuro.

Negli ultimi anni si è consolidata, soprattutto nella prassi, l'idea che la revisione della Costituzione debba rispondere ad una logica di carattere puntuale in luogo di interventi organici di riforma. L'alternanza fisiologica di leggi di revisione costituzionale di specifici aspetti della Carta costituzionale e di disegni riformatori di ampia portata[1] si è interrotta con il voto referendario del 4 dicembre 2016 che, sommato a quello – meno enfatizzato – del giugno del 2006, ha radicato nel Parlamento l'orientamento a procedere alla modifica della Costituzione per il tramite di «una pluralità di piccoli "pacchetti" di riforme puntuali»[2].

Le ambizioni di chi, a partire dai lavori della Commissione Bozzi nel lontano 1983, auspica una revisione organica della Carta costituzionale continuano ad essere insoddisfatte anche se nell'ultimo decennio la Costituzione è stata più volte modificata: il dato di fatto è che gli unici interventi di revisione del testo costituzionale che sono stati approvati sono accomunati dalla limitatezza del loro perimetro.

La dottrina costituzionalistica si è divisa a proposito della (il)legittimità delle grandi riforme costituzionali e della necessità di procedere attraverso interventi mirati e circoscritti[3]. Nel corso della XVIII legislatura il Parlamento ha fatto propria l'idea della revisione per parti separate e tale *modus procedendi* si è affermato nelle diverse fasi politiche che l'hanno attraversata.

---

1 In proposito v. E. CATELANI, *Riforme costituzionali: procedere in modo organico o puntuale?*, in *federalismi.it*, 15 aprile 2020, p. 5 ss.; A. PERTICI, *Il procedimento di revisione costituzionale come garanzia della rigidità della Costituzione*, in U. ADAMO, R. CARIDÀ, A. LOLLO, A. MORELLI, V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, p. 154 ss.

2 Così G. CERRINA FERONI, *La riduzione del numero dei parlamentari: molto rumore per nulla?*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, Pisa, Pisa University Press, 2020, p. 232.

3 In proposito v. A. PACE, *Sulle revisioni costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2/2014, p. 7, secondo cui «se una costituzione non distingue le revisioni "totali" da quelle "puntuali", la possibilità delle revisioni "totali" dovrebbe essere esclusa in via di principio"; la tesi è efficacemente contestata da E. CATELANI, *Riforme costituzionali: procedere in modo organico o puntuale?*, cit., p. 11 ss., che afferma «un procedimento diverso e particolare per la revisione "totale" non è stato disciplinato, perché è stato volontariamente ed esplicitamente accomunato alla revisione parziale, essendo libero il Parlamento di elaborare l'una e l'altra attraverso lo stesso iter procedimentale». Sul tema v. l'ampia ricostruzione critica delle posizioni della dottrina in V. MARCENÒ, *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale?*, in U. ADAMO, R. CARIDÀ, A. LOLLO, A. MORELLI, V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., 279 ss. In particolare v. le divergenti posizioni di F. MODUGNO, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2005, p. 616 ss e di G. FERRARA, *Revisione e Costituzione. Risposte a Franco Modugno*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. II, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, p. 1449 ss.

L'iniziale accordo di governo fra M5S e Lega, nella parte dedicata alle riforme istituzionali, postulava la necessità di un approccio pragmatico basato su «interventi limitati, puntuali, omogenei, attraverso la presentazione di iniziative legislative costituzionali distinte ed autonome»[4]. Un metodo, poi ribadito nelle diverse fasi politiche della legislatura[5], che ha portato all'approvazione di tre leggi di revisione costituzionale: la Legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1 (*Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*); la Legge costituzionale 18 ottobre 2021, n. 1 (*Modifica all'articolo 58 della Costituzione, in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica*); la Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 (*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*).

Un effimero atteggiamento «micro-riformistico»[6] sembra essersi accentuato nell'ultima parte della legislatura, senza che le proposte di una revisione costituzionale sistematica abbiano fatto breccia[7]. In particolare il 10 maggio 2022 la Camera ha approvato la proposta di modifica degli art. 57 e 83 Cost. che prevede che il Senato sia eletto su base circoscrizionale anziché regionale e che sia ridotto il numero dei delegati regionali che concorrono all'elezione del Presidente della Repubblica[8]; tuttavia, lo scioglimento anticipato delle Camere del 21 luglio 2022 ha interrotto l'*iter* di approvazione. Viceversa, il 28 luglio 2022, la Camera dei deputati ha approvato a maggioranza assoluta in seconda deliberazione la legge di revisione dell'art. 119 Cost. per il riconoscimento delle peculiarità delle isole che, dopo la pubblicazione in Gazzetta ufficiale è ora in attesa di entrare in vigore[9]. La XIX legislatura sarà forse impegnata nell'esame di nuove proposte di revisione costituzionale, senza che si possa *ex ante* valutarne la portata organica o puntuale.

4 Sul punto v. E. DE MARCO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nei progetti di riforma del "Governo del cambiamento"*, in *Osservatorio costituzionale*, n.3/2018, p. 590.

5 F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Una riforma costituzionale per aggregare e legittimarsi*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 515 ss., ne evidenziano la funzione aggregatrice in occasione della formazione del governo Conte II.

6 Così M. MALVICINI, S. MALLARDO, *Le fonti del diritto: legislazione emergenziale e riforme costituzionali*, in M. CAVINO, L. CONTE, S. MALLARDO, M. MALVICINI (a cura di), *Dove va la Repubblica?*, Bologna, il Mulino, 2022, p. 83.

7 In proposito v. M. CECILI, *Un'assemblea per la revisione della seconda parte della Costituzione: una sveglia per una legislatura sulla via del tramonto?*, in *laCostituzione.info*, 28 aprile 2022.

8 A.C. 2238 presentato dall'on. Fornaro.

9 S. 865, si tratta in questo caso di una proposta di legge costituzionale d'iniziativa popolare; il testo della legge costituzionale è stato pubblicato ai fini del decorso del termine per la richiesta di referendum nella Gazzetta ufficiale del 29 luglio 2022. Un'ulteriore proposta di legge costituzionale riguardante la modifica dell'articolo 33 Cost., in materia di benessere psicofisico dell'attività sportiva, è stata approvata dal Senato in prima deliberazione il 22 marzo 2022 (A.S. 747 - A.C. 3531). La proposta di legge costituzionale A.C. 1173 – A.S. 1089 recante modifica all'articolo 71 della Costituzione in materia di iniziativa legislativa popolare, approvata dalla Camera in prima deliberazione il 21 febbraio 2019, sembra ora essere priva di prospettive per la sua approvazione.

Ovviamente questo sarà un tema di analisi soltanto per il futuro e le considerazioni che qui verranno svolte non possono che riguardare le revisioni costituzionali approvate o promosse nel recente passato.

Le inevitabili ripercussioni di ogni singola modifica sull'impianto sistematico della Costituzione hanno alimentato una riflessione attenta sulla effettiva puntualità delle più recenti leggi di revisione costituzionale e sul reale perimetro delle innovazioni da esse portate. È stato spesso sottolineato che ogni revisione della Costituzione avrebbe, da un lato, inciso sugli assetti complessivi della Carta e, dall'altro, avrebbe sollecitato la necessità di nuove e consequenziali leggi di revisione[10]. In particolare in occasione dell'approvazione della legge costituzionale n. 1 del 2020 è stato osservato che alla riduzione dei parlamentari avrebbero ragionevolmente fatto seguito altri interventi di revisione, vuoi in funzione di mitigazione dell'impatto della riduzione del numero dei parlamentari sulla rappresentatività delle Camere, vuoi nella prospettiva di una crescente armonizzazione dei due rami del Parlamento[11]. E così alla revisione degli articoli 56 e 57 (e 59) della Costituzione ha fatto seguito la modifica dell'età per l'elettorato attivo per il Senato (art. 58 Cost., legge cost. n. 1 del 2021) e la proposta di un'ulteriore revisione dell'art. 57 Cost. con riferimento alla *base* elettorale del Senato (e all'art. 83 Cost.).

La tecnica della revisione costituzionale per emendamenti, pur se ragionevolmente opportuna dopo l'insuccesso dei tentativi di riforma organica, mostra quindi a sua volta limiti evidenti. La strategia delle riforme puntuali richiederebbe una visione organica di ampio respiro che, nella XVIII legislatura, sembra essere del tutto venuta meno, anche a causa dei repentini cambi di maggioranza e delle non infrequenti inversioni delle scelte di voto da parte di alcuni gruppi parlamentari, talvolta incerti fra voto favorevole, astensione e voto contrario.

In particolare è emersa la forte contraddittorietà degli argomenti utilizzati in favore della maggior comprensibilità del referendum confermativo se riferito a un solo specifico oggetto nel momento in cui – durante la campagna elettorale referendaria – si è sostenuto che nuove puntuali revisioni avrebbero fatto seguito all'approvazione del quesito (puntuale) relativo alla riduzione del numero dei parlamentari.

Le forti critiche di parte della dottrina all'incapacità del referendum costituzionale di reggere rispetto al criterio di omogeneità, messo in crisi da un unico quesito in presenza di una riforma organica della Costituzione[12], spingono a considerare in

10 In proposito v. E. CATELANI, *Riforme costituzionali: procedere in modo organico o puntuale?*, cit., p. 4 ss.
11 Così A. GRATTERI, *La riduzione del numero dei parlamentari: un senatore vale due deputati?*, in *Lo Stato*, n. 13/2019, p. 121 ss.
12 F. LANCHESTER, *Un contributo per il discernimento costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2016; A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Rivista AIC*, n.

termini problematici anche un quesito apparentemente semplice in virtù dell'espansione del progetto di revisione ad ulteriori e non ancora certe leggi di revisione costituzionale.

Non deve pertanto stupire che in dottrina sia stato esplicitato il dubbio della effettiva puntualità di talune delle più recenti leggi di revisione costituzionale. In particolare la riduzione del numero dei parlamentari ha suscitato più di un interrogativo per le sue ricadute sul ruolo costituzionale del Parlamento poiché «ogni intervento, pur puntuale, sulla Costituzione si riverbera fatalmente sull'intera architettura»[13].

In questo quadro è interessante osservare l'emersione di alcuni fili rossi capaci di legare fra loro le diverse leggi di revisione approvate, o discusse, da parte del Parlamento. Fili rossi che, se consapevolmente intessuti, lasciano intravedere una strategia di fondo fra una pluralità di interventi normativi; ma che, se apparentemente non coordinati fra loro, inducono a leggere nelle decisioni del legislatore costituzionale una inconscia adesione ai valori che connotano lo spirito del tempo.

Un filo rosso del primo tipo è quello che avrebbe legato la riduzione del numero dei parlamentari con l'abbassamento dell'età per l'esercizio dell'elettorato attivo per il Senato con la (non approvata in via definitiva) ridefinizione della base elettorale del Senato ex art. 57 Cost. (circoscrizionale e non più regionale) e del numero dei delegati regionali che partecipano all'elezione del Presidente della Repubblica ex art. 83. Le incertezze e le criticità di una strategia per revisioni puntuali ed approssimazioni successive, secondo una logica *step by step* priva di un coordinamento organico, sono rimarcate dall'interruzione del percorso di modifica degli artt. 57 e 83 Cost. per via dello scioglimento anticipato delle Camere.

È meno appariscente il filo che unisce le due più recenti leggi di revisione costituzionale fra loro e con la legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1.

Procedendo a ritroso il quadro di tali leggi di revisione è dato dalla modifica degli articoli 9 e 41 Cost. nel 2022, dalla modifica dell'art. 58 Cost. nel 2021 e dalla modifica degli articoli 81, 97, 117 e 119 Cost. nel 2012. L'esplicitazione degli *interessi delle future generazioni* da parte del nuovo art. 9 Cost. affianca l'attenzione manifestata nei confronti dei giovani con il riconoscimento dell'elettorato attivo per il Senato a tutti i

2/2016. In senso opposto v. F. MODUGNO, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, cit., p. 619.

13 M. LUCIANI, *Un "taglio" non meditato*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, Pisa, Pisa University Press, 2020, p. 245; anche E. CATELANI, *Riforme costituzionali: procedere in modo organico o puntuale?*, cit., p. 19, dubita che una legge costituzionale come quella sulla riduzione del numero dei parlamentari «possa essere annoverata fra le modifiche puntuali» sia per i suoi effetti immediati sia per le successive prospettive di riforma della Costituzione.

maggiorenni e segue quella che la revisione del 2012 dedica al principio del pareggio di bilancio e, più in particolare, alla sostenibilità del debito pubblico[14].

Tre interventi di revisione costituzionale di carattere puntuale legati da una visione prospettica comune in un arco di tempo che, pur abbracciando tre legislature, appare come ravvicinato se misurato sui tempi di vita di una Costituzione. È fisiologico riscontrare dei possibili legami fra i principi ispiratori di interventi di revisione costituzionale diversi nella forma, nel tempo ed anche nella materia che disciplinano: il legislatore costituzionale si muove su un piano assai ben circoscritto dai vincoli procedurali fissati dall'art. 138 Cost. e da un contesto sociale e culturale, prima ancora che politico, in cui le decisioni maturano attraverso percorsi di decantazione talvolta molto tortuosi che registrano una pluralità di influenze esterne capaci di guidare l'azione del Parlamento.

È esemplare il lungo percorso che ha preceduto la revisione dell'art. 58 Cost.: già la Commissione Bozzi nel 1983, nella IX legislatura, propendeva per la fissazione dell'elettorato attivo per il Senato al conseguimento della maggiore età, secondo un criterio di uniformità con gli altri diritti civili e politici. Variamente formulate altre proposte sono andate nella medesima direzione nella XIII, nella XIV, nella XVI e nella XVII legislatura[15] affiancate da ripetute, quanto al lungo inascoltate, sollecitazioni da parte della dottrina[16].

Quindi in presenza di revisioni puntuali, se non micro-settoriali come nel caso dell'art. 58 Cost., vi può essere la condivisione di alcuni valori fondanti che, anche se non esplicitati, rientrano nell'oggetto dell'opera ricostruttiva degli interpreti.

Le più recenti leggi di revisione della Costituzione hanno quindi fatto emergere, pur se in modo non coordinato, l'esigenza di tutelare sul piano costituzionale le nuove generazioni ed il loro futuro. È questo l'oggetto dello studio che segue, secondo il particolare punto di vista dell'analisi delle ricadute determinate anche da altre leggi di revisione costituzionale.

2. La protezione delle generazioni future: *Leitmotiv* delle generazioni attuali.

Negli ultimi anni il tema della protezione, anche costituzionale, delle generazioni future si è affermato con intensità crescente, proporzionale alla preoccupazione

14 In proposito v. L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Padova, Cedam, 2020 che legge nella revisione costituzionale del 2012 un riferimento implicito alle nuove generazioni.

15 V. in proposito la rassegna riassuntiva esposta nel *dossier* del 21 ottobre 2019 dei Servizi studi di Camera e Senato, *Note sull'A.S. n. 1440 modificativo dell'articolo 58 della Costituzione*, p. 10 ss.

16 Sulla necessità di tale intervento di revisione v. N. LUPO, *Audizione informale sui disegni di legge costituzionale S.1440 e abbinati (Modifica all'art. 58 Cost., in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica)*, Commissione Affari Costituzionali del Senato, 14 novembre 2019.

portata dai cambiamenti climatici[17] in corso che – insieme ad altre sensibili trasformazioni sociali ed economiche – richiedono un ripensamento complessivo degli stili di vita degli esseri umani[18]. La questione delle generazioni future è ormai un vero e proprio *Leitmotiv* del dibattito pubblico[19] e, come ha sostenuto Antonio D'Aloia, «siamo passati dal "se" al "come" della tutela giuridica delle generazioni che verranno»[20]. Non stupisce pertanto che l'opera di revisione della Costituzione italiana abbia determinato non solo la modifica dell'art. 9 Cost. in cui le nuove generazioni fanno la loro entrata in scena da (co)protagoniste ma anche la meno appariscente modifica degli articoli 81 e 97 Cost. e la presa d'atto della revisione dell'art. 58 Cost. che estende l'elettorato per il Senato ai più giovani.

Nel corso del dibattito parlamentare il riferimento alle nuove generazioni è, in varia misura, emerso in relazione a tutte le tre revisioni costituzionali prese in considerazione. I resoconti parlamentari sono costellati di richiami, spesso soltanto di maniera, ai diritti, all'equità, alla solidarietà che devono connotare i rapporti intergenerazionali. Talvolta la citazione delle future generazioni supera però la barriera dei luoghi comuni e pone questioni sostanziali di non poco conto.

È quanto si rileva, in particolare, dall'analisi dei lavori preparatori della legge costituzionale n. 1 del 2012 quando fu anche proposto di esplicitare, in un comma aggiuntivo dell'art. 53 Cost., che «La Repubblica assicura il rispetto del principio di equità tra le generazioni in ambito economico e sociale» al fine, secondo quanto affermato dai suoi promotori, di non gravare le generazioni future delle conseguenze di un'espansione incontrollata e irresponsabile del debito pubblico assunto dalle generazioni precedenti[21]. Nel corso del medesimo *iter* fu anche proposto, in una visione estrema, di incardinare il principio costituzionale del pareggio di bilancio poiché «le generazioni e i Governi a venire devono essere quanto più possibile liberi di compiere le proprie scelte senza essere condizionati da quelle dei Governi che li hanno preceduti. Perciò nessun debito dev'essere posto a carico di chi non è in grado di decidere se accollarselo o meno»[22].

17 Sul tema è essenziale il contributo di M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico (Diritto costituzionale),* in *Digesto delle discipline pubblicistiche, Aggiornamento VIII*, 2021, p. 51 ss.
18 Per un inquadramento scientifico delle tematiche legate al cambiamento climatico v. R. MEZZALAMA, *Il clima che cambia l'Italia*, Torino, Einaudi, 2021.
19 L'espressione è ripresa da J.C. TREMMEL, *Introduction*, in J.C. TREMMEL (a cura di), *Handbook of Intergeneretional Justice*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2006., p. 1.
20 A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto - Annali IX*, 2016, p. 331.
21 Vedi la proposta di legge costituzionale A.C. 4646 Bersani et al. e la relativa relazione introduttiva del 27 settembre 2011.
22 Così la relazione introduttiva della proposta di legge costituzionale AC 4526 Beltrandi et al. del 19 luglio 2011.

Ovviamente il dibattito parlamentare sull'approvazione del nuovo art. 9 Cost. è ricco di riferimenti alle nuove generazioni che rappresentano direttamente uno degli oggetti della novella. Meno scontato, ma presente, è invece il richiamo alle generazioni future o, alle nuove generazioni, da parte dei parlamentari chiamati ad esprimersi sull'abbassamento dell'età per l'elettorato attivo per il Senato. Considerato che l'oggetto della riforma è il riconoscimento del diritto di voto ai maggiorenni in luogo dei venticinquenni, è certamente più appropriato il riferimento alle nuove generazioni[23]; tuttavia, nella costruzione retorica che poggia su un'idea che semplicisticamente si è fatta luogo comune, non manca il richiamo delle generazioni future. In effetti, come si cercherà di mettere in luce nel paragrafo 6, esiste un legame concettuale fra i giovani (le nuove generazioni) e le generazioni future (ancora inesistenti) cui i primi possono essere chiamati a dare voce[24].

Questo rapporto fra generazioni è stato colto nell'intreccio dei lavori parlamentari dedicati all'art. 9 e all'art. 58 Cost. rendendo palese, pur senza eccessiva enfasi, la relazione concettuale fra le due revisioni puntuali che ho evidenziato in precedenza: «dichiariamo sempre che il nostro operato è a favore delle nuove generazioni. La nuova formulazione dell'articolo 9 della Costituzione afferma infatti che si persegue la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi anche nell'interesse delle future generazioni. Allora, se dobbiamo perseguire l'interesse delle future generazioni, è utile, è opportuno ed è bene che queste si facciano partecipi anche delle decisioni»[25].

3. *Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.*

Il documento più citato della storia costituzionale in materia di generazioni future è l'art. 28 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino contenuta nella Costituzione giacobina del 1793 che tenta di impedire al potere costituente di vincolare a sé le generazioni future affermando che: «*Un peuple a toujours le droit de*

23 L'on. Raciti sintetizza così la questione: «una riforma giusta, perché affronta il problema della rappresentanza democratica di una generazione allargando la base elettorale del Senato, offrendo uno strumento utile a rafforzare il rapporto delle generazioni più giovani con la democrazia e con la rappresentanza», Camera dei deputati, Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 521 di mercoledì 9 giugno 2021. Per un riferimento alle «nuove generazioni» v., per esempio, l'intervento dell'on. Fusacchia, Camera dei deputati, Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 407 di martedì 13 ottobre 2020.

24 In questo senso v. le argomentazioni dell'on. Bruno Bossio: «Non trovate ingiusto escludere parte dei giovani dal processo partecipativo e democratico in un'Italia che invecchia inesorabilmente e dove la metà degli elettori ha più di cinquant'anni ed esercita, quindi, un peso sempre maggiore nelle decisioni per le generazioni future?», Camera dei deputati, Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 213 di martedì 23 luglio 2019.

25 Così l'intervento dell'on. Pazzaglini, Senato della Repubblica, Resoconto stenografico della seduta n. 343 del 7 luglio 2021.

revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures».

All'apparenza il limite della Costituzione francese del 1793 esprime un principio opposto a quello delle Costituzioni contemporanee che – come da ultimo ha fatto quella italiana – tendono a vincolare il legislatore attuale alla tutela delle generazioni future. Tuttavia, come ha osservato Massimo Luciani l'idea giacobina «si specchia e si riconosce in quell'aspirazione nel momento stesso in cui la nega, poiché anch'essa si rivolge in forma precettiva alle generazioni future, alle quali garantisce *sempre* il diritto di cambiare la propria costituzione, e così facendo fissa una regola (ancorché procedurale) destinata a durare per sempre»[26].

Il testo costituzionale che prende in considerazione le *generazioni future* in realtà parla alle *generazioni presenti* con lo scopo – non dissimile fra la Costituzione del 1793 e l'art. 9 della Costituzione italiana – di impedire che siano frapposti ostacoli o siano negati i presupposti di fatto affinché in futuro si possa godere dei medesimi diritti di cui si gode nel presente. Si tratta quindi di una norma che, contrariamente alle apparenze, può essere ascritta proprio alla categoria delle clausole di perpetuità che desidera negare.

Nell'essenza del dettato normativo non vi è differenza fra il riconoscimento (nel presente) di un diritto che potrà essere esercitato solo nel futuro e la limitazione nell'esercizio di un diritto nel presente per non pregiudicare le condizioni che consentiranno di esercitare quel diritto nel futuro.

L'eco della Costituzione francese del 1793 risuonò, senza eccessivo clamore, in Assemblea costituente. D'altronde l'autorevolezza del pensiero di Costantino Mortati aveva ragionevolmente messo un punto fermo quando egli aveva sostenuto che «l'elemento di immutabilità» risulta «intrinseco e perciò inseparabile dal concetto di costituzione» che è pertanto «un compromesso fra quest'esigenza e l'inevitabile incessante mutamento nella vita dello Stato»[27].

Nel corso dei lavori della Commissione dei settantacinque fu l'on. Paolo Rossi a sollecitare l'affermazione del principio della *rivedibilità* della Costituzione che «non si porrà, sullo schema dello statuto albertino, come *legge fondamentale, perpetua ed irrevocabile*. E, con ciò, si difenderà meglio da quelle ferite, che occasionali e capillari sotto i Governi liberal-conservatori, divennero quotidiane e micidiali dopo l'avvento del fascismo»[28] in nome dei principi enunciati sotto forma di massima da Gian

26 M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, p. 147.
27 C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998 (ed. orig. 1940), p. 184.
28 Assemblea costituente, II Sottocommissione, *Relazione del deputato Rossi Paolo sulla revisione della Costituzione*, consultabile in https://archivio.camera.it/. Quando la questione giunse in Assemblea plenaria Paolo Rossi, in qualità di relatore, propose di definire un procedimento di revisione ispirato dalla Costituzione belga (doppia deliberazione intervallata dallo scioglimento del Parlamento), cfr. Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 14 novembre 1947, p. 2123.

Domenico Romagnosi che aveva ripreso testualmente la Costituzione giacobina: «Niuna generazione può assoggettare alle sue leggi le generazioni future» e «Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, di riformare e di cangiare la sua costituzione»[29]. Secondo una certa consequenzialità logica, Paolo Rossi concludeva le sue argomentazioni con la voluta omissione del limite alla revisione costituzionale poi fissato nell'art. 139 Cost. Una norma a suo giudizio «inopportuna, inutile e meno degna di quel sentimento repubblicano che, espresso a maggioranza dal popolo italiano, è destinato a diventare nel futuro fondamento primo e parte integrante della nostra coscienza politica».

Fu poi il monarchico Condorelli, in Assemblea plenaria, a definire la norma che confluirà nell'art. 139 «palesemente antidemocratica, perché è antidemocratica nel fine. Il suo fine sarebbe di cristallizzare questa forma, di confiscare alle generazioni future la libertà di darsi la forma di reggimento politico che potranno prescegliersi […] Voi con questo articolo di legge vorreste impedire alle future generazioni del popolo italiano di aggiungere un loro contributo od un certo loro contributo all'edificio che state creando. A questo non riuscirete»[30].

In Assemblea costituente il tema delle attenzioni nei confronti delle future generazioni affiorò in modo sporadico anche al di fuori dell'alveo del potere costituente e dei limiti alla revisione costituzionale. In alcune occasioni le future generazioni furono considerate come destinatarie di un lascito morale, rilevante da un punto di vista sociale, vuoi attraverso il ruolo della scuola[31], vuoi nella prospettiva della tutela dell'unità famigliare[32]. In altre occasioni esse furono espressamente richiamate in relazione al carattere programmatico di alcune norme costituzionali: il dovere al lavoro che a detta di Mastrojanni meglio avrebbe figurato «in sede di preambolo, come auspicio per le future generazioni»[33] e la pianificazione dei servizi

29 G.D. ROMAGNOSI, *Scienza delle Costituzioni*, Torino, Canfari, 1849, p. 619; si tratta della XXV e della XXIV massima in cui peraltro nell'originale si aggiunge «Tutte le leggi di diritto o di ordine pubblico, e tutte quelle che versano sopra oggetti che passano da una ad altra generazione sono rivocabili dalla generazione vivente».

30 Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 3 dicembre 1947, p. 2778 s.; sul rapporto fra le argomentazioni di Condorelli e il potere costituente v. V. MARCENÒ, *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale?*, cit., p. 305 ss.

31 Fu l'on. Codignola a sottolineare il ruolo della scuola come strumento di sviluppo e coesione della società: «la scuola deve essere sacra per tutti noi, come cosa che trascende le posizioni di partito, cosa che riguarda l'avvenire dei nostri figli e le generazioni future», Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 21 aprile 1947, p. 3148.

32 È assai immaginifica la retorica dell'on. Umberto Merlin che, nel negare l'ammissibilità del divorzio, evocò le leggi dell'imperatore Augusto «che condannavano il celibato per salvare Roma, la sua civiltà, e le generazioni future», Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 15 aprile 1947, p. 2910.

33 Assemblea costituente, seduta del 5 marzo 1947, p. 1778.

pubblici che – nella visione presentata da Labriola – assume toni estremamente lungimiranti ed attuali: «Il servizio pubblico implica un consumo generalizzato nel tempo e nello spazio, un consumo che riguarda anche le generazioni future, e quindi l'azione dello Stato che può prendere in considerazione anche i bisogni futuri»[34].

Il tema fu trattato anche in relazione all'auspicio del pacifista Cairo che – facendo riecheggiare un adattamento del pensiero di Kant – propose un emendamento finalizzato alla «neutralità perpetua» della Repubblica. La replica arrivò su un piano concettuale formale prima ancora che sostanziale da parte dell'on. Di Giovanni: «È indubbiamente una generosa aspirazione ideale alla quale non possiamo che fare omaggio; ma io penso che consacrarla nella Carta costituzionale non sia possibile, come non è possibile vincolare a questo imperativo categorico le generazioni future»[35].

Nei decenni che precedettero l'elaborazione della celebre formula della Costituzione francese del 1793, l'attenzione filosofica, economica e politica, prima ancora che giuridica, al rapporto con la posterità fu assai diffusa e direttamente connessa all'incerto ruolo che le nascenti Costituzioni – in particolare quella statunitense – andavano ad assumere come fonti scritte inevitabilmente pensate su orizzonti temporali lunghi, o meglio futuri, e quindi in conflitto con il principio di maggioranza che si andava radicando nel pensiero democratico.

Da un lato, nel 1762-63 Adam Smith affermava – innanzitutto in relazione ai vincoli testamentari alla piena proprietà fondiaria – che «la terra è proprietà di ciascuna generazione. Che la generazione precedente debba condizionare la generazione successiva nell'uso che ne fa è completamente assurdo»[36]. Dall'altro, le prime Costituzioni degli Stati sorti in Nord America con la dichiarazione di indipendenza puntarono da subito alla salvaguardia dei valori fondanti anche per le generazioni future. È la Costituzione della Virginia del 1776 ad inaugurare questa nuova prospettiva[37]. Fin dalla premessa alla celebre section 1 del *Bill of Rights* in cui i rappresentanti del *good people* della Virginia dichiarano i diritti propri e dei loro posteri:

Section 1. That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely,

34 Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 9 maggio 1947, p. 3795.
35 Assemblea costituente, seduta del 20 maggio 1947, p. 4073.
36 La citazione è particolarmente suggestiva per l'uso del termine *earth*, il contesto non consente però di estendere le valutazioni di Smith relative alla proprietà fondiaria ed all'uso della terra al pianeta Terra; v. A. SMITH, *Lezioni di Glasgow*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 81-82. Anche nelle trascrizioni delle lezioni del 1763-64 il tema riemerge: «La terra in tutta la sua integrità appartiene a ciascuna generazione, e la generazione precedente non può avere alcun diritto di vincolarla e di toglierne la libera disponibilità alla posterità», Id., p. 611.
37 Anche la Costituzione della Pennsylvania conteneva norme simili.

the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety[38].

Si torna al rovesciamento concettuale affrontato con riferimento al vincolo dell'art. 28 della Costituzione giacobina: la libertà delle generazioni future di riscrivere il patto costituzionale è stata superata dall' «immagine della Costituzione come vincolo – e al tempo stesso – come eredità da trasmettere, da conservare per la posterità» secondo una visione in cui la Costituzione è «un *processo relazionale tra generazioni* che si succedono mantenendosi "leali" ai presupposti ineludibili del potere costituente»[39].

Thomas Jefferson, impegnato nel Congresso confederale come rappresentante della Virginia, non contribuì direttamente alla Costituzione del 1776 dello Stato cui apparteneva; tuttavia, in quei medesimi frangenti storici fu fra i maggiori artefici della dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti e dell'evocativa espressione del *perseguimento della felicità*. Il tema gli era particolarmente caro e lo sviluppò – con l'entusiasmo di chi ha un'illuminazione intellettuale – con la celebre lettera a James Madison del 6 settembre 1789 scritta da Parigi in cui afferma che *the earth belongs in usufruct to the living* nella convinzione di essere di fronte a un tema tanto fondamentale quanto trascurato: *Non mi sembra che la questione se una generazione di uomini abbia o meno il diritto di vincolarne un'altra sia mai stata sollevata né su questo, né sul nostro lato dell'oceano. Eppure, si tratta di un tema foriero di conseguenze tali da meritare non solo una soluzione, ma anche uno spazio adeguato tra gli assiomi fondamentali di qualsiasi governo*[40].

Nel pensiero di Jefferson ogni generazione può, attraverso l'espressione di una maggioranza, prendere decisioni vincolanti per il solo periodo della sua esistenza[41]: *Alla fine di questo periodo, dunque, si forma una nuova maggioranza; o, in altre parole, una*

38 La premessa testualmente recita: «A declaration of rights made by the representatives of the good people of Virginia, assembled in full and free convention; which rights do pertain to them and their posterity, as the basis and foundation of government».

39 Così A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come* immagini in movimento*: tra* norma *e* cultura *costituzionale,* in, A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2003, LXV. In proposito v. anche R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli, Jovene, 2008, XX s., che suggeriscono una rilettura orientata al futuro dell'art. 28 della Costituzione del 1793 per cui «le generazioni presenti devono consentire questo "esercizio di libertà" alle generazioni rispetto ad esse future».

40 T. JEFFERSON, *Lettera a James Madison del 6 settembre 1789*, ora pubblicata in A. GIORDANO (a cura di), *Quanto costa la democrazia?*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2021, p. 59 ss.; come ricorda nell'*Introduzione* al volume Alberto Giordano, Jefferson era inconsapevole dell'attenzione riservata al tema da altri grandi pensatori come Locke, Hume e Smith.

41 L'intuizione di Jefferson si tradusse in soluzioni pratiche (in verità mai applicate in concreto) assai innovative. In particolare egli propose un termine di diciannove anni (calcolati come tempo di avvicendamento tra le generazioni sulla base dei dati demografici di allora) per la validità delle Costituzioni e delle leggi nonché come vincolo temporale al debito. Questa applicazione pratica fu oggetto delle obiezioni dell'amico James Madison (suo segretario di Stato negli anni della Presidenza) poiché «non compatibile in tutti i suoi presupposti con lo svolgimento ordinario delle attività umane» (J. Madison, *Lettera a Thomas Jefferson del 4 febbraio 1790*, *ivi*, p. 69).

nuova generazione. Ciascuna nuova generazione è tanto indipendente quanto quella che l'ha preceduta, alla stessa maniera in cui questa lo era rispetto a tutte le generazioni anteriori. Alla parti di esse, gode del medesimo diritto di scegliere autonomamente la forma di governo ritenuta più adatta a promuovere la propria felicità; e, quindi, di adattare alle circostanze nelle quali viene a trovarsi l'ordinamento ereditato da coloro che l'hanno preceduta[42].

Ancora una volta si ripresenta la logica dell'inversione dei presupposti e delle conseguenze nel rapporto fra generazioni: negare l'esistenza di un vincolo (normativo) presente rispetto alle decisioni future non ha solo la funzione di salvaguardare l'autonomia delle generazioni future nel determinare le proprie scelte; ma, ha anche l'obiettivo di contenere l'azione della generazione che governa nel presente per non pregiudicare quelle future. Era quanto aveva già affermato Thomas Paine: «Ogni età e ogni generazione devono essere in ogni caso tanto libere di agire per se stesse quanto le età e le generazioni che le hanno precedute. La vanità e la presunzione di governare oltre la tomba è la più ridicola e insolente di tutte le tirannie»[43].

Un tema mai tramontato[44] ma destinato a sfumare con la progressiva affermazione della rigidità delle Costituzioni, nella prassi, e con gli studi teorici dedicati ai limiti alla revisione costituzionale ed al potere costituente[45] nonostante lo stesso James Bryce fosse consapevole di una certa ambiguità del fattore temporale rispetto alla stabilità delle Costituzioni rigide poiché: *Due opposte tendenze sono sempre all'opera nei paesi retti da una di queste costituzioni, una tendenza è nel senso di rinforzarla, l'altra è nel senso di indebolirla. La prima è data dall'accrescimento della stima per la costituzione determinato dal passare degli anni […] il rispetto ideale per il passato conferisce ad essa una consacrazione più alta. Questo è un modo in cui il tempo può lavorare.*

42 T. JEFFERSON, *Lettera a Samuel Kercheval del 12 luglio 1816*, *ivi*, p. 105.
43 T. PAINE, *Rights of Man*, London, Jordan, 1791, p. 11 (*traduzione mia*).
44 Basti pensare all'attualità delle dottrine originaliste ed al peso che hanno assunto nella recente giurisprudenza costituzionale statunitense; in proposito v., nel dibattito italiano, C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *La lettera AIC – Originalismo e Costituzione*, 07/2022, che ricorda che le Costituzioni, se pietrificate nel testo originario, rischiano l'inutilità, esse «ove non fossero capaci di unire le generazioni presenti alle passate, di orientare l'evoluzione sociale nella continuità istituzionale, scolorirebbero in un'istantanea del passato, nella fotografia sbiadita di una comunità politica superata dalla storia. Una Costituzione sclerotizzata darebbe forza all'obiezione democratica, di stampo jeffersoniano, in forza della quale ciascuna generazione ha il diritto di darsi una nuova costituzione che ne rifletta la volontà».
45 Fra i contributi più recenti in proposito v. A. PERTICI, *Il procedimento di revisione costituzionale come garanzia della rigidità della Costituzione* e A. APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili* in U. ADAMO, R. CARIDÀ, A. LOLLO, A. MORELLI, V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., rispettivamente 153 ss., 191 ss.

Ma il tempo lavora anche contro di essa, poiché il tempo, modificando le condizioni materiali e sociali di un popolo, rende gli antichi accordi politici, così come essi sono stati trasmessi da una generazione all'altra, non più adeguati alle sue nuove esigenze politiche[46].

4. Il popolo come elemento unificante delle generazioni nel tempo.

4.1. Il popolo.

La continua successione di generazioni nella storia dell'umanità, se osservata nella limitata prospettiva della sua storicizzazione nell'epoca attuale, solleva due questioni particolarmente rilevanti sul piano giuridico: la riconduzione ad unità delle individualità che compongono una comunità politica e il rapporto del diritto (e della produzione normativa) con il fattore temporale.

Sotto il primo profilo, il popolo, massima espressione della sovranità che si manifesta attraverso decisioni di carattere politico, può essere osservato e definito sia in relazione a un determinato momento (presente ed attuale) sia nella sua evoluzione dinamica. Le Costituzioni, i principi ed i valori ad esse sottese, si sviluppano nel corso del tempo, i patti costituzionali si rinnovano ed evolvono con i cambiamenti della società e il *popolo* muta e si rinnova al variare delle generazioni, senza poter mai essere cristallizzato in un'immagine ideale: «i popoli devono essere sempre pensati anche in riferimento alle generazioni future» secondo quanto afferma Peter Häberle[47].

Rispetto ai valori fondanti di un ordinamento Costituzionale, quelli che un patto costituente sceglie di proteggere per un tempo indefinito, emerge la necessità di definire il carattere del popolo rispetto al fattore tempo: *attuale* o *atemporale*[48]. Da un lato, l'*attualità* ha il pregio di valorizzare il popolo che decide, nel presente; dall'altro, la dinamicità del fattore temporale impedisce di consolidarne i contorni che sempre sfumano nel passato in una direzione e nel futuro nell'altra. L'idea di *atemporalità* permette di sfuggire alla incessante frammentazione per cui ciò che è attuale non è mai identico a se stesso; tuttavia, essa pone questioni insuperabili se accostata al potere costituente concretamente esercitato dal popolo in un contesto storico e temporale definito[49].

46 J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, Milano, Giuffrè, 1998 (1901), p. 84 s.
47 P. HÄBERLE, *Linee di sviluppo della giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca in materia di diritti fondamentali,* in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 2917. Il popolo è dato dalla "somma delle generazioni", presenti e passate e le costituzioni in genere sono redatte ed applicate non solo per le generazioni attuali ma anche per quelle future, cfr. P. HÄBERLE, *A constitutional law for future generations – the 'other' form of the social contract: the generation contract*, in J.C. TREMMEL (a cura di), *The Handbook of Intergenerational Justice*, Northampton, Elgar, 2006, p. 223.
48 In proposito v. L. CUOCOLO, *Tempo e potere*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 133 ss.
49 In questo senso v. L. ALBINO, *Continuità e rottura come problema giuridico*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 2-2017, p.1.

La tesi della atemporalità del popolo, è quindi suggestiva ma non convincente in relazione alla dinamica del consolidamento del patto costituzionale[50]: il potere costituente fa sì che una Costituzione sia concepita in un preciso momento storico riconducibile ad un popolo *attuale* rispetto ad esso[51].

Con riferimento all'ordinamento costituzionale vivente, destinato ad avere una durata non predefinita dal punto di vista temporale, si impone però una riflessione rispetto al popolo che in esso detiene la sovranità. Qui il popolo è *attuale* solo se si fraziona la vita dell'ordinamento costituzionale in una miriade di piccole schegge; così come evolve e si rinnova il patto costituzionale, allo stesso modo è dinamico anche il popolo che compie quell'operazione in continuo, al punto da poter essere considerato *atemporale,* indifferente al fattore tempo che non può essere mai essere congelato se non nei singoli istanti in cui l'ordinamento produce una decisione. Nel corso della vita di un ordinamento costituzionale popolo attuale e popolo atemporale in un certo senso si fondono e il secondo è il frutto della saldatura e della successione nel tempo di una sequenza in cui agiscono una pluralità di "popoli attuali" e transeunti verso il futuro (ed il passato).

L'idea che il popolo abbia una connotazione trascendente rispetto alla concreta attualità del presente ha avuto nella dottrina costituzionalistica un significativo seguito. È Santi Romano nel suo *Corso di diritto costituzionale* ad affermare che «per popolo si intende non soltanto gli individui che esistono in un dato momento, ma la collettività di essi, in sé e per sé considerata nel suo complesso e nella sua unità, che non vien meno e non muta con l'incessante mutarsi dei suoi componenti»[52].

Nella seconda metà del Novecento, la contiguità di una tale concezione con l'ideologia del regime fascista ha suggerito di circoscrivere la nozione di popolo su un piano più strettamente giuridico per ancorarla ad un concetto reale e non ad uno ideale ed astratto[53]. In questa prospettiva, il popolo che nella Costituzione italiana

50 La Costituzione si arricchisce e si rinsalda grazie alla sua durata, in altri termini si consolida, così L. GIANFORMAGGIO, *Temps de la Constitution, temps de la consolidation*, in F. OST, M. VAN HOECKE (a cura di), *Temps et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 339.

51 In questo senso v. L. CUOCOLO, *Tempo e potere*, cit., p. 134: «immaginare un popolo atemporale che esprima valori transtemporali di cui la Costituzione è custode sembra essere incompatibile con l'esistenza di un popolo che quella Costituzione ha creato».

52 S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1943, p. 51.

53 Così R. ROMBOLI, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1984, p. 165 s. per cui «non è accettabile l'impostazione per cui farebbero parte del popolo non solo i cittadini realmente viventi, ma anche le generazioni passate e future nel loro succedersi»; per una nozione attuale di popolo v. anche V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. I, Padova, Cedam, 1957, p. 426. Sui rischi di una deriva autoritaria connessa all'astrazione dell'idea di popolo v. G. GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 54 s.; sullo svilimento del popolo attraverso una sua astrazione v. V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enciclopedia del diritto,* vol. XXVII, 1977, p. 811 ss. In effetti la dottrina dell'epoca fascista non esitava ad esaltare lo spirito immanente del popolo in linea con i

detiene la sovranità è quindi attuale, ed agisce nelle forme e nei modi previsti dall'articolo 1, ma assume un carattere di unitarietà solo a condizione di essere considerato svincolato dall'incedere del tempo per concatenarsi ad ogni sua azione, che rimane attuale soltanto nel momento storico in cui è adottata. Tuttavia, l'attenzione nei confronti delle nuove generazioni ha più recentemente stimolato una valorizzazione del concetto di popolo che – secondo Roberto Bin - comprende anche le generazioni passate e future e non soltanto i cittadini attuali[54]. In questo modo il popolo diviene riconducibile ad una «unità che si manifesta nel tempo e attraverso le generazioni»[55].

4.2. Il tempo

Il fattore tempo è stato oggetto di importanti studi da parte della dottrina[56], che ha saputo coglierne la centralità; esso viene in considerazione, *come una "dimensione" nella quale collocare atti e fatti degli uomini, visti come singoli o come comunità, o, in altri termini, l'esperienza giuridica e non già come successione cronologica di anni, mesi, giorni ed ore o, genericamente, come fatto al quale il diritto ricollega il prodursi di puntuali effetti*[57].

Il tempo e il diritto si saldano, come forma della storia[58] e, con le nitide parole di Salvatore Pugliatti, si può affermare che «il diritto nel suo nascere e nel suo attuarsi è, dunque, vita e storia del popolo che lo ha prodotto e vissuto»[59].

Se vale l'assunto di Häberle, sopra ricordato, per cui un popolo è tale con riferimento alle generazioni future, allora è necessario osservare che sono le decisioni politiche (e gli atti costituzionali e normativi in cui esse si manifestano) ad assumere

desideri del regime, in questo senso v. le affermazioni di A. GROPPALI, *Dottrina dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 114.

54 Così R. BIN, *I principi fondamentali: Democrazia, sovranità, lavoro, potere, eguaglianza, autonomie, decentramento*, in M. IMPERATO, M. TURAZZA (a cura di), *Dialoghi sulla Costituzione*, Monte Porzio Catone, Effepi, 2013, p. 17. Sul punto v. A. RUGGERI, *Il popolo: soggetto politico inesistente? (Dialogando con Gladio Gemma su una questione di cruciale rilievo teorico)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022, p. 127, che sottolinea l'«incessante divenire e trasmettersi da una generazione all'altra» del popolo.

55 D. PORENA, *Il principio di sostenibilità*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 161. Q. CAMERLENGO, *Natura e potere*, Milano-Udine, Mimesis, 2020, p. 111 s., muovendo dalla difficile collocazione delle future generazioni fra i beneficiari delle norme costituzionali di garanzia «specie se il potere, che le odierne costituzioni mirano a razionalizzare, riposa, in termini di legittimazione, sul popolo: su questo popolo, di oggi, del presente», propone, in una originalissima prospettiva, di legittimare il potere dalla natura «che per definizione si sviluppa lungo un itinerario vitale in cui presente e futuro si saldano senza soluzione di continuità»; in proposito v. le argomentazioni critiche di M. LUCIANI, *Salus*, Modena, Mucchi, 2022, p. 13, spec. nota 21.

56 Fra i più recenti studi v. L. CUOCOLO, *Tempo e potere*, cit.

57 T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Milano, Giuffrè, 1978, p. 787.

58 Così F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto,* Roma, Foro italiano, 1951, p. 309.

59 S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* 1950, ora in S. PUGLIATTI, *Scritti giuridici*, VI, Milano, Giuffrè, 2012, p. 27.

una valenza temporale proiettata al futuro[60]. È inevitabile osservare, anche su un piano strettamente pragmatico, che il diritto è per sua stessa natura funzionale a stabilire norme capaci di incidere su posizioni soggettive unicamente rivolte al futuro, anche qualora si ricorra alla definizione di effetti giuridici retroattivi: un rapporto giuridico pregresso, disciplinato da norme ad efficacia retroattiva, avrà una reale effettività giuridica solo nella misura in cui potrà modificare posizioni giuridiche attuali.

La naturale inclinazione del diritto a disciplinare il futuro è esemplarmente presupposta dall'art. 11 delle Preleggi: «La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo». Se si accantona la questione degli effetti retroattivi (che pure in realtà sono conosciuti, ma sempre - come detto -in una concreta realtà attuale e futura[61]), si può osservare che la norma delle Preleggi non è altro che una presa d'atto. Il legislatore, attraverso la legge, dispone l'entrata in vigore di norme destinate a produrre i loro effetti da un dato momento in avanti attraverso l'applicazione giurisdizionale[62]. Lo stesso accade anche per le norme costituzionali e ciascuna norma ha di fronte a sé un orizzonte temporale indefinito ed imprevedibile, ma certamente rivolto al futuro[63]. In una prospettiva estrema ma giuridicamente suggestiva si può osservare, in definitiva, che il presente rileva unicamente come dilatazione della realtà nel passato e, soprattutto, nell'avvenire.

L'attività normativa del legislatore, come forma di esercizio della sovranità, richiama in causa il popolo cui una specifica decisione normativa è riconducibile: un popolo che agisce nelle forme e nei modi della Costituzione per darsi delle regole. Ma quel popolo *attuale* non può - se non astrattamente - coincidere con il popolo destinatario, in un futuro indefinito nella sua prossimità o lontananza, di quelle medesime norme giuridiche. Ogni norma giuridica adottata nel passato, anche lontano, produce oggi i suoi effetti anche perché fu pensata per disciplinare i rapporti giuridici futuri, per regolare la vita anche di chi non era ancora nato, nel quadro di un ordinamento giuridico dinamico capace di assorbire nel tempo le evoluzioni

60 Sul punto v. R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli, Jovene, 2008, XIX, «il diritto costituzionale nella sua complessità […] è naturalmente […] proiettato *oltre il tempo presente* e *oltre lo spazio territoriale* di riferimento».

61 In questo senso v. G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale – Il sistema delle fonti*, Torino, Utet, 1988, p. 43: «nessuna legge può dirsi veramente retroattiva: comunque il diritto è destinato a valere per il futuro».

62 In proposito v. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 279 ss., spec. p. 281, che evidenzia il ruolo del giudice quale destinatario della norma dell'art. 11 delle Preleggi.

63 Sulla naturale propensione del diritto a disciplinare il futuro v. M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli, Jovene, 2008, p. 424; concorda sul punto E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n.1-2022, p. 9.

necessarie a far sì che la Costituzione del 1948 si rinnovi costantemente come Costituzione voluta dal popolo italiano oppure, per fare un esempio che storicamente e materialmente riguarda generazioni assai lontane fra loro, a far sì che il codice penale del 1930 possa ancora dispiegare i suoi effetti.

In definitiva un popolo è tale grazie alla sua capacità di travalicare le generazioni: «vivi e morti costituiscono un unico popolo»[64] e, si può aggiungere, di esso si presume che faranno parte anche i loro discendenti.

5. *Anche* nell'interesse delle future generazioni.

La novità portata dalla revisione dell'art. 9 Cost. affronta questioni nuove ed epocali ma, al contempo, ha radici antiche.

Nel 1909 Santi Romano, ragionando delle caratteristiche dello Stato, della sua personalità e della sua funzione di ridurre ad unità gli elementi che lo compongono, affermava che esso *si eleva al di sopra degli interessi non generali, contemperandoli e armonizzandoli; si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un'intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse, di cui esso è comprensiva e tipica espressione*[65].

Nel 2021 il Tribunale costituzionale federale tedesco, con una decisione di grandissimo rilievo, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale della *Bundes-Klimaschutzgesetz*, la legge federale sul clima del 2019, a causa del mancato rispetto dell'impegno assunto dalla Repubblica federale a conseguire la neutralità climatica entro il 2050, come stabilito a partire dagli accordi di Parigi. A giudizio del Tribunale la normativa impugnata è incompatibile con la Legge fondamentale poiché le soluzioni che mirano ad assicurare che la riduzione delle emissioni di anidride carbonica siano mantenute entro un livello di neutralità climatica non sono «articolate nel tempo in una prospettiva orientata al futuro rispettosa dei diritti fondamentali»[66] così prendendo in considerazione i diritti dei giovani ricorrenti che maggiormente beneficerebbero di una anticipazione di quelle misure di

64 Cfr. S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, p. 181 che riporta un efficace passo di Richard Hooker tratto da *Of the Laws of Ecclesiatical Polity* del 1593: «E per essere comandati diamo il nostro consenso, quando la società di cui facciamo parte ha consentito nel passato, senza aver successivamente revocato questo consenso attraverso lo stesso accordo universale. Come il passato di un individuo è valido fintantoché perdura il soggetto, così l'atto di una pubblica società di uomini compiuto cinque secoli or sono resta come un atto di coloro che attualmente appartengono a questa stessa società, poiché le corporazioni sono immortali; noi viviamo già nei nostri predecessori ed essi continuano a vivere nei loro successori».

65 S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi*, Pisa, Vannucchi, 1909, p. 7.

66 BVerfG, sent. 24 marzo 2021, par. 243; sulla decisione del Tribunale costituzionale federale v. diffusamente L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2021, p. 222 ss.

contenimento[67]. Secondo il Tribunale tedesco non rileva la mancata lesione attuale dei diritti dei ricorrenti dovuta alla logica conseguenza per cui il rischio di un danno futuro non rende attuale il medesimo danno. Ciò che incide maggiormente nella motivazione del Tribunale è il rischio di una compromissione futura e definitiva di quei diritti a causa della irreversibilità del cambiamento climatico; in definitiva, ciò che più preoccupa è «la salvaguardia dei diritti nel tempo»[68].

Nella giurisprudenza costituzionale italiana il riferimento alle future generazioni ha fatto la sua comparsa in materia ambientale e finanziaria. Lo Stato può porre limiti invalicabili (da parte delle Regioni) per «assicurare la conservazione dell'ambiente per la presente e per le future generazioni»[69] e un principio di equità intergenerazionale comporta «la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo»[70]. Non è un caso che, sinora, questa argomentazione abbia avuto un peso maggiore nella giurisprudenza sulle politiche di bilancio grazie al parametro rappresentato dagli artt. 81 e 97 Cost.

L'art. 9 Cost., che potrà facilmente essere invocato per valutare la costituzionalità delle politiche legislative in materia ambientale dopo la revisione del 2022, può essere investigato per meglio individuare il soggetto collettivo che, nello specifico, è destinatario dell'opera di salvaguardia di cui lo Stato deve farsi carico.

Innanzitutto non sfugge che l'art. 9, già nella sua formulazione originaria, ricorre alla Nazione quale titolare del patrimonio storico, artistico e *paesaggistico*[71] in modo da valorizzare «quel che di permanente e di unitario vi ha al fondo della collettività popolare»[72]. La Nazione, di per sé, evoca elementi di carattere trascendente capaci di includere quell'idea di atemporalità che, se è problematica quando accostata al

67 In proposito v., con particolare attenzione al fattore tempo, M. CARDUCCI, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021,* in *laCostituzione.info*, 3 maggio 2021.

68 Così E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 11.

69 Sent. n. 288 del 2012, par. 5.2 *Cons. in diritto*. In tema di ambiente il riferimento compare anche nella sent. n. 142 del 2020. In proposito v. G. Palombino, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 5 agosto 2020, p. 242 ss.

70 Sent. n. 18 del 2019, par. 6 *Cons. in diritto*; in proposito v. A. SAITTA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla "responsabilità costituzionale e democratica" e "intergenerazionale"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, p. 216 ss., spec. p. 224, secondo cui «il tema dell'"equità intergenerazionale" merita di essere declinato in quello ancor più ampio della "responsabilità costituzionale intergenerazionale", la quale involge più in generale tutte le scelte politiche […] in materia ambientale, urbanistica, energetica, culturale, sanitaria».

71 Sull'estensione interpretativa della nozione di paesaggio, idonea a ricomprendere anche l'ambiente, v. A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, p. 504 ss.

72 Così anche V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 426 s.

popolo ed alla sovranità, può essere lo strumento per includere nella comunità anche le future generazioni[73].

Non stupisce che il testo costituzionale abbia connesso la tutela dei beni paesaggistici e artistici, e con essi di quelli ambientali, ad un'entità ideale più ampia della comunità politica del momento, coincidente con il popolo attuale. L'idea che tali beni siano patrimonio dell'umanità è pacificamente condivisa nel linguaggio e nella cultura prima ancora che sia apprestata una concreta protezione giuridica come, ad esempio, avviene da tempo e a largo raggio attraverso l'azione dell'UNESCO. Più nello specifico, nell'ordinamento internazionale si è ormai affermato il principio secondo cui la protezione dell'ambiente, in particolare in relazione al cambiamento climatico, sia «*a common concern of humankind*».[74]

L'ordinamento costituzionale, rimanendo agganciato alla dimensione statuale del diritto, identifica così nella Nazione la titolare di quei beni che, umani o naturali che siano, derivano dal passato per essere salvaguardati anche per il futuro.

Prima ancora che il tema fosse sollevato rispetto all'interesse delle generazioni future, la titolarità dei beni ambientali in capo alla Nazione ha posto la questione della impossibilità di individuare un soggetto concreto e rappresentabile. Per questo motivo la dottrina più che ricercare i titolari di posizioni giuridiche attivabili in relazione alla tutela prevista dal testo originario dell'art. 9 Cost. ha guardato al profilo più astratto della Nazione per cui l'oggetto della norma si deve ravvisare esclusivamente nella tutela dei beni che appartengono al sentimento nazionale e lo rafforzano in una dimensione dinamica che muta al variare dei fattori su cui si fonda l'identità nazionale[75], inestricabilmente legata alla continuità culturale del popolo[76].

L'ingresso in Costituzione di una specifica norma dedicata alle nuove generazioni ed alla salvaguardia dei beni ambientali, compromessi o minacciati in particolare dai cambiamenti climatici in atto, è testimone dell'urgenza del tema in questione nonché di una crescente consapevolezza. Se da un lato, è stato talvolta ribadito che la revisione dell'art. 9 Cost. ha un impatto innovativo limitato in considerazione della

73 Con riferimento alla sovranità A. MATTIONI, *Sovranità*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. V, 2012, p 655 ss., afferma esattamente che «mentre la sovranità popolare si lega ad un popolo concreto, e quindi si esprime nella cura di interessi propri dello stesso in quel momento – o almeno è possibile che le cose si svolgano in questo modo – la sovranità nazionale può essere interpretata come capace di riassumere la collettività nazionale come portatrice oltre che delle necessità del presente anche della tradizione del passato e soprattutto degli interessi delle generazioni future». Anche per G. PALOMBINO, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, cit., p. 258 ss., il ricorso alla nazione consente di superare le divergenze dottrinali relative alla attualità e alla atemporalità del popolo.

74 Così la *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC), firmata a New York il 9 maggio 1992 (ratificata in Italia con l. 15 gennaio 1994, n. 65), che istituisce il sistema periodico di valutazione centrato sulle cd. COP (Conference of the Parties).

75 Così F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 209.

76 In questo senso v. A. PREDIERI, *Paesaggio*, cit., p. 513, p. 519.

giurisprudenza della Corte costituzionale che, nel corso degli anni, ha svolto un ruolo interpretativo assai rilevante in questa materia[77]; dall'altro, è evidente l'apprezzamento della dottrina per una revisione che –sul piano dei principi – propone un rinnovamento costituzionale che agisce a fondo sull'impianto costituzionale e che porta con sé conseguenze pratiche dirette[78].

L'interesse delle future generazioni alla salvaguardia delle condizioni ambientali (e climatiche) che permettono un armonioso sviluppo della vita umana nel rispetto della biodiversità è idoneo ad assumere la funzione di parametro di legittimità costituzionale. Conseguentemente le decisioni politiche dello Stato (e degli altri enti ricompresi nella Repubblica protagonista dell'art. 9 Cost.) devono essere rispettose di tale parametro che può essere invocato davanti al giudice, anche in occasione del sindacato di costituzionalità delle leggi[79]. Inoltre, è proprio il giudizio di costituzionalità a svolgere una funzione di controllo essenziale sull'operato del legislatore: il valore costituzionale delle nuove generazioni può fare il suo ingresso attraverso il necessario bilanciamento fra le diverse (e potenzialmente divergenti) istanze delle generazioni attuali e di quelle future[80].

Su un piano giuridico il riferimento alle nuove generazioni rischia però di introdurre parametri di valutazione sfuggenti sul piano soggettivo che, da un lato, possono talvolta indurre a critiche di natura prettamente formale[81] e, dall'altro,

77 In proposito v. G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *federalismi.it,* n.16/2021, p. 1 ss.

78 Sulla collocazione della tutela dell'ambiente fra i principi costituzionali v. G. AZZARITI, *Tutela dell'ambiente in Costituzione*, in *Lo Stato*, 2022, p. 188.

79 Così M. CECCHETTI, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quaderni costituzionali,* 2022, p. 351 ss.

80 Secondo R. BIFULCO, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it,* 6 aprile 2022, p. 7, «la nuova norma può rendere più complesso il bilanciamento della Corte costituzionale poiché «l'interesse della presente generazione non prevale sempre e necessariamente nei confronti degli interessi umani di chi ancora deve venire ad esistenza». Sul punto v. anche D. PORENA, *«Anche nell'interesse delle generazioni future». Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 15/2022, p. 136; L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, 2/2022, p. 30 s.; A. MITROTTI, *Territorio, interessi in contesa e modifiche agli articoli 9 e 41 Cost.*, in *Società e diritti*, 2022, n. 13, p. 97 ss. Sul fondamento del bilanciamento fra diritti in sede giurisprudenziale o legislativa anche in relazione ai diritti delle future generazioni v. un primo riferimento in A. MORRONE, *Fonti normative,* il Mulino, 2018, p. 87.

81 Sui tentativi di ancorare le generazioni future ad un parametro giuridico puntuale e per una critica di tali tentativi v. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, Milano, FrancoAngeli, 2008, p. 71 ss.; A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, cit., p. 337 ss., secondo cui «la configurazione di doveri (morali e giuridici) nei confronti delle generazioni future non ha bisogno che sia perfettamente individuato chi possa ricevere un danno da comportamenti e scelte attuali, né che tale/i persona/e non esisterà/anno, proprio "a causa" delle azioni "sbagliate" commesse in passato».

favorire la contrapposizione (che pure può essere alla base di un giudizio di bilanciamento) fra generazioni attuali e generazioni future.

È la congiunzione *anche* del nuovo terzo comma dell'art. 9 Cost. a legare le generazioni attuali alle nuove. L'interesse alla tutela dell'ambiente, e con esso del clima, è *anche* delle nuove generazioni, e quindi implicitamente *anche* delle vecchie, in un panorama che difficilmente può essere circoscritto nei confini del singolo ordinamento costituzionale in considerazione dell'ampiezza dei beni tutelati e della loro riconducibilità all'intero genere umano[82].

Il quadro costituzionale italiano, arricchito dalla necessaria attenzione *anche alle nuove generazioni,* contiene ora gli strumenti sostanziali affinché l'azione del legislatore possa essere scrutinata in relazione al fattore tempo che – materialmente – unisce e separa le vecchie e le nuove generazioni di fronte al cambiamento climatico. L'introduzione del parametro temporale, astratto ma riconducibile a valori concreti oggettivi ed estremamente puntuali, sembra lo strumento capace di consentire di "aggirare" le aporie formali connesse all'individuazione delle posizioni giuridiche soggettive legate alle nuove generazioni. Nella prospettiva di consentire un bilanciamento intergenerazionale che, tuttavia, non sembra poter prescindere da un criterio di *continuità di tempo* «intima e ininterrotta», per dirla – ancora una volta – con le parole di Santi Romano, che non ammette cesure di fronte all'incessante susseguirsi di generazioni che si sovrappongono.

La tutela dell'ambiente da parte della Costituzione in una prospettiva che guarda al futuro sembra operare, in definitiva, come una sorta di clausola di perpetuità che, da un lato, ha una funzione di limite al potere (legislativo) attuale e, dall'altro, opera in favore delle generazioni che verranno.

6. I giovani elettori come portatori di uno specifico interesse secondo un criterio di prossimità.

La legge costituzionale n. 1 del 2021 che ha modificato l'art. 58 Cost. ha finalmente realizzato nell'ordinamento costituzionale italiano il principio del suffragio universale. La conquista democratica del suffragio maschile e femminile con l'avvento della Repubblica e poi della Costituzione ha sempre messo in ombra la

82 Così M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, cit., p. 427, che ricorda che «la questione dei *diritti* delle *generazioni* future si converte in quella, ben conosciuta e tutt'altro che originale, degli *interessi* del *genere* umano». B. TONOLETTI, *I cambiamenti climatici come problema di diritto pubblico universale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2021, p. 41, realisticamente nega alla radice la possibilità di un approccio centrato sull'azione dei singoli Stati (e quindi dei singoli ordinamenti costituzionali): «Rispetto all'universalità del problema dei cambiamenti climatici, l'interesse dei singoli Stati si presenta inevitabilmente come interesse individuale. Quindi, un pieno riconoscimento del carattere pubblico del problema dovrebbe comportare la disattivazione della logica individualistica anche nei rapporti tra gli Stati».

parziale deroga al principio di piena universalità del suffragio che, solo superficialmente, poteva essere considerato tale in virtù delle differenze nell'elettorato attivo per la Camera dei deputati e per il Senato della Repubblica. Differenza che, peraltro, si era accentuata con l'abbassamento della maggiore età a partire dal 1975 e con la divaricazione di ben sette classi di età fra i due rami del Parlamento a partire dalle elezioni politiche del 1976.

Nel panorama comparatistico l'anomalia del Senato italiano è da tempo considerata anacronistica[83] in assenza di ragioni reali per giustificare la maggiore anzianità dell'elettorato attivo[84]. Fece indirettamente questa ammissione, con un'argomentazione sostanzialmente tautologica, il Presidente della Commissione per la Costituzione Meuccio Ruini: «se il nome di Senato o di Camera dei senatori, deve avere qualche senso, bisogna – anche senza arrivare ai vecchioni – mettere una certa differenza di età» in nome di un'esigenza di maggiore esperienza e maturità degli elettori giustificata però su un piano più definitorio che contenutistico: i giovani «sono la forza a cui affidiamo il nuovo Stato. Ma non mi sembra che sia offesa ed eresia chiedere, per una seconda Camera, un modesto livello di maturità e d'esperienza più alto»[85].

In Assemblea costituente il tema più diffusamente trattato era quello dell'identificazione della fonte competente a definire i requisiti di età per l'elettorato. Aldo Moro propendeva per un rinvio alla legge mentre Giuseppe Dossetti riteneva che la delimitazione del requisito d'età dovesse essere fissata nella Costituzione. Più o meno consapevolmente si scelse una soluzione intermedia: il rinvio alla legge ordinaria per la Camera dei deputati attraverso il richiamo del requisito della maggiore età e l'adozione di una norma costituzionale per il diverso elettorato attivo

83 Sull'anomalia italiana nel panorama comparato v. A. GRATTERI, La *legittimazione democratica dei poteri costituzionali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 30 s.; in proposito v. anche N. LUPO, *Audizione informale sui disegni di legge costituzionale S.1440 e abbinati (Modifica all'art. 58 Cost., in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica)*, cit.

84 Valutazioni simili possono peraltro essere fatte anche per la sostanzialmente immotivata differenziazione del requisito d'età per l'elettorato passivo. In Assemblea Costituente si espresse sul punto l'on. Corbi che, in riferimento alla Camera dei deputati, osserva che la divaricazione dei requisiti per l'elettorato attivo e passivo «importa una grave limitazione a danno di una grande categoria di cittadini: quelli che vanno dai 21 ai 25 anni», Assemblea Costituente, 23 settembre 1947, p. 441. In proposito si registra la replica risolutiva di Ruini che, a nome del Comitato rappresentativo della Commissione per la Costituzione, ribadisce che «una differenza per il minimo di età fra elettori ed eleggibili è criterio ormai consueto ed accettato per quasi tutti i Parlamenti e in quasi tutte le Costituzioni», *ivi*, p. 442. Si noti peraltro che attualmente il dato comparativo induce a trarre conclusioni diverse vista la tendenziale omogeneità del requisito dell'età per l'elettorato attivo e quello passivo, in proposito v. i dati pubblicati nel *dossier* del Servizio studi di Camera e Senato *Note sull'A.S. n. 1440 modificativo dell'articolo 58 della Costituzione approvato dalla Camera dei deputati in prima deliberazione*, 21 ottobre 2019, p. 13 ss.

85 Assemblea Costituente, Seduta pomeridiana del 19 settembre 1947, p. 349.

per il Senato[86]. Si discusse anche, incidentalmente, della soglia di età ragionevole per l'esercizio del diritto di voto. L'on. Mastrojanni aderì alla proposta di costituzionalizzare i requisiti di età «affinché non si corra il pericolo di concedere il diritto di voto a giovani in età inferiore ai venti anni, in quella età, cioè, in cui l'entusiasmo supera normalmente la riflessione»; mentre Togliatti manifestò un'opinione contraria: «una diminuzione dell'età elettorale non rappresenterebbe un pericolo, ma il raggiungimento di una legittima rivendicazione dei giovani» in quanto a suo avviso «l'entusiasmo non può essere di ostacolo all'elettorato attivo, purché sia accompagnato dal discernimento, di cui è ammessa l'esistenza nei giovani di diciotto anni»[87].

La retorica dei giovani come portatori del futuro non fu, come si legge nei resoconti, estranea al dibattito in Assemblea costituente ma, di fatto, non incise sulle concrete scelte che venivano compiute in materia di elettorato. La piena espansione del suffragio universale, che si lega oggi all'ingresso in Costituzione della norma che sancisce la rilevanza degli interessi delle nuove generazioni, sollecita una riflessione che oltrepassa la mera legittimazione democratica del Parlamento secondo tre distinte traiettorie: valorizza il concetto di popolo che evolve nel tempo; valorizza le nuove generazioni secondo un criterio di prossimità a quelle future; estende l'orizzonte temporale della responsabilità degli eletti.

Il popolo che evolve nel tempo. Il popolo italiano non è cambiato grazie ad un tratto di penna con la promulgazione della revisione costituzionale dell'art. 58 Cost. Il popolo è il medesimo del giorno precedente, tuttavia muta – attraverso una non trascurabile espansione – il corpo elettorale attraverso cui il popolo esercita la sua sovranità e, con essa, assume nuove caratteristiche anche il soggetto che la esercita. In particolare appare chiaro che si valorizza l'evoluzione nel tempo delle caratteristiche formali del popolo attraverso una maggior partecipazione dei cittadini più giovani.

Il criterio di prossimità alle generazioni future. La questione della soggettività giuridica delle future generazioni sollecita, come già accennato, risposte complesse ed articolate cui si affianca il tema di chi può essere titolato a rappresentare e difendere quei diritti, o quegli interessi[88].

Il pieno riconoscimento dei diritti politici dei più giovani svolge una funzione direttamente rilevante sul punto: sono i più giovani ad avere voce in capitolo rispetto al futuro sia perché hanno davanti una porzione di vita che si estenderà nel futuro

86 Secondo F. LANCHESTER, *Voto (diritto di) (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, 1993, p. 1125, fu stabilita soltanto per il Senato un'eccezione nell'intento di delineare un bicameralismo differenziato.

87 Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione, 14 novembre 1946, p. 379.

88 In proposito v. A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, cit., p. 365 ss.

più a lungo sia perché – nella prospettiva di una *umanità intergenerazionale* – sono più prossimi ai posteri.

La valorizzazione dei diritti politici dei più giovani si accompagna peraltro al rilievo giurisdizionale della posizione giuridica soggettiva degli appartenenti alle nuove generazioni nelle controversie inerenti il cambiamento climatico. Il fattore tempo (degli effetti deleteri delle politiche climatiche) è preso in considerazione dal Tribunale costituzionale federale tedesco proprio in relazione alla giovane età dei ricorrenti (v. par. 5) e la legittimazione processuale dei giovani ricorrenti è alla base di altre importanti decisioni in materia[89].

La definizione del limite di età per l'esercizio dell'elettorato attivo sollecita, inevitabilmente, anche una riflessione rispetto ad un ipotetico ulteriore abbassamento del limite a sedici anni. Una questione assai controversa che ha tuttavia già avuto spazio anche in alcuni Paesi[90] e che richiede un attenta valutazione non solo del ruolo decisionale delle più giovani generazioni ma anche della maturità e dell'istruzione corrispondenti[91].

L'orizzonte temporale della responsabilità degli eletti. La sollecitazione di scelte politiche attente al futuro per il tramite di un maggior peso decisionale dei cittadini più giovani consente altresì di meglio inquadrare la responsabilità politica degli eletti per le ricadute delle loro decisioni su un futuro successivo all'orizzonte del loro mandato elettivo. Queste responsabilità possono emergere sia in materia di tutela dell'ambiente e del clima sia in materia di tutela dell'equilibrio della finanza pubblica e, proprio a quest'ultimo proposito, la Corte costituzionale ha osservato che in materia di debito pubblico «la lunghissima dilazione temporale finisce per confliggere anche con elementari principi di equità intergenerazionale» ed incide altresì su un «principio di responsabilità nell'esercizio della rappresentanza democratica»[92] che invece richiede un più stretto collegamento fra elettori, eletti e

89 Sul punto v. L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, cit., p. 34.

90 Il voto ai sedicenni è diffusamente riconosciuto in Austria, Argentina e Brasile. In casi particolari, a livello locale e con eccezioni lo è, ad esempio, in Scozia, Germania, Croazia, Serbia e Slovenia.

91 Secondo T. MARTINES, *Art. 56-58,* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. *Le* Camere, tomo I, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1984, p. 48 s., il riferimento alla maggiore età contenuto in Costituzione e la conseguente, implicita, rinuncia a stabilire un'età inferiore, manifesta la volontà di far «coincidere il momento dell'acquisto della capacità elettorale con quello della piena maturità psichica». La medesima impostazione può essere rinvenuta nella *Relazione preliminare «Sui diritti subiettivi politici»* di Costantino Mortati in seno alla Commissione Forti, sul punto v. D. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana – I lavori preparatori della "Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato"*, Bologna, il Mulino, 1979, p. 338.

92 Così nella sentenza n. 18 del 2019, par. 5 e 5.3 *Cons. in diritto.*

conseguenze delle decisioni adottate ispirato «ad un modello ideale di partecipazione democratica e di cittadinanza responsabile» [93].

7. Conclusioni.

Le revisioni costituzionali che, tra gli altri, hanno modificato gli articoli 9, 58 e 81 della Costituzione, pur se assai diverse fra loro per l'oggetto principale della disciplina, sono accomunate dal filo rosso dell'attenzione al futuro. Esse testimoniano che la prospettiva volta a salvaguardare il benessere delle future generazioni è un valore che si consolida con forza crescente nel tessuto costituzionale con ricadute sia sul versante politico-istituzionale, sia sull'esercizio del potere legislativo, sia sulle prospettive di un puntuale sindacato di costituzionalità.

Sul piano istituzionale, l'allargamento dell'elettorato attivo per il Senato e la piena affermazione dell'universalità del suffragio traducono in pratica, senza contraddire i fondamenti dello Stato democratico, l'antica provocazione di Douglas Stewart che, assai poco ottimisticamente, proponeva di privare dell'elettorato attivo gli anziani che «non avendo un futuro davanti sono pericolosamente liberi rispetto alle conseguenze delle loro scelte politiche»[94]. In ogni caso i più giovani elettori sono ora integrati in tutti i processi democratici, senza le immotivate limitazioni del passato, fatta salva la persistenza (a sua volta anacronistica) delle limitazioni per età dell'elettorato passivo.

Inoltre, sul piano legislativo dovrà essere compiuto uno sforzo aggiuntivo[95] di fronte a un parametro giustiziabile in sede di sindacato di costituzionalità che, come molti prefigurano, potrebbe condurre a decisioni simili a quella del Tribunale costituzionale federale tedesco in materia di politiche legislative finalizzate a contrastare il cambiamento climatico[96].

93 Così A. SAITTA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla "responsabilità costituzionale e democratica" e "intergenerazionale"*, cit., p. 221 s., che sottolinea la necessità «di trovare un difficile punto di equilibrio tra l'esigenza di non spostare sulle generazioni future i costi finanziari delle politiche attuali e quella di non scaricare sugli amministratori subentrati il peso degli errori del passato». Sulle criticità della democrazia elettorale nel garantire il principio di equità intergenerazionale v. T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1016, p. 43 ss.; in proposito v. anche G. PALOMBINO, *La solidarietà tra le generazioni nella Carta di Nizza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, p. 89 ss.

94 D.J. STEWART, *Disfranchise the old*, in *New Republic*, 1970, n. 8, p. 22, tradotto in pubblicata in A. Giordano (a cura di), *Quanto costa la democrazia?*, cit., p. 47.

95 In proposito v. le considerazioni di G. SOBRINO, *Le generazioni future «entrano» nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, p. 141 s.

96 In questo senso v. L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, cit., p. 32; E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, cit., p. 11, evidenzia le difficoltà connesse all'accesso in via incidentale in luogo di quello in via diretta utilizzato in Germania.

Le decisioni che ricadranno sul nostro futuro – in materia di ambiente, di clima o più prosaicamente di finanza pubblica – non possono non riguardare il presente e, come ho cercato di dimostrare, questa attenzione non è nuova e da sempre accompagna la funzione del diritto. Si tratta di questioni che riguardano il presente e le generazioni attuali non solo nella pratica concreta ma anche su un terreno ideale. Dal punto di vista pratico, è evidente che i problemi di domani hanno ricadute sul tempo presente che quel domani insegue incessabilmente; da quello ideale, il senso di appartenenza al genere umano o, in più piccola scala, alla medesima comunità sollecita a tenere in considerazione nel tempo presente le ricadute delle decisioni politiche attuali sulle condizioni di vita dei posteri.

Emerge con tutta la sua forza la differenza fra la funzione della Costituzione, che "sa guardare lontano" attraverso le sue norme di principio, e la legge ordinaria che, invece, è naturalmente portata ad esprimere esigenze politiche contingenti e, proprio per questo, è subordinata alla Costituzione[97].

Il riferimento testuale alle nuove generazioni da parte dei principi fondamentali della Costituzione rappresenta un'innovazione di non poco conto, innanzitutto per il significato culturale e identitario di una norma che si integra a pieno titolo sia con le esigenze della solidarietà che derivano dall'art. 2 sia con quelle della piena realizzazione della personalità portate dall'art art. 3, secondo comma.

Come ha osservato Raffaele Bifulco, fra i primi commentatori della revisione, il nuovo testo segna, da un lato, un prima e un dopo delle condizioni dell'ambiente su cui si dovrà parametrare la legittimità della legislazione e, dall'altro, vale a connotare la forma di Stato anche come *Stato ambientale* in cui l'ambiente, come forma della nostra esistenza diviene un presupposto imprescindibile dell'ordinamento costituzionale, in linea con le ambizioni e i compiti del costituzionalismo contemporaneo[98].

L'aspetto intergenerazionale della solidarietà sembra ormai essersi consolidato nell'interpretazione della Costituzione[99] e, d'altra parte, sembra difficile negare una lettura e una portata diacronica al principio che più di ogni altro mira a creare il tessuto connettivo della società, a legare fra loro le persone indipendentemente dalle

97 Sul rapporto fra politica e diritto cfr. F. RIGANO, M. TERZI, *Lineamenti dei diritti costituzionali*, 2° ed., Milano, FrancoAngeli, p. 15 ss.

98 R. BIFULCO, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, cit., p. 4 ss.; *ambiente* e *vita* (anche come salvaguardia delle future generazioni) sono comunemente accolti fra i valori irrinunciabili che rappresentano «le condizioni indefettibili di esistenza» dell'umanità, così E. BETTINELLI, *Resistenza (diritto di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XIII, 1997, p. 196. Per una ricognizione di carattere comparatistico sul punto v. T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, cit., p. 43 ss.

99 In proposito v. un'ampia ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale in D. PORENA, *Il principio di sostenibilità*, cit., p. 175 ss.; sul punto v. il contributo di S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari, 2014, p. 50 ss.

singole individualità, affinché la vita sia tale tanto per le generazioni di oggi quanto per quelle di domani[100]. Una visione su cui incidono sia la concezione del diritto, proiettato in quanto tale a disciplinare il futuro, sia quella della comunità espressiva del popolo, che vive in un ordinamento giuridico dinamico e costantemente in evoluzione a cavallo delle generazioni. La norma costituzionale che postula gli interessi delle generazioni future, considerato che in essa non rileva la posizione giuridica del singolo individuo, implica una sorta di manifestazione della volontà di espandere nell'avvenire l'arco di tempo su cui l'ordinamento esprime il suo dominio.

Spinta solidaristica, che inevitabilmente presuppone l'esistenza di doveri[101], ed istinti egoistici, legati ai diritti dell'individuo ed alla sua sfera di autonomia, in realtà sembrano fondersi di fronte al nostro futuro: tutte le persone hanno un interesse ideale a che le nuove generazioni siano tutelate, e lo dimostra il fatto che questo obbiettivo sia stabilito in Costituzione. Se anche, per assurdo, fosse impossibile tutelare gli interessi delle generazioni future non si potrebbe comunque prescindere da un diritto/dovere a compiere quel tentativo, in nome della solidarietà e – al contempo – della realizzazione della personalità individuale. In questi termini, la tutela dei beni protetti dall'art. 9 Cost. diviene allora uno strumento di sviluppo della persona umana all'interno della più ampia comunità nazionale. Ben prima della revisione costituzionale del 2022, Alberto Predieri notava che l'obiettivo è di migliorare «la qualità della vita e le possibilità di sviluppo della persona»[102] nel quadro della realizzazione dell'uguaglianza sostanziale. Gli individui, e con essi le istituzioni che li rappresentano, agiscono in tutela dei beni ambientali innanzitutto nel proprio interesse che – ontologicamente – include anche quelli della collettività, dinamicamente intesa e non circoscritta ad una visione attuale del tempo presente.

Il tema del futuro ci riguarda nel presente: esiste una responsabilità nei confronti degli esseri umani che verranno «in quanto essa concerne l'oggi, il nostro presente, noi in prima persona […] siamo noi i soggetti del discorso, il confronto è con il *nostro* modello di sviluppo»[103]. Nessuna generazione ha mai vissuto ed agito come se il genere umano non proseguisse nelle generazioni successive[104] così come la concezione stessa dei diritti trascende attraverso la sua universalità l'elemento temporale per divenire intergenerazionale[105]. E, come è già emerso in dottrina, è anche la pari dignità dell'uomo che «impone di agire nella dimensione […] della

100 Così N. OCCHIOCUPO, *Gli ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., p. 403.
101 Cfr. A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, cit., p. 375.
102 A. PREDIERI, *Paesaggio*, cit., p. 519.
103 U. POMARICI, *Generazioni future, identità personale, umanità*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., p. 156.
104 M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, cit., p. 427.

responsabilità intergenerazionale»[106] a partire dal presupposto di un effettivo godimento dei diritti fondamentali.

Tuttavia, l'affermazione dei valori che fondano un ordinamento costituzionale non è di per sé sufficiente in assenza di decisioni politiche puntuali con essi congruenti. Alla Costituzione compete di affidare agli organi dello Stato gli strumenti affinché quei principi possano vivere e ciò accade *nelle forme e nei modi* stabiliti dall'art. 1 Cost. che, in definitiva, porta a valorizzare il filo rosso che, più o meno casualmente, lega l'estensione dei diritti politici dei cittadini, attraverso un ampliamento della platea degli elettori, con la tutela dell'interesse a preservare l'ambiente delle nuove generazioni e *anche* di quelle attuali.

105 Cfr. A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., p. 71 ss.
106 Così A. SAITTA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla "responsabilità costituzionale e democratica" e "intergenerazionale"*, cit., p. 224.

LA PIANIFICAZIONE PAESAGGISTICA DELLA REGIONE TOSCANA TRA LEGISLAZIONE NAZIONALE E GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

Massimo Asaro*

Abstract. Il lavoro è frutto di una ricerca scientifica sulla tutela del paesaggio mediante pianificazione territoriale. Le scelte pianificatorie operate dalla regione Toscana esprimono sensibilità per invarianti strutturali che considerano il suolo sia per gli aspetti ambientali e biotici sia per i caratteri morfologico-identitari dei contesti urbani e rurali. L'equilibrio tra gli interessi paesaggistici generali, da una parte, e gli interessi pubblici locali e i diritti dei privati, dall'altra, è stato variamente trattato dai giudici amministrativi. Il tema conduce a qualche considerazione sul diritto alla bellezza nell'ordinamento italiano.

***Abstract**. The present work is the fruit of a scientific research study on the protection of the landscape by means of territorial planning. The planning policies of the Tuscany Region embody awareness of structural invariants that consider the ground surface in terms both of the environmental and biotic aspects and of the morphological characteristics and the nature of urban and rural contexts. The balance between the interests of the landscape in general on the one hand and local public interests and the rights of private individuals on the other, has been treated in varying ways by the differing administrative judges. The theme leads to various considerations as to the right for natural beauty to be included within the Italian system.*

SOMMARIO: 1. l'evoluzione legislativa. **- 2**. la pianificazione nel Codice dei beni culturali e del paesaggio. **- 3.** la pianificazione regionale toscana. - **4.** La discrezionalità pianificatori - **5.** le criticità trattate dalla giurisprudenza amministrativa. - **6.** considerazioni conclusive.

1. L'evoluzione legislativa sulla tutela paesaggistica.

La pianificazione paesaggistica è stata introdotta in Italia dalla legislazione del 1939[1] (c.d. legge «Bottai») che attribuiva allo Stato la facoltà di predisporre un Piano territoriale paesistico a tutela delle «*bellezze naturali d'insieme*», non tutto il Paesaggio, con l'intenzione di tutelare la bellezza panoramica con funzione conservativa essenzialmente statica. Nel 1985, con un intervento legislativo straordinario[2] (c.d. legge «Galasso»), si incrementa il livello di protezione del Paesaggio essendosi

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

1 V. art. 5 della legge n. 1497 del 29 giugno 1939 e il connesso regolamento attuativo R.d. n. 1357 del 3 giugno 1940. Per C. Cost., sent. 29 maggio 2009, n. 164 le disposizioni della legge Galasso costituiscono norme «di grande riforma economico-sociale».

2 D.l. n. 312 del 27 giugno 1985, recante *Disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale*, conv. con modif. dalla l. n. 431 del 8 agosto 1985.

sviluppata una sensibilità maggiore che superava l'interesse estetico di località determinate per aprirsi a tutto il territorio.

La legge Galasso ha avuto il primato di aver introdotto una tutela del Paesaggio improntata a «integrità e globalità» in quanto implicante una riconsiderazione dell'intero territorio nazionale alla luce del valore «estetico-culturale» del paesaggio, sancito nell'art. 9 della Costituzione e assunto come valore primario. Partendo dalla soluzione alla piaga dell'abusivismo edilizio, tale legge è diventata sinonimo di tutela ambientale e il primario interesse paesistico-ambientale sarebbe stato definitivamente tutelato dai piani paesistici e, nelle more della loro adozione da parte delle regioni, sarebbe stato garantito con strumenti vincolistici temporanei per evitare iniziative preordinate a soddisfare interessi costituzionalmente subordinati [3]. Il legislatore del 1939 affidava al Piano il compito, - in termini negativi - rispetto ad aree già tutelate con atto amministrativo, di limitare la discrezionalità delle successive scelte autorizzatorie dell'autorità preposta al vincolo e di impedire che le aree interessate fossero utilizzate con iniziative frammentarie e disorganiche in modo pregiudizievole alla bellezza paesaggistica[4]. Il legislatore del 1985 ha invece posto, accanto ai vincoli specifici gravanti su determinati territori o località, una diffusa tutela del Paesaggio, attraverso l'introduzione di vincoli estesi e intensi in ordine a vaste porzioni del territorio nazionale specificamente individuate (*ex lege* per categorie e specie, es. criterio ubicazionale/morfologico) o individuabili con atto amministrativo[5].

Dopo la legge Galasso, l'imposizione del vincolo (rimasto disciplinato dalla citata l. n. 1497/1939) comportava esclusivamente la sottoposizione del bene al particolare regime della legislazione previgente, ovvero alla richiesta di autorizzazione, mentre il Piano paesistico territoriale (o Piano urbanistico-territoriale con specifica considerazione dei valori paesistici ed ambientali, art. 1-bis) atteneva a una fase successiva e cioè alla fase di pianificazione della tutela delle zone di particolare interesse sotto il profilo paesaggistico, con una specifica disciplina del territorio (più generale nel caso del Piano urbanistico-territoriale), al fine di programmare la salvaguardia dei valori paesistico-ambientali di tali zone con strumenti idonei ad assicurare il superamento della episodicità inevitabilmente connessa ai semplici interventi autorizzatori[6].

3 C. Cost., sent. 28 luglio 1995 n. 417 e precedenti richiamati.

4 Cons. St., sez. VI, sent. 23 novembre 2004, n. 7667 secondo cui i vincoli di particolare interesse sotto il profilo paesaggistico (di cui alla l. n. 1497/1939) e i piani paesistici costituiscono strumenti con effetti del tutto diversi, anche se talvolta concorrenti, con la conseguenza che l'approvazione di questi ultimi non può mai vanificare il vincolo paesaggistico, il quale resta in ogni caso il parametro necessario da tenere presente per valutare la congruità in relazione alle disposizioni approvate e ai fini che si intendono raggiungere.

5 C. Cost. sent. 27 giugno 1986, n. 151.

6 Cons. St., sez. II, sent. 15 luglio 2020, n. 4576. Inoltre, per Cons. St., sez. VI, sent. 5 dicembre 2007, n. 6177, il vincolo di inedificabilità posto dai piani paesaggistici regionali è considerato riconducibile ai

Il Piano paesistico costituiva, pertanto, uno strumento di attuazione e specificazione del contenuto precettivo del vincolo paesaggistico, mediante l'individuazione delle incompatibilità assolute e dei criteri e dei parametri di valutazione delle incompatibilità relative, condizionando, prevalentemente in negativo, la successiva attività di pianificazione del territorio vincolato anche sotto il profilo urbanistico[7]. La rivitalizzazione dello strumento pianificatorio, con l'ampiezza descritta, era frutto della consapevolezza dell'insufficienza degli interventi autorizzatori puntiformi e dell'avvertita necessità di predeterminare in via generale il quadro delle compatibilità paesistico-ambientali sotto i profili qualitativo e quantitativo, fermo restando lo schema della immodificabilità relativa. Infatti la legge Galasso stabiliva che i Piani contenessero «*specifica normativa d'uso e di valorizzazione ambientale il relativo territorio*», dunque avessero non solo una funzione conservativa statica ma anche una funzione dinamica con auspicabili iniziative di ripristino e/o di recupero funzionale.

L'art. 1-bis della legge Galasso è stata abrogata dall'art. 166 del d.lgs. n. 490 del 29 ottobre 1999[8] (c.d. Testo Unico dei beni culturali e ambientali) il quale, nell'art. 149, ha disciplinato i Piani territoriali paesistici o Piani urbanistico-territoriali aventi le medesime finalità di salvaguardia dei valori paesistici e ambientali. Il Testo unico prevedeva quindi che il piano paesistico comprendesse beni vincolati per legge statale e beni vincolati specificamente dalla regione (ex art 140) e dallo Stato (art. 144); non prevedeva che per gli uni e gli altri il piano paesistico regionale dettasse norme di tutela, questa era rimessa alla valutazione di compatibilità formulata, in base all'art. 151, dalla regione e subordinata al potere di annullamento dell'organo statale.

Le previsioni contenute nei Piani territoriali paesistici regionali di cui al Testo Unico, oltre a non esaurire gli strumenti di tutela paesaggistica previsti dall'ordinamento, non facevano venire meno la tutela vincolistica statale *ex lege* introdotta dalla legge Galasso.

Tali Piani erano infatti strumenti di disciplina di uso e valorizzazione dei territori assoggettati a vincoli paesaggistici (solo quelli previsti dalla legge e non quelli dichiarati di notevole interesse pubblico), che – in attuazione del principio fondamentale dell'art. 9 Cost., prevalevano sui piani regolatori generali e sugli altri strumenti urbanistici, ai sensi dell'art. 150, comma 2, del medesimo Testo Unico e potevano imporre limitazioni di carattere generale, ovvero puntuali prescrizioni, con efficacia immediatamente precettiva a carico dei proprietari, quando fossero ravvisate ragioni di tutela dei valori paesaggistici, di cui i piani stessi debbono

casi previsti dall'art. 33, comma primo, lett. a), della l. n. 47 del 28 febbraio 1985, in quanto posto a tutela di "interessi paesistici" di esclusione dalla sanatoria.

7 Cons. St., sent 10 dicembre 2003, n. 8145.

8 Ai sensi dell'articolo 1 della l. n. 352 del 8 ottobre 1997, recante *Disposizioni sui beni culturali*.

articolare la disciplina[9].

Una delle novità significative del testo unico era inoltre contenuta nel citato articolo 150 che prevedeva che lo Stato (il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo del tempo, oggi Ministero della Cultura) fissasse le linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale per quanto riguarda la tutela del paesaggio, allo scopo di indirizzare l'attività di pianificazione[10], introducendo un atto di indirizzo statale intermedio tra la legislazione e la pianificazione paesaggistica.

In giurisprudenza[11] era stata fatta una precisazione distintiva tra i due tipi di piani, ancorata alla evoluzione normativa precedente al Codice del 2004. Il Piano paesistico (puro) costituiva uno strumento di attuazione e specificazione del contenuto precettivo dei vincoli paesaggistici mediante l'individuazione delle incompatibilità assolute e dei criteri e dei parametri di valutazione delle incompatibilità relative, condizionando, prevalentemente in negativo, la successiva attività di pianificazione del territorio vincolato anche sotto il profilo urbanistico. Questo aveva valore di direttiva per la pianificazione di livello inferiore e non aveva effetti diretti generali verso i privati. Il Piano urbanistico-territoriale, pur avendo anche valenza paesistico-ambientale, invece non presupponeva necessariamente un preesistente vincolo e può perciò riguardare anche ambiti non vincolati. Quest'ultimo poteva produrre effetti diretti sui beni privati[12].

2. La pianificazione nel Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Il testo unico del 1999 è stato abrogato dall'art. 18 del Codice vigente (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, c.d. Codice «Urbani»). Esso tratta la pianificazione paesaggistica negli artt. 135 e 143-145 e ha conferito ai piani una natura composita e un contenuto complesso con, prima di tutto, un'ampia e articolata funzione regolatoria rafforzata dal «principio cd. di prevalenza» (art. 145, comma 3)[13]. Con l'entrata in vigore del Codice (e delle modifiche del 2006 e 2008), i Piani paesaggistici (c.d. puri) o i Piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici (art. 135[14])

9 Cons. St., sez. VI, sent. 23 febbraio 2011, n. 1114.

10 Parimenti, l'art. 58, comma 3, lett. d), del d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006, riserva a quello che ha assunto la denominazione di Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (oggi Ministero della Transizione ecologica) il compito di *"indentificare le linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale con riferimento ai valori naturali e ambientali e alla difesa del suolo, nonché con riguardo all'impatto ambientale dell'articolazione territoriale delle reti infrastrutturali, delle opere di competenza statale e delle trasformazioni territoriali;"*.

11 Cons. St., sez. IV, sent. 29 luglio 2003, n. 4351 e precedenti richiamati.

12 Cass. pen., sez. III, sent. 11 dicembre 2007, n. 800.

13 Cons. St., sez. VI, sent. 25 gennaio 2019, n. 642.

14 *"1. Lo Stato e le regioni assicurano che tutto il territorio sia adeguatamente conosciuto, salvaguardato, pianificato e gestito in ragione dei differenti valori espressi dai diversi contesti che lo costituiscono. A tale fine le regioni sottopongono a specifica normativa d'uso il territorio mediante piani paesaggistici, ovvero piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici, entrambi di seguito denominati: "piani paesaggistici". L'elaborazione dei piani paesaggistici avviene congiuntamente tra Ministero e regioni, limitatamente ai beni paesaggistici di cui all'articolo 143, comma 1, lettere b), c) e d), nelle forme previste dal*

ricomprendono tutte le tipologie di beni paesaggistici e possono persino individuarne di nuovi (art. 134, comma 1, lett. c)[15]. Inoltre, la pianificazione copre tutto il territorio regionale, avvicinandosi a un approccio pan-paesaggistico[16] secondo cui il territorio deve essere interamente conosciuto e protetto (art. 135, comma 1[17]) mentre non tutto debba essere vincolato (livello di tutela più elevato) o debba essere sottoposto a oneri indifferenziati.

Il contenuto dei piani è descritto nell'art. 135, commi 2 e segg., e poi nell'art. 143 del Codice[18]. Con riferimento al territorio considerato, i Piani (sia paesaggistici puri sia quelli urbanistico-territoriali) ne riconoscono gli aspetti e i caratteri peculiari, nonché le caratteristiche paesaggistiche, e ne «*delimitano i relativi ambiti*». Ciascun ambito deve avere una normativa d'uso che sia proporzionata alle relative caratteristiche e ciò significa che il Piano stabilisca un'unica e indifferenziata disciplina per tutte le zone non soggette a vincolo[19]. Il Piano ha la funzione di strumento di ricognizione del territorio oggetto di pianificazione, non solo ai fini della salvaguardia e valorizzazione dei beni paesaggistici, ma anche nell'ottica dello sviluppo sostenibile e dell'uso consapevole del suolo, in modo da poter consentire l'individuazione delle misure necessarie per il corretto inserimento, nel contesto paesaggistico, degli interventi di trasformazione del territorio[20]. Infatti, l'analisi

medesimo articolo 143".

15 TAR Sicilia, Palermo, sez. II, sent. 29 novembre 2021, n. 3273 e Cons. St., sez. VI, sent. 3 marzo 2011, n. 1366 secondo cui tale tipologia di vincolo paesaggistico, c.d. di "terzo genere" per quanto comporti un controllo sui singoli interventi analogo a quello dei vincoli tradizionali, è pur sempre espressione del più ampio potere di pianificazione paesaggistica, dove l'intero territorio è, per la natura stessa del piano paesaggistico regolato dal Codice, necessariamente considerato nella sua globalità e assoggettato a prescrizioni, anche più incisive, modulate al di fuori dei vincoli. Perciò, per quanto concerne la rilevazione di quegli elementi fattuali, così come per l'attribuzione delle qualificazioni e delle prescrizioni limitative della modificabilità del paesaggio vincolato, similmente al resto del territorio non richiede, oltre la ricognizione delle caratteristiche paesaggistiche, un'indagine del medesimo spessore del vincolo provvedimentale amministrativo (artt. 136 ss.), né una specifica motivazione.

16 L. Di Giovanni, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione nel procedimento di pianificazione paesaggistica*, in *Riv. giur. edil.*, n. 6/2019, 559; N. Vettori, *Il piano paesaggistico alla prova. I modelli della Toscana e della Puglia*, in *Aedon.it*, n. 1/2017; M. Grisanti, *Beni ambientali. Il parere vincolante del soprintendente nel procedimento di autorizzazione paesaggistica*, in *Lexambiente.it*, 2013; L. Kroll, *Tutto è paesaggio*, 1999.

17 Prima della riforma del 2008, l'art. 131, comma 1, stabiliva che "*1. Ai fini del presente codice per paesaggio si intendono parti omogenee di territorio i cui caratteri distintivi derivano dalla natura, dalla storia umana o dalle reciproche interrelazioni".*

18 P. Lombardi, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati: la difesa del suolo quale archetipo di virtuose forme di cooperazione tra distinti ambiti di amministrazione*, in *Riv. giur. edil.*, n. 2/2010, 93.

19 Cons. St., sez. VI, sent. 15 dicembre 2009, n. 7944. P. Urbani, *La costruzione del Piano paesaggistico*, in *Urban. e app.*, n. 4/2006, 381.

20 C. Cost., sent. 23 novembre 2021, n. 219 cit. secondo cui Il piano paesaggistico regionale è strumento di ricognizione del territorio oggetto di pianificazione non solo ai fini della salvaguardia e valorizzazione dei beni paesaggistici, ma anche nell'ottica dello sviluppo sostenibile e dell'uso consapevole del suolo, in modo da poter consentire l'individuazione delle misure necessarie per il corretto inserimento, nel contesto paesaggistico, degli interventi di trasformazione del territorio. Per

dell'art. 135 consente di ravvisare quegli intrecci inestricabili tra pianificazione paesaggistica e (sottostante) pianificazione urbanistica dato che il contenuto del piano deve considerare la comparazione proporzionata tra l'interesse paesaggistico (che orienta le scelte) e gli interessi urbanistico-edilizi e di sviluppo socio-economico[21]. L'articolo 135 declina i contenuti normativi e strategici del Piano, volti a una gestione dinamica incrementale della tutela del Paesaggio; si legge di «*normative d'uso*», di «*prescrizioni e previsioni ordinate*» e di «*adeguati obiettivi di qualità*»[22] che sono idonei a realizzare la programmata c.d. vestizione dei vincoli, locuzione significante la trasformazione dei vincoli paesaggistici, da vincoli c.d. nudi, cioè meramente perimetrali, in vincoli corredati dall'indicazione di obiettivi, criteri, limiti necessari per valutare efficacemente la compatibilità con la salvaguardia dei valori tutelati delle singole modifiche del territorio progettate e sottoposte ad autorizzazione[23]. La trasformazione (vestizione) del vincolo risulterà efficace solo dopo che gli strumenti urbanistici l'avranno recepita. Il Piano, inoltre, deve contenere esplicite previsioni di indirizzo dell'uso, pubblico e privato, del territorio e peraltro le prescrizioni d'uso non costituiscono dei divieti assoluti ma dettano condizioni per le trasformazioni del territorio, con riferimento agli effetti paesaggistici sui caratteri connotativi e valoriali di dette aree[24]. Tra gli obiettivi sensibili che i Piani devono considerare, l'art. 135 annovera quello relativo alla tutela dei siti UNESCO e tale disciplina non può essere collocata in un altro atto pianificatorio, compreso il Piano di «*gestione e valorizzazione*»

---

tale motivo è necessario salvaguardare la complessiva efficacia del piano paesaggistico, ponendola al riparo dalla pluralità e dalla parcellizzazione degli interventi delle amministrazioni locali e la legge regionale deve disciplinare le procedure di adeguamento degli altri strumenti di pianificazione e le connesse misure di governo del territorio in linea con le determinazioni del nuovo piano paesaggistico o, nell'attesa dell'adozione, secondo le modalità concertate e preliminari alla sua stessa adozione, anche allorquando la Regione si sia a ciò volontariamente vincolata mediante apposito accordo. V. già C. Cost., sent. 23 luglio 2018, n. 172.

21 A. Angiuli, *Piani territoriali tra valore paesaggistico interessi rivali e partecipazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Roberto Marrama*, Napoli, 2012.

22 V. art. 135, comma 4, *"a) alla conservazione degli elementi costitutivi e delle morfologie dei beni paesaggistici sottoposti a tutela, tenuto conto anche delle tipologie architettoniche, delle tecniche e dei materiali costruttivi, nonché delle esigenze di ripristino dei valori paesaggistici;*
b) alla riqualificazione delle aree compromesse o degradate;
c) alla salvaguardia delle caratteristiche paesaggistiche degli altri ambiti territoriali, assicurando, al contempo, il minor consumo del territorio;
d) alla individuazione delle linee di sviluppo urbanistico ed edilizio, in funzione della loro compatibilità con i diversi valori paesaggistici riconosciuti e tutelati, con particolare attenzione alla salvaguardia dei paesaggi rurali e dei siti inseriti nella lista del patrimonio mondiale dell'UNESCO".

23 La vestizione del vincolo può avvenire anche con la procedura di cui all'art. 141-bis del Codice, in base a cui l'amministrazione può sempre integrare le dichiarazioni di interesse pubblico, aventi per oggetto l'ambito delle aree protette in base a un provvedimento di vincolo o in base alla legge. La procedura è finalizzata a vestire i vincoli antecedenti al Codice, meramente identificativi di aree di pregio, attrezzandoli quindi con le norme e le prescrizioni d'uso previste dall'art. 140, comma 2, del Codice (Cons. St., sez. I, par. 4 giugno 2021, n. 1002).

24 TAR Toscana, sez. I, sent. 27 luglio 2021, n. 1108.

del sito UNESCO previsto dalla legislazione speciale[25] perché potrebbe determinarsi un difetto di coordinamento o persino un vuoto di tutela[26], paradossale rispetto alle finalità di conservare i luoghi di valore simbolico «*assolutamente eccezionale*» per qualunque Popolo della Terra. L'art. 143 del Codice riporta i contenuti obbligatori e i contenuti facoltativi che i Piani devono avere, evidenziandosi nella parte obbligatoria l'eredità –quantomeno ispirativa– della legge Bottai e della legge Galasso. Per quanto attiene invece ai contenuti facoltativi, questi possono essere discrezionalmente individuati dalle regioni che primariamente devono, con legge regionale, disciplinare e precisare le formule usate nell'art. 143, comma 4[27].

L'iter di formazione, conclusione e revisione dei Piani è definito dall'art. 143, comma 2, dall'art. 144 del Codice. L'assetto dettato, dopo la riforma del 2008[28], è quello della co-pianificazione -quale condivisione reciproca sull'impostazione, i caratteri, le linee generali e le finalità del Piano- che vede protagonista la regione ma anche la presenza importante dello Stato a cui è anche attribuito un limitato potere sostitutivo. La partecipazione degli organi ministeriali mira a garantire l'effettiva ed uniforme tutela dell'ambiente. La collaborazione tra regioni e Stato opera con lo schema negoziale dell'accordo tra pubbliche amministrazioni per lo svolgimento, appunto, di attività di interesse pubblico, ai sensi dell'art. 15 della l. n. 241 del 8 agosto 1990. Le regioni, che sono titolari (in compartecipazione paritaria con lo Stato) della funzione di tutela e valorizzazione del paesaggio, di cui alla Parte III del Codice (art. 5, comma 6), hanno la competenza diretta per la pianificazione paesaggistica previo accordo con lo Stato, obbligatorio per le aree vincolate e solo facoltativo per le aree non vincolate[29]. L'art. 143, comma 2, prevede la possibilità di stipulare *"intese per la definizione delle modalità di elaborazione congiunta dei piani paesaggistici, salvo quanto previsto dall'articolo 135, comma 1, terzo periodo"*, l'intesa ritorna anche nell'art. 156 a

25 L. n. 77 del 20 febbraio 2006, recante *Misure speciali di tutela e fruizione dei siti italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella 'lista del patrimonio mondiale', posti sotto la tutela dell'UNESCO*.

26 TAR Lazio, Roma, sez. II-Quater, sent. 29 maggio 2020, n. 5757.

27 *"4. Il piano può prevedere:*

a) *la individuazione di aree soggette a tutela ai sensi dell'articolo 142 e non interessate da specifici procedimenti o provvedimenti ai sensi degli articoli 136, 138, 139, 140, 141 e 157, nelle quali la realizzazione di interventi può avvenire previo accertamento, nell'ambito del procedimento ordinato al rilascio del titolo edilizio, della conformità degli interventi medesimi alle previsioni del piano paesaggistico e dello strumento urbanistico comunale;*

b) la individuazione delle aree gravemente compromesse o degradate nelle quali la realizzazione degli interventi effettivamente volti al recupero ed alla riqualificazione non richiede il rilascio dell'autorizzazione di cui all'articolo 146".

28 Rispetto all'originaria versione del Codice, che indicava le regioni nel principale soggetto cui era attribuita la pianificazione, già con il primo correttivo è avvenuto un affiancamento dello Stato alle regioni; significativa è la sostituzione del termine "le regioni" con "lo Stato e le regioni" al primo comma dell'art. 135, che contiene i principi della pianificazione paesaggistica. Con il secondo correttivo (2008), tale accentramento di competenze è stato accentuato sotto diversi profili.

29 P. Chirulli, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, in *Dir. amm.*, n. 4/2019.

proposito della *"Verifica ed adeguamento dei piani paesaggistici"*, con ciò significando che oggetto dell'intesa ai sensi dell'art. 156 non è il contenuto del Piano (adeguato), bensì la disciplina dello svolgimento congiunto della verifica e dell'adeguamento dei piani paesaggistici. Poi, dopo la verifica e l'adeguamento, il Piano deve essere oggetto di accordo fra il Ministero e la regione (art. 156, comma 3, terzo periodo). Nell'ipotesi in cui l'accordo sul contenuto del piano adeguato non sia raggiunto non trovano applicazione i commi 4 e 5 dell'art. 143[30].

Con riguardo a come procedere all'elaborazione congiunta dei piani, le modalità possono essere diverse: intesa sulle procedure, costituzione di una commissione mista, elaborazione provvisoria da parte delle regioni e sottoposizione alle osservazioni ministeriali. L'unitarietà del valore della tutela paesaggistica comporta l'impossibilità di scindere il procedimento di pianificazione paesaggistica in subprocedimenti che vedano del tutto assente la componente statale. I problemi possono sorgere sia nel caso di pretermissione dello Stato sia nel caso non si raggiunga una unanimità di intenti e il disaccordo può riguardare sia il *modus operandi* che il contenuto del piano[31]. Lo schema delle «reiterate trattative» è stato più volte richiamato nella giurisprudenza costituzionale[32] per alludere al corretto funzionamento dei meccanismi di leale collaborazione ed esprime al meglio la necessità di un confronto costante, paritario e leale tra le parti, che deve caratterizzare ogni fase del procedimento e non seguire la sua conclusione. Anche i comuni partecipano, ma solo nella fase istruttoria che precede l'adozione del Piano e ciò non comporta affatto che gli stessi siano autorizzati a partecipare alla fase di adozione del Piano, nella forma di concerto in senso tecnico. In altri termini, la normativa vigente (artt. 135, comma 1, e 143, comma 2, del Codice) non prevede che il provvedimento di adozione del Piano sia riferibile anche agli enti comunali che hanno preso parte al relativo procedimento. Dunque, la funzione paesaggistica spetta allo Stato e alle regioni che devono operare in leale collaborazione istituzionale[33] e assicurando gli apporti degli enti esponenziali del territorio e quindi non può affermarsi che il Piano abbia la natura di atto complesso (diseguale), non manifestando i Comuni alcuna volontà provvedimentale nel relativo procedimento di adozione[34].

Secondo l'art. 143, comma 2, «*Il piano è approvato con provvedimento regionale entro il termine fissato nell'accordo*», con ciò comportando che il Piano non sia adottato con legge regionale (come in passato spesso è avvenuto, con notevoli problemi di tutela giurisdizionale del privato che intendesse agire contro un sacrificio imposta dal

30 C. Cost., sent. 17 novembre 2020, n. 240.
31 R. Chieppa, *Vecchie problematiche e nuove questioni in tema di piani e autorizzazioni paesaggistiche dopo il d.lg. 26 marzo 2008, n. 63*, in *Aedon.it*, 2008.
32 C. Cost., sent. 5 giugno 2013, n. 117
33 A. Carminati, *La Corte applica il principio di leale collaborazione in materia di pianificazione paesaggistica a favore dello Stato, ma la via consensuale produce impasse e squilibri*, in *Forum di Quaderni cost.*, n. 2/2021.
34 CGARS, sez. giurisd., sent. 21 gennaio 2015, n. 36 cit.

Piano) ma ammettendo tacitamente che la legge regionale possa disciplinare l'iter di formazione e approvazione del Piano, con inevitabili effetti sui rapporti interistituzionali verticali (Stato e comuni). La competenza interna all'adozione del provvedimento è essenzialmente consiliare ma possono esservi varianti determinate dall'assetto statutario regionale. Il procedimento pianificatorio è la sede di analisi e composizione degli interessi pubblici che insistono sul territorio, di cui possono essere portatori enti diversi da quelli principalmente coinvolti del processo, per cui si parla di asimmetria[35] (un territorio vs. più interessi/più enti) che coesiste alla parallela asimmetria originaria tra enti pianificatori e privati titolari di diritti sui beni oggetto di pianificazione (regime speciale), spesso oggetto di vari livelli di pianificazione/regolazione condizionanti.

3. La discrezionalità pianificatoria.

Prima di affrontare il piano toscano, è necessario tratteggiare la discrezionalità programmatoria che connota il potere pianificatorio, anche nel caso del Paesaggio. Il tema, connesso anche alla quantità e qualità di interessi da considerare, risente della presenza di due concezioni, quella «oggettiva», basata sulla comparazione tra i valori del paesaggio e altri valori, a cui consegue una discrezionalità amministrativa piena, e quella «soggettiva», basata sulla la giuridificazione del valore Paesaggio (art. 9 Cost.) e sulla sua prevalenza, a cui consegue una discrezionalità solo –o prevalentemente– tecnica[36].

Naturalmente le considerazioni al riguardo risentono anche delle evoluzioni che nel tempo si sono compiute riguardo al concetto di discrezionalità tecnica e alla sua sindacabilità giurisdizionale (sindacato estrinseco, sindacato intrinseco, intrinseco-debole/intrinseco-forte), su cui molto è stato scritto[37]. Vi sono state anche alcune posizioni secondo cui trattasi di ampia discrezionalità tecnico-amministrativa che riconducono a «un apprezzamento di merito», perciò del tutto sottratto al sindacato di legittimità generale, salvo che gli atti di esercizio del potere pianificatorio siano inficiati da errori di fatto, abnormi illogicità o profili di eccesso di potere per palese

35 L. Di Giovanni, *La pianificazione paesaggistica e la tutela integrale del territorio*, Napoli, 2021, 119.
36 G. Severini, *Culturalità del paesaggio e paesaggi culturali*, in *Federalismi.it*, n. 16/2020, 14.
37 D. Capotorto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento: la tripartizione dei poteri in "corto circuito" tra discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. Proc. amm.*, n. 3/2021, 568; A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Riv. giur. edil.*, n.6/2019, 559; P. Forte, Full jurisdiction, *Arte, Cultura. Un discusso confine in movimento*, in *Persona e Ammin.*, n. 2/2018, 163; S. Piva, *Concetti giuridici indeterminati, sindacato del Giudice amministrativo e principi CEDU*, in *Federalismi.it*, n. 4/2017; A. Gigli, *La funzione di tutela del paesaggio tra discrezionalità tecnica e compresenza di interessi primari,* in *Riv. quadrim. dir. amb.*, n. 2/2015, 204; A. Giusti, *Discrezionalità tecnica dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, n. 5/2015, 1211; C. Ventimiglia, *I confini del sindacato del g.a. sulla discrezionalità tecnica nella materia dei beni culturali*, in *Urban. e app.*, n. 12/2011, 1468; G. D. Comporti, *Piani Paesaggistici*, (voce in) *Enc. dir.,* Milano, 2012, 10478; F. Cintioli, *Discrezionalità tecnica*, (voce in) *Enc. dir.*, annali II, 2008.

travisamento dei fatti o manifesta irrazionalità[38], dunque con un sindacato puramente estrinseco.

La sede pianificatoria è certamente luogo di ponderazioni e scelte che investono una pluralità di interessi e, pur in presenza della forte valenza (persino costituzionale) del valore Paesaggio rispetto ad altri interessi (recessivi), il potere di pianificazione paesaggistica sembra oggi essere espressione di un potere prevalentemente tecnico-discrezionale che è tuttavia sindacabile innanzi al giudice amministrativo in presenza solo di manifeste illogicità, irragionevolezze ovvero travisamento dei fatti/difetto dei presupposti[39], cioè con un sindacato intrinseco (debole), senza alcun potere sostitutivo dal parte del giudice. In materia paesaggistica, seppur con riferimento al momento autorizzatorio (ma tanto è traslabile, con le differenze del caso, al momento programmatorio o al momento dichiarativo), la posizione giurisprudenziale dominante attuale vede che il sindacato sugli atti della pubblica amministrazione deve rispondere ai principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, dovendo, pertanto, da un lato, estendersi anche all'accertamento dei fatti operato sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico, dall'altro, implicare la verifica del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico-scientifico, attraverso gli strumenti processuali a tal fine ritenuti idonei (ad. es., consulenza tecnica d'ufficio, verificazione, ecc.).

Un tale sindacato, non può, tuttavia, spingersi fino al punto di sostituire le valutazioni discrezionali dell'amministrazione. Orbene, qualora a un certo problema tecnico ed opinabile l'amministrazione abbia dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo c.d. intrinseco, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'amministrazione, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto. In sintesi, il giudice amministrativo può censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, in quanto il suo apprezzamento, inevitabilmente opinabile, finirebbe per affiancarsi a quello altrettanto opinabile dell'Amministrazione, sostituendolo ed invadendo l'ambito delle attribuzioni riservate alla medesima[40]. Tanto vale anche per le scelte programmatorie basate sulla medesima discrezionalità tecnica, mentre, aderendo alla tesi dell'atto a contenuto misto (normativo/prescrittivo/programmatorio)[41], le scelte

38 Cons. St., sez. VI, sent. 3 luglio 2014, n. 3367.
39 TAR Lazio, Roma, sez. II-Quater, sent. 18 febbraio 2022, n. 1991.
40 Cons. St., sez. VI, sent. 3 febbraio 2022, n. 757 e precedenti richiamati.
41 R. Dipace, *L'attività di programmazione come presupposto delle decisioni amministrative*, in *Diritto e società*, n. 4/2017, 679; G. Morbidelli, *Pianificazione territoriale ed urbanistica*, (voce in) *Enc. giur.*, Roma, 1988.

operate nella parte di Piano recanti norme, regole, obiettivi etc., quando riconducibili più propriamente a valutazioni di opportunità e convenienza settoriale, riscontrabili maggiormente nei Piani urbanistico-territoriali rispetto ai Piani paesaggistici puri, saranno governate essenzialmente dalla discrezionalità amministrativa e sindacabili coi parametri a questa applicabili. Qualora un Piano abbia scelto un criterio preferenziale sulle aree destinate ad ospitare, per esempio, impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili e contempli prescrizioni specifiche riferite ad apposite aree, aventi particolarità rilevanti di natura morfologica o idrologica nonché abbia previsto disposizioni relative ad aree già protette, singolarmente individuate, «non occorre una specifica motivazione sulle opzioni pianificatorie adottate quando le stesse sono coerenti con le direttrici del medesimo piano paesaggistico»[42]. Ciò anche in ragione di quanto disposto in materia di motivazione dall'art. 3 della legge n. 241 del 8 agosto 1990.

4. La pianificazione regionale toscana.

La regione Toscana ha legiferato in materia sia per la valorizzazione, mediante incentivi, del Paesaggio[43] sia per l'assetto del Territorio dotandosi della l. r. n. 65 del 10 novembre 2014, recante «*Norme per il governo del territorio*», più volte modificata e integrata, che contiene un *corpus* normativo molto articolato[44]. Essa infatti è composta di ben 256 articoli, suddivisi in ben nove Titoli composti da numerosi Capi e Sezioni, e ha la finalità di dettare «*le norme per il governo del territorio al fine di garantire lo sviluppo sostenibile delle attività rispetto alle trasformazioni territoriali da esse indotte anche evitando il nuovo consumo di suolo, la salvaguardia e la valorizzazione del patrimonio territoriale inteso come bene comune e l'uguaglianza di diritti all'uso e al godimento del bene stesso, nel rispetto delle esigenze legate alla migliore qualità della vita delle generazioni presenti e future*». Il quarto Titolo è dedicato alle disposizioni generali per la tutela del Paesaggio e la qualità del Territorio nonché in materia di porti regionali. La legge si interseca con altra parallela, relativa alla conservazione e valorizzazione del patrimonio naturalistico-ambientale regionale[45].

La regione Toscana ha scelto di dotarsi di un Piano di indirizzo territoriale (PIT)[46] che è un Piano urbanistico-territoriale con specifica considerazione dei valori paesaggistici, ai sensi dell'art. 135, comma 1, del Codice. La scelta di non adottare un

42 TAR Puglia, Lecce, sez. I, sent. 18 gennaio 2022, n. 95.

43 L.r.T. n. 18 del 5 aprile 2017, recante *Agevolazioni fiscali per il sostegno della cultura e la valorizzazione del paesaggio in Toscana*.

44 F. De Santis, *L'incidenza della legge regionale n. 65 del 2014 sul piano paesaggistico della Toscana*, in G. F. Cartei e D. M. Traina, *Il piano paesaggistico della Toscana*, Napoli, 2015, 59. Sulla legislazione regionale previgente, G. Sciullo, *Territorio e paesaggio (a proposito della legge regionale della Toscana 3 gennaio 2005, n. 1)*, in *Aedon.it*, n. 2/2007.

45 L.r.T. n. 30 del 19 marzo 2015, recante *Norme per la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturalistico-ambientale regionale. Modifiche alla l.r. 24/1994, alla l.r. 65/1997, alla l.r. 24/2000 ed alla l.r. 10/2010.*

46 M. R. Gisotti, *La pianificazione paesaggistica in Italia* (a cura di) A. Magnaghi, Firenze, 2016, 7.

piano separato e ulteriore rispetto a quello territoriale è riconducibile alla scelta legislativa, definibile inclusiva, di aver definito il (proprio) «patrimonio territoriale» comprensivo anche del patrimonio culturale, costituito dai beni culturali e paesaggistici[47].

Il PIT è disciplinato dall'art. 88 della citata legge regionale che ne ribadisce l'importanza dato che precisa che a esso «*si conformano le politiche regionali, i piani e i programmi settoriali che producono effetti territoriali, gli strumenti della pianificazione territoriale e gli strumenti della pianificazione urbanistica*». Il PIT è uno dei piani che necessita della concomitante valutazione ambientale strategica (c.d. VAS), di cui agli artt. 4, 5 e 11-18 del d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006 e s.m.i., come precisato dalla l.r.T. n. 10 del 10 febbraio 2010, recante «*Norme in materia di valutazione ambientale strategica (VAS), di valutazione di impatto ambientale (VIA), di autorizzazione integrata ambientale (AIA) e di autorizzazione unica ambientale (AUA)*»[48].

Il PIT riconosce gli aspetti e i caratteri peculiari del paesaggio regionale, ne delimita i relativi ambiti, individua obiettivi di qualità e ne definisce la normativa d'uso. Il patrimonio territoriale comprende il patrimonio culturale, composto dai beni culturali e dai beni paesaggistici e, secondo l'art. 3, comma 5, «*Gli elementi costitutivi del patrimonio territoriale, le loro interrelazioni e la loro percezione da parte delle popolazioni esprimono l'identità paesaggistica della Toscana*». La legge regionale (art. 5) identifica i criteri e requisiti per identificare le «invarianti strutturali» del territorio, segnando così in modo più marcato l'importanza e il valore di tali elementi. Si tratta dei «*caratteri specifici, i principi generativi e le regole che assicurano la tutela e la riproduzione delle componenti identitarie qualificative del patrimonio territoriale*». Il secondo comma dell'art. 5 stabilisce un criterio flessibile quando afferma che l'individuazione delle invarianti riguarda l'intero territorio, comprese le sue parti degradate e che tale individuazione non costituisce un «*vincolo di non modificabilità del bene ma il riferimento per definire le condizioni di trasformabilità*».

47 V. art. 3 della l.r.T. n. 15 del 10 novembre 2014, secondo cui: «*4. Il patrimonio territoriale come definito al comma 2 comprende altresì il patrimonio culturale costituito dai beni culturali e paesaggistici, di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137), di seguito indicato come "Codice", e il paesaggio così come definito all'articolo 131 del Codice.*

5. Gli elementi costitutivi del patrimonio territoriale, le loro interrelazioni e la loro percezione da parte delle popolazioni esprimono l'identità paesaggistica della Toscana».

48 «*Art. 5 bis Atti di governo del territorio soggetti a VAS.*

1. La Regione, la città metropolitana, le province, le unioni di comuni e i comuni, nell'ambito della rispettiva competenza, provvedono all'effettuazione della VAS sugli atti di cui agli articoli 10 e 11 della legge regionale 10 novembre 2014, n. 65 (Norme per il governo del territorio).

2. Non sono sottoposti a VAS né a verifica di assoggettabilità i piani attuativi, comunque denominati, che non comportino variante, quando lo strumento sovraordinato sia stato sottoposto a VAS e lo stesso strumento definisca l'assetto localizzativo delle nuove previsioni e delle dotazioni territoriali, gli indici di edificabilità, gli usi ammessi e i contenuti plano-volumetrici, tipologici e costruttivi degli interventi, dettando i limiti e le condizioni di sostenibilità ambientale delle trasformazioni previste.

3. Le varianti agli atti di cui al comma 1 sono soggette a VAS ai sensi dell'articolo 5, comma 2, lettera b bis)».

La relazione di accompagnamento al PIT esplicita le quattro «invarianti strutturali»[49]:

1 i caratteri idrogeomorfologici dei sistemi morfogenetici e dei bacini idrografici[50], che costituiscono la struttura fisica fondativa dei caratteri identitari alla base dell'evoluzione storica dei paesaggi della Toscana. La forte geodiversità e articolazione dei bacini idrografici è infatti all'origine dei processi di territorializzazione che connotano le specificità dei diversi paesaggi urbani e rurali;

2 i caratteri ecosistemici del paesaggio, che costituiscono la struttura biotica che supporta le componenti vegetali e animali dei paesaggi toscani. Questi caratteri definiscono nel loro insieme un ricco ecomosaico, ove le matrici dominanti risultano prevalentemente di tipo forestale o agricolo, cui si associano elevati livelli di biodiversità e importanti valori naturalistici;

3 il carattere policentrico e reticolare dei sistemi insediativi, infrastrutturali e urbani, struttura dominante il paesaggio toscano risultante dalla sua sedimentazione storica dal periodo etrusco fino alla modernità. Questo policentrismo è organizzato in reti di piccole e medie città di alto valore artistico la cui differenziazione morfotipologica risulta fortemente relazionata con i caratteri idrogeomorfologici e rurali, solo parzialmente compromessa dalla diffusione recente di modelli insediativi centro-periferici[51];

4 i caratteri identitari dei paesaggi rurali toscani, pur nella forte differenziazione che li caratterizza, presentano alcuni caratteri invarianti comuni: il rapporto stretto e coerente fra sistema insediativo e territorio agricolo; l'alta qualità architettonica e urbanistica dell'architettura rurale; la persistenza dell'infrastruttura rurale e della maglia agraria storica, in molti casi ben conservate; un mosaico degli usi del suolo complesso alla base, non solo dell'alta qualità del paesaggio, ma anche della biodiversità diffusa sul territorio.

Il PIT è stato approvato con delibera del Consiglio regionale nel 2015, pubblicato sul Bollettino della regione Toscana, dopo un apposito Accordo di co-pianificazione tra Ministero e regione Toscana[52] e una fase di consultazione pubblica (ex. art. 144 del Codice), ed è composto di tre documenti fondamentali:

a la Relazione generale del Piano, che individua tre macro-obiettivi e dieci obiettivi strategici nonché i venti Ambiti geografici n riferimento ai quali predisporre specifiche normative d'uso ed adeguati obiettivi di qualità;

b la disciplina del Piano, composta di trentaquattro articoli, in cui si specifica che il PIT contiene disposizioni riguardanti lo Statuto del territorio (art. 6 della legge

49 G. F. Cartei, *Dal Codice al PIT: contenuti e caratteri della pianificazione paesaggistica della Toscana*, in G. F. Cartei e D. M. Traina, op. cit., 15; T. Bonetti, *le discipline normative regionali in materia di governo del territorio*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 3/2016, 402.

50 B. Ballerini, *Il PGRA e il contratto di fiume dell'Arno: strumenti per una "prevenzione consapevole" delle alluvioni*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 3/2021.

51 L. Di Giovanni, *La pianificazione paesaggistica e la gestione integrale del territorio*, op. cit., 109.

52 R. Masoni, *Quadro sinottico sullo stato della pianificazione paesaggistica in Italia aggiornato a ottobre 2015*, in *La pianificazione paesaggistica in Italia*, op. cit., 57 e 69; A. Gualdani, *Prime riflessioni sulla "copianificazione" paesaggistica in Toscana,* in *Giustamm.it*, 2014.

regionale sopra citata[53]) e disposizioni riguardanti la Strategia dello sviluppo territoriale (di cui all'art 24 della disciplina medesima);

c il documento di Piano, la cui parte iniziale è dedicata allo scenario al futuro in cui si iscrive il PIT e che poi si dipana in paragrafi dedicati agli argomenti individuati dalla programmazione paesaggistica;

d gli Abachi delle invarianti, gli elaborati vari, le cartografie degli Ambiti, gli elenchi dei beni paesaggistici vincolati (e quelli per cui era pendente il procedimento dichiarativo), la disciplina dei beni paesaggistici (artt. 134 e 157 del Codice), etc.

Allegato 1a - Norme comuni energie rinnovabili impianti di produzione di energia elettrica da biomasse – Aree non idonee e prescrizioni per il corretto inserimento nel paesaggio e sul territorio

Allegato 1b - Norme comuni energie rinnovabili impianti eolici – Aree non idonee e prescrizioni per il corretto inserimento nel paesaggio e sul territorio[54]

Allegato 2 - Linee guida per la riqualificazione paesaggistica dei tessuti urbanizzati della città contemporanea

Allegato 3 - Progetto di fruizione lenta del paesaggio regionale

Allegato 4 - Linee guida per la valutazione paesaggistica delle attività estrattive

La struttura descritta denota l'ampiezza delle relazioni territoriali e il carattere misto dell'atto pianificatorio, composto di una parte a contenuto generale, prevalentemente normativa[55], e una parte a contenuto latamente strategico, in cui si trova «*una nuova visione integrata della Toscana*», «*la strategia del PIT*», «*gli orientamenti per la definizione degli obiettivi per la città toscana*» e un accenno ai «*"progetti infrastrutturali*».

Nel PIT viene valorizzato il principio del contenimento del consumo di suolo[56], soprattutto in luoghi di rilievo paesaggistico, quali per esempio le formazioni boschive costiere che caratterizzano figurativamente il territorio, e in quelle planiziarie[57]. Anche per i territori isolani vige, al posto della originaria direttiva di «*evitare*», la direttiva di «*limitare*», e in più l'orientamento di «*evitare nuovo consumo di*

53 «*1. Lo statuto del territorio costituisce l'atto di riconoscimento identitario mediante il quale la comunità locale riconosce il proprio patrimonio territoriale e ne individua le regole di tutela, riproduzione e trasformazione.*

2. Lo statuto del territorio comprende gli elementi che costituiscono il patrimonio territoriale ai sensi dell'articolo 3, e le invarianti strutturali di cui all'articolo 5.».

54 V. anche il Piano ambientale ed energetico regionale (PAER), istituito dalla l.r.T. n. 14 del 19 marzo 2007, e approvato dal Consiglio regionale con deliberazione n.10 del 11 febbraio 2015, pubblicata sul Burt n.10 parte I del 6 marzo 2015.

55 D. M. Traina, *La struttura normativa del piano paesaggistico*, in G. F. Cartei e D. M. Traina, op. cit., 75.

56 La Commissione europea ha stabilito per il 2050 l'obiettivo del consumo di suolo pari a zero, chiedendo che già per il 2020 ogni Stato membro orienti le proprie politiche tenendo conto delle conseguenze derivanti dagli usi del territorio. Per "consumo di suolo" si intende qui l'artificializzazione del suolo, ovvero la trasformazione degli usi del suolo verso funzioni di tipo urbano, corrispondente all'espansione delle superfici edificate con perdita irreversibile di suolo agricolo e di ambienti naturali e quindi di patrimonio di valore paesaggistico, ambientale e sociale.

57 V. Elaborato 8B, Disciplina dei beni paesaggistici, art. 12.3.

suolo»[58].

Il PIT riguarda l'intero territorio regionale (sia le aree e gli immobili vincolati, sia quelli non coperti da vincoli paesaggistici), come consentito dall'art. 135 del Codice, e reca una disciplina dedicata alle attività estrattive di cava[59], per cui esiste un apposito Piano regionale cave (PRC) che, tuttavia è subordinato al PIT[60] (v. anche artt. 18-22 della Disciplina di Piano).

Il PIT non solo ha disciplinato i beni vincolato *ex lege* o dichiarati di notevole interesse ma ha anche legittimamente imposto (*ex novo*) dei vincoli paesaggistici, ad esempio «zona di interesse archeologico», ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. m) del Codice, analiticamente descritto (anche con riferimento alle prescrizioni di vincolo) da una specifica scheda allegata, su una porzione di territorio intercludente un bene soggetto a vincolo archeologico, con sacrificio per le attività estrattive in precedenza autorizzate sulla medesima porzione di territorio[61].

Come risulta dalla relazione di Piano, il PIT contiene la cosiddetta «vestizione», ovvero la codificazione della descrizione, interpretazione e disciplina dei beni paesaggistici vincolati ai sensi di specifici decreti o di legge, oltre che della cartografazione georeferenziata delle aree interessate da ciascun vincolo, con alcune eccezioni dovute alla mancanza delle informazioni di riferimento (usi civici). Il PIT ha tradotto i decreti ministeriali impositivi dei vincoli in schede contenenti appunto la ricognizione, identificazione e perimetrazione dei beni tutelati per legge e in base alla legge, dando vita a una disciplina d'uso ripartita in «*obiettivi con valore di indirizzo*», «*direttive*» e «*prescrizioni*». Queste ultime vincolano il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica e i pareri della Soprintendenza[62]. L'orientamento ha il rango di mera esemplificazione non vincolante, la direttiva è definita dall'art. 4 come disposizione che impegna l'ente territoriale, pur con libertà di scelta delle modalità di raggiungere l'obiettivo di riferimento, mentre gli indirizzi rappresentano un riferimento per l'elaborazione del regolamento urbanistico ai fini del raggiungimento degli obiettivi del piano (art. 4, comma 2, lettera e) e, a loro volta, gli obiettivi di qualità (indicati delle schede d'ambito) rappresentano un «*riferimento per l'applicazione delle norme a livello di ambito al fine di garantire la qualità paesaggistica delle trasformazioni*» (art. 4, comma 2, lettera b)[63].

L'adozione del PIT ha comportato, per i 273 comuni della regione Toscana, un processo di conformazione e adeguamento (o meglio, la rielaborazione pressoché completa) di oltre 540 strumenti, tra piani strutturali e piani operativi[64].

58 TAR Toscana, sez. I, sent. 9 marzo 2018, n. 357.
59 P. Milazzo, *La disciplina delle attività estrattive nel PIT*, in G. F. Cartei e D. M. Traina, op. cit., 115.
60 Cons. St., sez. I, par. 24 dicembre 2021, n. 1970 cit.
61 Cons. St., sez. IV, sent. 14 febbraio 2022, n. 1059.
62 Cfr. art. 4 dell'Elaborato 8B.
63 TAR Toscana, sez. I, sent. 9 marzo 2018, n. 357 cit.
64 Cfr. Osservatorio regionale paesaggio Toscana, Primo rapporto sullo stato delle politiche per il paesaggio in Toscana, 2020.

5. Le criticità trattate dalla giurisprudenza amministrativa.

Il PIT, coprendo l'intero territorio regionale, sia per esigenze generali sia per esigenze specifiche di tutela paesaggistica, costituisce un atto di pianificazione che interseca molteplici interessi pubblici e privati.

La giurisprudenza si è variamente interessata all'impatto del (nuovo) PIT e ha affermato, in generale, l'introduzione del piano è elemento sufficiente a consentire all'Amministrazione di mutare il proprio orientamento rispetto a precedenti provvedimenti, specialmente laddove questi abbiano un contenuto altamente discrezionale. Condizione di legittimità del *revirement* è che sia sufficientemente motivato ed ancorato a mutamenti relativi all'interesse pubblico da tutelare[65].

Sull'ambito di applicazione oggettivo, la giurisprudenza ha affermato che gli obiettivi contenuti nelle schede di paesaggio del PIT sono vincolanti non solo per le attività pianificatorie delle pubbliche amministrazioni, ma anche per la valutazione dei progetti presentati dai privati, in modo tale che tali progetti non compromettano la realizzazione degli obiettivi medesimi[66]. La determinazione delle prescrizioni d'uso delle aree vincolate ha il fine di circoscrivere, nei limiti del possibile, l'ampia discrezionalità di cui le amministrazioni competenti godono in materia e che, evidentemente, può esprimersi tanto nella direzione dell'assenso, quanto nella direzione del dissenso alla realizzazione dell'opera. Ne risultano ridotti, in maniera corrispondente, gli spazi sottratti al sindacato di legittimità delle scelte adottate. Le prescrizioni d'uso non modificano, né potrebbero farlo, i beni-interessi oggetto della tutela paesaggistica. Esse introducono, tuttavia, un grado di precettività a fronte del quale ben si spiega come un progetto in precedenza assentito possa non superare il vaglio del riesame al quale venga eventualmente sottoposto: paradigmatico è il caso del rinnovo delle autorizzazioni paesaggistiche scadute, che esige la verifica di compatibilità dell'intervento con le specifiche prescrizioni di tutela sopravvenute al rilascio dell'autorizzazione originaria[67].

Per quanto attiene alle relazioni tra PIT, Piano attuativo a scala di bacino estrattivo, Piano regionale delle attività estrattive, di recupero delle aree escavate e di riutilizzo dei residui recuperabili (c.d. PRAER) e Piano del Parco delle Alpi Apuane, la giurisprudenza ha ribadito la superiorità gerarchica del PIT. In particolare, il PIT (v. art. 20 della "Disciplina del Piano") detta una disciplina che si applica a tutti i paesaggi regionali, oltre le aree vincolate e anche al di fuori del perimetro dell'area naturale protetta apuana e il PRC, previsto dall'art. 6 della l.r.T. n. 35 del 25 marzo

65 TAR Toscana, sez. III, sent. 28 marzo 2022, n. 405. La prevalenza da accordare all'interesse privato rispetto a quello pubblico e i relativi mutamenti nel loro bilanciamento sono oggetto di valutazioni di merito amministrativo le quali non possono essere sindacate in sede giudiziaria, se non in caso di manifesto travisamento o irragionevolezza.

66 Cons. St., sez. IV, sent. 11 gennaio 2022, n. 181.

67 TAR Toscana, sez. III, sent. 10 settembre 2021, n. 1479.

2015, è lo strumento di pianificazione territoriale settoriale, parte del citato PIT[68]. L'ordinamento ammette il potere regionale di introdurre misure di tutela ambientale e paesaggistica più severe rispetto agli standard nazionali minimi uniformi allorquando la regione eserciti le sue funzioni normative e amministrative nelle materie di sua competenza, qual è sicuramente quella delle cave, oggettivamente interconnesse con la materia «trasversale» di tutela dell'ambiente[69].

Il piano paesistico, secondo il vigente Codice, ha la sua funzione precipua nell'individuare in negativo gli interventi che, per l'inconciliabilità con il contesto, sono in posizione di incompatibilità assoluta con i valori salvaguardati dal vincolo; e per questi introduce un regime di immodificabilità per zone, o per categorie di opere reputate comunque incompatibili con i valori protetti, e dunque non realizzabili[70], cosicché eventuali divieti non costituiscono sviamento dalle finalità previste dal Codice, il quale attribuisce al piano una funzione conservativa degli ambiti ritenuti meritevoli di salvaguardia. Peraltro, l'attività estrattiva in questione, anche grazie alle moderne tecnologie, produce rapidi e profondi effetti di trasformazione del paesaggio e di vette montane, cosicché le contestate misure di tipo conservativo e inibitorio rispondono alla finalità, coerente con esigenze di tutela ambientale valorizzate dal Codice, di impedire o ridurre le trasformazioni irreversibili dei tratti naturalistici delle montagne Apuane[71].

Per quanto attiene al contenuto, la c.d. «vestizione» dei vincoli paesaggistici (prescrizioni d'uso, ex art. 143, comma 1, lett. b) e c) del Codice) è stata portata a compimento, in Toscana, con l'integrazione del PIT approvata nel 2015, che ha tradotto i decreti ministeriali impositivi dei vincoli in schede contenenti appunto la ricognizione, identificazione e perimetrazione dei beni tutelati per legge e in base alla legge, dando vita a una disciplina d'uso ripartita in «*obiettivi con valore di indirizzo*», «*direttive*» e «*prescrizioni*». Queste ultime vincolano il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica e, per quanto qui interessa, i pareri della Soprintendenza (art. 146 del Codice e art. 4 dell'Elaborato 8B del PIT). Tali prescrizioni delle aree vincolate hanno il fine di circoscrivere, nei limiti del possibile, l'ampia discrezionalità di cui le amministrazioni competenti godono in materia e che, evidentemente, può esprimersi tanto nella direzione dell'assenso, quanto nella direzione del dissenso alla realizzazione dell'opera; esse non modificano, né potrebbero farlo, i beni-interessi oggetto della tutela paesaggistica. Una volta che siano intervenute le disposizioni prescrittive del PIT, queste non possono essere superate in virtù di una valutazione

68 Lo sforzo compiuto nel processo di definizione del PRC, adottato con Deliberazione del Consiglio Regionale del 31 luglio 2019, n. 61, è stato apprezzato, seppur con qualche osservazione, dalle associazioni ambientaliste sia per l'impianto normativo, che per il processo logico seguito per la sua stesura.

69 Cons. St., sez. I, par. 24 dicembre 2021, n. 1970.

70 Cons. St., sez. VI, sent. 13 settembre 2012, n. 4875.

71 TAR Toscana, sez. I, sent. 21 luglio 2017, n. 945 (pende appello) con nota di L. Di Giovanni, *Paesaggio e cave nell'attività di governo del territorio toscano*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 6/2017, 786.

discrezionale dell'amministrazione.[72].

6. Considerazioni conclusive.

L'analisi evolutiva della legislazione e la trattazione del caso toscano spingono a interrogarsi sull'esistenza di un diritto positivo al paesaggio (e/o alla sua fruizione) e, in senso più ampio, di un diritto alla bellezza. Non è agevole dare una risposta, sia perché il termine diritto non ha una definizione ontologica e unitaria[73], sia perché paesaggio e bellezza hanno una componente di apprezzamento soggettivo molto variabile.

La Convenzione europea sul paesaggio, del 2000[74], non ha coniato espressamente un diritto al paesaggio né tantomeno un diritto alla bellezza ma ha impegnato le parti a «*riconoscere giuridicamente il paesaggio in quanto componente essenziale del contesto di vita delle popolazioni, espressione della diversità del loro comune patrimonio culturale e naturale e fondamento della loro identità*».

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000[75] non accenna a simili diritti, mentre tratta del «*diritto ad una buona amministrazione*» (art. 41) che - indirettamente- potrebbe avere una qualche ricaduta sull'amministrazione pubblica dei beni culturali, dei beni paesaggistici e dell'ambiente. Il Trattato di funzionamento dell'Unione europea riconosce una competenza concorrente in materia di energia e di ambiente, ma non tratta dei beni culturali e dei beni paesaggistici.

La Convenzione di Faro, del 2005, ratificata dall'Italia con la recente l. n. 133 del 1° ottobre 2020[76], riconosce un «*diritto all'eredità culturale è inerente al diritto a partecipare alla vita culturale, così come definito nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*» ma non include espressamente il paesaggio che compare solo nell'art. 8, riferito alla diversità paesaggistica.

La ricerca ci riporta dunque alla fonte interna più importante, approdando all'art. 9 della Costituzione e ai correlati art. 41 e art. 117[77]. La collocazione della tutela del paesaggio nell'art. 9, comma 2, tra i principi fondamentali, dunque prevalenti

72 TAR Toscana, sez. III, sent. 10 novembre 2011, n. 1479 secondo cui le prescrizioni d'uso introducono, tuttavia, un grado di precettività a fronte del quale ben si spiega come un progetto in precedenza assentito possa non superare il vaglio del riesame al quale venga eventualmente sottoposto: paradigmatico è il caso del rinnovo delle autorizzazioni paesaggistiche scadute, che esige la verifica di compatibilità dell'intervento con le specifiche prescrizioni di tutela sopravvenute al rilascio dell'autorizzazione originaria.

73 Sull'etimologia della parola diritto cfr. G. Williams, *La controversia a proposito della parola "diritto"*, trad. it., in *Diritto e analisi del linguaggio*, (a cura di) U. Scarpelli, Milano, 1976, 43; W. Cesarini Sforza, *Diritto*, (voce) in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 630.

74 Ratificata dall'Italia con la l. n. 14 del 9 gennaio 2006, recante *Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sul paesaggio, fatta a Firenze il 20 ottobre 2000.*

75 Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, sebbene non abbia incorporato il testo della Carta dei diritti, la include sotto forma di allegato, conferendole così carattere giuridicamente vincolante all'interno dell'ordinamento dell'Unione.

76 A. Gualdani, *L'Italia ratifica la convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?*, in *Aedon.it*, n. 3/2020.

rispetto ad altre norme costituzionali, fonda in materia interessi sia individuali sia collettivi alla conservazione e al godimento dei beni culturali e paesaggistici non quali meri beni materiali in sé considerati ma in quanto costituenti e comunicanti "valori" intrinseci e non i valori economici di scambio o d'uso delle cose protette[78]. Secondo la Consulta, la tutela del paesaggio è da intendersi come tutela dell'ambiente «nel suo aspetto visivo»[79].

La modifica dell'art. 9 con l'inserimento del terzo comma relativo all'ambiente, alla biodiversità e agli ecosistemi[80], anche in una prospettiva di sostenibilità, rafforza la tutela del suolo che è elemento materiale costitutivo anche del Paesaggio. Autorevole dottrina[81] ricava dalla connessione degli articoli 2, 3 e 9 Cost. un (nuovo) diritto universale alla bellezza, come diritto a una vita degna, nutrita di senso e non solo di utilità; nella cultura e nella bellezza si troverebbe la linea di congiunzione tra memoria e proiezione nel futuro. Non si tratterebbe dunque della rievocazione della terminologia giuridica utilizzata dalla legislazione del primo Novecento[82] sull'estetica dei beni paesaggistici.

Il diritto alla bellezza *tout court* è stato finora, solo in un'occasione, giuspositivizzato: il legislatore regionale della Basilicata[83] ne fa –limitato ma chiaro- cenno nel disciplinare gli Ecomusei «*come forme di partecipazione condivisa dal basso, per il governo del territorio, ed in quanto processi dinamici con il quale le comunità conservano, interpretano e gestiscono il proprio patrimonio in funzione dello sviluppo del territorio e della*

77 G. F. Cartei, *Paesaggio*, (voce in) in *Diz. dir. pubbl.*, V, Milano, 2006, 4064; P. Carpentieri, *La tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione nell'articolo 9 della Costituzione*, in *www.giustizia–amministrativa.it*, 2005; G.P. Cirillo, *La «cultura» nell'ordinamento giuridico*, in *www.giustizia–amministrativa.it*, 2003; M. Immordino, Paesaggio (tutela del) (voce in) *Digesto pubbl.*, X, Torino, 1999, 574; A. Predieri, *Paesaggio* (voce in) *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 1981; F. Merusi, *Commento all'art. 9 della Costituzione,* in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi Fondamentali*, Bologna - Roma, 1975; M.S. Giannini, *«Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. Dir. pubbl.*, n. 15/1973; A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, Firenze, 1969, 381; A. M. Sandulli, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. dell'edilizia,* 1967 pt. II.

78 M.A. Cabiddu, *Diritto alla bellezza*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, 368.

79 C. cost. sent. n. 272 del 29 ottobre 2009.

80 G. Marcatajo, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 2/2022; R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, n. 13/2022; G. Scarselli, *I nuovi artt. 9 e 41 Cost.: centralità dell'uomo e limiti di revisione costituzionale,* in *Giustizia insieme*, 2022; L. Cassetti, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022; A. Cioffi e R. Ferrara, *Ambiente e Costituzione*, in *Giustizia insieme*, 2022; M. Meli, *I nuovi principi costituzionali in materia di ambiente e sostenibilità*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 3/2022; G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *Giustizia insieme*, 2021; C. Della Giustina, *Il diritto all'ambiente nella Costituzione italiana*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2020.

81 M.A. Cabiddu, *La dimensione costituzionale dell'arte: il contributo delle arti alla cultura costituzionale. Diritto alla bellezza: per un sistema nazionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, 14; I. Baldriga, *Diritto alla bellezza. Educazione al patrimonio artistico, sostenibilità e cittadinanza*, Firenze 2017.

82 L. n. 778 del 11 giugno 1922, contenente provvedimenti per la tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico, e L. n. 1497/1939 cit.

83 L.r.B. n. 36 del 16 novembre 2018, recante *Ecomusei, case di comunità*.

valorizzazione della cultura materiale ed immateriale, in una logica di sostenibilità ambientale, economica e sociale, di responsabilità e di partecipazione dei soggetti pubblici e privati e dell'intera comunità locale».

L'art. 2 attribuisce agli Ecomusei, tra l'altro, la funzione di garantire il *«diritto alla bellezza»* degli ambienti di vita delle singole comunità[84].

84 *«…la promozione, anche ai fini della pubblica fruizione, del corretto recupero di strutture di carattere residenziale, storico ed artistico, per la messa in atto di procedure e metodi per l'attuazione della Convenzione europea del paesaggio, garantendo il diritto alla bellezza degli ambienti di vita delle singole comunità, anche attraverso contatti con enti e proprietari privati;»*.

LA SCUOLA TRA LE MISURE DI CONTENIMENTO DELLA PANDEMIA E I PROGETTI DI "RILANCIO" DEL *PNRR*.

Andrea Patanè[*]

Abstract. La domanda di ricerca del presente lavoro attiene al rapporto tra gli articoli 33 e 34 Costituzione in tema di istruzione e formazione scolastica e le vicende legate alla Pandemia da Covid-19. Per un verso la Scuola è stata oggetto di un acceso dibattito nel bilanciamento degli interessi con il ricorso a lezioni a distanza per lunghi periodi di tempo. Per altro, una delle misure previste dal PNRR ha come obiettivo la spesa di 31 miliardi per quello che viene definito «l'ambizioso e strategico obiettivo di rafforzare lo sviluppo di un'economia della conoscenza, ad alta intensità di competitività» (PNRR, Missione 4). In tale scenario, lo scritto intende proporre una riflessione sull'interpretazione dei provvedimenti in tema di Scuola durante la pandemia e quelli subito successivi, utilizzando la chiave interpretativa della Costituzione con una particolare attenzione alla giurisprudenza, in particolare amministrativa e costituzionale.

***Abstract**. The research question of this work concerns the relationship between articles 33 and 34 of the Italian Constitution on education and professional training in relation to the events related to the Covid-19 Pandemic. The school in Italy has been the subject of a debate in the balancing of constitutional interests. For a long time, on line lessons were used for long periods of time. The research topic is also linked to the Italian Plan on European funds for PNRR recovery (National Recovery and Resilience Plan). This plan provides for the use of a large sum of money with the aim of improving the training system of the Italian school. The choice of such an important use of money must be studied in relation to the articles of the Constitution on schools.*

SOMMARIO: 1. La scuola come luogo per la formazione di cittadine e cittadini europei nelle tensioni derivanti dall'emergenza pandemica. **2.** Il diritto all'istruzione scolastica nell'emergenza pandemica. **2.1** La lettura della giurisprudenza amministrativa e costituzionale sulla frequenza della Scuola nel bilanciamento degli interessi. **3.** Una lettura costituzionalmente orientata del PNRR in tema di formazione scolastica. **4.** Conclusioni.

1 La Scuola, come luogo per la formazione di cittadine e cittadini europei nelle tensioni derivanti dall'emergenza pandemica.

La Scuola è il luogo a cui la comunità nazionale attribuisce il compito di trasferire da una generazione all'altra non solo conoscenze ma anche principi condivisi,

** Ricercatore di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Bergamo.

siccome tradotti in Costituzione. Principi, in altri termini, posti a fondamento del vivere comune[1].

D'altronde, come rilevato dalla dottrina, «una società senza una scuola libera e di qualità, senza un'adeguata diffusione della cultura rischia di compromettere le ragioni stesse del vivere democratico, il quale si fonda sulle capacità e responsabilità dei singoli e dei gruppi di comprendere e valutare criticamente i problemi del proprio tempo»[2].

Da qui l'esigenza da cui muove il presente scritto di riflettere sugli effetti delle scelte politiche effettuate durante la pandemia da Covid-19 in materia di istruzione e, più in generale, di organizzazione delle attività scolastiche[3]. Sul punto, occorre tenere conto di due aspetti solo in apparenza disgiunti: se per un verso, infatti, si è dato luogo a forme di didattica a distanza protrattesi per lungo tempo e la cui efficacia in termini di formazione non può che mettersi fin d'ora in dubbio[4], per altro verso, quasi a ridare alla Scuola quel che ad essa è stato per più di un biennio sottratto, è interessante rilevare che tra le misure previste dal PNRR vi son ben 31 miliardi finalizzati alla realizzazione di un «ambizioso e strategico obiettivo di rafforzare lo sviluppo di un'economia della conoscenza, ad alta intensità di competitività» *(PNRR, Missione 4).* Segnatamente, il programma presentato alle istituzioni dell'Unione europea da parte del Governo italiano intende creare le condizioni per superare le criticità del sistema di istruzione, formazione e ricerca. Per stessa ammissione dell'Esecutivo, l'Italia è in una "situazione di criticità" con riferimento alla Scuola e

1 F. ANGELINI, «*Generazione di adulti» e «generazioni di giovani» fra famiglia e scuola. valori, diritti e conflitti nel rapporto educativo,* in *Costituzionalismo*, fasc. 3, 2021, p. 1 ss.; G. LANEVE, *La scuola per la costituzione e la costituzione per la scuola: qualche riflessione sulla formazione degli insegnanti*, in *Federalismi*, n. 13, 2014, p. 3 ss.; in un più recente scritto, G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2020, p. 410 ss., «Esattamente settant'anni fa Piero Calamandrei scriveva: "quando vi viene in mente di domandarvi quali sono gli organi costituzionali, a tutti voi verrà naturale la risposta: sono le Camere, la Camera dei deputati, il Senato, il Presidente della Repubblica, la magistratura: ma non vi verrà in mente di considerare fra questi organi anche la scuola, la quale invece è un organo vitale della democrazia come noi la concepiamo. Se si dovesse fare un paragone tra l'organismo costituzionale e l'organismo umano, si dovrebbe dire che la scuola corrisponde a quegli organi che nell'organismo umano hanno la funzione di creare il sangue. Gli organi ematopoietici, quelli da cui parte il sangue che rinnova giornalmente tutti gli altri organi, che porta a tutti gli altri organi, giornalmente, battito per battito, la rinnovazione e la vita».

2 G. FONTANA, Art. 33 Cost., in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

3 Per una lettura delle scelte adottate in tema di scuola e istruzione durante il periodo pandemico si veda F. GASPARI, *Istruzione formazione e scuola digitale. Profili (critici) di diritto amministrativo, Editoriale* scientifica, Napoli, 2021.

4 D. MARZANA, E. MARTA, G.U. ARESI, *Emergency online school learning during COVID-19 lockdown: A qualitative study of adolescents' experiences in Italy, in CURRENT PSYCHOLOGY, 2022, p. 1 ss.*

all'istruzione; da qui, l'impegno a investire i suddetti fondi per rilanciare un settore nevralgico per lo sviluppo del Paese, con un occhio rivolto alle generazioni future.

Al di là delle nobili intenzioni dei governanti, in ottica costituzionalistica, è opportuno interrogarsi sulla concreta rispondenza delle "riforme PNRR" alle finalità riconosciute alla Scuola dalla nostra Legge fondamentale[5] e, non ultimo, al riparto di competenze tra centro e autonomie soprattutto in materia di istruzione e formazione professionale[6].

Sotto il primo aspetto, non è privo di significato che in Assemblea costituente si sia optato per una esplicita disciplina della scuola e della formazione scolastica.[7] Dai lavori delle Sottocommissioni emerge che il maggiore interesse al dibattito è stato dimostrato dalla Democrazia cristiana e dal Partito comunista.[8] La "Scuola" appartenuta, dunque, per lungo tempo alla materia amministrativa ha assunto dal 1948 una rilevanza formalmente e sostanzialmente costituzionale.

La lungimiranza del Costituente ha individuato una scuola "aperta a tutti", non utilizzando il termine cittadini o popolo[9], volendo così ergere la Scuola a luogo di formazione della "persona". L'attenzione di una prescrizione così articolata è dimostrata oggi, tra l'altro, dal dibattito sul c.d. "*ius scholae*"[10] che prende le mosse dalla considerazione che una Scuola aperta a tutti ha favorito la possibilità per tanti bambini di formarsi e inserirsi nella comunità nazionale pur non avendo la cittadinanza e di rappresentare oggi una parte imprescindibile della società italiana. Questo è strettamente legato all'art. 34 Costituzione, attraverso cui si è sancito, secondo quella che era la sensibilità dell'epoca, un'istruzione obbligatoria e gratuita. Inoltre, e non è secondario ricordarlo, è stato stabilito l'obbligo per lo Stato di

5 Tra gli altri, sul rilievo costituzionale delle questioni che attengono alla scuola si veda S. CASSESE, *La Scuola: ideali costituenti e norme costituzionali,* in Giurisprudenza costituzionale, n. 6, 1974, p. 3614 ss. V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione,* in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, n. 54, 1956.

6 Sul tema del ruolo dello Stato nell'attuazione degli artt. 33 e 34 Costituzione in rapporto al riparto di competenza si veda F. CORTESE, *L'istruzione tra norme generali e principi fondamentali: ossia, la Corte costituzionale tra contraddizioni formali e conferme sostanziali,* in *Le Regioni*, fasc. 3, 2010, p. 509 ss.

7 Sul rapporto tra il dibattito pedagogico e i risvolti in Assemblea costituente si veda F. CORTESE, *La costituzione scolastica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2018, p. 45 ss.

8 S. CASSESE, A. MURA, *Art. 34 Costituzione*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1976, p. 210 ss. Il confronto ha in particolare riguardato «il decentramento alle Regioni dell'istruzione, l'estensione dei benefici agli alunni delle scuole non statali e, infine, il significato del termine "capaci e meritevoli» A.M. POGGI, *L'art. 34 della Costituzione,* in *La Magistratura*, 13 giugno 2022.

9 Per una riflessione sull'idea di Scuola aperta a tutti (con una duplice proiezione verso l'interno e l'esterno) anche con un riferimento al dibattito in Assemblea costituente e alla scelta esplicita di utilizzare la locuzione "aperta a tutti" si veda M. BENVENUTI, *La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale*, in *Federalismi*, n. 4, 2019, p. 99 ss.

10 Sul punto si veda la proposta di legge A.C. 105-A, che ha come relatore il deputato Brescia, riunisce le proposte di legge nn. 105, 194, 221, 222, 717, 920, 2269, 2981 e 3511.

garantire ai capaci e meritevoli il "diritto" di raggiungere i gradi più alti degli studi, così delineando un modello scolastico fondato sul merito e finalizzato a correggere le eventuali diseguaglianze[11].

La questione attiene anzitutto alla rilevanza costituzionale dell'istruzione, in altre parole, al suo ruolo nella costruzione della società[12]. Si ritiene ancora attuale l'intuizione di chi ha osservato che la Scuola «a buon diritto si pone come coscienza dei valori spirituali da trasmettere e da promuovere, tra i quali acquistano rilievo quelli sociali, che essa deve accogliere nel suo dominio culturale e critico»[13].

Di tale *humus* culturale non pare aver tenuto conto l'Esecutivo nella predisposizione delle misure in materia di istruzione connesse all'attuazione del PNRR. Ed infatti, le scelte che a prima vista sembra si vogliono adottare nel dopo pandemia sono rivolte prioritariamente a rafforzare il rapporto tra l'istruzione e il mondo del lavoro, tralasciando, così appare dai primi testi, la necessità di rafforzare il ruolo dell'istruzione per trasmettere e garantire la formazione della persona in quanto cittadini e cittadine di una comunità fondata su principi condivisi.

L'istruzione, in una lettura costituzionalmente orientata, rappresenta il diritto di avere garantito un percorso di conoscenza che consenta di «formarsi, di crescere, di affrancarsi dai retaggi sociali e, al contempo, di integrarsi e contribuire attivamente al benessere della società»[14].

Aderendo a questa interpretazione della Costituzione il Ministro per la Pubblica Istruzione on. Aldo Moro nel 1958, nella premessa già citata, scriveva che «le singole materie di studio non bastano a soddisfare tale esigenza, specie alla stregua di tradizioni che le configurano in modo particolaristico e strumentale. Può accadere infatti che l'allievo concluda il proprio ciclo scolastico senza che abbia piegato la mente a riflettere, con organica meditazione, sui problemi della persona umana, della libertà, della famiglia, della comunità, della dinamica internazionale». In una riflessione sul ruolo dell'istruzione la preoccupazione del legislatore dell'epoca era proprio quella di individuare nella Scuola un luogo dove poter trasmettere quell'insieme di conoscenze scientifiche[15], ma senza tralasciare l'importane ruolo di formazione della persona e di inclusione di tutte le parti della società. Se così non

11 Così come afferma Costituzione le borse di studio gli assegni e le altre provvidenze devono essere attribuite per concorso.

12 Sui motivi del perché in tema di istruzione si debbano prendere le mosse dagli artt. 33 e 34 Costituzione si veda anche U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento istruzione scuola*, *Scritti scelti*, Padova 1999, p. 65 ss.

13 A. SANDULLI, *Istruzione,* in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 3305 ss.

14 Op. ult. cit. Sul ruolo dell'istruzione tra i diritti sociali, B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffré, Milano, 2001, p. 134.

15 F. ANGELINI, *«Generazione di adulti» e «generazioni di giovani» fra famiglia e scuola. valori, diritti e conflitti nel rapporto educativo,* op. cit.

fosse, sarebbero stati esclusi dalla Scuola tutti coloro i quali non possono raggiungere determinati risultati[16] e quindi non più come luogo di appartenenza e formazione della persona, ma piuttosto come mero luogo di preparazione al mondo del lavoro.

Da ciò deriva una considerazione che, elaborata rispetto al percorso di alternanza scuola-lavoro, si presta però a essere mutuata sul piano generale: «il plesso normativo formato, rispettivamente, dall'art. 34 Cost. e dall'art. 35 Cost. prospetta due approcci costituzionalmente distinti, per cui tra la scuola e il lavoro non può mai esservi propriamente "alternanza", ma solo alternatività o, per meglio dire, consecutività, nel senso che il secondo ben può conseguire alla prima, ma mai surrogarsi ad essa. Di contro, il rischio è che "si configuri un ruolo e un compito della scuola solo funzionale alle esigenze più immediate del mondo produttivo a nocumento di una preparazione ampia e forte che è nell'interesse dello studente e dello stesso mondo del lavoro. Il rischio è che l'Alternanza Scuola Lavoro non si configuri come un'esperienza educativa e una modalità didattica finalizzata alla crescita dell'individuo in un contesto formativo ampio, stimolante e motivante, ma piuttosto come un'esperienza al servizio dei soggetti ospitanti rispetto ai quali gli 'studenti-lavoratori' si devono rendere disponibili a qualsiasi richiesta. In tali situazioni si corre il rischio che il giovane venga 'formato' ad assumere un atteggiamento di passività e adattabilità alle esigenze dell'azienda, oggi per un obiettivo scolastico, domani per non perdere il lavoro"»[17].

Nel corso degli anni, complice la complessa situazione economica e del mercato del lavoro, si è sempre più guardato alla formazione in preparazione alla futura attività lavorativa dei più giovani, con un crescente superamento di quell'idea di diritto-dovere alla formazione mediante l'istruzione scolastica sancita dalla Costituzione. Di contro, così come previsto dalla Costituzione, la Scuola deve essere intesa come un luogo capace di garantire quel diritto-dovere che hanno i giovani di formarsi.

La Repubblica, mediante la Scuola, ha il dovere di garantire alle studentesse e agli studenti quell'istruzione di qualità capace di fornire loro strumenti culturali che abbiano come risultato quello di essere "istruiti"[18], senza essere preventivamente

16 Per una riflessione che ripercorre la situazione normativa e giurisprudenziale in tema di inclusione si veda C. COLAPIETRO, *Una scuola aperta a tutti e a ciascuno: la scuola inclusiva ai tempi della crisi,* in G. MATUCCI (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale. La scuola aperta a tutti alla prova della crisi economica*, Milano, FrancoAngeli, 2019; S. TROILO, *I "nuovi" diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili tra principi e realtà*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 marzo 2016, p. 1 ss.

17 M. BENVENUTI, *"La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale*, in *Federalismi*, n. 4, 2018, p. 99 ss.

18 Sul ruolo della Scuola, con riferimento al dovere di istruzione in capo allo Stato U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento istruzione scuola*, in *Giurisprudenza costituzionale,* 1961, p. 361 ss. La Corte costituzionale sul tema del diritto all'istruzione e dei conseguenti obblighi in capo allo Stato ha avuto negli anni un orientamento teso ad ampliare i diritti e gli obblighi in capo allo Stato, *ex multis,* Corte cost. 7/1967;

immaginati unicamente come parte del mercato del lavoro. La Scuola ha il compito di completare quel dovere di educazione dei figli che la Costituzione attribuisce, in primo luogo, alle famiglie ai sensi dell'art. 30. Dunque, secondo una lettura cosiffatta della Carta costituzionale, non si può prescindere dal raggiungere l'obiettivo di assicurare la trasmissione di un'istruzione[19], nell'accezione di sostenere lo sviluppo di una piena capacità critica e di una formazione della personalità. Questo difficile compito non si traduce nel mero diritto di frequentare dei corsi scolastici, bensì nell'impegno diffuso nel fornire gli strumenti per diventare cittadini e cittadine liberi di assumere le scelte sulla base delle proprie inclinazioni personali.

D'altronde una lettura costituzionale della Scuola restituisce quest'ultima come luogo di istruzione che permetta a tutti, a prescindere dalle proprie condizioni personali, sociali, economiche, di ottenere un'istruzione, garantendo cioè quell'eguaglianza sostanziale[20] che solo un'istruzione "disinteressata" e volta alla trasmissione della conoscenza, può garantire[21]. Di qui la tesi per cui la disposizione dell'art. 34 Cost. generi un vero e proprio diritto soggettivo nei confronti dei pubblici poteri; dunque, non è sufficiente che lo Stato lo riconosca, ma è necessario che predisponga gli strumenti e i mezzi necessari per garantirlo. Pertanto, se questo è un diritto soggettivo, in quanto tale, «occorre che tale diritto richieda l'impegno della Repubblica a "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale (...) che impediscono il pieno sviluppo della persona umana": cioè è da ascrivere nell'ambito dell'uguaglianza sostanziale, e richiede pertanto un impegno della Repubblica per renderlo effettivo»[22].

A quanto fin qui detto, si aggiunga che il quadro normativo, rispetto all'impianto del 1948, è stata arricchita dall'ordinamento eurounitario. Sotto questo profilo, rilevano in particolare l'art. 14 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione

---

Corte cost. 36/1982; Corte cost. 173/1987; Corte cost. 215/1987; Corte cost. 208/1996, Corte cost. 423/2004; Nella direzione di un'interpretazione per cui la Costituzione «sia in grado di esprimere, ad oltre sessant'anni di vigenza della Carta repubblicana, una rimarchevole vis espansiva e, dunque, di fornire risposte adeguate alle questioni del nostro tempo» si veda M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale* in, F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione, Atti del Convegno di Roma, 23, 24 gennaio 2014*, Napoli, Jovene editore, 2014.

19 Nella direzione di una verifica dei risultati raggiunti, D. SICLARI, *Effettività degli artt. 33 e 34 Cost., valutazione degli apprendimenti e "nuovo" INVALSI*, in *Amministrazione in Cammino*, 2012.

20 Sull'idea della necessità di raggiungere l'eguaglianza sostanziale per garantire lo Stato sociale, A. MORRONE, *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Rivista del diritto della Sicurezza sociale*, fasc. 4, 2020, p. 707 ss.

21 Per una chiave di lettura sulla stretta connessione tra gli artt. 33, 34 Cost. e gli artt. 2 e 3 Cost. si veda, A. M. POGGI, *Per un «diverso» Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Il Mulino, Bologna, 2019.

22 E. ROSSI, P. ADDIS, F. BIONDI DAL MONTE, *La libertà di insegnamento e il diritto all'istruzione nella Costituzione italiana*, in *Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 1, 2006, p. 1 ss.

Europea[23] e l'art. 165 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea[24], sul diritto all'istruzione.

La disposizione da ultimo citata, nella specie, si riferisce all'istruzione nell'ottica di un'integrazione dei diversi sistemi dei Paesi dell'Unione con lo scopo di incentivare, tra l'altro *«la partecipazione dei giovani alla vita democratica dell'Europa»*. L'art. 14 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione, dal canto suo, non stabilisce un rapporto tra l'istruzione e il mondo del lavoro, bensì la riconduce ad uno strumento capace di formazione culturale e alla trasmissione di principi condivisi nell'Unione.

I principi costituzionali, dunque, implementati dalle citate disposizioni del diritto primario dell'U.E., impongono di immaginare una riforma strutturale del sistema della formazione in un'ottica europea; come sancito dall'art. 165 del TFUE, dovrebbe essere tale da consentire ai ragazzi e alle ragazze che studiano e si formano nell'Unione di conoscere e apprendere i caratteri culturali e scientifici che si sono sviluppati all'interno dei Paesi che oggi la compongono, come pure di conoscere le diverse lingue che si parlano nel continente, mediante un sistema che guardi all'integrazione tra i diversi Paesi. Di certo, il quadro attuale è profondamente diverso rispetto a quello che si presentava al legislatore del 1948[25] e anche la riforma del Titolo V della Costituzione deve essere letta in questa prospettiva "euro-diretta"[26].

23 Il riferimento è al diritto all'istruzione e all'accesso alla formazione professionale e continua, prevista dai Trattati, come diritto che comporta la facoltà di accedere gratuitamente all'istruzione obbligatoria. Sul punto si veda M. BENVENUTI, *La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale,* in *Federalismi*, n. 4, 2018, p. 99 ss.

24 Articolo 165 (ex articolo 149 del TCE) «L'Unione contribuisce allo sviluppo di un'istruzione di qualità incentivando la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, sostenendo ed integrando la loro azione nel pieno rispetto della responsabilità degli Stati membri per quanto riguarda il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione, nonché delle loro diversità culturali e linguistiche (…) 2.L'azione dell'Unione è intesa: - a sviluppare la dimensione europea dell'istruzione, segnatamente con l'apprendimento e la diffusione delle lingue degli Stati membri».

25 Già all'epoca la sensibilità era quella di rafforzare l'istruzione orientata alla formazione della persona, in questa direzione l'articolo 26 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, «L'istruzione deve essere indirizzata al pieno sviluppo della personalità umana ed al rafforzamento del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Essa deve promuovere la comprensione, la tolleranza, l'amicizia fra tutte le Nazioni, i gruppi razziali e religiosi, e deve favorire l'opera delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace. I genitori hanno diritto di priorità nella scelta di istruzione da impartire ai loro figli».

26 Com'è noto, la Costituzione in tema di organizzazione dell'istruzione è fondata sul riparto tra lo Stato e le Regioni. L'art. 117 cost. afferma che è di competenza concorrente l'istruzione salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; sul punto E. ROSSI, P. ADDIS, F. BIONDI DAL MONTE, *La libertà di insegnamento e il diritto all'istruzione nella Costituzione italiana*, in *Osservatorio Costituzionale* op. cit.

Il sistema della formazione, costituito dapprima e prioritariamente dal sistema scolastico, ha subito negli anni diverse riforme[27]. A ciò si aggiunga che, negli ultimi decenni, si è assistito al proliferare di molteplici erogatori di formazione; la scuola e l'università non rappresentano oggi luoghi esclusivi di formazione, poiché famiglie, studenti e aziende guardano con interesse a nuovi percorsi di istruzione e formazione professionale. È in questo quadro che occorre inserire e valutare gli obiettivi posti dall'Esecutivo a base delle misure proposte in tema di istruzione all'interno del PNRR[28]. L'utilizzo di ingenti risorse (in parte finanziate con il debito europeo) deve essere un'occasione per rimettere al centro i principi costituzionali in tema di formazione scolastica con la consapevolezza che la Costituzione e i Trattati eurounitari individuano la Scuola come mezzo per garantire la formazione della persona, garantendo un'eguaglianza sostanziale.

Più di un dubbio può sollevarsi in merito alla rispondenza delle predette misure di rilancio al quadro intercostituzionale (ove cioè dimensione domestica e sovranazionale si fondono in un unico parametro di valutazione) fin qui brevemente tracciato, soprattutto ove si consideri che i progetti PNRR in materia di scuola sembrano più orientati all'accentuazione del carattere strumentale dell'istruzione rispetto al mondo del lavoro e agli obiettivi trasversalmente posti[29], piuttosto che alla valorizzazione della scuola come luogo di valorizzazione e formazione della persona umana.

2 Il diritto all'istruzione scolastica nell'emergenza pandemica.

Il primo dei due temi oggetto di queste riflessioni attiene al bilanciamento degli interessi per come fondante le scelte assunte nel corso della pandemia.

A marzo 2020, all'inizio dell'emergenza pandemica, i percorsi di formazione scolastici sono stati investiti da una sfida mai conosciuta prima che, nella necessità di

27 Sulla ricostruzione anche in chiave storica dell'evoluzione della legislazione scolastica si veda A. M. POGGI, *Per un «diverso» Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, op. cit.

28 G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2021, p. 130 ss.; A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi*, n. 18, 2021, p. 235 ss.; F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del* Recovery and Resilience Facility, *tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2022, p. 32 ss.

29 Si pensi, ad esempio, alle misure di sostegno previste per rafforzare l'orientamento di giovani studentesse verso le materie c.d. STEM (science, technology, engineering and mathematics) finalizzato all'obiettivo di superare il gender gap in tale ambito. In proposito è necessario il riferimento alla parte del PNRR che finalizza l'istruzione e la formazione in particolare nelle materie STEM al raggiungimento della parità di genere o meglio del superamento del divario di genere in tale ambito che rappresenta uno degli obiettivi trasversali del PNRR si v. A. LORENZETTI, *PNRR e (dis)eguaglianza di genere: la grande illusione?,* in *La magistratura*, fasc. 1, 2022, p 67 ss. Per quanto si tratti di una parte rilevante del PNRR non si è ritenuto di includerlo nell'odierna trattazione in quanto alla data odierno non ci sono provvedimenti normativi di attuazione.

interrompere i normali percorsi in presenza, ha obbligato il sistema della formazione a interrogarsi sui suoi scopi. La necessità di pensare a strumenti nuovi e in poco tempo ha costretto a porsi la domanda sul ruolo della Scuola per immaginare percorsi di formazione diversi da quelli in presenza. Difatti, per individuare nuovi strumenti è anzitutto necessario condividere gli obiettivi da raggiungere a fronte di una situazione inedita.

Il dibattito, inizialmente mediatico-politico, tra professori, studenti, famiglie e società, si è trasferito presto dinanzi alla giurisdizione amministrativa, persino giungendo fino alla Corte costituzionale. La tensione sviluppatasi mostra il quadro di un sistema dell'istruzione certamente ricco di complessità tra le sue componenti (alunni e alunne, professori, famiglie), ponendo dubbi rispetto a quella premessa rappresentata dal dovere della Repubblica di rendere effettivo il diritto all'istruzione e dunque garantire ai capaci e meritevoli di essere posti nella medesima posizione di poter raggiungere i gradi più alti degli studi, cioè di ottenere un elevato livello di istruzione.

Con la diffusione della pandemia, il Governo è subito intervenuto al fine di ridurre le occasioni di contagio e dunque di trasmissione del virus, prevedendo non appena si sono registrati i primi contagi sul territorio nazionale[30], la sospensione **il «*funzionamento* *dei* *servizi educativi dell'infanzia, delle istituzioni scolastiche del sistema nazionale di istruzione* *e degli istituti di* *formazione superiore*, *compresa quella universitaria*»** qualora fosse risultata positiva al virus da covid-19 anche solo una persona per la quale o non si conosceva la fonte di trasmissione o questa non fosse riconducibile direttamente alle zone cinesi del contagio. Considerato che ci si trovava all'inizio della diffusione del virus, il citato decreto legge si riferiva a zone ben precise del territorio nazionale, non dunque un'ipotesi su larga scala.

Con il peggiorare della situazione pandemica, il Governo ha poi sospeso i servizi educativi per l'infanzia, le attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado, le attività delle istituzioni di formazione superiore, comprese le Università, su tutto il territorio nazionale[31].

Rispetto alle attività di formazione, per le attività didattiche o curriculari, è stata prevista la modalità a distanza per tutta la durata della sospensione, avuto particolare riguardo alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità[32].

30 Le prime misure attuate a seguito dell'emergenza sanitaria da COVID-19 erano previste dal Decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6 poi è intervenuto il Decreto legge 5 marzo 2020 n. 13.

31 Decreto legge 25 marzo 2020, n. 19.

32 In questa sede si tralascia l'ampio dibattito sul sistema delle fonti nel rapporto tra Decreto legge e DPCM per cui si rinvia alla dottrina che ha affrontato la questione, tra gli altri, R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano,* in *Consulta online*, 2020, fasc. 3 p. 513 ss. M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in Rivista AIC, n. 1, 2021, p. 400 ss.; A. LAMBERTI, *La*

È centrale nell'odierna riflessione il riferimento contenuto nel Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 4 marzo 2020. Difatti, all'art. 1, co. 1, lettera h) è presente un'indicazione rispetto agli effetti sulla formazione a seguito della decisione di sospendere le attività in presenza. Nel citato DPCM, si era immaginato che successivamente al ripristino dell'ordinaria funzionalità, si dovesse assicurare il "***recupero***" delle attività formative, nonché di quelle curriculari, ovvero di ogni altra prova o verifica, anche intermedia, che risultassero funzionali al completamento del percorso didattico.

In questo primo provvedimento del Governo ci si è posti nella prospettiva di comprendere gli effetti di un periodo prolungato di sospensione delle ordinarie attività di formazione e dunque di rinviare ad un momento successivo la necessità di verificare come "recuperare" quanto non è stato fatto.

Se si utilizza la chiave di interpretazione della Costituzione utilizzata in premessa, il percorso scolastico non si esaurisce con la mera frequenza, bensì con l'effettivo raggiungimento di una maturazione e con l'acquisizione di conoscenze. Dunque, la necessità di verificare in un secondo tempo il reale raggiungimento degli obiettivi necessari al completamento del percorso sembra coerente con quanto sancito dagli articoli 33 e 34 Costituzione. Tuttavia, nei provvedimenti assunti nel prosieguo della pandemia non si rinviene una disposizione del medesimo tenore, così come non si rintraccia un riferimento alla necessità di verificare l'effettiva capacità dei metodi alternativi di garantire una corretta istruzione. La previsione sull'attenzione da dedicare all'effettivo rispetto degli obiettivi formativi degli studenti ha ceduto il passo a diverse esigenze organizzative. Difatti, con il trascorrere delle settimane la necessità è stata quella di prolungare lo stato di emergenza e di regolamentare le occasioni di incontro e la vita sociale. Tuttavia, se per molte altre conseguenze - soprattutto di natura economica - il dibattitto pubblico è stato particolarmente vivo, così come dimostrato dagli interventi del Governo, la medesima attenzione non si è rinvenuta sull'effettiva capacità della Scuola di svolgere il proprio compito.

In questa direzione, è stato adottato il Decreto legge 16 maggio 2020, n. 33[33] che ha riproposto quanto già contenuto nei precedenti DPCM[34], ma che per la prima volta ha previsto la possibilità di effettuare una differenziazione tra le Regioni, aspetto che assume una rilevanza nel ragionare attorno a una mancata attenzione agli obiettivi della formazione scolastica durante l'emergenza pandemica. Grazie a una

Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021, in *Corti Supreme e Salute*, n. 1, 2022, p. 9 ss.; E. Catelani, *I poteri nell'emergenza temporaneità o effetti stabili*?, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2020, p. 727 ss.

33 Poi convertito con la legge 14 luglio 2020, n. 74.

34 Adottati ai sensi del Decreto legge 25 marzo 2020 n. 19.

disposizione poi modificata[35], le Regioni, fin dal maggio 2020, informando contestualmente il Ministro della salute[36], hanno infatti potuto introdurre **misure derogatorie**, ampliative o restrittive, rispetto a quelle disposte dagli stessi DPCM.

Con l'inizio dell'Anno scolastico 2020/2021, le istituzioni scolastiche hanno predisposto **ogni misura utile all'avvio e al regolare svolgimento** delle attività dei servizi educativi[37]. Tuttavia, nell'inverno successivo all'inizio della pandemia si è costantemente proceduto a estendere il ricorso alla c.d. didattica a distanza, senza una particolare attenzione alla verifica dell'efficacia di questa modalità di formazione. Dal **novembre a dicembre 2020**, su **tutto il territorio nazionale, l'attività** nelle scuole di **istruzione secondaria di secondo grado** è stata svolta tramite il ricorso alla **didattica digitale integrata**. Nelle Regioni con un livello di rischio alto (**zone rosse**), il ricorso alla didattica a distanza si estendeva anche agli studenti del **secondo e terzo anno** di **istruzione secondaria di primo grado**[38]**.**

35 Decreto legge 7 ottobre 2020 n. 125, art. 1, co. 2, lett. a); ed è stato disposto che le Regioni potessero introdurre misure derogatorie restrittive rispetto a quelle disposte dai DPCM, ovvero, nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della salute, anche ampliative. Il DPCM 11 giugno 2020 aveva previsto che dal 15 giugno 2020 erano esclusi dalla sospensione gli esami di qualifica dei percorsi di istruzione e formazione professionale (IeFP), secondo le disposizioni emanate dalle singole Regioni, a condizione che fossero rispettate le misure di prevenzione e sicurezza adeguate. Successivamente, il Decreto legge 30 luglio 2020, n. 83 ha prorogato al 15 ottobre 2020 la possibilità di intervento con DPCM.

36 Secondo quanto disposto dall'art. 1, co. 16.

37 Nel prosieguo, il DPCM 7 agosto 2020, come modificato dal DPCM 7 settembre 2020, aveva previsto che, fino al 7 ottobre 2020, sull'intero territorio nazionale delle disposizioni sulla didattica in presenza. Successivamente è stato emanato il Decreto legge 7 ottobre 2020, n. 125 che ha prorogato al 31 gennaio 2021 (nuovo termine dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri 7 ottobre 2020) la possibilità di intervento con il DPCM, così come già previsto dall'art. 1, co. 1, del Decreto legge 25 marzo 2020 n. 19 e, conseguentemente, ha prorogato alla stessa data quanto previsto dall'art. 3, co. 1, del Decreto legge 16 maggio 2020, n. 33.

38 Secondo quanto previsto dal DM 89/2020, con il quale sono state adottate le Linee guida per la Didattica digitale integrata per l'A.S. 2020/2021, e dall'ordinanza del Ministro dell'istruzione 134/2020 (relativa agli alunni e studenti con patologie gravi o immunodepressi e riguardante sempre l'A.S. 2020/2021). Tra la fine del 2020 e l'inizio del 2021 tutti i provvedimenti legislativi e gli atti di fonte secondaria hanno avuto come scopo il solo obiettivo di prorogare quanto già deciso in precedenza. Nel prosieguo è stato emanato il Decreto legge 2 dicembre 2020 n. 158, che ha esteso da 30 a 50 giorni il termine massimo di vigenza delle misure adottate con i DPCM adottati ai sensi del Decreto legge 25 marzo 2020 n. 19 (art. 1, co. 1). Tale previsione è poi stata riversata nel Decreto legge 18 dicembre 2020 n. 172 (art. 1, co. 3-bis); la cui legge di conversione (Legge 6 gennaio 2021 n. 6, art. 1, co. 2) ha abrogato il Decreto legge 2 dicembre 2020 n. 158, facendone salvi gli effetti. E', dunque, stato adottato il DPCM 3 dicembre 2020, il quale ha confermato confermando lo svolgimento dell'attività didattica in presenza a decorrere dal 7 gennaio 2021. Nelle zone rosse, in ogni caso, l'attività didattica doveva essere svolta - come in precedenza - a distanza a cominciare dal secondo anno della scuola secondaria di primo grado. Restava comunque confermata la possibilità di svolgere attività in presenza, anche nelle scuole secondarie di secondo grado, qualora fosse necessario l'uso di laboratorio per mantenere una relazione educativa che realizzasse l'effettiva inclusione scolastica degli alunni con disabilità e con bisogni educativi speciali.

In una ricostruzione temporale dei provvedimenti, una novità può individuarsi nel DPCM 3 dicembre 2020 con cui si è prevista, tra le altre cose, l'istituzione **presso ciascuna prefettura** di un **tavolo di coordinamento**, presieduto dal prefetto[39] per la definizione del più idoneo **raccordo tra gli orari di inizio e termine delle attività didattiche e gli orari dei servizi di trasporto pubblico**.

Il dato è rilevante poiché l'obiettivo è stato quello di provare a garantire la possibilità della partecipazione alle attività didattiche mediante un coinvolgimento dei diversi livelli di Governo per un confronto sulle misure da adottare rispetto alle proprie competenze. Al Prefetto è stato attribuito il compito di verificare il rispetto dei tempi e, in caso di mancata applicazione di quanto previsto, l'obbligo di darne comunicazione al **Presidente della Regione** che «adotta una o più **ordinanze**, con efficacia limitata al pertinente ambito provinciale»[40].

Nella direzione di voler garantire agli studenti la frequenza delle lezioni, ma anche la partecipazione alla vita della Scuola, il Ministero dell'istruzione, con la nota n. 13, del 6 gennaio 2021, aveva fatto presente che a seguito della «lettura sistematica delle disposizioni vigenti, la ripresa dell'attività in presenza per almeno il 50% della popolazione studentesca dovrà essere realizzata secondo le azioni delineate dai piani operativi derivanti dall'attività dei tavoli prefettizi»[41]. Il Ministero dell'Istruzione ha dunque, nel gennaio 2021, assunto una posizione forte nella direzione di affermare la necessità, in linea con le disposizioni di sicurezza, di garantire al 50% degli studenti di poter frequentare la Scuola attribuendo la responsabilità ad una decisione condivisa sul territorio dato la composizione articolata del tavolo coordinato dal Prefetto.

Rispetto alla nota del Ministero dell'istruzione solamente tre Regioni[42] e le due province autonome di Trento e Bolzano hanno permesso la ripresa delle lezioni in presenza agli studenti. Diversamente, le restanti Regioni hanno rinviato la data per la ripresa della didattica in presenza[43]. Il dato appare rilevante, in quanto nella

39 Costituito dal presidente della provincia o il sindaco della città metropolitana, gli altri sindaci eventualmente interessati, i dirigenti degli ambiti territoriali del Ministero dell'istruzione, i rappresentanti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, nonché delle aziende di trasporto pubblico locale.

40 Questa procedura che ha visto l'inizio di un maggiore coinvolgimento è stata poi confermata nei successivi DPCM e disciplinata in modo più strutturato con il Decreto legge 25 maggio 2021 n. 73.

41 Il cui contenuto è stato a sua volta riversato nel già citato Decreto legge 18 dicembre 2020 n. 172, (art. 1-quater), la cui legge di conversione ha abrogato il Decreto legge 5 gennaio 2021 n. 1 facendone salvi gli effetti. Con una previsione di legge è stata disciplinata la graduale ripresa dell'attività scolastica in presenza nelle scuole secondarie di secondo grado nel periodo dal 7 al 16 gennaio 2021.

42 Toscana, Abruzzo, Valle d'Aosta.

43 Nel corso del 2021, lo stato di emergenza è stato prorogato con il Decreto legge 14 gennaio 2021 n. 2 e di conseguenza è stata prorogata la regolazione delle aperture e chiusure delle scuole mediante intervento con DPCM. Nella medesima data con DPCM è stato fatto obbligo alle scuole secondarie di secondo grado di adottare forme flessibili nell'organizzazione didattica in modo che, almeno al 50% e

dialettica tra lo Stato e le Regioni queste hanno ampiamente fatto uso delle misure più prudenti ed è difficile comprendere se queste scelte siano state dettate da valutazioni scientificamente argomentate e di responsabilità politica o sull'onda delle più facili opzioni a discapito di un interesse assai rilevante qual è quello dell'istruzione.

Una modifica del regime delle aperture e chiusure delle scuole, con la possibilità di una maggiore o minore frequenza in presenza, si è avuta a decorrere dalla primavera del 2021, allorquando si è applicato il sistema delle cosiddette "zone" con la possibilità di una maggiore frequenza degli alunni e delle alunne di quelle scuole che ricadevano nelle aree con un minor numero di contagi.

Tuttavia, con **ordinanza** del **Ministro della salute, adottata d'intesa con il Presidente della regione** interessata, in ragione dell'andamento del rischio epidemiologico, poteva essere in ogni momento prevista, in relazione a specifiche parti del territorio regionale, l'**esenzione** dell'applicazione di tali misure[44].

Per tutta la primavera e l'inizio dell'estate del 2021, sull'**intero territorio nazionale** è stata prevista la necessità di garantire lo svolgimento in **presenza** delle attività dei **servizi educativi per l'infanzia** e dell'attività didattica della **scuola dell'infanzia,** della **scuola primaria** e del **primo anno della scuola secondaria di primo grado e poi** con la divisione delle Regioni in diversi "colori" è stata prevista una diversificazione della frequenza in relazione al grado di diffusione del virus[45]. Per il successivo anno scolastico (2021-2022), le attività dei servizi educativi per l'infanzia, delle scuole dell'infanzia e delle scuole primarie e secondarie di primo e

fino ad un massimo del 75% degli studenti fosse garantita l'attività didattica in presenza. Nel prosieguo è poi intervenuto il DPCM 14 gennaio 2021, le cui disposizioni si sono applicate dal 16 gennaio al 5 marzo 2021.

44 Sul punto si veda l'art. 38, co. 2 del DPCM 14 gennaio 2021. In concomitanza con il cambio di Governo, si è assistito ad una modifica delle modalità di assunzione delle decisioni con un ricorso sempre più diffuso al Decreto legge in sostituzione dei DPCM. Il primo è stato il Decreto legge 1 aprile 2021 n. 44 a cui ha poi fatto seguito il Decreto legge 22 aprile 2021 n. 52 e poi il Decreto legge 23 luglio 2021 n. 105.

45 Previsto che nelle zone gialle e arancioni, si svolgeva in presenza anche l'attività del secondo e terzo anno della scuola secondaria di primo grado. Dal 26 aprile 2021 e fino alla conclusione dell'a.s. 2020-2021, l'attività in presenza anche nel secondo e terzo anno della scuola secondaria di primo grado (oltre che nella scuola dell'infanzia e nella scuola primaria) è stata prevista sull'intero territorio nazionale. La possibilità di deroga è stata resa eccezionale e solo nei casi di straordinaria necessità; per la scuola secondaria di secondo grado, dal 7 al 25 aprile 2021 l'attività didattica era a distanza nelle zone rosse e in presenza, per un numero di studenti fra il 50% e il 75%, nelle zone gialle e arancioni. Dal 26 aprile 2021 e fino alla conclusione dell'a.s. 2020/2021, l'attività didattica in presenza doveva essere assicurata ad almeno il 50% degli studenti della scuola secondaria di secondo grado. La deroga alla frequenza in presenza poteva essere data solo in casi di eccezionale e di straordinaria necessità. In particolare, nelle zone rosse doveva essere garantita l'attività in presenza per un numero di studenti fra il 50% e il 75%; nelle zone gialle o arancioni, l'attività in presenza doveva essere garantita per un numero di studenti fra il 70% e il 100%; fino alla conclusione dell'a.s. 2020/2021.

secondo grado sono state svolte in presenza[46]. Il dato è dunque quello di avere permesso una maggiore possibilità di frequentare gli istituti di formazione per i più piccoli, mantenendo la didattica a distanza per i licei e istituti tecnici. Non è possibile, in questa sede, effettuare una comparazione per diversità geografiche e sociali; tuttavia, si segnala che in alcuni dei Paesi europei sono state assunte scelte differenti da quella italiana; in molti di questi, come Danimarca, Norvegia, Francia, la chiusura delle Scuole è stata assai limitata[47].

Con l'evoluzione del quadro sanitario la previsione è stata dunque quella della formazione scolastica in presenza, ma con la possibilità per i Presidenti delle Regioni e i sindaci di poter "derogare" a tale disposizione, per specifiche aree del territorio o per singoli istituti in circostanze di eccezionale e straordinaria necessità.

Il quadro è mutato in forza dell'ampia campagna vaccinale; difatti, dal settembre 2021, il personale scolastico delle scuole statali, paritarie e non paritarie, dei servizi educativi per l'infanzia aveva l'obbligo di esporre la certificazione vaccinale in assenza della quale sarebbero stati considerati in quanto assente ingiustificati.

Il dato maggiormente significativo della normativa fin qui descritta è da individuare, soprattutto con riferimento alla seconda fase della gestione emergenziale, nell'attribuzione ai Sindaci e ai Presidenti di Regione della possibilità di stabilire eventuali limitazioni alla frequenza scolastica. Come si argomenterà, si è assistito all'assunzione di decisioni assai differenti a discapito di un'omogeneità nell'erogazione delle lezioni e del sistema scolastico nel suo complesso.

2.1 La lettura della giurisprudenza amministrativa e costituzionale sulla frequenza della Scuola nel bilanciamento degli interessi.

La descrizione del quadro normativo con riferimento alla frequenza della Scuola durante la prima e la seconda fase dell'emergenza pandemica è arricchita dalla lettura della giurisprudenza costituzionale e amministrativa fortemente coinvolta negli anni della pandemia per dirimere posizioni contrapposte nel bilanciamento degli interessi[48].

Il quadro giurisprudenziale ci restituisce la fotografia di un'interpretazione per un verso fortemente incentrata sulla tutela della salute e sulla necessità di preservare studenti e lavoratori del mondo dell'istruzione dalla possibilità di contagio[49]. Per

46 Si veda il Decreto legge 6 agosto 2021 n. 111.

47 I. RIVERA, *Per una prossemica sociale nello stato di emergenza. La tutela del diritto all'istruzione nella prospettiva comparata ai tempi del Covid-19*, in G. LANEVE (a cura di), *La scuola nella pandemia Dialogo multidisciplinare*, op. cit.

48 In chiave di ricostruzione di quanto avvenuto, I. RIVERA, *La scuola è aperta a tutti. La tutela del diritto all'istruzione nella crisi pandemica da Covid-19*, in *Federalismi*, n. 14, 2022, p. 84 ss.

49 G. VESPERINI, *La giurisprudenza amministrativa e la pandemia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2021, p. 294 ss.

altro verso, nel bilanciamento degli interessi, soprattutto nella seconda fase della pandemia, descrive un orientamento a sostegno dell'apertura delle Scuole dopo le prime campagne vaccinali.

Il primo tema è quello della competenza per materia, poiché considerata la potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute e dunque della gestione dei Sistemi sanitari regionali, taluni Presidenti di Regione ritenevano di poter assumere decisioni anche con riferimento alla prevenzione del contagio, incidendo con le proprie ordinanze su materie di competenza dello Stato[50].

La Corte costituzionale con la sentenza n. 37 del 2021 ha sancito in modo deciso che la riconduzione della gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid 19 è di competenza esclusiva dello Stato a titolo di profilassi internazionale[51], comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla[52].

L'interpretazione della sentenza della Corte è stata poi utilizzata dalla successiva giurisprudenza amministrativa per sancire come le ordinanze di chiusura delle scuole si pongono in contrasto con la normativa statale. Il tema è venuto in rilievo allorquando, in particolare, i sindaci o Presidenti di Regione hanno ritenuto di poter emanare ordinanze contingibili e urgenti per la chiusura delle scuole del proprio

50 B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali,* in *Federalismi*, n. 11, 2021, p. 1 ss; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione"* , in *Forumcostituzionale*, n. 3, 2021, p. 1 ss. sia concesso rinviare a A. PATANÈ, *Democrazia rappresentativa durante la pandemia: il ruolo di consigli regionali e comunali,* in A. PAJNO, L. VIOLANTE, *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Bologna, Il Mulino; G. LAVAGNA, *Il Covid-19 e le Regioni. Uso e «abuso» delle ordinanze extra ordinem dei Presidenti regionali,* in *Federalismi*, n. 17, 2021, p. 94 ss.

51 Art. 117, comma 2, lett. q), Costituzione. Sul punto, in chiave critica, si veda G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione,* in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 3, 2021, p. 102 ss.

52 M. COSULICH, *Il governo della salute ai tempi della pandemia da COVID-19: più Stato, meno Regioni?* , in *Le Regioni*, n. 3, 2021; A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Papers on federalism*, n. 1, 2021; A. LO CALZO, *Stato e Regioni di fronte alla Corte costituzionale nell'emergenza da Covid-19. Riflessioni in tema di fondamento e prassi del potere di sospensiva nel giudizio in via principale*, in *La rivista - Gruppo di pisa*, n. 2, 2021, p. 85 ss.; A. MANGIA, *La legge regionale nel sistema delle norme d'ordinanza*, in *Le Regioni*, n. 3, 2021; S. MANGIAMELI, *L'emergenza non è una materia di legislazione*, in *Giurisprudenza costituzionale,* n. 2, 2021, p. 474 ss; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e Regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *forumcostituzionale.it*, n. 2, 2021; C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2021; C. PINELLI, *Era il richiamo alla "profilassi internazionale" il modo più congruo per affermare la potestà legislativa esclusiva dello Stato nella gestione dell'emergenza sanitaria?* , in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2021, p. 450 ss; C. SALAZAR, *La prima volta. La Corte costituzionale sospende l'efficacia della legge valdostana "anti-d.P.C.M."*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2021, p. 418 ss.

territorio in concomitanza con quelli che ritenevano dati epidemiologici preoccupanti[53].

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa ha statuito che l'ampia normativa di rango primario,[54] già emanata per disciplinare ed evitare la diffusione del virus Sars Covi-19, è sovraordinata rispetto all'eventuale esercizio del potere amministrativo. Difatti, la giustizia amministrativa ha posto un argine statuendo che la normativa nazionale disciplina in maniera specifica la gestione dei servizi e delle attività didattiche in costanza di pandemia, al fine di prevenire il contagio e di garantire, allo stesso tempo, la possibilità di erogare le lezioni in presenza[55].

Nella seconda fase pandemica una parte del mondo della Scuola, in particolare talune famiglie, hanno reagito all'assunzione di decisioni locali finalizzate a porre ulteriori limiti alla frequenza scolastica rispetto a quanto stabilito dalle norme statali. In questa direzione, è possibile rinvenire una copiosa giurisprudenza amministrativa che ha annullato le ordinanze dei sindaci e dei Presidenti di Regione, sancendo che non è possibile emanare ordinanze che regolino in modo differente settori che sono già disciplinati dalla normativa primaria[56].

Difatti, come afferma lo stesso giudice amministrativo, la natura delle ordinanze si fonda proprio sulla condizione per cui non è possibile disciplinare in modo differente la situazione che si è venuta a realizzare in forza della mancanza di una disciplina.[57] Nel caso dell'emergenza pandemica la necessità di regolamentare la vita sociale allo scopo di ridurre la diffusione del virus è stata ampiamente disciplinata dai decreti

53 L. DELL'ATTI, *Bilanciare istruzione e salute. Considerazioni brevi su strumenti unitari e leale collaborazione a partire da talune ordinanze regionali in materia di sospensione della didattica "in presenza*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 1, 2021, p. 87 ss.; M. PIERRI, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e all'istruzione ai tempi del Covid-19, tra poteri del Governo e dei "Governatori": il caso della Puglia*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6, 2020, p. 121 ss.

54 Dall'art. 1 del Decreto legge 6 agosto 2021, n.111 ("Disposizioni urgenti per l'anno scolastico 2021/2022 e misure per prevenire il contagio da SARS-Covid nelle istituzioni educative, scolastiche e universitarie"), convertito con modificazioni con legge 24 settembre 2021, n. 133.

55 La giurisprudenza amministrativa ha quindi escluso che «*possa residuare spazio con riferimento alle attività didattiche ed educative per l'emanazione, da parte dei Sindaci, di ordinanze contingibili ex art. 50 che intendano regolare diversamente i medesimi settori di attività, posto che dette ordinanze, stante la loro natura "contingibile", hanno natura residuale e presuppongono, quindi, che non sia possibile individuare una diversa "regola" della fattispecie concreta*», così il Tribunale Regionale per la Calabria con decreto presidenziale 18 gennaio 2022 n. 25. Il Tribunale ha sospeso l'ordinanza contingibile ed urgente del 15 gennaio 2022 prot. n. 3 del Sindaco di Reggio Calabria, con la quale è stata disposta la sospensione delle attività didattiche ed educative in presenza delle scuole pubbliche, paritarie e private di ogni ordine e grado, ricadenti nel territorio del comune di Reggio Calabria, dal 17 gennaio 2022 al 22 gennaio 2022; a sua volta una proroga dell'ordinanza sindacale 2, 2022.

56 L. DELL'ATTI, *Bilanciare istruzione e salute. Considerazioni brevi su strumenti unitari e leale collaborazione a partire da talune ordinanze regionali in materia di sospensione della didattica "in presenza,* op. cit.

57 V. ANTONELLI, *Le ordinanze dei sindaci nelle decisioni dei giudici,* ex multis si veda TAR Campania, 10 gennaio 2022 n. 19.

legge e dai successivi decreti governativi finalizzati a disciplinare ogni diversa fattispecie di fatto che si sarebbe potuta realizzare nella vita sociale.

Subentra un'ulteriore considerazione proprio con riferimento alla situazione di fatto e agli strumenti messi in atto per limitare le conseguenze negative derivanti dall'emergenza pandemica. Nel caso della diffusione della pandemia e della possibilità di ricorrere ad ogni strumento finalizzato a ridurre questo rischio attraverso una minore frequenza della scuola, si pone il problema del bilanciamento tra la tutela della salute e il diritto (dovere) di istruzione attraverso la formazione Scolastica. Il ragionamento su cui si fondano le decisioni della giustizia amministrativa che derivano dall'orientamento della Corte costituzionale (sulle competenze) è quello per cui il bilanciamento di questi diversi interessi è già avvenuto da parte dello Stato.

Nella condizione specifica della situazione emergenziale, la necessità di bilanciare diversi interessi è avvenuta da parte dello Stato che prima di assumere una decisione così rilevante ha verificato la condizione epidemiologica e la complessità dei dati provenienti da tutto il territorio nazionale, avendo gli strumenti per assumere decisioni fondate su parametri scientificamente argomentabili per contrastare l'emergenza pandemica. Di contro, la stessa capacità di decisione non può essere presente nella dimensione locale[58].

In modo del tutto condivisibile, nel giudicare le ordinanze, il giudice amministrativo ha preso in considerazione la necessità di valutare non solo le conseguenze immediate e circostanziate degli effetti derivanti dai provvedimenti, bensì una lettura di più ampia portata rispetto alla decisione presa da alcuni sindaci. L'assunzione di decisioni, che hanno un impatto e una conseguenza sull'esercizio dei diritti e l'adempimento dei doveri costituzionalmente sanciti, comporta la necessità di verificare gli effetti concreti che vanno oltre la circostanza dell'urgenza immediata. È indubbio, difatti, che la chiusura dei luoghi di formazione avrebbe eliminato un'altra possibilità di interazione tra le persone e quindi di diffusione (in quel luogo) del virus. Tuttavia, non compete a quel livello di governo la possibilità di effettuare

58 Con riferimento all'ipotesi contraria della possibilità di aprire le attività commerciali in parti del territorio nazionale, si veda Tar Calabria 841/2020 «È però ormai fatto notorio che il rischio epidemiologico non dipende soltanto dal valore attuale di replicazione del virus in un territorio circoscritto quale quello della Regione Calabria, ma anche da altri elementi, quali l'efficienza e capacità di risposta del sistema sanitario regionale, nonché l'incidenza che sulla diffusione del virus producono le misure di contenimento via via adottate o revocate (si pensi, in proposito, alla diminuzione delle limitazioni alla circolazione extraregionale). Non a caso, le restrizioni dovute alla necessità di contenere l'epidemia sono state adottate, e vengono in questa seconda fase rimosse, gradualmente, in modo che si possa misurare, di volta in volta, la curvatura assunta dall'epidemia in conseguenza delle variazioni nella misura delle interazioni sociali (…) È chiaro che, in un simile contesto, ogni iniziativa volta a modificare le misure di contrasto all'epidemia non possono che essere frutto di un'istruttoria articolata, che nel caso di specie non sussiste».

scelte che hanno come conseguenza la necessità di valutare dove collocare l'equilibrio tra interessi del tutto legittimi.

La scelta di impedire la possibilità di erogare le lezioni in presenza fa seguito ad un conflitto all'interno della società civile, con posizioni contrapposte rispetto alle modalità più efficaci con cui affrontare la pandemia da Covid-19. Le decisioni di taluni sindaci o Presidenti di Regione, senza alcuno strumento scientifico o dato a fondamento della disposizione, pongono un interrogativo rispetto a scelte che incidono in modo così rilevante sulla formazione scolastica delle più giovani generazioni e dunque sulla garanzia di un pieno accesso ai diritti sociali. Come ricordato dalla giustizia amministrativa nel caso del TAR Campania, la scelta è di tipo politico, cioè assunta mediante l'esercizio della sovranità popolare nelle forme costituzionalmente garantite e dagli organi a ciò preposti. La decisione dell'amministrazione, comunale o regionale, che entri in contrasto con le decisioni politiche si contrappone in modo deciso a chi è preposto ad assumere queste responsabilità[59]. Inoltre, si segnala che le ordinanze contenenti maggiori restrizioni, rispetto alla normativa statale, hanno avuto ad oggetto prioritariamente la scuola piuttosto che altri luoghi di aggregazione che parimenti presentavano il rischio della diffusione del virus (attività commerciali, produttive ecc.). Questo a dimostrazione che impedire l'erogazione dell'attività scolastica in presenza è considerata - erroneamente, a parere di chi scrive - una decisione che debba tenere in minore considerazione un bilanciamento tra gli interessi.

La valutazione effettuata dal legislatore, soprattutto per l'anno scolastico 2021/2022[60], è stata quella di prevedere e privilegiare lo svolgimento delle lezioni all'interno delle scuole. L'eccezione a questa regola è stata data dalla facoltà di Presidenti e Sindaci di derogare – dunque limitando l'accesso alla Scuola – solo nel caso in cui fosse stata individuata una cosiddetta zona rossa da parte dello Stato e in presenza di circostanze eccezionali e straordinarie[61].

59 TAR Campania, decreto, 10 gennaio 2022, n. 19 «Considerato, dunque, come non possa mantenersi l'efficacia di un provvedimento amministrativo palesemente contrastante rispetto alle scelte, politiche, operate a livello di legislazione primaria, peraltro incidente, in maniera così evidentemente impattante, sui livelli uniformi (a livello nazionale) di fruizione di servizi pubblici, tra i quali quello scolastico».

60 Decreto legge 6 agosto 2021, n. 111.

61 Difatti è importante ricordare come la identificazione di un certo tipo di zona è proprio legato all'insieme di condizioni che comportano l'adozione di misure forti volte a limitare la diffusione del virus ritenuto che il potere derogatorio dell'ordinario regime di didattica in presenza, riconosciuto anche ai sindaci, presuppone necessariamente, ai sensi dell'art. 1, co.4 della legge 24 settembre 2021 n. 133 la contemporanea sussistenza sia della c.d. "zona rossa", che della eccezionale e straordinaria necessità dovuta all'insorgenza di focolai o elevata diffusione del virus proprio nella popolazione scolastica, condizioni che, nel caso di specie, non trovano concreto riscontro.

A questo punto del ragionamento è necessario rilevare che la stragrande maggioranza delle decisioni della giustizia amministrativa ha riguardato i Comuni di maggiori dimensioni o le Regioni, dove la società civile organizzata ha avuto una più immediata possibilità di ricorrere avverso le ordinanze; questo però non è avvenuto per molte realtà di più piccola dimensione – come i comuni di minori dimensioni e popolazione – con la conseguenza di una disparità per gli alunni e delle alunne di queste zone del Paese[62]. La rilevanza si può dedurre dalle stesse parole dei Giudici allorquando, nel sospendere le ordinanze dei Sindaci, già in sede cautelare, hanno evidenziato che non si può attendere l'udienza di merito proprio per il rischio di compromettere «il diritto fondamentale all'istruzione con modalità idonee a garantire la formazione globale dei minori»[63]. Dunque, la giurisprudenza amministrativa restituisce un quadro in cui, soprattutto in alcune zone del Paese, le ordinanze sindacali hanno spesso interrotto per periodi più o meno brevi la frequenta scolastica. Alcuni dei casi più significativi e qui riportati sono stati oggetto di attenzione da parte del Giudice amministrativo che è intervenuto con la conseguente sospensione delle ordinanze su impulso delle famiglie e solo in alcuni casi del Governo. In assenza di un intervento da parte dello Stato e in territori con meno "capacità civica" di organizzazione per ricorrere alla giustizia amministrativa da parte dei cittadini, il diritto all'istruzione e alla frequenza della scuola è stato oggetto di limitazioni con mere ordinanze sindacali dimidiando la pienezza del diritto all'istruzione e accentuando le diseguaglianze.

In definitiva, la rappresentazione che si può trarre dall'andamento della giurisprudenza è quella di un quadro scomposto, dove però il fattore comune è che l'azione a tutela della possibilità di una frequenza della Scuola è stata esercitata da genitori e solo in alcuni casi dal Governo, con il ricorso proposto dalla Presidenza del Consiglio dei ministri e dal Ministero dell'Istruzione, tramite le sedi distrettuali dell'Avvocatura dello Stato.

Il comune denominatore delle conclusioni a cui è addivenuta la giustizia è che posto nella considerazione per cui le "presunte" emergenze locali non possono essere ritenute idonee a derogare alle disposizioni di legge sul settore scolastico in costanza di emergenza pandemica e quindi non possono «determinare la chiusura generalizzata di tutti gli istituti scolastici ricadenti nel territorio di riferimento»[64].

62 A mo' di esempio per un elenco dei Comuni interessati si veda agenzia ANSA del 13 gennaio 2022 dal titolo «*Scuola: tra Dad e ricorsi al Tar è caos*».

63 Sempre ricordando perché sarebbero pregiudicate le modalità di «prestazione e di fruizione dei servizi educativi, scolastici e didattici così come regolati dalla normativa emergenziale di rango primario» TAR Sicilia 76/2022, si vedano anche *TAR Napoli, V, nn. 19, 20, 26 e 95/2022; TAR Salerno, III, n. 7/2022; TAR Palermo, I, nn. 21 e 22/2022; TAR Catania, III, nn. 12, 13, 36/2022, TAR Catanzaro, n. 14/2022.*

3. Una lettura costituzionalmente orientata del PNRR in tema di formazione scolastica.

Come già anticipato, alla Scuola è stato dedicato un apposito capitolo delle misure per l'attuazione del PNRR, onde affrontare e sostenere la ripresa nel periodo post-pandemico. Precisamente, la Misura n. 4 del PNRR prevede uno stanziamento di 33 miliardi di euro con uno scopo dichiarato ben circostanziato, quello cioè di «rafforzare le condizioni per lo sviluppo di un'economia ad alta intensità di conoscenza, competitività». Anzitutto è subito da segnalare il forte collegamento inserito nel PNRR tra istruzione ricerca e impresa. Il PNRR prevede, difatti, che le risorse siano destinate, tra l'altro, a «migliorare e potenziare l'istruzione». Continua ancora il PNRR dichiarando che le misure sono altresì volte a «a colmare le carenze nell'offerta di servizi di educazione, il *gap* nelle competenze di base, lo *skills mismatch* tra istruzione e domanda di lavoro».

La potenziale rilevanza costituzionale delle misure previste dal PNRR in tema di istruzione e formazione deriva dalla sua portata nell'ordinamento[65]. Tra l'altro, si consideri che il Governo ha già trasmesso alle Istituzioni europee l'impegno a impiegare somme che condizioneranno in modo del tutto non secondario l'organizzazione del sistema dell'istruzione incidendo, tra l'altro, su materie di competenza concorrente, qual è quella della formazione professionale. Difatti, nel testo del PNRR, si legge come la riforma (proposta ma a cui i fondi sono subordinati) ha come scopo quello di «allineare i curricula degli istituti tecnici e professionali alla domanda di competenze che proviene dal tessuto produttivo del Paese»[66].

Un altro riferimento, di non secondo momento rispetto alle argomentazioni a sostegno delle somme di denaro per il PNRR da parte dell'Europa, è contenuto nella previsione per cui la "riforma" prevedrà un sistema di integrazione dei percorsi ITS con il sistema universitario delle lauree professionalizzanti e che questo avverrà «replicando il "modello Emilia Romagna"».

64 TAR Calabria, Decreto Presidenziale 18 gennaio 2022 n. 25. La conclusione a cui è addivenuta, in questi termini, la giustizia amministrativa andrebbe considerata per una riflessione sull'utilizzo dello strumento delle ordinanze in altre situazioni critiche; si pensi al caso delle emergenze metereologiche allorquando, spesso, si procede alla chiusura delle scuole in un'ottica di "amministrazione difensiva". Per un ragionamento sul bilanciamento delle valutazioni tecnico scientifiche nel bilanciamento sul diritto all'istruzione si veda A. GIUBILIEI, *La scuola nell'emergenza: l'influenza delle valutazioni tecnico-scientifiche sul bilanciamento tra diritto all'istruzione e diritto alla salute nel periodo pandemico,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2022, p. 647 ss.

65 Riforma degli istituti tecnici e professionali; Riforma del sistema ITS; Riforma dell'organizzazione del sistema scolastico; Riforma del sistema di orientamento; Alloggi per gli studenti e riforma della legislazione sugli alloggi per studenti; Riforma delle classi di laurea; Riforma delle lauree abilitanti per determinate professioni.

66 In particolare lo scopo ultimo è quello di orientare il modello di istruzione tecnica e professionale verso l'innovazione introdotta dall'industria 4.0, per collocare la formazione all'interno del nuovo modello di sviluppo tecnologico.

Senza voler entrare nel merito del citato modello regionale, basti qui rilevare che appare quanto meno discutibile elevare a parametro il paradigma emiliano per orientare la spesa di ingenti somme per la riforma del sistema scolastico e d'istruzione. Ed infatti, a prescindere dall'ottima resa di questo in *quel territorio* regionale, non v'è traccia di un'istruttoria che abbia dimostrato la trapiantabilità di quel modello in altri territori, fortemente caratterizzati da bisogni affatto diversi da quelli della popolazione emiliana. Inoltre, non è trascurabile che si finisca per incidere su una materia di competenza regionale attraverso l'imposizione di un *unico* modello elaborato in *una* Regione. Certamente apprezzabile l'uso delle *good practices* regionali per orientare indirizzi e politiche nazionali. Altro e diverso conto, invece, è dare istituzionalmente un modello alle altre Regioni, che ben potrebbero - se volessero - discostarsene in forza della loro autonomia. Qualche ulteriore dubbio, inoltre, andrebbe sollevato in ordine al rispetto da parte del progetto PNRR del principio, che non pare poter trovare tali contrazioni, dell'autonomia scolastica[67].

Per quanto non rappresenti l'oggetto di questo scritto e rinviando alla dottrina che ha già affrontato il tema, si segnala, tuttavia, che il Governo ha altresì previsto dei progetti di riforma anche per i percorsi universitari, anche questi con una nuova chiave di lettura per le Università in favore dei percorsi professionalizzanti[68].

In generale, il PNRR mira allo sviluppo del sistema di formazione professionale mediante il potenziamento dell'offerta degli enti di formazione professionale terziaria e attraverso la creazione di *network* con aziende. Il percorso, iniziato con i documenti preliminari del PNRR, ha trovato un primo punto di arrivo nella recente approvazione della legge sulla riforma degli ITS[69] con l'obiettivo di rafforzare il rapporto tra istituti di formazione, territorio e realtà produttiva. Tuttavia, non sembra rinvenirsi nei primi documenti del PNRR quella distinzione prevista dalla

67 Il tema intreccia fortemente quello dell'autonomia scolastica in relazione a quanto previsto dalla Costituzione prima e dopo la riforma del Titolo V, F. SAITTA, *L'autonomia statutaria delle scuole: quali prospettive?*, in *Le Istituzioni del federalismo*, n. 4, 2004, p. 561 ss.; M. TROISI, *La Corte tra "norme generali sull'istruzione" e "principi fondamentali". Ancora alla ricerca di un di un difficile equilibrio tra (indispensabili) esigenze di uniformità e (legittime) aspirazioni regionali*, in *Le Regioni*, fasc. 3, 2010, p. 510 ss. Sulle forti criticità di un modello di autonomia scolastica incompiuta M. RENNA, *L'autonomia delle istituzioni scolastiche*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2, 2005, p. 353 ss.; rispetto alle più recenti proposte di riforma nella direzione di un regionalismo differenziato V. SATTA, *Regionalismo differenziato, istruzione e scuola,* in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1, 2020, p. 429 ss.; per una riflessione sulla difficoltà di attuazione di un'autonomia scolastica R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia scolastica. Tra sussidiarietà, differenziazione e pluralismi*, Torino, Giappichelli, 2011; L. FRANCO, *l'«Equivoca dizione» dell'art. 33, c. 2, cost. tra «norme generali», principi fondamentali e legislazione regionale alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2013, p. 1 ss.

68 Sul punto si rinvia alla dottrina che si è occupata nello specifico delle questioni che attengono al rapporto tra Università e PNRR, si veda G. GRASSO, G. MARGARIA, *PNRR e libertà costituzionali nell'Università: considerazioni d'insieme alla luce della riforma delle classi di laurea*, in *Osservatorio costituzionale,* fasc. 4, 2022, p. 38 ss.

69 Legge 15 luglio 2022 n. 99.

Costituzione che da una parte tutela il lavoro in tutte le sue forme e sancisce che è compito della Repubblica curare «la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori», ma dall'altra pone una netta distinzione, rispettivamente prevista dall'art. 34 Cost. e dall'art. 35 Cost., tra due ambiti differenti.

È stato già rilevato dalla dottrina come tra la scuola e il lavoro non possa mai esservi propriamente "alternanza", ma solo alternatività o, per meglio dire, consecutività, nel senso che il secondo ben può conseguire alla prima, ma mai surrogarsi ad essa[70]. Il primo documenti in materia sembra, invece, seguire un approccio opposto. Diversamente sarebbe necessario, nel corretto e condivisibile scopo di finalizzare i percorsi di formazione in favore di professionalità da impiegare nella produzione e nelle aziende, di tenere sempre in debito conto la distinzione tra i diversi obiettivi costituzionalmente tutelati, rifuggendo dalla tentazione di finalizzare la formazione alle sole esigenze del mondo produttivo, come sembra potersi interpretare dai documenti del Governo[71].

4 Conclusioni.

Il modello disegnato dai Costituenti in tema di Scuola è quello di un diritto all'istruzione e alla formazione non finalizzata (prioritariamente e soltanto) all'attività lavorativa. In una chiara distinzione tra diritto della cultura e politica della cultura, deve essere rivolta una particolare attenzione «all'atteggiamento di chi svolga una politica della cultura, anziché una politica culturale»[72].

La pandemia da Covid-19 ha riproposto il tema della Scuola mostrando come questo rappresenti un campo di scontro più che di incontro, dove alunni e alunne sono stati al centro di confronti accesi e di ricorsi alla giustizia. La legislazione mostra come si sia effettuato un bilanciamento tra i diversi interessi e di certo un sacrificio dell'istruzione a favore della protezione della salute in una condizione di emergenza sanitaria[73]; da qui però l'esigenza - superata la prima fase emergenziale - di riportare la riflessione sull'istruzione scolastica all'interno di un'interpretazione costituzionale.

Se, dunque, la Costituzione orienta verso un'istruzione scolastica che non si esaurisce nel mero obbligo per lo Stato di erogare attività didattica, ma in un effettivo raggiungimento dello scopo di istruire e completare la formazione familiare, allora è necessario porre in essere le azioni concrete affinché questo avvenga. Le politiche e gli atti normativi, pertanto, è necessario che abbiano come scopo il completamento

70 M. BENVENUTI, *La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale*, in *Federalismi*, n. 4, 2018, p. 99 ss.
71 I documenti possono essere reperiti nel sito internet www.pnrr.istruzione.it.
72 A. PIZZORUSSO, *Diritto della cultura e principi costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2000, p. 317 ss.
73 V. SATTA, *Tutela della salute e garanzia del diritto all'istruzione nello stato di emergenza. Nuove opportunità e vecchi problemi alla sfida della pandemia*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 3, 2020, p. 702 ss.

della formazione mediante la verifica dei risultati raggiunti in termini di conoscenza. D'altra parte, come già detto, con DPCM del 4 marzo 2020 all'art. 1, co. 1, lettera h) il Governo aveva previsto la necessità di effettuare una verifica, in un tempo successivo, dell'effettivo raggiungimento dei risultati in termini di formazione.

Di contro, la lettura dei citati atti normativi (primari e secondari) adottati durante la pandemia e in attuazione del PNRR non restituiscono la rappresentazione di scelte assunte avendo come scopo ultimo il rispetto delle disposizioni programmatiche contenute negli artt. 33 e 34 Cost. nell'accezione delineata dai costituenti e dalla dottrina[74].

V'è inoltre un sacrificio intollerabile dell'eguaglianza sostanziale sull'altare di pur nobili intenti di ripresa economica (peraltro, ad oggi, fortemente compromessa dall'acuirsi della crisi energetica a seguito della terribile contrapposizione bellica tra Ucraina e Russia). È evidente, infatti, che una misura che non tenga conto delle differenze socioeconomiche delle famiglie di provenienza non può intervenire per superare quelle differenze sostanziali che già pesano su chi ha meno capacità economiche e di relazioni sociali[75]. Con la fine della prima fase emergenziale, si sarebbero dovuti immaginare strumenti capaci di verificare e nel caso colmare eventuali lacune di istruzione per garantire l'effettivo diritto alla formazione scolastica e porre ragazze e ragazzi provenienti da famiglie diverse nella medesima posizione culturale di partenza.

Si è, invece, accentuato il solco delle differenze e assestato un altro colpo al già malconcio tessuto sociale, prediligendo un sistema dell'istruzione finalizzato alle più immediate necessità del mondo del lavoro piuttosto che alla imprescindibile formazione di un contesto culturale e di conoscenze capace di garantire al Paese quell'impianto democratico fondato su una conoscenza diffusa[76].

Ma è proprio in tempo di crisi che è necessario interrogarsi sui modelli educativi della propria epoca, sui paradigmi culturali e sul modo di concepire la ricerca della conoscenza. Solo adottando questa prospettiva sarà possibile assumere le scelte sull'istruzione scolastica che siano costituzionalmente conformi, senza scivolare nel rischio di rendere l'interesse dell'istruzione cedevole e quindi seguire la via più

74 In quell'accezione di una scuola come luogo capace di formare, G. LANEVE, I tanti significati del luogo scuola: uno sguardo costituzionale, in G. LANEVE (a cura di), *La scuola nella pandemia Dialogo multidisciplinare*, Macerata, EUM, 2020.

75 R. GHIGI, M. PIRAS, *Se la pandemia fa scuola. Disuguaglianze, partecipazione e inclusione dal banco allo schermo,* il Mulino, Fasc. 1, gennaio-marzo, 2021, p. 77 ss. Per una riflessione sulla considerazione che *«quando la famiglia ha sostenuto i bambini, la didattica a distanza ha avuto successo e dove la famiglia non ha potuto, anche la scuola ha fallito»* si veda M. PITZALIS, E. SPANÒ, *Il corpo assente. Riflessioni sulla scuola rimaterializzata*, in *Scuola democratica*, Fasc. 1, 2022, p. 25 ss.

76 Saggi come "Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica" di Martha Nussbaum e "L'utilità dell'inutile" di Nuccio Ordine non comparirebbero oggi sugli scaffali delle librerie se le istituzioni deputate all'istruzione delle nuove generazioni non fossero in crisi.

facile: quella, cioè, di rifuggire dal difficile ma indispensabile ruolo di formare i più giovani fornendogli gli strumenti indispensabili per essere cittadine e cittadini consapevoli capaci di costruire la società del domani sotto il faro mai spento dei valori costituzionali.

TUTELA COSTITUZIONALE DELL'AMBIENTE E OBIETTIVI DI SOSTENIBILITÀ NEL FRAMEWORK EUROPEO: IL RUOLO DELLE CORTI VERSO LA TRANSIZIONE VERDE.

Federica Marconi*

Abstract. Il tema dell'ambiente e, con esso, quello dello sviluppo sostenibile, hanno assunto un ruolo sempre più centrale nelle politiche degli Stati europei, al punto da spingere gran parte dei legislatori nazionali a prevederne la tutela costituzionale. In questo processo un ruolo fondamentale è giocato dalle Corti, spesso chiamate non solo a dare forma a tali contenuti in via interpretativa, ma anche a definirne i limiti o ad estenderne la portata, facendosi così precorritrici del sentimento dei tempi. Tale positivizzazione è davvero uno strumento effettivo verso la transizione verde, tanto più nello scenario attuale, dove la tutela dell'ambiente sembra spesso sacrificabile rispetto a contingenze e interessi contrapposti? Quale l'approccio dei diversi Stati europei nel bilanciare la tutela dell'ambiente con altri diritti di pari rilievo costituzionale come, ad esempio, gli interessi delle generazioni future o la libera iniziativa economia?

Parole chiave: ambiente, generazioni future, costituzione, sostenibilità, recovery.

Abstract. *Constitutional protection of the Environment and Sustainable goals in the EU framework: the role of National Courts towards the Green Transition. Environmental concerns and sustainable development have become a core topic in the policies of EU Member States. In accordance with this, an increasing number of Governments have decided to include the protection of the environment among the fundamental principles of their Constitutions. In this process, a fundamental role is played by the Courts, which are often called upon to give shape to these contents through their hermeneutical power, as well as to define their limits or extend their scope. A set of questions arises. Is the enhancement of the environmental protection in the Constitutions an effective tool to pursue the green transition in the current scenario? How can environmental protection be balanced with other constitutional rights, such as the interests of the future generations or the free economic initiative?*

Key words: *Environment, future generations, Constitution, Sustainability, recovery.*

SOMMARIO: 1. Premessa. **- 2.** La costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente in Europa. **- 2.1.** La positivizzazione del valore ambientale nella Costituzione italiana: la riforma degli artt. 9 e 41. **- 2.2.** Lo scontro semantico in seno al *Conseil d'Etat*: garantire o favorire la tutela dell'ambiente? **- 2.3.** La lettura costituzionalmente orientata del *Bundesverfassungsgericht* a tutela dell'interesse delle generazioni future. **- 3.** Bilanciabilità del valore costituzionale della tutela dell'ambiente: un nuovo equilibrio con gli interessi economico-industriali. **- 4.** Brevi considerazioni conclusive: scenari di sostenibilità in tempi di crisi.

1. Premessa

Il dibattito relativo all'importanza dell'ambiente, nonché al legame di quest'ultimo con i diritti fondamentali dell'uomo, ha radici profonde e ha accompagnato gran parte dei processi che hanno condotto all'attuale fisionomia della maggior parte delle Carte costituzionali degli Stati membri dell'Unione Europea. L'orientamento di quest'ultima, così come quello internazionale, sono ormai da tempo impegnati a promuovere la protezione dell'ambiente nelle sue molteplici declinazioni e ad incoraggiare il processo di transizione verso un'economia verde.

Le crisi degli ultimi mesi - quella socio-sanitaria dovuta alla pandemia, prima, quella umanitaria-energetica conseguente al conflitto russo-ucraino, poi - hanno rinnovato l'attenzione e le preoccupazioni legate all'adozione di strategie e di misure di azione per rendere possibile questo processo nel minor tempo possibile. Sin dagli anni Settanta è emersa la necessità di individuare una nozione di ambiente che fosse più ampia di quella meramente circoscritta agli "ecosistemi" e alla "natura" e che fosse, al contempo, capace di evidenziarne la stretta connessione con la vita dell'uomo, con la sua dignità e con il benessere a cui da sempre egli aspira[77].

Di sostenibilità si iniziò a parlare da quando, proprio a seguito della prima grande crisi energetica del dopoguerra, gli Stati Uniti e molti Paesi europei dovettero adottare misure drastiche per il contenimento dei consumi energetici. La crisi petrolifera del 1973, innescata dalla guerra di ottobre Arabo-Israeliana, determinò una ridotta disponibilità di petrolio che costrinse, difatti, molti Stati a considerare - per la prima volta - il ricorso a fonti alternative/rinnovabili per ridurre la dipendenza energetica dal petrolio. Con il c.d. rapporto *Brundtland*[78], venne fornita una delle prime definizioni a livello internazionale del concetto di "sviluppo sostenibile", da intendersi come "[…] quello sviluppo che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri".

Il concetto di sostenibilità, nato dallo sforzo di conciliare una pluralità di matrici e per mediare tra le esigenze di sviluppo sociale ed economico con quelle di tutela

77 * Dottorando di ricerca in Teoria dei contratti, dei servizi e dei mercati presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.
A questo ha contribuito indubbiamente lo sviluppo della sensibilità al tema in ambito internazionale. Fondamentale al riguardo la Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano, tenutasi a Stoccolma nel 1972.

78 Dal nome del presidente Gro Harlem Brundtland della *World Commission on Environment and Developmen*t, istituita nel 1983. Con la pubblicazione del rapporto "*Our common future*", del 1987, vennero formulate delle linee guida per lo sviluppo sostenibile. Il rapporto evidenziava la necessità di attuare una strategia in grado di integrare le esigenze dello sviluppo e dell'ambiente. Questa strategia è stata definita in inglese con l'espressione "*sustainable development*", tradotta successivamente con "sviluppo sostenibile".

dell'ambiente[79], ha avuto un impatto crescente sulla qualità dello sviluppo sociale, anche in ragione della declinazione in termini di relazione inter-generazionale già in esso contenuta. Da allora tanti altri passi sono stati fatti nella medesima direzione e tale rapporto ha costituito un punto di riferimento per tutti i documenti e le conferenze globali successive, fino all'adozione, nel settembre 2015, dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Sostenibile[80].

La politica ambientale si è progressivamente affermata come uno dei settori di maggior intervento dell'Unione Europea[81], attraverso una rilevante e crescente produzione normativa e di orientamenti a carattere generale che hanno e continuano ad influenzare fortemente le singole politiche degli Stati membri[82]. A ciò si aggiunge la centralità che il tema ha assunto nei progetti di sviluppo di istituzioni europee e nazionali. Si pensi, tra tutti, agli ambiziosi obiettivi del *Green Deal* europeo[83] e ai finanziamenti ad esso riservati nel piano per la ripresa *Next Generation* EU, nonché nel bilancio settennale dell'UE. In tale contesto si è nuovamente valorizzata la tutela degli interessi delle generazioni future, al punto da diventare uno dei traini dell'azione a livello europeo. A tal fine, si è anche evidenziata l'importanza del principio del "*Do No Significant Harm*" (DNSH) nell'orientare la predisposizione dei

79 F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; D. BARSTOW MAGRAW, L.D. HAWKE, *Sustainable Development*, in D. Bodansky, J. Brunnée, E. Hey (a cura di), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, 2007, pp. 613 e ss.

80 La c.d. Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, è un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità, sottoscritto il 25 settembre 2015 da 193 Paesi delle Nazioni Unite, tra cui l'Italia, per condividere l'impegno a garantire un presente e un futuro migliori. In particolare, l'Agenda 2030 prevede 17 obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals* - SDGs) da raggiungere entro il 2030, articolati in 169 Target. Nell'ambito di tale programma i giovani sono considerati "agenti critici" del cambiamento, ritenendo che possano trovare negli Obiettivi di sviluppo sostenibile una via per "[…] incanalare le loro infinite potenzialità verso la creazione di un mondo migliore".

81 La politica dell'UE in materia ambientale risale al Consiglio europeo di Parigi del 1972, quando i capi di Stato e di Governo manifestarono la necessità di una politica europea in materia ambientale che guidasse l'espansione economica con un relativo programma d'azione. L'Atto Unico Europeo del 1987 ha introdotto *ex novo* il titolo "Ambiente", quale prima base giuridica per una politica ambientale comune. Le successive revisioni dei Trattati hanno consolidato l'impegno dell'Unione.

82 Il Consiglio dell'Unione Europea ha emanato varie Conclusioni in materia di attuazione interna dell'Agenda 2030. Nell'aprile 2019, con l'adozione delle Conclusioni "Verso un'Unione sempre più sostenibile entro il 2030", da parte del Consiglio Affari Generali, si è demandata alla Commissione Europea la presentazione di ulteriori proposte concrete per definire un quadro strategico di riferimento onnicomprensivo per l'attuazione l'Agenda 2030 a livello europeo.

83 Il *Green Deal* europeo o Patto Verde europeo, annunciato a dicembre 2019 dalla Commissione Europea, è un una nuova strategia di crescita dell'Unione Europea per rendere l'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva entro il 2050. La Commissione europea ha adottato una serie di proposte per trasformare le politiche dell'UE in materia di clima, energia, trasporti e fiscalità, col fine di ridurre le emissioni nette di gas a effetto serra di almeno il 55% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990.

piani di ripresa nazionali, richiedendo agli Stati membri di adottare interventi che non arrechino danno all'ambiente.

La strategia comune europea, tra le altre finalità, ha infatti inteso creare uno strumento per ricostruire l'Europa non solo in termini di sostenibilità ambientale, quanto anche in termini di sostenibilità economico-finanziaria. È evidente lo sforzo volto all'acquisizione di un approccio concretamente intra- ed inter-generazionale, con misure che consentano agli Stati di ripagare il debito contratto per superare il periodo pandemico senza che del peso siano gravate interamente le generazioni a venire.

In Italia, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) ha dedicato alla Missione della Transizione Verde ed Ecologica la quota più alta delle risorse, seguendo le esplicite indicazioni provenienti dall'Unione Europea[84]. Questi temi ed obiettivi hanno poi trovato ulteriore riflesso nella riforma istituzionale del Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE), ora Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS), nonché nell'istituzione del Comitato interministeriale per la transizione ecologica (CITE) presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, al fine di coordinare la programmazione delle politiche nazionali per la transizione. Inoltre, il Ministero della transizione ecologica è stato chiamato ad assumere, oltre alle funzioni di tutela ambientale, anche le competenze in materia di politica energetica per raggiungere il *target* della progressiva e completa decarbonizzazione del sistema italiano.

La nuova consapevolezza acquisita anche a livello sovranazionale, nonché il progresso giurisprudenziale avutosi negli anni, hanno consentito un processo evolutivo che ha portato a riconoscere l'esistenza di "una nuova relazione tra la comunità territoriale e l'ambiente che la circonda"[85], al punto da ridefinire l'ambiente come un diritto costituzionale vivente, valore primario e sistemico.

A tal riguardo, si tenga conto che la Carta di Nizza, all'art. 37 - rubricato "Tutela dell'ambiente" - prevede che "Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile"[86]. È, dunque, riassunto in un'unica espressione il duplice fine di indirizzare lo sviluppo produttivo

84 Alla missione è stato destinato un totale di 59,46 milioni di euro, pari al 31,05% dell'importo totale del PNRR.

85 Corte Cost., sent. 23 maggio 2019, n. 179. Nella sentenza veniva, inoltre, specificato che il suolo costituisce una "[…] risorsa naturale eco-sistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell'equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale".

86 B. POZZO, *La tutela dell'ambiente nelle costituzioni, profili di diritto comparato alla luce dei nuovi principi introdotti dalla Carta di Nizza,* in B. Pozzo, M. Renna (a cura di), *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, 2004.

ed economico degli Stati membri verso la sostenibilità e di garantire una condizione di vita dei cittadini conforme a standard qualitativi di livello elevato[87].

I principi contenuti in tale articolo sono basati su quanto previsto dall'art. 3 del Trattato sull'Unione europea (TUE)[88], che riconosce - tra le altre cose - il ruolo dell'Unione nel promuovere "[…] la solidarietà tra le generazioni", e dagli artt. 11[89] e 191[90] del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)[91]. Quest'ultimo articolo, al para. 1, individua i quattro obiettivi che la politica dell'Unione in materia ambientale deve perseguire: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente; protezione della salute umana; utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali; promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici. Ciò nonostante, a livello europeo, non è possibile individuare una definizione normativa di ambiente.

Ad ogni buon conto, il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione sancisce che il godimento dei diritti ivi riconosciuti e tutelati "[…] fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future".

Alla luce della breve ricostruzione del quadro di riferimento sinora delineata, il presente contributo si propone l'obiettivo di ripercorrere le tappe della costituzionalizzazione della materia ambientale in diverse costituzioni europee (para. 2), soffermandosi con particolare attenzione sulla recente riforma costituzionale

87 P. MADDALENA., *L'evoluzione del diritto e della politica per l'ambiente nell'Unione Europea. Il problema dei diritti fondamentali*, in *Riv. Amm. R. It.*, 2000. Sulle criticità connesse al tema: U. FANTIGROSSI., *Debole sull'ambiente il progetto di carta fondamentale dell'Unione*, in *Riv. amm. R. It.*, 2000.

88 Secondo il para. 3: "L'Unione instaura un mercato interno. 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. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico".

89 "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".

90 Il para. 2 individua i principi della politica dell'UE in materia ambientale, orientata a garantire un elevato livello di tutela pur tenendo conto della diversità e peculiarità delle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione - in via prioritaria alla fonte - dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga". Il para. 3 individua, invece, i parametri che devono guidare la predisposizione della politica ambientale: dati scientifici e tecnici disponibili; condizione dell'ambiente delle varie regioni dell'EU; vantaggi e oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione; sviluppo socioeconomico dell'UE nel suo complesso e sviluppo equilibrato delle singole regioni. Con particolare riferimento ai principi si rinvia a: M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000, spec. pp. 117-149, e alla bibliografia ivi citata.

91 Tali previsioni hanno sostituito quelle di cui agli artt. 2, 6 e 174 del Trattato sulla Comunità Europea (CE).

italiana (para. 2.1). L'attenzione di concentra poi sul ruolo delle Corti nazionali e di come queste abbiano contribuito e contribuiscano a dare forma ai contenuti del c.d. "diritto costituzionale dell'ambiente", ma anche a definirne i limiti o ad estenderne la portata, facendosi così precorritrici del sentimento dei tempi (para. 2.2. e 2.3.). A tal fine, si osserva lo sforzo dalle stesse compiuto per operare un bilanciamento tra le diverse istanze di volta in volta coinvolte (para. 3). Da ultimo, sono formulate alcune brevi riflessioni conclusive circa sfide e opportunità che le crisi attuali pongono allo sviluppo sostenibile (para. 4).

2. La costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente in Europa

Ad oggi, seppur secondo modalità e schemi che possono variare tra loro, il novero di Stati europei la cui Costituzione dimostra di essere sensibile alle problematiche ambientali è piuttosto esteso. A tal riguardo, si può affermare che i concetti di sostenibilità e di interesse delle generazioni future[92] abbiano pian piano assunto un ruolo sempre più centrale, "approfittando della permeabilità delle Costituzioni contemporanee alle influenze esterne"[93]. Le formulazioni testuali che hanno consentito di dare rilievo a tali concetti possono per lo più essere ricondotte a tre categorie: i) la tutela dell'ambiente come principio fondamentale; ii) la tutela dell'ambiente come principio programmatico e obiettivo dell'azione dello Stato; iii) la tutela dell'ambiente come un diritto-dovere che si esplica nella dialettica tra poteri pubblici e cittadini. A corredo di tali previsioni, in molti testi costituzionali è possibile rinvenire riferimenti anche al diritto ad un ambiente salubre, alla sostenibilità, nonché al riconoscimento del diritto di accesso alle informazioni ambientali quale strumento di effettiva partecipazione dei cittadini alla cura di tale interesse primario[94].

Se è vero che molte delle costituzioni del secondo dopoguerra (c.d. Costituzioni di prima generazione) originariamente non hanno riservato particolare attenzione al valore dell'ambiente, molte di quelle più recenti si sono dotate di specifiche disposizioni al riguardo (c.d. Costituzioni di seconda e terza generazione). Si tenga conto, comunque, che successivi procedimenti di revisioni costituzionale hanno

92 Per un'analisi dei riferimenti alle generazioni future nelle costituzioni, si veda. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale,* Milano, 2008, pp. 125-126.

93 T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni*: *lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, allegato 1, 2016.

94 Sul punto si vedano le considerazioni di G. C. FERONI, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europei,* in *Federalismi.it*, 8/2019. Più in generale, si rimanda a: G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, A. TORRE (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, vol. I, Padova, 2016; R. ORRÙ, G. PARODI (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, vol. II, Padova, 2016; M. GANINO (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, vol. III, Padova, 2013; D. PORENA, *"Ambiente": complessità di una nozione giuridica*, in AmbienteDiritto.it, 2020.

consentito di inserire l'ambiente e la relativa tutela tra i principi cardine anche delle costituzioni più datate[95].

La Costituzione belga[96], ad esempio, dopo aver solennemente affermato che "Ognuno ha il diritto di condurre una vita conforme alla dignità umana", individua nel "diritto alla protezione di un ambiente sano" uno dei diritti - economici, sociali e culturali - garantiti dall'ordinamento e che contribuiscono al raggiungimento di tale primario obiettivo (art. 23). I Paesi Bassi, invece, rinviano espressamente al ruolo dei poteri pubblici, chiamati a provvedere alla tutela dell'abitabilità del Paese anche attraverso la protezione e il miglioramento dell'ambiente (art. 21)[97]. In Svezia, l'art. 2 della Legge sulla forma di governo (*Regeringsformen*)[98] ha subito una riforma costituzionale nel 1974, con l'introduzione dell'espresso riconoscimento in capo alle istituzioni pubbliche dell'impegno a promuovere uno sviluppo sostenibile che porti ad un "buon ambiente" per le generazioni presenti e future.

Anche nella Legge Fondamentale per la Repubblica Federale di Germania, all'art. 20A, si trova un riferimento esplicito alle generazioni future. Si prevede, infatti, che lo Stato tuteli - assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future - i fondamenti naturali della vita (*natürlichen Lebensgrundlagen*) e gli animali, mediante l'esercizio del potere legislativo nel quadro dell'ordinamento costituzionale e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto[99].

95 S. NESPOR, B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto Costituzionale dell'ambiente*, in S. Nespor, A.L. de Cesaris (a cura di), *Codice dell'Ambiente*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 99-141.

96 La costituzione belga è stata approvata dal Congresso nazionale il 7 febbraio 1831. Il testo è stato più volte emendato fino al 10 maggio 1993, mentre è stato integralmente revisionato e coordinato nel 1994, con l'entrata in vigore del nuovo assetto federale. Più diffusamente sul tema si veda: M. COMBA, *La protezione ambientale nel regno del Belgio*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1989.

97 I Paesi Bassi hanno una *Grondwet*, e cioè una "legge fondamentale" che è frutto di varie revisioni, alcune delle quali quasi totali, come quella del 1983. L'articolo in questione è stato introdotto a seguito della revisione costituzionale da ultimo citata, al fine di positivizzare l'idea diffusa secondo cui è responsabilità del Governo adottare politiche a tutela del clima. Sul tema, nel dettaglio, si vedano G. MARTINICO, *Studio sulle forme alternative di judicial review: il caso dei Paesi Bassi e della Svizzera,* in *Federalismi.it*, 2017; R. SEERDEN, M. HELDEWEG, *Public environmental law in the Netherlands,* Kluer Law International, 2002.

98 La costituzione delle Svezia (*grundlagarna*) è costituita da quattro leggi fondamentali: la legge sulla forma di governo (*Regeringsformen*), la legge fondamentale sulla libertà di stampa (*Tryckfrihetsförordningen*), la legge fondamentale sulla libertà di espressione (*Yttrandefrihetsgrundlagen*) e l'atto di successione del 1810 (*Successionsordningen*). Le ultime tre disciplinano settori limitati di normazione e hanno rango costituzionale in virtù dell'esplicito riconoscimento di cui all'art. 3 della legge sulla forma di governo. Si vedano: J. NERGELIUS, *Constitutional Law in Sweden*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 21/2011; F. DURANTI, *La revisione costituzionale nei Paesi nordici: una "manutenzione" costituzionale incrementale*, in F. Palermo (a cura di), *La "manutenzione» costituzionale*, Cedam, Padova, 2007;

99 Seppur il testo originario della *Deutsches Grundgesetz* del 1949 non contenesse alcuna disposizione di principio sulla protezione dell'ambiente, la giurisprudenza aveva interpretato estensivamente alcune norme costituzionali che legittimavano la competenza concorrente dello Stato in alcune

Il riferimento esplicito alla tutela degli animali si trova anche nella Costituzione bulgara[100], nella forma della garanzia della diversità della fauna selvatica, che si aggiunge alla garanzia della protezione e riproduzione dell'ambiente, oltre che delle risorse naturali (art. 15). Inoltre, l'art. 55 prevede il diritto di ciascuno ad un ambiente sano e favorevole, in conformità con gli standard prescritti e le normative previste. In quest'ottica, l'articolo precisa che tutti sono tenuti a prestare il proprio impegno nella protezione dell'ambiente. Riferimento esplicito alla responsabilità individuale dei cittadini si rinviene anche nel testo costituzionale finlandese[101], secondo cui "[…] ognuno è responsabile del mondo naturale e della sua biodiversità, dell'ambiente e dell'eredità culturale". Anche in questo caso, all'impegno dei cittadini viene affiancato quello delle autorità pubbliche, affinché sia garantito ad ognuno il diritto a un ambiente salubre, oltre che l'opportunità di influire sull'adozione di decisione concernenti l'ambiente in cui vive.

In Francia, la Costituzione esalta la valorizzazione dell'ambiente in varie previsioni. Il preambolo, ad esempio, prevede espressamente la solenne proclamazione da parte del Popolo francese della sua fedeltà ai diritti dell'uomo e ai principi della sovranità nazionale - così come definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata ed integrata dalla Costituzione del 1946 - e a quelli definiti nella Carta dell'ambiente del 2004[102]. Quest'ultima proclama il diritto di ogni individuo a vivere in un ambiente equilibrato e favorevole alla salute, cui si accompagna il dovere di partecipare alla tutela e al miglioramento dell'ambiente e di prevenire, ovvero - ove ciò non sia possibile, quantomeno - di limitare gli eventuali danni che potrebbe arrecare all'ambiente. Nel caso in cui i danni siano effettivamente provocati, il

materie, tra cui quella ambientale, nonché l'integrazione del diritto pubblico internazionale nell'ordinamento tedesco (es. artt. 24, 25, 74 e 75 della Legge fondamentale tedesca). La protezione dell'ambiente ha trovato espresso riconoscimento, come obiettivo nazionale, con la legge di modifica del 27 ottobre 1994, I 3146, a cui ha fatto seguito la "Legge per la modifica della Legge fondamentale (Finalità pubblica della protezione degli animali)" del 26 luglio 2002, I 2862. Sul punto, M. POTO, *Il principio della tutela dell'ambiente quale cardine del sistema partecipativo nella Repubblica Federale di Germania,* in A. Angeletti (a cura di), *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, 2015; M. T. NEUMANN, *The Environmental Law System of the Federal Republic of Germany*, in *Annual Survey of International & Comparative Law*, 3/1996.

100 Il testo costituzionale bulgaro è stato adottato nel 1971 e ha assunto la conformazione attuale nel 1991. È stata una delle prime costituzioni a determinare che è imposto allo Stato e alla società il dovere di preservare l'ambiente, elencando l'aria, il suolo e l'acqua come beni di inestimabile valore. Si veda: J. FRIEDBERG, B. ZAIMOV, *Politics, Environment, and the Rule of Law in Bulgaria,* in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 1994.

101 La costituzione finlandese, che tratta la questione relativa alla tutela dell'ambiente nella Sezione 20, Capo II, relativo a diritti fondamentali e libertà, è entrata in vigore nel 2000. Sul tema della sostenibilità in Finlandia si rimanda a: E. PAUKKU, *Sustainability and a basic principle for legislation: a case study about law making in Finland*, in *Visions for Sustainability*, 15/2021.

102 Costituzionalizzata con la legge costituzionale 1° marzo 2005, n. 205. Si veda: C. HUGLO, *Une Charte de l'Environnement adosséè à la constitution: pour quoi faire?,* in *Environment*, 6/2003.

responsabile è tenuto a contribuire alla loro riparazione, secondo le condizioni stabilite dalla legge. Anche le autorità pubbliche sono tenute a farsi promotrici dello sviluppo sostenibile, considerando alla stessa stregua la tutela e la valorizzazione dell'ambiente, lo sviluppo economico e il progresso sociale. Come sarà meglio approfondito *infra* (para 2.2.), nell'estate 2021 è stato presentato il progetto di legge costituzionale volto all'introduzione del principio della tutela dell'ambiente, della biodiversità e della lotta al cambiamento climatico nell'art. 1 Cost. Progetto di riforma che, tuttavia, non ha trovato l'accordo del Senato e del Parlamento.

Tra le costituzioni di seconda e terza generazione, quella greca[103], ad esempio, è stata una delle prime in Europa a contemplare una norma che tutelasse l'ambiente, riconoscendo un vero e proprio dovere pubblico in capo allo Stato (art. 24). La Costituzione spagnola[104], all'art. 45, prevede che tutti hanno il diritto di utilizzare un ambiente idoneo allo sviluppo della persona, così come tutti hanno il dovere di conservarlo. I poteri pubblici, affiancati dall'indispensabile solidarietà collettiva, sono chiamati a vagliare sulla utilizzazione razionale di tutte le risorse naturali al fine di proteggere e migliorare la qualità di vita, difendere e - se del caso - ripristinare l'ambiente. È, altresì, previsto che chi viola tali disposizioni è sanzionato penalmente o amministrativamente ed è tenuto a riparare il danno causato. A tal riguardo, anche la Costituzione ungherese[105], dopo aver riconosciuto il diritto di tutti a un ambiente sano, stabilisce che chiunque provochi un danno all'ambiente è tenuto a ripristinarlo o a sostenerne i costi di ripristino (art. XXI).

Come meglio analizzato nei paragrafi a seguire, le Corti nazionali, nel contesto nazionale ed europeo, hanno giocato - e giocano, oggi più che mai - un ruolo fondamentale nel tracciare i caratteri di tale principio fondamentale prima del

103 La costituzione greca è entrata in vigore nel 1975, dopo la caduta del c.d. "Regime dei colonnelli". Interventi di riforma si sono avuti nel 1986, nel 2001 e nel 2008. Sul punto: B.B. D'ARNESANO, *La Costituzione della Repubblica Greca,* in *Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche*, 55(3), 2014; G. ARAVANTINOU LEONIDI, *Peculiarità del sistema giudiziario greco nella tradizione dell'Europa meridionale: il peso del contesto costituzionale, politico ed economico sugli organi di autogoverno della magistratura,* in *DPCE online*, 2/2020.

104 Approvata dalle Cortes nelle Sessioni Plenarie del Congresso dei Deputati e del Senato tenutesi il 31 ottobre 1978. Ratificata dal popolo spagnolo mediante referendum del 6 dicembre 1978, è stata promulgata il 27 dicembre ed è entrata in vigore il 29 dicembre dello stesso anno.

105 La Costituzione del 2011 ha sostituito la Costituzione del 1949 la quale, pur essendo stata profondamente emendata a partire dal 1989, era rimasta in vigore dopo la fine del regime socialista. Il testo, adottato nel 2011 ed entrato in vigore nel 2012, ha attirato numerose critiche sia per il procedimento seguito per la sua approvazione che per i contenuti, ritenuti lesivi dei principi dello Stato costituzionale. Al riguardo, V. A. JAKAB, P. SONNEVEND, *Continuity with Deficiencies: The New Basic Law of Hungary*, in *European Constitutional Law Review,* 2013, 104; J. SAWICKI, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano, 2018, 97; G.F. FERRARI, *La Costituzione dell'Ungheria*, in M. Ganino (a cura di), *Codice delle Costituzioni,* Vol. III, Padova, 2013.

formale riconoscimento costituzionale, nonché nel delimitarne o estenderne il perimetro di applicazione a seguito della sua avvenuta positivizzazione.

2.1. La positivizzazione del valore ambientale nella Costituzione italiana: la riforma degli artt. 9 e 41.

La Costituzione della Repubblica italiana, in linea con le coeve altre costituzioni europee del dopoguerra, non presentava un riferimento esplicito all'ambiente. Ciò nonostante, in via interpretativa, si è ritenuto che la tutela dell'ambiente possedesse già una base costituzionale nella lettura combinata degli artt. 9 e 41, nonché dell'art. 32[106], oltre che in ossequio agli artt. 10 e 11 con cui l'Italia si impegna a sussumere il bene giuridico ambiente nei trattati internazionali o nelle fonti comunitarie[107]. È stata proprio la giurisprudenza che ha consentito di ampliare la nozione di "paesaggio", già presente nell'art. 9 Cost., fino a farle assumere un carattere globale e capace di abbracciare tutte le istanze ambientali, così da rendere l'ambiente un valore costituzionalmente garantito e protetto[108].

Il legislatore costituzionale ha, poi, introdotto un primo riferimento esplicito alla tutela dell'ambiente nel 2001, quando - con la riforma del Titolo V - ha inserito la "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema[109] e dei beni culturali" nell'art. 117, comma 2, Cost. nell'ambito dell'enumerazione delle materie su cui lo Stato ha competenza legislativa esclusiva, riservando altresì alla potestà concorrente delle Regioni la valorizzazione dei beni ambientali[110].

Si tenga conto che, già in questa occasione, la giurisprudenza costituzionale aveva evidenziato come la tutela dell'ambiente non dovesse essere intesa come una materia in senso tecnico, dal momento che non era possibile una configurazione della stessa come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata. Al contrario, investendo e intrecciandosi inestricabilmente con altri interessi e

106 Che rispettivamente prevedono: la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione; il principio di libera iniziativa economica; il diritto alla salute.

107 In ragione di tali potenzialità insite nel testo costituzionale, quest'ultimo è stato appunto definito come una "costituzione capace di futuro". Si veda al riguardo: S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 3/2017, pp. 3-38.

108 Per una puntuale ricostruzione della giurisprudenza sul punto si veda: R. MONTALDO, *Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021.

109 Art. 117, comma 2, lett. s), Cost. Secondo Corte Cost., sent. 14 gennaio 2009, n. 12, "[…] col primo termine [ambiente] si vuole, soprattutto, fare riferimento a ciò che riguarda l'habitat degli esseri umani, mentre con il secondo [ecosistema] a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé".

110 Per una ricostruzione dettagliata delle decisioni adottate dalla Corte costituzionale prima e dopo la riforma, si veda: 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.

competenze, l'ambiente doveva essere configurato come un "[…] valore costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale"[111]. Successivamente, con l'adozione del d.lgs. n. 152/2006[112], anche noto come Codice dell'ambiente, la gran parte delle disposizioni nazionali in materia di diritto ambientale ha trovato una prima codificazione, nonostante ulteriori previsioni continuino a rivenirsi in altre fonti primarie.

In data 8 febbraio 2022, con l'approvazione, della proposta di legge costituzionale, la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi è stata espressamente inserita fra i principi fondamentali della Costituzione italiana[113]. In ragione di ciò, suddetto principio ha ricevuto una più completa articolazione, superando il mero riferimento inserito con la riforma del 2001. Il provvedimento, votato in via definitiva alla Camera dei deputati, ha modificato gli artt. 9 e 41 Cost., oltre ad incidere direttamente sullo Statuto delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano in materia di tutela degli animali[114].

Nell'originaria formulazione dell'art. 9, il cui comma 2 annovera "la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione" tra i compiti della Repubblica, l'ambiente assumeva rilievo costituzionale nella sola veste di "paesaggio"[115]. In un primo momento, il Giudice delle leggi aveva fornito una lettura espansiva del termine "paesaggio", declinandolo in termini di tutela paesaggistico-

111 Corte Cost., sent. 26 luglio 2002, n. 407. Sul tema del carattere di "materia trasversale" della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e della potestà legislativa regionale in materia ambientale si veda anche Corte Cost., sent. 12 aprile 2017, n. 77. Da ultimo, Corte Cost., sent. 9 marzo 2020, n. 63 ha rilevato che la normativa regionale "[…] deve garantire il rispetto dei livelli minimi uniformi posti dal legislatore nazionale in materia ambientale". Ancora, che "[…] l'esercizio della competenza legislativa regionale, dunque, trova un limite nella disciplina statale della tutela ambientale, salva la facoltà delle Regioni di prescrivere livelli di tutela ambientale più elevati di quelli previsti dallo Stato".

112 D.l. 3 aprile 2006, n. 152, recante Norme in materia ambientale (T.U. ambiente).

113 Disegno di legge costituzionale 83 e abbinati-A, giunto all'esame dell'Assemblea del Senato dopo la conclusione del relativo vaglio referente da parte della Commissione Affari costituzionali, il 19 maggio 2021. Ha fato seguito l'adozione della legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1, recante *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2022.

114 Sulla consacrazione del valore dell'ambiente in Costituzione si veda G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente,* in *AmbienteDiritto.it*, 2022; E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione,* in *Costituzionalismo.it,* 1/2022; Y. GUERRA e R. MAZZA, *La proposta di modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una prima lettura,* in *Forum quaderni costituzionali,* 4/2021. Per alcune considerazioni critiche si veda G. SEVERINI e P. CARPENTIERI, *Sull'inutile anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione,* in *www.giustiziainsieme.it,* 2021; R. MONTALDO, *La riforma costituzionale dell'ambiente nelle modifiche degli artt. 9 e 41 Cost.; una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it,* 13/2022; F. GALLARATI, *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne,* in *DPCE Online*, 2/2022.

ambientale, così superando l'idea di tutela del "monumento in natura" emersa in Assemblea Costituente[116].

Con la riforma costituzionale si attribuisce espressamente alla Repubblica la tutela dell'ambiente nella sua accezione più ampia e sistemica - che ricomprende anche la biodiversità e gli ecosistemi - oltre a specificare un principio di tutela per gli animali, attraverso la previsione di una riserva di legge statale che ne disciplini le forme e i modi[117]. È la prima volta che il legislatore costituzionale decide di intervenire novellando uno dei primi dodici articoli della Carta costituzionale - che enunciano i principi fondamentali - e, per la prima volta, viene inserito il riferimento all'interesse delle "future generazioni"[118].

115 Secondo A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente,* Firenze, 1969, Vol. II, p. 387, il paesaggio era da intendersi come "[…] la forma del paese, creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nella città o nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni nella sua cultura". Si vedano anche S. AMOROSINO, *Il concetto giuridico di paesaggio: evoluzione, amplificazione ed indeterminazione*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2020, 824; N. CAPONE, *L'invenzione del paesaggio - Lo spazio terrestre nella prospettiva costituzionale*, in *Politica del diritto*, 2019, 47; G. MORBIDELLI, M. MORISI (a cura di), *Il "paesaggio" di Alberto Predieri,* Torino, Giappichelli, 2019.

116 In Prima Sottocommissione, i relatori Aldo Moro e Concetto Marchesi avevano dapprima formulato l'articolo come di seguito: "I monumenti artistici, storici e naturali del Paese costituiscono patrimonio nazionale ed in qualsiasi parte del territorio della Repubblica sono sotto la protezione dello Stato".

117 La nuova formulazione prevede quanto di seguito: "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". Si segnala che il TAR Lombardia, Sez. IV, sent. 7 marzo 2022, n. 529, è stato il primo ad applicare l'art. 9 Cost. nella sua nuova formulazione, con una sentenza in tema di biodiversità, precauzione e tutela delle specie autoctone. La causa in questione, proposta dalla Federazione Italiana Pesca Sportiva e Attività Subacquee, aveva ad oggetto la richiesta di annullamento della graduatoria e conseguente proposta di aggiudicazione della concessione delle acque di un bacino di pesca, nonché del decreto con cui era stata disposta la revoca del disciplinare della procedura. L'affidamento in concessione dei bacini di pesca specificamente individuati aveva l'obiettivo di conseguire una gestione ottimale della pesca dilettantistica ricreativa e sportiva ed assicurare la tutela dell'ittiofauna e degli habitat acquatici. Il Collegio, con riferimento alla revoca del disciplinare, ha giudicato idonea la motivazione della Regione Lombardia e congrua la relativa istruttoria, sostenendo che "[…] In ogni caso, la necessità di preservare gli habitat naturali nella loro condizione originaria al fine di non arrecare (o limitare) danni irreversibili alla fauna e alla flora selvatiche locali, risulta una ragione assolutamente valida e non contestabile, avuto riguardo al preminente rilievo del bene "ambiente", riconosciuto in modo espresso anche a livello costituzionale a seguito della riforma entrata in vigore in data 9 marzo 2022".

118 Sul tema: L. VIOLINI e G. FORMICI, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza,* in P. Pantalone (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, Il diritto dell'economia - Volume monografico, 2021; F. FRACCHIA, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, in *Il dir. dell'econ*., 2021; L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale,* in *AIC - Associazione italiana dei costituzionalisti, Osservatorio costituzionale*, 4, 2021. In particolare, viene osservato che l'inserimento delle future generazioni nell'art. 9 Cost. - quindi tra i principi fondamentali - e in collegamento alla tutela ambientale sembra porre il

Con la modifica dell'art. 41, comma 2, Cost., invece, viene attribuito fondamentale rilievo allo stretto legame esistente tra libera iniziativa economica privata, da un lato, e salute e ambiente, dall'altro. Questi ultimi, infatti, rappresentano un limite all'iniziativa economica al pari della sicurezza, della libertà e della dignità umana, con la conseguenza che anch'essi devono essere presi in considerazione, soppesati e tutelati *nelle* e *dalle* scelte di carattere economico.

Con la nuova formulazione testuale, pertanto, si è inteso elevare al rango costituzionale principi già previsti e tutelati dalle norme ordinarie. La conseguenza più immediata è stata una riscrittura del rapporto tra ambiente, proprietà privata e libertà di impresa, con una nuova centralità delle questioni ambientali che, nel breve e lungo periodo, avranno un forte impatto sull'organizzazione politico-amministrativa del Paese.

Con l'intervento sul comma 3, inoltre, il legislatore costituzionale ha riservato alla legge, nella funzione di programmazione e controllo dell'attività economica esercitata dallo Stato, la possibilità di indirizzare e coordinare l'attività economica, pubblica e privata, non soltanto ai fini sociali ma anche ambientali[119].

L'inserimento della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali di cui ai primi dodici articoli della Carta, mai modificati dal 1948 ad oggi, sembra quindi confermare la presa coscienza della necessità di una riforma strutturale che tenga conto delle implicazioni della crisi ambientale e individui nella relativa tutela un paradigma capace di orientare le future scelte, anche legislative[120]. Questa modifica sembra, inoltre, positivizzare un modello economico-sociale in cui l'ambiente, oltre a rappresentare un motore per lo sviluppo, è chiamato ad offrire un indirizzo costituzionale anche ai principi basilari dell'economia circolare, soprattutto in una fase congiunturale che ha imposto un ripensamento delle normali dinamiche di mercato.

---

tema della crisi ambientale come elemento strutturale, anche in ambito costituzionale. Significativo sarebbe poi anche il momento storico in cui tale modifica ha preso forma, caratterizzato dall'aver dovuto far fronte alla pandemia che, in tutta la sua drammaticità, ha messo a dura prova l'universalità del diritto alla salute pubblica.

119 La nuova formulazione prevede quanto di seguito: "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".

120 L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future entrano "espressamente" in Costituzione,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2022.

2.2. Lo scontro semantico in seno al Conseil d'Etat: garantire o favorire la tutela dell'ambiente?

Il 10 maggio 2021, il Senato francese ha adottato un progetto di legge costituzionale volto all'introduzione del principio della tutela dell'ambiente, della biodiversità e della lotta al cambiamento climatico nell'art. 1 della Costituzione. Il Governo intendeva riaffermarne la pari dignità di tale principio rispetto ad altri principi fondanti la Repubblica francese, oltre a conferirgli una forza particolare, derivante dal suo carattere propulsivo, volta a stimolare un'azione positiva da parte dei pubblici poteri.

Il Senato ha ritenuto necessario procedere ad emendare la formulazione del testo proposta dal Governo ("[…] *garantit la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et lutte contre le dérèglement climatique*" e, cioè, *garantire* la conservazione dell'ambiente e della diversità biologica e combattere il cambiamento climatico), ritenendo eccessivamente incerti gli effetti giuridici che la stessa avrebbe potuto comportare: nessuna opposizione sui temi dunque, quanto più numerose perplessità sull'impegno che i pubblici poteri avrebbero dovuto assumere per "garantire" la tutela nella causa ambientale. L'espressione, infatti, è stata considerata rischiosa per l'industria e lo sviluppo economico, quasi intendesse imporre alle autorità pubbliche un vero e proprio obbligo di risultato, con conseguenze troppo gravose sull'azione pubblica e sulle conseguenti responsabilità[121]. Il *Conseil d'Etat*, chiamato ad esprimere il proprio parere su tale proposta di riforma costituzionale, ha riconosciuto che il carattere prioritario della causa ambientale - essendo questa una delle questioni più importanti che l'umanità è chiamata ad affrontare - ben giustifica la sua collocazione nell'art. 1 Cost. accanto ai principi fondanti della Repubblica, seppur, almeno in linea di principio, tale articolo non è destinato ad accogliere l'affermazione delle politiche pubbliche. Inoltre, l'introduzione di un principio positivo d'azione per i pubblici poteri al fine di mobilitare la Nazione - così come espressamente indicato nelle motivazioni del Governo - non avrebbe fatto altro che marcare ulteriormente l'impegno già assunto dalle autorità pubbliche nazionali e locali nella loro azione nazionale e internazionale di preservazione dell'ambiente, con il rischio di determinare conseguenze ben più gravi e imprevedibili di quelle derivanti dal solo obbligo di partecipare alla conservazione e al miglioramento dell'ambiente, ai sensi dell'art. 2 della Carta dell'ambiente.

I Giudici hanno, dunque, suggerito di sostituire l'espressione "garantire la conservazione" con il verbo "conservare" ("*préserve*"), capace di per sé di rispondere alla volontà del Governo di rafforzare l'impegno a favore dell'ambiente e al

121 *Conseil d'Etat, Avis sur un Projet de Loi Constitutionnelle*, NOR:JUSX1915618L/Verte-1 del 20 giugno 2019,

contempo di tener in considerazione i recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale sul tema. Tale formulazione, inoltre, avrebbe anche garantito la coerenza con la Carta dell'ambiente, che utilizza proprio tale termine in diversi suoi articoli.

Con la stessa preoccupazione di mantenere l'uniformità testuale della norma costituzionale, il Consiglio di Stato ha anche ritenuto preferibile sostituire il termine "biodiversità" ("*biodiversité*") con l'espressione "diversità biologica" ("*diversité biologique*"), anch'esso già contemplato nel preambolo della Carta dell'ambiente. Da ultimo, con riferimento al cambiamento climatico, ha proposto di sostituire il verbo "combattere" ("*lutter*") con il verbo "agire" ("*agir*"), considerato più appropriato.

Il *Conseil d'Etat* ha, poi, proseguito riconoscendo che nelle intenzioni del Governo non c'era quella di introdurre una gerarchia all'interno delle norme costituzionali né, tantomeno, di stabilire un principio costituzionale di non regressione della protezione dell'ambiente[122]. Nondimeno, ha chiesto al Governo di fornire motivazioni e indicazioni più precise circa gli effetti giuridici attesi dalla riforma, soprattutto con riferimento alla conciliazione delle preoccupazioni ambientali con altri interessi pubblici potenzialmente coinvolti.

A sostegno delle argomentazioni svolte nel parere, il Giudice amministrativo ha richiamato una precedente decisione del Consiglio Costituzionale francese[123], in cui quest'ultimo aveva dedotto dal preambolo della Carta che "[…] la protezione dell'ambiente, patrimonio comune degli esseri umani, costituisce un obiettivo di valore costituzionale", superando quindi la precedente impostazione che gli aveva riconosciuto il solo carattere di obiettivo di interesse generale. All'esito di tale ricostruzione, il *Conseil d'Etat* ha, pertanto, suggerito la diversa formulazione secondo cui il governo protegge l'ambiente e la diversità biologica e agisce contro il cambiamento climatico, alle condizioni previste dalla Carta dell'ambiente del 2004[124]. In ragione delle modifiche al progetto presentato dall'Assemblea nazionale da parte del Senato, l'iter di riforma prevedeva l'adozione di un testo in identica formulazione da parte di entrambe le Camere, da sottoporre poi a referendum costituzionale.

122 Principio che la Corte costituzionale ha finora rifiutato di sancire allo stato attuale della Costituzione. Tale posizione è conferma di quanto già affermato dal Consiglio costituzionale nella decisione n. 2020-809 DC del 10 dicembre 2020. In questa decisione, pronunciata sulla "Legge sulle condizioni di commercializzazione di alcuni prodotti fitosanitari in caso di pericolo per la salute della barbabietola da zucchero", il Consiglio ha stabilito che i limiti posti dal legislatore all'esercizio del diritto di vivere in un ambiente equilibrato e rispettoso della salute, sancito dall'articolo 1 della Carta dell'ambiente, "[…] non possono che essere legati a esigenze costituzionali o giustificati da un motivo di interesse generale e proporzionati all'obiettivo perseguito".

123 Corte costituzionale, decisione n. 2019-823 QPC del 31 gennaio 2020, in materia di divieto di produzione, stoccaggio e circolazione di alcuni prodotti fitosanitari.

124 Letteralmente "*Elle préserve l'environnement ainsi que la diversité biologique et agit contre le dérèglement climatique, dans les conditions prévues par la Charte de l'environnement de 2004*".

Tuttavia, il 5 luglio 2021 il Senato ha rigettato per la seconda volta il progetto di legge in nome della "battaglia semantica" finora brevemente ripercorsa. Il processo di revisione costituzionale ha, quindi, subito un'ennesima battuta di arresto ed è stato definitivamente abbandonato il giorno successivo.

Il fallimento del tentativo di inserire il clima nell'art. 1 della Costituzione francese fa sorgere interrogativi anche circa l'effettività del ruolo che la legislazione statale ha riservato al coinvolgimento dei cittadini francesi nell'adozione di strategie e misure per far fronte alla questione climatica. Il progetto di riforma costituzionale è stato, infatti, presentato all'esito dei lavori della *Convention Citoyenne pour le Climat*[125]. Per mezzo di tale assemblea di cittadini, dal 2019 al 2020, è stato permesso a questi ultimi di rendersi protagonisti attivi nella discussione e proposizione di misure per la riduzione delle emissioni di carbonio, in uno spirito di collaborazione e giustizia sociale. Se dunque, da un lato, si è optato per un modello di partecipazione e di democrazia ambientale diretta - con un approccio *bottom-up* completamente inedito -, dall'altro, tale partecipazione si è risolta in un nulla di fatto con riferimento all'esito della procedura di riforma costituzionale.

2.3. La lettura costituzionalmente orientata del *Bundesverfassungsgericht* a tutela dell'interesse delle generazioni future.

Il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, Tribunale costituzionale federale tedesco)[126], è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge tedesca sul cambiamento climatico, approvata nel 2019, che disciplina gli "obiettivi climatici nazionali" e definisce i "limiti di emissione annuali" di gas serra fino al 2030[127]. In particolare, prevedeva che le emissioni di gas serra fossero gradualmente ridotte di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030 e stabiliva le quantità di emissioni annuali consentite, per ciascun settore, al fine di raggiungere l'obiettivo

125 Convenzione dei Cittadini sul Clima. Lo strumento è stato annunciato dal Presidente della Repubblica francese il 25 aprile 2019. Sono stati riuniti 150 rappresentanti della società civile e sono state presentate, in totale, 149 proposte. Di queste, il presidente Macron si era impegnato a promulgarne 146, compresa la modifica al preambolo della Costituzione.

126 *Bundesverfassungsgericht*, sentenza del 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18. Sul punto si vedano M. CARDUCCI, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del* BVerfG *del 24 marzo 2021*, in *LaCostituzione.info*, 3 maggio 2021; R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *LaCostituzione.info*, 30 aprile 2021; M.Magri, *Il 2021 è stato l'anno della giustizia climatica?*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021; G.Vivoli, *L'insostenibile leggerezza degli obiettivi climatici*, in *AmbienteDiritto.it*.

127 *Bundes-Klimaschutzgesetz* (KSG), ovvero la legge tedesca in difesa del clima. Secondo le intenzioni del legislatore tedesco, la legge federale sui cambiamenti climatici risponde alla necessità di un maggiore impegno nell'azione sulla questione del clima e ha lo scopo di offrire protezione contro gli effetti del cambiamento climatico globale. Ai sensi del § 1 (3) KSG, la base giuridica della legge deve essere rinvenuta nell'Accordo di Parigi (*infra*, nota 56) e, segnatamente, nell'impegno assunto di limitare l'aumento della temperatura media globale, nonché l'impegno assunto dalla Repubblica federale tedesca di perseguire l'obiettivo a lungo termine della neutralità dei gas serra entro il 2050.

generale[128]. Tale legge, tuttavia, non conteneva disposizioni applicabili a partire dal 2031, ma si limitava a prevedere che dall'anno 2025 il governo federale provvedesse a fissare annualmente, tramite ordinanze, le quantità di emissioni decrescenti per i periodi di tempo successivi.

La controversia da cui la pronuncia ha tratto origine si inserisce nella c.d. *Environmental Justice*, e cioè la richiesta del riconoscimento espresso in sede giudiziaria del diritto a vivere in un ambiente sano e, conseguentemente, dell'imposizione di doveri di tutela più penetranti in capo a tutti i pubblici poteri[129].

I ricorrenti avevano lamentato che lo Stato non avesse introdotto un quadro giuridico sufficiente per ridurre rapidamente le emissioni di gas serra e, più in generale, per rispettare gli impegni assunti con l'Accordo di Parigi[130]. Nei ricorsi si invocavano i doveri costituzionali di protezione derivanti dal riconoscimento da parte della Legge fondamentale tedesca ("*Grundgesetz*", di seguito "GG") del diritto alla vita e all'integrità fisica[131] e del diritto di proprietà[132]. Erano, inoltre, invocati il "[…] diritto di ognuno al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale[133]", nonché quello alla protezione fondamenti naturali della vita (art. 20° GG)[134] e della dignità umana[135]. Dal combinato disposto di questi ultimi articoli sarebbe quindi derivato il diritto fondamentale a un futuro conforme alla dignità

128 Ai sensi del § 3(1) KSG.

129 La nozione di "giustizia ambientale" nasce negli Stati Uniti a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso. Il primo caso che si ricordi è quello sorto nella Warren County nel North-Carolina, quando una discarica di materiali contenenti PCB (policlorobifenili) venne collocata nei pressi di una piccola comunità e quest'ultima cominciò ad attivarsi con molteplici manifestazioni di protesta, condotte in nome soprattutto del *grass-roots movement.* La risposta politico-istituzionale portò, nel 1972, alla creazione dell'*Environment Protection Agency* (EPA), che fornì la prima definizione di giustizia ambientale, oggi da intendersi come: "[…]the fair treatment and meaningful involvement of all people regardless of race, color, national origin, or income with respect to the development, implementation, and enforcement of environmental laws, regulations, and policies. […] It will be achieved when everyone enjoys the same degree of protection from environmental and health hazards and equal access to the decision-making process to have a healthy environment in which to live, learn, and work" (*cfr.* EPA Environmental Justice webpage). Sul tema: M. KLOEPFER, *Environmental Justice und geographische Unweltgerechtigkeit*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2000, p. 750; R.D. BULLARD, *Race and Environmental Justice in the United States*, in *Yale Journal of International Law*, 18, 1993, pp. 319 e ss; V. BEEN, *What's Fairness got to Do with it? Environmental Justice and the Siting of Locally Undesirable Land Uses*, in *Cornell Law Review*, 78, 1993, pp. 1001 e ss.

130 L'Accordo di Parigi è il primo trattato internazionale sul cambiamento climatico. È stato adottato il 12 dicembre 2015 da 196 Paesi ed è entrato in vigore il 4 novembre del 2016. Esso definisce nel dettaglio i contenuti del sotto-obiettivo 13.2 dell'Agenda 2030, che richiede di "[…] integrare le misure di cambiamento climatico nelle politiche, strategie e pianificazione nazionali".

131 Art. 2, comma 2, GG: "2. Ognuno ha diritto alla vita e all'integrità fisica. La libertà della persona è inviolabile. Solo la legge può limitare questi diritti".

132 Art. 14, comma 1, GG: "La proprietà e il diritto di successione sono garantiti. Contenuto e limiti vengono stabiliti dalla legge".

133 Art. 2, comma 1, GG.

umana e quello a uno standard minimo ecologico esistenziale (*ökologisches Existenzminimum*). Il mancato perseguimento dell'obiettivo di mantenere l'aumento della temperatura inferiore a 1,5°C, inoltre, rappresenterebbe un rischio concreto per milioni di vite, soprattutto tenuto conto delle conseguenze imprevedibili e irreversibili per il sistema climatico che ne possono derivare.

I Giudici costituzionali, in prima battuta, hanno escluso la violazione da parte del legislatore tedesco dei doveri costituzionali di protezione dai rischi del cambiamento climatico, essendosi comunque attivato con l'adozione delle disposizioni contestate. Ciò nonostante, hanno accertato la violazione della libertà dei ricorrenti, alcuni dei quali ancora molto giovani, in ragione dell'irreversibile scarico di maggiori oneri di riduzione delle emissioni per i periodi successivi al 2030 di cui, loro malgrado, saranno destinatari negli anni a venire. A tal riguardo, la Corte ha rilevato una violazione del principio di proporzionalità, dal momento che gli obblighi di riduzione di emissioni di CO_2, costituzionalmente necessarie alla luce dell'art. 20a GG, dovrebbero essere proporzionalmente distribuite nel tempo "[…] in una prospettiva orientata al futuro".

Al contrario, allo stato attuale e tenuto conto delle misure finora adottate, secondo i Giudici è evidente che le riduzioni ancora necessarie dopo il 2030 dovranno essere realizzate con sempre maggiore velocità e urgenza per poter raggiungere gli obiettivi dell'Accordo di Parigi. Tali obblighi di riduzione delle emissioni avranno, quindi, un impatto sempre maggiore sulle libertà delle generazioni future, che - potenzialmente - potrebbero essere minacciate da drastiche restrizioni dopo il 2030.

L'art. 20a GG, tuttavia, non ricoprendo una posizione prioritaria incondizionata rispetto ad altri interessi tutelati, deve pur sempre essere assoggettato a un bilanciamento con altri diritti e principi costituzionali in eventuale conflitto. Nel contesto in cui la decisione è stata assunta, è stato ritenuto che il peso specifico dell'obbligo di protezione del clima nel processo di bilanciamento aumenti con l'avanzare del cambiamento climatico. Secondo la Corte, ne consegue che il legislatore avrebbe dovuto, nel caso di specie, adottare in modo più stringente il principio di precauzione per tutelare i diritti fondamentali anche delle generazioni future, a garanzia di una "[…] salvaguardia intertemporale della libertà", con una mitigazione del riparto degli oneri per raggiungere la transizione verso la neutralità climatica in tempi utili.

134 "Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto".

135 Art. 1, comma 1, GG: "La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla".

La Corte ha provveduto, poi, a riaffermare la "speciale portata internazionale" del mandato di protezione del clima di cui all'art. 20a GG. L'obbligo di protezione del clima, infatti, per quanto fondato su previsioni nazionali, deve inevitabilmente superare le limitazioni del solo contesto domestico, in ragione del carattere globale dei problemi connessi al mutamento climatico e delle relative implicazioni. Tale obbligo impone allo Stato di non sottrarsi alle proprie responsabilità, ma di impegnarsi nel quadro di un coordinamento internazionale, che ne vincoli il processo politico e l'azione in una prospettiva orientata dalle preoccupazioni sulle tematiche ecologiche anche a tutela delle generazioni future.

In conclusione, il mandato di protezione del clima, obbliga a ripartire proporzionalmente le opportunità di libertà tra le generazioni per impedire che si verifichi uno spostamento unilaterale dell'onere di riduzione dei gas serra sulle sole generazioni future. Se così non fosse, queste ultime potrebbero continuare ad impegnarsi per la conservazione dell'ambiente solo a prezzo di una rinuncia radicale alle proprie libertà. All'esito del giudizio, la legge in questione è stata giudicata parzialmente incostituzionale per l'assenza di indicazioni dettagliate sulla riduzione delle emissioni dopo il periodo *target* e il Giudice costituzionale tedesco ha imposta al legislatore l'adozione di misure precauzionali che permettano di salvaguardare le libertà fondamentali delle generazioni future. Il legislatore, pertanto, è stato obbligato a riformare la legge sul clima del 2019 e a regolare dettagliatamente, entro il 31 dicembre 2022, le modalità di perseguimento degli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas serra per i periodi successivi al 2030. La formulazione di misure chiare e trasparenti, infatti, è stato considerato quale primo passo per fornire i necessari orientamenti per l'adozione di adeguati processi di sviluppo e attuazione, con un sufficiente grado di certezza nella pianificazione. Si tenga conto che, già il 12 maggio 2021, il Governo tedesco ha presentato un disegno di revisione della norma, approvato dal Bundestag il 24 giugno e dal Bundesrat il giorno successivo. La modifica ha innalzato 65% entro il 2030 e all'88% entro il 2040 gli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas serra. Inoltre, sono stati previsti obiettivi annuali concreti di riduzione delle emissioni fino al 2030, nonché il raggiungimento della neutralità climatica entro il 2045 e il raggiungimento di un livello negativo di emissioni a partire dal 2050.

La pronuncia, senza dubbio, ha avuto il merito di aprire prospettive di grande interesse, tanto più in ragione della rilettura dell'art. 20a GG, quale regola di custodia e protezione dell'ambiente e del clima in una dimensione diacronica. Tale impostazione supera la mera statuizione della doverosità della lotta al cambiamento climatico, interiorizzando nei principi costituzionali l'acquisita consapevolezza che la protezione dei diritti fondamentali deve avvenire in modo dinamico, grazie ad una

interpretazione che tenga conto anche del nuovo paradigma ambientale e che ripartisca scientemente le responsabilità secondo un approccio intra- ed inter-generazionale.

3. Bilanciabilità del valore costituzionale della tutela dell'ambiente: un nuovo equilibrio con gli interessi economico-industriali

Tra i temi di profondo interesse che hanno occupato negli anni il dibattito della dottrina e della giurisprudenza, vi è quello del rapporto e del conseguente necessario bilanciamento tra diversi beni di rilevanza costituzionale potenzialmente in conflitto tra loro. Tra questi, ruolo di prim'ordine spetta, da un lato, alla tutela della libertà di impresa e, dall'altro, alla tutela dell'ambiente, della salute e l'utilità sociale[136]. Tale inestinguibile tensione dialettica è inevitabilmente aggravata dalle crisi in atto, le quali restituiscono un quadro più complesso dove alla tutela della libertà di impresa si accompagna l'esigenza di garantire l'effettività dei diritti sociali, tra cui quello all'occupazione.

Tali questioni si inseriscono nel più ampio dibattito relativo alla configurazione e all'evoluzione del ruolo dei pubblici poteri nell'economia, a seconda che si ponga maggiore enfasi sul carattere interventista o liberista dello stesso. Nel disegno costituzionale italiano, nel Titolo III - relativo ai rapporti economici -, lo Stato è soggetto dell'economia sotto un duplice profilo: è gestore dell'attività economica pubblica ma è, al contempo, chiamato a fissare programmi e controlli sull'attività economica privata.

L'art. 41 Cost., frutto del compromesso tra le diverse anime in seno all'Assemblea Costituente[137], statuisce che l'iniziativa economica privata è libera, pur non qualificandola come inviolabile - a differenza di altre libertà civili contenute nel testo costituzionale -, introducendo contestualmente vincoli al suo esercizio. Pur confermando il primato della iniziativa economica privata su quella pubblica, infatti, non si volle attribuire carattere eccezionale all'intervento pubblico nell'economia, sancendo che l'iniziativa economica non può mai porsi in contrasto con l'utilità sociale[138] e non può mai essere esercitata in modo da arrecare danno alla sicurezza,

136 Per considerazioni sul tema si veda anche C. Della Giustina, *Il diritto all'ambiente nella Costituzione italiana*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020.

137 Il comma 1 dell'art. 41 Cost., secondo cui l'iniziativa economica privata è libera, è da sempre stato ritenuto espressione della posizione liberale. Il comma 2, imponendo limiti negativi all'iniziativa economica privata attraverso il riferimento all'utilità sociale, è considerato espressione della posizione cattolica. Ancora, il comma 3, introducendo limiti positivi è considerato espressione dell'anima comunista/socialista. Questa impostazione ha contribuito alla ricostruzione di tale libertà come "*dimidiata*". Sul tema: M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pp. 582 e ss.

138 V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, in *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 12 ss. La nozione ha da sempre suscitato perplessità.

alla libertà e alla dignità umana. Come anticipato nel para. 2.1., la riforma costituzionale da ultimo intervenuta ha ampliato lo spettro di tali limiti con quelli ulteriori della salute e dell'ambiente[139].

È noto che, a seguito del recepimento, seppur tardivo, delle direttive europee degli anni '80, il nostro ordinamento si è aperto alla protezione dalle immissioni inquinanti derivanti da impianti industriali. Nel fare ciò si è cercando un bilanciamento nella conflittualità fra aspettative di crescita economica e ripartizione del peso dei costi affrontati dalle imprese, necessari per dotarsi delle migliori tecnologie disponibili per un'efficace riduzione dell'impatto ambientale. La Corte costituzionale ha, più volte, affermato che le considerazioni di ordine economico devono essere bilanciate con quelle relative al diritto alla salute, da cui discende il diritto ad un ambiente salubre, nonché con quelle relative al lavoro, da cui derivano l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali e il dovere delle pubbliche autorità di impegnarsi in tale direzione[140]. Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione devono considerarsi in rapporto di integrazione reciproca, non potendosi affermare la prevalenza assoluta di alcuno di essi sugli altri. Se così non fosse - secondo l'ormai celebre espressione della Corte costituzionale - si verificherebbe l'illimitata espansione di solo alcuni di essi, che diverrebbero "tiranni" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette e che contribuiscono a costituire, nel loro insieme, espressione della dignità della persona[141].

Di recente, il Consiglio di Stato è stato chiamato dal Ministero per la Transizione Ecologica a fornire il proprio parere[142] sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso il "Piano Cave della Regione Toscana". Nel caso di specie, il ricorso era stato presentato da diverse imprese operanti nel settore lapideo, che

Si è ritenuto, infatti, che il concetto di "utilità sociale" fosse un concetto di non facile individuazione e delimitazione da parte del legislatore ordinario per via della sua genericità, con rilevanti ricadute in termini di apposizioni di limiti all'iniziativa economica privata. Si veda: G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost*., 1992, pp. 7 ss.

139 La tutela dell'ambiente, della salute e dell'utilità sociale si configurano, quindi, quale strumento che consente di dare rilievo alla protezione dei diritti fondamentali nella dimensione collettiva della loro esistenza. Sul punto, L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021.

140 Corte Cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85; 13 luglio 2017, n. 182; 23 marzo 2018, n. 58, c.d. Caso Ilva.

141 Il bilanciamento, secondo la Corte, 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 degli altri. L'obiettivo deve, infatti, essere la garanzia di una tutela unitaria, sistemica e mai frammentata, di tutti gli interessi costituzionali implicati. Nella pronuncia, la qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa, pertanto, che gli stessi non possono essere sacrificati sull'altare di altri interessi - ancorché costituzionalmente tutelati - non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto.

142 Cons. St., parere 24 dicembre 2021, n. 1970.

esercitano attività di escavazione e/o hanno la disponibilità di aree a destinazione estrattiva in diversi bacini nel Comune di Carrara. In particolare, le norme contestate prevedevano l'inserimento di quantitativi minimi di blocchi per stabilire la resa delle cave e consentirne l'escavazione: al di sotto di tali volumi era prevista la chiusura della cava[143]. Tali previsioni, secondo i ricorrenti, avrebbero introdotto delle "[…] vere e proprie misure di ingerenza e conformazione dell'attività economica", gravose e penalizzanti per le attività produttive del comparto, in quanto l'inserimento di volumi minimi di resa avrebbe determinato la chiusura di cave comunque economicamente produttive.

Il Collegio, dopo aver risolto le questioni relative al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di tutela dell'ambiente[144], ha ribadito il "potere-dovere" delle regioni, nell'ambito delle rispettive competenze legislative, di introdurre misure di tutela del paesaggio e dell'ambiente che possono porre condizioni e limiti alla proprietà e all'iniziativa economica[145]. Del resto, tali limitazioni sono da considerarsi compatibili anche con il diritto eurounitario invocato dai ricorrenti a tutela della libertà d'impresa, rappresentando una tipologia di motivi imperativi di interesse generale idonei ad opporsi validamente alle libertà di circolazione, di stabilimento e di prestazione di servizi di fonte unionale[146].

---

143 Nello specifico, oggetto dell'impugnativa sono stati gli artt. 13 e 14 del Piano Regionale Cave. L'art. 13 ha inserito per la prima volta quantitativi minimi di blocchi individuati attraverso una percentuale della produzione complessiva di progetto della cava (volume commercializzabile), indicata in misura non inferiore al 30%. L'art. 14 ha previsto un sistema di monitoraggio di tale misura minima. Ne conseguiva che la cava doveva essere chiusa ogni qual volta fosse accertata l'impossibilità di raggiungere la resa indicata del 30%. Da ultimo era previsto che il titolare dell'autorizzazione potesse riaprire la cava a seguito della ripresentazione di un progetto di variante per ottenere il ripristino del sito estrattivo.

144 Nel richiamare il costante orientamento della Corte costituzionale, ha evidenziato quanto di seguito: "[…] la collocazione della materia "tutela dell'ambiente [e] dell'ecosistema" tra quelle di esclusiva competenza statale non comporta che la disciplina statale vincoli in ogni caso l'autonomia delle Regioni, atteso che Il carattere trasversale della materia, e quindi la sua potenzialità di estendersi anche nell'ambito delle competenze riconosciute alle Regioni, mantiene, infatti, salva la facoltà di queste di adottare, nell'esercizio delle loro attribuzioni legislative, norme di tutela più elevata" (tra le altre, Corte cost., sent 23 gennaio 2019, n. 7 e sent. 26 giugno 2019, n. 147 del 2019, richiamate, da ultimo, da Corte cost. sent.24 febbraio 2021, n. 21).

145 Ciò, in particolare, troverebbe fondamento agli artt. 9 e 32 Cost., nonché nell'art. 3, comma 2 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, recante "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137", secondo cui "[…] L'esercizio delle funzioni di tutela si esplica anche attraverso provvedimenti volti a conformare e regolare diritti e comportamenti inerenti al patrimonio culturale". In aggiunta, deve tenersi conto anche di quanto previsto dall'art. 145, comma 4, del medesimo codice, secondo cui "[…] I limiti alla proprietà derivanti da tali previsioni non sono oggetto di indennizzo".

146 *Cfr.* Corte giust., 24 marzo 2011, C-400/08, Commissione europea c. Regno di Spagna, ECLI: ECLI:EU:C:2011:172: "[…] Anche la giurisprudenza comunitaria ha chiarito che restrizioni della libertà economica sarebbero ammesse (purché non discriminatorie, adeguate e proporzionate) per motivi imperativi di interesse generale, quali la protezione dell'ambiente e la razionale gestione del territorio,

Con tale parere, pertanto, già prima della riforma costituzionale, il Consiglio di Stato aveva affermato che il diritto di esercizio della libertà d'impresa, segnatamente nell'esplicazione di una attività ad alto impatto paesaggistico-ambientale di cava di materiali lapidei, "[…] è fortemente condizionata e profondamente conformata dal raffronto con gli interessi pubblici di tutela paesaggistico-ambientale, espressi e perseguiti nella pertinente pianificazione paesaggistico-territoriale, di livello gerarchico sovraordinato, dalla quale la pianificazione di settore riesce a sua volta profondamente conformata e orientata".

Nel caso di specie, il Collegio sembra quindi aver voluto confermare l'apertura verso un modello di impresa sempre più consapevole della questione climatica e maggiormente indirizzato al perseguimento degli obiettivi di sostenibilità.

L'obiettivo della decisione è stato quello di proporzionare e compatibilizzare un'attività - quale è quella estrattiva -, che comporta effetti paesaggisti e ambientali sul territorio permanenti ed irreversibili, oltre a scoraggiare il consumo di una risorsa naturale non riproducibile, se non nel rispetto di criteri di sostenibilità ambientale. Con riferimento alle misure del Piano Regionale Cave, il Collegio, condividendo le argomentazioni della Regione, ha sottolineato che tali previsioni sono dirette a consentire l'attività estrattiva del materiale ornamentale a condizione che il materiale primario estraibile garantisca una resa minima rispetto al materiale complessivamente commerciabile. In questo passaggio viene, pertanto, segnata la via per un nuovo approccio che indirizzi il rapporto tra tutela dell'ambiente e libertà d'impresa verso il raggiungimento di un obiettivo comune, attraverso la gestione responsabile e sostenibile della risorsa[147].

---

e che tali restrizioni possono anche prendere la forma di misure preventive, compresa la designazione delle zone in cui possono aprirsi esercizi commerciali".

147 Si tenga conto che il Consiglio costituzionale francese, già nel 2020, aveva per la prima volta affermato che le esigenze di tutela dell'ambiente possono giustificare delle limitazioni alla libertà imprenditoriale. La questione di costituzionalità, sollevata dal *Conseil d'Etat*, aveva avuto ad oggetto il divieto di produrre in Francia, a fini di esportazione, pesticidi contenenti sostanze vietate dall'UE. In particolare, trattavasi di una disposizione adottata il 30 ottobre 2018 e con decorrenza dal 2022, riguardante "la produzione, lo stoccaggio e la vendita" di prodotti fitosanitari. Secondo la ricorrente (associazione delle imprese produttrici di pesticidi), il divieto di esportazione sarebbe stato in contrasto con la Costituzione poiché, in ragione della gravità delle conseguenze sulle aziende del settore, ne avrebbe leso la libertà d'impresa riconosciuta e tutelata dall'art. 4 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino. Secondo i Giudici costituzionali, invece, il legislatore deve a conciliare "[…] gli obiettivi di protezione dell'ambiente e della salute pubblica sanciti dalla Carta con l'esercizio della libertà di iniziativa economica", ben potendo anche prendere in considerazione "[…] gli effetti che le attività esercitate in Francia possono produrre sull'ambiente all'estero". Con tale decisione, pertanto, il Consiglio costituzionale ha riconosciuto nella tutela dell'ambiente, patrimonio comune a tutti gli esseri umani, un obiettivo di valore costituzionale che ben può giustificare una limitazione di altri diritti costituzionalmente garantiti. *Cfr. Conseil Constitutionnel, Décision n. 2019-823 QPC du 31 janvier 2020*.

Dal percorso argomentativo svolto nel parere, emerge chiaramente come il Giudice amministrativo, chiamato a pronunciarsi su una questione foriera di evidenti implicazioni ambientali, avesse già provveduto, prima della modifica dell'art. 41 Cost., a bilanciare gli interessi coinvolti in una prospettiva *green-oriented.* In altre parole, anche prima del formale inserimento del rispetto della tutela dell'ambiente quale limite alla libera iniziativa economica privata, tale finalità poteva ben essere riconosciuta e perseguita attraverso una lettura estensiva della formulazione ampia di "utilità sociale", già contemplata nel comma 2 dell'articolo da ultimo citato.

4. Brevi considerazioni conclusive: scenari di sostenibilità in tempi di crisi.

Gli interventi di riforma delle costituzioni europee - avvenuti o auspicati -, così come la rilettura dei principi in esse contenuti e la formulazione di nuovi da parte delle Corti nazionali, si inseriscono in un più ampio movimento di transizione verso un'economia verde, volto ad assicurare uno sviluppo sempre più sostenibile e il perseguimento dell'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050.

La modifica intervenuta sulla Costituzione italiana, completando la menzione della tutela dell'ambiente contenuta nell'art. 117, ha coerentemente colmato una lacuna "di valore", inserendo un principio cardine frutto della nuova sensibilità ormai acquisita da istituzioni, società civile[148] e ben espressa dall'evoluzione giurisprudenziale sul tema. A tal riguardo, sarebbe stato forse auspicabile un ulteriore passo, volto ad inserire anche il concetto di sviluppo sostenibile tra i principi fondanti il nuovo assetto costituzionale in materia[149].

Alla luce della ricostruzione giurisprudenziale che si è sinora cercato di operare, è evidente che il tema dell'ambiente nelle sue molteplici sfaccettature e, con esso, quello della transizione verso un'economia climaticamente neutra e sostenibile, pongano questioni di fondamentale. Le Corti - nazionali ed europee - sono e saranno

148 Un sondaggio dell'*Eurobarometer* del 2020 ha evidenziato come, per almeno il 90% dei cittadini europei intervistati, la tutela dell'ambiente e del clima siano di fondamentale importanza e che, secondo l'83% degli stessi, l'intervento delle Istituzioni europee sia indispensabile per assicurarne la tutela, anche tenuto conto delle implicazioni sulle generazioni future. Si veda: *New Eurobarometer Survey: attitudes of Europeans towards the Environment*. Il sondaggio è stato condotto tra il 6 e il 19 dicembre 2019 e ha coinvolto 27.489 cittadini provenienti da tutti gli Stati Membri (28 al tempo). I risultati sono stati pubblicati a marzo 2020.

149 Una recente ricerca svolta sul testo delle Costituzioni dei 193 Stati membri delle Nazioni Unite ha mostrato come solo 54 di esse hanno al loro interno il termine sostenibilità o l'aggettivo sostenibile. Tale studio, tuttavia, mostra come il termine sia spesso declinato quale mera dichiarazione di principio nel preambolo delle Carte o con riferimento alla sola sostenibilità economica. Nella Costituzione italiana, ad esempio, è presente il riferimento alla sostenibilità economica agli artt. 81 e 97 in termini, rispettivamente, di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico. Si veda: T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni*: *lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, cit. Sul tema anche D. Porena, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale,* Torino, 2017.

sempre più chiamate a fornire la propria lettura, tanto più tenuto conto delle conseguenze di breve e lungo periodo delle crisi che stanno susseguendosi negli ultimi anni e che hanno imposto la ricerca di nuovi paradigmi economici e sociali.

Per il raggiungimento degli obiettivi e dei traguardi prefissati, l'Unione Europea si è adoperata indirizzando gli investimenti verso progetti e attività sostenibili, con un approccio generalmente orientato al finanziamento della transizione verde, da cui sono derivate forti implicazioni a livello nazionale. Filo rosso delle misure allo studio e adottate dai diversi Stati Membri, infatti, sembra essere anche la rinnovata e piena consapevolezza dell'inscindibile collegamento tra ambiente, crescita economica e competitività delle imprese nella direzione di uno sviluppo sostenibile.

Conseguenze della nuova sensibilità ambientale sulla libertà d'impresa si individuano anche nella spinta sempre maggiore - e spesso etero indotta - verso un modo di fare business più attento agli aspetti ambientali, sociali e di *governance* (c.d. "criteri ESG"), con contestuale adozione di metriche comuni per misurare gli impatti ambientali e sociali delle politiche aziendali e delle relative performance in relazione agli obiettivi preposti[150]. La gestione aziendale è, quindi, tenuta ad orientarsi verso buone pratiche e a lasciarsi ispirare da principi etici, mostrandosi pubblicamente più attenta ed attivamente impegnata in questioni ambientali (con tutte le ulteriori criticità che il c.d. "*green-washing*" può comportare). A questo si aggiunge anche il maggiore rilievo della valutazione della *compliance* delle imprese ai criteri ESG, con un fondamentale impatto sulle scelte di investitori e consumatori.

Lo scenario attuale, avendo messo in discussione il mondo che abbiamo conosciuto finora, ha portato con sé nuovi dubbi e interrogativi, tanto più con riferimento alla possibilità di coniugare - soprattutto nel breve periodo - le dinamiche relative all'andamento dei mercati con la necessità di una transizione che deve essere il più veloce possibile e indirizzata verso una crescita verde e responsabile. Questa esigenza è stata resa ancora più evidente dagli effetti dirompenti che il doppio shock - pandemico e bellico - ha avuto e sta ancora avendo sull'economia, e che ci ha posti dinnanzi ad un'ulteriore conferma di quanto un cambiamento strutturale della stessa sia necessario per renderla più resistente a fronte di potenziali ulteriori turbamenti. Se la pandemia, infatti, ha fortemente impattato sulle abitudini di consumo, a causa della guerra russo-ucraina siamo di fronte ad una ulteriore crisi dei mercati e degli approvvigionamenti di materie prime. La forte pressione sui prezzi, resa ancora più

150 A titolo esemplificativo, rilevanza sempre maggiore stanno acquisendo le informazioni non finanziarie, soprattutto tramite la rendicontazione obbligatoria prevista dal d.lgs. 30 dicembre 2016 n. 254, recante Attuazione della direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, recante modifica alla direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni.

minacciosa dall'ulteriore spinta data dall'inflazione, ha di conseguenza imposto l'impellente necessità di ripensare le strategie di approvvigionamento, di produzione e di consumo di energia. Non vi è alcun dubbio che - nel lungo termine - i principi di tutela dell'ambiente, nella triplice declinazione ambiente, sociale e di *governance*, saranno la strada da percorrere per perseguire gli obiettivi di neutralità climatica. Tuttavia, non può sfuggire come al momento si stia assistendo, nei fatti, ad una parziale battuta d'arresto su questi temi. Basti pensare al dibattito circa la riattivazione di strumenti di produzione energetica più tradizionali e più inquinanti, primo tra tutti il carbone, considerato congiunturalmente utile a fini sociali per far fronte allo *shock* economico che potrebbe verificarsi nel prossimo inverno.

A questo scenario deve aggiungersi, inoltre, la consapevolezza per cui le finanze pubbliche subiscono una sempre maggiore pressione, con conseguente rischio di una maggiore difficoltà nell'allocare le risorse verso gli obiettivi di protezione ambientale e sviluppo sostenibile, con crescente importanza del ruolo che sarà giocato dagli strumenti finanziari privati. Non c'è dubbio, pertanto, che i Paesi tutti, istituzioni e società civile debbano impegnarsi verso una rapida transizione verso le energie rinnovabili, non solo in ragione dell'importanza delle stesse per la tutela della salute e del clima, quanto anche per fronteggiare più facilmente crisi economiche e conseguenti rischi di volatilità dei prezzi.

Gli Stati stanno dimostrando una crescente sensibilità per il tema ambientale, che sembra andare di pari passo anche con le indicazioni certe fornite dal mercato: le fonti rinnovabili sono lo strumento meno impattante sull'ambiente per la produzione di energia e, al contempo, quello più economico e capace di permettere la maggiore autonomia energica di cui tanto si discute. Tuttavia, la sostenibilità e lo sviluppo sono sfide che non possono essere risolte con semplici soluzioni di mercato.

Spetta ora ai Governi nazionali intraprendere azioni concrete, in una prospettiva non solo nazionale, quanto anche transnazionale[151].

La riforma costituzionale - ove ormai completa, ove ancora in cantiere -, per non risolversi in una mera dichiarazione di principio e per poter davvero porre l'ordinamento nella condizione di tutelare l'ambiente e le generazioni future, potrebbe essere seguita dall'introduzione di disposizioni di legge ordinaria che definiscano in modo più incisivo i limiti d'inquinamento dell'iniziativa economica e le correlate "regole del gioco", oltre a riformare gli apparati organizzativi e a consolidare gli strumenti di *enforcement* già previsti.

151 H. BULKELEY, L. ANDONOVA, K. BACKSTRAND, M. BETSILL, D. COMPAGNON, *Governing climate change transnationally: assessing the evidence from a database of sixty initiatives*, in *Environ. Plan. C: Gov. Policy*, 30/4, 2012, pp. 591-612; M. WHITEHEAD, R. JONES, M. JONES, *The Nature of the State: Excavating the Political Ecologies of the Modern State*, Oxford Univ. Press, 2007.

L'ambiente presenta, infatti, caratteristiche intrinseche tali da renderlo un concetto sfuggente e mutevole nel tempo, difficilmente predeterminabile in astratto[152]. Ne consegue che lo stesso non possa essere assunto come riferimento oggettivo di interessi individuali o collettivi suscettibili di tutela in termini di posizioni giuridiche soggettive, ma sia necessario che diventi oggetto delle politiche pubbliche, e cioè delle "strategie e azioni di tutela" di cui i pubblici poteri sono chiamati a farsi carico[153]. Del resto tale approccio è confermato anche a livello europeo, dove l'art. 37 della Carta di Nizza invoca un approccio per politiche e dove l'art 11, para. 1, TFUE riconosce formalmente il principio di integrazione della tutela dell'ambiente in tutte le politiche e azioni pubbliche.

In tale prospettiva, non può non notarsi una transizione nel ruolo che lo Stato è chiamato a ricoprire verso il c.d. "*development State*"[154], in risposta alle attuali congiunture economiche e sociali. Tale cambiamento non solo può seguire il solco in molti casi già tracciato dalla giurisprudenza ma ben può, ove necessario, superarne il *caveat*, così da farsi fautore di nuovi sviluppi.

152 M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021.

153 Sul tema: E. BRUTI LIBERATI, M. CECCHETTI, L. RONCHETTI, *Tutela dell'ambiente: diritti e politiche,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2021. A titolo esemplificativo, si tenga conto che l'art. 6 della Carta dell'Ambiente francese prevede che "[…] le politiche pubbliche devono farsi promotrici dello sviluppo sostenibile. A tale scopo, queste considerano alla stessa stregua la tutela e la valorizzazione dell'ambiente, lo sviluppo economico e il progresso sociale".

154 K. BACKSTRAND, A. KRONSELL, *Rethinking the Green State: Environmental Governance Towards Climate and Sustainability Transitions,* London Routledge, 2015; I. SCOONES, *The Politics of Sustainability and Development,* in *Annu. Rev. Environ. Resour*., 41/ 2016, pp. 293-319.

IL DISTRETTO CULTURALE: L'INVERAMENTO DELLE GARANZIE OBBIETTIVE ATTRAVERSO LA CODETERMINAZIONE DELL'INTERESSE COLLETTIVO

Giacomo Biasutti

Abstract: lo studio, partendo dall'analisi del c.d. distretto culturale, mira a dimostrare come la gestione territorialmente integrata dei beni culturali costituisca una forma di coprogrammazione efficace quando si tratta di beni collettivi, ossia pubblici per destinazione. Il distretto, ove istituito attraverso formule di amministrazione consensuale, è un modello organizzativo che consente la partecipazione procedimentale dei privati così come la tutela giurisdizionale del cittadino-utente che ambisca *pro quota* all'accesso alla risorsa culturale, rispetto al quale l'amministrazione è onerata di obblighi precisi di servizio pubblico.

Abstract: the study, starting from the analysis of the so-called cultural district, aims to demonstrate how the territorially integrated management of cultural heritage reveals itself as an effective form of co-programming when it comes to collective goods, which are public by destination. The district, established through consensual administration formulas, is an organizational model that allows the procedural participation of private individuals as well as the judicial protection of the citizen-user who aspires to be granted pro quota access to the cultural heritage. The public administration, in fact, is burdened of specific public service obligations in order to grant access to each citizen to the cultural resource.

SOMMARIO: 1. La coprogrammazione della gestione dei beni collettivi: la formula del distretto culturale. **– 2.** Segue. Gestione condivisa dei beni culturali nell'accordo di programma. **– 3.** La sfida aperta della codeterminazione dell'interesse pubblico. **– 4.** Aspetti pratici della costituzione del distretto culturale. **– 5.** Segue. L'accordo di programma come strumento di codeterminazione delle politiche pubbliche. **– 6.** Contenuto dell'accordo. **– 7.** Rapporto giuridico inverso e beni culturali: una teoria realizzata nel distretto culturale. **– 8.** La garanzia dell'effettività del servizio distrettuale. **– 9.** Il distretto culturale quale forma evoluta di accesso alla risorsa culturale.

1. La coprogrammazione della gestione dei beni collettivi. Il patrimonio culturale

In tempi oramai risalenti, specie a livello europeo[1], si è fatta strada l'idea che le decisioni circa la gestione dei beni della comunità[2] non possano essere appannaggio esclusivamente delle strutture burocratiche. Sempre più spesso, infatti, si sono introdotte formule di compartecipazione[3] per dare accesso agli strati sociali intermedi nel processo decisionale pubblico. Viepiù, tuttavia, si è assisto a livello interno alla proliferazione delle ipotesi di partenariato pubblico-privato nella gestione dei beni pubblici, ritenendo che la cogestione fosse una risposta sufficiente alle istanze partecipative. Si tratta però in entrambi i casi di strumenti il cui limite intrinseco è sempre stato l'assenza di una organicità complessiva, poiché disciplinavano una compartecipazione che atteneva solamente aspetti troppo astratti[4] o, all'estremo

1 Di capitale importanza ai fini della presente trattazione è la Convenzione sul patrimonio culturale stipulata a Faro nel 2005, cfr. M. CAMMELLI, *La ratifica della convezione di Faro: un cammino da avviare*, in *Aedon*, 2020, n. 3. Vedasi anche M.R. SPASIANO, *Bene comune e solidarietà tra interessi generali e particolari, Atti del Convegno Università, ricerca e bene comune*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1995

2 Le premesse per l'inquadramento dei beni culturali all'interno della categoria generale dei beni comuni sono state poste da L. DE LUCIA-V. CERULLI IRELLI, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni 'de iure condendo' su un dibattito in corso*, in *giustamm.it*, 2013, per poi giungere ad alcuni primi punti fermi, ad esempio, in D. D'ORSOGNA-A. IACOPINO, *El patrimonio cultural en el marco del la teoría de los bienes comunes. ¿De lo público "institucional" a lo publico "común?*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, n. 2. Questi ultimi Autori, in particolare, inscrivono nella categoria dei beni comuni proprio i beni culturali, in quanto destinati alla pubblica fruizione e preordinati, come fine ultimo, all'accrescimento della conoscenza di tutti i cittadini.

3 Si ricordano, in particolare, gli atti di indirizzo europei, che si sono occupati della questione sin da inizio millennio: *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, 2000/C 121/02, poi ripresa a seguito del tendenziale insuccesso delle linee di riforma nelle *Guidelines for successfull Public-Private Partnership,* del marzo 2003 e nel *Resource Book of PPP Case Studies*, nel giugno 2004 e il *Green Paper on PPP's and Community Law on Public Contracts and Concession*, marzo 2004 oltre alla *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici*. Con questi atti si è cercato, in particolare, di dare alle P.A. degli strumenti pratici per la gestione del partenariato, così come ha fatto la Corte di Giustizia della Comunità Europea, *Decisione Eurostat sul trattamento contabile delle operazioni di PPP*, febbraio 2004. Anche in tempi più recenti gli organi europei hanno cercato di incentivare l'utilizzo di strumenti partecipati, vedasi la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 19 novembre 2009, concernente la mobilitazione degli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato* del 2009 nonché la *Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle regioni, Un'agenda europea per l'economia collaborativa, 2016*. Peraltro, a seguito dell'esplodere della crisi pandemica Covid-19, i temi dei procedimenti di codecisione e dei partenariati sono tornati di nuovo prepotentemente alla ribalta. Questa volta, però, come sistemi di coinvolgimento degli stati sociali molto più che in un'ottica di mera contrazione della spesa pubblica. Cfr. M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009 e M. TIBERII, *Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischio*, in L. IANNOTTA (a cura di), *Amministrazione dello sviluppo ed economia e finanza di impatto sociale*, Franco Angeli, Milano, 2018, e bibliografia ivi citata. Prefigurava, infine, l'evoluzione poi assunta dalla disciplina M.R. SPASIANO, *Interesse pubblico e interesse privato: verso il declino della grande dicotomia*, in *Rivista di diritto amministrativo*, 1995.

4 Il riferimento corre, ad esempio, a quanto previsto all'art. 112, d.lgs. n. 42/2004.

opposto, di minuta gestione[5], finendo quasi per confondere il piano operativo del servizio con quello programmatorio di carattere invece realmente generale. Il che, se da un lato può non sorprendere stante la natura del servizio pubblico (che è attività materiale cui sono presupposte scelte politiche di indirizzo) [6], dall'altro genera notevoli difficoltà applicative per l'assenza di coordinamento che molte volte si verifica quando vi sia una soluzione di continuità tra la visione complessiva e le singole attività che le danno attuazione. Probabilmente, lo iato che si è sempre dato per scontato tra la scelta di alta amministrazione e la gestione operativa a valle è dovuto alla circostanza che molte volte si è guardato al partenariato -e più in generale alle ipotesi di compartecipazione dei privati- come formula di contrazione della spesa pubblica[7], piuttosto che come strumento di reale condivisione gestionale, specie a seguito dei vincoli imposti dalla modifica dell'art. 97 della Costituzione[8]. Nondimeno, per quando si possa affermare che l'equilibrio tra entrate ed uscite abbia oggi dignità di principio di diritto amministrativo generale[9], il raffronto con gli atti di

5 In questo caso, invece, ci si riferisce ad esempio agli istituti del d.lgs. n. 50/2016, cfr. S. ANTONIAZZI, *Contratti pubblici e beni culturali: specialità della disciplina e obiettivi di tutela, di conservazione e valorizzazione*, in *giustamm.it*, 2019, n. 7.

6 G. GASPARE, *Il servizio pubblico tra teoria e storia*, in *economia e diritto terziario*, 2005, n. 2, nonché, con specifico riferimento al tema, M. DUGATO, *Funzione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e come servizio privato di pubblica utilità*, in *Aedon*, 2007, n. 2.

7 In questi termini si legge tra le righe R. GIOVAGNOLI, *Sistemi di realizzazione delle opere pubbliche e strumenti di finanziamento: dall'appalto pubblico al partenariato pubblico privato*, in *Giustamm.it*, 2011, n. 10, Cfr. anche G.F. CARTEI-N. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 5.

8 Si tratta della nota riforma operata dalla l. cost. n. 1/2012. In particolare, M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, sostiene che si tratterebbe di uno strumento efficace di contrazione della spesa, dal momento che la maggior parte dell'esborso erariale avviene attraverso procedimenti amministrativi. Questo è un profilo rilevante, ai fini della presente trattazione, posto che secondo la nota teoria delle garanzie obbiettive di Salvatore Buscema, il prelievo fiscale genera un rapporto di obbligo di erogazione in favore del cittadino da parte dello Stato (in questo caso, il rapporto si trasla direttamente in capo alla P.A.). Vedasi anche F. GALLO, *Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e il tramonto dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali. Relazione alla Commissione della Camera dei Deputati sul tema Federalismo fiscale e vincolo del pareggio di bilancio*, Roma, 30 ottobre 2014, in *Rass. Trib.*, 2014, n. 6, M. CECCHETTI, *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di contro-riforma dell'autonomia regionale e locale*, in *Atti del Seminario La nuova governance fiscale europea. Fiscal Pact, cornice europea e modifiche costituzionali in Italia: problemi aperti e prospettive, Luiss Guido Carli, 9 novembre 2012*, in *archivioceradi.luiss.it*, P. CANAPARO, *La legge costituzionale n. 1 del 2012: la riforma dell'articolo 81, il pareggio di bilancio e il nuovo impianto costituzionale in materia di finanza pubblica*, in *federalismi.it*, 2012.

9 In quest'ottica muovono le riflessioni di S. BUSCEMA, *Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Giuffré, Milano, 2005, il quale vede nell'equilibrio di spesa pubblica attraverso l'erogazione dei servizi alla collettività una forma di garanzia obbiettiva di corretta gestione del prelievo fiscale. Vedasi anche F.

indirizzo europei e con gli stessi referenti che si possono rinvenire nella normativa primaria, suggeriscono che alla base del PPP non vi siano -solamente- ragioni di carattere contabilistico[10]. Sebbene si possa parlare di diritti economicamente condizionati, specie con riferimento alla erogazione di un pubblico servizio, infatti, le istanze di riequilibrio della spesa pubblica non sarebbero da sole sufficienti a giustificare la partecipazione privata nella fase programmatoria, la quale è esente in sé da costi erariali in senso proprio[11]. Invece, è il richiamo al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 della Costituzione che giustifica dal punto di vista ordinamentale l'adozione di formule attraverso le quali i privati vengono a definire prima e gestire poi gli interessi della collettività in luogo (o meglio a fianco) della pubblica amministrazione[12].

Dunque, l'idea di fondo del partenariato pubblico privato in una sua accezione evoluta è che il coinvolgimento dei cittadini sia nella fase decisionale che in quella operativo-gestionale favorisca la reale effettività dell'azione pubblica al contempo conseguendo quella contrazione della spesa che appare obbiettivo ineludibile della struttura amministrativa nel suo complesso. Così, in definitiva, garantendo pure il migliore soddisfacimento di quelle pretese[13] degli strati sociali che hanno non solo una valenza collettiva ove considerate nel loro complesso, ma, indubbiamente, anche individuale, ove riconosciute meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento con riferimento al patrimonio collettivo. In questi termini, la compartecipazione veicola non solo l'inveramento materiale[14] delle situazioni giuridiche soggettive, ma realizza

---

WIEACKER, *Sulle costanti della civiltà giuridica europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986.

10 Così A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Astrid online*, 2015, n. 26.

11 E questa, in effetti, si è dimostrata come già accennato essere una delle maggiori criticità di quella assenza di coordinamento complessiva che rischia di minare alle basi l'efficacia dello strumento del partenariato, cfr. B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico privato: un quadro generale*, *Giustamm.it*, 2010, n. 6.

12 Il che è maggiormente evidente con riferimento, ad esempio, al c.d. terzo settore, ove gli interessi che il d.lgs. n. 117/2017 individua come meritevoli di persecuzione da parte dei relativi enti attengono tutti al soddisfacimento di bisogno qualificati della collettività, come sottolinea, tra gli altri, M LONGONI (a cura di), *La riforma del Terzo Settore: il nuovo codice del no profit*, Wolters Kluver Milano, 2018.

13 Il termine, in questo caso, è da intendersi sostanzialmente riferito a quelle posizioni giuridiche soggettive che trovano riconoscimento nella normativa primaria o secondaria divenendo in qualche misura esigibili nei confronti della pubblica amministrazione. Non a caso, come si vedrà, con riguardo a queste ultime vi è stato chi in dottrina ha ritenuto ravvisarsi in tema di valorizzazione del patrimonio culturale di veri e propri diritti soggettivi: cfr. sul punto, R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale* in *Foro amm.*, 1° dicembre 2016.

14 L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, Padova, 2001, afferma infatti che la funzione specifica della P.A. nell'ambito del servizio pubblico risiede proprio nell'inveramento materiale dei diritti previsti in astratto da disposizioni costituzionali o di legge. A livello di dottrina costituzionale, si rinvia invece a quanto affermato da S. FOÀ, *Gestione e alienazione dei beni culturali*, in *Diritto amministrativo*, 2004, e cioè che «il diritto culturale inteso come pretesa ad ottenere determinate

anche quelle garanzie obbiettive di spesa erariale evitando la determinazione unilaterale delle politiche pubbliche[15].

Proprio la teoria delle garanzie obbiettive, che vuole fare corrispondere al prelievo fiscale il "diritto" ad un servizio da parte dei pubblici poteri è per vero particolarmente utile per comprendere il tema del "diritto di accesso" al patrimonio culturale. Si tratta, infatti, di un tipico caso di "diritto sociale"[16], e dunque di una prestazione che non può definirsi legalmente garantita da se non per mezzo di un'attività discrezionale dell'amministrazione[17]. In quest'ottica, una ipotesi organica di partenariato che abbracci la fase programmatoria e quella gestoria, si inserisce dunque tra gli strumenti che possono garantire l'effettività delle situazioni giuridiche soggettive[18] come inveramento del rapporto biunivoco che si instaura tra cittadino e

prestazioni e a godere di determinati diritti, come desumibile dall'art. 9 Cost., pare così rientrare nel novero dei diritti sociali la cui realizzazione dipende in primo luogo dalla previsione del legislatore e, in secondo luogo, dal provvedimento amministrativo finalizzato alla destinazione pubblica del bene culturale. E tali diritti sociali, in base all'art. 9, comma 1 Cost. non limiterebbero il proprio contenuto alla mera pretesa di conservazione del patrimonio culturale complessivamente considerato, ma tenderebbero a condividere più concretamente con la formazione intellettuale dell'individuo attraverso un processo educativo, inteso nel senso più ampio, comprensivo dell'acquisizione di ogni valore culturale ancorché puramente estetico».

15 Ci si riferisce alla elaborazione dottrinale di S. BUSCEMA, *Patrimonio pubblico*, Giuffré, Milano, 1976 e *Trattato*, *op. cit.*, teoria poi rielaborata da A. CRISMANI, *La tutela giuridica degli interessi finanziari della collettività. Aspetti e considerazioni generali con riferimento al diritto comunitario*, Giuffré, Milano, 2000, che ricostruisce il prelievo fiscale come rapporto giuridico inverso tra cittadino e P.A., laddove ad una prestazione del primo corrisponde la necessità di erogazione di un servizio di interesse collettivo da parte della seconda. Si tratta dunque di un rapporto che, in questi termini, ha una doppia base, giuridica e politica.

16 Sebbene in realtà vi è chi dubiti della stessa valenza definitoria del termine, come M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, *Aggiornamento*, Utet, Torino, 2012. Nondimeno, la teoria giuridica risalente, fa riferimento ai diritti sociali per definire quelle pretese dei cittadini che si proiettano dall'individuo verso la collettività (M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritto – Teoria generale: VII – Diritti soggettivi: e) Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Giuffré Milano, 1964) che necessitano di una azione positiva per il relativo inveramento (B. CARAVITA, *Art. 33*, in V. CRISAFULLI-L. PALADIN (a cura di) *Commentario breve alla costituzione*, Cedam, Padova, 1990, con specifico riferimento al diritto all'istruzione).

17 Nel senso che, al di fuori della teoria delle garanzie obbiettive, diviene difficile azionare la posizione davanti ad un giudice, cfr. A. CRISMANI, *La dinamica realzionale tra collettività e attività finanziaria*, in *Diritto e società*, 2021, n. 2.

18 Ci si rifà alle tesi, note, di Salvatore Satta, ben riassunte nella loro portata da E. CIPRIANI, *Salvatore Satta e la centralità del processo*, in *Ritorno al diritto*, 2008, n. 7. In diritto amministrativo, di contro, ci si è occupati del tema della effettività dapprima principalmente negli studi inerenti al giudizio di ottemperanza (M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Cedam, Padova, 1989, nonché C. CALABRÒ, *Il giudizio amministrativo per l'ottemperanza*, in *Enc. giur.* vol. XV, Treccani, Milano, 2003, p. 957 ss.), per poi focalizzarsi, specie a seguito della introduzione del codice del processo amministrativo, anche su aspetti inerenti al tipo di domande proponibili avanti al T.A.R. in sede di giurisdizione ordinaria di legittimità (G. MONTEDORO, *Le azioni nel processo amministrativo*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Wolters Kluver,-Cedam Milano, 2014). In realtà, come sottolinea D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, il tema della effettività della tutela del cittadino non può essere affrontato se

Stato nel momento del prelievo fiscale[19]. Così, peraltro, trovando pure coerenza con la natura collettiva[20] del bene culturale: si tratta infatti di una categoria giuridica che, come noto, deve essere valorizzata proprio per garantirne il fine ordinamentale di accrescimento della conoscenza sociale[21]. Dacché, però, l'attenzione si sposta su di un ulteriore aspetto fondamentale della gestione di servizi di natura sociale, ossia quello delle tutele giurisdizionali che si applicano a questo rapporto biunivoco. Invero, la partecipazione privata, se da un lato può avere pure l'effetto di garantire una azionabilità della pretesa avanti ad un giudice, di contro non può mai avere effetti escludenti, ossia divenire il veicolo per ridurre le guarentigie di diritto pubblico. Dunque, a valle della ricostruzione teorica di una ipotesi di partenariato *sui generis* nella gestione dei beni culturali, non potrà che esservi la verifica, sul piano processuale, di come la teoria possa incidere sulle condizioni di tutela giurisdizionale di tutti gli interessi coinvolti.

2. Segue. Gestione condivisa dei beni culturali nell'accordo di programma.

I beni culturali, che sono l'oggetto specifico della proposta di studio, hanno una collocazione peculiare nell'ordinamento. Al contempo, la Costituzione li tutela e valorizzazione ove già esistenti (art. 9) ma ne promuove pure la produzione quale opera della creatività umana (art. 33 e ss.). Proprio per questa natura ibrida, sono oggetti difficili da maneggiare, tanto che la partecipazione privata attraverso strumenti di partenariato contrattuale di diritto privato si sono dimostrati largamente inefficaci[22]. Oltre al fatto che, tali ipotesi di collaborazione, attivandosi all'interno di

non partendo dalle tutele procedimentali, che riguardano le modalità di partecipazione al procedimento decisionale. Cfr. anche R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, n. 10.

19 Ancora, S. BUSCEMA, *Trattato*, *op. cit.* p. 26 ss.

20 La ricostruzione è quella, nota, di M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, n. 6, che afferma come nel caso di un bene culturale, "*la cosa è elemento materiale di interessi di natura immateriale e pubblica*"

21 Così, in particolare, M. VAQUER CABALLERÌA, *La relazione tra cultura e mercato nel diritto dell'unione europea: dall'eccezione alla diversità culturale*, in D'ORSOGNA-P.L. SACCO-M. SCUDERI (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in *Arte e critica*, XXI, supplemento al n. 80/81,2016 e, più recentemente, *El derecho a la cultura y el disfrute del patrimonio cultural*, in *Revista PH Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, n. 101, ottobre 2020, ove si ricostruiscono i c.d. tre pilastri del servizio pubblico culturale. Il pilastro italiano, che si riferisce allo scritto di M.S. Giannini, sopra ricordato, afferisce proprio alla pubblicità del bene culturale.

22 Con riferimento agli strumenti previsti dal Codice dei contratti pubblici, la Corte dei conti, sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, deliberazione 4 agosto 2016, n. 8/2016/G, nella sezione riguardante le *Iniziative di partenariato pubblico-privato nei processi di valorizzazione dei beni culturali* (con commento di A. CRISMANI su *l'amministrativista*), ha già certificato tale inefficienza, dovuta alla scarsa attrattività per gli operatori privati con riferimento a opere che generano scarsa redditività in relazione ai costi sostenuti per la relativa gestione, proprio perché non inserite all'interno di un sistema organico di relazioni amministrative ed economiche. Proprio da queste evidenziate criticità parte S. CAVALIERE, *La valorizzazione/gestione del patrimonio culturale in*

un mercato concorrenziale, sono giocoforza escludenti rispetto a chi non vinca la procedura competitiva di selezione el *partner* privato. Per queste ragioni, quindi, si ritiene di inquadrare la proposta di una partecipazione programmatorio-gestionale integrata all'interno degli strumenti di diritto pubblico ed, in particolare, dell'accordo di programma quale formula di amministrazione concertata. Si ambisce infatti a dimostrare che una intesa di diritto pubblico, con l'istruttoria che la prelude, fornisca migliore risposta alle istanze pubblico private di cui si è detto poc'anzi sotto un duplice profilo. Da un lato, l'accordo è strumento di natura pubblicistica ma particolarmente flessibile[23], che può essere di volta in volta adattato alle esigenze concretamente riscontrate. Dall'altro, esso dà l'accesso all'apporto privato attraverso formule diverse dalla gara, consentendo la valorizzazione di quelle capacità ed esperienze che spesso trovano difficile espressione nelle procedure competitive, dove il bene-fine è la concorrenza.

Il risultato finale che si vuole raggiungere, pertanto, è la dimostrazione di come l'accordo di programma sia strumento utile alla gestione del patrimonio culturale in un ambito territoriale definito, che prende il nome di distretto culturale. Questo tanto sotto un profilo organizzativo, quanto giurisdizionale, intendendo il distretto stesso come garanzia obbiettiva di finanza pubblica *sui generis*.

3. La sfida aperta della codeterminazione dell'interesse pubblico.

Si dice cosa nota ricordando che il patrimonio culturale italiano si presenta estremamente differenziato nelle forme espressive e disperso dal punto di vista territoriale. Questo, se da un lato genera problemi sul piano definitorio e di tutela[24], dall'altro rende difficile trovare la dimensione gestionale ottimale che eviti il dilavamento della risorsa finanziaria necessaria alla stessa tutela e valorizzazione del patrimonio. Infatti, se da un lato gli attori economici hanno sempre rappresentato la necessità di costruire sinergie virtuose[25], dall'altro difficilmente trovano uno strumentario giuridico *ad hoc* che consenta la realizzazione delle relative

funzione dello sviluppo economico: l'esperienza degli strumenti collaborativi, in *Amministrazione in cammino*, 3 febbraio 2020, conclude che è «attraverso gli strumenti concertativi e la semplificazione delle procedure amministrative che si può realizzare, in maniera più consona allo spirito della Costituzione, il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, ma anche conseguire soluzioni maggiormente aderenti ai concreti bisogni dei vari territori».

23 Si tratta, in effetti, piuttosto di uno quadro di garanzia di diritto pubblico per l'attività che vi viene disciplinata, piuttosto che uno scheletro precostituito che deve di volta in volta essere adattato alle esigenze della P.A., cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino 2005.

24 Essendo difficile comprendere *cosa* sia culturale e quindi *come* tutelarlo, come da tempo sottolineato da M. CAMMELLI, *L'ordinamento dei ben culturali tra continuità e innovazione*, in *Aedon*, 3/2017.

25 Vedasi, ad esempio, T. PENCARELLI-S. SPLENDIANI, *Le reti museali come sistemi capaci di generare valore: verso un approccio manageriale e di marketing*, in *Il capitale culturale. Studies on the Value of cultural Heritage*, 2011.

progettualità. La definizione di politiche territoriali d'ambito, quindi, ha anzitutto lo scopo di ricondurre a razionalità il sistema produttivo e amministrativo creando artificialmente quella interconnessione relazionale che in natura i singoli beni culturali, al pari delle imprese che con questi operino, non hanno. Si tratta peraltro di una tendenza evolutiva del sistema di spesa pubblica che si riscontra ormai non solo negli appalti[26], ma anche e soprattutto nei servizi sociali alla persona[27], dove l'elemento della vicinanza al cittadino è espressione del principio di sussidiarietà.

In quest'ottica risulta subito evidente l'importanza di definire ambiti di azione ottimale: questa delimitazione, infatti, è il primo passaggio di una corretta programmazione del servizio[28], e, dunque, costituisce il prodromo ineludibile per garantire una erogazione efficiente e capillare. Ove l'ambito ottimale non sia correttamente individuato, infatti, gli strumenti di gestione non faranno altro che cercare di correggere in fase esecutiva[29] le inefficienze create a monte, a discapito della efficacia delle soluzioni operative congeniate. La programmazione distrettuale, in questi termini, garantisce pure il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni che vengono stabiliti in maniera omogena[30] facendo sì che la chiamata in sussidiarietà del privato non si converta in una riduzione di effettività dell'azione pubblica.

Nondimeno, ove l'ambito ottimale venga definito attraverso una formula di amministrazione negoziata, si garantisce anche la compartecipazione decisoria di soggetti non legati da vincoli di subordinazione sul piano amministrativo, che si si

26 Ove si tende a eliminare le inefficienze attraverso la concentrazione dei procedimenti presso amministrazioni più strutturate e, quindi, si ritiene meno dispersive e con maggiori mezzi, come sottolineato, pur evidenziando come si sono cercati alcuni correttivi all'eccessivo accentramento, da F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Giappichelli, Torino, 2017.

27 Diversi sono gli esempi di gestione integrata d'ambito di beni per loro natura "collettivi", come l'acqua (G. CAIA, *Organizzazione territoriale e gestione del servizio idrico integrato*, in *Nuova rass.*, 1996, n. 8, M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ATO per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in *federalismi.it*, 2016, n. 1, nonché V. VAIRA, *La gestione del servizio idrico integrato*, in *federalismi.it*, 2020, n. 26). La base costituzionale della gestione di prossimità di questi beni, invero, si suole riferire all'art. 118, che come noto stabilisce il principio di sussidiarietà verticale e orizzontale: R. CAVALLO PERIN, *I servizi pubblici tra enti locali e regione*, in M. DOGLIANI-J. LUTHER-A. POGGI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Piemonte*, Giappichelli, Torino, 2018.

28 Anzi, si può dire che è essa stessa programmazione del servizio. C. FELIZIANI, *Il servizio pubblico verso la (ri)scoperta dei principi di adeguatezza, differenziazione e autonomia. Il caso della gestione dei rifiuti in Italia e in Inghilterra*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, n. 3-4, p. 845, sottolinea proprio l'utilità di una attività direttiva dei pubblici poteri che consenta un coordinamento all'interno di ambiti territoriali omogenei dal punto di vista del servizio reso. Con riferimento alla qualificazione della gestione dei beni culturali come servizio pubblico vedasi F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *federalismi.it*, 2018, n.1, e dottrina ivi citata.

29 Così A. CRISMANI, *La gestione museale tra vecchi e nuovi problemi. "I musei tra l'immaginario collettivo e la realtà giuridica e gestionale"*, in *Aedon*, 2013, n. 2.

30 M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità sociale*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2007, n. 1-2, utilizza il termine con riferimento al patrimonio culturale,

può definire come espressione di una complessa operazione amministrativa[31]. Se questo è vero sul lato pubblicistico, la collaborazione istruttoria dei privati permetti di condensare nel procedimenti interessi liquidi e, dunque, difficilmente tutelabili sebbene abbiano una propria consistenza metagiuridica proprio perché radicati in un territorio. Quindi, oltre ad un profilo organizzativo che fa fronte alla criticità costituita dall'assenza di coordinamento tra strumenti giuridici gestionali, sotto un profilo meno pratico ma certo non meno rilevante, il concetto di gestione d'ambito distrettuale serve a dare consistenza giuridica agli interessi del territorio. E questo proprio perché queste stesse posizioni giuridiche, sublimate attraverso l'accordo, contribuiscono a condeterminarne le politiche di fondo, la prima delle quali è appunto l'ambito spaziale dell'erogazione del servizio. Esse, insomma, partecipano alla definizione i bisogni che l'amministrazione vuole soddisfare[32].

4. Aspetti pratici della costituzione del distretto culturale.

Da quanto si è sin qui detto, risulta facile comprendere quanto sia fondamentale il corretto dimensionamento del distretto culturale, quale "*sistema locale*"[33] di gestione di un patrimonio culturale ramificato e disperso. Onde evitare il rischio che il dimensionamento abbia a referente non già la scienza giuridica o economica, bensì soltanto quella sociale[34], si deve anzitutto ricordare che l'operazione amministrativa mira essenzialmente all'efficientamento[35]. Dunque, a principio della programmazione

31 La tesi è quella di D. D'ORSOGNA, *op.cit.* Secondo l'Autore, infatti, il concetto di coordinamento non è inquadrabile come una relazione organizzativa dotata di una propria autonomia giuridica. Esso, semmai, è il risultato di una operazione amministrativa, svolta ad esempio attraverso la conferenza di servizi, alla quale partecipano soggetti pubblici equiordinati.

32 Come si vede, quindi, in questo caso l'interesse pubblico è definito a partire dal basso, secondo un processo di sublimazione le cui radici si rintracciano in A. AMORTH, *Una nuova sistematica per la giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, n. 1, in specie p. 76 ss., che, sebbene avvicinando la questione dal punto di vista processuale -che molto impegnava la dottrina al tempo- definiva la sublimazione come il processo attraverso il quale l'interesse collettivo viene convogliato nell'interesse legittimo che poi ha azionabilità avanti ad un giudice dello Stato.

33 Così V. DI CAPUA, *La Convenzione di Faro. Verso la valorizzazione del patrimonio culturale come bene comune*, in *Aedon*, 2021, n. 3. Con riferimento alla dimensione territoriale, vedasi nello specifico P. FORTE, *Istituzioni culturali e rigenerazione territoriale*, in C. BERTOLINI-T. CERRUTI-M. OROFINO-A. POGGI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, vol. I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli-Torino, 2020, p. 411 ss. nonché, con riferimento alla integrazione degli operatori economici come strumento di creazione di valore sociale, M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni come via di uscita dalla crisi*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per 169 uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

34 Ossia, onde evitare che la dimensione e collocazione del distretto sia basata esclusivamente su nozioni sociologiche contingenti di *cosa* si culturale e comune ad una determinata area. Questo non perché tali riflessioni non costituiscano il sedime concettuale di fondo del distretto, ma piuttosto perché utilizzare in via esclusiva tali concetti rischia di sviare dall'obbiettivo del distretto stesso, che è garantire una gestione sostenibile della risorsa.

35 Sia economico che amministrativo. In questi termini, allora, si tratta, peraltro, anche di un tema che attiene alla perequazione conseguita attraverso la spesa pubblica, come intuito già da C. VITALE,

d'ambito si debbono considerare le strutture amministrative esistenti e la relativa capacità di realizzare quel necessario inveramento delle posizioni giuridiche soggettive, che è il servizio pubblico culturale[36], secondo principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione[37].

Dovendo dunque individuare l'ampiezza funzionale del distretto, due sono gli aspetti essenziali da considerare: le caratteristiche specifiche della risorsa gestita ed il grado di interconnessione dei soggetti pubblici e privati coinvolti[38]. Già in questa fase, pertanto, si apprezza la necessità della partecipazione privata, che diviene essenziale nel definire il sistema di relazioni sociali e industriali che sono il sostrato metagiuridico dell'ambito territoriale. Non è infatti un caso che il concetto di distretto, in origine disciplinato per i *cluster* industriali[39] proprio perché fare massa critica di risorse ed operatori è il primo della razionalizzazione gestionale, si sia poi esteso anche all'agricoltura[40] e ai servizi sociali[41]. Nondimeno, bisogna ricordare che

Rigenerare per valorizzare. La rigenerazione urbana "gentile" e la riduzione delle disuguaglianze, in *Aedon*, 2021, n. 2.

36 Così, ancora, M. VAQUER CABALLERÌA, *La relazione*, *op. cit.*

37 Principi, questi ultimi, oramai approfonditi nella dottrina costituzionalistica, che li ha studiati quali criteri dell'allocazione del potere tra i vari livelli di governo dello Stato. Cfr., *ex multis*, A. RINELLA-L. COEN-R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Cedam, Padova, 1999; P. DURET, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, n.1, A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, P. CARNEVALE-F. MODUGNO, (a cura di), *Nuovi rapporti Stato-Regioni dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, Giuffré, Milano, 2003, F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, n. 5. Con riferimento, di contro, al diritto amministrativo, V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, *Aggiornamento*, vol. XII, Treccani, Milano, 2004.

38 L. ZANETTTI, *Sistemi locali e investimenti culturali*, in *Aedon*, 2003, n. 2, sottolinea la necessità di considerare «grado di concentrazione (su uno stesso prodotto o una stessa filiera) e integrazione (circa la vocazione del territorio e/o la dotazione di infrastrutture e servizi) tra i soggetti imprenditoriali, normalmente di dimensioni piccole o medie». Vedasi anche, in termini analoghi, P. PETRAROIA, *Partenariato tra pubblico e privato nella tutela e nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Scritti dell'Istituto Lombardo – Accademia di Scienza e Lettere – Incontri di Studio*, 2017, nonché M. DISANTO, *Partnership Pubblico Private e organizzazioni ibride di comunità per la gestione del patrimonio culturale/Public Private Partnerships and hybrid community organizations for the management of cultural heritage*, in *Il capitale culturale: Studies on the value od cultural heritage*, 2020.

39 La nozione veniva infatti utilizzata per definire un ambito ideale di massimizzazione nella utilizzazione delle risorse pubbliche e private. Pertanto, il distretto afferiva alla capacità del tessuto produttivo di generare esternalità positive, come suggerisce già la legge 5 ottobre 1991, n. 317, *Interventi per l'innovazione e lo sviluppo delle piccole imprese,* ed, in particolare, al relativo art. 36, *Distretti industriali di piccole imprese e consorzi di sviluppo industriale*.

40 Vedasi, con queste premesse, l'estensione all'ambito rurale dello strumento operata da F. ALBISINNI, *Dai distretti all'impresa agricola di fase*, in *Quaderni dell'Istituto Giuridico dell' Università degli Studi della Tuscia*, Viterbo, 2002 e *id.*, *Distretti in agricoltura*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, *Aggiornamenti*, Giappichelli, Torino, 2003 nonché, *Diritto agrario territoriale. Lezioni, norme, casi*, Tellus, Roma. 2004. Per un esempio concreto di sviluppo dello strumento si veda, invece, A. PACCIANI, *Distretto rurale della Maremma: dalla proposta alla realizzazione*, in *Atti dell'Accademia dei Georgofili*, Firenze, 2004.

ove oggetto di questo agglutinamento siano beni collettivi[42], il principio di sussidiarietà controbilancia le istanze di accentramento quale forza centrifuga che avvicina invece il servizio al cittadino. Così il distretto deve essere sufficientemente ampio da garantire l'efficienza e il risparmio di spesa burocratica ma, al contempo, non eccessivamente esteso da allontanare il fruitore dal bene culturale andando a detrimento di quella effettività che è invece lo scopo primario del servizio pubblico come forma di garanzia obbiettiva.

Si è detto, quindi, che al fine di definire la consistenza burocratica minima dello strumento di erogazione territoriale del servizio, si deve partire, pur con queste premesse giuridiche, dall'analisi empirica dello stato di fatto. Soprattutto nelle realtà più piccole, costituisce un'*acquis* anche per la scienza giuridica come l'elemento qualificante del patrimonio culturale sia la connessione sociologico-sentimentale[43] tra un territorio ed il patrimonio stesso, che ne è un prodotto ed una espressione[44]. Se quindi il bene è espressione della collettività che lo riconosce e vi si riconosce, la dimensione obbiettiva del distretto non potrà che avere come primo referente proprio questo legame biunivoco. Dunque, la valutazione *ex ante*, aiutata dalla partecipazione programmatoria degli strati sociali, in primo luogo mira a considerare quel sedime minimo di carattere sociale che rende evidente l'interconnessione tra il luogo (dimensione fisica) e l'oggetto (estremo del servizio). Da qui si prende l'abbrivio nell'individuare la perimetrazione economico-amministrativa, verificando entro quali spazi la programmazione gestionale unitaria possa dare i maggior benefici sotto il profilo dell'efficacia ed efficienza gestionale[45]. Il punto di incontro tra aspetti economici e sociologici, pertanto, non può che essere la disciplina di diritto amministrativo relativa alla gestione del servizio pubblico culturale, sia sotto il profilo istituzionale che funzionale[46]. Infatti, il distretto come "*contesto produttivo*

41 Tipico esempio quello delle ASL/USL/ASS che gestiscono in ambiti territoriali omogenei i servizi alla persona.

42 Così, D. D'ORSOGNA-A. IACOPINO, *op. cit.* nonché U. POMARICI, *Beni comuni*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di Filosofia del diritto*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2012, e G. ARENA, *Introduzione*, in *Rapporto Labsus 201 sull'amministrazione condivisa dei beni comuni*, p. 8 ss..

43 Ci si riferisce anche a quanto affermato da D. THROSBY, *The Economics of Cultural Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, il quale sostiene che «*as its dictionary definition indicates, heritage is something inherited from the past. Attaching the adjective 'cultural' defines its scope more precisely, relating it to inherited things that have some cultural significance, where the term 'cultural' is used both in its broad anthropological and in its more specific artistic interpretation*», p. 106, cit.

44 Il concetto, come si nota, non è in questi termini estraneo alla nozione di comunità di cultura che è fatta propria dalla già citata Convenzione di Faro del 2005.

45 Senza dimenticare che, trattando di un bene-fine, non possono mai essere pretermessi del tutto pure aspetti di carattere etico dall'attività amministrativa. Cfr. A. CRISMANI, *Dal principio delle "tre E" al principio delle "quattro E": Efficienza, Efficacia, Economicità, Etica*, in *L'amministratore locale*, 2002, n. 4-5.

46 Ancora, il riferimento corre a M. VAQUER CABALLERÌA, *El derecho*, *op. cit.*

omogeneo"[47], ove riferito ad un sistema produttivo che genera servizi culturali, dunque è preordinato alla conoscenza, non può che avere in questo senso una duplice valenza, culturale, appunto, ed economica.

Le considerazioni che precedono sembrano peraltro avallate dai referenti normativi d.P.C.M. 6 agosto 2008[48], ove i distretti culturali trovano una definizione normativa come "*dei sistemi territoriali caratterizzati da una forte concentrazione di beni, attività produttive, imprese e servizi, legati al settore culturale, al fine di fornire un'adeguata rappresentazione delle capacità e potenzialità di sviluppo legate all'"economia culturale", in termini occupazionali, di dotazione di servizi, accessibilità delle aree, qualità dell'ambiente architettonico, urbanistico e paesaggistico, ricchezza dell'ambiente sociale e culturale, capacità imprenditoriale, ecc.*". Non sorprende, in effetti, che il provvedimento faccia riferimento alla contiguità territoriale quale aspetto infrastrutturale, e alla omogeneità culturale quale prerequisito di stampo (quasi) merceologico[49]: si trattava infatti di un provvedimento destinato a definire le linee di investimento del Governo[50].

Andando invece ad analizzare il distretto culturale dal punto di vista funzionale, invece, ciò che meglio lo definisce positivamente è forse l'essere una interrelazione conoscitiva: il valore economico si genera solo nella misura in cui la vicinanza degli operatori crea una massa critica tale da generare esternalità positive sufficienti a giustificare lo sforzo di creare l'architettura distrettuale. Masi tratta della creazione di

47 Modificata l'art. 6 della legge 11 maggio 1999, n. 140, *Norme in materia di attività produttive*.

48 Contenente il *Programma statistico nazionale 2008-2010 Capitolo 3 - Obiettivi e progetti per area e settore d'interesse*, e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 27 ottobre 2008, n. 252.

49 G. PIPERATA, *Cultura e sviluppo economico nella riflessione del giurista*, in *AIPDA – Annuario*, 2018, Invero, il riferimento alla "*economia culturale*", non si può mancare il riferimento alla necessaria evoluzione del concetto stesso di bene culturale, che fugge da una concezione estetizzante per diventare oggetto di valorizzazione dinamica, (così D. D'ORSOGNA, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in D. D'ORSOGNA-P.L. SACCO-M. SCUDERI (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in *Arte e critica*, XXI, supplemento al n. 80/81). Vedasi anche, per una ricostruzione storica, T. ALIBRANDI, *L'evoluzione del concetto di bene culturale*, in *Foro amm.*, 1999, n. 11-12. Attualmente, non si nega che il bene culturale possa essere l'oggetto principale dell'attività d'impresa, pur nella consapevolezza di come un tanto influisca in effetti sulla stessa modalità di produzione di beni e servizi del soggetto economico, come sottolineato da G. BOSI, *Lo statuto giuridico dell'impresa culturale italiana*, in *Aedon*, 2014, n. 3.

50 Probabilmente era il precedente piano nazionale di sviluppo, di cui al d.P.C.M. 9 maggio 2007, ad essere più attento agli aspetti sociologico-culturali della nozione di distretto, laddove affermava "*Nella programmazione politica ed economica comunitaria, la valorizzazione delle risorse culturali assume, infatti, un rilievo trasversale rispetto agli altri interventi settoriali di sviluppo, quale strumento fondamentale di inclusione e di coesione sociale, di promozione della qualità del capitale umano e professionale, ma soprattutto di crescita dell'attrattività e della competitività dei territori. Tra gli obiettivi strategici che rappresentano delle priorità in agenda sono indicati: l'avvio e la sperimentazione di modelli innovativi di conoscenza, promozione e gestione del patrimonio e delle attività culturali, soprattutto nei contesti territoriali in cui questi possono diventare motore di progetti di sviluppo locale; la valorizzazione e la crescita delle conoscenze e delle competenze disponibili nei territori*"

relazioni "conoscitive" pure per il fatto che, per l'appunto, scopo ultimo dello strumento è l'accrescimento della conoscenza. È infatti interessante notare come la natura del bene culturale, come *res* funzionalizzata all'uso della collettività, sia il presupposto e il fine della dimensione distrettuale. Presupposto poiché come visto fornisce il dato di partenza per delimitare l'ambito; ma pure fine nel momento in cui il distretto crea quell'accrescimento conoscitivo-relazionale che è parte integrante della funzione ordinamentale del bene[51].

A questi temi, se si vuole più propriamente attinenti al diritto dei beni culturali, poi, si riconnette pure la necessità di riequilibrio progressivo della spesa pubblica, nella misura in cui il distretto vuole essere anche strumento di restituzione alla società del prelievo fiscale attraverso l'erogazione del servizio culturale. Sotto tale ulteriore profilo, la partecipazione del cittadino alla definizione delle politiche d'ambito trova ulteriore legittimazione, come visto, nel c.d. rapporto inverso di spese: ove gli strati sociali contribuiscano al sostentamento della risorsa culturale attraverso il prelievo fiscale[52], ne ricavano una posizione legittimante alla definizione delle politiche redistributive sul servizio a valle[53].

La somma di questi tre diversi aspetti -quello culturale, quello economico e quello redistributivo- consente di definire l'estensione ideale del distretto culturale. Il profilo territoriale, dunque, non è in realtà l'estremo fisico dell'attività amministrativa del distretto, bensì la prima componente dell'attività di coprogrammazione pubblico-privata.

5. Segue. L'accordo di programma come strumento di codeterminazione delle politiche pubbliche.

Solitamente, quando ci si riferisce ad ipotesi di partenariato, il referente normativo viene individuato negli istituti del d.lgs. n. 50/2016[54], ove il soggetto privato abbia

51 W. SANTAGATA, *Cultural Districts and Their Role in Developed and Developing Countries*, in V. GINSBURG-D. THROSBY (a cura di), *Handbook on the Economics of Art and Culture*, North Holland, Amsterdam, 2006. Nel diritto amministrativo interno, invece, si suole richiamare anche il concetto di amministrazione di risultato (N. PAOLANTONIO, *Controllo di gestione e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004) come misura concreta del grado di soddisfazione del cittadino che, nel caso di beni culturali, diviene misura concreta del grado di corretta valorizzazione della risorsa.

52 In particolare, ci si riferisce al prelievo fiscale degli enti locali, che tipicamente concorrono alla gestione del patrimonio culturale in ambiti territoriali limitati.

53 Questo, per vero, senza dimenticare eventuali politiche perequative per i territori particolarmente svantaggiati, che non riuscirebbero autonomamente a sostenere i costi di gestione del distretto.

54 Non ci si addentra in questa sede sull'analisi della reale efficacia degli strumenti di partenariato ivi previsti. Si segnala però che la dottrina ha operato in diversi momenti rilievi di non poco conto. Da rilevare come, invece, da G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *federalismi.it*, 2015, n. 18, ritiene che il tema dei partenariati contenuto nel Codice dei contratti pubblici sia trattato in maniera disorganica per il fatto che

scopo di lucro[55], ovvero nel d.lgs. n. 117/2017 qualora invece si voglia disciplinare forme di collaborazione con soggetti *no profit*. Si tratta però di due corpi normativi quasi in conflitto l'uno con l'altro, laddove il Codice del terzo settore appare per molti versi alternativo[56] alla disciplina concorrenziale[57]. Infatti, vi è una alternatività di fondo nei due corpi normativi: mentre il Codice dei contratti pubblici attiene comunque alla partecipazione del privato alla gestone di un *asset* remunerativo, la disciplina del terzo settore consente soprattutto, con istituti come la coprogrammazione e la coprogettazione, la partecipazione privata al processo decisionale delle politiche pubbliche. Avvicinandosi, in questo secondo caso, a quanto previsto dall'art. 112, coma 4, del d.lgs. n. 42/2004, che consente a Stato ed enti territoriali di stipulare accordi anche con la partecipazione dei privati per definire strategie e programmi di valorizzazione dei beni culturali. Si tratta però di uno strumento che, oltre a non essere coordinato con la disciplina degli appalti

attualmente l'amministrazione risulta oltremodo parcellizzata i rivoli di competenze ai quali fanno da contrappunto capacità di spesa ridotte, che rendono viepiù impossibile, molte volte, l'accesso a diversi strumenti codicistici.

55 In questi termini, vedasi l'analisi di M.V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti* pubblici, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 2018, n. 2, ove l'Autrice sottolinea come le due discipline presentino diversità dovute alle finalità perseguite (la tutela della concorrenzialità nel caso del d.lgs. n. 50/2016 mentre lo sviluppo sociale nel caso del terzo settore). Si deduce tuttavia dall'analisi che questa differenza, attenendo ad una questione di fondo, rende in definitiva difficilmente conciliabili i due corpi normativi. In giurisprudenza vedasi, invece Consiglio di Stato, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1863 e sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139.

56 Se il tema è chiaro con riferimento al terzo settore (vedasi, ad esempio, A. MIRAGLIA, *Gli affidamenti alle cooperative sociali: le regole e le deroghe*, in *Giornale di dir. amm.*, 2011, n. 2, p. 150 ss. e P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti disomogenei*, in *Urbanistica e appalti*, marzo 2011, p. 335 ss.), si segnala anche la tesi di da A. ROMANO TASSONE, *La società in house dall'«eccezionale eccezionalità» alla «anomala normalità»*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2014, n. 2, che con riferimento alle società *in house* giustifica l'alternatività al mercato dalle ragioni sociali e di interesse pubblico sottese alla scelta di affidamento alla società partecipata. Il che dimostra, in definitiva, che le ragioni di base per un sistema di gestione alternativo all'economia di mercato, sono comuni tanto al Codice del terzo settore quanto al Codice dei contratti pubblici.

57 Tanto è vero che si è dovuto attendere l'art. 8, d.l. n. 76/2020 per coordinare a livello normativo i due codici. A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *federalismi.it*, 2021, n. 21, sottolinea, con riferimento agli istituti del Codice del terzo settore, che «Si pone tuttavia un interrogativo e cioè se le amministrazioni saranno capaci o meno di sfruttare l'opportunità che il nostro ordinamento offre loro ed intraprendere la nuova strada suggerita dagli istituti disciplinati dagli artt. 55 56 e 57, del d.lgs. n. 117/2017. Possibili ostilità da parte delle pubbliche amministrazioni potrebbero, infatti, derivare dal timore di annosi contenziosi (magari promossi da enti for profit) per asserite violazioni della disciplina pro -concorrenziale. Ciò potrebbe allora indurre gli enti pubblici a preferire l'utilizzo degli istituti del Codice dei contratti pubblici, nella convinzione della loro maggior garanzia», p. 134, cit.. Cfr. anche le riflessioni di P. DE ANGELIS, *La partecipazione dei soggetti privati, non profit e for profit, nella erogazione dei servizi sanitari*, Giappichelli, Torino, 2017 e L. PARONA, *La gestione dei servizi tramite accreditamento: modelli, potenzialità e criticità alla luce del quadro normativo statale e regionale*, in S. PELLIZZARI-A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

pubblici e del terzo settore, non ha ricevuto significativa diffusione, probabilmente proprio per il fatto che mancava una ossatura minima di questi accordi[58].

Insomma, l'assenza di una organicità che, nel Codice dei beni culturali, trovi sintesi dei diversi aspetti -concorrenziali, di condivisione decisionale e di partecipazione della galassia *non profit*- porta con sé il rischio di rendere inefficiente ciascuno degli strumenti, ove utilizzato autonomamente e senza legami con gli altri.

Se questo dimostra viepiù sul piano pratico la necessità di individuare uno strumento di coordinamento normativo d'ambito, la lettura del Codice dei beni culturali fornisce però anche l'*input* necessario per proporre una soluzione di sintesi. Vi si fa riferimento, come si accennava, agli "*accordi*"[59] della pubblica amministrazione, dunque a qualcosa di alternativo sia al contratto di appalto o concessione, che al sistema della convenzione ed accreditamento con il privato senza scopo di lucro. E questo per una ben precisa ragione: il d.lgs. n. 42/2004 parte dal presupposto che la funzione ordinamentale del bene culturale, di natura pubblica, non sia transigibile attraverso strumenti di diritto privato.

Ebbene, la parola accordo nel diritto amministrativo trova due referenti normativi in rapporto di genere a specie l'uno con l'altro[60]: l'art. 15, l. n. 241/1990, che riguarda le intese tra pubbliche amministrazioni e l'art. 34, d.lgs. n. 267/2000, che invece si riferisce specificamente a quelli che vengono definiti accordi di programma. Si tratta secondo la ricostruzione operatane dalla dottrina, di accordi di programmazione negoziata di diritto pubblico[61], raggiunta attraverso il "*consenso unanime delle*

58 Oltre che, probabilmente, per il fatto che la disciplina dei beni culturali è sempre stata vista come appannaggio esclusivo dello Stato. Secondo A. GEMMA, Il diritto dei beni culturali: una nuova frontiera degli studi privatistici, in B. CORTESE (a cura di), *Il diritto dei beni culturali*, RomaTre Press, Roma, 2021, però, si starebbe in questi tempi finalmente giungendo «al superamento di quel confine netto fra pubblico e privato che per decenni ha demarcato nettamente competenze e responsabilità», p. 18, cit.

59 Vedasi in proposito alla linea di demarcazione tra strumenti di diritto privato e strumenti di diritto pubblico V. CERULLI IRELLI, *Qualche riflessione su "accordi" e "contratti di diritto pubblico"*, in G. BARBAGALLO-E. FOLLIERI-G. VETTORI, (a cura di), *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, ESI, Napoli, 1995, ove si incentra la distinzione sulla natura della funzione esercitata e, dunque, del potere speso. Il ragionamento è poi in parte ripreso da F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Giuffré, Milano, 2004.

60 V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, relazione al XLVII Convegno di studi amministrativi *"Autorità e consenso nell'attività amministrativa"*, Varenna, 20-22 settembre 2001, in *lexitalia.it*.

61 Vedasi F. MANGANARO, *Il coordinamento degli interessi pubblici nell'accordo di programma*, in *Giur. it.*, 1994, n. 6, G.M. ESPOSITO, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, nonché E.M. MARENGHI, *Le tipologie dell'amministrazione per accordi*, Gentile Editore, Salerno, 1996. In tutti questi scritti, l'idea che emerge è che l'accordo, come sistema di definizione dell'interesse pubblico alternativo alla emanazione del provvedimento, ha legittimazione nel diritto amministrativo nella misura in cui sia il risultato di un procedimento in senso proprio. Ossia, ove risulti essere espressione e sintesi delle diverse posizioni raccolte nel luogo di espressione propria dell'interesse legittimo, cioè il procedimento (questa la funzione procedimentale anche per G.

amministrazioni interessate" e che detengono potestà autonome, ma riconnesse alla medesima operazione amministrativa[62]. Trattandosi di coordinamento tra pubblici potere, si comprende come mai si applichino all'intesa solamente i principi del Codice civile, per di più ove compatibili: ciò non toglie, però, che l'accordo generi obblighi direttamente vincolanti per i partecipanti, tanto è vero che questi possono essere azionati avanti al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva[63]. L'istituto in parola è dunque uno strumento di governo della complessità[64], poiché a fronte gestione polistrutturata dell'interesse pubblico non vi è una unica autorità competente, ma una pluralità di conoscenze tutte necessarie e nessuna transigibile o sacrificabile *tout court*. E questo, partendo dalle riflessioni che si sono proposte, è ancor ben chiaro nell'ambito dei beni culturali, ove la gestione territorialmente omogenea come visto richiama discipline molto variegate involgendo aspetti di gestione economica, sociale e, appunto, culturale. In tema, deve peraltro aggiungersi che l'avvenuto superamento della dicotomia-contrapposizione tra tutela e valorizzazione[65] del bene culturale, rende ancora più difficoltoso cristallizzare e

---

BERTI, *Le difficoltà del procedimento amministrativo*, in *Amministrare*, 1991,, n. 2). Si tratta peraltro di uno schema che viene utilizzato anche a livello di allocazione delle competenze, come sottolinea M. DI PAOLA *Sussidiarietà e intese nella riforma del Titolo V della Costituzione e nella giurisprudenza costituzionale: la sentenza della Corte costituzionale I ottobre 2003, n. 303*, in *Lexitalia.it*, 2013, n. 12.

62 Cfr. F.G. SCOCA, *Autorità e consenso* in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, 2002, Giuffré, Milano, 2002, metteva però i guardia dall'eccesso di "consensualismo": «in dottrina, soprattutto nelle opere più recenti, aleggia spesso una "mistica" del consenso: l'autorità rappresenterebbe il passato, il consenso il futuro di un'amministrazione democratica», p. 431, cit.

63 Ai sensi dell'art. 133, comma 1, d.lgs. n. 104/2010. Le ragioni dell'ascrizione alla giurisdizione esclusiva non sono di economia processuale, bensì riconnesse al fatto che nell'accordo vi è spendita di pubblico potere, come sottolineato da in A. POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano, 2014, p. 135 ss.

64 P. LE GALES, *La nuova political economy delle Città e delle Regioni*, in *Stato e Mercato*, 2005, n. 1, sottolinea come la complessità data dalla fluidità sociale ha imposto l'accordo come metodo di sintesi di interessi oramai disomogenei. Sugli effetti di questa disarticolazione delle competenze, vedasi invece A. MOLITERNI, *Note minime in tema di complessità e diritto amministrativo*, in AA.VV., *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Giappichelli, Torino, 2021, ove si adombra sostanzialmente una crisi del provvedimento o, quantomeno, del modo novecentesco di intendere l'espressione del potere amministrativo. Gli schemi unilaterali di definizione del pubblico interesse si sono dimostrati progressivamente sempre più inadeguati a dare risposte condivise alla gestione dei beni collettivi; di qui la spinta verso l'utilizzo di sistemi alternativi, che prevengano anche il contenzioso attraverso la preventiva condivisione da parte dei destinatari dell'azione pubblica. Cfr. pure D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Giappichelli, Torino, 2002.

65 Vedasi sul punto quanto sostenuto da C. BARBATI, *Governo del territorio, beni culturali e autonome: luci e ombre di un rapporto*, in *Aedon*, 2009, n. 2, ove rappresenta che le «funzioni di "tutela" e di "valorizzazione", variamente connesse, sino all'interdipendenza, l'una all'altra, ma anche, a taluni effetti, potenzialmente antitetiche o, meglio, come tali percepite e considerate, in alcune impostazioni e visioni».

suddividere monoliticamente le competenze in materia gestionale, rendendo anacronistici schemi classici di esternalizzazione che a tali concetti si riferiscono[66].

Dunque, l'accordo di programma, quale strumento programmatorio d'ambito[67], consente la sintesi di questi diversi aspetti, potendo coordinare l'azione dei pubblici poteri e, al contempo, potenziarla attraverso l'apporto privato, sia in fase di definizione delle politiche territoriali che in fase esecutiva[68]. L'aspetto di partecipazione programmatoria è probabilmente quello più interessante, ponendosi in linea come visto con le più recenti riforme[69]. Si deve infatti ricordare che la stipula della intesa avviene attraverso l'istruttoria partecipata nella conferenza di servizi[70], ove i privati possono intervenire contribuendo alla determinazione dell'interesse pubblico. E questo restituisce dignità al procedimento come luogo di definizione del contemperamento di interessi pubblici e privati, non svilito dall'utilizzo dello strumento consensuale ma semmai riconsegnato alla sua propria funzione. Per di più, come si vedrà, lo stesso accordo, proprio per la sua natura flessibile ed aperta al mutamento degli interessi sostanziali che ne stanno alla base, è strumento che può essere adattato in maniera tale da garantire l'ascolto e la partecipazione costante anche in fase attuativa[71].

66 L'unificazione gestionale che riconnette tanto la protezione quanto la promozione del patrimonio storico artistico, tuttavia, consente però di aprire la strada alla partecipazione privata senza che questa venga vista come un attentato alla integrità del bene stesso ovvero della potestà amministrativa. Ne è in effetti una dimostrazione la circostanza, ad esempio, che il Codice del terzo settore affidi a soggetti privati la gestione di questi beni, definendo quest'opera come finalizzata al perseguimento collettivo.

67 Vedasi su queste tesi L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, Giappichelli, Torino, 2022, nonché, quanto alle analisi di diritto generale da cui quest'opera trae spunto, F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Diritto amm.*, 1999, n. 2, e pure G. COMPORTI, *Conferenze di servizi e ordinamento delle autonomie*, in *Dir. amm.*, 1998, n. 2.

68 Nella fase esecutiva dell'accordo, l'attività di attori pubblici e privati non differisce dallo schema tradizionale del servizio pubblico. Anche in questo caso, infatti, si tratterà di adempimenti essenzialmente materiali di inveramento delle posizioni giuridiche astratte, come sottolineato da G. CAIA, *I servizi pubblici* in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO TASSONE-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi EditorialeBologna, 2005.

69 Il riferimento, ancora una volta, è al d.lgs. n. 117/2017 (cfr. E. FIDELBO, *Gli affidamenti in favore degli enti del Terzo settore. Un confronto tra gli indirizzi ministeriali e le linee guida ANAC*, in *labsus.org*, 7 marzo 2022), ma anche al PNRR.

70 U. POTOTSCHNIG, *Decentramento e partecipazione nella riforma del Comune*, in *Atti del Convegno nazionale sul decentramento amministrativo urbano*, A.V.E.T.E., Roma, 1971. Già cinquant'anni orsono l'Autore prefigurava la necessità di condivisione delle politiche gestionali dei beni collettivi a livello territoriale d'ambito. Si tratta oggi di un auspicio piuttosto condiviso da parte della dottrina, cfr. S. DE MEDICI-M.R. PINTO, *`Valorizzazione dei beni culturali pubblici e strategie di riuso*, in *Techne*, III, 2012 .

71 E questo profilo attiene proprio al fatto che la funzione amministrativa non involge più la determinazione autoritativa di quale sia l'interesse prevalente, bensì si esprima nella scelta in ordine al corretto equilibrio degli interessi coinvolti che sono preesistente al provvedimento e dallo stesso debbono essere raccolti. Cfr. G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffré, Milano, 2007, in specie p. 5 e ss., nonché D. SORACE, *Promemoria per una nuova «voce» «atto amministrativo»*, in *Scritti in onore di Massimo*

Attraverso l'accordo, però, si definiscono anche le modalità puntuali di erogazione del servizio, consolidando funzione programmatoria e di progettazione, che invece appaiono separate nel Codice del terzo settore. Se, infatti, l'intesa coordina le varie competenze, è proprio perché definisce tempi, compiti e modalità nell'esecuzione di un programma complesso degli interventi di gestione del servizio pubblico. Come sottolineato tanto dalla dottrina[72] quanto dalla giurisprudenza[73], la previsione di cui all'art. 34 d.lgs. n. 267/2000 è talmente ampia da consentire operazioni amministrative[74] dal contenuto quanto più vario e complesso[75]. Laddove poi il contenuto puntuale delle modalità esecutive del programma non sia determinabile *ex ante* con sufficiente grado di precisione, si può comunque addivenire alla preventiva definizione delle metodologie decisionali, ossia alla istituzione di un luogo di dialogo tra i soggetti coinvolti. Questo posto che, come si è visto, non sussistendo una potestà autoritativa unica che possa far valere rapporti gerarchici nelle decisioni, non vi è margine per la definizione unilaterale del punto di equilibrio tra gli interessi coinvolti.

Insomma, l'accordo di programma è una fonte consensuale di obbligazioni[76] di diritto pubblico, frutto di una condivisione programmatoria e gestionale tra la P.A. ed i cittadini. Questi ultimi, infatti, possono partecipare anche nella fase esecutiva rendendosi volontariamente obbligati[77] alle disposizioni pattizie con un atto

Severo Giannini, vol. III, Giuffré, Milano, 1988.

72 G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, in *Diritto dell'economia*, 2001, n. 3, *Id.*, *Attività consensuale dell'amministrazione e ruolo del cittadino*, in *Diritto dell'economia*, 2002, n. 3-4 (il quale propende però per l'atipicità dello strumento), F. MANGANARO, *Il coordinamento degli interessi pubblici nell'accordo di programma*, in *Giur.it.*, 1994, n. 2, F. LEDDA, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, n. 4, e C. MUCCIO, *Modificabilità di un piano territoriale mediante accordi di programma*, in *Lexitalia.it*, oltre a F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Cedam, Padova, 1998.

73 In ultimo, vedasi Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 2021, n. 1948.

74 Cfr., M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996, il quale con chiarezza mette in relazione l'*iter* del procedimento e la congruità-correttezza della decisione che ne è il risultato, e che è la sintesi delle posizioni di interesse emerse dal colloquio-confronto con i privati.

75 Così, già da tempo lo strumento è stato utilizzato per il coordinamento di amministrazioni autonome che però, singolarmente, non sarebbero riuscite a conseguire il risultato operativo complesso, come sottolineava già G. DI GASPARE, *L'accordo di programma: struttura, efficacia giuridica e problemi di gestione*, in *Le Regioni*, 1988, n. 2, nel proporre uno studio del procedimento amministrativo che portava alla stipula in uno con la successiva fase esecutiva (in specie p. 278 ss.).

76 Vedasi in proposito quanto affermato da E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo,* Giuffré, Milano, 2010, secondo il quale dall'accordo di programma «discendono obblighi reciproci alle parti interessate e coinvolte nella realizzazione di complessi interventi», p. 597, cit. Così, però, già riteneva sussistenti effetti obbligatori A. QUARANTA, *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa*, in *Rassegna giuridica della sanità*, 1987, n. 36, in specie p. 6 ss.

77 Attraverso un atto comunemente denominato "unilaterale d'obbligo", codificato in alcune realtà come quella della Regione Veneto, che ha previsto lo strumento nella legge n. 23 del 1° giugno 1999.

unilaterale d'obbligo[78], così consolidando la parte programmatoria con quella gestionale[79]. Peraltro, maggiore sarà la capacità dell'accordo di rendere prevedibile l'azione amministrativa e di creare quella rete relazionale che genera esternalità positive "da contatto", maggiore sarà l'attrattività verso i privati, che ne potranno estendere adesivamente il contenuto obbligatorio. Anche per questa capacità espansiva delle obbligazioni di diritto pubblico, allora, l'accordo di programma può divenire efficacie strumento di semplificazione ed efficientamento.

6. Contenuto dell'accordo.

Fin qui si è trattato dell'accordo di programma da un punto di vista eminentemente teorico. La reale capacità innovativa del strumento, tuttavia, si misura pure individuandone il contenuto.

Come visto, la norma del Testo unico degli enti locali non indica quali siano le disposizioni da inserire nell'intesa, semplicemente consentendo che questa veicoli la definizione di programmi e servizi. A livello minimale, allora, se il distretto culturale, quale programma integrato di azioni gestionali volesse essere solo un sistema per individuare progetti meritevoli di sovvenzione, vi saranno definite, le modalità di selezione dei progetti rilevanti e di conseguente erogazione di contributi. Maggiore utilità, però, vi sarà ove si definissero nello strumento le modalità di valorizzazione integrata dei beni culturali, attraverso la realizzazione di eventi o la costruzione di collegamenti conoscitivi tra i soggetti partecipanti[80], che verranno così messi a rete (senza escludere, evidentemente, pure forme di finanziamento.

Per vero, se si va ad analizzare l'esempio di più noto di attuazione del distretto culturale evoluto, ossia quello istituito dalla Regione Marche, attraverso la relativa legge regionale n. 4/2010, ci si avvede che solo il primo passo di quelli sopra elencati è stato realizzato. Sebbene, infatti, al distretto[81] possano partecipare tanto istituzioni

78 La giurisprudenza ha peraltro avuto modo di chiarire come, in questi termini, l'atto unilaterale non esaurisca una funzione esclusivamente privatistica, poiché non afferisce ad un modulo negoziale. Semmai, esso ha una funzione servente rispetto all'accordo di natura pubblicistica al quale accede – seppur, in questo senso, non viene specificato se a questo punto anche la natura dell'atto unilaterale abbia a sua volta consistenza pubblicistica. Così, Cons. Stato, sez. II, 6 aprile 2021, n. 2773, il quale, seppur incidentalmente, suggerisce «la necessità di rinvenire un preciso referente normativo nel panorama ordinamentale in grado di suffragare la "tipicità" degli atti unilaterali d'obbligo» proprio perché questi riverberano comunque sull'esercizio di un potere amministrativo che, appunto, è assolutamente tipico.

79 Si tratta, anche in questo caso, della assunzione di una obbligazione che si annovera sostanzialmente agli obblighi diritto pubblico. Sia consentito il rinvio, quanto alla natura di questo atto di adesione, a G. BIASUTTI, *Sulla incerta natura dell'atto unilaterale d'obbligo nell'accordo di programma: atto dispositivo di diritti in attesa di espansione?*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, n. 3.

80 Nulla vieta peraltro, che l'accordo si presenti aperto alla partecipazione di nuovi soggetti. Semplicemente, in tal caso, saranno disciplinate le modalità della relativa adesione.

pubbliche quanto privati[82], con lo strumento ci si è limitati a dettare criteri individuare i progetti culturali meritevoli di finanziamento[83]. Una volta approvato il singolo intervento, infatti, l'adesione del privato al distretto avviene su base volontaria attraverso la stipula di un accordo di partenariato, inquadrabile tra gli accordi sostituivi del provvedimento ai sensi dell'art. 11, l. n. 241/1990. Si vede però che il partenariato, in questo caso, non abbraccia la fase programmatoria, e così le diverse iniziative hanno una complessiva organicità solo nella visione politica complessiva della giunta che delibera sui finanziamenti. Anche con questa criticità, i risultati partecipativi sono stati però rilevanti, a dimostrazione di come il sol fatto di creare una sinergia in ambito culturale generi di per sé esternalità positive[84].

Invero, questo dato dimostra pure come il primo valore aggiunto del distretto culturale sia costituito dalla semplificazione amministrativa che questo presuppone attraverso la definizione omogena delle procedure e dei criteri utilizzati per la gestione delle risorse presenti nell'ambito di riferimento. Già solo questo aspetto è in grado di generare attrattività per gli investimenti (economici e sociali) nel territorio. Dunque, quando questa omogeneità delle procedure non può essere raggiunta attraverso il laborioso percorso legislativo, può essere conseguita proprio a mezzo di un accordo tra enti territoriali, pur autonomi e privi, appunto, di potestà legislativa.

In questo, pertanto, si apprezza il contenuto essenziale dell'accordo, che per avere successo deve indicare una serie di procedimenti decisionali predeterminati e fissi nei loro criteri di fondo pur nella necessaria flessibilità operativa del caso. Solo così si

81 Che dimensionalmente ricopre l'interezza della regione così dimostrando che probabilmente non si sono realmente considerati gli elementi di integrazione economico-territoriali e culturali di cui si è detto.

82 Cfr. S. DE MEDICI, *Nuovi usi per la tutela e la valorizzazione del patrimonio costruito. La privatizzazione dei beni immobili pubblici*, Franco Angeli, Milano, 2010, e G.P. BARBETTA-M. CAMMELLI-S. DELLA TORRE (a cura di), *Distretti culturali: dalla teoria alla pratica*, Il Mulino, Bologna, 2013. Entrambi gli scritti sottolineano infatti come si debba partire dall'analisi del tessuto connettivo e imprenditoriale del singolo territorio per poter giungere alla corretta determinazione dell'utilizzo dei beni che vi afferiscono (la prima) e quindi costruzione delle funzioni distrettuali (i secondi).

83 Per vero senza nemmeno creare un quadro decisionale organico, ma rimettendo tale funzione alle decisioni della giunta regionale, come si può vedere dalla deliberazione attuativa di Giunta regionale n. 1753 d.d. 17 dicembre 2012, ad oggetto *L.R. 28 dicembre 2010, n. 20, art. 6 – Indirizzi e modalità operative per l'attivazione del Distretto Culturale Evoluto delle Marche*. A valle, poi, si autorizza la stipula di accordi di partenariato che disciplinino, in buona sostanza, il finanziamento delle iniziative progettuali individuate come meritevoli. La selezione, a sua volta, avviene tramite lo strumento del c.d. concorso di idee, con la precisazione che la partecipazione finanziaria del proponente non può in ogni caso essere inferiore al 60% del costo totale dell'iniziativa laddove deve però comunque essere garantita la simultanea compresenza di parte pubblica e privata nella gestione dell'intero intervento. Sulla procedura utilizzata per la coprogettazione delle iniziative (concorso di idee) si rinvia all'analisi di M. NUNZIATA, *I concorsi di progettazione e di idee nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *giustamm.it*, 2018, n. 3.

84 Tutti i dati citati sono reperibili al sito della Regione Marche, *https://www.regione.marche.it/Regione-Utile/Cultura/Distretto-Culturale-Evoluto*.

fornisce al distretto una ossatura amministrativa sufficiente a renderlo elemento di semplificazione attrattiva per i cittadini, gli imprenditori e, financo, gli altri enti pubblici. I quali, agglutinandosi, potranno dunque costituire la massa critica funzionale alla produzione di esternalità positive dell'operazione amministrativa così congeniata.

7. Rapporto giuridico inverso e beni culturali: una teoria realizzata nel distretto culturale.

La già richiamata teoria delle garanzie obbiettive[85] ribalta il rapporto tra ente impositore e contribuente. Il soggetto attivo del rapporto, infatti, è il cittadino, mentre sul lato passivo si pone lo Stato che, imponendo il prelievo fiscale, è contestualmente obbligato alla erogazione di servizi pubblici[86]. Nondimeno, nel momento in cui il contribuente versa le imposte, perde la propria individualità, venendo diluito nella collettività che, complessivamente intesa, è destinataria del servizio pubblico[87]. È questo l'aspetto fondamentale di contatto tra questa teoria e la ricostruzione del patrimonio culturale come bene collettivo a destinazione pubblica[88]. Attraverso il riconoscimento identitario di una comunità culturale, si instaura un rapporto giuridico inverso che impone all'amministrazione di garantire tutela e valorizzazione di quel patrimonio storico-artistico identitario a favore dei cittadini che vi si riconoscano. Ed il fondamento legale di questa obbligazione si rinviene già a partire dallo statuto costituzionale del bene culturale, quale bene-fine dell'ordinamento[89], pubblico, dunque, per destinazione.

Questa ricostruzione consolida i risultati raggiunti dalla recente dottrina, che definisce un "diritto"[90] la posizione del cittadino che pretenda l'accesso alla risorsa

85 Ancora, vedasi S. BUSCEMA, *I servizi economali pubblici. Origini, evoluzione, strumenti di gestione e di garanzia*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2002 nonché la rielaborazione operata con analisi delle garanzie di finanza pubblica multilivello egli organi europei, A. CRISMANI, *La tutela*, *op. cit.*

86 Così S. BUSCEMA, *Trattato*, *op. cit.*, p. 30 e p. 101. L'Autore specifica, peraltro, che questo rapporto viene ad instaurarsi nel moment in cui il contribuente versa le proprie tasse nelle casse dell'erario: è questo il momento della inversione del rapporto impositivo.

87 Così A. CRISMANI, *La tutela*, *op. cit.*, p. 63.

88 D. D'ORSOGNA-A. IACOPINO, *El patrimonio*, *op. cit.*

89 L. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2016, nonché A. IACOPINO, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali*. *Spunti di riflessione nella prospettiva del risultato amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, entrambi nella prospettiva di una evoluzione dinamica del concetto di gestione del bene culturale. Per uno studio istituzionale della evoluzione della costituzione materiale, il riferimento corre invece a G. BRANCA, *Commentario della costituzione. Principi fondamentali art. 1-12*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975.

90 A prescindere dalla concreta connotazione del termini, lo si riferisce al fatto che la posizione giuridica stessa fa corrispondere alla pretesa del cittadino un obbligo di risposta da parte della pubblica amministrazione.

culturale[91]. Al contempo, però, tale teorizzazione identifica la fonte legittimante di questo rapporto nella interconnessione biunivoca che si instaura tra comunità e bene culturale, sulla scorta di quanto affermato dalla Convenzione di Faro che, proprio in questi termini norma per la prima volta le "comunità di cultura"[92]. Questa convenzione, tuttavia, è pure rilevante per il fatto che, proprio attraverso l'elemento comunitario ed identitario, apre la via alla gestione collettiva di questa categoria di beni, pur con la garanzia di diritto pubblico nella supervisione dell'apparato amministrativo sull'attività dei privati. Anche in questo caso, però, si tratta viepiù di controllo collaborativo, laddove il pubblico potere esercita l'autoritatività solo ove non abbia alternativa e con il fine specifico ed esclusivo di tutelare il bene collettivo[93], non già di indirizzarne la produzione o utilizzazione in maniera unilaterale[94].

Nondimeno, se applicare la teoria delle garanzie obbiettive consente di giustificare lo sforzo finanziario ed amministrativo volto alla gestione del patrimonio culturale, di contro pone il problema di individuare la garanzia giuridica al perseguimento del pubblico interesse. Sin dall'inizio, infatti, la ricostruzione di un obbligo pubblico nascente dal rapporto inverso di imposta ha scontato il limite dei mezzi di tutela garantiti al cittadino. Anche sotto questo profilo, invero, l'accordo di programma consente di dare una risposta efficace. Essendo strumento di condensazione dell'interesse collettivo della comunità ma pur sempre accordo sostitutivo di un provvedimento ad efficacia plurisoggettiva, esso dà accesso alla tutela giurisdizionale diretta avanti al T.A.R. Invero, nel momento in cui la fase istruttoria aperta in conferenza di servizi consente la partecipazione degli interessati nel procedimento, il relativo prodotto giuridico, che è appunto l'accordo, definisce i destinatari del servizio pubblico e le relative caratteristiche, così come il novero degli operatori privati -*profit* e *non profit*- che contribuiscono alla realizzazione dello stesso. Così, anziché liquefare l'interesse del singolo nella collettività, lo condensa con la

91 R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale* in *Foro amm.*, 2016, n. 4, in specie, p. 496, cit. nonché M. VAQUER CABALLERÍA, *El derecho*, *op. cit.* Con riferimento ai referenti costituzionali che giustificano la qualificazione della posizione giuridica soggettiva, vedasi, tra gli altri, pure S. RODOTÀ, *Articolo 42* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1982, p. 69 ss., P. VIRGA, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, Edizioni Universitarie, Palermo, 1962, e M. RENNA, *Beni pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Giuffré, Milano. 2006.

92 Si tratta, nella dizione originale, del *Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society*. La convenzione è stata adottata il 27 ottobre 2005 e sottoscritta dall'Italia il 27 febbraio 2013,ma solo recentemente ratificata in sede parlamentare con legge 1° ottobre 2020, n. 133 G. SEVERINI-P- CARPENTIERI., *La ratifica della Convenzione di faro «sul valore del patrimonio culturale per la società»: politically correct vs. tutela dei beni culturali?*, in *federalismi.it*, 2021, n. 8.

93 Così viene peraltro ricostruito lo spirito della convenzione in AA.VV., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali. Esegesi delle recenti riforme e novità normative*, Milano, 2018.

94 Condizione, quest'ultima che, come visto, si verifica proprio nel distretto regolato attraverso l'accordo di programma, laddove è prevista la costituzione di un soggetto di controllo sull'esecuzione ai sensi dall'art. 34 T.U.E.L.

coprogrammazione e coprogettazione dandogli dignità sia sotto il profilo procedimentale[95] che sotto il profilo processuale. Infatti, in esito al perfezionarsi dell'intesa, enti pubblici e privati coinvolti, potranno adire il T.A.R.[96], sia nel caso i cui l'accordo sia loro pregiudizievole, sia qualora lo stesso, garantendo loro un servizio, non sia stata adempiuto[97]. E questo non stupisce, perché in ogni caso l'accordo, quale strumento di concertazione di interessi pubblici, non può avere l'effetto di mutare la natura[98] dei poteri coinvolti.[99], che permangono vincolati alla erogazione del pubblico servizio culturale.

95 E questo perché, come si accennava, la coprogrammazione, ossia il coinvolgimento dal basso degli strati sociali nel procedimento di politica decisionale, è fondamentale per il successo della gestione a rete del servizio pubblico, come sostenuto da L. CATALDO (a cura di), *Musei e patrimonio in rete: dai sistemi museali al distretto culturale evoluto*, Hoepli, Milano, 2014, nonché G.P. BARBETTA-M. CAMMELLI-S. DELLA TORRE (a cura di), *op. cit.*

96 È noto, infatti, che l'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, d.lgs. n. 104/2010 ascrive alla cognizione giurisdizionale amministrativa le questioni che attengono tanto alla legittimità dell'accordo sostitutivo o integrativo del provvedimento (fattispecie nella quale rientra anche l'accordo di programma), sia la relativa esecuzione, come confermato, anche recentemente, dalla giurisprudenza, cfr. *ex multis*, Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 24 gennaio 2019, n. 2082.

97 Salva in ogni caso la già riferita possibilità di applicazione del comma VII dell'art. 34 T.U.E.L., ove è previsto che si istituisca un organo collegiale di verifica della esecuzione del programma. Sarebbe in buona sostanza una sorta di collegio di garanzia di carattere amministrativo che viene istituito senza traslazione di competenze perché direttamente previsto dalla norma. Lo strumento, peraltro, è quello delle commissioni paritetiche proprio, ad esempio, della contrattazione di secondo livello operata nelle carte dei servizi per garantire la qualità delle prestazioni in favore dell'utenza. Con riferimento a tale fattispecie, seppur discordanti quanto alla qualificazione giuridica delle pattuizioni contenute nelle carte (il primo le riconduce all'art. 1339 del Codice civile, il secondo all'art. 1374) vedasi G. PUGLIESE, *Le carte dei servizi. L'attività di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni*, in *Riv. trim. appalti*, 1995, n. 2, e R. CIAN, *Gli interessi dell'Autorità regolatoria sul contratto*, in *Rassegna giurisprudenziale dell'energia elettrica*, 1997. In particolare, però, entrambi glia Autori sottolineano la valenza regolatoria indiretta e la funzione di rendere disponibili dei controlli interni al servizio che sono propri delle carte di cui trattasi. Vedasi pure, per un inquadramento delle tutele cui è preordinata l'adozione delle carte A. MASSERA-C. TACCOLA, *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in C. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Plus, Pisa, 2004, p. 271 ss. in particolare.

98 F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, n. 1-2 sostiene infatti come in questi casi «si può, invece, dedurre che il principio di sussidiarietà orizzontale abbia natura bidirezionale quanto alla cura degli interessi a protezione necessaria. Per questi interessi, infatti, la sussidiarietà orizzontale interviene in maniera bidirezionale, nel senso che la responsabilità della loro effettiva realizzazione fluisce, senza soluzione di continuità, dalle amministrazioni pubbliche ai privati e viceversa, sempre al fine di garantire livelli essenziali di prestazioni», p. 61, cit.

99 Infatti, siccome l'accordo è una formula di coordinamento, non si ha effetto traslativo delle competenze nemmeno ove venga istituito l'organo di controllo (che comunque verrebbe ascritto di potestà pubblicistiche e, quindi, vedrebbe tra i propri componenti le P.A. paciscenti). Così D. D'ORSOGNA, *Le relazioni organizzative. Il coordinamento*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 119. Vedasi anche in argomento M. TRIMARCHI, *Premesse sistematiche sulle relazioni* organizzative, in *P.A. – Persona e amministrazione*, 2021, n. 1 e F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di),

8. La garanzia dell'effettività del servizio distrettuale.

Si è visto che l'accordo definisce un sedime minimo di architettura amministrativa rispetto a diverse competenze coinvolte all'interno al distretto, ed è azionabile non solo dai paciscenti pubblici o privati e da chi abbia interesse a partecipare alle singole procedure[100] ma anche da soggetti terzi al procedimento[101]. Proprio alla luce di queste caratteristiche, esso è anche occasione per definire degli standard minimi di servizio. Infatti, l'interazione conoscitiva consente anche di stabilire quale sia il contenuto delle prestazioni garantite all'interno del distretto, a partire dal livello minimo di semplificazione burocratica che deve essere raggiunta. Si tratterebbe, in buona sostanza, di una funzione simile a quella della carta di servizi che viene sottoscritta tra P.A. e concessionario di un pubblico servizio[102]. In questo caso, però, se da un lato l'accordo vincola le amministrazioni al raggiungimento di questi *standard*, anche i privati che vi partecipino sono altrettanto obbligati al soddisfacimento dell'interesse ultimo del distretto culturale, che è quell'accrescimento conoscitivo-funzione

Diritto amministrativo, Monduzzi Editore, Bologna, 2001, come pure F. CORTESE, *Coordinare per decidere: il procedimento quale sede di sintesi per gli interessi pubblici*, in A*IPDA, Decisioni amministrative e processi deliberativi. Atti del convegno annuale, Bergamo, 5-7 ottobre 2017*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, il quale si rifletta sulla circostanza di come il coordinamento possa essere visto quale risposta della funzione amministrativa alla fluidità del tessuto sociale, dove un'amministrazione più che decidere, sceglie.

100 Ad esempio, nel caso di un operatore economico che voglia conseguire un contributo secondo le procedure previste nell'ambito del distretto medesimo. Si deve ricordare, però, che in caso di inadempimento da parte della P.A., i rimedi per il paciscente sono solo quelli del diritto amministrativo, tanto dal punto di vista processuale quanto da quello sostanziale, come sottolinea L. MARTINEZ, *Giurisdizione amministrativa ed esecuzione forzata in forma specifica (art. 2932 c.c.)*, Cedam, Padova, 2012.

101 Per questi ultimi, trattandosi atto sostitutivo del provvedimento amministrativo, valgono anzitutto le regole generali di accesso alla tutela giurisdizionale, non trattandosi di un atto di autonomia privata indifferente ai terzi (sul principio di relatività degli effetti del contratto vedasi C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Parte III, *Il Contratto*, Giuffré, Milano, 2000 e, più nello specifico, M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 1999, a dimostrazione della radicale incompatibilità del modello civilistico con riguardo all'accordo di programma). Con riferimento alla giurisprudenza in materia vedasi, da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 8 luglio 2022, n. 5717.

102 Il riferimento, ancora una volta, corre alle tesi sviluppate in punto di diritto amministrativo generale da V. CERULLI IRELLI, *Il negozio … op. cit*., peraltro ribadita dall'Autore nel più recente testo *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 406 ss. Con riferimento, invece, alla qualificazione giuridica del contratto di servizio, le tesi oscillano tra il contratto a favore di terzi e la natura di accordo sostitutivo del provvedimento, cfr., rispettivamente, A. MASSERA-C. TACCOLA, *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in C. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Plus, Pisa, 2004, e C. MARZUOLI, *Il contratto di servizio in materia radiotelevisiva: un contratto autentico?*, in *Diritto della radiodiffusione e delle telecomunicazioni*, 2000, p. 749 ss.

ordinamentale del bene culturale[103]. Ove affidatari della gestione del patrimonio storico-artistico, infatti, i privati diventano co-gestori del servizio pubblico d'ambito.

La definizione di *standard* di servizio pubblico, allora, apre la via ad una ulteriore possibilità di giustiziabilità, quella del c.d. ricorso per l'efficienza della pubblica amministrazione previsto dal d.lgs. n. 198/2009, anche chiamato *class action* pubblica. Si tratta, in sintesi, di una azione proponibile al fine di ristabilire l'efficienza dell'azione amministrativa proprio nel caso in cui questa non sia rispettosa degli standard di pubblico servizio stabiliti con atti di portata generale. Essa non consente la condanna della P.A. ad una attività ripristinatoria puntuale o per equivalente, ma ne verifica l'inadempimento e ordina di porvi rimedio entro un termine, spirato il quale si può ulteriormente interessare il giudice attraverso l'azione di ottemperanza[104]. Qualificando quindi l'insieme delle procedure armonizzate nel distretto in uno con i livelli di accesso alla risorsa ivi previsti in termini di standard minimi di servizio, si può addivenire ad una nuova ipotesi di giustiziabilità collettiva di questo diritto sociale[105], ulteriore dimostrazione di come l'accordo condensi un interesse collettivo che rischierebbe altrimenti di restare apolide proprio perché riferito al patrimonio storico-artistico -anch'esso collettivo, appunto. E, peraltro, proprio il fatto che questo strumento processuale consenta al T.A.R. di acceder al fatto amministrativo, nella misura in cui prevede che il giudice valuti l'inadempimento della P.A. in relazione alle risorse alla stessa disponibili, rende piena la tutela processuale[106]. Si rende così effettivo quel rapporto inverso che riconnette la comunità di cultura con il bene culturale e l'amministrazione che lo gestisca stesso sulla falsa riga di quanto avviene con il rapporto inverso di imposta.

Profilo critico che si può rilevare in relazione a questa ricostruzione potrebbe riguardare, però, il fatto che i soggetti estranei al territorio ove insiste il distretto non

103 In questo senso, si può dire che il distretto, avendo ad oggetto la gestione del patrimonio culturale, partecipa della medesima funzione ordinamentale del patrimonio gestito. Questa conclusione non sorprende, ricordando che, ancora una volta, il bene culturale è un bene-fine.

104 Vedasi sul tema, U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la* class action, in *Giornale dir. amm.*, 2010, n. 3, nonché, con approccio critico allo strumento per la sua ritenuta inefficacia alla luce della impossibilità di una pronuncia di condanna, P.M. ZERMAN, *Partenza in salita per la* class action, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2009 e V. GASTALDO, *La* class action *amministrativa: uno strumento attualmente poco efficacie*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 10.

105 Come tale, notoriamente a prestazione non garantita, nel senso in cui la dottrina giuspubblicistica tradizionale intende il termine, come sottolinea G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, n. 3, p. 755 ss.

106 In questi termini, A. POLICE, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della «giurisdizione propria» del Consiglio di Stato*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, n. 2, p. 263 ss., che ricostruisce sotto il profilo storico il concetto di giurisdizione estesa al merito per venire a concludere che *ab origine* l'espressione era riferita al fatto che il Consiglio di Stato, quale giudice *nell'*amministrazione, avesse poteri cognitori di analisi diretta e completa della vicenda amministrativa. È allora anche oggi questa capacità visiva che, a valle, consente la pienezza della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive pubbliche e private avanti al giudice amministrativo.

troverebbero corrispondente legittimazione nel rapporto biunivoco invece insistente nei confronti della comunità di cultura. Sennonché deve a tale rilievo controdedursi che la finalità ordinamentale del bene culturale trascende le delimitazioni territoriali quanto alla sua funzione conoscitiva collettiva. Il radicamento della comunità, quindi, non ha finalità escludenti quanto alla fruizione del patrimonio culturale, ma funge invece da base di legittimazione per la compartecipazione all'attività programmatoria e gestionale. Il che consente, secondo un principio di effettività[107], di non ritenere affatto precluso l'accesso alla tutela giurisdizionale a soggetti esterni attraverso la c.d. *class action* pubblica, ove questi siano titolati di legittimazione e interesse ad agire secondo le regole processuali generali[108]. Conclusione, quest'ultima, peraltro coerente pure con il fatto che anche l'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione è ascritta al plesso amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva il che dimostra come, anche in questo caso, il fatto che venga erogato un servizio pubblico che realizzi la pienezza di un diritto essenziale non incide sulla natura dei poter pubblicistici che allo stesso sono presupposti.

9. Il distretto culturale quale forma evoluta di accesso alla risorsa culturale.

Il distretto culturale, nella sua forma evoluta, crea relazioni ad alto tasso di valore aggiunto. Lo fa, però, proprio perché parte dal basso, attraverso il coinvolgimento

107 A. POLICE, *C.d. class action pubblica: interesse giuridicamente rilevante e interesse legittimo*, in A. GIUFFRIDA (a cura di), *Il diritto ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Giappichelli, Torino, 2012. Utile anche il riferimento alle riflessioni proposte da C. NATALICCHIO, *Il Tar Lecce solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art.120, co.5, c.p.a.*, commento a *Tar Puglia – III Sez. di Lecce – 02 marzo 2020, ordinanza n. 297*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, n. 2, che, pur con riferimento alla tematica del rito in materia di appalti pubblici, ragiona intorno al fatto che la sussistenza di un interesse pubblico perseguito particolarmente qualificato non può in ogni caso avere l'effetto di produrre una riduzione elle tutele per il cittadino (un tanto, peraltro, anche sulla scorta dei principi sovranazionali applicabili, cfr. M.P. CHITI-G. GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffré, Milano, 2017). Declinando quindi il ragionamento dell'Autrice al caso del distretto culturale, la particolare qualificazione ordinamentale dei beni gestiti impone che al cittadino sia garantito l'accesso alla giurisdizione piena, riducendo i limiti di insindacabilità delle decisioni amministrative ove incidano gli standard minimi di servizio. Una volta stabiliti questi ultimi, infatti, il potere decisionale della P.A. si prosciuga in maniera corrispondente. Così, in sintesi, L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. – TAR*, 2008, 1193 ss.

108 E questo poiché la situazione giuridica soggettiva determina in ogni caso le modalità di accesso alla tutela giurisdizionale, ancorché, come autorevolmente sostenuto da F.G. SCOCA, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della P.A. L'evoluzione del sistema*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017, ciò non determini una alterazione del sistema di tutela, che deve essere piena e garantita in ogni caso (tanto è vero che, da alcuni, come A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Giuffré, Milano, 2005, viene a questo punto ritenuta anacronistica la separazione dei plessi giurisdizionali). Evidentemente, però, la questione risulta più critica laddove si debba dare ingresso alla sede processuale a interessi metaindividuali: in tali casi, infatti, il giudice amministrativo è l'unico che si dimostra strutturalmente idoneo a tutelare questi ultimi, come si deduce da R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008.

degli attori privati, abbiano essi scopo di lucro o meno. Si tratta, insomma, di una modalità atipico di coprogrammazione e coprogettazione che si inserisce tra gli strumenti di amministrazione partecipativa.

Invero, la proposta di istituire il distretto attraverso un accordo di programma consente proprio di istituzionalizzare questa partecipazione, attraverso uno schema pubblicistico che ha una sua disciplina di diritto positivo e che, quindi, implica garanzie puntuali e, a valle, è azionabile avanti al T.A.R.[109]. La conferenza di servizi che prelude al raggiungimento di questa intesa, luogo elettivo per raccogliere e soppesare gli interessi, può essere aperta non solo agli enti locali, ma anche agli operatori economici ed ai soggetti del terzo settore. Così codeterminando la gestione del bene culturale a livello di area vasta. Viepiù, lo stesso accordo, procedimentalizzando il coordinarsi dei vari attori istituzionali, può a sua volta prevedere forme partecipative in fase esecutiva. Invero, anche la selezione dei progetti che possono essere inseriti nell'ambito del distretto, è una forma di coprogettazione che concorre a determinare congiuntamente il contenuto del servizio pubblico[110].

Le basi teoriche di questa ricostruzione, si rinvengono come visto nel rapporto biunivoco che si intesse tra comunità e bene culturale "locale", che è fonte legittimante la partecipazione degli strati sociali attraverso un rapporto inverso che genera obblighi di servizio pubblico in capo alla P.A. Si tratta di obblighi, però, che non trovano la propria fonte nel prelievo fiscale, bensì nella funzione ordinamentale del bene culturale[111].

Dal punto di vista strettamente economico, poi, la gestione territorialmente integrata dei servizi crea sinergie oramai imprescindibili per sostenere la sfida di un

109 Si leggano in tal senso le riflessioni proposte da V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004 (Osservazioni a primissima lettura)*, in *federalismi.it*, 2004, n. 15.

110 A. TIGANO, *Premesse per uno studio su: pluralismo amministrativo e legittimazione a resistere*, in AA.VV., *Scritti per Enzo Silvestri offerti dagli allievi*, Giuffré, Milano, 1992, focalizza l'attenzione sulla circostanza che la migliore tutela della posizione di interesse legittimo del privato avviene all'interno del procedimento proprio perché è in quella sede che essa può incidere in veste pretensiva sull'esercizio del potere discrezionale. Coeve le analoghe riflessioni relativa alla partecipazione procedimentale di R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992. Vedasi anche L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffré, Milano, 2003, ove vengono ricostruiti i tratti essenziali del rapporto giuridico che si instaura tra cittadino e pubblica amministrazione.

111 Vedansi, in proposito, le tesi di P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, in *federalismi.it*, 2018, n. 2, il quale revoca in dubbio l'adeguatezza degli strumenti predisposti dal Codice dei contratti pubblici per la gestione del patrimonio culturale. Invero, l'Autore sostiene che la particolare natura del bene culturale non ne consenta mai una gestione realmente neutrale. Questo, ancora una volta, perché la concorrenza incide solo in via indiretta, come bene-mezzo, nell'ambito di questo tipo di commesse pubbliche.

mercato che, anche con riferimento ai beni culturali, si è globalizzato[112]. A fronte di un tessuto economico del pari fortemente parcellizzato, l'unica risposta efficace è la concentrazione spaziale e l'elevata specializzazione produttiva delle imprese, coadiuvata da una amministrazione efficiente e dall'azione quanto più possibile prevedibile[113].

Dal punto di vista giurisdizionale, all'intuibile conseguenza dell'azionabilità amministrativa di un accordo di diritto pubblico -che comunque potrebbe generare problematiche in relazione alla concreta legittimazione dei singoli utenti del distretto- si accompagna la possibilità di ritenere l'accordo stesso quale strumento che fissa uno standard di servizio pubblico nell'ambito del distretto. Standard che, pertanto, può essere sottoposto al giudice amministrativo il quale a sua volta, conoscendo direttamente il fatto, può apprezzare l'adeguatezza dell'azione pubblica. In questo modo, si rende giustiziabile la garanzia obbiettiva alla fruizione del patrimonio culturale d'ambito[114].

Su tali premesse, allora, la natura "evoluta" del distretto culturale assume una connotazione più marcatamente giuridica, poiché non attiene solo alle tecnologie o forme di interazione economica che si intessono al suo interno, bensì al fatto che esso

112 Cfr. A. DE PAOLIS, *Globalizzazione dei mercati e valorizzazione dei beni culturali: il ruolo delle comunità locali*, in *Azienditalia*, 2016, n. 4, il quale ricollega la necessità di un'azione distrettuale al fabbisogno di investimenti ingenti per consentire l'"agibilità" del patrimonio culturale e alla crisi della grande impresa. Dello stesso ordine di idee anche F. FRACCHIA, *Il diritto dell'economia alla ricerca di un suo spazio nell'era della globalizzazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, n. 1.

113 Ancora, A. DE PAOLIS, *op. cit.*, il quale sottolinea che a tal fine si debbono considerare: «la prossimità e l'accessibilità rispetto al sistema delle infrastrutture di trasporto ...l'accessibilità alle "infostrutture" territoriali cioè alla rete immateriale delle comunicazioni digitali ... la prossimità e l'accessibilità delle reti tematiche culturali, degli itinerari culturali e paesaggistici che dovranno essere valorizzati ... la flessibilità rispetto agli indici di specializzazione culturale del singolo comune ... la dimensione delle attività economiche connesse alla cultura ... la cooperazione valutata in funzione della progettualità locale (patti e accordi territoriali) ... la competitività valutata in relazione all'offerta di servizi di livello elevato (ad es., il sistema della formazione universitaria e *post lauream*) e alla valorizzazione delle eccellenze territoriali». In punto, prefiguravano questi contenuti minimi del distretto S. PEDRINI-P.L. SACCO, *Il distretto culturale: mito o opportunità*, Giappichelli, Torino, 2003.

114 Soprattutto, perché al giudice amministrativo, pur essendo inizialmente precluso entrare nel merito della discrezionalità amministrativa, è comunque sempre riconosciuto il potere di ordinare all'amministrazione l'ottemperanza delle proprie decisioni, stabilendone le modalità, come sottolinea V. LOPILATO, *Giudizio di ottemperanza*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Cedam-Wolters Kluver, Milano, 2014 quanto ai profili prettamente processuali e C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedamm Padova, 2005, ove l'Autrice si concentra sulla *forza* ed *estensione* del giudicato per la P.A., oltre che, *ex multis* quanto alle tutele a valle, M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, n. 3, e, infine, F.G. SCOCA, *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*, in AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza,* Giuffré, Milano, 1983, 208 ss., ove si precisa che l'ottemperanza costituisce in effetti la prosecuzione del giudizio di cognizione ma non nel senso che si tratta di due fasi dello stesso giudizio, ma che il giudizio di cognizione e il giudizio di ottemperanza rappresentano "*due giudizi di cognizione logicamente successivi l'uno all'altro*". Vedasi, dello stesso Autore, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, n. 3.

diviene uno strumento organico di gestione del bene culturale. Uno strumento, dunque, che ha una propria coerenza a partire dalla natura del bene gestito e si estende sino alla possibilità di tutela giurisdizionale degli utenti coinvolti, la cui posizione è quella di titolari di un diritto sociale fondamentale (quello alla fruizione del bene culturale).

La sfida, certo, resta aperta quanto alla individuazione delle modalità concrete di coordinamento tra amministrazioni e privati, che è in effetti la determinazione del contenuto dell'accordo di programma. Si tratta però piuttosto di uno sprone per la P.A., poiché sarà tanto più facile superare questo ostacolo quanto più si consentirà la determinazione condivisa delle scelte pubbliche.

TUTELA COSTITUZIONALE DELL'AMBIENTE E OBIETTIVI DI SOSTENIBILITÀ NEL FRAMEWORK EUROPEO: IL RUOLO DELLE CORTI VERSO LA TRANSIZIONE VERDE.

Constitutional protection of the Environment and Sustainable goals in the EU framework: the role of National Courts towards the Green Transition.

Federica Marconi*

Abstract: il tema dell'ambiente e, con esso, quello dello sviluppo sostenibile, hanno assunto un ruolo sempre più centrale nelle politiche degli Stati europei, al punto da spingere gran parte dei legislatori nazionali a prevederne la tutela costituzionale. In questo processo un ruolo fondamentale è giocato dalle Corti, spesso chiamate non solo a dare forma a tali contenuti in via interpretativa, ma anche a definirne i limiti o ad estenderne la portata, facendosi così precorritrici del sentimento dei tempi. Tale positivizzazione è davvero uno strumento effettivo verso la transizione verde, tanto più nello scenario attuale, dove la tutela dell'ambiente sembra spesso sacrificabile rispetto a contingenze e interessi contrapposti? Quale l'approccio dei diversi Stati europei nel bilanciare la tutela dell'ambiente con altri diritti di pari rilievo costituzionale come, ad esempio, gli interessi delle generazioni future o la libera iniziativa economia?

Parole chiave: ambiente, generazioni future, costituzione, sostenibilità, recovery.

Abstract: *Environmental concerns and sustainable development have become a core topic in the policies of EU Member States. In accordance with this, an increasing number of Governments have decided to include the protection of the environment among the fundamental principles of their Constitutions. In this process, a fundamental role is played by the Courts, which are often called upon to give shape to these contents through their hermeneutical power, as well as to define their limits or extend their scope. A set of questions arises. Is the enhancement of the environmental protection in the Constitutions an effective tool to pursue the green transition in the current scenario? How can environmental protection be balanced with other constitutional rights, such as the interests of the future generations or the free economic initiative?*

Key words: *Environment, future generations, Constitution, Sustainability, recovery.*

SOMMARIO: 1. Premessa. **- 2.** La costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente in Europa. **- 2.1.** La positivizzazione del valore ambientale nella Costituzione italiana: la riforma degli artt. 9 e 41. **- 2.2.** Lo scontro semantico in seno al Conseil d'Etat: garantire o favorire la tutela dell'ambiente? **- 2.3.** La lettura costituzionalmente orientata del Bundesverfassungsgericht a tutela dell'interesse delle generazioni

future. **- 3.** Bilanciabilità del valore costituzionale della tutela dell'ambiente: un nuovo equilibrio con gli interessi economico-industriali. **- 4.** Brevi considerazioni conclusive: scenari di sostenibilità in tempi di crisi.

1. Premessa

Il dibattito relativo all'importanza dell'ambiente, nonché al legame di quest'ultimo con i diritti fondamentali dell'uomo, ha radici profonde e ha accompagnato gran parte dei processi che hanno condotto all'attuale fisionomia della maggior parte delle Carte costituzionali degli Stati membri dell'Unione Europea. L'orientamento di quest'ultima, così come quello internazionale, sono ormai da tempo impegnati a promuovere la protezione dell'ambiente nelle sue molteplici declinazioni e ad incoraggiare il processo di transizione verso un'economia verde.

Le crisi degli ultimi mesi - quella socio-sanitaria dovuta alla pandemia, prima, quella umanitaria-energetica conseguente al conflitto russo-ucraino, poi - hanno rinnovato l'attenzione e le preoccupazioni legate all'adozione di strategie e di misure di azione per rendere possibile questo processo nel minor tempo possibile. Sin dagli anni Settanta è emersa la necessità di individuare una nozione di ambiente che fosse più ampia di quella meramente circoscritta agli "ecosistemi" e alla "natura" e che fosse, al contempo, capace di evidenziarne la stretta connessione con la vita dell'uomo, con la sua dignità e con il benessere a cui da sempre egli aspira[1].

Di sostenibilità si iniziò a parlare da quando, proprio a seguito della prima grande crisi energetica del dopoguerra, gli Stati Uniti e molti Paesi europei dovettero adottare misure drastiche per il contenimento dei consumi energetici. La crisi petrolifera del 1973, innescata dalla guerra di ottobre Arabo-Israeliana, determinò una ridotta disponibilità di petrolio che costrinse, difatti, molti Stati a considerare - per la prima volta - il ricorso a fonti alternative/rinnovabili per ridurre la dipendenza energetica dal petrolio. Con il c.d. rapporto *Brundtland*[2], venne fornita una delle prime definizioni a livello internazionale del concetto di "sviluppo sostenibile", da intendersi come "[…] quello sviluppo che consente alla generazione

1 * *Dottorando di ricerca in Teoria dei contratti, dei servizi e dei mercati presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.*
A questo ha contribuito indubbiamente lo sviluppo della sensibilità al tema in ambito internazionale. Fondamentale al riguardo la Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano, tenutasi a Stoccolma nel 1972.

2 Dal nome del presidente Gro Harlem Brundtland della *World Commission on Environment and Developmen*t, istituita nel 1983. Con la pubblicazione del rapporto "*Our common future*", del 1987, vennero formulate delle linee guida per lo sviluppo sostenibile. Il rapporto evidenziava la necessità di attuare una strategia in grado di integrare le esigenze dello sviluppo e dell'ambiente. Questa strategia è stata definita in inglese con l'espressione "*sustainable development*", tradotta successivamente con "sviluppo sostenibile".

presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri".

Il concetto di sostenibilità, nato dallo sforzo di conciliare una pluralità di matrici e per mediare tra le esigenze di sviluppo sociale ed economico con quelle di tutela dell'ambiente[3], ha avuto un impatto crescente sulla qualità dello sviluppo sociale, anche in ragione della declinazione in termini di relazione inter-generazionale già in esso contenuta. Da allora tanti altri passi sono stati fatti nella medesima direzione e tale rapporto ha costituito un punto di riferimento per tutti i documenti e le conferenze globali successive, fino all'adozione, nel settembre 2015, dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Sostenibile[4].

La politica ambientale si è progressivamente affermata come uno dei settori di maggior intervento dell'Unione Europea[5], attraverso una rilevante e crescente produzione normativa e di orientamenti a carattere generale che hanno e continuano ad influenzare fortemente le singole politiche degli Stati membri[6]. A ciò si aggiunge la centralità che il tema ha assunto nei progetti di sviluppo di istituzioni europee e nazionali. Si pensi, tra tutti, agli ambiziosi obiettivi del *Green Deal* europeo[7] e ai finanziamenti ad esso riservati nel piano per la ripresa *Next Generation* EU, nonché nel bilancio settennale dell'UE. In tale contesto si è nuovamente valorizzata la tutela

3 F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; D. BARSTOW MAGRAW, L.D. HAWKE, *Sustainable Development*, in D. Bodansky, J. Brunnée, E. Hey (a cura di), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, 2007, pp. 613 e ss.

4 La c.d. Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, è un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità, sottoscritto il 25 settembre 2015 da 193 Paesi delle Nazioni Unite, tra cui l'Italia, per condividere l'impegno a garantire un presente e un futuro migliori. In particolare, l'Agenda 2030 prevede 17 obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals* - SDGs) da raggiungere entro il 2030, articolati in 169 Target. Nell'ambito di tale programma i giovani sono considerati "agenti critici" del cambiamento, ritenendo che possano trovare negli Obiettivi di sviluppo sostenibile una via per "[…] incanalare le loro infinite potenzialità verso la creazione di un mondo migliore".

5 La politica dell'UE in materia ambientale risale al Consiglio europeo di Parigi del 1972, quando i capi di Stato e di Governo manifestarono la necessità di una politica europea in materia ambientale che guidasse l'espansione economica con un relativo programma d'azione. L'Atto Unico Europeo del 1987 ha introdotto *ex novo* il titolo "Ambiente", quale prima base giuridica per una politica ambientale comune. Le successive revisioni dei Trattati hanno consolidato l'impegno dell'Unione.

6 Il Consiglio dell'Unione Europea ha emanato varie Conclusioni in materia di attuazione interna dell'Agenda 2030. Nell'aprile 2019, con l'adozione delle Conclusioni "Verso un'Unione sempre più sostenibile entro il 2030", da parte del Consiglio Affari Generali, si è demandata alla Commissione Europea la presentazione di ulteriori proposte concrete per definire un quadro strategico di riferimento onnicomprensivo per l'attuazione l'Agenda 2030 a livello europeo.

7 Il *Green Deal* europeo o Patto Verde europeo, annunciato a dicembre 2019 dalla Commissione Europea, è un una nuova strategia di crescita dell'Unione Europea per rendere l'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva entro il 2050. La Commissione europea ha adottato una serie di proposte per trasformare le politiche dell'UE in materia di clima, energia, trasporti e fiscalità, col fine di ridurre le emissioni nette di gas a effetto serra di almeno il 55% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990.

degli interessi delle generazioni future, al punto da diventare uno dei traini dell'azione a livello europeo. A tal fine, si è anche evidenziata l'importanza del principio del "*Do No Significant Harm*" (DNSH) nell'orientare la predisposizione dei piani di ripresa nazionali, richiedendo agli Stati membri di adottare interventi che non arrechino danno all'ambiente.

La strategia comune europea, tra le altre finalità, ha infatti inteso creare uno strumento per ricostruire l'Europa non solo in termini di sostenibilità ambientale, quanto anche in termini di sostenibilità economico-finanziaria. È evidente lo sforzo volto all'acquisizione di un approccio concretamente intra- ed inter-generazionale, con misure che consentano agli Stati di ripagare il debito contratto per superare il periodo pandemico senza che del peso siano gravate interamente le generazioni a venire.

In Italia, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) ha dedicato alla Missione della Transizione Verde ed Ecologica la quota più alta delle risorse, seguendo le esplicite indicazioni provenienti dall'Unione Europea[8]. Questi temi ed obiettivi hanno poi trovato ulteriore riflesso nella riforma istituzionale del Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE), ora Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS), nonché nell'istituzione del Comitato interministeriale per la transizione ecologica (CITE) presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, al fine di coordinare la programmazione delle politiche nazionali per la transizione. Inoltre, il Ministero della transizione ecologica è stato chiamato ad assumere, oltre alle funzioni di tutela ambientale, anche le competenze in materia di politica energetica per raggiungere il *target* della progressiva e completa decarbonizzazione del sistema italiano.

La nuova consapevolezza acquisita anche a livello sovranazionale, nonché il progresso giurisprudenziale avutosi negli anni, hanno consentito un processo evolutivo che ha portato a riconoscere l'esistenza di "una nuova relazione tra la comunità territoriale e l'ambiente che la circonda"[9], al punto da ridefinire l'ambiente come un diritto costituzionale vivente, valore primario e sistemico.

A tal riguardo, si tenga conto che la Carta di Nizza, all'art. 37 - rubricato "Tutela dell'ambiente" - prevede che "Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e

8 Alla missione è stato destinato un totale di 59,46 milioni di euro, pari al 31,05% dell'importo totale del PNRR.

9 Corte Cost., sent. 23 maggio 2019, n. 179. Nella sentenza veniva, inoltre, specificato che il suolo costituisce una "[…] risorsa naturale eco-sistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell'equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale".

garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile"[10]. È, dunque, riassunto in un'unica espressione il duplice fine di indirizzare lo sviluppo produttivo ed economico degli Stati membri verso la sostenibilità e di garantire una condizione di vita dei cittadini conforme a standard qualitativi di livello elevato[11].

I principi contenuti in tale articolo sono basati su quanto previsto dall'art. 3 del Trattato sull'Unione europea (TUE)[12], che riconosce - tra le altre cose - il ruolo dell'Unione nel promuovere "[…] la solidarietà tra le generazioni", e dagli artt. 11[13] e 191[14] del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)[15]. Quest'ultimo articolo, al para. 1, individua i quattro obiettivi che la politica dell'Unione in materia ambientale deve perseguire: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente; protezione della salute umana; utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali; promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici. Ciò nonostante, a livello europeo, non è possibile individuare una definizione normativa di ambiente.

Ad ogni buon conto, il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione sancisce che il godimento dei diritti ivi riconosciuti e tutelati "[…] fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future".

---

10 B. POZZO, *La tutela dell'ambiente nelle costituzioni, profili di diritto comparato alla luce dei nuovi principi introdotti dalla Carta di Nizza*, in B. Pozzo, M. Renna (a cura di), *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, 2004.

11 P. MADDALENA., *L'evoluzione del diritto e della politica per l'ambiente nell'Unione Europea. Il problema dei diritti fondamentali*, in *Riv. Amm. R. It.*, 2000. Sulle criticità connesse al tema: U. FANTIGROSSI., *Debole sull'ambiente il progetto di carta fondamentale dell'Unione*, in *Riv. amm. R. It.*, 2000.

12 Secondo il para. 3: "L'Unione instaura un mercato interno. 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. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico".

13 "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".

14 Il para. 2 individua i principi della politica dell'UE in materia ambientale, orientata a garantire un elevato livello di tutela pur tenendo conto della diversità e peculiarità delle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione - in via prioritaria alla fonte - dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga". Il para. 3 individua, invece, i parametri che devono guidare la predisposizione della politica ambientale: dati scientifici e tecnici disponibili; condizione dell'ambiente delle varie regioni dell'EU; vantaggi e oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione; sviluppo socioeconomico dell'UE nel suo complesso e sviluppo equilibrato delle singole regioni. Con particolare riferimento ai principi si rinvia a: M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000, spec. pp. 117-149, e alla bibliografia ivi citata.

15 Tali previsioni hanno sostituito quelle di cui agli artt. 2, 6 e 174 del Trattato sulla Comunità Europea (CE).

Alla luce della breve ricostruzione del quadro di riferimento sinora delineata, il presente contributo si propone l'obiettivo di ripercorrere le tappe della costituzionalizzazione della materia ambientale in diverse costituzioni europee (para. 2), soffermandosi con particolare attenzione sulla recente riforma costituzionale italiana (para. 2.1). L'attenzione di concentra poi sul ruolo delle Corti nazionali e di come queste abbiano contribuito e contribuiscano a dare forma ai contenuti del c.d. "diritto costituzionale dell'ambiente", ma anche a definirne i limiti o ad estenderne la portata, facendosi così precorritrici del sentimento dei tempi (para. 2.2. e 2.3.). A tal fine, si osserva lo sforzo dalle stesse compiuto per operare un bilanciamento tra le diverse istanze di volta in volta coinvolte (para. 3). Da ultimo, sono formulate alcune brevi riflessioni conclusive circa sfide e opportunità che le crisi attuali pongono allo sviluppo sostenibile (para. 4).

2. La costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente in Europa.

Ad oggi, seppur secondo modalità e schemi che possono variare tra loro, il novero di Stati europei la cui Costituzione dimostra di essere sensibile alle problematiche ambientali è piuttosto esteso. A tal riguardo, si può affermare che i concetti di sostenibilità e di interesse delle generazioni future[16] abbiano pian piano assunto un ruolo sempre più centrale, "approfittando della permeabilità delle Costituzioni contemporanee alle influenze esterne"[17]. Le formulazioni testuali che hanno consentito di dare rilievo a tali concetti possono per lo più essere ricondotte a tre categorie: i) la tutela dell'ambiente come principio fondamentale; ii) la tutela dell'ambiente come principio programmatico e obiettivo dell'azione dello Stato; iii) la tutela dell'ambiente come un diritto-dovere che si esplica nella dialettica tra poteri pubblici e cittadini. A corredo di tali previsioni, in molti testi costituzionali è possibile rinvenire riferimenti anche al diritto ad un ambiente salubre, alla sostenibilità, nonché al riconoscimento del diritto di accesso alle informazioni ambientali quale strumento di effettiva partecipazione dei cittadini alla cura di tale interesse primario[18].

16 Per un'analisi dei riferimenti alle generazioni future nelle costituzioni, si veda. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale,* Milano, 2008, pp. 125-126.

17 T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni*: *lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, allegato 1, 2016.

18 Sul punto si vedano le considerazioni di G. C. FERONI, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europei,* in *Federalismi.it*, 8/2019. Più in generale, si rimanda a: G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, A. TORRE (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, vol. I, Padova, 2016; R. ORRÙ, G. PARODI (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, vol. II, Padova, 2016; M. GANINO (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, vol. III, Padova, 2013; D. PORENA, *"Ambiente": complessità di una nozione giuridica*, in AmbienteDiritto.it, 2020.

Se è vero che molte delle costituzioni del secondo dopoguerra (c.d. Costituzioni di prima generazione) originariamente non hanno riservato particolare attenzione al valore dell'ambiente, molte di quelle più recenti si sono dotate di specifiche disposizioni al riguardo (c.d. Costituzioni di seconda e terza generazione). Si tenga conto, comunque, che successivi procedimenti di revisioni costituzionale hanno consentito di inserire l'ambiente e la relativa tutela tra i principi cardine anche delle costituzioni più datate[19].

La Costituzione belga[20], ad esempio, dopo aver solennemente affermato che "Ognuno ha il diritto di condurre una vita conforme alla dignità umana", individua nel "diritto alla protezione di un ambiente sano" uno dei diritti - economici, sociali e culturali - garantiti dall'ordinamento e che contribuiscono al raggiungimento di tale primario obiettivo (art. 23). I Paesi Bassi, invece, rinviano espressamente al ruolo dei poteri pubblici, chiamati a provvedere alla tutela dell'abitabilità del Paese anche attraverso la protezione e il miglioramento dell'ambiente (art. 21)[21]. In Svezia, l'art. 2 della Legge sulla forma di governo (*Regeringsformen*)[22] ha subito una riforma costituzionale nel 1974, con l'introduzione dell'espresso riconoscimento in capo alle istituzioni pubbliche dell'impegno a promuovere uno sviluppo sostenibile che porti ad un "buon ambiente" per le generazioni presenti e future.

Anche nella Legge Fondamentale per la Repubblica Federale di Germania, all'art. 20A, si trova un riferimento esplicito alle generazioni future. Si prevede, infatti, che lo Stato tuteli - assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future - i fondamenti naturali della vita (*natürlichen Lebensgrundlagen*) e

19 S. NESPOR, B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto Costituzionale dell'ambiente*, in S. Nespor, A.L. de Cesaris (a cura di), *Codice dell'Ambiente*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 99-141.

20 La costituzione belga è stata approvata dal Congresso nazionale il 7 febbraio 1831. Il testo è stato più volte emendato fino al 10 maggio 1993, mentre è stato integralmente revisionato e coordinato nel 1994, con l'entrata in vigore del nuovo assetto federale. Più diffusamente sul tema si veda: M. COMBA, *La protezione ambientale nel regno del Belgio*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1989.

21 I Paesi Bassi hanno una *Grondwet*, e cioè una "legge fondamentale" che è frutto di varie revisioni, alcune delle quali quasi totali, come quella del 1983. L'articolo in questione è stato introdotto a seguito della revisione costituzionale da ultimo citata, al fine di positivizzare l'idea diffusa secondo cui è responsabilità del Governo adottare politiche a tutela del clima. Sul tema, nel dettaglio, si vedano G. MARTINICO, *Studio sulle forme alternative di judicial review: il caso dei Paesi Bassi e della Svizzera,* in *Federalismi.it*, 2017; R. SEERDEN, M. HELDEWEG, *Public environmental law in the Netherlands,* Kluer Law International, 2002.

22 La costituzione delle Svezia (*grundlagarna*) è costituita da quattro leggi fondamentali: la legge sulla forma di governo (*Regeringsformen*), la legge fondamentale sulla libertà di stampa (*Tryckfrihetsförordningen*), la legge fondamentale sulla libertà di espressione (*Yttrandefrihetsgrundlagen*) e l'atto di successione del 1810 (*Successionsordningen*). Le ultime tre disciplinano settori limitati di normazione e hanno rango costituzionale in virtù dell'esplicito riconoscimento di cui all'art. 3 della legge sulla forma di governo. Si vedano: J. NERGELIUS, *Constitutional Law in Sweden*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 21/2011; F. DURANTI, *La revisione costituzionale nei Paesi nordici: una "manutenzione" costituzionale incrementale*, in F. Palermo (a cura di), *La "manutenzione» costituzionale*, Cedam, Padova, 2007;

gli animali, mediante l'esercizio del potere legislativo nel quadro dell'ordinamento costituzionale e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto[23].

Il riferimento esplicito alla tutela degli animali si trova anche nella Costituzione bulgara[24], nella forma della garanzia della diversità della fauna selvatica, che si aggiunge alla garanzia della protezione e riproduzione dell'ambiente, oltre che delle risorse naturali (art. 15). Inoltre, l'art. 55 prevede il diritto di ciascuno ad un ambiente sano e favorevole, in conformità con gli standard prescritti e le normative previste. In quest'ottica, l'articolo precisa che tutti sono tenuti a prestare il proprio impegno nella protezione dell'ambiente. Riferimento esplicito alla responsabilità individuale dei cittadini si rinviene anche nel testo costituzionale finlandese[25], secondo cui "[…] ognuno è responsabile del mondo naturale e della sua biodiversità, dell'ambiente e dell'eredità culturale". Anche in questo caso, all'impegno dei cittadini viene affiancato quello delle autorità pubbliche, affinché sia garantito ad ognuno il diritto a un ambiente salubre, oltre che l'opportunità di influire sull'adozione di decisione concernenti l'ambiente in cui vive.

In Francia, la Costituzione esalta la valorizzazione dell'ambiente in varie previsioni. Il preambolo, ad esempio, prevede espressamente la solenne proclamazione da parte del Popolo francese della sua fedeltà ai diritti dell'uomo e ai principi della sovranità nazionale - così come definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata ed integrata dalla Costituzione del 1946 - e a quelli definiti nella Carta

23 Seppur il testo originario della *Deutsches Grundgesetz* del 1949 non contenesse alcuna disposizione di principio sulla protezione dell'ambiente, la giurisprudenza aveva interpretato estensivamente alcune norme costituzionali che legittimavano la competenza concorrente dello Stato in alcune materie, tra cui quella ambientale, nonché l'integrazione del diritto pubblico internazionale nell'ordinamento tedesco (es. artt. 24, 25, 74 e 75 della Legge fondamentale tedesca). La protezione dell'ambiente ha trovato espresso riconoscimento, come obiettivo nazionale, con la legge di modifica del 27 ottobre 1994, I 3146, a cui ha fatto seguito la "Legge per la modifica della Legge fondamentale (Finalità pubblica della protezione degli animali)" del 26 luglio 2002, I 2862. Sul punto, M. POTO, *Il principio della tutela dell'ambiente quale cardine del sistema partecipativo nella Repubblica Federale di Germania,* in A. Angeletti (a cura di), *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, 2015; M. T. NEUMANN, *The Environmental Law System of the Federal Republic of Germany*, in *Annual Survey of International & Comparative Law*, 3/1996.

24 Il testo costituzionale bulgaro è stato adottato nel 1971 e ha assunto la conformazione attuale nel 1991. È stata una delle prime costituzioni a determinare che è imposto allo Stato e alla società il dovere di preservare l'ambiente, elencando l'aria, il suolo e l'acqua come beni di inestimabile valore. Si veda: J. FRIEDBERG, B. ZAIMOV, *Politics, Environment, and the Rule of Law in Bulgaria,* in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 1994.

25 La costituzione finlandese, che tratta la questione relativa alla tutela dell'ambiente nella Sezione 20, Capo II, relativo a diritti fondamentali e libertà, è entrata in vigore nel 2000. Sul tema della sostenibilità in Finlandia si rimanda a: E. PAUKKU, *Sustainability and a basic principle for legislation: a case study about law making in Finland*, in *Visions for Sustainability*, 15/2021.

dell'ambiente del 2004[26]. Quest'ultima proclama il diritto di ogni individuo a vivere in un ambiente equilibrato e favorevole alla salute, cui si accompagna il dovere di partecipare alla tutela e al miglioramento dell'ambiente e di prevenire, ovvero - ove ciò non sia possibile, quantomeno - di limitare gli eventuali danni che potrebbe arrecare all'ambiente. Nel caso in cui i danni siano effettivamente provocati, il responsabile è tenuto a contribuire alla loro riparazione, secondo le condizioni stabilite dalla legge. Anche le autorità pubbliche sono tenute a farsi promotrici dello sviluppo sostenibile, considerando alla stessa stregua la tutela e la valorizzazione dell'ambiente, lo sviluppo economico e il progresso sociale. Come sarà meglio approfondito *infra* (para 2.2.), nell'estate 2021 è stato presentato il progetto di legge costituzionale volto all'introduzione del principio della tutela dell'ambiente, della biodiversità e della lotta al cambiamento climatico nell'art. 1 Cost. Progetto di riforma che, tuttavia, non ha trovato l'accordo del Senato e del Parlamento.

Tra le costituzioni di seconda e terza generazione, quella greca[27], ad esempio, è stata una delle prime in Europa a contemplare una norma che tutelasse l'ambiente, riconoscendo un vero e proprio dovere pubblico in capo allo Stato (art. 24). La Costituzione spagnola[28], all'art. 45, prevede che tutti hanno il diritto di utilizzare un ambiente idoneo allo sviluppo della persona, così come tutti hanno il dovere di conservarlo. I poteri pubblici, affiancati dall'indispensabile solidarietà collettiva, sono chiamati a vagliare sulla utilizzazione razionale di tutte le risorse naturali al fine di proteggere e migliorare la qualità di vita, difendere e - se del caso - ripristinare l'ambiente. È, altresì, previsto che chi viola tali disposizioni è sanzionato penalmente o amministrativamente ed è tenuto a riparare il danno causato. A tal riguardo, anche la Costituzione ungherese[29], dopo aver riconosciuto il diritto di tutti a un ambiente

26 Costituzionalizzata con la legge costituzionale 1° marzo 2005, n. 205. Si veda: C. HUGLO, *Une Charte de l'Environnement adosséè à la constitution: pour quoi faire?,* in *Environment*, 6/2003.

27 La costituzione greca è entrata in vigore nel 1975, dopo la caduta del c.d. "Regime dei colonnelli". Interventi di riforma si sono avuti nel 1986, nel 2001 e nel 2008. Sul punto: B.B. D'ARNESANO, *La Costituzione della Repubblica Greca,* in *Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche*, 55(3), 2014; G. ARAVANTINOU LEONIDI, *Peculiarità del sistema giudiziario greco nella tradizione dell'Europa meridionale: il peso del contesto costituzionale, politico ed economico sugli organi di autogoverno della magistratura,* in *DPCE online*, 2/2020.

28 Approvata dalle Cortes nelle Sessioni Plenarie del Congresso dei Deputati e del Senato tenutesi il 31 ottobre 1978. Ratificata dal popolo spagnolo mediante referendum del 6 dicembre 1978, è stata promulgata il 27 dicembre ed è entrata in vigore il 29 dicembre dello stesso anno.

29 La Costituzione del 2011 ha sostituito la Costituzione del 1949 la quale, pur essendo stata profondamente emendata a partire dal 1989, era rimasta in vigore dopo la fine del regime socialista. Il testo, adottato nel 2011 ed entrato in vigore nel 2012, ha attirato numerose critiche sia per il procedimento seguito per la sua approvazione che per i contenuti, ritenuti lesivi dei principi dello Stato costituzionale. Al riguardo, V. A. JAKAB, P. SONNEVEND, *Continuity with Deficiencies: The New Basic Law of Hungary*, in *European Constitutional Law Review,* 2013, 104; J. SAWICKI, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano, 2018, 97; G.F. FERRARI, *La Costituzione dell'Ungheria*, in M. Ganino (a cura di), *Codice delle*

sano, stabilisce che chiunque provochi un danno all'ambiente è tenuto a ripristinarlo o a sostenerne i costi di ripristino (art. XXI).

Come meglio analizzato nei paragrafi a seguire, le Corti nazionali, nel contesto nazionale ed europeo, hanno giocato - e giocano, oggi più che mai - un ruolo fondamentale nel tracciare i caratteri di tale principio fondamentale prima del formale riconoscimento costituzionale, nonché nel delimitarne o estenderne il perimetro di applicazione a seguito della sua avvenuta positivizzazione.

2.1. La positivizzazione del valore ambientale nella Costituzione italiana: la riforma degli artt. 9 e 41.

La Costituzione della Repubblica italiana, in linea con le coeve altre costituzioni europee del dopoguerra, non presentava un riferimento esplicito all'ambiente. Ciò nonostante, in via interpretativa, si è ritenuto che la tutela dell'ambiente possedesse già una base costituzionale nella lettura combinata degli artt. 9 e 41, nonché dell'art. 32[30], oltre che in ossequio agli artt. 10 e 11 con cui l'Italia si impegna a sussumere il bene giuridico ambiente nei trattati internazionali o nelle fonti comunitarie[31]. È stata proprio la giurisprudenza che ha consentito di ampliare la nozione di "paesaggio", già presente nell'art. 9 Cost., fino a farle assumere un carattere globale e capace di abbracciare tutte le istanze ambientali, così da rendere l'ambiente un valore costituzionalmente garantito e protetto[32].

Il legislatore costituzionale ha, poi, introdotto un primo riferimento esplicito alla tutela dell'ambiente nel 2001, quando - con la riforma del Titolo V - ha inserito la "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema[33] e dei beni culturali" nell'art. 117, comma 2, Cost. nell'ambito dell'enumerazione delle materie su cui lo Stato ha competenza legislativa esclusiva, riservando altresì alla potestà concorrente delle Regioni la valorizzazione dei beni ambientali[34].

Costituzioni, Vol. III, Padova, 2013.

30 Che rispettivamente prevedono: la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione; il principio di libera iniziativa economica; il diritto alla salute.

31 In ragione di tali potenzialità insite nel testo costituzionale, quest'ultimo è stato appunto definito come una "costituzione capace di futuro". Si veda al riguardo: S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 3/2017, pp. 3-38.

32 Per una puntuale ricostruzione della giurisprudenza sul punto si veda: R. MONTALDO, *Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021.

33 Art. 117, comma 2, lett. s), Cost. Secondo Corte Cost., sent. 14 gennaio 2009, n. 12, "[…] col primo termine [ambiente] si vuole, soprattutto, fare riferimento a ciò che riguarda l'habitat degli esseri umani, mentre con il secondo [ecosistema] a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé".

34 Per una ricostruzione dettagliata delle decisioni adottate dalla Corte costituzionale prima e dopo la riforma, si veda: 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*

Si tenga conto che, già in questa occasione, la giurisprudenza costituzionale aveva evidenziato come la tutela dell'ambiente non dovesse essere intesa come una materia in senso tecnico, dal momento che non era possibile una configurazione della stessa come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata. Al contrario, investendo e intrecciandosi inestricabilmente con altri interessi e competenze, l'ambiente doveva essere configurato come un "[…] valore costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale"[35]. Successivamente, con l'adozione del d.lgs. n. 152/2006[36], anche noto come Codice dell'ambiente, la gran parte delle disposizioni nazionali in materia di diritto ambientale ha trovato una prima codificazione, nonostante ulteriori previsioni continuino a rivenirsi in altre fonti primarie.

In data 8 febbraio 2022, con l'approvazione, della proposta di legge costituzionale, la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi è stata espressamente inserita fra i principi fondamentali della Costituzione italiana[37]. In ragione di ciò, suddetto principio ha ricevuto una più completa articolazione, superando il mero riferimento inserito con la riforma del 2001. Il provvedimento, votato in via definitiva alla Camera dei deputati, ha modificato gli artt. 9 e 41 Cost., oltre ad incidere direttamente sullo Statuto delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano in materia di tutela degli animali[38].

giurisprudenza costituzionale, Napoli, 2006.

35 Corte Cost., sent. 26 luglio 2002, n. 407. Sul tema del carattere di "materia trasversale" della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e della potestà legislativa regionale in materia ambientale si veda anche Corte Cost., sent. 12 aprile 2017, n. 77. Da ultimo, Corte Cost., sent. 9 marzo 2020, n. 63 ha rilevato che la normativa regionale "[…] deve garantire il rispetto dei livelli minimi uniformi posti dal legislatore nazionale in materia ambientale". Ancora, che "[…] l'esercizio della competenza legislativa regionale, dunque, trova un limite nella disciplina statale della tutela ambientale, salva la facoltà delle Regioni di prescrivere livelli di tutela ambientale più elevati di quelli previsti dallo Stato".

36 D.l. 3 aprile 2006, n. 152, recante Norme in materia ambientale (T.U. ambiente).

37 Disegno di legge costituzionale 83 e abbinati-A, giunto all'esame dell'Assemblea del Senato dopo la conclusione del relativo vaglio referente da parte della Commissione Affari costituzionali, il 19 maggio 2021. Ha fato seguito l'adozione della legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1, recante *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2022.

38 Sulla consacrazione del valore dell'ambiente in Costituzione si veda G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente,* in *Ambientediritto.it*, 2022; E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione,* in *Costituzionalismo.it,* 1/2022; Y. GUERRA e R. MAZZA, *La proposta di modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una prima lettura,* in *Forum quaderni costituzionali,* 4/2021. Per alcune considerazioni critiche si veda G. SEVERINI e P. CARPENTIERI, *Sull'inutile anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione,* in *www.giustiziainsieme.it,* 2021; R. MONTALDO, *La riforma costituzionale dell'ambiente nelle modifiche degli artt. 9 e 41 Cost.; una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it,* 13/2022; F. GALLARATI, *Tutela costituzionale dell'ambiente e*

Nell'originaria formulazione dell'art. 9, il cui comma 2 annovera "la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione" tra i compiti della Repubblica, l'ambiente assumeva rilievo costituzionale nella sola veste di "paesaggio"[39]. In un primo momento, il Giudice delle leggi aveva fornito una lettura espansiva del termine "paesaggio", declinandolo in termini di tutela paesaggistico-ambientale, così superando l'idea di tutela del "monumento in natura" emersa in Assemblea Costituente[40].

Con la riforma costituzionale si attribuisce espressamente alla Repubblica la tutela dell'ambiente nella sua accezione più ampia e sistemica - che ricomprende anche la biodiversità e gli ecosistemi - oltre a specificare un principio di tutela per gli animali, attraverso la previsione di una riserva di legge statale che ne disciplini le forme e i modi[41]. È la prima volta che il legislatore costituzionale decide di intervenire novellando uno dei primi dodici articoli della Carta costituzionale - che enunciano i principi fondamentali - e, per la prima volta, viene inserito il riferimento all'interesse delle "future generazioni"[42].

cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne, in *DPCE Online*, 2/2022.

39 Secondo A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente,* Firenze, 1969, Vol. II, p. 387, il paesaggio era da intendersi come "[…] la forma del paese, creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nella città o nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni nella sua cultura". Si vedano anche S. AMOROSINO, *Il concetto giuridico di paesaggio: evoluzione, amplificazione ed indeterminazione*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2020, 824; N. CAPONE, *L'invenzione del paesaggio - Lo spazio terrestre nella prospettiva costituzionale*, in *Politica del diritto*, 2019, 47; G. MORBIDELLI, M. MORISI (a cura di), *Il "paesaggio" di Alberto Predieri,* Torino, Giappichelli, 2019.

40 In Prima Sottocommissione, i relatori Aldo Moro e Concetto Marchesi avevano dapprima formulato l'articolo come di seguito: "I monumenti artistici, storici e naturali del Paese costituiscono patrimonio nazionale ed in qualsiasi parte del territorio della Repubblica sono sotto la protezione dello Stato".

41 La nuova formulazione prevede quanto di seguito: "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". Si segnala che il TAR Lombardia, Sez. IV, sent. 7 marzo 2022, n. 529, è stato il primo ad applicare l'art. 9 Cost. nella sua nuova formulazione, con una sentenza in tema di biodiversità, precauzione e tutela delle specie autoctone. La causa in questione, proposta dalla Federazione Italiana Pesca Sportiva e Attività Subacquee, aveva ad oggetto la richiesta di annullamento della graduatoria e conseguente proposta di aggiudicazione della concessione delle acque di un bacino di pesca, nonché del decreto con cui era stata disposta la revoca del disciplinare della procedura. L'affidamento in concessione dei bacini di pesca specificamente individuati aveva l'obiettivo di conseguire una gestione ottimale della pesca dilettantistica ricreativa e sportiva ed assicurare la tutela dell'ittiofauna e degli habitat acquatici. Il Collegio, con riferimento alla revoca del disciplinare, ha giudicato idonea la motivazione della Regione Lombardia e congrua la relativa istruttoria, sostenendo che "[…] In ogni caso, la necessità di preservare gli habitat naturali nella loro condizione originaria al fine di non arrecare (o limitare) danni irreversibili alla fauna e alla flora selvatiche locali, risulta una ragione assolutamente valida e non contestabile, avuto riguardo al preminente rilievo del bene "ambiente", riconosciuto in modo espresso anche a livello costituzionale a seguito della riforma entrata in vigore in data 9 marzo 2022".

42 Sul tema: L. VIOLINI e G. FORMICI, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza,* in P. Pantalone (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente.*

Con la modifica dell'art. 41, comma 2, Cost., invece, viene attribuito fondamentale rilievo allo stretto legame esistente tra libera iniziativa economica privata, da un lato, e salute e ambiente, dall'altro. Questi ultimi, infatti, rappresentano un limite all'iniziativa economica al pari della sicurezza, della libertà e della dignità umana, con la conseguenza che anch'essi devono essere presi in considerazione, soppesati e tutelati *nelle* e *dalle* scelte di carattere economico.

Con la nuova formulazione testuale, pertanto, si è inteso elevare al rango costituzionale principi già previsti e tutelati dalle norme ordinarie. La conseguenza più immediata è stata una riscrittura del rapporto tra ambiente, proprietà privata e libertà di impresa, con una nuova centralità delle questioni ambientali che, nel breve e lungo periodo, avranno un forte impatto sull'organizzazione politico-amministrativa del Paese.

Con l'intervento sul comma 3, inoltre, il legislatore costituzionale ha riservato alla legge, nella funzione di programmazione e controllo dell'attività economica esercitata dallo Stato, la possibilità di indirizzare e coordinare l'attività economica, pubblica e privata, non soltanto ai fini sociali ma anche ambientali[43].

L'inserimento della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali di cui ai primi dodici articoli della Carta, mai modificati dal 1948 ad oggi, sembra quindi confermare la presa coscienza della necessità di una riforma strutturale che tenga conto delle implicazioni della crisi ambientale e individui nella relativa tutela un paradigma capace di orientare le future scelte, anche legislative[44]. Questa modifica sembra, inoltre, positivizzare un modello economico-sociale in cui l'ambiente, oltre a rappresentare un motore per lo sviluppo, è chiamato ad offrire un indirizzo costituzionale anche ai principi basilari dell'economia circolare, soprattutto in una

Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui, Il diritto dell'economia - Volume monografico, 2021; F. FRACCHIA, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, in *Il dir. dell'econ*., 2021; L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale,* in *AIC - Associazione italiana dei costituzionalisti, Osservatorio costituzionale,* 4, 2021. In particolare, viene osservato che l'inserimento delle future generazioni nell'art. 9 Cost. - quindi tra i principi fondamentali - e in collegamento alla tutela ambientale sembra porre il tema della crisi ambientale come elemento strutturale, anche in ambito costituzionale. Significativo sarebbe poi anche il momento storico in cui tale modifica ha preso forma, caratterizzato dall'aver dovuto far fronte alla pandemia che, in tutta la sua drammaticità, ha messo a dura prova l'universalità del diritto alla salute pubblica.

43 La nuova formulazione prevede quanto di seguito: "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".

44 L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future entrano "espressamente" in Costituzione,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2022.

fase congiunturale che ha imposto un ripensamento delle normali dinamiche di mercato.

2.2. Lo scontro semantico in seno al Conseil d'Etat: garantire o favorire la tutela dell'ambiente?

Il 10 maggio 2021, il Senato francese ha adottato un progetto di legge costituzionale volto all'introduzione del principio della tutela dell'ambiente, della biodiversità e della lotta al cambiamento climatico nell'art. 1 della Costituzione. Il Governo intendeva riaffermarne la pari dignità di tale principio rispetto ad altri principi fondanti la Repubblica francese, oltre a conferirgli una forza particolare, derivante dal suo carattere propulsivo, volta a stimolare un'azione positiva da parte dei pubblici poteri.

Il Senato ha ritenuto necessario procedere ad emendare la formulazione del testo proposta dal Governo ("[…] *garantit la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et lutte contre le dérèglement climatique*" e, cioè, *garantire* la conservazione dell'ambiente e della diversità biologica e combattere il cambiamento climatico), ritenendo eccessivamente incerti gli effetti giuridici che la stessa avrebbe potuto comportare: nessuna opposizione sui temi dunque, quanto più numerose perplessità sull'impegno che i pubblici poteri avrebbero dovuto assumere per "garantire" la tutela nella causa ambientale. L'espressione, infatti, è stata considerata rischiosa per l'industria e lo sviluppo economico, quasi intendesse imporre alle autorità pubbliche un vero e proprio obbligo di risultato, con conseguenze troppo gravose sull'azione pubblica e sulle conseguenti responsabilità[45]. Il *Conseil d'Etat*, chiamato ad esprimere il proprio parere su tale proposta di riforma costituzionale, ha riconosciuto che il carattere prioritario della causa ambientale - essendo questa una delle questioni più importanti che l'umanità è chiamata ad affrontare - ben giustifica la sua collocazione nell'art. 1 Cost. accanto ai principi fondanti della Repubblica, seppur, almeno in linea di principio, tale articolo non è destinato ad accogliere l'affermazione delle politiche pubbliche. Inoltre, l'introduzione di un principio positivo d'azione per i pubblici poteri al fine di mobilitare la Nazione - così come espressamente indicato nelle motivazioni del Governo - non avrebbe fatto altro che marcare ulteriormente l'impegno già assunto dalle autorità pubbliche nazionali e locali nella loro azione nazionale e internazionale di preservazione dell'ambiente, con il rischio di determinare conseguenze ben più gravi e imprevedibili di quelle derivanti dal solo obbligo di partecipare alla conservazione e al miglioramento dell'ambiente, ai sensi dell'art. 2 della Carta dell'ambiente.

45 *Conseil d'Etat, Avis sur un Projet de Loi Constitutionnelle*, NOR:JUSX1915618L/Verte-1 del 20 giugno 2019,

I Giudici hanno, dunque, suggerito di sostituire l'espressione "garantire la conservazione" con il verbo "conservare" ("*préserve*"), capace di per sé di rispondere alla volontà del Governo di rafforzare l'impegno a favore dell'ambiente e al contempo di tener in considerazione i recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale sul tema. Tale formulazione, inoltre, avrebbe anche garantito la coerenza con la Carta dell'ambiente, che utilizza proprio tale termine in diversi suoi articoli.

Con la stessa preoccupazione di mantenere l'uniformità testuale della norma costituzionale, il Consiglio di Stato ha anche ritenuto preferibile sostituire il termine "biodiversità" ("*biodiversité*") con l'espressione "diversità biologica" ("*diversité biologique*"), anch'esso già contemplato nel preambolo della Carta dell'ambiente. Da ultimo, con riferimento al cambiamento climatico, ha proposto di sostituire il verbo "combattere" ("*lutter*") con il verbo "agire" ("*agir*"), considerato più appropriato.

Il *Conseil d'Etat* ha, poi, proseguito riconoscendo che nelle intenzioni del Governo non c'era quella di introdurre una gerarchia all'interno delle norme costituzionali né, tantomeno, di stabilire un principio costituzionale di non regressione della protezione dell'ambiente[46]. Nondimeno, ha chiesto al Governo di fornire motivazioni e indicazioni più precise circa gli effetti giuridici attesi dalla riforma, soprattutto con riferimento alla conciliazione delle preoccupazioni ambientali con altri interessi pubblici potenzialmente coinvolti.

A sostegno delle argomentazioni svolte nel parere, il Giudice amministrativo ha richiamato una precedente decisione del Consiglio Costituzionale francese[47], in cui quest'ultimo aveva dedotto dal preambolo della Carta che "[…] la protezione dell'ambiente, patrimonio comune degli esseri umani, costituisce un obiettivo di valore costituzionale", superando quindi la precedente impostazione che gli aveva riconosciuto il solo carattere di obiettivo di interesse generale. All'esito di tale ricostruzione, il *Conseil d'Etat* ha, pertanto, suggerito la diversa formulazione secondo cui il governo protegge l'ambiente e la diversità biologica e agisce contro il cambiamento climatico, alle condizioni previste dalla Carta dell'ambiente del 2004[48].

46 Principio che la Corte costituzionale ha finora rifiutato di sancire allo stato attuale della Costituzione. Tale posizione è conferma di quanto già affermato dal Consiglio costituzionale nella decisione n. 2020-809 DC del 10 dicembre 2020. In questa decisione, pronunciata sulla "Legge sulle condizioni di commercializzazione di alcuni prodotti fitosanitari in caso di pericolo per la salute della barbabietola da zucchero", il Consiglio ha stabilito che i limiti posti dal legislatore all'esercizio del diritto di vivere in un ambiente equilibrato e rispettoso della salute, sancito dall'articolo 1 della Carta dell'ambiente, "[…] non possono che essere legati a esigenze costituzionali o giustificati da un motivo di interesse generale e proporzionati all'obiettivo perseguito".

47 Corte costituzionale, decisione n. 2019-823 QPC del 31 gennaio 2020, in materia di divieto di produzione, stoccaggio e circolazione di alcuni prodotti fitosanitari.

48 Letteralmente "*Elle préserve l'environnement ainsi que la diversité biologique et agit contre le dérèglement climatique, dans les conditions prévues par la Charte de l'environnement de 2004*".

In ragione delle modifiche al progetto presentato dall'Assemblea nazionale da parte del Senato, l'iter di riforma prevedeva l'adozione di un testo in identica formulazione da parte di entrambe le Camere, da sottoporre poi a referendum costituzionale. Tuttavia, il 5 luglio 2021 il Senato ha rigettato per la seconda volta il progetto di legge in nome della "battaglia semantica" finora brevemente ripercorsa. Il processo di revisione costituzionale ha, quindi, subito un'ennesima battuta di arresto ed è stato definitivamente abbandonato il giorno successivo.

Il fallimento del tentativo di inserire il clima nell'art. 1 della Costituzione francese fa sorgere interrogativi anche circa l'effettività del ruolo che la legislazione statale ha riservato al coinvolgimento dei cittadini francesi nell'adozione di strategie e misure per far fronte alla questione climatica. Il progetto di riforma costituzionale è stato, infatti, presentato all'esito dei lavori della *Convention Citoyenne pour le Climat*[49]. Per mezzo di tale assemblea di cittadini, dal 2019 al 2020, è stato permesso a questi ultimi di rendersi protagonisti attivi nella discussione e proposizione di misure per la riduzione delle emissioni di carbonio, in uno spirito di collaborazione e giustizia sociale. Se dunque, da un lato, si è optato per un modello di partecipazione e di democrazia ambientale diretta - con un approccio *bottom-up* completamente inedito -, dall'altro, tale partecipazione si è risolta in un nulla di fatto con riferimento all'esito della procedura di riforma costituzionale.

2.3. La lettura costituzionalmente orientata del *Bundesverfassungsgericht* a tutela dell'interesse delle generazioni future.

Il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, Tribunale costituzionale federale tedesco)[50], è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge tedesca sul cambiamento climatico, approvata nel 2019, che disciplina gli "obiettivi climatici nazionali" e definisce i "limiti di emissione annuali" di gas serra fino al 2030[51]. In

49 Convenzione dei Cittadini sul Clima. Lo strumento è stato annunciato dal Presidente della Repubblica francese il 25 aprile 2019. Sono stati riuniti 150 rappresentanti della società civile e sono state presentate, in totale, 149 proposte. Di queste, il presidente Macron si era impegnato a promulgarne 146, compresa la modifica al preambolo della Costituzione.

50 *Bundesverfassungsgericht*, sentenza del 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18. Sul punto si vedano M. CARDUCCI, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del* BVerfG *del 24 marzo 2021*, in *LaCostituzione.info*, 3 maggio 2021; R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *LaCostituzione.info*, 30 aprile 2021; M.Magri, *Il 2021 è stato l'anno della giustizia climatica?*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021; G.Vivoli, *L'insostenibile leggerezza degli obiettivi climatici*, in *AmbienteDiritto.it*.

51 *Bundes-Klimaschutzgesetz* (KSG), ovvero la legge tedesca in difesa del clima. Secondo le intenzioni del legislatore tedesco, la legge federale sui cambiamenti climatici risponde alla necessità di un maggiore impegno nell'azione sulla questione del clima e ha lo scopo di offrire protezione contro gli effetti del cambiamento climatico globale. Ai sensi del § 1 (3) KSG, la base giuridica della legge deve essere rinvenuta nell'Accordo di Parigi (*infra*, nota 56) e, segnatamente, nell'impegno assunto di limitare l'aumento della temperatura media globale, nonché l'impegno assunto dalla Repubblica federale tedesca di perseguire l'obiettivo a lungo termine della neutralità dei gas serra entro il 2050.

particolare, prevedeva che le emissioni di gas serra fossero gradualmente ridotte di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030 e stabiliva le quantità di emissioni annuali consentite, per ciascun settore, al fine di raggiungere l'obiettivo generale[52]. Tale legge, tuttavia, non conteneva disposizioni applicabili a partire dal 2031, ma si limitava a prevedere che dall'anno 2025 il governo federale provvedesse a fissare annualmente, tramite ordinanze, le quantità di emissioni decrescenti per i periodi di tempo successivi.

La controversia da cui la pronuncia ha tratto origine si inserisce nella c.d. *Environmental Justice*, e cioè la richiesta del riconoscimento espresso in sede giudiziaria del diritto a vivere in un ambiente sano e, conseguentemente, dell'imposizione di doveri di tutela più penetranti in capo a tutti i pubblici poteri[53].

I ricorrenti avevano lamentato che lo Stato non avesse introdotto un quadro giuridico sufficiente per ridurre rapidamente le emissioni di gas serra e, più in generale, per rispettare gli impegni assunti con l'Accordo di Parigi[54]. Nei ricorsi si invocavano i doveri costituzionali di protezione derivanti dal riconoscimento da parte della Legge fondamentale tedesca ("*Grundgesetz*", di seguito "GG") del diritto alla vita e all'integrità fisica[55] e del diritto di proprietà[56]. Erano, inoltre, invocati il "[…] diritto di ognuno al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge

52 Ai sensi del § 3(1) KSG.

53 La nozione di "giustizia ambientale" nasce negli Stati Uniti a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso. Il primo caso che si ricordi è quello sorto nella Warren County nel North-Carolina, quando una discarica di materiali contenenti PCB (policlorobifenili) venne collocata nei pressi di una piccola comunità e quest'ultima cominciò ad attivarsi con molteplici manifestazioni di protesta, condotte in nome soprattutto del *grass-roots movement.* La risposta politico-istituzionale portò, nel 1972, alla creazione dell'*Environment Protection Agency* (EPA), che fornì la prima definizione di giustizia ambientale, oggi da intendersi come: "[…]the fair treatment and meaningful involvement of all people regardless of race, color, national origin, or income with respect to the development, implementation, and enforcement of environmental laws, regulations, and policies. […] It will be achieved when everyone enjoys the same degree of protection from environmental and health hazards and equal access to the decision-making process to have a healthy environment in which to live, learn, and work" (*cfr.* EPA Environmental Justice webpage). Sul tema: M. KLOEPFER, *Environmental Justice und geographische Unweltgerechtigkeit*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2000, p. 750; R.D. BULLARD, *Race and Environmental Justice in the United States*, in *Yale Journal of International Law*, 18, 1993, pp. 319 e ss; V. BEEN, *What's Fairness got to Do with it? Environmental Justice and the Siting of Locally Undesirable Land Uses*, in *Cornell Law Review*, 78, 1993, pp. 1001 e ss.

54 L'Accordo di Parigi è il primo trattato internazionale sul cambiamento climatico. È stato adottato il 12 dicembre 2015 da 196 Paesi ed è entrato in vigore il 4 novembre del 2016. Esso definisce nel dettaglio i contenuti del sotto-obiettivo 13.2 dell'Agenda 2030, che richiede di "[…] integrare le misure di cambiamento climatico nelle politiche, strategie e pianificazione nazionali".

55 Art. 2, comma 2, GG: "2. Ognuno ha diritto alla vita e all'integrità fisica. La libertà della persona è inviolabile. Solo la legge può limitare questi diritti".

56 Art. 14, comma 1, GG: "La proprietà e il diritto di successione sono garantiti. Contenuto e limiti vengono stabiliti dalla legge".

morale[57]", nonché quello alla protezione fondamenti naturali della vita (art. 20° GG)[58] e della dignità umana[59]. Dal combinato disposto di questi ultimi articoli sarebbe quindi derivato il diritto fondamentale a un futuro conforme alla dignità umana e quello a uno standard minimo ecologico esistenziale (*ökologisches Existenzminimum*). Il mancato perseguimento dell'obiettivo di mantenere l'aumento della temperatura inferiore a 1,5°C, inoltre, rappresenterebbe un rischio concreto per milioni di vite, soprattutto tenuto conto delle conseguenze imprevedibili e irreversibili per il sistema climatico che ne possono derivare.

I Giudici costituzionali, in prima battuta, hanno escluso la violazione da parte del legislatore tedesco dei doveri costituzionali di protezione dai rischi del cambiamento climatico, essendosi comunque attivato con l'adozione delle disposizioni contestate. Ciò nonostante, hanno accertato la violazione della libertà dei ricorrenti, alcuni dei quali ancora molto giovani, in ragione dell'irreversibile scarico di maggiori oneri di riduzione delle emissioni per i periodi successivi al 2030 di cui, loro malgrado, saranno destinatari negli anni a venire. A tal riguardo, la Corte ha rilevato una violazione del principio di proporzionalità, dal momento che gli obblighi di riduzione di emissioni di CO_2, costituzionalmente necessarie alla luce dell'art. 20a GG, dovrebbero essere proporzionalmente distribuite nel tempo "[…] in una prospettiva orientata al futuro".

Al contrario, allo stato attuale e tenuto conto delle misure finora adottate, secondo i Giudici è evidente che le riduzioni ancora necessarie dopo il 2030 dovranno essere realizzate con sempre maggiore velocità e urgenza per poter raggiungere gli obiettivi dell'Accordo di Parigi. Tali obblighi di riduzione delle emissioni avranno, quindi, un impatto sempre maggiore sulle libertà delle generazioni future, che - potenzialmente - potrebbero essere minacciate da drastiche restrizioni dopo il 2030.

L'art. 20a GG, tuttavia, non ricoprendo una posizione prioritaria incondizionata rispetto ad altri interessi tutelati, deve pur sempre essere assoggettato a un bilanciamento con altri diritti e principi costituzionali in eventuale conflitto. Nel contesto in cui la decisione è stata assunta, è stato ritenuto che il peso specifico dell'obbligo di protezione del clima nel processo di bilanciamento aumenti con l'avanzare del cambiamento climatico. Secondo la Corte, ne consegue che il legislatore avrebbe dovuto, nel caso di specie, adottare in modo più stringente il principio di precauzione per tutelare i diritti fondamentali anche delle generazioni

57 Art. 2, comma 1, GG.

58 "Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto".

59 Art. 1, comma 1, GG: "La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla".

future, a garanzia di una "[…] salvaguardia intertemporale della libertà", con una mitigazione del riparto degli oneri per raggiungere la transizione verso la neutralità climatica in tempi utili.

La Corte ha provveduto, poi, a riaffermare la "speciale portata internazionale" del mandato di protezione del clima di cui all'art. 20a GG. L'obbligo di protezione del clima, infatti, per quanto fondato su previsioni nazionali, deve inevitabilmente superare le limitazioni del solo contesto domestico, in ragione del carattere globale dei problemi connessi al mutamento climatico e delle relative implicazioni. Tale obbligo impone allo Stato di non sottrarsi alle proprie responsabilità, ma di impegnarsi nel quadro di un coordinamento internazionale, che ne vincoli il processo politico e l'azione in una prospettiva orientata dalle preoccupazioni sulle tematiche ecologiche anche a tutela delle generazioni future.

In conclusione, il mandato di protezione del clima, obbliga a ripartire proporzionalmente le opportunità di libertà tra le generazioni per impedire che si verifichi uno spostamento unilaterale dell'onere di riduzione dei gas serra sulle sole generazioni future. Se così non fosse, queste ultime potrebbero continuare ad impegnarsi per la conservazione dell'ambiente solo a prezzo di una rinuncia radicale alle proprie libertà. All'esito del giudizio, la legge in questione è stata giudicata parzialmente incostituzionale per l'assenza di indicazioni dettagliate sulla riduzione delle emissioni dopo il periodo *target* e il Giudice costituzionale tedesco ha imposta al legislatore l'adozione di misure precauzionali che permettano di salvaguardare le libertà fondamentali delle generazioni future. Il legislatore, pertanto, è stato obbligato a riformare la legge sul clima del 2019 e a regolare dettagliatamente, entro il 31 dicembre 2022, le modalità di perseguimento degli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas serra per i periodi successivi al 2030. La formulazione di misure chiare e trasparenti, infatti, è stato considerato quale primo passo per fornire i necessari orientamenti per l'adozione di adeguati processi di sviluppo e attuazione, con un sufficiente grado di certezza nella pianificazione. Si tenga conto che, già il 12 maggio 2021, il Governo tedesco ha presentato un disegno di revisione della norma, approvato dal Bundestag il 24 giugno e dal Bundesrat il giorno successivo. La modifica ha innalzato 65% entro il 2030 e all'88% entro il 2040 gli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas serra. Inoltre, sono stati previsti obiettivi annuali concreti di riduzione delle emissioni fino al 2030, nonché il raggiungimento della neutralità climatica entro il 2045 e il raggiungimento di un livello negativo di emissioni a partire dal 2050.

La pronuncia, senza dubbio, ha avuto il merito di aprire prospettive di grande interesse, tanto più in ragione della rilettura dell'art. 20a GG, quale regola di custodia e protezione dell'ambiente e del clima in una dimensione diacronica. Tale

impostazione supera la mera statuizione della doverosità della lotta al cambiamento climatico, interiorizzando nei principi costituzionali l'acquisita consapevolezza che la protezione dei diritti fondamentali deve avvenire in modo dinamico, grazie ad una interpretazione che tenga conto anche del nuovo paradigma ambientale e che ripartisca scientemente le responsabilità secondo un approccio intra- ed inter-generazionale.

3. Bilanciabilità del valore costituzionale della tutela dell'ambiente: un nuovo equilibrio con gli interessi economico-industriali.

Tra i temi di profondo interesse che hanno occupato negli anni il dibattito della dottrina e della giurisprudenza, vi è quello del rapporto e del conseguente necessario bilanciamento tra diversi beni di rilevanza costituzionale potenzialmente in conflitto tra loro. Tra questi, ruolo di prim'ordine spetta, da un lato, alla tutela della libertà di impresa e, dall'altro, alla tutela dell'ambiente, della salute e l'utilità sociale[60]. Tale inestinguibile tensione dialettica è inevitabilmente aggravata dalle crisi in atto, le quali restituiscono un quadro più complesso dove alla tutela della libertà di impresa si accompagna l'esigenza di garantire l'effettività dei diritti sociali, tra cui quello all'occupazione.

Tali questioni si inseriscono nel più ampio dibattito relativo alla configurazione e all'evoluzione del ruolo dei pubblici poteri nell'economia, a seconda che si ponga maggiore enfasi sul carattere interventista o liberista dello stesso. Nel disegno costituzionale italiano, nel Titolo III - relativo ai rapporti economici -, lo Stato è soggetto dell'economia sotto un duplice profilo: è gestore dell'attività economica pubblica ma è, al contempo, chiamato a fissare programmi e controlli sull'attività economica privata.

L'art. 41 Cost., frutto del compromesso tra le diverse anime in seno all'Assemblea Costituente[61], statuisce che l'iniziativa economica privata è libera, pur non qualificandola come inviolabile - a differenza di altre libertà civili contenute nel testo costituzionale -, introducendo contestualmente vincoli al suo esercizio. Pur confermando il primato della iniziativa economica privata su quella pubblica, infatti, non si volle attribuire carattere eccezionale all'intervento pubblico nell'economia,

60 Per considerazioni sul tema si veda anche C. Della Giustina, *Il diritto all'ambiente nella Costituzione italiana,* in *AmbienteDiritto.it*, 2020.

61 Il comma 1 dell'art. 41 Cost., secondo cui l'iniziativa economica privata è libera, è da sempre stato ritenuto espressione della posizione liberale. Il comma 2, imponendo limiti negativi all'iniziativa economica privata attraverso il riferimento all'utilità sociale, è considerato espressione della posizione cattolica. Ancora, il comma 3, introducendo limiti positivi è considerato espressione dell'anima comunista/socialista. Questa impostazione ha contribuito alla ricostruzione di tale libertà come "*dimidiata*". Sul tema: M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pp. 582 e ss.

sancendo che l'iniziativa economica non può mai porsi in contrasto con l'utilità sociale[62] e non può mai essere esercitata in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Come anticipato nel para. 2.1., la riforma costituzionale da ultimo intervenuta ha ampliato lo spettro di tali limiti con quelli ulteriori della salute e dell'ambiente[63].

È noto che, a seguito del recepimento, seppur tardivo, delle direttive europee degli anni '80, il nostro ordinamento si è aperto alla protezione dalle immissioni inquinanti derivanti da impianti industriali. Nel fare ciò si è cercando un bilanciamento nella conflittualità fra aspettative di crescita economica e ripartizione del peso dei costi affrontati dalle imprese, necessari per dotarsi delle migliori tecnologie disponibili per un'efficace riduzione dell'impatto ambientale. La Corte costituzionale ha, più volte, affermato che le considerazioni di ordine economico devono essere bilanciate con quelle relative al diritto alla salute, da cui discende il diritto ad un ambiente salubre, nonché con quelle relative al lavoro, da cui derivano l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali e il dovere delle pubbliche autorità di impegnarsi in tale direzione[64]. Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione devono considerarsi in rapporto di integrazione reciproca, non potendosi affermare la prevalenza assoluta di alcuno di essi sugli altri. Se così non fosse - secondo l'ormai celebre espressione della Corte costituzionale - si verificherebbe l'illimitata espansione di solo alcuni di essi, che diverrebbero "tiranni" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette e che contribuiscono a costituire, nel loro insieme, espressione della dignità della persona[65].

62 V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa,* in *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 12 ss. La nozione ha da sempre suscitato perplessità. Si è ritenuto, infatti, che il concetto di "utilità sociale" fosse un concetto di non facile individuazione e delimitazione da parte del legislatore ordinario per via della sua genericità, con rilevanti ricadute in termini di apposizioni di limiti all'iniziativa economica privata. Si veda: G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione,* in *Quad. cost*., 1992, pp. 7 ss.

63 La tutela dell'ambiente, della salute e dell'utilità sociale si configurano, quindi, quale strumento che consente di dare rilievo alla protezione dei diritti fondamentali nella dimensione collettiva della loro esistenza. Sul punto, L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021.

64 Corte Cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85; 13 luglio 2017, n. 182; 23 marzo 2018, n. 58, c.d. Caso Ilva.

65 Il bilanciamento, secondo la Corte, 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 degli altri. L'obiettivo deve, infatti, essere la garanzia di una tutela unitaria, sistemica e mai frammentata, di tutti gli interessi costituzionali implicati. Nella pronuncia, la qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa, pertanto, che gli stessi non possono essere sacrificati sull'altare di altri interessi - ancorché costituzionalmente tutelati - non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto.

Di recente, il Consiglio di Stato è stato chiamato dal Ministero per la Transizione Ecologica a fornire il proprio parere[66] sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso il "Piano Cave della Regione Toscana". Nel caso di specie, il ricorso era stato presentato da diverse imprese operanti nel settore lapideo, che esercitano attività di escavazione e/o hanno la disponibilità di aree a destinazione estrattiva in diversi bacini nel Comune di Carrara. In particolare, le norme contestate prevedevano l'inserimento di quantitativi minimi di blocchi per stabilire la resa delle cave e consentirne l'escavazione: al di sotto di tali volumi era prevista la chiusura della cava[67]. Tali previsioni, secondo i ricorrenti, avrebbero introdotto delle "[…] vere e proprie misure di ingerenza e conformazione dell'attività economica", gravose e penalizzanti per le attività produttive del comparto, in quanto l'inserimento di volumi minimi di resa avrebbe determinato la chiusura di cave comunque economicamente produttive.

Il Collegio, dopo aver risolto le questioni relative al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di tutela dell'ambiente[68], ha ribadito il "potere-dovere" delle regioni, nell'ambito delle rispettive competenze legislative, di introdurre misure di tutela del paesaggio e dell'ambiente che possono porre condizioni e limiti alla proprietà e all'iniziativa economica[69]. Del resto, tali limitazioni sono da considerarsi compatibili anche con il diritto eurounitario invocato dai ricorrenti a tutela della libertà d'impresa, rappresentando una tipologia di motivi imperativi di interesse

66 Cons. St., parere 24 dicembre 2021, n. 1970.

67 Nello specifico, oggetto dell'impugnativa sono stati gli artt. 13 e 14 del Piano Regionale Cave. L'art. 13 ha inserito per la prima volta quantitativi minimi di blocchi individuati attraverso una percentuale della produzione complessiva di progetto della cava (volume commercializzabile), indicata in misura non inferiore al 30%. L'art. 14 ha previsto un sistema di monitoraggio di tale misura minima. Ne conseguiva che la cava doveva essere chiusa ogni qual volta fosse accertata l'impossibilità di raggiungere la resa indicata del 30%. Da ultimo era previsto che il titolare dell'autorizzazione potesse riaprire la cava a seguito della ripresentazione di un progetto di variante per ottenere il ripristino del sito estrattivo.

68 Nel richiamare il costante orientamento della Corte costituzionale, ha evidenziato quanto di seguito: "[…] la collocazione della materia "tutela dell'ambiente [e] dell'ecosistema" tra quelle di esclusiva competenza statale non comporta che la disciplina statale vincoli in ogni caso l'autonomia delle Regioni, atteso che Il carattere trasversale della materia, e quindi la sua potenzialità di estendersi anche nell'ambito delle competenze riconosciute alle Regioni, mantiene, infatti, salva la facoltà di queste di adottare, nell'esercizio delle loro attribuzioni legislative, norme di tutela più elevata" (tra le altre, Corte cost., sent 23 gennaio 2019, n. 7 e sent. 26 giugno 2019, n. 147 del 2019, richiamate, da ultimo, da Corte cost. sent.24 febbraio 2021, n. 21).

69 Ciò, in particolare, troverebbe fondamento agli artt. 9 e 32 Cost., nonché nell'art. 3, comma 2 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, recante "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137", secondo cui "[…] L'esercizio delle funzioni di tutela si esplica anche attraverso provvedimenti volti a conformare e regolare diritti e comportamenti inerenti al patrimonio culturale". In aggiunta, deve tenersi conto anche di quanto previsto dall'art. 145, comma 4, del medesimo codice, secondo cui "[…] I limiti alla proprietà derivanti da tali previsioni non sono oggetto di indennizzo".

generale idonei ad opporsi validamente alle libertà di circolazione, di stabilimento e di prestazione di servizi di fonte unionale[70].

Con tale parere, pertanto, già prima della riforma costituzionale, il Consiglio di Stato aveva affermato che il diritto di esercizio della libertà d'impresa, segnatamente nell'esplicazione di una attività ad alto impatto paesaggistico-ambientale di cava di materiali lapidei, "[…] è fortemente condizionata e profondamente conformata dal raffronto con gli interessi pubblici di tutela paesaggistico-ambientale, espressi e perseguiti nella pertinente pianificazione paesaggistico-territoriale, di livello gerarchico sovraordinato, dalla quale la pianificazione di settore riesce a sua volta profondamente conformata e orientata".

Nel caso di specie, il Collegio sembra quindi aver voluto confermare l'apertura verso un modello di impresa sempre più consapevole della questione climatica e maggiormente indirizzato al perseguimento degli obiettivi di sostenibilità.

L'obiettivo della decisione è stato quello di proporzionare e compatibilizzare un'attività - quale è quella estrattiva -, che comporta effetti paesaggisti e ambientali sul territorio permanenti ed irreversibili, oltre a scoraggiare il consumo di una risorsa naturale non riproducibile, se non nel rispetto di criteri di sostenibilità ambientale. Con riferimento alle misure del Piano Regionale Cave, il Collegio, condividendo le argomentazioni della Regione, ha sottolineato che tali previsioni sono dirette a consentire l'attività estrattiva del materiale ornamentale a condizione che il materiale primario estraibile garantisca una resa minima rispetto al materiale complessivamente commerciabile. In questo passaggio viene, pertanto, segnata la via per un nuovo approccio che indirizzi il rapporto tra tutela dell'ambiente e libertà d'impresa verso il raggiungimento di un obiettivo comune, attraverso la gestione responsabile e sostenibile della risorsa[71].

70 *Cfr.* Corte giust., 24 marzo 2011, C-400/08, Commissione europea c. Regno di Spagna, ECLI: ECLI:EU:C:2011:172: "[…] Anche la giurisprudenza comunitaria ha chiarito che restrizioni della libertà economica sarebbero ammesse (purché non discriminatorie, adeguate e proporzionate) per motivi imperativi di interesse generale, quali la protezione dell'ambiente e la razionale gestione del territorio, e che tali restrizioni possono anche prendere la forma di misure preventive, compresa la designazione delle zone in cui possono aprirsi esercizi commerciali".

71 Si tenga conto che il Consiglio costituzionale francese, già nel 2020, aveva per la prima volta affermato che le esigenze di tutela dell'ambiente possono giustificare delle limitazioni alla libertà imprenditoriale. La questione di costituzionalità, sollevata dal *Conseil d'Etat*, aveva avuto ad oggetto il divieto di produrre in Francia, a fini di esportazione, pesticidi contenenti sostanze vietate dall'UE. In particolare, trattavasi di una disposizione adottata il 30 ottobre 2018 e con decorrenza dal 2022, riguardante "la produzione, lo stoccaggio e la vendita" di prodotti fitosanitari. Secondo la ricorrente (associazione delle imprese produttrici di pesticidi), il divieto di esportazione sarebbe stato in contrasto con la Costituzione poiché, in ragione della gravità delle conseguenze sulle aziende del settore, ne avrebbe leso la libertà d'impresa riconosciuta e tutelata dall'art. 4 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino. Secondo i Giudici costituzionali, invece, il legislatore deve a conciliare "[…] gli obiettivi di protezione dell'ambiente e della salute pubblica sanciti dalla Carta con l'esercizio della libertà di iniziativa economica", ben potendo anche prendere in considerazione "[…]

Dal percorso argomentativo svolto nel parere, emerge chiaramente come il Giudice amministrativo, chiamato a pronunciarsi su una questione foriera di evidenti implicazioni ambientali, avesse già provveduto, prima della modifica dell'art. 41 Cost., a bilanciare gli interessi coinvolti in una prospettiva *green-oriented.* In altre parole, anche prima del formale inserimento del rispetto della tutela dell'ambiente quale limite alla libera iniziativa economica privata, tale finalità poteva ben essere riconosciuta e perseguita attraverso una lettura estensiva della formulazione ampia di "utilità sociale", già contemplata nel comma 2 dell'articolo da ultimo citato.

4. Brevi considerazioni conclusive: scenari di sostenibilità in tempi di crisi.

Gli interventi di riforma delle costituzioni europee - avvenuti o auspicati -, così come la rilettura dei principi in esse contenuti e la formulazione di nuovi da parte delle Corti nazionali, si inseriscono in un più ampio movimento di transizione verso un'economia verde, volto ad assicurare uno sviluppo sempre più sostenibile e il perseguimento dell'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050.

La modifica intervenuta sulla Costituzione italiana, completando la menzione della tutela dell'ambiente contenuta nell'art. 117, ha coerentemente colmato una lacuna "di valore", inserendo un principio cardine frutto della nuova sensibilità ormai acquisita da istituzioni, società civile[72] e ben espressa dall'evoluzione giurisprudenziale sul tema. A tal riguardo, sarebbe stato forse auspicabile un ulteriore passo, volto ad inserire anche il concetto di sviluppo sostenibile tra i principi fondanti il nuovo assetto costituzionale in materia[73].

---

gli effetti che le attività esercitate in Francia possono produrre sull'ambiente all'estero". Con tale decisione, pertanto, il Consiglio costituzionale ha riconosciuto nella tutela dell'ambiente, patrimonio comune a tutti gli esseri umani, un obiettivo di valore costituzionale che ben può giustificare una limitazione di altri diritti costituzionalmente garantiti. *Cfr. Conseil Constitutionnel, Décision n. 2019-823 QPC du 31 janvier 2020*.

72 Un sondaggio dell'*Eurobarometer* del 2020 ha evidenziato come, per almeno il 90% dei cittadini europei intervistati, la tutela dell'ambiente e del clima siano di fondamentale importanza e che, secondo l'83% degli stessi, l'intervento delle Istituzioni europee sia indispensabile per assicurarne la tutela, anche tenuto conto delle implicazioni sulle generazioni future. Si veda: *New Eurobarometer Survey: attitudes of Europeans towards the Environment*. Il sondaggio è stato condotto tra il 6 e il 19 dicembre 2019 e ha coinvolto 27.489 cittadini provenienti da tutti gli Stati Membri (28 al tempo). I risultati sono stati pubblicati a marzo 2020.

73 Una recente ricerca svolta sul testo delle Costituzioni dei 193 Stati membri delle Nazioni Unite ha mostrato come solo 54 di esse hanno al loro interno il termine sostenibilità o l'aggettivo sostenibile. Tale studio, tuttavia, mostra come il termine sia spesso declinato quale mera dichiarazione di principio nel preambolo delle Carte o con riferimento alla sola sostenibilità economica. Nella Costituzione italiana, ad esempio, è presente il riferimento alla sostenibilità economica agli artt. 81 e 97 in termini, rispettivamente, di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico. Si veda: T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni*: *lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, cit. Sul tema anche D. Porena, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale,* Torino, 2017.

Alla luce della ricostruzione giurisprudenziale che si è sinora cercato di operare, è evidente che il tema dell'ambiente nelle sue molteplici sfaccettature e, con esso, quello della transizione verso un'economia climaticamente neutra e sostenibile, pongano questioni di fondamentale. Le Corti - nazionali ed europee - sono e saranno sempre più chiamate a fornire la propria lettura, tanto più tenuto conto delle conseguenze di breve e lungo periodo delle crisi che stanno susseguendosi negli ultimi anni e che hanno imposto la ricerca di nuovi paradigmi economici e sociali.

Per il raggiungimento degli obiettivi e dei traguardi prefissati, l'Unione Europea si è adoperata indirizzando gli investimenti verso progetti e attività sostenibili, con un approccio generalmente orientato al finanziamento della transizione verde, da cui sono derivate forti implicazioni a livello nazionale. Filo rosso delle misure allo studio e adottate dai diversi Stati Membri, infatti, sembra essere anche la rinnovata e piena consapevolezza dell'inscindibile collegamento tra ambiente, crescita economica e competitività delle imprese nella direzione di uno sviluppo sostenibile.

Conseguenze della nuova sensibilità ambientale sulla libertà d'impresa si individuano anche nella spinta sempre maggiore - e spesso etero indotta - verso un modo di fare business più attento agli aspetti ambientali, sociali e di *governance* (c.d. "criteri ESG"), con contestuale adozione di metriche comuni per misurare gli impatti ambientali e sociali delle politiche aziendali e delle relative performance in relazione agli obiettivi preposti[74]. La gestione aziendale è, quindi, tenuta ad orientarsi verso buone pratiche e a lasciarsi ispirare da principi etici, mostrandosi pubblicamente più attenta ed attivamente impegnata in questioni ambientali (con tutte le ulteriori criticità che il c.d. "*green-washing*" può comportare). A questo si aggiunge anche il maggiore rilievo della valutazione della *compliance* delle imprese ai criteri ESG, con un fondamentale impatto sulle scelte di investitori e consumatori.

Lo scenario attuale, avendo messo in discussione il mondo che abbiamo conosciuto finora, ha portato con sé nuovi dubbi e interrogativi, tanto più con riferimento alla possibilità di coniugare - soprattutto nel breve periodo - le dinamiche relative all'andamento dei mercati con la necessità di una transizione che deve essere il più veloce possibile e indirizzata verso una crescita verde e responsabile. Questa esigenza è stata resa ancora più evidente dagli effetti dirompenti che il doppio shock - pandemico e bellico - ha avuto e sta ancora avendo sull'economia, e che ci ha posti dinnanzi ad un'ulteriore conferma di quanto un cambiamento strutturale della stessa

74 A titolo esemplificativo, rilevanza sempre maggiore stanno acquisendo le informazioni non finanziarie, soprattutto tramite la rendicontazione obbligatoria prevista dal d.lgs. 30 dicembre 2016 n. 254, recante Attuazione della direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, recante modifica alla direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni.

sia necessario per renderla più resistente a fronte di potenziali ulteriori turbamenti. Se la pandemia, infatti, ha fortemente impattato sulle abitudini di consumo, a causa della guerra russo-ucraina siamo di fronte ad una ulteriore crisi dei mercati e degli approvvigionamenti di materie prime. La forte pressione sui prezzi, resa ancora più minacciosa dall'ulteriore spinta data dall'inflazione, ha di conseguenza imposto l'impellente necessità di ripensare le strategie di approvvigionamento, di produzione e di consumo di energia. Non vi è alcun dubbio che - nel lungo termine - i principi di tutela dell'ambiente, nella triplice declinazione ambiente, sociale e di *governance*, saranno la strada da percorrere per perseguire gli obiettivi di neutralità climatica. Tuttavia, non può sfuggire come al momento si stia assistendo, nei fatti, ad una parziale battuta d'arresto su questi temi. Basti pensare al dibattito circa la riattivazione di strumenti di produzione energetica più tradizionali e più inquinanti, primo tra tutti il carbone, considerato congiunturalmente utile a fini sociali per far fronte allo *shock* economico che potrebbe verificarsi nel prossimo inverno.

A questo scenario deve aggiungersi, inoltre, la consapevolezza per cui le finanze pubbliche subiscono una sempre maggiore pressione, con conseguente rischio di una maggiore difficoltà nell'allocare le risorse verso gli obiettivi di protezione ambientale e sviluppo sostenibile, con crescente importanza del ruolo che sarà giocato dagli strumenti finanziari privati. Non c'è dubbio, pertanto, che i Paesi tutti, istituzioni e società civile debbano impegnarsi verso una rapida transizione verso le energie rinnovabili, non solo in ragione dell'importanza delle stesse per la tutela della salute e del clima, quanto anche per fronteggiare più facilmente crisi economiche e conseguenti rischi di volatilità dei prezzi.

Gli Stati stanno dimostrando una crescente sensibilità per il tema ambientale, che sembra andare di pari passo anche con le indicazioni certe fornite dal mercato: le fonti rinnovabili sono lo strumento meno impattante sull'ambiente per la produzione di energia e, al contempo, quello più economico e capace di permettere la maggiore autonomia energica di cui tanto si discute. Tuttavia, la sostenibilità e lo sviluppo sono sfide che non possono essere risolte con semplici soluzioni di mercato.

Spetta ora ai Governi nazionali intraprendere azioni concrete, in una prospettiva non solo nazionale, quanto anche transnazionale[75].

La riforma costituzionale - ove ormai completa, ove ancora in cantiere -, per non risolversi in una mera dichiarazione di principio e per poter davvero porre l'ordinamento nella condizione di tutelare l'ambiente e le generazioni future, potrebbe essere seguita dall'introduzione di disposizioni di legge ordinaria che

75 H. BULKELEY, L. ANDONOVA, K. BACKSTRAND, M. BETSILL, D. COMPAGNON, *Governing climate change transnationally: assessing the evidence from a database of sixty initiatives*, in *Environ. Plan. C: Gov. Policy*, 30/4, 2012, pp. 591-612; M. WHITEHEAD, R. JONES, M. JONES, *The Nature of the State: Excavating the Political Ecologies of the Modern State*, Oxford Univ. Press, 2007.

definiscano in modo più incisivo i limiti d'inquinamento dell'iniziativa economica e le correlate "regole del gioco", oltre a riformare gli apparati organizzativi e a consolidare gli strumenti di *enforcement* già previsti.

L'ambiente presenta, infatti, caratteristiche intrinseche tali da renderlo un concetto sfuggente e mutevole nel tempo, difficilmente predeterminabile in astratto[76]. Ne consegue che lo stesso non possa essere assunto come riferimento oggettivo di interessi individuali o collettivi suscettibili di tutela in termini di posizioni giuridiche soggettive, ma sia necessario che diventi oggetto delle politiche pubbliche, e cioè delle "strategie e azioni di tutela" di cui i pubblici poteri sono chiamati a farsi carico[77]. Del resto tale approccio è confermato anche a livello europeo, dove l'art. 37 della Carta di Nizza invoca un approccio per politiche e dove l'art 11, para. 1, TFUE riconosce formalmente il principio di integrazione della tutela dell'ambiente in tutte le politiche e azioni pubbliche.

In tale prospettiva, non può non notarsi una transizione nel ruolo che lo Stato è chiamato a ricoprire verso il c.d. "*development State*"[78], in risposta alle attuali congiunture economiche e sociali. Tale cambiamento non solo può seguire il solco in molti casi già tracciato dalla giurisprudenza ma ben può, ove necessario, superarne il *caveat*, così da farsi fautore di nuovi sviluppi.

76 M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021.

77 Sul tema: E. BRUTI LIBERATI, M. CECCHETTI, L. RONCHETTI, *Tutela dell'ambiente: diritti e politiche,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2021. A titolo esemplificativo, si tenga conto che l'art. 6 della Carta dell'Ambiente francese prevede che "[…] le politiche pubbliche devono farsi promotrici dello sviluppo sostenibile. A tale scopo, queste considerano alla stessa stregua la tutela e la valorizzazione dell'ambiente, lo sviluppo economico e il progresso sociale".

78 K. BACKSTRAND, A. KRONSELL, *Rethinking the Green State: Environmental Governance Towards Climate and Sustainability Transitions,* London Routledge, 2015; I. SCOONES, *The Politics of Sustainability and Development,* in *Annu. Rev. Environ. Resour*., 41/ 2016, pp. 293-319.

LA LIBERALIZZAZIONE DEL FOTOVOLTAICO È UNA MINACCIA PER IL PAESAGGIO? PRIME OSSERVAZIONI A MARGINE DELL'ART. 9, CO. 1, L. 34/2022.

Stefano Crocitto

Abstract: Il contributo analizza l'art. 9, co. 1, l. 34/2022, che rende più semplice installare impianti fotovoltaici, anche nei centri storici. Si esaminano, inoltre, alcuni orientamenti giurisprudenziali che manifestano un certo *favor* per le energie rinnovabili. In conclusione, sono svolte brevi considerazioni sulle frizioni che la transizione ecologica suscita sempre più di frequente tra ambiente e paesaggio.

The paper examines article 9, par. 1, of the law 34/2022, which makes easier the installation of photovoltaic systems, even in the old towns. It also reports on recent jurisprudential orientations favourable to renewable energy. In its final part, the paper provides observations about the dialectical relationship between environment and landscape: indeed, the ecological transition often has an impact on landscape.

SOMMARIO: **1.** Premessa. – **2.** Il testo del decreto legge. – **3.** Il testo della legge di conversione. – **4.** Tendenze giurisprudenziali. – **5.** Brevi note sull'incontro-scontro tra ambiente e paesaggio.

1. Premessa.

L'aumento dei costi dell'energia elettrica e del gas, legato sia a motivi propri del mercato dell'energia sia all'attuale congiuntura internazionale, ha accentuato l'indirizzo di politica energetica – frutto dell'interiorizzazione delle istanze dello sviluppo sostenibile – volto al sempre maggiore utilizzo di energie rinnovabili, inducendo il Governo a intervenire con il decreto legge n. 17/2022 per introdurre «*misure urgenti* [non solo] *per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale*, [ma soprattutto] *per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali*[1]». Tra le norme del decreto legge riveste una certa rilevanza l'art.

1 Decreto legge 1° marzo 2022, n. 17, pubblicato in GU n.50 del 01/03/2022. Il Titolo I del decreto si compone di due capi: il primo (artt. 1-8) dedicato al contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico e del gas naturale; il secondo (artt. 9-21) ad alcune misure strutturali e di semplificazione in materia energetica, «*che rispondono ad una logica più di medio-lungo periodo, volta a prevenire che altre crisi analoghe all'attuale possano avere gli stessi effetti su famiglie e sistema produttivo nazionale. In particolare, si mira ad incrementare la produzione nazionale di energia rinnovabile e i risparmi energetici*» (da https://temi.camera.it/leg18/provvedimento/d-l-17-2022-energia-e-politiche-di-

9, co. 1, che sostituisce il co. 5 dell'art. 7 bis, d.lgs. 28/2011[2]. Il testo dell'art. 9, co. 1, è stato, in seguito, oggetto di notevoli modifiche in sede di conversione, e tale vicenda è indicativa del serrato dibattito concernente le problematiche generali coinvolte[3], di cui si parlerà *infra*. In questa parte iniziale interessa cogliere la portata della modifica apportata prima dal decreto legge e poi dalla legge di conversione.

Il testo, vigente dal luglio 2021 al 1° marzo 2022, dell'art. 7 bis, co. 5, stabiliva che l'installazione di impianti fotovoltaici su edifici[4], come definiti alla voce 32 dell'allegato A al regolamento edilizio-tipo[5], non fosse subordinata all'acquisizione di atti amministrativi di assenso, comunque denominati. La disposizione specificava che l'installazione, per essere "liberalizzata", dovesse avvenire secondo le modalità di cui all'art. 11, co. 3, d.lgs. 115/2008, quindi in maniera aderente o integrata nei tetti degli edifici, con la stessa inclinazione e lo stesso orientamento della falda, in modo

sviluppo.html). Il Titolo II si occupa di interventi di politica industriale (artt. 22-25), «*in settori fortemente connessi e influenzati dall'andamento del costo dell'energia*» (*id.*). Il Titolo III (artt. 26-28) reca una serie di contributi statali a regioni ed enti locali, il Titolo IV racchiude altre misure urgenti (artt. 29-41), il Titolo V (artt. 42-43), infine, prevede le disposizioni finanziarie e finali.

2 Decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, intitolato «*Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE*». L'art. 7 bis, comprensivo del co. 5, è stato introdotto nel d.lgs. 28/2011 dal d.l. 91/2014 (conv. in l. 116/2014), e ha subìto una prima modifica, proprio sul co. 5, ad opera del d.l. 77/2021 (conv. in l. 108/2021).

3 Tra i più recenti contributi in materia di energie rinnovabili, v., ad es., S. NANÈ, *"Problematiche" inerenti alla realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili (commento a Consiglio di Stato sez. 2^ – 3 novembre 2021, n. 7357)*, in *AmbienteDiritto.it*, 1/2022; G. BUCCI, *Regimi abilitativi degli impianti da fonti rinnovabili: il "punto" sulla giurisprudenza costituzionale più recente*, in *AmbienteDiritto*, 1/2022; C. BEVILACQUA, *La localizzazione in aree agricole degli impianti alimentati da fonti di energie rinnovabili: gli enti locali tra conformità urbanistica e destinazione d'uso*, in *Amministrazione In Cammino*, 24/09/2021; F. LUISO, *I sistemi di incentivazione della produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile. Una valutazione critica dei diversi modelli disponibili e sperimentati*, in *Orizzonti del diritto dell'energia. Innovazione tecnologica, blockchain e fonti rinnovabili*, a cura di G.D. COMPORTI – S. LUCATTINI, Napoli, 2020, p. 143-152; A. GALLIANI, *Innovazioni necessarie per consentire la diffusione delle fonti rinnovabili per la produzione di energia elettrica nel rispetto degli obiettivi europei*, ivi., p. 153-170; S. AMOROSINO, *«Nobiltà» (dei proclami politici) e «miseria» (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2020, p. 255-263; A. MASSONE, *Impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili e disciplina del paesaggio nelle aree contermini (commento a Consiglio di Stato, sez. IV, 18 marzo 2019, n. 1729)*, in *Riv. giur. urb.*, 1/2020, p. 166-175; C. PELLEGRINO, *Ambiente ed Energia: la Corte costituzionale conferma i suoi orientamenti e il suo ruolo di supplenza ermeneutica*, in *Le Regioni*, 3/2019, p. 843-854.

4 Non solo sugli edifici, ma anche su «*strutture o manufatti fuori terra diversi dagli edifici, nonché l'installazione […] su strutture e manufatti diversi dagli edifici*».

5 Regolamento adottato con intesa sancita in sede di Conferenza unificata 20 ottobre 2016, n. 125/CU, ai sensi dell'art. 4, co. 1 sexies, d.P.R. 380/2001. La voce 32 definisce edificio qualunque «*costruzione stabile, dotata di copertura e comunque appoggiata o infissa al suolo, isolata da strade o da aree libere, oppure separata da altre costruzioni mediante strutture verticali che si elevano senza soluzione di continuità dalle fondamenta al tetto, funzionalmente indipendente, accessibile alle persone e destinata alla soddisfazione di esigenze perduranti nel tempo*».

da non modificare la sagoma degli edifici stessi[6]. Restava, invece, necessaria l'acquisizione di atti amministrativi di assenso, comunque denominati, in caso di aree o immobili di cui all'art. 136, co. 1, lett. b) e c), d.lgs. 42/2004, cioè il codice del paesaggio. L'art. 136, nello specifico, è dedicato agli immobili ed aree di notevole interesse pubblico, e statuisce che sono soggetti alle disposizioni del titolo I della parte terza (sulla tutela e valorizzazione dei beni paesaggistici), tra gli altri, le ville, i giardini e i parchi, non tutelati dalle disposizioni della parte seconda come beni culturali, purché si distinguano per la loro non comune bellezza (lett. b), nonché i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale, inclusi i centri ed i nuclei storici (lett. c). Nonostante la dizione un po' ambigua, l'ultima parte dell'art. 7 bis, co. 5, d.lgs. 28/2011, pareva riferirsi ai beni dell'art. 136, lett. b) e c), del codice del paesaggio, non in generale, ma in quanto dichiarati di notevole interesse pubblico, e quindi l'atto di assenso richiesto avrebbe dovuto essere quantomeno l'autorizzazione paesaggistica.

V'è inoltre da considerare che il testo, appena analizzato, dell'art. 7 bis, co. 5, d.lgs. 28/2011, necessitava di essere coordinato con l'art. 6, co. 1, lett. e quater), d.P.R. 380/2001 (Testo unico edilizia), a norma del quale – fermo restando quanto previsto da talune discipline di settore, compresa quella del codice del paesaggio – costituisce attività edilizia libera, eseguibile senza alcun titolo abilitativo, la realizzazione di pannelli fotovoltaici, a servizio degli edifici, al di fuori della zona A di cui al d.m. 1444/1968, in cui sono ricompresi i centri storici[7-8] . Pertanto, ne risultava un regime abbastanza confuso, articolato in linea di massima nel modo seguente: l'installazione del fotovoltaico era libera fuori dalle zone A; nelle zone A era soggetta a titolo abilitativo edilizio; nelle zone A (o comunque negli edifici di zona A) dichiarate di notevole interesse pubblico, al titolo abilitativo doveva aggiungersi l'autorizzazione paesaggistica.

2. Il testo del decreto legge.

Coerentemente con le finalità del decreto legge, il testo dell'art. 9, co. 1, si muove in un'ottica di ulteriore semplificazione, se non proprio di liberalizzazione, ove

6 Tuttavia, lo stesso art. 7 bis, co. 5, prevedeva l'installazione «*con qualunque modalità*» sulle strutture e i manufatti diversi dagli edifici.

7 Ai sensi dell'art. 2, d.m. 1444/1968, sono zone A «*le parti del territorio interessate da agglomerati urbani che rivestono carattere storico, artistico o di particolare pregio ambientale o da porzioni di essi, comprese le aree circostanti, che possono considerarsi parte integrante, per tali caratteristiche, degli agglomerati stessi*».

8 La lettera e quater) è stata inserita nell'art. 6, d.P.R. 380/2001, dal d.lgs. 222/2016, art. 3, co. 1. In attuazione dell'art. 1, co. 2, del medesimo d.lgs. 222/2016, è stato emanato il d.m. 2 marzo 2018, il c.d. Glossario edilizia libera, che alla voce 42 conferma il disposto dell'art. 6, lett. e quater), e considera attività edilizia libera l'installazione, riparazione, sostituzione o rinnovamento dei pannelli solari, fotovoltaici, a servizio degli edifici, da realizzare al di fuori della zona A di cui al d.m. 1444/1968.

riscrive l'art. 7 bis, co. 5, e dispone – in breve – che l'installazione, con qualunque modalità, di impianti solari fotovoltaici e termici sugli edifici o su strutture e manufatti fuori terra diversi dagli edifici, nonché la realizzazione delle opere funzionali alla connessione alla rete elettrica, costituiscono interventi di manutenzione ordinaria e non sono subordinate all'acquisizione di permessi, autorizzazioni o atti amministrativi di assenso comunque denominati, ad eccezione degli impianti che ricadono in aree o immobili dichiarati di notevole interesse pubblico[9].

Le differenze col testo previgente sono evidenziate dai dossier di studio allegati al testo da convertire[10]. In primo luogo, quanto all'installazione degli impianti fotovoltaici sugli edifici, non sono più richiamate le modalità di cui all'articolo 11, co. 3, d.lgs. 115/2008, sicché l'installazione può ora avvenire con qualunque modalità. In secondo luogo, si chiarisce che rientra nelle opere in edilizia libera anche la realizzazione delle opere funzionali alla connessione alla rete elettrica nei predetti edifici o strutture e manufatti, nonché nelle relative pertinenze. In terzo luogo, sono esplicitamente inseriti, tra gli atti non richiesti, permessi e autorizzazioni (benché la norma già escludesse ed escluda atti di assenso «*comunque denominati*»). Tra gli atti di assenso esclusi sono annoverati anche quelli previsti dal d.lgs. 42/2004, a meno che gli impianti non ricadano in aree o immobili di cui all'art. 136, co. 1, lett. b) e c), individuati ai sensi degli artt. da 138 a 141, d.lgs. 42/2004[11]. Nella sua parte finale,

9 Questo il testo per esteso: «*Ferme restando le disposizioni tributarie in materia di accisa sull'energia elettrica, l'installazione, con qualunque modalità, di impianti solari fotovoltaici e termici sugli edifici, come definiti alla voce 32 dell'allegato A al regolamento edilizio-tipo, adottato con intesa sancita in sede di Conferenza unificata 20 ottobre 2016, n. 125/CU, o su strutture e manufatti fuori terra diversi dagli edifici e la realizzazione delle opere funzionali alla connessione alla rete elettrica nei predetti edifici o strutture e manufatti, nonché nelle relative pertinenze, è considerata intervento di manutenzione ordinaria e non è subordinata all'acquisizione di permessi, autorizzazioni o atti amministrativi di assenso comunque denominati, ivi inclusi quelli previsti dal decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, a eccezione degli impianti che ricadono in aree o immobili di cui all'articolo 136, comma 1, lettere b) e c) , del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, individuati ai sensi degli articoli da 138 a 141 del medesimo codice, e fermo restando quanto previsto dagli articoli 21 e 157 del codice*».

10 V. https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/D22017.Pdf, p. 45-48.

11Le norme citate disciplinano la procedura con cui le aree e gli immobili sono dichiarati, con provvedimento regionale o del Ministero, di notevole interesse pubblico. In sintesi, la proposta di adottare la dichiarazione di notevole interesse pubblico è rivolta, alla Regione, dalle commissioni regionali a composizione mista dell'art. 137, anche su iniziativa di enti pubblici territoriali, dopo che abbiano valutato la sussistenza di tale interesse sulla base di informazioni acquisite tramite le Soprintendenze, i Comuni ed esperti della materia (art. 138). Alla proposta è data la massima pubblicità con strumenti quali la pubblicazione sull'albo pretorio, su quotidiani e siti informatici, e il deposito negli uffici comunali. Decorso il termine di pubblicazione, nei successivi trenta giorni possono essere presentate osservazioni e documenti dagli interessati, comprese le associazioni portatrici di interessi diffusi individuate dalle normative ambientali, alla Regione, che può indire un'inchiesta pubblica (art. 139). Nei successivi sessanta giorni, la Regione, esaminata la proposta, le osservazioni e i documenti, emana il provvedimento con cui dichiara il notevole interesse pubblico del bene, dettando al contempo la disciplina diretta a garantire la conservazione dei valori da tutelare.

l'art. 9, co. 1, fa salvo quanto previsto dagli artt. 21 e 157, d.lgs. 42/2004, che disciplinano, rispettivamente, gli interventi su beni di interesse culturale assoggettati ad autorizzazione del Ministero della Cultura, e l'efficacia delle dichiarazioni di notevole interesse pubblico adottate ai sensi di specifiche disposizioni legislative previgenti al d.lgs. stesso.

In definitiva, l'effetto della novella apportata dall'art. 9, co. 1, nel testo del decreto legge, è quello di allargare il campo applicativo del sostituito art. 7 bis, co. 5, d.lgs. 28/2011. In particolare, il vecchio testo, richiamando le modalità dell'art. 11, co. 3, d.lgs. 115/2008 – un richiamo ora eliminato – sembrava garantire un maggior rispetto della sagoma e delle altezze degli edifici. Soprattutto, va sottolineata l'espressa qualificazione dell'installazione del fotovoltaico quale intervento di manutenzione ordinaria, che dunque transita nell'attività edilizia libera. Nella disposizione non c'è invece un aperto riferimento alle zone omogenee A. Continuano a restare esclusi dalla liberalizzazione gli immobili dell'art. 136, lett. b) e c), del codice del paesaggio, ma il concetto è espresso con una formulazione diversa dall'originaria. Infatti, la norma sembra dire che tra gli atti di assenso non più richiesti sono compresi anche quelli del codice del paesaggio, tranne che con riferimento agli immobili dell'art. 136, lett. b) e c), a condizione – con un'ulteriore puntualizzazione letterale rispetto al previgente - che ci sia stata un'apposita dichiarazione di notevole interesse pubblico degli stessi, a norma degli artt. 138-141.

3. Il testo della legge di conversione.

In sede di conversione, presso le competenti Commissioni (Ambiente e Attività produttive) della Camera, il testo dell'art. 9, co. 1, è andato incontro a un'opera di riscrittura, recante ulteriori specificazioni e aggiunte rispetto a quello originario del decreto legge. Si tratta del testo poi approvato in via definitiva dall'aula e dal Senato, e approdato in GU 28/04/2022, n. 98, come art. 9, co. 1, l. 34/2022[12-13].

Anche tale provvedimento è sottoposto a un regime di pubblicità (art. 140). Regole affini si applicano al procedimento ad iniziativa ministeriale, che, ai sensi dell'art. 138, co. 3, può essere autonomamente attivata, su proposta della Soprintendenza e previo parere della Regione (art. 141).

12 Mantenendo comunque il suo ruolo di sostituzione integrale dell'art. 7 bis, co. 5, d.lgs. 28/2011. In sede di discussione presso le Commissioni non sono mancati interventi che hanno prospettato il possibile scontro tra fotovoltaico e paesaggio. Ad es., nella seduta del 7 aprile Vallascas «*chiede ai relatori e al Governo una rivalutazione del parere espresso dell'emendamento a sua prima firma 9.4 volto a limitare i gravi danni al paesaggio e ai centri storici derivanti dalla prevista libera installazione di impianti fotovoltaici*», Vianello «*ricorda come in alcune regioni il paesaggio sia stato del tutto devastato dall'installazione incontrollata di numerosi impianti fotovoltaici*» (da https://www.camera.it/leg18/824?tipo=C&anno=2022&mese=04&giorno=07&view=&commissione=0810&pagina=data.20220407.com0810.bollettino.sede00010.tit00020#data.20220407.com0810.bollettino.sede00010.tit00020).

13 «*Ferme restando le disposizioni tributarie in materia di accisa sull'energia elettrica, l'installazione, con qualunque modalità, anche nelle zone A degli strumenti urbanistici comunali, come individuate ai sensi del decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, di impianti solari fotovoltaici e termici sugli*

Alla luce, anche in tal caso, dei dossier di studio[14], si rileva come il testo convertito anzitutto espliciti una delle probabili *rationes* della norma, cioè che l'installazione degli impianti fotovoltaici è consentita con qualunque modalità anche nelle zone A dei piani regolatori comunali, ossia anche nei centri storici. In secondo luogo, l'ambito applicativo è ulteriormente allargato, ricomprendendovi «*gli eventuali potenziamenti o adeguamenti della rete esterni alle aree dei medesimi edifici, strutture e manufatti*». In terzo luogo, l'intento di chiarezza ha portato a precisare che la liberalizzazione non si applica alle aree e immobili di pregio di cui all'art. 136, lett. b) e c), d.lgs. 42/2004, purché individuati «*mediante apposito provvedimento amministrativo*», e che in tal caso l'installazione degli impianti fotovoltaici è subordinata all'autorizzazione dell'autorità competente ai sensi del d.lgs. 42/2004. La parte finale della norma è del tutto nuova, e afferma che, pure in presenza di immobile vincolato ai sensi dell'art. 136 lett. c), l'installazione di impianti fotovoltaici è da considerare attività edilizia libera (non soggetta ad assensi di alcun genere), qualora i pannelli siano integrati nelle coperture non visibili dagli spazi pubblici esterni e dai punti di vista panoramici. Tuttavia, quest'ultima disposizione non si applica e torna (presumibilmente) operante la necessità di autorizzazione, ove si tratti di coperture i cui manti siano realizzati in materiali della tradizione locale.

Il legislatore, in sede di conversione, ha pertanto chiarito una serie di punti che avrebbero potuto creare delle incertezze nella prassi, forse un po' a scapito della mole della disposizione (e della sua leggibilità, nel primo periodo). Complessivamente, la norma enuncia prima la regola liberalizzatrice (primo periodo), poi l'eccezione (fine del primo periodo e secondo periodo), poi l'eccezione all'eccezione (terzo periodo, prima parte), infine un'esclusione da quest'ultima (terzo periodo, seconda parte). Rispetto alla formulazione del decreto legge, è quindi più chiaro che la

edifici, come definiti alla voce 32 dell'allegato A al regolamento edilizio-tipo, adottato con intesa sancita in sede di Conferenza unificata 20 ottobre 2016, n. 125/CU, o su strutture e manufatti fuori terra diversi dagli edifici, ivi compresi strutture, manufatti ed edifici già esistenti all'interno dei comprensori sciistici, e la realizzazione delle opere funzionali alla connessione alla rete elettrica nei predetti edifici o strutture e manufatti, nonché nelle relative pertinenze, compresi gli eventuali potenziamenti o adeguamenti della rete esterni alle aree dei medesimi edifici, strutture e manufatti, sono considerate interventi di manutenzione ordinaria e non sono subordinate all'acquisizione di permessi, autorizzazioni o atti amministrativi di assenso comunque denominati, ivi compresi quelli previsti dal codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, a eccezione degli impianti installati in aree o immobili di cui all'articolo 136, comma 1, lettere b) e c) , del citato codice di cui al decreto legislativo n. 42 del 2004, individuati mediante apposito provvedimento amministrativo ai sensi degli articoli da 138 a 141 e fermo restando quanto previsto dagli articoli 21 e 157 del medesimo codice. In presenza dei vincoli di cui al primo periodo, la realizzazione degli interventi ivi indicati è consentita previo rilascio dell'autorizzazione da parte dell'amministrazione competente ai sensi del citato codice di cui al decreto legislativo n. 42 del 2004. Le disposizioni del primo periodo si applicano anche in presenza di vincoli ai sensi dell'articolo 136, comma 1, lettera c), del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 42 del 2004, ai soli fini dell'installazione di pannelli integrati nelle coperture non visibili dagli spazi pubblici esterni e dai punti di vista panoramici, eccettuate le coperture i cui manti siano realizzati in materiali della tradizione locale».

14 V. https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01345093.pdf, p. 68-73.

liberalizzazione si applica anche nelle zone omogenee A. Il problema è che il legislatore della conversione non ha provveduto a riordinare la materia, lasciando sparse senza coerenza nell'ordinamento varie disposizioni che si occupano del fotovoltaico[15] e addossando, al solito, all'interprete il gravoso onere di sbrogliare il groviglio normativo. Nel testo convertito in legge si è aggiunta un'ulteriore liberalizzazione negli immobili vincolati di cui all'art. 136, lett. c), del codice del paesaggio. Nondimeno, in quest'ultimo caso (corrispondente al terzo periodo del testo) pare si sia raggiunto un buon punto di equilibrio tra esigenze energetiche ed ambientali, da un lato, ed esigenze paesaggistiche e culturali, dall'altro[16].

4. Precedenti giurisprudenziali.

La nuova disposizione si inserisce – quasi formalizzandola – in una tendenza visibile già da diversi anni nell'ordinamento, in particolare in certa giurisprudenza. In effetti, a fronte di un atteggiamento molto rigido della prassi amministrativa di Comuni, Regioni e Soprintendenze, è riscontrabile un contegno più conciliante della giustizia amministrativa in ordine all'installazione dei pannelli fotovoltaici.

Partendo dall'ambito urbanistico, vi sono pronunce che non riconoscono il potere del Comune di vietare del tutto, nei piani urbanistici, l'installazione di pannelli fotovoltaici nei centri storici. Si veda, ad esempio, una recente pronuncia del Tar triestino[17], che ha annullato un'ordinanza di rimozione dei pannelli solari da un tetto sito in zona A, nonché la norma tecnica di attuazione del P.R.G. posta a base del provvedimento. In motivazione il giudice richiama alcune argomentazioni di una sentenza calabrese[18] su materia analoga, nella parte in cui afferma che il sistema delineato dal legislatore nazionale, in attuazione della direttiva 2001/77 CE[19], non prevede «*alcun potere normativo comunale in materia di localizzazione degli impianti fotovoltaici, tale da sottrarre determinate zone del territorio comunale da tale utilizzazione o da prescrivere vincoli in materia di distanze, sia pure formalmente nell'esercizio del potere di pianificazione urbanistica*[20]». La stessa potestà legislativa regionale concorrente in

15 Sul punto v. un'interessante nota dell'Ance (https://www.lavoripubblici.it/documenti2022/lvpb2/nota-tecnica-ance-decreto-energia.pdf), dove si menzionano, tra gli altri, il d.P.R. 31/2017, l'Allegato II del d.lgs. 199/2021, il già citato art. 6, lett. e quater), d.P.R. 380/2001 ecc.

16 V. i riferimenti alla visibilità e ai punti di vista panoramici, nonché ai materiali della tradizione locale. Del resto, la necessità di armonizzare i pannelli solari con l'arredo urbano circostante ha prodotto innovazioni come le tegole fotovoltaiche e affini.

17 Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 25 giugno 2018, n. 215, tuttora *sub iudice*.

18 Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 29 marzo 2018, n. 771, definitiva.

19 Direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2001, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, sostituita dalla direttiva 2009/28 CE, a sua volta sostituita dalla direttiva (UE) 2018/2001.

20 Punto 8 della sentenza n. 771/2018.

materia di energia - si dice - è limitata, oltre che dai princìpi posti dal legislatore statale, da interferenze con competenze di quest'ultimo, quali l'ambiente, la concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni[21]. Il Tar triestino precisa[22] che anche secondo il d.m. 10 settembre 2010[23], punto 1.2, «*le sole Regioni e le Province autonome possono porre limitazioni e divieti in atti di tipo programmatorio o pianificatorio per l'installazione di specifiche tipologie di impianti alimentati a fonti rinnovabili ed esclusivamente nell'ambito e con le modalità di cui al paragrafo 17*». La *ratio decidendi* delle pronunce è, dunque, imperniata fondamentalmente sul principio di legalità, nel senso che il Comune non può disporre altrimenti, in quanto nessuna legge gli attribuisce tale potere. D'altra parte, è significativo il rimando, da un lato, alla direttiva europea, espressiva di un *favor*[24] per le energie rinnovabili tale da rendere evidente in quale direzione vadano esercitati i pubblici poteri[25], dall'altro, al d.m. 10 settembre 2010, poiché dalla formulazione del suo paragrafo 17 emerge apertamente la necessità di privilegiare un approccio di contemperamento dei molteplici interessi ricadenti sul territorio[26].

21 Punti 9 e 10 della sentenza n. 771/2018, dove sono citate varie sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato illegittime disposizioni regionali che imponevano criteri sulla localizzazione degli impianti di produzione di energia rinnovabile più restrittivi rispetto a quelli stabiliti a livello statale (Corte cost., sentenze nn. 119 e 168 del 2010) o imponevano tetti massimi per la potenza installabile o per il numero degli impianti (Corte cost. nn. 282/2009 e 124/2010) o conferivano ai Comuni poteri relativi alle autorizzazioni.

22 Pagine 6 e 7 della sentenza.

23 «*Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili*».

24 V., p.es., il cons. n. 2, secondo cui «*la promozione dell'elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili è un obiettivo altamente prioritario a livello della Comunità […]*»; il cons. n. 5, per cui «*[…] occorrerebbe invitare tutti gli Stati membri a stabilire obiettivi indicativi nazionali di consumo di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili*».

25 V., p.es., il cons. n. 12: «*La necessità di un sostegno da parte delle pubbliche autorità alle fonti energetiche rinnovabili è riconosciuta nella disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela dell'ambiente […]*». Cons. n. 14: «*Gli Stati membri applicano meccanismi diversi di sostegno delle fonti energetiche rinnovabili a livello nazionale, ivi compresi i certificati verdi, aiuti agli investimenti, esenzioni o sgravi fiscali, restituzioni d'imposta e regimi di sostegno diretto dei prezzi*». Art. 6, par. 1, a norma del quale gli Stati devono valutare il quadro normativo e regolamentare al fine di «*ridurre gli ostacoli normativi e di altro tipo all'aumento della produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili, razionalizzare e accelerare le procedure all'opportuno livello amministrativo, garantire che le norme siano oggettive, trasparenti e non discriminatorie […]*».

26 «*17. 1. […] Le Regioni e le Province autonome possono procedere alla indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti secondo le modalità di cui al presente punto […]. L'individuazione della non idoneità dell'area è operata dalle Regioni attraverso un'apposita istruttoria avente ad oggetto la ricognizione delle disposizioni volte alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico e artistico, delle tradizioni agroalimentari locali, della biodiversità e del paesaggio rurale che identificano obiettivi di protezione non compatibili con l'insediamento, in determinate aree, di specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti, i quali determinerebbero, pertanto, una elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni, in sede di autorizzazione. […]. 17.2. Le Regioni e le Province autonome conciliano le politiche di tutela dell'ambiente e del paesaggio con quelle di sviluppo e valorizzazione delle energie rinnovabili attraverso atti di programmazione congruenti con la quota minima di produzione di energia da fonti rinnovabili loro assegnata […]*».

Scendendo su un terreno più applicativo, diverse sentenze del Consiglio di Stato hanno "invitato" le Soprintendenze ad assumere un orientamento più condiscendente in relazione alla compatibilità paesaggistica degli impianti fotovoltaici, ovviamente non per una questione di mera politica del diritto, ma motivando essenzialmente sulla base del principio di proporzionalità. In tema, una recente pronuncia[27] ha sostenuto che le motivazioni del diniego di autorizzazione alla realizzazione di un impianto fotovoltaico «*devono essere particolarmente stringenti, non potendo ritenersi sufficiente che l'autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico rilevi una generica minor fruibilità del paesaggio sotto il profilo del decremento della sua dimensione estetica. […]*[28]*. Di conseguenza, occorre una severa comparazione tra i diversi interessi coinvolti nel rilascio dei titoli abilitativi — ivi compreso quello paesaggistico — alla realizzazione ed al mantenimento […] di un impianto di energia elettrica da fonte rinnovabile. Tale comparazione, infatti […], non può ridursi all'esame dell'ordinaria contrapposizione interesse pubblico/interesse privato […], ma impone una valutazione più analitica che si faccia carico di esaminare la complessità degli interessi coinvolti*[29]». Del resto, la via del bilanciamento tra interessi è stabilmente indicata dalla Corte costituzionale, secondo cui «*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri […]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette*[30]».

Indubbiamente, l'accostamento può apparire forzato, giacché l'oggetto della cognizione del giudice amministrativo e quello del giudice delle leggi sono diversi. Invero, il primo conosce, in sede di giudizio sull'eccesso di potere, del bilanciamento

27 Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 9 giugno 2020, n. 3696, punto 3.1. Tali argomentazioni sono richiamate, ad es., da Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, sentenza 29 marzo 2021, n. 296, definitiva.

28 «*Ogni nuova opera d'altronde ha una qualche incidenza sul paesaggio (che è costituito, secondo una delle definizioni più appropriate, dalla interazione tra le opere dell'uomo e la natura), di tal che il giudizio di compatibilità paesaggistica non può limitarsi a rilevare l'oggettività del novum sul paesaggio preesistente, posto che in tal modo ogni nuova opera, in quanto corpo estraneo rispetto al preesistente quadro paesaggistico, sarebbe di per sé non autorizzabile*» (Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1201, punto 3, peraltro richiamata da Cons. Stato n. 3696/2020).

29 Ciò in quanto «*la produzione di energia elettrica da fonte solare è essa stessa attività che contribuisce, sia pur indirettamente, alla salvaguardia dei valori paesaggistici*» (Cons. Stato n. 1201/2016, punto 3). In un caso analogo il Cons. Stato, sez. VI, sent. 23 febbraio 2017, n. 856, «*non ritiene di invadere la sfera riservata alle valutazioni attinenti alla "compatibilità paesaggistica", di spettanza esclusiva della Soprintendenza, né di sconfinare nell'ambito di apprezzamenti di compatibilità paesaggistica o di "merito amministrativo-paesistico", riservati all'organo periferico del Mibact*», nel momento in cui rileva «*che appare eccessivo e in definitiva sproporzionato e illogico – anche alla luce dell'esigenza, legislativamente riconosciuta, d'incentivare la produzione di energia con fonti rinnovabili, e di favorire soluzioni di risparmio energetico (sul "favor" del legislatore verso la installazione di impianti fotovoltaici si veda l'art. 4, comma 1 bis, del d.P.R. n. 380 del 2001)*» quanto preteso dalla Soprintendenza (punto 4.2).

30 Cfr. il punto 9 della sent. 9 maggio 2013, n. 85, resa su uno dei c.d. decreti Ilva.

operato tra i diversi interessi nel provvedimento discrezionale, il secondo del bilanciamento presente nelle leggi, qualora la Costituzione non indichi una chiara prevalenza. Nondimeno, tale procedimento interpretativo è strutturato in modo similare, e al suo interno occupa un ruolo dirimente il giudizio di proporzionalità. Quest'ultimo – premesso il giudizio sulla legittimità del fine perseguito – si articola in tre momenti: giudizio di idoneità, inteso come congruità del mezzo rispetto al fine; giudizio di necessarietà, cioè imposizione del mezzo più mite, quindi minor sacrificio degli interessi concorrenti; infine, e soprattutto, giudizio di proporzionalità in senso stretto, che esige sia salvaguardato il contenuto essenziale (l'operatività minima) dell'interesse che subisce una compressione[31]. Tanto dimostra l'incidenza globale della proporzionalità, in cui il parametro di giudizio viene ad essere l'interesse generale, non gli interessi specifici, siano essi privati o pubblici. In definitiva, non sembra inopportuno sostenere che, in un contesto ordinamentale pluralista, caratterizzato dalla strutturale intersezione di molteplici interessi, scelte sproporzionate – a maggior ragione se trattasi di interessi primari – inficiano la stessa logica che tiene assieme l'ordinamento[32].

5. Brevi note sull'incontro-scontro tra ambiente e paesaggio.

La rapida panoramica compiuta permette di percepire con evidenza il fragile equilibrio esistente tra due valori "egemoni" dell'ordinamento giuridico italiano, ovvero il paesaggio e l'ambiente.

Su un versante, si staglia il valore identitario: il paesaggio è, infatti, definito dallo stesso legislatore quale «*territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni*[33]», pertanto la sua tutela si concretizza nel riconoscimento, nella salvaguardia, nel recupero – eventualmente evolvendosi in

31 Sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo, v. D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità [dir. amm],* in *Treccani.it*, 2012; sul bilanciamento nel giudizio di costituzionalità, v. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale,* XX ed., Torino, p. 540-545.

32 V. ancora Corte cost., n. 85/2013, che così continua «*[…] La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*».

33 Art. 131, co. 1, d.lgs. 42/2004. Il co. 2 prosegue: «*Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali*». Per una storia della nozione di paesaggio nella legislazione e nella dottrina, v. G. SEVERINI, "*Paesaggio": storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica*, in *Aedon*, 1/2019. Per uno sguardo comparatistico, cfr. G.C. FERONI, *La dimensione culturale-identitaria di paesaggio. Uno sguardo giuridico comparato*, in *La Convenzione europea del Paesaggio vent'anni dopo (2000-2020). Ricezione, criticità, prospettive*, a cura di M. FRANK - M. PILUTTI NAMER, in *edizionicafoscari.unive.it*, p. 101-113.

valorizzazione – delle radici culturali che si rispecchiano nel patrimonio paesaggistico. Tale valore ha acquisito rilevanza giuridica a partire dai primi del Novecento[34] e fin da allora era possibile che esso fosse individuato in beni non solo di pregio estetico, ma anche dalla valenza tradizionale[35]. La legge n. 1497/1939 previde poi la figura del piano paesistico, che aveva il compito di regolare gradatamente i limiti da osservare negli interventi edilizi[36]. Tuttavia, i difetti del piano paesistico già presenti a livello strutturale[37], uniti a circostanze congiunturali che condussero «*a un sostanziale abbassamento d'attenzione verso la tutela paesaggistica*[38]», crearono un vuoto di tutela, che mise in grave crisi intere categorie di beni ambientali. Si dovette attendere l'intervento della c.d. legge Galasso, nel 1985, perché quei beni potessero fruire di una forma di tutela attraverso la sottoposizione al vincolo paesaggistico[39]. Ne conseguì, d'altronde, un rinnovamento della nozione di paesaggio, meritevole di protezione in quanto racchiudente elementi identitari del luogo nonché per ragioni di tutela ambientale, indipendentemente dal suo pregio estetico[40]. In effetti, la legge Galasso era intitolata alla tutela delle zone di particolare interesse ambientale, e nello stesso periodo fu istituito il Ministero dell'Ambiente, con l. n. 349/1986. Queste vicende sono sintomatiche di una certa sovrapposizione tra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente, in sintonia con la concezione per cui l'una sarebbe desumibile dall'altra[41].

34 V. la pionieristica legge 16 luglio 1905, n. 411, dedicata alla conservazione della pineta di Ravenna, poi la più sistematica legge 11 giugno 1922, n. 778.

35 V. l'art. 1, l. 778/1922: «*Sono dichiarate soggette a speciale protezione le cose immobili la cui conservazione presenta un notevole interesse pubblico a causa della loro bellezza naturale e della loro particolare relazione con la storia civile e letteraria. Sono protette altresì dalla presente legge le bellezze panoramiche*». V. anche l'art. 1, n. 3, l. 1497/1939, per cui «*sono soggetti alla presente legge a causa del loro notevole interesse pubblico […] i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale*».

36 Legge 29 giugno 1939, n. 1497 "Protezione delle bellezze naturali", in GU n. 241 del 14.10.1939

37 In effetti, si trattava di un mero "contenitore" di aree assoggettate a vincolo, e neanche tutte, bensì le sole c.d. bellezze d'insieme; l'inserimento di un'area nel piano non implicava alcun divieto assoluto di inedificabilità; per di più, l'adozione di tali piani era facoltativa, sicché apparvero di rado. Sul piano paesistico originario, v. M. FILIPPI, *Piano paesistico*, in *Dig. pubbl.*, XI, Torino, 1996, p. 196-200.

38 «*Dominavano le politiche urbanistiche e delle opere pubbliche, su cui tutto si riversava*»: per queste citazioni, v. G. SEVERINI, "*Paesaggio" cit.*, par. 7.

39 D.l. 27 giugno 1985, n. 312, convertito nella l. 8 agosto 1985, n. 431. Pertanto, ai beni vincolati con apposito provvedimento amministrativo si aggiunsero tali beni vincolati *ex lege*. Inoltre, la legge Galasso rese obbligatoria per le Regioni l'adozione del piano paesistico o comunque di un piano urbanistico con specifica considerazione dei valori paesistici e ambientali.

40 Cfr. P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico. Manuale breve,* IV ed., Milano, p. 22; M. FILIPPI, *Piano cit.*, p. 201. Non a caso, l'art 142, d.lgs. 42/2004, che riprende l'elenco di aree svolto nell'art. 1, l. 431/1985, le definisce "comunque" di interesse paesaggistico, indipendentemente dall'accertamento di un loro eventuale pregio estetico.

41 La stessa Corte costituzionale ha più volte rilevato che «*il concetto di paesaggio indica, innanzitutto, la morfologia del territorio, riguarda cioè l'ambiente nel suo aspetto visivo […]. In sostanza, è lo stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, che è di per sé un valore costituzionale*» (Corte cost., 7 novembre 2007, n. 367, punto 7.1).

Sull'altro versante, c'è il valore ambientale, di cui, senza tentare di darne una nozione giuridica unitaria[42], bensì facendo riferimento all'evoluzione normativa della materia[43], occorre cogliere come aspetto essenziale la tutela dagli inquinamenti. Dunque, la normativa ambientale si muove nel senso di salvaguardare l'integrità di tutta una serie di elementi che compongono il contesto in cui viviamo, e mira a salvaguardarli sia di per se stessi sia per tutelare il diritto alla salute, che dipende da quel contesto[44]. Negli ultimi anni, sulla scia della visione volta a promuovere uno sviluppo sostenibile e della lotta al cambiamento climatico, il diritto dell'ambiente si sta orientando verso una considerazione "integrale" della tutela ambientale, ossia in ogni scelta politica, economica e sociale[45].

Schematizzando sui rapporti paesaggio-ambiente, si può affermare che, talvolta, i fenomeni di inquinamento non presentano anche un impatto sull'aspetto visivo/paesaggistico: comunque, sarà la tutela della salute a imporre la difesa dell'ambiente. Nella maggior parte dei casi, invece, l'inquinamento ha un'attitudine, per così dire, plurioffensiva e produce effetti negativi anche sul paesaggio. Quindi tutelando l'uno si tutela l'altro, e viceversa, in maniera complementare. Infine, ci sono casi in cui sistemi ideati per preservare l'ambiente sconvolgono i contesti paesaggistici, dunque la loro tutela non coincide. È quanto avviene con talune forme di energia rinnovabile; anzi, con l'incremento di queste ultime le interferenze sono destinate ad ampliarsi e a suscitare periodiche polemiche di natura non solo politica, ma anche giuridica (più violente, a dire il vero, in caso di energia eolica[46]).

42 Per recenti panoramiche sulla questione, v., ad. es., P. COLASANTE, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *federalismi.it*, n. 20/2020; D. PORENA, *'Ambiente': complessità di una nozione giuridica. I tentativi di offrirne una ricostruzione costituzionale emancipata dalla dimensione 'antropocentrica'*, in *AmbienteDiritto.it*, 3/2020; e bibliografie ivi citate.

43 V., tra le più importanti: le leggi istitutive di parchi nazionali; la l. 13 luglio 1966, n. 615, sull'inquinamento atmosferico; la l. 29 maggio 1974, n. 256, sulle sostanze pericolose; la l. 10 maggio 1976, n. 319, c.d. legge Merli, sull'inquinamento idrico; il d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, sui rifiuti. V. anche, ad es., Corte cost. 20 maggio 1987, n. 183, secondo cui nel contenuto della protezione ambientale rientra, tra l'altro, la «*preservazione della salubrità delle condizioni oggettive del suolo, dell'aria e dell'acqua a fronte dell'inquinamento atmosferico, idrico, termico ed acustico*» (punto 2 del Considerato in diritto). Cfr., sull'evoluzione della legislazione ambientale in Italia, F. FONDERICO, *L'evoluzione della legislazione ambientale*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, II, p. 97-111.

44 «*È evidente che quando ci si riferisce all'ambiente, così come attribuito alla competenza legislativa esclusiva dello Stato dalla lettera s) del secondo comma dell'art. 117 Cost., le considerazioni attinenti a tale materia si intendono riferite anche a quella, ad essa strettamente correlata, dell'"ecosistema". Peraltro, anche se i due termini esprimono valori molto vicini, la loro duplice utilizzazione, nella citata disposizione costituzionale, non si risolve in un'endiadi, in quanto col primo termine si vuole, soprattutto, fare riferimento a ciò che riguarda l'habitat degli esseri umani, mentre con il secondo a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé*» (Corte cost., 23 gennaio 2009, n. 12, punto 2.3)

45 In linea con tale concezione, v. il testo dell'art. 3 quater, d.lgs. 152/2006.

46 V. S. AMOROSINO, «*Nobiltà*» *cit.*, secondo il quale nel nostro Paese esiste una divaricazione tra proclami politici, da un lato, e decisioni amministrative, dall'altro, «*nella stragrande maggioranza dei casi ostative alla realizzazione di tali impianti* [eolici, biomasse, termovalorizzatori], *per la ritenuta loro*

Le polemiche, di cui le vicende della norma commentata nella prima parte rappresentano un nuovo episodio, non si verificherebbero se nell'ordinamento fossero ravvisabili chiare indicazioni sulla prevalenza dell'uno o dell'altro valore, in caso di discordanza. Peraltro, ora il quadro sembrerebbe essersi complicato, a seguito delle modifiche intervenute sugli artt. 9 e 41 della Costituzione[47]. Esse dimostrano come gli appigli costituzionali già utilizzati per giustificare la tutela dell'ambiente non fossero ritenuti sufficienti dal legislatore costituzionale, e sono l'ennesima manifestazione legislativa di una giustapposizione di valori che scarica sull'interprete il compito di "trovare la quadra"[48].

ontologica *incompatibilità con la tutela del paesaggio o degli ecosistemi*». Ciò si risolverebbe in un risultato paradossale, tra l'altro nell'indifferenza dei decisori politico-amministrativi, ossia quello di «*ostacolare la doverosa e programmata transizione dalla produzione di energia da fonti fossili a quella da fonti rinnovabili*» (citazioni da p. 255).

47 V. appunto le modifiche introdotte dalla l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, in GU 22/02/2022, n. 44. Il novellato art. 9 recita: «*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*». L'art. 41 ora dispone: «*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*». Per primi commenti alla riforma si vedano, ad es., M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *forumcostituzionale.it*, 25/08/2021; R. BIFULCO, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022*, in *federalismi.it*, 11/2022; G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *AmbienteDiritto*, 2/2022; R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?* , in *federalismi.it*, 13/2022; M. ALLENA, *Cosa cambia con l'ambiente tutelato dalla Costituzione*, in *lavoce.info*, 05/05/2022.

48 Un esempio dei problemi di compatibilità tra i due valori e della loro mancata risoluzione anche al livello legislativo è dato dall'intersezione tra piano paesaggistico e piani ambientali. La disciplina del d.lgs. 42/2004 pone il piano paesaggistico al vertice delle pianificazioni territoriali (art. 145), e tale ricostruzione è stata avvalorata dalla Corte costituzionale (Corte cost., 5 maggio 2006, n. 182; 7 novembre 2007, n. 367; 29 ottobre 2009, n. 272, con la quale è stata confermata la subordinazione del piano per il parco a quello paesaggistico). Tuttavia, un trattamento simile sembrerebbe riservato al piano di bacino dall'art. 65, co. 4 e 5, d.lgs. 152/2006: *quid iuris* in caso di contrasto? Secondo l'opinione di autorevole dottrina, «*risalendo nella scala della priorità logica delle varie forme di conservazione e tutela del territorio, si ritrova – a mio avviso – come sopra ogni altro prevalente l'interesse ambientale, il quale attiene per un verso all'unico diritto mai suscettibile di essere degradato a interesse legittimo, il diritto alla salute, e per altro verso alla stessa permanenza dell'uomo sul territorio. La gerarchia degli interessi che, proprio in base alla logica imposta dal conseguimento degli scopi per i quali le varie discipline sono dettate, ritengo di proporre, è quindi la seguente: su tutti prevalente la valutazione della compatibilità ambientale di qualsiasi altro intervento o piano; in secondo luogo i piani di bacino che sono volti a garantire l'equilibrio idrogeologico e la saldezza dei suoli; in terzo luogo i piani paesaggistici e infine i piani territoriali e urbanistici, che sono volti a disciplinare la ottimale utilizzazione delle aree*» (P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006, p. 26 ss.).

Dal punto di vista teorico, poiché sono entrambi valori primari[49], il criterio di risoluzione del conflitto non può comprensibilmente essere…la primazia del valore. D'altronde, si potrebbe pensare di creare una distinzione interna alla categoria dei valori primari, per cui se il valore B (il paesaggio) presuppone l'esistenza dei beni salvaguardati dal valore A (l'ambiente), allora prevale il valore A. Dunque, ci si troverebbe di fronte a una sorta di gerarchizzazione tra interessi, volta a dare la priorità a quelli che tutelano l'integrità fisica dei beni piuttosto che le loro qualità estrinseche. Tuttavia, non mancano posizioni che rimarcano l'irriducibilità del paesaggio all'ambiente, e insomma contestano una visione – basata su un concetto di paesaggio come mera esteriorità di una "sostanza" ambientale – che rischia di ridondare regolarmente a danno del primo, ogniqualvolta ricorrano circostanze conflittuali, indotte prevalentemente dalla c.d. transizione ecologica[50]. Effettivamente, la differenza ontologica tra i due valori affiora più palesemente quando la loro relazione da armonica si fa dialettica, ma sarebbe sempre intimamente presente, come comprovato dal fatto che sono valutati alla stregua di criteri eterogenei[51].

Il nodo della prevalenza potrebbe essere sciolto con una scelta del decisore politico; una scelta, perché in realtà un tentativo, anche solo teorico (su quali basi poi? Storiche, filosofiche, morali?), di attribuire "maggior peso/importanza" all'uno o all'altro valore pare impraticabile o, comunque, rischia di sfociare in assiomi molto poco giuridici. Sempre a livello teorico, parrebbe, invece, più utile partire dal dato di fatto che tali valori richiedono una protezione rafforzata perché sono oltremodo fragili. Si potrebbe, quindi, porre al vertice della gerarchia il valore più fragile, senza che l'etichetta di "fragilità" sia attribuita in senso assoluto e una volta per tutte, ma facendo sì che il valore di volta in volta (cioè in concreto) ritenuto più fragile sia considerato prevalente quando rischia un danno irreparabile. Per funzionare in

49 Infatti, a dispetto delle preoccupazioni del legislatore costituzionale, alla tutela dell'ambiente è riconosciuto da molto tempo rango costituzionale. Nella giurisprudenza costituzionale v., ad es., Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407, secondo cui «*dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale (cfr., da ultimo, sentenze n. 507 e n. 54 del 2000, n. 382 del 1999, n. 273 del 1998)*» (punto 3.2). In dottrina v., *ex multis*, P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *lexambiente*, 15 novembre 2008; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, p. 215 ss.

50 V., ad. es., P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in *giustiziainsieme*.it, 04/05/2021; G. SEVERINI – P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *giustiziainsieme.it*, 22/09/2021; C. IANNELLO, *Paesaggio e modifica dell'art. 9 della Costituzione: «uno sfregio, frutto di un ingenuo errore»*, in *italialibera.online*, 18/02/2022.

51 V. le considerazioni di M.G. DELLA SCALA, *La dimensione estetico-identitaria del paesaggio e i suoi confini (Cons. St., IV, 28.1.2022 n. 624)*, in *giustiziainsieme.it*, 20/04/2022, in part. il par. 4, intitolato "Paesaggio e ambiente", e bibliografia ivi citata.

maniera stabile, un sistema del genere dovrebbe contemplare indicatori oggettivi di fragilità del valore e di irreparabilità del danno potenziale (magari basati su dati numerici: non sembra peraltro facile a proposito del valore identitario), così da lasciare esigui margini di discrezionalità. Inoltre, come si ribadirà a breve, la prevalenza di un valore (il più fragile) sull'altro dovrebbe restare l'*extrema ratio*, mentre dovrebbero essere preferite, nel solco del principio di proporzionalità, soluzioni intermedie.

Ritornando nella prospettiva del diritto esistente, si può affermare, dunque, che sono sicuramente apprezzabili i tentativi legislativi di contemperamento/bilanciamento tra i due valori (un esempio è la parte finale dell'art. 9, co. 1, l. 34/2022), come anche le pronunce della giurisprudenza, anche costituzionale, che cercano di contrastare concezioni "assolutistiche", in tal caso panpaesaggistiche o panambientalistiche[52]. Tuttavia, in questo approccio casistico – cui indulge lo stesso legislatore – si cela un problema di frammentarietà e di episodicità, tanto più inadeguato a fronte di una questione come il ri-orientamento energetico, ormai divenuta a tal punto critica che, il 18 maggio 2022, in sede di presentazione del programma REPower EU[53] e della collegata EU Solar Energy Strategy[54], la Commissione europea ha enunciato, tra gli altri, l'obiettivo di rendere obbligatoria l'installazione del fotovoltaico sugli edifici pubblici, commerciali e di nuova costruzione, sia pure in tempi graduali.

In conclusione, se è vero che il dinamismo del settore richiede continui adattamenti di disciplina, anche per la crescente complessità delle problematiche emergenti, è altresì vero che ai pubblici decisori e ai portatori d'interessi dev'essere assicurata la presenza di un nitido perimetro valutativo: ed è auspicabile che ciò

52 Per simili icastiche espressioni, cfr., ad es., P. CHIRULLI, *I rapporti tra urbanistica e discipline differenziate*, in *Trattato di diritto del territorio*, vol. I., a cura di F.G. SCOCA, P. STELLA RICHTER, P. URBANI, 2018, Milano, p. 57; M. BREGANZE DE CAPNIST, *Il diritto del paesaggio a quindici anni dalla sua codificazione: un consuntivo per il futuro*, in *amministrativistiveneti.it*, 25/03/2019.

53 V. *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, "*REPowerEU Plan*", COM(2022) 230 final, 18/05/2022. La sua ideazione risale a marzo e risponde alla duplice esigenza di svincolarsi quanto prima dalla dipendenza energetica (centrata su combustibili fossili) dalla Russia e contestualmente di arginare la crisi climatica: v. anche https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_3131. Sul più generale argomento del *Green Deal* europeo, cfr., ad es., D. BEVILACQUA, *Lo Sviluppo sostenibile e il Green New Deal: tratti comuni, differenze, problematiche*, in *rgaonline*, 20 maggio 2021; ID., *Il Green New Deal (GND) e la regolazione pubblica*, in *rgaonline*, 21 marzo 2021; E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto pubblico*, 2/2021; P. CUCUMILE, *Il "Green Deal" europeo*, in *AmbienteDiritto*, 1/2021; il fasc. 1/2021 della *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, interamente dedicato al *Green Deal*.

54 V. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, "*EU Solar Energy Strategy*", COM(2022) 221 final, 18/05/2022.

avvenga almeno con un riordino della materia, da operare nel segno dell'armonizzazione dei valori – salvo motivate eccezioni – e della certezza del diritto.

UN V*IRUS* CHE INFETTA ANCHE IL SISTEMA DELLE FONTI?

Il difficile inquadramento delle linee guida alla luce delle contrastanti pronunce del Tar Lazio e del Consiglio di Stato.

Laura Sancilio*

Abstract: Il Tar Lazio, con la sentenza n. 419/2022, ha annullato le linee guida adottate dall'AIFA per la gestione domiciliare dei pazienti affetti da Covid-19, affermando che esse sono illegittime nella parte in cui prevedono unicamente una vigilante attesa e la somministrazione di fans e paracetamolo, in quanto impongono ai medici puntuali e vincolanti scelte terapeutiche, limitandone così l'autonomia professionale. Il presente contributo indaga il tema del valore giuridico delle linee guida e il loro possibile collocamento nel sistema delle fonti.

Abstract: With sentence n. 419/2022, The Lazio Regional administrative Court had judged illegitimate the guidelines adopted by AIFA regarding the home management of patients with Covid-19, stating that the guidelines limited the professional autonomy of doctors by envisaging a watchful waiting and the administration of NSAIDs and paracetamol, so that doctors are obliged to follow timely and binding therapeutic strategies. The current study looks into the legal value of the guidelines and their possible placement into the Italian system of sources of law.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – **2.** L'impreciso inquadramento del *petitum* da parte del Tar Lazio nella sent. n. 419/2022. – **3.** Una breve indagine ricostruttiva del valore giuridico delle linee guida in ambito sanitario alla luce dell'orientamento della giurisprudenza amministrativa e di legittimità. – **4.** Le linee guida tra forma e sostanza: uno sguardo ai precedenti. Il campo di indagine si allarga per trarre dai singoli casi una regola generale.– **5.** Riflessioni conclusive: un atto, quante vesti?

1. Introduzione.

Con sentenza depositata in data 15 gennaio 2022, il Tar Lazio ha annullato la Circolare del Ministero della Salute aggiornata al 26 aprile 2021 recante "Gestione domiciliare dei pazienti con infezione da SARS-coV-2", che mutuava pedissequamente le linee guida promulgate da AIFA (Agenzia Italiana del Farmaco). Il ricorso è stato proposto da alcuni medici di medicina generale e da alcuni specialisti, i quali hanno chiesto che venisse annullata la Circolare in questione in quanto ritenuta lesiva della propria autonomia professionale. I ricorrenti sostenevano che la Circolare ponesse un irragionevole divieto di somministrazione di alcune

terapie che, nel quotidiano, venivano invece adottate dai medici curanti con buoni risultati, nella diretta esperienza maturata dai ricorrenti. Questo supposto irragionevole divieto non avrebbe consentito ai medici di adottare terapie che, al contrario di quanto espresso nelle linee guida, presentavano dei profili di efficacia terapeutica. Il Tar Lazio, accogliendo il ricorso, ha annullato il provvedimento impugnato, in quanto «*La prescrizione dell'AIFA, come mutuata dal Ministero della Salute, contrasta* […] *con la richiesta professionalità del medico e con la sua deontologia professionale, imponendo, anzi impedendo l'utilizzo di terapie da questi ultimi eventualmente ritenute idonee ed efficaci al contrasto con la malattia COVID-19 come avviene per ogni attività terapeutica*.». L'esito del giudizio di primo grado è stato ribaltato in sede di impugnazione della sentenza del Tar davanti al Consiglio di Stato,[1] il quale ha stabilito che le linee guida non hanno capacità lesiva dell'autonomia professionale dei medici.

Prima di procedere alla analisi della sent. n. 419 del 15 gennaio 2022 del Tar Lazio, si ritiene indispensabile una premessa. Le linee guida, che alcuni definiscono come fonti "flessibili" del diritto (cd. "*soft law*", che pone in essere precetti privi di sanzione, la cui ottemperanza è volontaria)[2], hanno avuto un ruolo preminente durante il periodo emergenziale e ciò in risposta alla nascente esigenza di utilizzare strumenti maggiormente aderenti alle continue e veloci modifiche tecnologiche che solo la scienza è stata capace di interpretare.[3] Questa particolare circostanza, tuttavia, ha comportato, di pari passo, anche la nascita di forti dubbi interpretativi sul valore giuridico da attribuire a questi atti, che hanno comunque dettato - direttamente o indirettamente - nuove regole di condotta senza passare per le garanzie tipicamente riservate agli atti normativi in senso proprio.

Si evidenzia fin d'ora che già molti in dottrina hanno sollevato dubbi sui rischi del progressivo spostamento verso un modello di produzione normativa "misto", in cui convivono insieme raccomandazioni e norme;[4] la cui più grande problematica consiste nella legittimazione del soggetto "tecnico" che pone in essere la normativa.[5] Inoltre, la dottrina ha anche già avanzato diverse teorie sull'inquadramento giuridico

1 [*] *Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Udine e l'Università degli Studi di Trieste - Dottorato interateneo*.

Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2022, n. 946.

2 M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 1/2017, p. 3. La cd. *soft law* «*mette in discussione il principio di tipicità delle fonti e degli atti amministrativi con valenza regolatoria, che costituisce un'esplicazione del principio di legalità*». [M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017, III ed., p. 90.]

3 D. MARTIRE, *Le linee guida alla prova della pandemia. Atti di normazione flessibile e sistema delle fonti del diritto*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, p. 79.

4 Per approfondimenti si rimanda a V. DESANTIS, *Il ricorso alle linee guida come (improprio) fattore di semplificazione normativa*, in *Corti supreme e salute*, 3/2020, p. 29 ss.

5 *Ivi*, p. 91.

delle linee guida nel sistema delle fonti.[6] La difficoltà nel qualificare questi atti è sicuramente legata alla loro eterogeneità: le linee guida non producono tutte i medesimi effetti sui destinatari (alcune linee guida dell'ANAC, infatti, sono vincolanti) e non sono neanche tutte formulate come indirizzo o tutte formulate come precetto.[7] Una parte della dottrina definisce le linee guida come "fonti terziarie" del diritto amministrativo, mentre un'altra parte vede nell'adozione delle linee guida una «atipica manifestazione di funzioni amministrative prescrittive»[8]. Riprendendo la ormai consolidata definizione di *fonte* del diritto, deve considerarsi "fonte" qualunque fatto o atto produttivo di norme e cui è riconosciuta, quindi, la capacità di modificare o innovare l'ordinamento giuridico.[9] Un atto diviene perciò fonte del diritto quando sia «previsto come tale da una norma di riconoscimento».[10] Ebbene, se si prende a riferimento questa definizione, solamente *alcune* linee guida possono qualificarsi come "fonte del diritto", ovverosia tutte le linee guida alle_quali la legge (o un atto avente forza di legge) conferisce un potere vincolante e, quindi, la capacità di innovare l'ordinamento.[11] Invece le linee guida non vincolanti, secondo alcuni, devono intendersi alla stregua di circolari, valevoli solo nell'ambito dell'ordinamento amministrativo (come le circolari, infatti, tali linee guida non rappresentano fonti del diritto in senso proprio);[12] mentre, secondo altri, il loro valore sarebbe addirittura inferiore a quello delle circolari, perché la loro efficacia è affidata solamente alla cd.

6 Sul punto C. Ingenito scrive «*Le varie opinioni le hanno ricondotte in generale a regole normative e, più nello specifico, dapprima alle circolari amministrative poiché dotate della stessa efficacia vincolante nei confronti degli apparati pubblici inseriti nell'organizzazione dell'ente che li emana; poi a fonti terziarie quali le norme interne o a norme tecniche. La maggioranza degli interpreti le hanno considerate espressione di soft law, ovvero strumenti di diritto mite.*». Così in C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, cit., pp. 872 ss. Per ulteriori approfondimenti sulla ricostruzione delle varie teorie proposte dalla dottrina si rimanda anche a E. D'ORLANDO e F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, cit., pp. 64 ss.

7 Gli stessi Manuali di diritto amministrativo, nella scelta della strutturazione dell'indice, tendono a trattare in paragrafi a sé stanti il tema dell'inquadramento giuridico di alcuni atti amministrativi come le linee guida. Per fare un esempio, si cita il *Manuale di Diritto Amministrativo* a cura di Vincenzo LOPILATO: il secondo e il terzo capitolo sono rispettivamente dedicati alle "Fonti interne primarie" e alle "Fonti interne secondarie". Nel terzo capitolo, il paragrafo dedicato alle linee guida dell'ANAC ha come titolo "Atti di incerta qualificazione". [V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 96.]

8 F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2021, p. 11.

9 Vedi F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in AA.VV., *Diritto pubblico*, F. Modugno (a cura di), seconda edizione, Giappichelli, Torino, 2015, p. 91; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 45.

10 R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, p. 37.

11 La Corte Costituzionale, nella recente sentenza n. 89 del 19 febbraio 2019, chiarisce che le linee guida cui una determinata legge rinvia «*costituiscono, in settori squisitamente tecnici, il completamento della normativa primaria*».

12 R. CHIEPPA, *Manuale breve di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 41.

moral suasion, a sua volta legata all'autorevolezza dell'organo che le redige.[13] Ancora, c'è chi ritiene che le linee guida riguardanti l'ambito sanitario siano invece "fonti" anche laddove non siano qualificate da una legge come vincolanti.[14]

Tralasciando però per un momento l'aspetto della qualificazione formale delle linee guida, si ritiene indispensabile preliminarmente fornire un inquadramento giuridico della materia della responsabilità medica, per meglio comprendere il ruolo che linee guida ricoprono, nello specifico, in ambito medico. Si ricorda anzitutto che l'obbligazione del medico non va ricondotta alla categoria delle obbligazioni di risultato, ma a quella delle obbligazioni di mezzo[15]; ciò significa che egli non è tenuto al raggiungimento del risultato terapeutico ambìto, ma è tenuto invece a garantire la massima professionalità nell'esercizio della sua attività, correttamente applicando le conoscenze mediche in suo possesso ed agendo con diligenza, prudenza e perizia. In poche parole, il medico, come ogni professionista, «*si impegna alla prestazione della propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non al suo conseguimento*».[16] Questa importante precisazione ha, chiaramente, rilevanti ricadute sul piano della sua responsabilità, tanto in sede civile, quanto in sede penale. Ponendo il *focus* sulle conseguenze penalistiche, può affermarsi infatti che il medico (sia esso pubblico dipendente o privato) risponderà del reato di cui all'art. 590 *sexies* c.p. ove egli non abbia rispettato i doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale, agendo cioè con negligenza, imprudenza o imperizia. Da una tale premessa dovrebbe discendere che il medico, qualora non rispetti i suddetti doveri, sia sempre penalmente responsabile e, quindi, anche tenuto a risarcire il danno derivante dal cattivo esercizio della sua professionalità. Questa affermazione, tuttavia, è vera solo in parte ed è proprio tale imprecisione che consente di introdurre il tema del valore giuridico delle linee guida nell'ambito della responsabilità medica.

13 F. CARINGELLA (a cura di), *Manuale di Diritto Amministrativo*, Dike, Roma, 2016, p. 508; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 96.

14 Fares sostiene che le linee guida, per via della natura della materia su cui vanno ad incidere, necessariamente «*vincolano l'operato dell'esercente la professione sanitaria*». [G. FARES, *Le linee guida nel sistema delle fonti: efficacia giuridica e centralità della procedura di accreditamenti,* in CARPANI, G. E FARES, G. (a cura di), *Guida alle nuove norme sulla responsabilità nelle professioni sanitarie*. *Commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 100]

15 Cass. Civ., Sez. III, sentenza n. 4400 del 4 marzo 2004: «*L'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un proprio dipendente; l'inadempimento del professionista in relazione alla propria obbligazione, che costituisce pur sempre obbligazione di mezzi e non di risultato, e la conseguente responsabilità dell'ente ove questi presti la propria opera deve essere valutato alla stregua del dovere di diligenza particolarmente qualificato inerente lo svolgimento della sua attività professionale; ne consegue che è configurabile un nesso causale tra il suo comportamento, anche omissivo, e il pregiudizio subito da un paziente, qualora, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si ritenga che l'opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi.*»

16 Cass. Civ., Sez. III, sentenza n. 2836 del 26 febbraio 2002.

Già nel Codice deontologico di medici e chirurghi, all'art. 13, si legge che il medico «*deve adeguare, nell'interesse del paziente, le sue decisioni ai dati scientifici accreditati o alle evidenze metodologicamente fondate.*». La Corte Costituzionale chiarisce che «*autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano* […] *punto di incontro dei principi in questa materia*».[17] Negli ultimi anni, il proliferare di cause di *malpractice* medica ha portato come conseguenza il ricorso dei medici alla cd. "medicina difensiva",[18] al fine di evitare di essere coinvolti in giudizi di responsabilità che, spesso, ostacolano solamente la regolare gestione dell'attività sanitaria nel suo complesso; per questo motivo, il legislatore ha scelto di introdurre, sempre più incisivamente, ipotesi di esclusione della responsabilità del medico, aprendo le porte a circoscritti "scudi protettivi". Il primo intervento legislativo rilevante si rinviene nel d.l. 13 settembre 2012 n. 158, che ha introdotto una ipotesi di esclusione della responsabilità civile del medico per colpa lieve.[19] In sede poi di conversione del citato decreto legge, la legge n. 189 del 6 novembre 2012 (cd. Legge "Balduzzi") ha riformulato il comma 1 dell'art. 3, introducendo invece una ipotesi di esclusione della responsabilità penale,[20] che è stata poi mantenuta anche in sede di stesura del testo dell'attuale art. 590 *sexies* c.p., introdotto nel Codice Penale dall'art. 6 della legge Gelli-Bianco (l. 8 marzo 2017, n. 24). Sotto il profilo civilistico, la legge Gelli-Bianco ha previsto un doppio regime di responsabilità medica: una responsabilità di tipo contrattuale per la struttura sanitaria ed una responsabilità di tipo extracontrattuale (art. 2043 c.c.) per l'esercente la professione sanitaria, salvo che egli abbia agito nell'adempimento di una obbligazione contrattuale.[21] Con la legge Gelli-Bianco,

17 Corte Cost., sent. 26 giugno 2002, n. 282. Si veda anche Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151 e, più di recente, Corte cost., 12 luglio 2017, n. 169.

18 C'è chi distingue anche tra "medicina difensiva positiva" (disporre analisi e trattamenti non necessari per evitare future responsabilità) e "medicina difensiva negativa" (evitare determinati pazienti o determinati interventi). Per approfondimenti si rimanda allo Studio pubblicato nel 1994 dal titolo *Defensive Medicine and Medical Malpractice*, in cui per la prima volta si introduce la differenza tra medicina difensiva positiva e negativa. [U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Defensive Medicine and Medical Malpractice*, OTA-H--6O2 (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, July 1994)]

19 L'originario art. 3 d.l. 158/2012 recitava: «*Fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale*».

20 Il testo modificato dell'art. 3 della legge di conversione n. 189/2012 prevedeva: «*L'esercente della professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla Comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.. Il giudice anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo*».

21 R. TUCCILLO, *La responsabilità civile del medico*, in *La responsabilità delle strutture ospedaliere e degli operatori della sanità*, R. TUCCILLO (a cura di), Neldiritto Editore, Molfetta, 2020, pp. 11 ss.

quindi, le linee guida sono diventate *parametro integrativo* di valutazione della sussistenza o meno della responsabilità medica.[22] L'*iter* di modifica della disciplina della responsabilità medica non sembra essere giunto, tuttavia, ad un epilogo. Dal 12 maggio 2022 è infatti incardinata alla Camera, in Commissione Giustizia e Affari sociali, la proposta di legge n. 1321, presentata il 30 ottobre 2018[23]. La proposta mira a parificare la responsabilità civile della struttura sanitaria a quella dell'esercente la professione sanitaria, stabilendo che quest'ultimo possa solo rispondere a titolo di responsabilità contrattuale, con l'implicazione che si decadrebbe dalla relativa azione di risarcimento del danno dopo dieci anni dall'evento lesivo e non più cinque. La proposta di legge in questione vorrebbe anche abrogare il reato di cui all'art. 590 *sexies* c.p. già citato, riconducendo la condotta del medico all'interno dei tradizionali reati di lesioni colpose e omicidio colposo. Questa nuova impostazione è proprio il frutto della difficoltà interpretativa e applicativa della clausola di non punibilità introdotta con la legge Gelli-Bianco per i casi in cui il medico rispetti le linee guida o le *best practice*.

Nel caso in esame, poi, le linee guida mutuate dalla Circolare, disciplinano un'attività medica riguardante il trattamento terapeutico da somministrare a pazienti Covid; quindi pazienti colpiti da un *virus* la cui esistenza, fino a poco tempo fa, era del tutto sconosciuta e sul quale le conoscenze medico-scientifiche si modificano di giorno in giorno, vista la continua ricerca condotta su scala mondiale per trovare le migliori strategie di cura. Perciò, a maggior ragione, quando le conoscenze scientifiche di una nuova malattia sono controverse e mutevoli, la autonomia professionale del medico deve essere preservata e tutelata. Ciò non esclude, però, che i medici, nell'esercizio della loro professione, possano essere guidati da solide indicazioni di gestione clinica, le linee guida, che facciano da valido "alleato terapeutico" nella lotta contro un morbo nuovo. In ogni caso, in questo settore, viene in aiuto anche l'art. 2236 c.c., che stabilisce che «*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*.». Quest'ultima disposizione non deve certo intendersi come una ipotesi residuale di esclusione della responsabilità civile del medico, legittimante qualunque sua azione e utilizzabile in mancanza di altre argomentazioni a sua difesa; essa contribuisce a formare però quell'insieme di "scudi

22 C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, p. 872.

23 La proposta di legge n. 1321 è un'iniziativa dei deputati Colletti, Cataldi, Dori, Perantoni, presentata il 30 ottobre 2018 ed intitolata "*Modifiche alla legge 8 marzo 2017, n. 24, al codice di procedura civile e alle disposizione per la sua attuazione nonché alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, in materia di responsabilità sanitaria*".

protettivi" molto utilizzati durante il primissimo periodo emergenziale, in relazione ai primi casi Covid accertati, nel 2020.[24]

2. L'impreciso inquadramento del petitum da parte del Tar Lazio nella sent. n. 419/2022.

Prima di tentare di trovare una risposta giuridicamente soddisfacente al quesito riguardante il valore giuridico da attribuire alle linee guida, è bene anzitutto verificare se la sentenza in commento censuri direttamente le linee guida oppure l'atto-fonte che le incorpora. Il primo argomento affrontato dal Tar Lazio nella sentenza in commento è infatti proprio questo: la parte resistente aveva opposto eccezione di inammissibilità del ricorso, in quanto i ricorrenti non avevano impugnato, congiuntamente alla Circolare ministeriale, anche le linee guida che ne costituivano il contenuto. Questa eccezione è stata respinta, a ragione, dal Tar, sulla base della circostanza che non fosse necessario impugnare anche le linee guida, dal momento che la Circolare ministeriale, mutuandole pedissequamente, le aveva private di una propria «*singolare valenza*» ed «*autonoma esistenza giuridica*». Tuttavia, se in un primo momento il Tar parrebbe seguire una certa linea logico-giuridica, respingendo l'eccezione sollevata sulla base di questa considerazione, dalla complessiva lettura della sentenza emerge che l'analisi del Tar si incentra quasi totalmente sul valore giuridico delle linee guida, pur avendo questo, come visto, da subito evidenziato che ad essere impugnata era stata una Circolare ministeriale e non, invece, le linee guida AIFA da essa mutuate. Perché tale distinzione è rilevante? L'ambito di applicazione della disciplina contenuta nei due diversi atti potrebbe non essere lo stesso, ciò riflettendosi inevitabilmente sulla risposta da dare alla domanda di giustizia posta dai ricorrenti. È senza dubbio vero che la Circolare è stata utilizzata quale semplice strumento di diffusione delle raccomandazioni contenute nelle linee guida dell'AIFA, ma se si chiarisce – come fatto dal Tar – che queste perdono di autonomia nel momento stesso in cui vengono mutuate da una Circolare, allora è sul valore giuridico di quest'ultima che bisognerebbe piuttosto interrogarsi e non più su quello delle linee guida, che sono state impugnate solo in virtù della loro veste di

24 L. LUCHETTI, *Responsabilità del sanitario nella soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà*, in *La responsabilità delle strutture e degli operatori della sanità*, R.TUCCILLO (a cura di), Neldiritto Editore, Molfetta, 2020, p. 95.

"atto connesso" alla Circolare,[25] non in quella di atto direttamente lesivo dell'autonomia professionale dei medici di medicina generale.

Infatti, deve anzitutto chiarirsi che le linee guida costituiscono raccomandazioni che si rivolgono normalmente ad una specifica categoria professionale (in questo caso la categoria dei medici) oppure, comunque, a precisi destinatari (ad esempio le imprese o le pubbliche amministrazioni)[26] e non sono di regola vincolanti (si è già fatto cenno all'eccezione rappresentata dalle linee guida vincolanti adottate dall'ANAC);[27] seppur la loro vincolatività, in realtà, ad oggi, dipenda da molteplici fattori, come in seguito si dirà.[28] In via generale, comunque, la dottrina è abbastanza concorde nell'intenderle, non «alla stregua di rigidi precetti, bensì come indicazioni operative di massima»[29].

Invece le Circolari ministeriali, come giurisprudenza e dottrina insegnano, sono «*dotate di efficacia esclusivamente interna nell'ambito dell'amministrazione all'interno della quale sono emesse*»[30], non vincolando esse né soggetti estranei alla P.A. né gli stessi

25 I medici di medicina generale hanno proposto ricorso, infatti, «*per l'annullamento, previa sospensiva, della Circolare del Ministero della Salute recante "Gestione domiciliare dei pazienti con infezione da SARS-CoV-2"* […] *nonché di ogni altro atto connesso, presupposto ovvero consequenziale, anche di estremi ignoti, che sin d'ora ci si riserva di impugnare*». L'estensione del *petitum* – così come della cognizione del giudice amministrativo quindi - ad ulteriori atti, oltre a quello che si impugna in via principale, è quasi considerabile, ad oggi, una "clausola di stile" tipica degli atti introduttivi del giudizio in sede amministrativa, che fa salva la possibilità di censurare tutti gli atti collegati a qualsiasi titolo a quello che si impugna in via principale. Ciò permette quindi al giudice di esprimersi, come fatto in questo caso, anche, ad esempio, sulla linee guida, che costituiscono sicuramente atto connesso alla Circolare, oltre che suo principale contenuto.

26 E. D'ORLANDO, F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti Supreme e salute*, 1/2021, p. 66.

27 Nel parere n. 855/2016, il Consiglio di Stato ha enucleato tre diverse tipologie di linee guida ANAC: quelle adottate con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti (Ora Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili), su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari; le linee guida adottate con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*; le linee guida adottate dall'ANAC a carattere non vincolante, alle quali era attribuito un valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti di stazioni appaltanti ed operatori economici. [Sul punto si veda C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, pp. 11 ss.]

28 Si ricorda, comunque, che il sistema delle fonti disegnato dall'art. 1 delle Preleggi non contempla atti produttivi di norme giuridiche di rango secondario diversi dai regolamenti (ministeriali o governativi) e che, quindi, le linee guida che hanno valore vincolante non trovano la loro legittimazione diretta nelle Preleggi. [M. CORRADINO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Cacucci Editore, Bari, 2018, p. 45.]

29 F. BUZZI, *Formulazione e comunicazione della diagnosi: aspetti medico legali e risvolti deontologico-relazionali*, in Riv. it. med. leg., 2005, p. 32.

30 Cass. Civ., SS.UU., sent. 2 novembre 2007, n. 23031. In relazione alla vincolatività o meno delle Circolari, si cita Giannini, che a tal proposito segnalava che «*È vuoto di senso chiedersi se la circolare vincoli o no il giudice; la circolare non può vincolare nessuno; l'atto notificato per circolare vincolerà i vari soggetti secondo quanto comporta la sua natura; mai tuttavia il giudice, perché nessuno degli atti notificati per circolare può "vincolare" il giudice. La questione poteva farsi limitatamente alle norme interne notificate per circolare, ma oggi è pacifico che le norme interne non vincolano né l'autorità giurisdizionale né i cittadini*»; cfr.

organi della P.A. (con alcune isolate eccezioni).[31] Il Consiglio di Stato ha poi inteso porre sullo stesso piano le linee guida e le Circolari in relazione agli effetti prodotti da una loro eventuale violazione, considerando quest'ultima un elemento sintomatico dell'eccesso di potere.[32]

In primis, si rileva quindi un impreciso inquadramento del *petitum* da parte del Tar, che, non incentrando le sue riflessioni sulla Circolare, si interroga principalmente sul valore da attribuire alle linee guida, pur avendo specificato all'inizio, come visto, che esse perdono di una loro autonoma valenza giuridica nell'esatto momento in cui vengono mutuate dalla Circolare, diventandone, così, il contenuto principale. Questa imprecisione non è emersa, tra l'altro, neanche in sede di appello davanti al Consiglio di Stato, il quale, tuttavia, è stato comunque *tranchant* nel ricordare che «*la circolare stessa* […], *come noto, per costante giurisprudenza di questo Consiglio non ha valore normativo o provvedimentale e non ha efficacia vincolante per i soggetti destinatari degli atti applicativi di esse (v. ex plurimis*, *sul punto, Cons. St. sez. IV*, *28 gennaio 2016, n. 313)*». Già questo argomento avrebbe di per sé solo dato risposta ai ricorrenti, mettendoli davanti alla semplice evidenza che la Circolare impugnata non avrebbe potuto in ogni caso essere intesa come vincolante per i destinatari. A ciò si aggiunge che laddove una Circolare di tal fatta venisse intesa come vincolante, avrebbe l'effetto di produrre una disparità di trattamento tra i medici dipendenti statali obbligati a rispettarla e i medici privati legittimati, invece, a discostarsene, con l'ulteriore risultato di provocare una diseguaglianza sostanziale tra pazienti e, quindi, di offrire una tutela differenziata del diritto alla salute del singolo; cosa non accettabile in uno Stato, come il nostro, di diritto. Tuttavia l'attenzione del giudice di prime cure e, inevitabilmente, del Consiglio di Stato poi, si è rivolta al valore giuridico delle linee guida mutuate e, perciò, questo sarà anche l'oggetto del presente contributo.

3. Una breve indagine ricostruttiva del valore giuridico delle linee guida in ambito sanitario alla luce dell'orientamento della giurisprudenza amministrativa e di legittimità.

Il Tar Lazio, nella sentenza in commento, poi, svolge delle brevi considerazioni sulla responsabilità medica, sembrando inizialmente favorevole all'interpretazione per cui le linee guida non intacchino la responsabilità del medico, dal momento che «*In disparte la validità giuridica di tali prescrizioni* [quelle asseritamente contenute nelle linee guida]*, è onere imprescindibile di ogni sanitario di agire secondo scienza e coscienza,*

M. GIANNINI, *Circolare (voce)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960.

31 E. D'ORLANDO, F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti,* cit., p. 70.

32 Cons. St., parere n. 01767/2016. Si veda anche E. D'ORLANDO, F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti*, cit., pp. 69 ss.

assumendosi la responsabilità circa l'esito della terapia prescritta quale conseguenza della professionalità e del titolo specialistico acquisito.». Lo stesso Tar, quindi, in un primo momento e contrariamente alla conclusione a cui poi giungerà, sembra riconoscere che il ruolo delle linee guida è solo quello di supportare il medico nelle sue scelte, conformemente a quanto stabilito dall'art. 590 *sexies* c.p., che infatti recita: «*Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.*».

Entrando nel merito della questione, si ricorda anzitutto che il diritto amministrativo non può sottrarsi al principio di legalità, con la conseguenza che anche questi atti di indirizzo[33] quali sono le linee guida, per poter avere portata vincolante *erga omnes*, devono essere stati qualificati specificamente come vincolanti dalla legge; ancor più se consideriamo che tale caratteristica è del tutto eccezionale, come suggerito dalla stessa denominazione "linee guida".[34] Sul punto è emblematica l'affermazione del Consiglio di Stato in un recente parere: «*predicare di un atto amministrativo la vincolatività delle sue disposizioni, significa attribuirgli efficacia normativa, vale a dire la capacità di innovare nell'ordinamento giuridico introducendo norme giuridiche, cioè generali e astratte, sia pure di livello secondario. Ciò da un lato implica che* […] *il conferimento di tale potere avvenga solo attraverso una norma primaria,*[35] *dall'altro qualifica indefettibilmente il contenuto del precetto esclusivamente come l'incisione diretta su posizioni giuridiche soggettive siano interessi legittimi, siano diritti soggettivi o potestà di soggetti pubblici. In effetti, tale capacità di incisione costituisce il discrimine tra una norma*

33 Dall'art. 2, comma 1, lett. Z, del d.lgs. n. 81/2008 (recante norme in materia di infortuni sul lavoro) le linee guida vengono definite come «atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza predisposti dai ministeri, dalle regioni, dall'ISPESL e dall'INAIL e approvati in sede di Conferenza Stato-Regioni».

34 Nella sent. n. 11 del 15 gennaio 2014, la Corte Costituzionale qualifica alcune le linee guida come atti di normazione secondaria, ove sia una fonte primaria a farne rinvio. Infatti in tali casi, le linee guida «*vengono ad essere un corpo unico con la disposizione legislativa che* [le] *prevede e che ad* [esse] *affida il compito di individuare le specifiche caratteristiche della fattispecie tecnica che, proprio perché frutto di conoscenze periferiche o addirittura estranee a quelle di carattere giuridico le quali necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale, mal si conciliano con il diretto contenuto di un atto legislativo. Non a caso per la loro definizione è prevista una procedura partecipativa estremamente ampia ed articolata. Poiché* [esse], *come si è detto, fanno corpo con la disposizione legislativa che ad* [esse] *rinvia, il loro mancato rispetto comporta la violazione della norma interposta e determina, nel caso si verta nelle materie di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost. e qualora la norma interposta esprima principi fondamentali, l'illegittimità costituzionale della norma censurata*».

35 Lo stesso discorso vale infatti per un altro tipo di atti amministrativi di contenuto normativo: i regolamenti (art. 17, l. 400/1988).

giuridica e un mero atto di indirizzo, interpretazione, suggerimento o raccomandazione.».[36] Nel caso di specie, è quindi importante rilevare che, anzitutto, non esiste alcuna norma di legge che stabilisca la vincolatività delle linee guida mutuate dalla Circolare impugnata e che, in ogni caso, non esiste neanche una norma di legge che affermi la vincolatività delle Circolari del Ministero della Salute (lo stesso Ministero ha eccepito infatti l'inidoneità della Circolare impugnata a ledere gli interessi dei ricorrenti, dando essa solo indicazioni orientative, insuscettibili di incidere sull'autonomia prescrittiva del medico). La norma da prendere a riferimento in materia è, come visto, l'art. 590 *sexies* c.p., che riconosce però alle indicazioni contenute nelle linee guida valore di esimenti penali, da valutare, tra l'altro, caso per caso, non operando comunque in via automatica la causa di esclusione della responsabilità ove il medico si sia adeguato alle raccomandazioni in esse contenute.

Le linee guida, come detto, sono state particolarmente utilizzate durante la pandemia, proprio per via del loro carattere flessibile e modificabile di volta in volta con il sopravvenire di nuove conoscenze tecnico-scientifiche. La scelta, poi, di raccomandare attraverso l'uso delle linee guida solo determinate terapie per la cura domiciliare dei pazienti Covid e non altre - che, seppur potenzialmente efficaci, contemplano comunque profili di rischio - è anche dovuta alla necessità di promuovere una gestione sanitaria della pandemia unitaria e coordinata.[37] Questo è infatti uno dei pregi che sono di solito ricondotti alle linee guida: il fatto che riducano le diseguaglianze nella allocazione dei servizi, individuando strategie terapeutiche comuni e condivise con conseguente tendenziale uniformazione delle prassi mediche (pur sempre lasciando autonomia di intervento ai medici, si precisa nuovamente).[38]

Quelle di cui all'art. 5 della legge Gelli-Bianco (e quindi anche l'art. 590 *sexies*, comma 2, c.p.) sono linee guida «*elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati, nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministero della Salute*».[39]

---

36 Cons. St. sez. I, parere n. 2189/2019, sulle "*Seste linee guida sui requisiti dei commissari ed esperti nominati ai sensi dell'art. 32 del d.l. n. 90 del 24.06.2014*". Il Consiglio di Stato, nello stesso parere aggiunge poi che «*Solo quando sia chiaro, dal dettato della norma primaria, che il legislatore ha inteso comprimere direttamente una posizione giuridica soggettiva, allora l'atto amministrativo può dirsi qualificato da vincolatività/normatività*»..

37 Il tema della necessità di adottare un indirizzo unitario di gestione della pandemia è stato anche toccato recentemente dalla Corte costituzionale, la quale, ricalcando quanto già chiarito in precedenti pronunce, afferma che «*A fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, "ragioni logiche, prima che giuridiche" (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002).*». Così Corte cost., sent. 12 marzo 2021, n. 37.

38 R. MENCARELLI, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*, in *La responsabilità delle strutture e degli operatori della sanità*, R.TUCCILLO (a cura di), Neldiritto Editore, Molfetta, 2020, p. 393.

39 Decreto pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 186 del 10 agosto 2017.

L'ultimo elenco aggiornato risale al 23 settembre 2021 ed individua ben 410 società scientifiche e associazioni tecnico-scientifiche che possono redigere linee guida idonee ad esentare il medico da responsabilità alle condizioni stabilite dall'art. 590 *sexies* c.p..[40] Questi 410 organismi individuati dal Ministero della Salute sono stati inseriti nell'elenco perché ritenuti in possesso dei requisiti minimi di rappresentatività sul territorio nazionale. Il loro ruolo è quello di effettuare una valutazione critica delle informazioni scientifiche del momento al fine di individuare quelle utili ad orientare la pratica clinica, offrendo al medico un modello di comportamento clinico da seguire con funzione di supporto nell'individuazione delle modalità di assistenza più opportune.[41] Si sottolinea, anche, che nella redazione delle stesse linee guida, le associazioni tecnico-scientifiche di cui all'art. 7 della legge Gelli-Bianco tengono in debita considerazione le nuove conoscenze emerse dagli studi scientifici sovranazionali, ove accreditate; con la conseguenza che, indirettamente, anche le conoscenze scientifiche maturate a livello sovranazionale vengono utilizzate per costruire il citato modello di comportamento clinico. Con il termine "linee guida" si fa, quindi, riferimento ad un «*percorso diagnostico terapeutico ideale, suggerito sulla base dalla migliore scienza ed esperienza di un dato contesto storico da società scientifiche di prestigio internazionale*».[42] Una definizione di "linee guida" è stata, poi, data dal legislatore, che con l. n. 81/2008, all'art. 2, lett. Z, le definisce «*atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza*».

Anche dal testo dell'art. 590 *sexies* c.p. sembrerebbe ricavarsi che il contenuto delle linee guida si concretizza in mere "raccomandazioni", non in precetti direttamente vincolanti. Potrebbe ipotizzarsi infatti che se il legislatore avesse voluto accogliere nel nostro ordinamento una forma di "medicina standardizzata", avrebbe direttamente utilizzato la fonte primaria per regolamentare la profilassi medica e non certo le linee guida, di così difficile inquadramento giuridico.

La peculiarità delle linee guida sta, comunque, nel fatto che consistono in atti flessibili e modificabili ogni qual volta le conoscenze scientifiche aumentino. Una legge ordinaria, per via del complesso *iter* di formazione cui è sottoposta, non solo non sarebbe in grado di stare al passo con il continuo rinnovamento delle conoscenze scientifiche (specie in questo preciso momento storico), ma, se utilizzata in questo ambito, rischierebbe anche di creare una medicina "normativa" che

40 R. TUCCILLO, *Il ruolo delle linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali*, in *La responsabilità delle strutture ospedaliere e degli operatori della sanità,* cit., p. 101.
41 G. MARRA, *L'osservanza delle cosiddette linee guida non esclude di per sé la colpa del medico* in *Cass. pen.*, 2012, p. 557.
42 P. PIRAS – A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in S. CANESTRARI – F. GIUNTA – T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 285.

automatizzerebbe il percorso curativo,[43] con evidenti danni sul piano del trattamento delle singole patologie, che non sono soggette sempre ad uguali processi terapeutici, dovendo questi ultimi attagliarsi alle specificità del caso concreto. La stessa Corte Costituzionale, già nella sent. n. 282 del 26 giugno 2002, infatti chiariva che «*salvo che entrino in gioco diritti o doveri costituzionali non è di norma il legislatore a dovere stabilire direttamente e specificatamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni [...] poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico, che, sempre con consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione*». Da questi principi generali ha anche tratto fondamento, del resto, la legge n. 219/2017, recante "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*", che all'art. 1, comma 2, ha introdotto proprio il concetto di "relazione di cura e fiducia"; strumento di dialogo imprescindibile tra paziente e medico curante volto al raggiungimento di una scelta consapevole in relazione al miglior trattamento sanitario da somministrare al malato, il quale viene coinvolto nel percorso terapeutico non in qualità di mero destinatario del trattamento, ma in qualità di parte attiva, costantemente aggiornata sul suo stato di salute e sulle future prospettive di cura.

Proprio la caratteristica dell'elasticità tipica delle linee guida consente di offrire un modello comportamentale da seguire, perché convalidato dalle più accreditate comunità scientifiche, senza conferire ad esse valore di norme codificate. Questo ha come unica conseguenza negativa, come detto, che il procedimento di formazione delle linee guida manca di tutte le garanzie previste invece per la formazione di una legge ordinaria; perciò l'Istituto Superiore di Sanità pubblica o, nel caso di specie l'AIFA, devono colmare il vuoto di garanzie esprimendo raccomandazioni la cui attendibilità scientifico-medica sia pienamente accertata e basando il proprio metodo di selezione delle cure appropriate sui principi della cd. *Evidence based medicine* (EBM).

Muovendo dai medesimi ragionamenti fin qui esposti, anche la Corte di Cassazione è arrivata ad affermare che le linee guida non possono assurgere a regole di qualificata diligenza codificate, «*comunque non potendo prevalere sulla libertà del medico, sempre tenuto a scegliere la migliore soluzione per il paziente*».[44] Tale asserzione è

43 L. A. TERRIZZI, *Le linee guida in funzione "espansiva" del diritto penale: quando l'unglück si trasforma in unrecht*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 7-8/2019, p. 114.

44 Cass., Sez. III, 9 maggio 2017, n. 11208. Già con sent. n. 2865 dell'8 febbraio 2001 la Cassazione aveva affermato che le linee guida «*non costituiscono un punto d'approdo definitivo, ma un importante ausilio iniziale per il medico, fermo restando che egli mantiene la sua libertà e autonomia nelle scelte diagnostico-terapeutiche*».

ancor più vera se si evidenzia che l'osservanza acritica delle raccomandazioni contenute nelle linee guida non esclude di per sé il rimprovero di colpa; il medico dovrà infatti sempre valutare se nel caso concreto non sia invece opportuno adottare alternative cliniche più appropriate.[45] Proprio relativamente alle linee guida in materia di buone pratiche clinico-assistenziali (legge n. 24 del 2017), le Sezioni Unite penali della Cassazione, nella sentenza n. 8770 del 22 febbraio 2018, hanno ritenuto che le linee guida ricoprano un preciso ruolo nell'ordinamento, cioè quello «*di costituire un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti*»[46] e che esse non possano qualificarsi come norme regolamentari che specificano quelle ordinarie.[47]

Dall'interpretazione che la citata giurisprudenza dà alle linee guida, sembrerebbe potersi affermare con forza che esse costituiscono atti flessibili privi di portata vincolante, che lasciano il medico libero nella scelta della migliore terapia da somministrare. Infatti lo stesso testo dell'art. 590 *sexies* c.p. si riferisce alle "raccomandazioni" contenute nelle linee guida, come a voler escludere, quindi, che queste ultime possano contenere precetti o divieti.[48]

4. Le linee guida tra forma e sostanza: uno sguardo ai precedenti. Il campo di indagine si allarga per trarre dai singoli casi una regola generale.

È sufficiente la qualificazione formale delle linee guida come atti non vincolanti a privarle di una tale portata? Nel caso in cui un atto di indirizzo e coordinamento contenga precetti o divieti espressi, sarebbe capace a quel punto di incidere sull'autonomia del medico seppur nessuna norma di legge gli abbia conferito forza vincolante? Per rispondere a questi quesiti, si ritiene utile indagare le precedenti pronunce del Tar e del Consiglio di Stato in materia.

---

45 L. RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012: i primi commenti della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 06/2013, p. 701.

46 La Cassazione prosegue affermando che «*ne consegue che, nel caso in cui tali raccomandazioni non siano adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente, l'esercente la professione sanitaria ha il dovere di discostarsene.*».

47 D. MARTIRE, *Le linee guida alla prova della pandemia. Atti di normazione flessibile e sistema delle fonti del diritto*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, p. 88.

48 A tal proposito, lo stesso Federico Gelli ha dichiarato: «*All'interno della legge abbiamo quindi inserito il concetto di 'raccomandazione' delle linee guida perché non possiamo pensare che i nostri professionisti possano ispirarsi alle linee guida come se si trattasse di un regolamento attuativo, anche perché ogni caso sanitario risente della specificità del caso concreto*». [Così da E. D'ALESSANDRI, *Il ruolo delle linee guida, dalla pratica clinica alle aule giudiziarie*, in *tecnicaospedaliera.it*, 20 dicembre 2019.]

La sentenza in commento, infatti, non è stata la prima ad occuparsi del tema del valore giuridico delle linee guida in ambito medico promulgate da AIFA durante la Pandemia. La sentenza n. 419/2022 del Tar Lazio è, in realtà, la seconda pronuncia che ha trattato il problema, con la sola, ma rilevante, differenza che la sentenza in commento si è pronunciata sull'annullamento della Circolare ministeriale che mutuava le linee guida e non, invece, direttamente sulle linee guida. Si cita la pronuncia che potremmo definire "gemella" di quella oggetto del presente contributo; ovverosia la precedente ordinanza del Tar Lazio n. 1421 del 29 novembre 2021,[49] la quale aveva annullato la nota AIFA del 9 dicembre 2020 recante "principi di gestione dei casi Covid 19 nel *setting* domiciliare" che prevedeva (anch'essa) una vigilante attesa nei primi giorni di malattia, contestualmente alla somministrazione di *fans* e paracetamolo ove necessario. In quella circostanza il Tar Lazio aveva annullato la nota, motivando la scelta sulla base di un «*diritto/dovere* [dei medici curanti], *avente giuridica rilevanza sia in sede civile che penale, di prescrivere i farmaci che essi ritengono più opportuni secondo scienza e coscienza, e che non può essere compresso nell'ottica di una attesa*». Già a quel tempo, quindi, si è posto il problema di individuare la corretta interpretazione delle raccomandazioni contenute nelle linee guida; problema che è stato risolto dal Tar, anche in quell'occasione, inquadrando le linee guida incorporate nella nota AIFA come lesive della autonomia professionale del medico. Tuttavia il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 2221 del 23 aprile 2021, ne ha ripristinato l'efficacia, osservando che «*la nota AIFA non pregiudica l'autonomia dei medici nella prescrizione, in scienza e coscienza, della terapia ritenuta più opportuna, laddove la sua sospensione fino alla definizione del giudizio di merito determina al contrario il venir meno di linee guida, fondate queste su evidenze scientifiche documentate in giudizio, tali da fornire un ausilio (ancorché non vincolante) a tale spazio di autonomia prescrittiva, comunque garantito*». Quest'ultimo estratto, peraltro, è stato riportato espressamente nel corpo della sent. n. 419/2022 del Tar Lazio in commento; tuttavia, esso è stato utilizzato per trarre conclusioni totalmente in contrasto con la sua reale finalità, non avendo illustrato il Tar, peraltro, neanche il percorso logico seguito per arrivare ad affermare l'opposto di ciò che la lettera del testo chiaramente affermava. Nello specifico, subito dopo aver riportato interamente il citato estratto della sentenza del Consiglio di stato, il Tar Lazio conclude che «*Quindi, il contenuto della nota ministeriale, imponendo ai medici puntuali e vincolanti scelte terapeutiche, si pone in contrasto con l'attività professionale così come demandata al medico nei termini indicati dalla scienza e dalla deontologia professionale.*». La motivazione fornita dal Tar Lazio è resa "*per contradictionem*", più che "*per relationem*". Il Consiglio di Stato aveva infatti deciso di ripristinare l'efficacia della nota AIFA del 9 dicembre 2020 proprio ritenendola non

49 Di cui all'R.G. 1557/2020.

lesiva dell'autonomia del medico, come, del resto, si evince chiaramente dalla portata testuale dell'estratto.

Al di là della qualificazione formale delle linee guida, fattore dirimente per il corretto inquadramento di questi atti è proprio il loro tenore testuale, elemento, quest'ultimo, che è stato infatti utilizzato dal Consiglio di Stato in entrambe le sentenze analizzate per giungere alla medesima conclusione: le linee guida dell'AIFA non fanno alcun riferimento a divieti o precetti espressi, quanto a semplici «*indicazioni di gestione clinica*»,[50] perciò anche una loro analisi testuale, mostra inequivocabilmente che si è in presenza di un atto non vincolante.

Ad ulteriore riprova dell'importanza del dato testuale nell'inquadrare gli atti di incerto valore giuridico, come le linee guida, si può citare un ulteriore precedente. La giurisprudenza amministrativa ha infatti posto la sua attenzione sul dato testuale anche nel risolvere controversie relative ad altri atti amministrativi emanati dall'AIFA, diversi dalle linee guida, giungendo alla conclusione che fossero, di fatto, vincolanti, per via della loro formulazione testuale. Il riferimento è all'ordinanza cautelare n. 7069 del 16 novembre 2020, con cui il Tar Lazio ha respinto il ricorso proposto da diversi medici contro la nota di AIFA del 22 luglio 2020 che sospendeva l'autorizzazione all'utilizzo *off label* di idrossiclorochina per il trattamento del COVID-19 al di fuori degli studi clinici. I medici in questione, oltre a lamentare l'inesattezza dei dati scientifici posti da AIFA alla base della scelta di sospendere l'utilizzo *off label* dell'idrossiclorochina, lamentavano altresì l'idoneità della nota a ledere la propria autonomia professionale. Anche in questo caso è necessario quindi chiedersi se una nota dell'AIFA possa avere una forza tale da ledere l'autonomia del medico. Seguendo il *fil rouge* delle decisioni del Consiglio di Stato fin qui analizzate, dovrebbe dedursi che anche nel caso di specie il giudice di secondo grado davanti al quale è stata poi impugnata l'ordinanza cautelare n. 7069/2020 abbia confermato l'impostazione del Tar, sulla base della circostanza che né le linee guida, né le note, possano qualificarsi come "fonti di diritto" ed avere quindi portata vincolante. Invece il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 7097 dell'11 dicembre 2020 ribaltò l'esito del giudizio di primo grado, sostenendo che «*AIFA, già nella nota del 26 maggio 2020, ha chiarito che "l'eventuale prosecuzione di trattamenti già avviati è affidata alla valutazione del medico curante", confermando poi il divieto di ricorrere all'utilizzo* off label *dell'idrossiclorochina nella nota del 22 luglio 2020, qui impugnata, e nella stessa scheda sull'idrossiclorochina in www.aifa.gov.it (p. 1), già citata e aggiornata al 25 novembre 2020, ha di recente ribadito* […] *che "l'utilizzo nei pazienti a domicilio di bassa gravità e nelle fasi iniziali della malattia, per il quale al momento esistono dati che, ancorché negativi, sono molto*

50 Circolare recante indicazioni sulla "Gestione domiciliare dei pazienti con infezione da sars-coV-2", p. 10.

limitati, può essere consentito solo nell'ambito di studi clinici randomizzati controllati", ciò che elimina ogni dubbio, laddove vi fosse, sul fatto che in forza di tali determinazioni, per come sono state percepite e interpretate da tutti gli operatori sanitari sino ad oggi in Italia, solo l'eventuale prosecuzione di trattamenti con l'idrossiclorochina già avviati prima di tali provvedimenti sarebbe stato possibile e non più l'inizio di nuovi trattamenti con altri pazienti, a meno che non si trattasse di sperimentazioni in studi clinici randomizzati e controllati.».[51] In questo caso la soluzione adottata dal Consiglio di Stato è stata quella di annullare la nota AIFA perché il testo contenuto al suo interno, per via della sua formulazione, esprimeva una portata vincolante[52] e così facendo vietava la somministrazione *off label* di un farmaco, in piena violazione di quanto disposto invece dall'art. 3, l. 94/1998, che, a determinate condizioni, invece, consente la somministrazione di farmaci *off label* da parte del medico, preservandone, così, l'autonomia professionale.[53]

Nella lettura di tutte queste pronunce del Consiglio di Stato, un dato che sembra rimanere sempre costante è quindi costituito dall'attenzione posta alla portata testuale delle linee guida o, più in generale, degli atti adottati dall'AIFA. La censura mossa dal Consiglio di Stato alla sentenza del Tar oggi in commento e, prima ancora, alla ordinanza appena analizzata è sempre la stessa: il dato testuale non lascia spazio ad interpretazioni. Le linee guida oggetto della sentenza in commento forniscono mere «*indicazioni di gestione clinica*», mentre la nota oggetto dell'ordinanza del Tar n. 7069 confermava «*la sospensione dell'autorizzazione all'utilizzo off-label del farmaco al di fuori degli studi clinici*». Quindi, nell'individuare il valore giuridico attribuibile ad atti di incerto valore giuridico come sono le linee guida, bisognerà primariamente verificare se esista o meno un atto avente forza di legge che attribuisca loro valore vincolante (può citarsi, ad esempio, il d.l. n. 33/2020, che stabiliva all'art. 1, comma 5: «il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli e delle linee guida regionali, o, in assenza, nazionali» che «non assicuri adeguati livelli di protezione, determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza»)[54] e, qualora si sia accertato che la vincolatività di quelle specifiche linee guida non è stabilita da

51 Punto 7.4 dell'ordinanza Cons. di Stato n. 7097 dell'11 dicembre 2020.

52 Il Consiglio di Stato afferma che «*la scelta se utilizzare o meno il farmaco, in una situazione di dubbio e di contrasto nella comunità scientifica, sulla base di dati clinici non univoci, circa la sua efficacia nel solo stadio iniziale della malattia, deve essere dunque rimessa all'autonomia decisionale e alla responsabilità del singolo medico, con l'ovvio consenso informato del singolo paziente, e non ad una astratta affermazione di principio, in nome di un modello scientifico puro, declinato da AIFA, con un aprioristico e generalizzato, ancorché temporaneo, divieto di utilizzo*».

53 G.F. FERRARI, F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco. Medicinali, diritto alla salute, politiche sanitarie*, Cacucci editore, Bari, 2015, pp. 132 ss.

54 Ove al mancato rispetto di una determinata regola di comportamento segua una sanzione, si è in presenza di regole vincolanti. [M. CHIARELLI, *La forza vincolante delle linee guida nella pandemia*, in *Amministrazione In Cammino*, 11 giugno 2021, p. 4.]

alcuna norma di legge, dovrà guardarsi alla portata testuale delle stesse: ove il testo sia chiaro nel prescrivere o vietare un determinato comportamento clinico, le linee guida devono essere intese come vincolanti. In tale ultima ipotesi, tuttavia, le linee guida violerebbero il principio di legalità (che deve invece sempre guidare l'azione amministrativa), perché di fatto introducono prescrizioni senza che alcuna fonte abbia conferito loro tale potere.[55]

5. Riflessioni conclusive: un atto, quante vesti?

In conclusione, il Tar Lazio, nella sentenza in commento, ha quindi interpretato le linee guida dell'AIFA come vincolanti, non verificando, peraltro, neanche l'attendibilità scientifica degli studi posti alla base delle raccomandazioni contenute nelle suddette linee guida[56]. Il Consiglio di Stato, ha riformato successivamente la sentenza del Tar, precisando che è errato interpretare le linee guida come vincolanti, perché una tale interpretazione tradirebbe la *ratio* dell'istituto, nato per fornire, come detto, dei criteri generali di condotta clinica ai professionisti sanitari, sulla base delle conoscenze del momento validate dalla comunità scientifica. Ove così non fosse, si cristallizzerebbe infatti un sapere che è, invece, necessariamente in continua evoluzione, non consentendo al medico di esercitare davvero la sua autonomia professionale.

Da quanto fin qui esposto, può trarsi la regola generale secondo cui le linee guida rappresentano un valido ausilio scientifico per il medico che con queste si deve confrontare, ma non fanno venire meno l'autonomia del professionista nelle scelte terapeutiche.[57] Anche nel caso di specie, perciò, le linee guida, sia formalmente che sostanzialmente, non possono dirsi dotate della capacità di innovare l'ordinamento prescrivendo ai medici un comportamento clinico da seguire. Il medico potrà discostarsi dalle indicazioni di gestione clinica contenute nelle linee guida ove ritenga più funzionale un altro approccio terapeutico, con la sola conseguenza che, in sede di accertamento della sua responsabilità penale, non potrà usufruire del parziale scudo protettivo offerto dalle linee guida, la cui adesione costituisce presunzione relativa di buona gestione terapeutica della patologia. In ogni caso, la rilevanza che assumono le linee guida in sede di giudizio penale è stata ben spiegata dalla Corte di Cassazione, che sottolinea come «*le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell'art. 5, legge 8 marzo 2017, n. 24, benché non costituiscano veri e propri precetti cautelari vincolanti, tali da integrare, in caso di violazione rimproverabile,*

55 Di questa stessa opinione G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2017, p. 13.
56 Si sottolinea, infatti, che il sindacato sulla discrezionalità tecnica rientra pienamente tra i poteri del giudice amministrativo.
57 In tal senso Cass. Pen., Sez. IV, 8 luglio 2014, n. 2168; Cass. Pen., Sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922.

ipotesi di colpa specifica, rappresentano i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza e perizia, cosicché, in caso di accertata violazione di linee guida adeguate al caso concreto, la verifica del grado della colpa non rileva ai fini dell'affermazione della responsabilità, ma può rilevare ai fini del trattamento sanzionatorio ed ai fini delle conseguenze civilistiche di tipo risarcitorio.»[58]. Approcci terapeutici più rischiosi non potranno, infatti, essere raccomandati dalle linee guida, per la semplice ed intuitiva ragione che esse devono suggerire un *modello* di comportamento clinico, il quale, potendo essere attuato da qualunque medico e su scala nazionale, deve presentare i minori rischi possibili per il paziente, specie se, come detto, la malattia in questione è nuova e particolarmente delicata. Ciò significa che nel caso in cui il medico ritenga maggiormente soddisfacente una specifica terapia non contemplata dalle linee guida, dovrà provare, in sede di accertamento di una sua eventuale responsabilità penale, di aver agito con qualificata diligenza. Dall'altra parte, si ricorda che neanche l'esistenza di linee guida in materia clinico-assistenziale può evitare al medico di incorrere in giudizi penali sul suo operato, perché l'art. 509 *sexies* c.p. riconosce alle raccomandazioni contenute nelle linee guida valore di presunzione *relativa* di buona profilassi e non assoluta, potendo il medico essere sempre chiamato a rispondere della sua scelta di applicare le linee guida quando, per via della peculiarità del singolo caso clinico, ad esempio, la sua qualificata diligenza avrebbe dovuto indurlo a discostarsene. Perciò anche in presenza di linee guida, si sottolinea che non viene meno l'autonomia professionale del medico, così come non viene meno in via automatica neanche la sua responsabilità. In buona sostanza, il medico può essere chiamato a rispondere sia per una colpa «per adesione» alle linee guida, che per una colpa «per divergenza» da esse.[59]

In ogni caso, andando al di là dell'esito della controversia oggetto di studio, si ritiene che le analizzate divergenze tra le interpretazioni rese dal Tar Lazio e quelle rese dal Consiglio di Stato sul valore da attribuire alle linee guida in questo ambito siano sintomatiche degli effetti che la Pandemia ha prodotto sul sistema delle fonti. La necessità di trovare strumenti che potessero rispondere alla rapida evoluzione delle conoscenze scientifiche sul *virus* ha comportato infatti l'utilizzo di mezzi atipici, come le linee guida, non inquadrabili all'interno del sistema delle fonti del diritto che il nostro ordinamento conosce; con il risultato, però, di produrre una incertezza in ordine alla loro interpretazione, specie per via delle scelte operate in sede di redazione del loro testo. La portata testuale delle linee guida, infatti, dovrebbe

58 Cass. Pen., sez. IV, sent. 30 gennaio 2019, n. 9447.

59 M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno (Commento a Trib. Milano, 20 febbraio2015; Trib. Milano, 2 dicembre 2014 e Trib. Milano, 17 luglio 2014),* in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 1/2015, p. 173.

sempre essere adeguata alla forza vincolante che la loro veste formale gli impone di avere; ovverosia una forza vincolante nulla.

Maggiore è l'ambiguità testuale utilizzata e maggiore sarà il lavoro interpretativo lasciato al destinatario del testo, con il rischio che l'interpretazione che di questo ne faccia un certo interprete risulti diversa - se non anche opposta - a quella di un altro, come, del resto, la stessa sentenza in commento dimostra. Per fare un esempio dell'ambiguità linguistica in parola, che connota anche, a volte, gli atti legislativi, si pensi all'art. 5 della legge Gelli-Bianco, il quale stabilisce che gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle loro prestazioni, «*si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida*». Una formulazione di tal fatta rischia di conferire in via implicita alle linee guida valore di regole di diligenza codificate (che in realtà non hanno) con la conseguenza che potrebbero essere lette, anziché come mere raccomandazioni di comportamento, come invece atti normativi di *hard law*.[60] Questo discorso vale ancor più in ambito sanitario, per l'appunto, dove la distanza tra raccomandazione ed obbligo è molto poca. Come infatti evidenziato anche dal Giudice costituzionale,[61] in ambito sanitario «*raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo*».[62] Nel caso oggetto del presente contributo, l'obiettivo, tanto del medico quanto dell'AIFA, è quello di contrastare efficacemente il *virus*; quindi, il medico, destinatario delle indicazioni contenute nelle linee guida in questione, le percepirà, se non altro, come fortemente raccomandate, già per il sol fatto che esse presentino un modello di gestione clinica, basato su studi medico-scientifici accreditati. È perciò fondamentale, ancor più in ambito sanitario, che la formulazione testuale sia in linea con la fonte che si intende utilizzare e che la scelta dei termini sia ragionata e congrua alla forza prescrittiva dell'atto prescelto.

60 R. TUCCILLO, *Il ruolo delle linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali*, cit., p. 112.
61 Si precisa che la sentenza di cui si discute faceva riferimento al diverso tema della percezione di una vaccinazione obbligatoria rispetto ad una solamente raccomandata.
62 Punto 8.2.4. del considerato in diritto della sent. n. 5 del 24 gennaio 2018 della Corte Costituzionale.

IL CONCETTO DI "UTILITÀ AMBIENTALE" NELL'ART. 41 COST..

Riflessioni a seguito della Legge costituzionale n. 1/2022.

David Grifoni*

ABSTRACT [ITA]. Termini come "ambiente", "crescita economica", "sostenibilità" ed "economia circolare" sono oggi i protagonisti di un costante dibattito sullo sviluppo delle moderne società industrializzate e, per effetto della riforma introdotta con la Legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022, paiono aver trovato una espressa sintesi nel novellato testo dell'articolo 41 della Costituzione. In particolare, il legislatore costituzionale ha aggiornato il novero dei limiti apponibili alla libertà di iniziativa economica privata, introducendo un esplicito riferimento alla tutela ambientale. Talché, la nuova collocazione dell'ambiente nel testo costituzionale è divenuta tale da sollevare il dubbio che la riforma abbia voluto segnare una svolta "ambientalista" nella Costituzione, non solo proclamando nuove garanzie per l'ambiente rispetto alla libertà di cui all'Art. 41 Cost. comma1, ma anche anteponendole – almeno in ordine di menzione – a quelle della sicurezza, della libertà e della dignità umane. Merita, quindi, domandarsi in che termini, e secondo quale *ratio* di sistema, al concetto di "*utilità sociale*", da sempre fulcro dell'art. 41, possa essersi affiancato un innovativo concetto di "utilità ambientale".

ABSTRACT [EN]. *Terms such as "environment", "economic growth", "sustainability", and "circular economy" are today the protagonists of a constant debate on the development of modern industrialised societies and, as a result of the constitutional reform introduced with Law No. 1 of 11 February 2022, they seem to have found an express synthesis in the amended text of Article 41 of the Constitution. In particular, the constitutional legislator updated the list of limits posed to the freedom of private economic initiative, introducing an explicit reference to environment protection. As a result, the new position of the environment in the constitutional text has aroused the hypothesis that the reform was aimed at marking an "environmentally oriented" turning point in the Constitution, not only proclaiming new guarantees for the environment with respect to the freedom referred to in Article 41, paragraph 1 of the Constitution, but also placing them - at least in order of mention - before those of security, freedom and human dignity. This leads to wondering on what grounds and for which purposes the concept of "social utility", pivotal element of the formulation of Art. 41, may have been flanked by an innovative concept of "environmental utility".*

SOMMARIO: **1.** La riforma dell'articolo 41 della Costituzione ad opera della Legge costituzionale n. 1/2022: contesto, contenuto, dubbi interpretativi – **2.** La portata della riforma: la clausola di utilità sociale nella tradizionale struttura dell'art. 41 Cost. a confronto con la presunta svolta ambientalista del 2022 – **3.** La portata della riforma: il contesto dell'economia circolare e sostenibile **4.** Considerazioni conclusive.

1. La riforma dell'articolo 41 della Costituzione ad opera della Legge costituzionale n.1/2022: contesto, contenuto e dubbi interpretativi.

Termini come "ambiente", "crescita economica", "sostenibilità" ed "economia circolare" sono oggi i protagonisti di un costante dibattito sullo sviluppo delle moderne società industrializzate. Tali aspetti appaiono talvolta come obiettivi tra loro in conflitto, talaltra come parti coessenziali di disegni di politiche economico-sociali. Certo è che, per effetto della riforma introdotta con la Legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022, tanto il benessere economico quanto la tutela ambientale paiono aver trovato una espressa sintesi nel novellato testo dell'articolo 41 della Costituzione. Per comprendere tale assunto è sufficiente prendere in esame la struttura della norma costituzionale in commento, così come si presenta nell'attuale formulazione post-riforma.

L'art. 41 Cost. ha da sempre rappresentato un paradigmatico esempio di disposizione "complessa" e di non immediata interpretazione[1]: da una parte, infatti, il comma 1 proclama la libertà dell'iniziativa economica privata e, d'altra parte, i successivi commi 2 e 3 pongono vari limiti a quella stessa libertà poco prima affermata. Tali limiti sono, peraltro, di due diverse specie: il secondo comma prevede quelli che possono essere definiti come limiti "negativi", ossia divieti di esercitare l'iniziativa economica in particolari forme che si rivelino dannose per altri valori costituzionali, mentre il comma terzo presenta i cosiddetti limiti "positivi", consistenti nella possibilità di interventi pubblici, coperti da riserva di legge, volti ad indirizzare e coordinare l'attività economica verso interessi diversi da quelli che caratterizzano i singoli imprenditori.[2] A partire dalla summenzionata novella costituzionale[3], inoltre, lo spettro dei limiti che l'art. 41 pone all'iniziativa economica pare aver subito un ampliamento. In particolare, il comma 2 non si limita più a prescrivere che l'iniziativa economica non possa svolgersi "*in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*", bensì estende il novero dei beni tutelati, riformulando il divieto di arrecare danno nei seguenti termini: "*alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*". Inoltre, il comma 3 prevede ora che l'attività economica possa essere soggetta a programmi e controlli che la indirizzino non più solo "*a fini sociali*", bensì anche "*a fini ambientali*".

A ben vedere, dunque, l'art. 41 Cost. risulta, oggi, una norma in cui il dialogo tra benessere economico e tutela ambientale (sovente ambiguo, quale più sopra

1 * *Avvocato, Cultore della materia in diritto pubblico del turismo, LL.M.*
S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, in *Ianus – Diritto e Finanza*, 2011, 201.
2 Si veda M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 79 ss..
3 Legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022, art. 1.

menzionato), pare aver trovato una esplicita somma costituzionale. Questo apparirebbe certamente come un auspicabile risultato, senonché, deposti i facili entusiasmi, viene naturale domandarsi a quale *ratio* debba essere ricondotto l'intervento del legislatore costituzionale e, soprattutto, quali siano le possibili ricadute applicative della riforma.[4] Difatti, come emerge dalla dottrina[5], l'introduzione di nuove limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata sarebbe suscettibile di ridisegnare gli equilibri fondamentali incorporati nella Carta costituzionale, che stanno alla base della stessa forma di stato sociale fatta propria della nostra Repubblica, in quanto verrebbe a rideterminare i parametri dell'intervento dello Stato nell'economia.[6] In particolare, la riforma parebbe segnare una svolta ambientalista nella Costituzione, non solo proclamando nuove garanzie per l'ambiente rispetto alla libertà di cui all'Art. 41 Cost. comma 1, ma anche anteponendole – almeno in ordine di menzione – a quelle della sicurezza, della libertà e della dignità umane. Talché, sovviene la domanda se salute e ambiente siano assurti a "*limiti prioritari alla libertà di iniziativa economica*"[7], dando potenzialmente nuova ragion d'essere alle tesi che vedono nell'art. 41 Cost. la base giuridica di un modello economico dirigistico e di economia pianificata[8].

In quest'ultimo senso, parrebbe, peraltro, far propendere la terminologia dei vari atti normativi e documenti adottati in materia di *green economy*, sostenibilità ambientale ed economia circolare. Ad esempio, l'indagine conoscitiva sulla *green economy*, svolta durante la XVII legislatura dalle Commissioni riunite VII (Ambiente) e X (Attività produttive) della Camera dei Deputati, avrebbe avuto come scopo quello di fissare una vera e propria "*agenda politica*" volta "*al rinnovamento dei sistemi produttivi*", come si evince da quanto riportato sul materiale informativo rilasciato dalla stessa Camera.[9] Inoltre, basti pensare alla stessa "Strategia nazionale per lo

4 Per comparare, valutare ed approfondire le varie tesi espresse in dottrina in merito alle ricadute applicative della riforma, si rinvia, tra gli altri contributi, a: R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *Federalismi*.it, 2022; L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it*, 2022.; L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 2021; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, 2022.

5 L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, cit., 192.

6 F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in AA.VV (a cura di), *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, Jovene, 2013, 2235-2236.

7 L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, cit., 2.

8 Si veda: *Libertà di iniziativa economica privata*, in *www.treccani.it*; L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, cit., 199 ss.; e L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, cit., 6.

9 Camera.it_XVII Legislatura_Temi dell'attività parlamentare_Green economy.

sviluppo sostenibile" (SnSVS), di cui all'art. 3 della Legge n. 221 del 28 dicembre 2015 (conosciuta anche come "collegato ambientale")[10].

Tuttavia, nonostante i legittimi argomenti appena riportati, che evidenzierebbero il disegno di una nuova gerarchia all'interno dei valori di cui all'art. 41 Cost., pare – a sommesso giudizio di chi scrive – che altrettanti e più convincenti siano gli argomenti di segno tendenzialmente opposto. Questi permetterebbero di qualificare la versione novellata dell'art. 41 Cost. non tanto come un testo di consacrazione di una rivoluzionaria "sovranità ambientale", quanto piuttosto di esplicito impulso verso un fenomeno di "crescita verde", la quale avrebbe, però, trovato una sufficiente base giuridica – seppur dai toni più sommessi – anche nella precedente formulazione della norma costituzionale, senza necessità di ipotizzare un inasprimento delle limitazioni ambientaliste.[11] In questo senso, il presente contributo vuole illustrare come possa dirsi che la riforma del 2022 abbia avuto il fine ultimo di sospingere ed indirizzare verso l'attuazione di quell'anima di "utilità ambientale" che da sempre si muove nelle variegate corde della clausola di "*utilità sociale*", tradizionalmente espressa nell'art. 41 Cost.. Di seguito, pertanto, verranno analizzati gli elementi che lasciano propendere per tale tesi più moderata e che permettono di comprendere la reale portata innovativa della riforma, rifacendosi da un'analisi del contesto normativo di riferimento e, quindi, della "struttura portante" dell'art. 41 Cost. .

2. La portata della riforma: la clausola di utilità sociale nella tradizionale struttura dell'art. 41 Cost. a confronto con la presunta svolta ambientalista del 2022.

Come appena evidenziato, la reale portata della riforma che qui ci occupa non potrebbe essere compresa senza prima aver correttamente inquadrato il contesto normativo di riferimento e, quindi, la struttura dell'art. 41 Cost.. In particolare, laddove si volesse ipotizzare che la Legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022 abbia sovvertito l'originario impianto della disposizione di cui all'art. 41 Cost., introducendovi una nuova gerarchia di valori e beni costituzionali di stampo marcatamente ambientalista, diverrebbe imprescindibile valutare in che modo il contenuto della riforma possa dirsi innovativo rispetto ad un testo che poneva proprio al centro i concetti di "*utilità sociale*" e "*fini sociali*", senza invece mai preoccuparsi di menzionare il bene-ambiente (almeno apparentemente). In questo

10 Legge n. 221 del 28 dicembre 2015, *Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*.

11 Si rammenta anche F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, cit., 2237, che già si era espresso sulla duttilità dell'art. 41 Cost. rispetto ai moderni scenari di mercato sostenendo come "*la riforma dell'art. 41 Cost. non sia necessaria ai fini di un allineamento con il principio di tutela della concorrenza e della libertà di impresa nei termini previsti dall'ordinamento comunitario.*"; ma si veda anche L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, cit., 6.

senso, la presunta svolta ambientalista dovrà essere valutata con riferimento ad una altrettanto presunta "inadeguatezza ambientale" della precedente formulazione della norma in commento: in riferimento sia al suo nucleo semantico, sia agli equilibri che nella stessa trova(va)no espressione.

2.1) La precedente formulazione dell'art. 41 Cost.: una norma arretrata rispetto alla moderna tutela ambientale?

L'art. 41 Cost. costituisce una disposizione dal complesso tessuto sintattico e concettuale, contenendo l'espressa previsione del delicato rapporto tra una libertà ed i suoi limiti. Tra questi ultimi, certamente spiccano – anche nell'attuale formulazione – quelli legati al concetto di "*utilità sociale*", come espresso al comma 2 dell'articolo in commento, ed alla possibilità che la legge fissi "*i programmi e i controlli*" per indirizzare e coordinare l'attività economica "*a fini sociali*", di cui al successivo comma 3. Tali astratti concetti (di ordine politico-sociale prima ancora che giuridico) rappresentano il frutto di un lungo ed articolato percorso storico di elaborazione teorica e dottrinale, durante il quale sono divenuti oggetto di differenti interpretazioni ed accessi dibattiti: tanto in merito al loro nucleo semantico, quanto alle loro implicazioni pratiche ed attuative.[12]

Senonché, non prestandosi il presente articolo ad una trattazione adeguatamente articolata di tali amplissimi temi, si ritiene opportuno rinviare a più approfonditi contributi[13], oltre che agli stessi lavori dell'Assemblea Costituente, dove emersero variegate posizioni al riguardo[14]. In questa sede si vuole, semmai, evidenziare come le predette limitazioni, di cui i costituenti vollero che l'attività economica, seppur proclamata "libera", restasse rispettosa, costituiscano (tuttora) un fulcro fondamentale all'interno della complessa disciplina posta dall'art. 41 Cost.[15]. Come più sopra ricordato, difatti, tali limiti hanno storicamente contribuito a costruire il fondamento dell'intervento del nostro Stato nell'economia, definendo l'impostazione di Stato sociale fatta propria dalla nostra Costituzione e, conseguentemente,

12 Si rimanda, in particolare, a A. VACCARI, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, 2017.

13 In particolare, si rimanda a: A. VACCARI, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, cit.; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno annuale AIC 2011 su *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*; F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, cit..

14 In particolare, si vedano i lavori dell'Assemblea Costituente della seduta pomeridiana di venerdì 9 maggio 1947 e quelli della seduta antimeridiana di martedì 13 maggio 1947.

15 Si richiama M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., 54, ove l'utilità sociale viene descritta come occupante una posizione "*pivotale ... (quale regolatore fondamentale dei rapporti fra politica ed economia)*".

individuando la reale area di operatività della libertà di iniziativa economica privata.[16]

Talché, data la centralità dei concetti di "*utilità sociale*" e "*fini sociali*", diviene evidente come la valutazione della reale portata della riforma del 2022 debba necessariamente focalizzarsi sul confronto tra i fini di una tutela ambientale ed il nucleo semantico dei predetti concetti. Ed è, ebbene, proprio a questo punto che l'interprete si trova di fronte ad un apparente paradosso: la tutela ambientale quale limite all'iniziativa economica privata aveva, in realtà, già da molto tempo trovato copertura nell'art. 41 Cost. e, segnatamente, proprio nell'interpretazione che la Corte Costituzionale aveva fatto delle "clausole sociali" ivi contenute e, in particolare, del sintagma "*utilità sociale*"[17].

In particolare, già nella sentenza della Corte Costituzionale del 7 marzo 1990 n. 127, i Giudici delle leggi, nell'occuparsi della normativa in materia di immissioni inquinanti industriali, avevano consacrato la tutela ambientale come espressione dei limiti che l'art. 41 fissa all'attività economica: "*il limite massimo di emissione inquinante* (...) *non potrà mai superare quello ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all'art. 32 della Costituzione, cui lo stesso art. 41, secondo comma, si richiama.*".[18] Similmente, la Corte, nella sentenza del 14 giugno 2001 n. 190 (che a sua volta richiama la n. 196/1998), esplicitamente dava atto che: "*E' acquisito alla giurisprudenza costituzionale che al limite della utilità sociale, a cui soggiace l'iniziativa economica privata in forza dell'art. 41 Cost., non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente (art. 3 Cost.) intesi alla tutela dell'ambiente (si veda, da ultimo, sent. n. 196 del 1998).*".[19]

Ciò non dovrebbe, in realtà, sorprendere più di tanto. Difatti, pur senza volersi addentrare – come detto più sopra – nei potenzialmente sconfinati scenari semantici dell'espressione "*utilità sociale*", non si può comunque omettere, ai nostri fini, come tale concetto dimostri una rimarchevole capacità estensiva. In particolare, l'effettiva

16 Sul punto, si richiama l'intervento di RUINI, nella seduta antimeridiana di martedì 13 maggio 1947, 3935-3936, dell'Assemblea Costituente, ove ebbe ad affermare, riferendosi ai limiti costituzionali di ordine "sociale": "*L'onorevole Corbino, qualche giorno fa, ha riconosciuto che nessuna economia può prescindere da attività dello Stato. Il comunismo puro ed il liberismo puro, sono due ipotesi e schemi astratti che non si riscontrano mai concretamente nella realtà. Si è avuto e si avrà sempre intervento dello Stato (anche nelle fasi più libere) e sfere di attività ed impresa privata (sia pure limitatissime, come in Russia). La realtà è sempre una sintesi, una risultante della vita economia e negarla è negare la vita stessa*". Ma si veda anche V.T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2011, 136 (come richiamato in F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, cit., 2).

17 L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, cit., 4.

18 Corte Cost. sent. 127/1990.

19 Corte Cost. sent. 190/2001.

area di operatività della libertà di iniziativa economia privata pare essere influenzata da una clausola limitativa resa da un sintagma (appunto "*utilità sociale*") che è stato definito come caratterizzato da "*irriducibile poliedricità*"[20]. Tanto che lo stesso Einaudi, in un suo intervento dal tono assai critico espresso in seno ai lavori dell'Assemblea Costituente, affermò che: "*Non è possibile fare la somma, né aritmetica, né algebrica, né organica, né di qualsiasi altra maniera, delle utilità di due individui realmente diversi.* (...) *Tale difficoltà esistendo, io non riesco a comprendere quale possa essere il significato di un piano il quale sia indirizzato a dare il massimo di utilità sociale*"; arrivando financo ad aggiungere: "*Saranno i legislatori i quali diranno a noi quale sia questo piano che dia il massimo di utilità sociale. Ma io credo che sia pericoloso, ed anche un po' senza contenuto preciso, scrivere nella legislazione una massima della quale nessuno finora, ripeto, in 150 anni di ricerche, sia mai riuscito a trovare il significato preciso.*".[21]

In tal senso, si potrebbe affermare che la clausola sulla "*utilità sociale*" operi come una clausola generale o una "valvola respiratoria", capace di declinare l'utile sociale in una prospettiva evolutiva e storicamente coerente e, pertanto, riconoscendo alla tutela dell'ambiente quella sempre maggiore attenzione che la stessa è venuta a maturare nel sistema dei valori costituzionali e della costituzione materiale[22]. Pertanto, la capacità dell'art. 41 Cost. di declinarsi nel senso di una "utilità ambientale" – mi si passi questo termine – trova fondamento in una scelta dei costituenti che si pone tra il rischio dell'indeterminatezza e la lungimiranza verso le future esigenze del mondo economico e naturale. In particolare, come affermato da Guarino durante l'indagine conoscitiva aperta dalla Commissione I durante la XIII Legislatura, "*Quando si fanno delle norme, soprattutto di carattere costituzionale, bisogna essere in grado di antivedere quale sarà il modo in cui potranno reagire alle varie modificazioni della costituzione materiale*".[23]

Ad ogni buon conto, appurato come la tutela dell'ambiente abbia da molto tempo trovato una copertura costituzionale sotto la clausola dell'"*utilità sociale*", si può adesso passare a considerare in quali termini e secondo quali ricadute applicative si sia evoluto il complesso rapporto, positivizzato in seno all'art. 41 Cost., tra la libertà

20 A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1971, 603.
21 Sul punto, si richiama l'intervento di EINAUDI, nella seduta pomeridiana di venerdì 9 maggio 1947, 3778, dell'Assemblea Costituente
22 Sulla "elasticità" semantica del limite dell'utilità sociale, si rinvia a A. VACCARI, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, cit., 2, che a sua volta richiama: S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, 192 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 79 ss.; V. POLACCO, *Opere minori*, Modena, 1929, 60; e C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.
23 Si vedano i resoconti stenografici della I Commissione (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni), relativamente alla Indagine conoscitiva sulle problematiche inerenti alla disciplina costituzionale dei rapporti economici di cui agli articoli 41, 42 e 43 della Costituzione, in particolare il resoconto della seduta di mercoledì 21 aprile 1999, p. 6.

economica e la tutela dell'utile sociale (e ambientale). In questo senso, come già si evince dalla sopra citata sentenza n. 190/2001, tra la libertà ed i limiti consacrati nell'art. 41 Cost. non si è mai ritenuto configurabile un rapporto di gerarchia, quanto piuttosto di equilibrio – nella citata sentenza si afferma, infatti, che debbano ritenersi coperti dal limite dell'utilità sociale quegli interventi di legge che mirino a tutelare l'ambiente "*non irragionevolmente*". Tale equilibrio trova espressione nel principio di ragionevolezza[24] ed adeguatezza, e fonda la sua motivazione nel fatto che la libertà di iniziativa economica, seppur con le limitazioni impostele nelle moderne forme di stato sociale, mantiene nel nostro ordinamento il carattere di un pieno diritto di rango costituzionale[25] e deve pertanto non necessariamente soggiacere agli altri diritti dell'individuo, ma ragionevolmente equilibrarsi con essi.

Difatti, con la sentenza del 19 dicembre 1990 n. 548, la Corte Costituzionale aveva chiaramente affermato che: "*anche nei casi di regolazione "ex lege" di un'attività economica considerata quale pubblico servizio in ragione della sua diretta incidenza su bisogni o interessi della collettività, l'attività così regolata possa e debba essere considerata come espressione del diritto di iniziativa economica garantito dall'art. 41 della Costituzione*". Talché, prosegue la Corte, gli interventi legislativi di contenimento della libertà organizzativa dell'impresa potranno sì avvenire, ma a condizione che "*l'individuazione dell'utilità sociale come dianzi motivata non appaia arbitraria e che gli interventi del legislatore non perseguano l'individuata utilità sociale mediante misure palesemente incongrue*".[26] In altre parole, la misura dell'incongruità dell'utile sociale è quella per cui gli interventi regolatori statali siano tali "*da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell'attività economica*"[27], non potendo il nostro ordinamento costituzionale accogliere una nozione di impresa la cui legittimità sia vincolata al necessario perseguimento di un utile sociale e non solo individuale.[28]

---

24 Per una più approfondita analisi delle molteplici prospettive ed applicazioni del principio di ragionevolezza, soprattutto ai fini del bilanciamento dei diritti, si rinvia, tra gli altri, alla illustre dottrina di R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992; A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in Diritto Pubblico, 2016, 625 ss.; E. CHELI, *Stato costituzionale e ragionevolezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011; A. MORRONE, *Il custode della* ragionevolezza, Milano, Giuffrè, 2001; L. PALADIN, *Esiste un principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*?, in *Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, riferimenti comparatistici*, Milano, Giuffrè, 1994; G. SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, Roma, 2007; e, in ottica comparata, anche A. BARAK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2012.

25 L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, cit., 196.

26 Corte Cost. sent. 548/1990.

27 *Ibid.*

In questo senso, emblematico risulta essere, per lo specifico aspetto ambientale, il caso dell'Ilva di Taranto, ove il principio di ragionevolezza nel bilanciamento dei valori, cui sopra si è accennato, ha trovato espressione nella più ampia logica dei rapporti tra potere legislativo (provvedimentale) e giudiziario.[29] Qui, difatti, l'equilibrio tra libertà d'iniziativa economica ed il limite dell'utilità sociale si è manifestata nel paradigma dell'equilibrio tra industria e ambiente, ossia tra le immissioni inquinanti dell'attività industriale e la tecnologia che gli imprenditori dovrebbero adottare per far fronte agli effetti pregiudizievoli sull'ambiente e la salute; laddove i provvedimenti legislativi di iniziativa governativa miravano al compromesso tra la tutela dell'ambiente e la prosecuzione di un'industria, sebbene inquinante, da considerarsi di interesse strategico per l'economia nazionale.[30]

In particolare, nella sentenza del 9 maggio 2013 n. 85, la Corte Costituzionale ha sancito il seguente principio: "*Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono*

28 Sul punto, si veda F. GALGANO, *Sub Art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici. Tomo II Art. 41-44 Costituzione*, Bologna Roma, 1982, 4, nota 3; richiamato anche in S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, cit., 206.

29 Il caso è stato oggetto di molteplici riflessioni dottrinarie, tra le quali: R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, cit.; S. D'ANGIULLI, *Caso Ilva di Taranto: adesso o mai più*, in *Ambiente & sviluppo: consulenza e pratica per l'impresa e gli enti locali*, 2013, 117 ss.; F. DI CRISTINA, *Il decreto salva Ilva. Gli stabilimenti di interesse strategico nazionale e i poteri del Governo (comm. a d.l. 3 dicembre 2012, n. 207 convertito dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 369 ss.; e F. GIAMPIETRO, *Ilva 2014 tra decreti-legge e crisi finanziaria*, *Ambiente & sviluppo: consulenza e pratica per l'impresa e gli enti locali*, 2014, 677 ss..

30 *Ibid.*

essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale."[31].

2.2) La presunta svolta ambientalista

Fatte tutte queste opportune premesse in merito alla natura dell'art. 41 Cost. ed alla reale portata dell'equilibrio dei valori ivi espressamente sancito, anche con riferimento all'ambiente, è ora possibile tornare sulla domanda iniziale: è ipotizzabile che la riforma costituzionale operata con Legge 1/2022 abbia inciso sull'art. 41 Cost. in modo da anteporre la tutela ambientale a quella di altri valori che trovano espressione nella clausola aperta di "*utilità sociale*"? E, conseguentemente, è possibile opinare che salute e ambiente siano assurti a "*limiti prioritari alla libertà di iniziativa economica*"[32], tali da funzionalizzare l'attività di impresa e svincolarla dal mero interesse utilitaristico degli imprenditori *uti singuli*? Come anticipato, la risposta che, nel presente contributo, si vuole dare ai suddetti interrogativi è di tipo tendenzialmente negativo. In tal senso, muovono le seguenti considerazioni.

Innanzitutto, occorre considerare come la nostra sia una Costituzione dalla dimensione evidentemente e notoriamente personalistica, costruita intorno ai valori ed alle esigenze dell'uomo, "*sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*"[33] (valori ed esigenze che risultano spesso suscettibili ai condizionamenti storici e culturali). In questo senso, è evidente in dottrina (e ancor prima negli stessi lavori dell'Assemblea Costituente) come i diritti fondamentali, anche economici, godano tutti di uno "*statuto sociale*"[34] e di una garanzia "*umana e sociale*"[35], essendo essenzialmente volti allo scopo ultimo di "*delineare un progetto di società nella quale sia garantita a ciascuno una vita indipendente e dignitosa e la possibilità di esprimere* (...) *la propria personalità*"[36].

Ne consegue che tutti i valori e gli obiettivi che contribuiscono al pieno sviluppo della personalità umana, in quanto coessenziali tra loro, siano da tutelare nel modo più possibile equilibrato, contemperandoli ove in contrasto. In particolare, proprio ricollegandosi a quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale più sopra riportata[37], si potrebbe riassumere che: "*Non è concepibile dunque la prevaricazione*

31 Corte Cost., sent. 85/2013, paragrafo 9.
32 L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, cit., 2.
33 Art. 2, Cost..
34 A. VACCARI, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, cit., 7.
35 Assemblea Costituente, Terza Sottocommissione, Relazione Colitto, 8.
36 A. VACCARI, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, cit., 7.
37 Cfr. Corte Cost., sent. 85/2013, paragrafo 9.

ovvero la tirannia di un valore rispetto agli altri, perché la dignità della persona è la sintesi della pluralità dei diritti e delle garanzie (nonché dei doveri) previsti dalla Costituzione"[38]. E ciò ovviamente vale anche per la libertà di iniziativa economica all'interno dell'art. 41 Cost.. Come più volte detto, infatti, la norma costituzionale sancisce espressamene un equilibrio tra due precetti costituzionali di pari dignità: la garanzia di libertà della iniziativa privata ed il vincolo dell'"*utilità sociale*".

Ora, seppur non pare scontato dire che diritti quali la libertà di cui all'art. 41 Cost. (o la proprietà) costituiscano principi fondamentali ed imprescindibili della nostra Costituzione, essi certamente contribuiscono al progetto personalistico ivi espresso, come si legge nell'autorevole interpretazione sviluppata in Vigorita che, riferendosi alla libertà di iniziativa economica, la identifica con: "*un principio istituzionale, cui la recezione nella Carta fornisce l'elemento formale della guarentigia costituzionale, necessario per assurgere a dignità di libertà fondamentale; in particolare non potendo dubitarsi che questa sia dichiarata come proiezione della personalità individuale tutelata dall'intero ordinamento, la pretesa del singolo a vederla rispettata e quindi a godere della posizione contemplata dalla relativa norma assume la natura di un vero diritto fondamentale*"[39]. D'altronde ciò pare confermato non solo dalla giurisprudenza costituzionale più sopra richiamata[40] e dalla dottrina[41], ma dalle parole dello stesso legislatore. Ad esempio, nell'art. 1 della Legge n. 180 dell'11 novembre 2011 si legge chiaramente la portata personalistica dell'art. 41 Cost., nei seguenti termini: "*La presente legge definisce lo statuto delle imprese e dell'imprenditore al fine di assicurare lo sviluppo della persona attraverso il valore del lavoro, sia esso svolto in forma autonoma che d'impresa, e di garantire la libertà di iniziativa economica privata in conformità agli articoli 35 e 41 della Costituzione.*".[42]

Da una parte, pertanto, la dimensione personalistica della nostra Costituzione pare essere stata fedelmente rispecchiata nell'equilibrio che la giurisprudenza costituzionale ha sempre individuato tra la libertà ex art. 41 Cost. e l'utilità sociale. D'altra parte, ne consegue (soprattutto) che non possa dirsi ammissibile una lettura del novellato art. 41 Cost. nel senso di una sovra-ordinazione della tutela ambientale, in quanto ciò sarebbe non solo innovativo rispetto alla precedente formulazione della norma, ma apparirebbe persino sovversivo rispetto all'intero assetto costituzionale in cui questa è collocata. D'altronde, un ambiente "tiranno" condurrebbe a delle

38 L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, cit., 198.
39 V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 228.
40 Cfr. nota 23, Corte Cost., sent. 85/2013, paragrafo 9.
41 Si veda L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, cit., 196.
42 Legge n. 180 dell'11 novembre 2011, *Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese*, art. 1.

inaccettabili incongruenze di sistema, laddove l'attività economica, soggiogata alla tutela ambientale e funzionalizzata ad essa, porterebbe al medesimo paradosso che avrebbe prodotto una funzionalizzazione al concetto di "utilità sociale", con il risultato di "*rendere intangibile il potere dell'imprenditore, dal momento che risulta ben difficilmente attaccabile la posizione di chi è chiamato a svolgere una funzione sociale*"[43]. In buona sostanza: la tutela dell'ambiente, quale condizione di sviluppo della persona umana, potrebbe in astratto diventare motivo di peggioramento dell'ambiente di lavoro, anch'esso da tutelarsi ai fini personalistici della Costituzione, arrivando a potersi considerare eventualmente sacrificabile il salubre e dignitoso ritmo lavorativo dei singoli rispetto agli obiettivi ambientali dell'impresa.

Infine, volendo, altresì, considerare un altro argomento di interpretazione sistematica, occorre osservare come la riforma del 2022 non abbia soltanto introdotto la menzione del limite ambientale, ma anche quello della tutela della salute. Tuttavia, quest'ultima, pur non trovando espresso riferimento nel precedente testo dell'art. 41 Cost. (al pari dell'ambiente), già godeva di una espressa e centrale consacrazione in un apposito articolo della Carta costituzionale, l'art. 32. Pertanto, verrebbe da domandarsi: come potrebbe la riforma del 2022 aver portato "alla ribalta" dei valori che, nonostante godessero di uno statuto *ad hoc* e di tutto rilievo nel testo costituzionale, non erano riusciti comunque a imporsi con caratteri di sovra-ordinazione gerarchica rispetto agli altri fondamentali valori costituzionali? Lo stesso dovrebbe dirsi per il valore dell'ambiente come espressione di utilità sociale. D'altronde, citando Luciani, "*La posizione - potremmo dire - pivotale del principio dell'utilità sociale (quale regolatore fondamentale dei rapporti fra politica ed economia) nell'edificio costituzionale lo colloca al livello di quei princìpi fondamentali che, se si sottraggono alla revisione*"[44].

3. La portata della riforma: il contesto dell'economia circolare e sostenibile.

Nel precedente paragrafo, abbiamo tratteggiato e sinteticamente ricostruito i delicati e complessi meccanismi di equilibrio sottesi al rapporto tra libertà di iniziativa economica ed utilità sociale. Abbiamo, altresì, visto come, per motivi inerenti alla logica di sistema della nostra Carta costituzionale, la tutela dell'ambiente sia, da tempo, stata ricondotta al concetto di "utilità sociale" e come, oggi, tale collegamento non possa dirsi stravolto per effetto della riforma all'art. 41 Cost. ex L. n. 1/2022. Nel presente paragrafo, invece, si vogliono analizzare argomenti di più ampia portata sistematica, anche di ordine filosofico-culturale e di contesto politico, che consentono di consacrare la tutela ambientale sotto la copertura costituzionale

43 F. GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., nota 5.
44 M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., 54.

della "*utilità sociale*", secondo un'ottica che poc'anzi ci si è azzardati a definire come di "utilità ambientale". In particolare, si vuole mettere in luce come la sempre maggiore centralità[45] dell'ambiente nelle politiche nazionali ed europee sia da intendere non in senso di una sua accresciuta capacità limitativa nei confronti dell'impresa, ma, piuttosto, in una logica rispondente alla promozione di un più fruttuoso equilibrio tra libertà economiche ed utilità sociale, laddove il sintagma "utilità sociale/ambientale" può passare dell'esprimere un limite a definire un'opportunità.

Come già anticipato più sopra, il presente articolo non vuole entrare nel merito di quella che potrebbe essere una complessa dissertazione sul variegato nucleo semantico dell'espressione "utilità sociale". Tuttavia, data l'importanza ai nostri fini, giova comunque riportare quanto scritto da Vaccari in merito ai primi importantissimi contributi che l'elaborazione filosofica del 1700 dette all'analisi di tale fondamentale sintagma. In particolare, dagli scritti del filosofo David Hume è dato comprendere come l'utilità sociale si riconnetta a "*ciò che favorisce la realizzazione dei nostri interessi a lungo termine, che coincidono con la possibilità di sviluppare le nostre qualità, di partecipare attivamente alla vita sociale*"[46]. Parimenti, dall'opera di Adam Smith si comprende come socialmente utili siano "*quegli schemi di azione che promuovono la redistribuzione della ricchezza favorendo il miglioramento della qualità della vita di coloro che stanno peggio*".[47] Inoltre, se è pur vero che Smith ricollega la redistribuzione della ricchezza alla teoria nota come "mano invisibile", egli non intende farne la moderna lettura neoliberista, ma ammette che la stessa debba essere affiancata da interventi correttivi del mercato, in quanto "*le restrizioni imposte al mercato poggiano su un presupposto fondamentale: l'idea che esista un bene pubblico o utilità sociale che occupa un grado superiore rispetto al benessere economico e materiale.*".[48]

Da quanto appena riportato, pare doversi desumere che l'utilità sociale è sì una condizione "artificiale", frutto di politiche legislative e dell'intervento dello stato nel sistema economico, al fine del contenimento della spinta dei fini egoistici dei singoli; tuttavia, tali politiche e tali interventi, seppur limitativi dell'iniziativa economica, non si presentano come semplici "avversari" di quest'ultima. Ciò nella misura in cui l'utilità sociale non pare sostituirsi all'iniziativa economica, ma piuttosto affiancarla, guidandola lontano dai propri errori e lasciando che vada – a quel punto spontaneamente – verso la produzione di un benessere economico che deve essere

45 Sulla particolare enfasi della centralità dell'ambiente in Costituzione, si veda anche L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, cit., 193-195.
46 A. VACCARI, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, cit., 3-4.
47 Ivi, 5.
48 *Ibid.*

sia dei singoli, sia della collettività. Non è un caso, difatti, che già Einaudi, durante i lavori dell'Assemblea costituente che portarono all'approvazione dell'art. 41 Cost., affermasse: "*Proudhon avrebbe appreso che non è la proprietà un furto, ma è il monopolio il furto, è il monopolio il danno supremo dell'economia moderna*", così invocando "*il principio che la legge non debba essere essa stessa a creare dei monopoli*" ed affermando che "*quando poi i monopoli esistono, indipendentemente dall'opera della legge, noi dobbiamo chiedere che siano soppressi ed eliminati*".[49]

Tale impostazione è oggi certamente corroborata dall'adesione dell'Italia all'Unione Europea. Questa, infatti, fin dalle sue origini comunitarie, si è concentrata sulle libertà economiche prima ancora che sui diritti fondamentali, tanto che anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) si concentra ampiamente sulla tutela dei diritti economici, ammettendo anche che la legge possa introdurre limitazioni alle garanzie riconosciute dalla Carta stessa.[50] E, infatti, la logica di intervento pubblico è, nel diritto europeo, sì presente, ma certo non riconducibile ad una forma di avversione o di funzionalizzazione pubblicistica dell'iniziativa economica, quanto piuttosto alla sua regolamentazione in senso concorrenziale e di tutela dei consumatori.[51] Si abbraccia, in realtà, una versione dell'utilità sociale "olistica", dove il mercato stesso, seppur debitamente regolato, è portatore dell'utilità sociale e "*appare oggi sempre più anche un luogo vivo, dove non solo avvengono le contrattazioni ma in cui delle persone fisiche si incontrano e può dunque ragionevolmente considerarsi una formazione sociale ove si svolge la personalità dell'uomo riconosciuta e tutelata dall'art. 2 Cost.*"[52]. Una simile impostazione, invero, pare certamente contribuire a far visualizzare il mercato non tanto come un contraltare dell'utilità sociale, quanto piuttosto (a debite condizioni) come una imprescindibile componente della stessa.

Ora, fatta questa breve analisi non solo giuridica, ma anche filosofico-economica dell'utilità sociale e del mercato, pare a chi scrive che siano divenuti oramai evidenti le connessioni tra il concetto di utilità sociale e quella che abbiamo provato a definire come "utilità ambientale". Difatti, se si accetta che il mercato regolato possa essere

49 Sui punti, si richiama l'intervento di EINAUDI, nella seduta antimeridiana di martedì 13 maggio 1947, 3938-3939, dell'Assemblea Costituente.

50 M. F. RUSSO, *Libertà di iniziativa economica e dignità della persona umana*, in *magistraturaindipendente.it*, 2017, 1-3.

51 *Ibid.*; *Libertà di iniziativa economica privata*, in *www.treccani.it*.; sul punto si segnala l'intervento di RUINI nei lavori dell'Assemblea Costituente della seduta antimeridiana di martedì 13 maggio 1947, 3936, che afferma: "*La parola <<piano>> è per alcuni un feticcio, per altri uno spauracchio. Non deve essere né l'uno né l'altro. Voler negare che vi siano nella vita economica piani è un assurdo. Piano non significa soltanto piano integrale, coattivo* (...) *che sopprima l'iniziativa privata. Nella nostra Costituzione abbiamo messo che l'iniziativa economica privata è libera. Evidentemente un piano che sopprimesse l'iniziativa privata non è ammissibile.*".

52 M. F. RUSSO, *Libertà di iniziativa economica e dignità della persona umana*, cit., 6.

visto come un ambiente che contiene in sé i presupposti dell'utilità sociale e che contribuiscono al pieno sviluppo della personalità umana, va da sé che il mercato dovrà altresì porsi in raccordo con la tutela ambientale che, come abbiamo evidenziato, ricade sotto la clausola costituzionale della "*utilità sociale*". In buona sostanza, viene da ipotizzare come, in una moderna economia regolata, l'ambiente economico (il mercato) e quello naturalistico e paesaggistico debbano integrarsi in un unico ideale spazio, dove la personalità umana possa trovare espressione in tutti i nuclei essenziali della sua dignità: spirituale, economica, lavorativa e di rapporto con il paesaggio.

E, invero, tale impostazione sembra essere confermata da tutta la legislazione e le politiche nazionali ed europee in materia di economia circolare, sostenibilità e *green* (o *blue*) *economy*, menzionate all'inizio del presente contributo. In particolare, con il termine "economia circolare" si allude alla "*trasformazione dell'attuale sistema economico "lineare" di produzione e consumo (estrai, produci, consuma e getta) in un nuovo sistema "circolare" (estrai, produci, consuma e riproduci), basato su un modello di sviluppo industriale il cui obiettivo è quello di preservare e mantenere il più a lungo possibile il valore dei prodotti e dei materiali nell'economia, riducendo al contempo la generazione di rifiuti non riciclabili, nonché l'eccessivo consumo di risorse primarie.*"[53]. Tale sistema è considerato un "*pilastro della green economy*"[54]. Talché, dalla definizione testé data, si intuisce chiaramente il nesso di mutuo beneficio tra mercato e ambiente: in definitiva, entrambi mirano ad un più efficiente impiego delle risorse.

D'altronde, non sorprende che la conferma di tale visione venga dell'Unione Europea, dove diritti economici e diritti fondamentali hanno da sempre convissuto su un piano assai più paritetico rispetto alla nostra Carta fondamentale. A questo riguardo, basti prendere con riferimento quanto si legge in una Comunicazione della stessa Commissione europea, ove, facendo riferimento al *Grean Deal europeo* e al concetto di *blue economy*, si afferma: "*Il Green Deal europeo invita a trasformare la nostra economia in un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva, che elimini gradualmente le emissioni nette di gas a effetto serra e tuteli il capitale naturale dell'UE. Il piano per la ripresa europea punta a promuovere la transizione verde e digitale e rendere l'economia europea più equa, più resiliente e più sostenibile per le generazioni future. L'economia blu dell'Unione europea può contribuire a conseguire gli obiettivi di questa duplice sfida: se avviata su un percorso più sostenibile, diventerà una fonte di azioni e di idee in grado di creare innovazione, stimolare una ripresa rapida e duratura e proteggere il nostro pianeta.*"[55].

53 Camera.it_XVII Legislatura_Temi dell'attività parlamentare_Green economy.
54 *Ibid.*
55 COM (2021) 240 final, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni su un nuovo approccio per un'economia blu sostenibile*

È evidente, pertanto, come il contesto delle moderne politiche legislative – il cui indirizzo il legislatore costituzionale ha cercato di recepire con la riforma del 2022 – non veda tanto il tentativo di apporre nuovi vincoli all'iniziativa economica privata, sacrificandola in nome dell'ambiente, quanto piuttosto di portare nel mercato le prospettive di crescita legate all'ambiente stesso, con mutuo beneficio di entrambi gli "ambienti" (economico e naturale). In buona sostanza, l'ambiente da limite diventa opportunità, come espressamente affermato nella Comunicazione della Commissione sopra citata: "*L'idea ormai superata dell'antagonismo tra protezione dell'ambiente ed economia viene progressivamente sostituita dalla consapevolezza che, soprattutto nel settore marittimo, gli interessi ambientali e quelli economici sono intrinsecamente correlati*"[56]. D'altronde, ciò si confà con l'analisi che è stata proposta dell'evoluzione delle politiche legislative in materia di industria e inquinamento: da un'economia fondata sull'indiscriminato sfruttamento delle risorse, senza alcuna attenzione per la tutela ambientale ed il corretto smaltimento dei rifiuti (c.d. *red economy*), si è passati a un'impresa che subisce il costo della tutela ambientale etero-imposta dal legislatore (c.d. *green economy*), sino ad arrivare all'economia in cui l'ambiente diviene un "*driver dello sviluppo economico ed istituzionale*", non venendo più percepito come limite, ma piuttosto come elemento di promozione (c.d. *blue economy*)[57].

Infine, come non citare seppur brevemente l'appena annunciato piano di *REPowerEU*, nato per sostenere e rilanciare l'economia del mercato europeo, a seguito delle violente perturbazioni causate dalle recenti crisi pandemiche e, ora soprattutto, belliche. Difatti, in questo caso si parla sì di un "piano", ma non certo di una forma di programmazione volta a deprivare l'impresa del suo spirito vitale. Tutt'altro: l'ambiente (già di per sé da tutelare) trova ragione d'essere come *booster* economico, mirando la politica europea ad "*accelerare drasticamente la transizione verso l'energia pulita e di aumentare l'indipendenza energetica dell'Europa da fornitori inaffidabili e da combustibili fossili volatili*", consentendo "*all'industria e ai trasporti di sostituire più rapidamente i combustibili fossili per ridurre le emissioni e la dipendenza.*"[58]. In questo senso, la nuova impostazione dell'economia ambientalista pare potersi sussumere non solo nell'art. 41 Cost., come novellato e sin qui interpretato, ma pure nell'ottica dell'art. 9 della Carta costituzionale al quale, per effetto della medesima Legge costituzionale n. 1/2022, è stato aggiunto il seguente periodo: "*Tutela l'ambiente, la biodiversità egli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni.* (...)".[59] Pare, insomma, che la riforma costituzionale non voglia tanto disequilibrare il rapporto tra

nell'UE. Trasformare l'economia blu dell'UE per un futuro sostenibile, 1.
56 Ivi, 2.
57 F. DE LEONARDIS, *Ambiente e Costituzione economica*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 4-5.
58 ec.europa.eu_ REPowerEU: energia sicura, sostenibile e a prezzi accessibili per l'Europa.
59 Legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022, art. 1.

valori economici e ambientali, quanto evidenziare come l'attuale utilità sociale non possa esimersi dal considerare quale tipo di economia sia sostenibile per (e dalle) future generazioni: laddove un'eccessiva libertà delle generazioni di oggi non può spingersi al punto di limitare quella delle generazioni future, consumandone le risorse[60] e, pertanto, deprivandole della capacità di fruire dell'ambiente in senso sia globale: sia spirituale che economico.

4. Considerazioni conclusive.

Traendo le debite conclusioni, pare che l'attuale contesto storico ed economico abbia, gradualmente e costantemente, condotto all'indiscussa centralità dell'ambiente all'interno del dibattito politico e legislativo (finanche costituzionale). Tale sempre maggiore visibilità è stata rispecchiata dalla novellata posizione della tutela ambientale nelle disposizioni costituzionali a seguito della Legge costituzionale n. 1/2022, che ha fatto sorgere il quesito se le modifiche apportate all'art. 41 Cost. con la Legge testé citata possano essere lette come una rivoluzione della gerarchia dei valori costituzionali oppure come la più mite apposizione di un "marchio verde" (così come descritto da Cabazzi e Cassetti) su un assetto già insito nella Carta costituzionale.[61]

La risposta al suddetto interrogativo passa necessariamente attraverso argomenti trasversali all'analisi giuridica, costituzionale, politica ed economica. Quanto qui si sostiene è che le spinte ambientaliste recepite in Costituzione, nelle forme e nei termini consacrati dalla Legge costituzionale n. 1/2022, sarebbero valse a specificare il tradizionale e secolare concetto di "utilità sociale" (di cui all'art. 41 Cost.), enucleandone una fattispecie che qui si è cercato di descrivere con l'espressione "utilità ambientale". In particolare, tale ultimo sintagma manifesterebbe l'odierna particolare enfasi e centralità della tutela ambientale, quale imprescindibile elemento dello sviluppo della moderna società e, quindi, non sottacibile voce dell'utile sociale. Segnatamente, si intende come la "utilità ambientale" non si sia spinta oltre al nucleo polisemantico della clausola sulla "utilità sociale", ma abbia voluto esprimere l'urgenza di istanze già sottese alla stessa.

60 Su tale visione "inter-generazionale" dei diritti fondamentali, si veda l'articolato ed approfondito contributo di D. PORENA, <<*Anche nell'interesse delle generazioni future*>>. *Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2022; così come, per approfondire il principio di sostenibilità, sempre D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2018.

61 Si invita a leggere, tra gli altri, i contributi di: R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, cit., 59; L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, cit., 199; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, cit., 15ss..

Il risultato sarebbe una visione dell'utile sociale tale per cui il mercato e l'ambiente si fondono in una prospettiva di ineludibile e mutuo beneficio, dovendo il mercato sostenere e promuovere l'ambiente: sia per non sottrarne la fruibilità alle future generazioni, sia per far fronte alla scarsezza di risorse da cui il mercato stesso è attanagliato. I due "ambienti", naturale ed economico, non si porrebbero in ottica gerarchica, ma di co-essenzialità e mutua assistenza: rispecchiando tanto le logiche economiche del mercato europeo, quanto il piano personalistico di sviluppo umano che è l'asse portante della nostra Carta fondamentale.

In buona sostanza, la novella costituzionale del 2022 non sembra voler stravolgere l'immutabile (ma elastico e lungimirante) impianto costituzionale, quanto porre una logica di indirizzo e promozione verso forme di equilibrio tra ambiente ed impresa che si rivelino più idonee allo sviluppo sostenibile della moderna società economica, secondo una prospettiva evolutiva di – ancora oggi – utilità sociale.

«*IN CONDITIONALITY WE TRUST*»

Riflessioni sulle condizionalità macroeconomiche introdotte dal recovery and resilience facility·

Andrea Conzutti ·

Abstract (It): Il lavoro si propone l'obiettivo di analizzare l'articolato regime delle condizionalità contemplate dal *Recovery and Resilience Facility* (RRF), che incide in misura significativa sull'impiego delle risorse finanziarie stanziate dall'Unione europea, nell'ambito del *Next Generation EU* (NGEU), al fine di arginare il grave impatto macroeconomico innescato dalla pandemia da Covid-19. Muovendo da questa analisi, si tenterà di mettere in discussione l'idea del preteso «commissariamento» di fatto dei Paesi destinatari dell'assistenza sovranazionale, la quale, seppur affacciatasi nel limitato dibattito teorico sviluppatosi sull'argomento, appare per lo più distante rispetto alle reali dinamiche di ripresa euro-nazionali.

Abstract (En): *The paper aims to analyse the conditionality regime introduced by the Recovery and Resilience Facility (RRF), which significantly affects the use of the financial resources allocated by the European Union in the framework of the Next Generation EU (NGEU) to contain the macroeconomic impact triggered by the Covid-19 pandemic. Based on this analysis, the idea, supported by some scholars, of the de facto «receivership» of the States receiving supranational assistance will be questioned, proving how it appears to be mainly distant from the actual dynamics of Euro-national recovery*.

SOMMARIO: 1. Prologo: dietro l'assistenza finanziaria il «commissariamento»? **- 2.** Lo strumento chiave della ripresa europea: il *Recovery and Resilience Facility*. **- 3.** Le condizionalità *ex ante*: la fase di elaborazione. **- 4.** Le condizionalità *in itinere*: la fase di implementazione. **- 5.** Epilogo: la compartecipazione alla formazione del «vincolo esterno».

. Il presente contributo costituisce la rielaborazione, con aggiornamento, arricchimento dei contenuti e del corredo di note, della relazione svolta dall'Autore nel corso del Convegno dal titolo "*Le metamorfosi del potere sanzionatorio: forme innovative e argini garantistici*", tenutosi presso l'Università degli Studi di Trieste il 20 maggio 2022 nell'ambito del Dottorato interateneo Trieste-Udine in Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo.

· Dottorando di ricerca e cultore della materia in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Trieste, sede convenzionata dell'Università degli Studi di Udine.

1. Prologo: dietro l'assistenza finanziaria il «commissariamento»?

«*The term conditionality denotes the practice of international organizations and States of making aid and co-operation agreements with recipient States conditional upon the observance of various requirements, such as financial stability, good governance, respect for human rights, democracy, peace and security*»

C. PINELLI, '*Conditionality*', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, p. 1.

Non v'è dubbio che l'Unione europea sia solita collegare l'erogazione dei propri fondi strutturali e di investimento a «rigorose condizionalità»[1], consistenti in riforme ordinamentali in linea con una *sana governance economica*, ossia con quanto intrapreso a livello europeo nell'ambito delle procedure comuni di coordinamento delle politiche fiscali nazionali[2]; presidiando il tutto attraverso un sistema sanzionatorio atto a consentire la sospensione dei pagamenti destinati agli Stati membri che non dovessero adottare provvedimenti efficaci nel quadro delle complessive priorità macroeconomiche sovranazionali[3].

1 L'espressione è stata introdotta nel 2011, nell'art. 136, par. 3, TFUE, in riferimento alla concessione di «qualsiasi assistenza finanziaria» da parte dell'istituendo *European Stability Mechanism* (Meccanismo europeo di stabilità, MES). Sul punto, per tutti, R. CALVANO, *La tutela dei diritti tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2013, pp. 1 ss.; A. PISANESCHI, *L'Esm, le condizionalità, i "memorandum of understanding". Un nuovo diritto europeo fuori dell'Europa*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3/2016, pp. 511 ss.; A. MANGIA, *Il Trattato MES, la costituzione economica europea, le Costituzioni nazionali*, in A. MANGIA (a cura di), *MES. L'Europa e il Trattato impossibile*, Scholé, Brescia, 2020, pp. 1 ss.; F. SALMONI, *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Federalismi.it*, n. 20/2020, pp. 280 ss.; L. GIANNITI, *La riforma del Trattato istitutivo del MES e la governance economica dell'eurozona*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2020, pp. 305 ss. Più in generale, sull'impatto costituzionale del Trattato MES, cfr. G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2012, pp. 461 ss.; P. BILANCIA, *La nuova governance dell'Eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 23/2012, pp. 6 ss.; M.T. STILE, *Il MES nella risoluzione delle crisi finanziarie europee. Un paradigma di limitazione della sovranità statuale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 23 ss.

2 Cfr., in merito, l'art. 23 del Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, relativo ai fondi strutturali e di investimento europei concepiti come strumento per promuovere la coesione nell'area dell'Unione europea, espressamente rubricato «Misure per collegare l'efficacia dei fondi SIE a una sana governance economica». V. anche Corte di Giustizia, 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle v. Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*, che ha riconosciuto come la *strictly conditionality* fosse necessaria per assicurare la compatibilità delle misure di salvataggio previste nell'ambito del MES con la *no bail out clause*, iscritta nell'art. 125, par. 1, TFUE, che vieta all'Unione e agli Stati membri di farsi carico delle obbligazioni finanziarie assunte da qualsiasi autorità pubblica di un altro Stato membro.

3 Per un'analisi delle origini della condizionalità macroeconomica, affermatasi per la prima volta nel contesto degli interventi del Fondo monetario internazionale e della Banca mondiale, si rinvia allo studio monografico di A. BARAGGIA, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi: la condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. pp. 47 ss. Più in generale, sull'approccio europeo, oltre che internazionale, alle condizionalità, si vedano, tra gli altri, C. PINELLI,

Effettivamente, un simile *modus procedendi*, evocativamente definito «mercato delle riforme»[4], rappresenta ormai una prassi costante nel percorso di sviluppo della costruzione europea, alimentatasi, negli ultimi anni, soprattutto in occasione della ristrutturazione dei debiti sovrani, cresciuti in maniera esponenziale per effetto della crisi finanziaria del 2008[5].

Non stupisce dunque se questo stesso paradigma si applica oggi, ancora una volta, anche al *Next Generation EU* (NGEU). Vale a dire un eccezionale strumento di rilancio temporaneo che, con una dotazione complessiva di ben 750 miliardi di euro stanziati nell'ambito del Quadro Finanziario Pluriennale (QFP) 2021-2027, mira ad arginare il grave impatto macroeconomico innescato dalla pandemia da Covid-19, mettendo a

Conditionality and Enlargement in Light of EU Constitutional Developments, in *European Law Journal*, Vol. 10, No. 3, 2004, pp. 354 ss.; A. DREHER, *IMF conditionality: theory and evidence*, in *Public Choice*, Vol. 141, No. 1, 2009, pp. 233 ss.; S. CAFARO, *Il Governo delle organizzazioni di Bretton Woods, Analisi critica, processi di revisione in atto e proposte di riforma*, Giappichelli, Torino, 2012; G. ADINOLFI, *Il sostegno congiunto UE-FMI: è necessario un ripensamento della politica di condizionalità?*, in G. ADINOLFI, S. CAFARO (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area euro*, Giappichelli, Torino, 2013; D. SICLARI, *"Condizionalità" internazionale e gestione delle crisi dei debiti sovrani*, in *Federalismi.it*, n. 1/2015, pp. 2 ss.; E. PAPARELLA, *Il fondo monetario internazionale nell'eurozona. La stretta condizionalità e la sovranità condizionata*, Jovene, Napoli, 2018, spec. pp. 67 ss. Da ultimo cfr. anche C. PINELLI, *Conditionality and Economic Constitutionalism in the Eurozone*, in *Italian Journal Of Public Law*, n. 1/2019, pp. 22 ss.; A. BARAGGIA, *Potestas v. Potentia: l'utilizzo della condizionalità in ordinamenti compositi*, in *DPCE Online*, *Numero speciale: I sistemi normativi post-vestfaliani tra decisioni politiche, integrazioni giurisprudenziali e fonti di produzione non formalizzate. Una ricostruzione in chiave comparata*, 2021, pp. 1344 ss.

4 Così A. SOMMA, *Il mercato delle riforme. Appunti per una storia critica dell'Unione europea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2018, pp. 167 ss.; nonché ID, *Il governo della condizionalità. Dal Piano Marshall all'Unione europea*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 433 ss., il quale ragiona espressamente di riforme strutturali imposte come contropartita per l'assistenza finanziaria e dirette a un deciso allineamento all'ortodossia economica neoliberale. Quella in esame rappresenta, peraltro, una pratica piuttosto diffusa a livello dell'Unione europea, definita perfino «consuetudinaria» da una parte della dottrina: in questo senso P. DE SENA, S. D'ACUNTO, *Il doppio mito: sulla (pretesa) neutralità della politica monetaria della BCE e la (pretesa) non-vincolatività degli indirizzi di politica economica dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2020, p. 135. Sul punto anche I.A. TASSOPOULOS, *EU strict conditionality from the perspective of the separation of powers*, in A. BARAGGIA, C. FASONE, L.P. VANONI (eds.), *New Challenges to the Separation of Powers. Dividing Power*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, pp. 203 ss.

5 La dottrina sulla crisi economico-finanziaria dell'Eurozona è sterminata. Tra i lavori che offrono una visione complessiva degli effetti indotti dalla condizionalità macroeconomica durante questa fase, si vedano: F. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2008). Il caso italiano*, Cedam, Padova, 2009; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Esi, Napoli, 2012; F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nelle garanzie dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, pp. 1 ss.; E. OLIVITO, G. REPETTO, *Perché pensare la crisi dell'UE in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, p. 1 ss. Per la letteratura straniera, tra i principali, cfr. P. CRAIG, *Member States Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in M. ADAMS, F. FABBRINI, P. LAROUCHE (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2014, pp. 19 ss.; K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

disposizione dei Paesi europei le risorse necessarie a consentire lo stimolo dell'economia reale[6].

Com'era prevedibile, modalità e criteri di assegnazione delle risorse contemplate da questo programma dalle dimensioni epocali hanno, fin da subito, attirato l'interesse della dottrina pubblicistica che, tuttavia, si è concentrata in massima parte su un aspetto, pur di particolare interesse: il Regolamento (UE) n. 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione[7]. Si tratta di un atto senza precedenti, attraverso il quale le istituzioni europee, a seguito di una vivace polemica tra Polonia e Ungheria da un lato e gli altri Paesi membri dall'altro, hanno definitivamente convenuto di subordinare l'erogazione dei fondi previsti dal NGEU al rispetto dello Stato di diritto (*rule of law*) nei vari Paesi dell'Unione[8].

6 Le risorse finanziarie stanziate nell'ambito del NGEU sono disciplinate dal Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi Covid-19. Per un approfondimento dei negoziati che hanno portato all'approvazione del QFP 2021-2027, cfr. B. CARAVITA, *We, Europeans, Did It! Shall We, Italians, Overcome?*, in *Federalismi.it*, n. 24/2020, pp. iv ss.; A.O. COZZI, *1999-2020, dalla Carta dei Diritti Fondamentali al Next Generation Eu: momenti dell'integrazione europea attraverso le iniziative della Presidenza tedesca*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, pp. 114 ss. Più in generale, in merito alle misure adottate a livello europeo per far fronte alla crisi finanziaria conseguente all'epidemia da Covid-19, si rinvia a C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2020, pp. 761 ss.; O. CHESSA, *La governance economica europea dalla moneta unica all'emergenza pandemica*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2020, pp. 409 ss.; L. BARTOLUCCI, *Le reazioni economico-finanziarie all'emergenza Covid-19 tra Roma, Bruxelles e Francoforte (e Karlsruhe)*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 1/2021, pp. 154 ss.

7 Cfr. Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

8 L'ampiezza della letteratura giuridica sulla c.d. *rule of law conditionality*, che costituisce oggi l'applicazione più controversa ma al contempo più definita della condizionalità, fornisce la misura della rilevanza della questione per la dottrina pubblicistica italiana e straniera. Per limitarsi ad alcuni riferimenti in merito ai complessi e sofferti passaggi politici e procedurali che hanno accompagnato l'adozione del Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092, si vedano P. LINDSETH, C. FASONE, *Rule-of-Law Conditionality and Resource Mobilization - the Foundations of a Genuinely 'Constitutional' EU?*, in *Verfassungsblog*, 11 dicembre 2020; nonché E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in *Federalismi.it*, n. 29/2020, pp. 43 ss., il quale discorre espressamente di «un significativo "passo in avanti" nel processo costituente dell'Unione», ribadendo «l'importanza del rispetto dei principi dello Stato di diritto quale valore comune ai paesi membri anche nell'esecuzione delle politiche di bilancio». Sugli sviluppi più recenti, cfr. anche C. PINELLI, *Common values, rule of law conditionality and the state of democracy in Europe*, in N. DE BOER, B. MICHEL, A. NIEUWENHUIS, J.H. REESTMAN, (eds.), *Liber amicorum Besselink*, Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, 2021, pp. 51 ss.; C. FASONE, *Crisi dello stato di diritto: il regolamento sulla condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione e il valore delle conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2021, pp. 214 ss.; G. GIOIA, *La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea. Protezione del bilancio e valori costituzionali*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3/2021, pp. 17 ss.; S. TROILO, *La tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea post Covid-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 4/2021, 74 ss.; E. CUKANI, *Condizionalità Europea e Giustizia Illiberale: From Outside to Inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; C. BUZZACCHI, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato*

Focalizzando prevalentemente l'attenzione sulla c.d. *rule of law conditionality* introdotta dal menzionato Regolamento si è trascurato, però, lasciandolo in sostanza sullo sfondo, un altro aspetto centrale per la ripresa europea: il meccanismo condizionale istituito dal *Recovery and Resilience Facility*, ossia lo strumento chiave del NGEU[9].

Nel presente scritto si tenterà, allora, di mettere in luce questo profilo di significativo rilievo, ripercorrendo il contenuto degli specifici vincoli al cui rispetto risulta soggetta la concessione degli aiuti finanziari. Si potrà, così, identificare il complessivo *framework* di riferimento dell'azione di sostegno economico sovranazionale e verificare il concreto atteggiarsi delle relazioni tra attribuzioni statali ed europee nell'attuale frangente *post*-emergenziale: per mettere in discussione la tesi dell'intromissione dell'Unione nelle strutture politiche, istituzionali e sociali nazionali[10], con conseguente «commissariamento» di fatto dei Paesi destinatari dell'assistenza finanziaria, che, seppur affacciatasi nel limitato dibattito teorico sviluppatosi sull'argomento, appare per lo più distante rispetto alle *reali dinamiche* di ripresa euro-nazionali[11].

---

di diritto, o il rule of law a protezione del bilancio?, in *Diritto & Conti. Bilancio Comunità Persona*, 4 aprile 2022. Quanto, poi, alle due pronunce del 16 febbraio 2022, la prima in causa C-156/21, resa sul ricorso proposto l'11 marzo 2021 dall'Ungheria contro il Parlamento europeo e il Consiglio, e la seconda, in causa C-157/21, resa sul ricorso proposto l'11 marzo 2021 dalla Repubblica di Polonia contro il Parlamento europeo e il Consiglio, attraverso le quali la Corte di giustizia, in seduta plenaria, ha respinto entrambi i ricorsi volti all'annullamento del Regolamento (Ue) n. 2020/2092 sullo Stato di diritto, si rinvia, tra i primissimi commenti, a P. FARAGUNA, T. DRINÓCZI, *Tímea: Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *Verfassungsblog*, 21 febbraio 2022; A. BARAGGIA, *Ungheria e Polonia: la Corte Ue ha definito le regole del gioco, ma la partita non è ancora chiusa*, in *Euractiv.it*, 23 febbraio 2022; V. SACHETTI, *Once more, with feeling: il finale annunciato del ricorso per l'annullamento del meccanismo di condizionalità relativo alla rule of law (sentenze C-156/21 e C-157/21)*, in *Rivista di diritti comparati*, 3 marzo 2022; F. SALMONI, *La funzionalizzazione della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio dell'UE (a prima lettura delle sentt. C-156 e C157 Ungheria e Polonia v. Parlamento e Consiglio)*, in *Consulta online*, n. 1/2022, pp. 303 ss.; S. BARTOLE, P. FARAGUNA, *La condizionalità nell'Unione, i carrarmati fuori dell'Unione*, in *Rivista di diritti comparati*, 17 marzo 2022.

9 Cfr. Regolamento (Ue) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

10 Lo sostiene, ad esempio, F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2021, p. 80, secondo la quale l'imponente numero e l'ampia portata delle condizionalità cui è soggetta l'assistenza finanziaria europea potrebbero «portare a una sorta di omologazione strutturale degli Stati membri potendo arrivare persino a cambiarne significativamente forma di Stato e di governo».

11 Cfr., *ex multis*, le, pur autorevoli, ricostruzioni di M. DANI, A.J. MENÉNDEZ, *Recovery Fund: dietro i sussidi il commissariamento*?, in *laCostituzione.info*, 25 luglio 2020; A. SOMMA, *Commissariare il parlamento. Il piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue condizionalità (parte I)*, in *la fionda*, 11 ottobre 2021, pp. 1 ss.; ID, *Commissariare il parlamento. Il piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue condizionalità (parte II)*, in *la fionda*, 12 ottobre 2021, pp. 1 ss.; A. GUAZZAROTTI, *L'Unione europea, il debito pubblico e il commissariamento soft dei partiti nazionali*, in *laCostituzione.info*, 4 febbraio 2022. Sulla medesima lunghezza d'onda, si veda anche F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, cit., pp. 77 ss., la quale, in chiave

2. Lo strumento chiave della ripresa europea: il *Recovery and Resilience Facility*.

La parte più consistente dei contributi finanziari stanziati nell'ambito del NGEU verrà distribuita dal già menzionato *Recovery and Resilience Facility* (RRF – Dispositivo per la ripresa e la resilienza), la cui dotazione totale, alimentata attraverso l'emissione di appositi titoli europei[12], ammonta a 672,5 miliardi di euro, così suddivisi: 312,5 miliardi in sovvenzioni a fondo perduto (*grant*) e 360 miliardi in prestiti (*loan*) a tassi agevolati da restituire[13].

Per comprendere il funzionamento di questo strumento dalla portata eccezionale è decisivo muovere dalla sua base giuridica, ossia il Regolamento (Ue) 2021/241[14]. Si tratta di un atto del Parlamento europeo e del Consiglio, approvato il 12 febbraio 2021, sulla cui scorta i vari Paesi dell'Unione che hanno richiesto l'assistenza

critica, evoca delle similitudini tra le condizionalità introdotte dal programma straordinario di assistenza finanziaria dell'Unione europea in capo agli Stati membri maggiormente colpiti dall'emergenza pandemica e gli stringenti vincoli che la c.d. Troika (i.e., l'insieme dei rappresentanti della Commissione europea, della Banca centrale europea e del Fondo monetario internazionale) aveva imposto agli Stati europei che, sull'orlo del *default* dovuto alla c.d. crisi dei debiti sovrani, avevano richiesto ed ottenuto gli aiuti economici da vari organismi finanziari sovranazionali (MESF, FESF, MES).

12 In questo contesto, la nuova Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea, che abroga la Decisione 2014/335/UE, Euratom, avendo autorizzato la Commissione europea a contrarre eccezionalmente prestiti sui mercati di capitali fino a 750 miliardi di euro, ha rappresentato il perno fondamentale per il finanziamento della strategia adottata dall'Unione europea al fine di superare la crisi pandemica. La novità è sottolineata da R. CHRISTIE, G. CLAEYS, P. WEIL, *Next Generation EU borrowing: a first assessment, Bruegel Policy Contribution*, Issue n. 22/21, pp. 1 ss. Per un'analisi dei lineamenti fondamentali della Decisione sulle risorse proprie v. anche A. SOMMA, *Il bilancio dell'Unione europea tra riforma del sistema delle risorse proprie e regime delle condizionalità*, in *DPCE online*, n. 4/2018, pp. 873 ss. Preme peraltro rammentare come, con pronuncia del 15 aprile 2021, il Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco abbia preso posizione al riguardo, respingendo l'istanza d'urgenza volta a impedire l'entrata in vigore della legge federale di ratifica della predetta Decisione sulle Risorse Proprie, ma dichiarando, al contempo, ammissibile e non manifestamente infondato il ricorso diretto di costituzionalità presentato insieme all'istanza. Cfr. BVerfG, 2 BvR 547/21, 15 aprile 2021. La vicenda è stata ampiamente commentata in dottrina, sia qui sufficiente rinviare a M. BONINI, *Il Bundesverfassungsgericht tedesco e la legge federale di ratifica della «Decisione sulle Risorse Proprie» dell'Unione europea: ancora una volta, una pronuncia problematica nel nome del sindacato sugli atti ultra vires?*, in *DPCE online*, n. 1/2021, pp. 2759 ss.; A. DE PETRIS, *Gli strumenti europei di finanziamento dell'emergenza COVID all'esame di Karlsruhe*, in *Rivista di diritti comparati*, 6 maggio 2021; M. SIMONCINI, *Le scelte chiave sul futuro dell'Europa. Il Next Generation EU alla prova della Corte costituzionale tedesca*, in *Luiss Open*, 6 maggio 2021.

13 Cfr., art. 6 RRF. Per un'analisi dell'impatto macroeconomico dei fondi stanziati nell'ambito del NGEU per l'Italia, si rinvia a R. CANELLI, G. FONTANA, R. REALFONZO, M. VERONESE PASSARELLA, *L'efficacia del Next Generation EU per la ripresa dell'economia italiana*, in *Economia e Politica*, 17 marzo 2021.

14 Su cui, diffusamente, E. CAVASINO, *L'autonomia di spesa delle Regioni fra Stato ed Unione europea dalla l. cost. 3/2001 alle condizionalità europee sulla ripresa e la resilienza*, in *Diritto & Conti. Bilancio Comunità Persona*, n. 2/2021, pp. 47 ss.; V. MANZETTI, *Dalle origini all'attuale PNRR: spunti e riflessioni*, in *Diritto & Conti. Bilancio Comunità Persona*, n. 2/2021, pp. 129 ss.

sovranazionale sono stati chiamati a predisporre e implementare – in un arco temporale di sei anni, dal 2021 al 2026 – ambiziosi pacchetti di investimenti strutturali oltre che di riforme ordinamentali: i Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza (PNRR o *Recovery Plan*)[15].

Il Regolamento in parola rappresenta, in buona sostanza, una «legge cornice contenente i principi e le coordinate fondamentali» che gli Stati beneficiari dovranno seguire per ottenere l'elargizione delle ingenti somme di denaro europeo[16]. Conviene, dunque, soffermarsi sulle principali prescrizioni contenute nel *Recovery and Resilience Facility* che, come si avrà modo di vedere più analiticamente nel prosieguo, impongono ai Paesi dell'Unione delle strette condizionalità, essenzialmente suddivisibili secondo due differenti momenti temporali:

i) condizionalità *ex ante*, con riferimento alla fase di elaborazione dei *Recovery Plan* nazionali;

ii) condizionalità *in itinere*, con riguardo al momento attuativo di quanto precedentemente pianificato[17].

3. Le condizionalità *ex ante*: la fase di elaborazione.

Partendo dall'analisi delle condizionalità *ex ante*, ossia dal contesto europeo che faceva da sfondo all'*iter* di scrittura dei PNRR, occorre anzitutto osservare come la fase ideativa di tali Piani nazionali, le cui riforme strutturali vengono concepite come contropartita per l'assistenza finanziaria, si sia indubbiamente incrociata con

15 In merito ai Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza si sta sviluppando un vivace dibattito dottrinale. Tra i molti contributi già pubblicati, limitandosi alla letteratura in lingua italiana, qui si segnalano: L. BARTOLUCCI, *Il procedimento legislativo italiano alla prova del PNRR*, in *School of Government Policy Brief*, n. 47/2021, pp. 1 ss.; ID, *Sull'inopportunità di intraprendere un percorso di riforma del procedimento legislativo in tempo di Next generation EU*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2021, pp. 133 ss.; S. FABBRINI, *La governance del PNRR e il governo dell'Italia*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 giugno 2021; M. FERRARA, *Il NRRP nei provvedimenti del Governo Draghi, tra centralismo della governance e questioni di genere ancora aperte*, in *Orizzonti del Diritto pubblico*, 14 giugno 2021; R. IBRIDO, *Le Camere esaminano il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e chiedono un rafforzamento degli strumenti di controllo parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti, Raccordi parlamentari Italia-Ue*, n. 2/2021; C. MAINARDIS, *Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide del PNRR*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, pp. 139 ss.; A. POGGI, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, pp. 199 ss.; S. STAIANO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi.it*, n. 14/2021, pp. iv ss.; A. BARONE, F. MANGANARO, *PNRR e Mezzogiorno*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2022, pp. 148 ss. In chiave politologica, v. anche M. GUIDI, M. MOSCHELLA, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: dal Governo Conte II al Governo Draghi*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 3/2021, pp. 405 ss.

16 Così, testualmente, A. SCIORTINO, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2021, p. 236.

17 A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, n. 23/2022, pp. 154-155. Alcuni spunti in merito anche in L. MELICA, *"Whereas this is a moment of truth for the Union that will determine its future". Tra atti e parole delle Istituzioni europee nella lotta contro la pandemia*, in *DPCE online*, n. 2/2020, pp. 2265 ss.

l'operato proprio della *governance* dell'Unione europea, venendo giocoforza influenzata dalle linee di indirizzo promananti da quest'ultima[18].

Il 17 settembre 2020, la Commissione europea ha reso, infatti, note le prime linee guida per la predisposizione dei Piani di ripresa, cui ha fatto seguito, il 21 dicembre 2020, la pubblicazione di alcuni modelli di orientamento settoriali per assistere i vari Paesi nella stesura dei loro *Recovery Plan*, in conformità alle previsioni europee in materia di aiuti di Stato[19]. Successivamente, il 12 febbraio 2021 è stato approvato il citato Regolamento istitutivo del *Recovery and Resilience Facility*. Proprio per tale ragione, nel gennaio 2021 la Commissione europea era intervenuta nuovamente aggiornando la precedente versione delle linee guida, al fine di allinearla al testo dell'accordo sulla proposta di Regolamento[20].

L'art. 18 RRF ha disposto, in particolare, che i Piani nazionali dovessero essere debitamente motivati e giustificati attraverso una minuziosa serie di spiegazioni da cui risultasse evidente la coerenza di «*milestone*» (traguardi, di carattere qualitativo), «*target*» (obiettivi, di carattere quantitativo) e «*timetable*» (calendario indicativo) tanto con le priorità europee contemplate nei sei pilastri dello stesso *Recovery and Resilience Facility* – tra cui spiccano *green economy* e digitalizzazione – quanto con le *Country Specific Recommendations* espresse, nell'ambito del Semestre europeo per il coordinamento delle politiche economiche, dal Consiglio su proposta della Commissione europea nel 2019 e nel 2020[21]. Si tratta dunque di una sorta di vincoli *ad hoc* rivolti ai singoli Stati dell'Unione[22] che, all'Italia, impongono, tra le altre cose, di:

18 Lo sostiene A. SOMMA, *L'Europa tra momento hamiltoniano e momento Polanyi*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2021, p. 3.

19 Commissione europea, *Staff Working Document*, SWD (2020) 205 final, 17 settembre 2020.

20 Commissione europea, *Staff Working Document*, SWD (2021) 12 final, 22 gennaio 2021.
In proposito, cfr. almeno M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, n. 12/2021, pp. 1 ss., il quale riflette approfonditamente sull'influenza giocata dalla dimensione europea nella fase di stesura dei vari PNRR nazionali.

21 C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, cit., p. 772; G. RIVOSECCHI, *Il bilancio nel diritto pubblico italiano*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3/2020, p. 32.

22 Definite anche «condizionalità specifiche per Paese». In questo senso F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Cedam, Padova, 2021, p. 46. Sulle *Country Specific Recommendations* e sul loro seguito cfr. le analisi di G. MENEGUS, *Gli indirizzi di massima per il coordinamento delle politiche economiche ex art. 121 TFUE nel quadro del semestre europeo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, pp. 1491 ss.; L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Cedam, Padova, 2020, pp. 351 ss. In relazione, poi, al c.d. "semestre europeo", istituito in risposta alla crisi economico-finanziaria dall'art. 2-*bis* del Regolamento (CE) n. 1466/1997, come modificato dal Regolamento (UE) n. 1175/2011, oltre che, più in generale, al coordinamento delle politiche economiche a livello dell'Unione europea, si vedano, almeno, G. RIZZONI, *Il "semestre europeo" fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Francia e Italia a confronto*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, pp. 1 ss.; L. BARTOLUCCI, *La funzione finanziaria (e il rapporto con il Semestre europeo)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2019, pp. 103 ss.; R. IBRIDO, *Coordinamento delle decisioni di bilancio e sostenibilità del debito pubblico: ragionando sulla costituzione economica in trasformazione*, in *Rivista trimestrale di diritto*

- perseguire politiche finalizzate a «conseguire posizioni di bilancio a medio termine prudenti e ad assicurare la sostenibilità del debito»[23];

- «migliorare il coordinamento tra autorità nazionali e regionali»[24];

- «migliorare l'efficienza del sistema giudiziario e il funzionamento della pubblica amministrazione»[25];

- «affrontare le restrizioni alla concorrenza, in particolare nel settore del commercio al dettaglio e dei servizi alle imprese, anche mediante una nuova legge annuale sulla concorrenza»[26].

In estrema sintesi, alla luce di tutte queste «rime obbligate» dettate dal livello sovranazionale, cui i Paesi finanziariamente assistiti avrebbero in ogni caso dovuto conformarsi al fine di accedere alle risorse economiche europee, si può notare come gli spazi di manovra nazionali nella scrittura dei *Recovery Plan* risultassero già *ab origine* sensibilmente circoscritti[27].

---

dell'economia, n. 1/2020, pp. 114 ss.; S. BEKKER, *The European Semester: understanding an innovative governance model*, in P.J. CARDWELL, M.P. GRANGER (eds.), *Research Handbook on the Politics of EU Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, pp. 67 ss.

23 Cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Raccomandazione sul Programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*, 2020/C 282/12, 26 agosto 2020, punto 1.

24 Cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Raccomandazione sul Programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*, 2020/C 282/12, 26 agosto 2020, punto 1.

25 Cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Raccomandazione sul Programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*, 2020/C 282/12, 26 agosto 2020, punto 4.

26 Cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Raccomandazione sul Programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2019 dell'Italia*, 2019/C 301/12, 5 settembre 2019, punto 3.

27 Così G. DE MINICO, *Una promessa incompiuta il piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 369. In senso analogo F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, cit., pp. 43 ss. Sulle linee di indirizzo europee, concepite come punto di riferimento obbligato per il momento ideativo dei *Recovery Plan* nazionali, riflette anche N. LUPO, *La delega legislativa come strumento di coordinamento dell'attività normativa di Governo e Parlamento: le lezioni che si possono trarre dalla legge n. 421 del 1992 (anche ai fini dell'attuazione del PNRR)*, in *Amministrazione in cammino*, 5 gennaio 2022, p. 11, il quale evidenzia che queste e, soprattutto, le *Country Specific Recommendations* «non rappresentano certo occhiute indicazioni provenienti dai "burocrati di Bruxelles", bensì linee di indirizzo politico che qualunque Governo dotato di buon senso e non vittima dei veti incrociati dovrebbe perseguire con convinzione, in nome dell'interesse nazionale e della stessa competitività del mercato comune europeo. Non è un caso che i temi della crescita economica e della riduzione del debito pubblico vi compaiano in modo quasi ossessivo, accanto alla riforma della pubblica amministrazione, alla riduzione della durata dei processi civili, alla lotta all'evasione fiscale, e così via». Su questo profilo insistono, inoltre, G. TONIOLO, *Next Generation EU: Una condizionalità virtuosa*, in *School of European Political Economy Policy Brief*, n. 33/2020, pp. 1 ss., che discorre espressamente di una «condizionalità virtuosa»; nonché E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea: cenni di cambiamento nel "discorso" della Commissione europea e "condizionalità utile"*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2020, pp. 151 ss., la quale ragiona di una «condizionalità utile», in quanto non collegata a politiche di austerità e restrizione della spesa pubblica. Evidenzia, poi, le differenze tra le condizionalità

4. Le condizionalità *in itinere*: la fase di implementazione.

Descritte sinteticamente le condizionalità concepite come prodromiche rispetto all'elaborazione dei vari *Recovery Plan*, occorre, ora, analizzare le specifiche condizionalità *in itinere*, relative cioè alla successiva fase di implementazione dei Piani nazionali di ripresa.

A questo riguardo, se indubbiamente gli Stati economicamente assistiti non hanno goduto di piena libertà nell'elaborare i propri PNRR, nella misura in cui le linee di fondo delle loro politiche di ripresa risultavano già sostanzialmente pre-determinate dal livello sovranazionale, si può preliminarmente rilevare come considerazioni sostanzialmente analoghe valgano pure per il momento attuativo di quanto pianificato, per lo più governato in sede europea[28].

L'«attrice protagonista» dell'intero processo di *enforcement* dei PNRR è in effetti la Commissione europea, che riveste un ruolo del tutto nodale nell'erogazione delle risorse dell'Unione[29]. Essa, avvalendosi del Comitato economico e finanziario, si occupa, in particolare, di verificare capillarmente il «conseguimento soddisfacente» degli impegni assunti dai vari Stati beneficiari, al quale è legata l'elargizione degli aiuti finanziari su base semestrale (art. 24, par. 3, RRF)[30].

In questo contesto di costante monitoraggio, la Commissione europea dispone peraltro della possibilità di attivare, autonomamente o assieme al Consiglio, una sorta di «meccanismo sanzionatorio»[31] che si traduce nella *sospensione parziale ovvero*

dell'austerità previste negli anni della passata crisi dell'Eurozona e quelle introdotte nell'ambito dei fondi del NGEU: M. GOLDMANN, *The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism?*, in *German Law Journal*, n. 21/2020, p. 1072. Più in generale, sulle politiche di *austerity* che hanno caratterizzato la risposta dell'Unione europea alla crisi dell'Eurozona, cfr., almeno, G. PITRUZZELLA, *Austerità finanziaria versus crescita economica nel dibattito sull'Eurosistema*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2012, pp. 427 ss.

28 In merito v. le riflessioni di M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, cit., pp. 1 ss.; F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, pp. 1 ss.

29 G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2021, p. 115. In questo senso anche F. COSTAMAGNA, M. GOLDMANN, *Constitutional Innovation, Democratic Stagnation?: The EU Recovery Plan*, in *Verfassungsblog*, 30 maggio 2020.

30 Cfr., anche per ulteriori indicazioni, P. CASALINO, *La fase di prima attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza: gestione, monitoraggio e controllo; principi trasversali e condizionalità per il corretto utilizzo delle risorse europee*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 5/2021, pp. 12 ss.; L. BALDINI, *I sistemi di controllo e di monitoraggio sull'utilizzo del Recovery Fund*, in B.G. MATTARELLA, L. FIORENTINO, M. CARDONE (a cura di), *La gestione del Recovery Plan. Le amministrazioni pubbliche tra esigenze di riforma e problemi applicativi*, *Quaderni della Rivista Amministrazione in cammino*, 2021, pp. 117 ss.

31 Così, testualmente, P. DE SENA, S. D'ACUNTO, *Il doppio mito: sulla (pretesa) neutralità della politica monetaria della BCE e la (pretesa) non-vincolatività degli indirizzi di politica economica dell'Unione*, cit., p. 148. Sull'articolata procedura a carattere sanzionatorio introdotta dal *Recovery and Resilience Facility*, tale da conferire un elevato coefficiente di obbligatorietà alle condizionalità europee, si soffermano

totale degli impegni e dei pagamenti, *non solo* nell'ipotesi in cui il Paese abbia disatteso il raggiungimento dei già menzionati *milestone* e *target* (art. 24, par. 6, RRF), *ma anche* nell'ipotesi in cui abbia violato quanto richiesto dalle regole europee sulla «sana governance economica» (art. 10 RRF)[32]. Il *Recovery and Resilience Facility* opera, infatti, uno stretto collegamento tra i PNRR e le *fiscal rules* introdotte a partire dal Trattato di Maastricht e dal successivo Patto di stabilità e crescita, subordinando le erogazioni europee all'adozione di idonee azioni correttive di eventuali disavanzi pubblici nonché squilibri macroeconomici eccessivi[33].

Insomma, avendo riguardo alle condizionalità *in itinere* cui l'assistenza finanziaria risulta soggetta, non vi è dubbio che esse siano numerose e penetranti, segno evidente della presenza crescente dell'Unione europea in seno all'architettura

anche F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *lamagistratura.it*, 13 novembre 2021; F. SALMONI, *La riforma del patto di stabilità e crescita: un'occasione per trasformare l'Europa o un maquillage per l'austerity che verrà?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2021, p. 60. Più in generale, a proposito della prassi delle organizzazioni finanziarie internazionali di imporre tipologie sanzionatorie di carattere economico, v., per tutti, L. PICCHIO FORLATI, *The Legal Core of Economic Sanctions*, in L. PICCHIO FORLATI, L.A SICILIANOS (eds.), *Les sanctions economiques en droit international*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, pp. 99 ss.

32 Cfr., in merito, art. 24 RRF, dedicato alle «Regole concernenti il pagamento, la sospensione e la risoluzione degli accordi riguardanti i contributi finanziari e i prestiti», il quale dispone, tra le altre cose, che il mancato raggiungimento dei menzionati *milestone* e *target* può condurre perfino alla risoluzione degli accordi stipulati tra la Commissione europea e lo Stato beneficiario, oltre al recupero integrale dei finanziamenti erogati dall'Unione europea.

33 V. art. 10 RRF, rubricato «Misure per collegare il dispositivo a una sana governance economica». Sulle *fiscal rules* europee la letteratura è sterminata. Si vedano almeno: G. RIVOSECCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Cedam, Padova, 2007; P. BILANCIA, *La nuova governance dell'eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 23/2012, pp. 1 ss.; C. CARUSO, M. MORVILLO, *Economic governance and budgetary rules in the European context: a call for a new european constitutionalism*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 4/2014, pp. 699 ss.; R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea. Processo costituente e governance economica*, Il Mulino, Bologna, 2015; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'Euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, FrancoAngeli, Milano, 2016; O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016. Al riguardo, preme peraltro rimarcare come, già a valle della crisi dei debiti sovrani, ma ancor di più a seguito dell'emergenza pandemica, si siano alzate numerose voci, dal mondo accademico, istituzionale e politico, per sostenere che la *governance* economica dell'Unione europea e, in particolar modo, il Patto di stabilità e crescita, debbano essere profondamente riformati. Sulle varie proposte di riforma avanzate in dottrina, cfr., da ultimo, G. AMATO, F. BASSANINI, M. MESSORI, G.L. TOSATO, *The new European fiscal framework: how to harmonize rules and discretion*, in *Astrid Paper*, n. 81/2021, pp. 1 ss.; S. D'ACUNTO, D. SUPPA, *Reforming Eurozone fiscal rules. A Critical Appraisal of the debate*, in A. COZZOLINO (a cura di), *Il futuro dell'Europa dopo la pandemia*, in *Futuri*, n. 15/2021, pp. 41 ss.; G. GIOIA, *Il Patto di stabilità e crescita tra sospensione e proposte di riforma. Un'occasione per ripensare le fiscal rules?*, in *Rivista di diritti comparati*, 10 maggio 2021, pp. 1 ss.; A. BOITANI, R. TAMBORINI, *Reforming the European fiscal governance. Beyond new rules*, in *School of European Political Economy Policy Brief*, n. 2/2022, pp. 1 ss.; L. BINI SMAGHI, *La Riforma del Patto di Stabilità e Crescita: Ce n'è veramente bisogno?*, in *School of European Political Economy Policy Brief*, n. 9/2022, pp. 1 ss.; F. SALMONI, *La riforma del patto di stabilità e crescita: un'occasione per trasformare l'Europa o un maquillage per l'austerity che verrà?*, cit., pp. 46 ss.

costituzionale degli Stati membri[34]. In questo senso, la vastità dell'azione coperta dal *Recovery and Resilience Facility*, sebbene non esaurisca l'intera attività decisionale che i pubblici poteri potranno porre in essere da qui al 2026, è senz'altro tale da influenzare uno spettro assai ampio di politiche domestiche, occupando un cronoprogramma fittissimo, dove tutto è già significativamente condizionato nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo*[35].

5. Epilogo: la compartecipazione alla formazione del «vincolo esterno».

In considerazione di quanto precede, si potrebbe essere potenzialmente tentati di concludere che le condizionalità europee di ripresa e resilienza risultino, in fin dei conti, del tutto coerenti con quel preteso commissariamento di fatto degli Stati beneficiari dell'assistenza finanziaria, di cui si ragionava in apertura del contributo[36]. Per essere più espliciti, la ricorrenza, tanto nella fase di ideazione quanto in quella di successivo *enforcement* dei *Recovery Plan* nazionali, di pervasivi vincoli al cui rispetto viene subordinata l'erogazione dei contributi sovranazionali – ai quali i Paesi europei non potrebbero permettersi di rinunciare, pena un ulteriore aggravamento della loro esposizione debitoria – potrebbe ritenersi senz'altro in linea con la convinzione di un'inaccettabile ingerenza dell'Unione europea nella politica interna degli Stati assistiti. Un'ingerenza che, oltretutto, «non si esaurirebbe in un unico atto, ma si prolungherebbe in avanti, con la conseguenza di vincolare per definitività e ricorsività, non le sole forze di maggioranza dell'oggi – cogenza legittima avendo promosso la fase ascendente del *Recovery* – ma anche quelle del domani, tenute ugualmente a rispettare detti impegni»[37].

In realtà, una simile ricostruzione non persuade per una ragione di fondo, pacifica ma imprescindibile: quella relativa al ruolo cruciale svolto dai Paesi membri in seno all'architettura istituzionale dell'Unione europea[38].

34 Così F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, cit., p. 69. In senso analogo anche A. SOMMA, *Il mercato delle riforme. Come l'Europa è divenuta un dispositivo neoliberale irriformabile*, in E. MOSTACCI, A. SOMMA (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Rogas, Roma, 2021, pp. 236 ss.

35 In proposito, N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, n. 1/2022, p. v.

36 Alcuni spunti in merito in D. DI CESARE, *Virus sovrano? L'asfissia capitalistica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2020, pp. 15 ss.; A. SOMMA, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Laterza, Bari-Roma, 2021, spec. pp. 140 ss.

37 In questo senso, espressamente, G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, cit., p. 117. In termini assai netti, cfr. anche A SOMMA, *Come il Mes, anche il Recovery Fund ha le condizionalità*, in *Micromega-online*, 26 luglio 2020; A. SCIORTINO, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, cit., p. 260.

38 Sottolinea il fondamentale ruolo assunto dai Governi nazionali nella dimensione europea e, in particolare, nelle sedi istituzionali dell'UE, in cui è emersa la necessità di promuovere politiche pubbliche espressamente indirizzate al contrasto della crisi pandemica, F. BILANCIA, *Indirizzo politico e*

In altri termini, sicuramente nell'attuale frangente *post*-emergenziale le politiche strategiche di ripresa economica si configurano come il prodotto anche, in misura significativa, dell'azione delle istituzioni europee[39]. Se queste non venissero incluse nell'analisi, ben difficilmente si avrebbe un quadro corretto di come tali *policies* si articoleranno nelle more dell'attuazione dei *Recovery Plan*. Tuttavia, questa constatazione, del tutto condivisibile, non deve far pensare che il contributo degli organi costituzionali nazionali alla loro determinazione sia venuto meno: non si deve, cioè, incorrere nell'equivoco di ritenere che le scelte sovranazionali siano qualcosa di nettamente distinto e separato dagli ordinamenti interni[40].

A ben vedere, infatti, il processo decisionale che, per un verso, ha condotto all'adozione del *Recovery and Resilience Facility* e che, per altro verso, governerà l'erogazione delle risorse finanziarie segue la consueta impostazione governo-centrica che connota la *governance* economica europea, dominata dall'esecutivo bicefalo, Consiglio e Commissione europea[41]. Si tratta, segnatamente, di istituzioni in cui i Governi nazionali esercitano un peso decisivo (come nel caso del Consiglio) o comunque assai rilevante (come nei gruppi di lavoro della Commissione europea), a nome e in rappresentanza dei Paesi di appartenenza, nella programmazione, nella negoziazione e nella determinazione di tutte le varie politiche europee[42]. Sicché, gli

nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, p. 32. Per un quadro d'insieme v. anche N. LUPO, *Il Governo italiano settanta anni dopo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 174, il quale evidenzia come il Governo italiano e, più in generale, tutti i Governi degli Stati membri siano chiamati a esercitare quotidianamente una cospicua quota della propria attività, svolgendo un ruolo cruciale, in seno alle istituzioni dell'Unione europea.

39 Mette in luce gli articolati rapporti intercorrenti tra le istituzioni italiane e quelle europee nell'attuale frangente di ripresa economica: L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di ripresa e resilienza*, in *Astrid rassegna*, n. 17/2020, pp. 4 ss. In questa prospettiva, cfr. anche M. FISICARO, *Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values*, in *European Papers*, Vol. 4, No. 3, 2019, pp. 695 ss.

40 In merito v. A. SCIORTINO, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, cit., p. 260, la quale rimarca come questo equivoco abbia «fatto spesso comodo ai governi in diversi frangenti per scaricare la responsabilità a livello europeo di scelte impopolari».

41 Al riguardo è stato, peraltro, correttamente osservato come questo processo decisionale, dominato da Consiglio e Commissione europea, non abbia affatto esaurito l'intero *spatium deliberandi*, avendo lasciato sensibili margini di azione al Parlamento europeo, il quale, lungi dall'essere messo ai margini del dialogo politico, si è mostrato «parte attiva della discussione, della modifica e infine dell'approvazione del contenuto dispositivo del Reg. UE 2021/241 occupando gli spazi che la procedura co-decisoria col Consiglio consentiva». Lo evidenzia, tra gli altri, G. DE MINICO, *Una promessa incompiuta il piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., p. 369. Sotto questo profilo si vedano anche, diffusamente, E. BRESSANELLI, L. QUAGLIA, *La Genesi del Next Generation EU: intergovernativismo vs sovranazionalismo?*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 3/2021, pp. 353 ss.; M.C. GIRARDI, *Il ruolo del Parlamento europeo nel procedimento di approvazione del Next Generation Eu*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, pp. 337 ss.

42 N. LUPO, *Il Governo tra Roma e Bruxelles*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il Governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 195 ss. In tale contesto non va nemmeno

Stati beneficiari dell'assistenza finanziaria, tutt'altro che *bypassati* dall'Unione, partecipano pienamente al processo di ripresa europeo e ai connessi circuiti decisionali che in ambito sovranazionale si sviluppano[43].

In buona sostanza, quindi, il *Recovery and Resilience Facility*, nel delineare quello che a pieno titolo è stato definito un «maxi procedimento euro-nazionale»[44] di elaborazione e di implementazione dei vari PNRR, ci consegna un'impostazione soggettivamente complessa della funzione di *indirizzo politico*, distribuita tra più centri di autorità: un circuito osmotico che, in coerenza con l'art. 10 TUE, si alimenta delle molteplici relazioni e procedure che legano gli attori nazionali a quelli dell'Unione[45].

Volendo trarre le fila del discorso, pare difficilmente revocabile in dubbio che le condizionalità europee di ripresa e resilienza configurino uno stringente «vincolo esterno»[46] alle decisioni di *policy* degli Stati assistiti, che importa per essi, inevitabilmente, un qualche grado di coercizione ad attuare dettami sovranazionali

dimenticato il ruolo svolto dai cittadini degli Stati membri, chiamati ad esprimersi e a influire nella fase di avvio del circuito decisionale, «tanto a livello europeo, per l'elezione del Parlamento europeo (elezione che, indirettamente, incide altresì sulla nomina del Presidente della Commissione europea), quanto a livello nazionale, per l'elezione del relativo Parlamento e talvolta altresì per l'elezione del Capo dello Stato». Così, testualmente, R. IBRIDO, N. LUPO, *"Forma di governo" e "indirizzo politico": la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 35.

43 In questo senso N. LUPO, *Il Governo italiano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2018, pp. 944-948, il quale, nell'osservare che i Governi degli Stati membri operano in due sedi, una nazionale ed una sovranazionale, cita una frase di Federica Mogherini: «l'Italia ha due capitali, Roma e Bruxelles», con l'intento di rimarcare come «Il riconoscimento di un solo Governo, che ha sede e agisce contemporaneamente in due capitali, in due contesti istituzionali, e quindi di forme di governo europee e nazionali strettamente intrecciate, che danno origine ad un sistema parlamentare euro-nazionale, consente di inquadrare e di comprendere assai meglio le dinamiche che in questi anni si sono sviluppate, sia a livello nazionale, sia a livello europeo».

44 Impiega questa felice espressione N. LUPO, *La delega legislativa come strumento di coordinamento dell'attività normativa di Governo e Parlamento: le lezioni che si possono trarre dalla legge n. 421 del 1992 (anche ai fini dell'attuazione del PNRR)*, cit., p. 15. V., in merito, anche G. PICCIRILLI, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e l'impatto sulla forma di governo italiana*, in *Ciclo di seminari sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, *Luiss School of Government*, Roma, 7 marzo 2022. Più in generale, sulla nozione di «sistema parlamentare euro-nazionale», cfr., *ex multis*, A. MANZELLA, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, pp. 1 ss.

45 L'applicabilità della nozione di *indirizzo politico* con riferimento all'Unione europea è tutt'altro che pacifica. Tra coloro che ne fanno uso, cfr. R. IBRIDO, N. LUPO, *"Forma di governo" e "indirizzo politico": la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, cit., pp. 30 ss. Al riguardo R. IBRIDO, *Oltre le "Forme Di Governo". Appunti in tema di "assetti di organizzazione costituzionale" dell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, p. 4., evidenzia che «la tendenza a proiettare meccanicamente determinati concetti fuori dal loro campo naturale di applicazione comporta il rischio di sottovalutare le specificità di scopo, di funzionamento e di architettura istituzionale dell'Unione europea». In questo senso, v. anche L. PALADIN, *Il deficit democratico nell'ordinamento comunitario*, in *Le Regioni*, n. 6/1996, 1031, a detta del quale l'Unione europea «non rientra in nessun modello concettuale precostituito, bensì delinea da sé i propri schemi, che vanno giudicati in vista della loro intrinseca efficienza e non già per la loro rispondenza ad alcun figurino giuridico o politologico».

in cambio di aiuti finanziari, di fatto difficilmente rinunciabili a fronte della grave emergenza economica che l'epidemia da Covid-19 ha provocato[47]. Ciononostante l'impressione generale è che un simile vincolo, lungi dal determinare una forma velata di sostituzione dell'Unione ai suoi Stati membri, debba pur sempre essere inquadrato come frutto di scelte non esclusivamente europee, ossia di opzioni concertate e condivise anche con gli Stati beneficiari dell'assistenza[48]: risultato, in ultima istanza, di una certa unità di intenti, di un tendenziale *idem sentire* di obiettivi e finalità tra livelli nazionali e sovranazionale, nell'ottica di quello che – a torto o a ragione – è stato esaltato come l'«*Hamiltonian moment*» della storia dell'integrazione europea[49].

46 In merito alle condizionalità macroeconomiche quale espressione di un vincolo esterno, v. A. SOMMA, *Inasprire il vincolo esterno. Il Meccanismo europeo di stabilità e il mercato delle riforme*, in *Economia e Politica*, 2 gennaio 2020, p. 2. Più in generale, sulla teoria del vincolo esterno, inteso come strumento per imporre all'Italia gli investimenti e le riforme necessari, altrimenti irrealizzabili a causa dell'inadeguatezza della classe politica italiana, non si può non rinviare alla ricostruzione operata da uno dei suoi più ferventi sostenitori, Guido Carli: cfr., G. CARLI, *Cinquant'anni di vita italiana*, Laterza, Bari-Roma, 1993, pp. 3 ss. Per un'interpretazione critica del vincolo esterno, v., inoltre, G. FERRARA, *L'indirizzo politico dalla nazionalità all'apolidia*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin. Atti del Convegno di studi (Padova, 19-21 giugno 2003)*, Cedam, Padova, 2004, pp. 114 ss.; A. MANGIA, *Vincolo esterno e Costituzione funzionale*, in *Diritto costituzionale*, n. 2/2018, pp. 5 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Sovranità statale e vincolo finanziario. Potere pubblico e potere privato nel governo degli Stati europei*, in *Diritto costituzionale*, n. 2/2018, pp. 85 ss. Esalta, invece, la funzione del vincolo esterno, in riferimento ai fondi stanziati nell'ambito del NGEU, F. BASSANINI, *Le riforme, il "vincolo esterno europeo" e la governance del PNRR: lezioni da un'esperienza del passato*, in *Astrid Rassegna*, n. 8/2021, pp. 1 ss.

47 F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, cit., p. 77. Del resto, nelle parole di uno dei maggiori studiosi della condizionalità come strumento di *governance*, Frank Schimmelfennig, la condizionalità viene definita come un meccanismo di «reinforcement by reward», così, espressamente: F. SCHIMMELFENNIG, U. SEDELMEIER, *Introduction: Conceptualizing the Europeanization of Central and Eastern Europe*, in F. SCHIMMELFENNIG, U. SEDELMEIER (eds.), *The Europeanization of Central and Eastern Europe*, Cornell University Press, Ithaca, NY, 2005, pp. 1 ss.

48 Insiste sul punto N. LUPO, *La forma di governo italiana, quella europea e il loro stretto intreccio nella Costituzione "composita"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2019, pp. 175 ss. Di una sovranità europea condivisa, in relazione alle politiche macroeconomiche, discorre inoltre F. BILANCIA, *Sistema delle fonti ed andamento del ciclo economico: per una sintesi problematica*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, pp. 1428 ss. Al riguardo, ancora, L. BARTOLUCCI, *Le reazioni economico-finanziarie all'emergenza Covid-19 tra Roma, Bruxelles e Francoforte (e Karlsruhe)*, cit., pp. 154 ss., osserva correttamente che «in un sistema integrato come l'Unione europea, le reazioni all'emergenza – sul piano economico-finanziario – devono necessariamente essere lette in modo congiunto, analizzando insieme le risposte che sono state date dai singoli Stati membri e dalle istituzioni dell'Unione europea. Queste ultime, infatti, non si possono considerare slegate da quelle nazionali, posto che ci si trova ormai in un ambiente nel quale vige una Costituzione composita europea, strutturata in procedimenti euro-nazionali di bilancio».

49 Il virgolettato è tratto dalla dichiarazione dell'allora Vice-Cancelliere tedesco Olaf Scholz, il quale, in un'intervista resa il 19 maggio 2020 al settimanale *Die Zeit*, aveva immaginato che, attraverso l'emissione di *bonds* comuni da parte della Commissione europea, ossia mediante una condivisione del debito necessario per finanziare il NGEU, sia pure basata su stringenti condizionalità di spesa, si stesse vivendo un vero e proprio «momento hamiltoniano», in grado di porre le fondamenta per giungere

nel tempo a una politica fiscale e di bilancio finalmente accentrata. Si allude, in particolare, alla proposta di Alexander Hamilton, Segretario al Tesoro americano, di mutualizzare il debito accumulato dalle 13 *ex* colonie britanniche durante la lotta per l'indipendenza dal Regno Unito. Proposta che, approvata nel 1790, gettò le basi dell'unità fiscale della nascente Federazione degli Stati Uniti d'America. Cfr., in proposito, F. SAITTO, *No taxation without representation: il dibattito sul potere di tassare alle origini dell'esperienza costituzionale statunitense e la sua eredità*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2013, pp. 641 ss. Sul punto, peraltro, la dottrina appare tendenzialmente divisa. Tra gli autori che paiono, in qualche misura, accostare l'attuale fase di ripresa e resilienza europea ad una sorta di «momento hamiltoniano», si possono richiamare A. SANDULLI, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2020, p. 409, che definisce il Next Generation EU «il primo passo concreto verso l'unione fiscale», nonché F. SCUTO, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 916, il quale, in riferimento alla risposta sovranazionale alla crisi pandemica, discorre espressamente di «un cambio di paradigma da parte dell'Unione in relazione al ruolo dell'intervento pubblico nell'economia». V. *contra*, invece, S. FABBRINI, *Il Recovery Fund e l'unione fiscale*, in *Il Sole24 ore*, 23 maggio 2020 nonché in *Luiss Open*, che avvicina lo strumento non ad Alexander Hamilton, bensì ad Albert Gallatin (Segretario al Tesoro americano, 1801-1814), il quale escogitò i c.d. *grants-in-aid* diretti a condizionare gli Stati sovvenzionati al perseguimento degli specifici obiettivi federali. In termini critici, anche, O. CHESSA, *Critica del neo-costituzionalismo finanziario. Sul nesso tra scienza economica e diritto pubblico*, in *Diritto & Conti. Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2021, pp. 96 ss.

^

NATURA DELL'ATTO UNILATERALE D'OBBLIGO NELL'ACCORDO DI PROGRAMMA: ATTO DISPOSITIVO DI DIRITTI IN ATTESA DI ESPANSIONE?

Giacomo Biasutti

Abstract
*I*l contributo, partendo dalle diverse posizioni di dottrina e giurisprudenza maturate intorno alla natura dell'atto unilaterale d'obbligo nell'accordo di programma, cerca di ricostruire l'istituto tra diritto civile ed amministrativo. Un tanto al fine di formulare una proposta coerente in relazione alla situazione giuridica soggettiva del privato e della aspettativa che questi matura nei confronti della pubblica amministrazione in tale operazione pubblico-privata. Così, in particolare, ricostruendo l'istituto in termini di atto di disposizione di diritti che non sono ancora pienamente maturati nel patrimonio giuridico del cittadino perché la relativa espansione è mediata dall'attività della pubblica amministrazione.

The essay, starting from the different positions of doctrine and jurisprudence developed regarding the nature of the unilateral commitment of the citizen towards the so called "accord di programma", tries to critically analyse the institution between civil and administrative law. This in order to formulate a coherent proposal in relation to the subjective legal situation of the private individual and its relation towards the public administration in such matter. Thus, in particular, by examining the institution in terms of the provision of rights that have not yet fully grown in the citizen's legal assets because their real activation and expansion is mediated by the activity of the public administration.

SOMMARIO: 1. L'atto unilaterale d'obbligo, una chimera dalla incerta natura. - **2.** L'accordo di programma come strumento di programmazione negoziata di diritto pubblico. - **3.** La partecipazione privata alla concertazione pubblica: l'atto unilaterale d'obbligo. - **4.** Una prima, possibile, soluzione: la natura privatistica dell'atto unilaterale. **- 5.** Segue. Un diverso punto di vista: sulla conclusione di un accordo sostitutivo in esito all'atto unilaterale d'obbligo. - **6.** Una proposta di sintesi: suggestioni intorno ai c.d. diritti soggettivi a regime amministrativo. - **7.** Segue. Sulle conseguenze in tema di riparto di giurisdizione e tutela processuale. - **8.** Tirando le somme. L'atto unilaterale come strumento dispositivo privato a regime amministrativo: una tautologia inutile o una espressione propria dell'interesse legittimo?

1. L'atto unilaterale d'obbligo, una chimera dalla incerta natura.

Tra le diverse chimere circolanti nel nostro ordinamento giuridico, una di particolare interesse è, per vero, l'atto unilaterale d'obbligo accessivo all'accordo di

programma. Si tratta di una formula con la quale il privato che abbia un interesse diretto, concreto ed attuale nell'ambito di una operazione pubblica definita dalle amministrazioni in via consensuale tra loro, dispone della propria situazione giuridica soggettiva in relazione all'operazione stessa, vincolandosi per parte propria ad una serie di adempimenti in favore della P.A.[1]. Ed un tanto, senza essere parte di una intesa che resta comunque squisitamente giuspubblicistica[2]. Tratteremmo, insomma, quantomeno ad una prima lettura di un atto privato che, in qualche modo, può interagire, interferire, financo incidere[3], sull'attività amministrativa esecutiva di un accordo tra soggetti pubblici. È tuttavia proprio l'assenza di una definizione normativa che porta ad interrogarsi su quale sia la reale natura dell'atto unilaterale d'obbligo e, dunque, se la sua provenienza soggettiva lo releghi a impegno vincolante di carattere meramente privatistico oppure se il fatto che questa *promessa* sia preordinata a influire -o, meglio, destinata a confluire- sull'esercizio di potestà pubblicistiche, non debba portare a conclusioni diverse. Non vi è dubbio, infatti, che l'incertezza qualificatoria porta con sé una serie di domande, a partire dal presupposto che legittima la nascita di un vincolo obbligatorio molte volte nel silenzio di legge sino alle conseguenze in termini di tutela giurisdizionale per i soggetti coinvolti, che meritano una analisi ulteriore alla semplice constatazione dell'esistenza di una fattispecie nella prassi[4].

2. L'accordo di programma come strumento di programmazione negoziata di diritto pubblico.

Il primo elemento su cui appuntare quindi l'attenzione nel cercare di rispondere alle domande ora proposte è l'accordo di programma. Con il termine *accordo di programma* si intende solitamente definire quella tipologia di strumenti di intesa non

1 Come sottolineato dalla giurisprudenza, siamo nell'ambito degli strumenti di collaborazione tra pubblico e privato, che sono emersi dal contestuale «affievolimento del principio di autoritatività inteso nel senso tradizionale e l'emersione e valorizzazione del principio di collaborazione. Non è un caso che proprio gli atti d'obbligo unilateralmente assunti dal privato in vista dell'adozione di un provvedimento amministrativo siano considerati antesignani degli accordi disciplinati dall'art. 11 della l. n. 241 del 1990», così TAR Veneto, sez. II, 4 giugno 2010, n. 4397, cit.

2 Non solo per la natura dell'accordo, ma soprattutto per i relativi paciscenti, che possono essere solamente pubbliche amministrazioni in senso sostanziale.

3 Come si vedrà, quantomeno sotto il profilo della concreta efficacia della operazione amministrativa complessiva, sebbene a volte questo principio efficientistico porti a tensioni rispetto al rispetto della legalità ove l'atto si presenti sostanzialmente atipico, poiché non direttamente normato. Questo, come si vedrà, un *leit motif* nell'analisi della fattispecie all'attenzione, ove la ricerca di una struttura non presente nella legge è prima di tutto funzionale alla garanzia di legalità sostanziale. Questa difficile dicotomia tra legalità ed efficienza, qui solo accennata, è ben chiara alla lettura della relazione di M. D'ORSOGNA, dal titolo *Teoria dell'invalidità e risultato*, contenuta in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, *Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003*, Giappichelli, Torino, 2004.

4 Anzi, l'uso estremamente diffuso che nella prassi viene fatta di questo strumento di collaborazione pubblico-privata induce proprio ad indagarlo con maggiore attenzione.

aventi natura contrattuale[5], attraverso i quali si irregimentano le relazioni tra diverse pubbliche amministrazioni che intendano raggiungere obbiettivi comuni attraverso un percorso concertato. Non si tratta, in altre parole, di un negozio giuridico privato[6], bensì di uno strumento di c.d. programmazione negoziata di diritto pubblico[7]. Esso, però, si distingue altresì dagli accordi sostitutivi del provvedimento[8], costituendo una fattispecie sostanzialmente atipica, proprio per il fatto che non vi è un singolo provvedimento individuabile che viene sostituito dal mutuo consenso. Semmai, a essere sostituiti sono una pluralità di provvedimenti e procedimenti[9]: l'accordo, in

5 In questi termini, infatti, E CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Giuffré, Milano, 2010, pag. 593, cit., traccia il solco distintivo tra questa fattispecie e quella, diversa, del contratto di programma. Questa seconda intesa, da qualificarsi come negozio privato propriamente detto, si caratterizza invece proprio per la possibilità di concertare con soggetti estranei alla P.A. un percorso condiviso. Resta, per vero, anche in questo caso il vincolo per l'amministrazione a procedere nel perseguimento del pubblico interesse, dacché lo strumento troverebbe la propria giustificazione oggi nell'art. 1 della l. n. 241/1990, ove si prevede una preferenza per i moduli non aventi natura autoritativa ove si possa raggiungere un risultato equivalente a quello che si avrebbe attraverso l'adozione di un provvedimento proprio.

6 Differentemente, insomma, da quanto si poteva leggere all'art. 2 d.lgs. n. 22/1997 ove, in tema di gestione del ciclo integrato dei rifiuti, i rapporti con l'affidatario nell'espletamento del servizio venivano definitivi a livello contrattuale dalla parte pubblica.

7 Anche in questi termini parte autorevole della dottrina ritiene che si tratterebbe quindi di un istituto giuridico *sui generis*, non inquadrabile direttamente né all'interno della tipologia contrattuale né al novero dei provvedimenti propriamente intesi. Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffré, Milano, 1992, R. FERRARA, *Gli accordi di programma: potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, CEDAM, Padova, 1993. Si tratta, per vero, di una convinzione maturata anche ad opera di altri autori, come afferma, con riferimento ad A.R. Tassone E. FOLLIERI, *Il potere amministrativo tra autorità e consenso nelle opere di Antonio Romano Tassone*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, n. 2-3; Più recentemente, la dottrina si è in parte concentrata sul mutamento del rapporto tra cittadino e P.A., laddove, ad esempio, F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Giuffré, Milano, 2004, esamina il diverso *status* giuridico del privato che giunga ad intese con l'amministrazione, pur nella consapevolezza che in questi casi non si tratta di un *accordo* in senso proprio perché riguardante la spendita di pubblico potere che è, come tale, non transigibile (in senso analogo, peraltro, E. MAURO, *note in tema di diritto amministrativo paritario*, Argo, Lecce, 2007). Altri invece si sono concentrati nella ricerca di regole comuni tra diritto amministrativo e diritto civile circa l'esecuzione degli obblighi, come M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2007, n. 1. Nel complesso, in ogni caso, ciò che emerge maggiormente è la distanza che lo strumento dell'accordo vede maturare e progressivamente incrementare rispetto agli strumenti di diritto privato propriamente intesi, Si tratta di un pensiero, per vero, maturato autorevolmente già vent'anni orsono, laddove F.G. SCOCA, *Autorità e consenso, Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, 2002, n. 2, p. 431, cit.,. già al tempo sosteneva che "*in dottrina, soprattutto nelle opere più recenti, aleggia spesso una "mistica" del consenso: l'autorità rappresenterebbe il passato, il consenso il futuro di un'amministrazione democratica*". Il che, come si vedrà, costituisce peraltro utile elemento nel cercare una soluzione alla questione che ci occupa, cfr. E. FOLLIERI, *Gli esigui spazi della capacità del diritto privato della pubblica amministrazione*, in *GiustAmm.it*, 2019, n. 5.

8 I quali, invece, come noto involgono il consenso del privato destinatario del provvedimento sostituito o integrato dall'intesa raggiunta con la P.A.

questi termini, costruisce una collaborazione[10], ossa un modello, per l'appunto, eminentemente procedurale di spendita del potere pubblico.

In quest'ottica, dunque, l'elemento distintivo sotto il profilo soggettivo, risiede nel fatto che l'accordo di programma involge esclusivamente soggetti posti su di un piano paritetico: esso, dunque, non genera dalla necessità di coinvolgere un privato che sia destinatario dell'azione amministrativa[11] in una forma di collaborazione necessaria. E, per questo, l'accordo in parola non prevede mai la partecipazione diretta del cittadino[12].

Sovente accade, però, che il privato debba giocoforza avere un ruolo più o meno rilevante nella attuazione concreta della programmazione concertata a monte nell'intesa, vuoi perché destinatario diretto dell'azione della P.A., vuoi, soprattutto, perché qualificato come esecutore dell'opera o gerente del servizio che viene ad essere disciplinato attraverso il quadro definito all'interno dell'accordo raggiunto dalle parti pubbliche. Si pone, così, il problema di definire le modalità attraverso le quali consentire questa partecipazione, forse anche a livello programmatorio prima che esecutivo. Non trattandosi, però e come detto, di accordi sostitutivi del provvedimento, gli strumenti di concertazione in esame non partecipano delle stesse soluzioni individuate a livello generale dall'art. 11 della l. n. 241/1990, che sostanzialmente sono mutuate dalla giurisprudenza quando affronta il tema in parola nell'ambito del diritto dell'urbanistica[13]. Pertanto, il privato non può

9 Insomma, il fatto che a valle i singoli provvedimenti sostituiti rimangano legalmente tipizzati, consente peraltro di escludere che allo strumento in parola possano essere elevate critiche circa la possibile violazione del principio di tipicità degli atti amministrativi (e dunque anche di istituti che, variamente denominati, vadano a sostituire queste formule predeterminate di espressione del potere).

10 Ci si suole riferire, in questi termini, ad una formula di coordinamento come risultato dell'esercizio di più poteri tra loro indipendenti e che di per sé non può essere qualificata direttamente come una relazione amministrativa. Piuttosto, infatti, ci si trova in questi casi a individuare l'istituto come risultato di diverse relazioni amministrative che si intrecciano tra di loro in regime di reciproca influenza. Così D. D'ORSOGNA, *Le relazioni organizzative*, in F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019, in specie pag. 106 e ss.

11 Proprio con questa espressione definisce l'accordo come strumento procedurale R. FERRARA, *La pubblica amministrazione tra autorità e consenso: dalla «specialità» amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Diritto amministrativo*, 1997, n. 2. L'Autore, in particolare, sottolinea come in un'ottica collaborativa l'apporto al procedimento del privato abbia una funzione tutelata dall'ordinamento che potremmo definire sostanzialmente anticipatoria rispetto ad eventuali modificazioni della relativa sfera giuridica soggettiva. Così si giustifica a valle l'interesse privato alla stipula di accordi sostitutivi del provvedimento.

12 Ben diversamente da quanto avviene negli accordi di cui all'art. 11, l. n. 241/1990, per i quali autorevole dottrina ha individuato una precisa funzione difensiva del privato; cfr. G. VACIRCA, *Accordi pubblicistici: incremento della tutela del privato?*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, Giuffré, 2002.

13 Ci si riferisce, anzitutto, alla sentenza citata alla nota 1: sostanzialmente il giudice amministrativo si occupa degli atti unilaterali non a livello di inquadramento giuridico generale ma solo per risolvere questioni in materia di edilizia ed urbanistica ed in regime di giurisdizione esclusiva. Ove le questioni

semplicemente sottoscrivere l'accordo generando una fattispecie *praeter legem* senza snaturare l'accordo di programma nella sua interezza in violazione del principio di tipicità. Di qui il problema di far partecipare il cittadino ad un accordo del quale il cittadino stesso non può essere parte.

La risposta che è invalsa nella prassi -e a volte viene codificata a livello normativo[14]- è quella, come si anticipava, dell'atto unilaterale d'obbligo. Trattasi di un atto con il quale il privato assume autonomamente degli impegni all'interno della programmazione pubblica per poter ricevere, a contropartita, i vantaggi indiretti che risultano dall'intervento o servizio programmato. Non è chiara, però la natura di quest'atto di disposizione della situazione giuridica soggettiva del cittadino, che certo lo pone in relazione con la P.A. ma che non proviene *ab interno* dalla partecipazione ad un procedimento che lo veda coinvolto.

3. La partecipazione privata alla concertazione pubblica: l'atto unilaterale d'obbligo.

Si è ora detto che l'accordo di programma, quale specie particolare del genere degli accordi tra pubbliche amministrazioni[15], non ha natura privatistica e, pertanto, non si trova direttamente disciplinato all'interno delle disposizioni civilistiche. Di contro, esso non è però nemmeno un accordo sostitutivo del provvedimento, dunque nemmeno le disposizioni generali della legge sul procedimento amministrativo danno soluzione alla questione intorno alle modalità di partecipazione del privato all'intesa[16].

Di qui la duplice complessità che si incontra nello studio dell'atto unilaterale d'obbligo. Da un lato, l'impegno del cittadino si inserisce all'interno di un atto che non lo vede quale soggetto paciscente[17], il che pare portare a dedurre che questo impegno mantenga la veste privata del soggetto da cui proviene. Dall'altro, la natura dello strumento nel quale pretende di intervenire il cittadino, pare di converso

in ordine alle situazioni giuridiche soggettive che possono avere accesso alla tutela processuale sono molto semplificate.

14 Ci si riferisce, in particolare, alla l. r. Veneto, n. 11/2004, al cui art. 7 sono disciplinati gli accordi di programma. La disposizione prevede, infatti, al comma I, che «I rapporti con i privati sono disciplinati da un atto unilaterale d'obbligo o da una convenzione da allegare all'accordo di programma». Questo sul presupposto esplicitato dalla norma che l'intervento o la gestione del servizio programmato a livello di accordo necessiti, per essere proficuamente realizzato, dell'intervento sinergico di soggetti privati.

15 Di cui in particolare all'art. 15 della l. n. 241/1990.

16 Resta esclusa, pertanto, l'applicazione tralatizia della disciplina del Codice civile, art. 1321, che prevede il mutuo consenso quale principio generale di efficacia delle disposizioni nel caso si faccia questione di una modifica volontaria della reciproca situazione giuridica soggettiva.

17 Diversamente, come detto, da quanto avviene negli accordi disciplinati dalla legge sul procedimento amministrativo, ove la partecipazione privata è veicolo di una più efficace tutela della posizione del cittadino nella spendita di potere discrezionale della pubblica amministrazione.

impedire l'applicazione semplicistica delle disposizioni civilistiche, che si ricordano essere invocabili *in parte qua* solo ove espressamente compatibili e non direttamente derogate dalla disciplina di carattere speciale[18] quando si fa questione di accordi della P.A. non aventi natura contrattuale.

Proprio per questi motivi, allora, nella prassi si tende a non proporre riflessioni circa la natura dell'atto unilaterale d'obbligo, che pare anodino e allo stesso tempo sfuggente. Il successo pratico di questa metodologia operativa è stato, tuttavia, indubbio: lo strumento consente infatti al privato che venga coinvolto nella programmazione di aderire ai contenuti dell'accordo, facendoli propri. Ulteriormente, come suggerito dalla dizione dell'istituto in parola, con l'atto unilaterale il soggetto si fa carico di obbligazioni determinate senza necessità che queste gli vengano imposte dall'amministrazione. E questo, per vero, anche se tali impegni non siano dettagliati nello stesso accordo di programma.

L'utilizzo dello strumento, dunque, in questi termini non risulta affatto ridondante: l'adesione preventiva del privato fa conseguire l'autoesecuzione del precetto che è sicuramente funzionale all'ottimizzazione dell'azione amministrativa, specie nella misura in cui evita procedimenti inutili ovvero provvedimenti limitativi della sfera privata che potrebbero essere contestati. Infatti, l'accettazione dei contenuti dell'accordo assume viepiù la consistenza processuale in una sorta di rinuncia preventiva alla tutela giurisdizionale rispetto all'accordo, che viene fatto proprio anche quale atto presupposto di eventuale attività provvedimentale a valle[19]. Questo, invero, con la precisazione che, così inteso, l'atto unilaterale si avvicinerebbe quanto ad effetti più propriamente ad una forma di acquiescenza, ossia alla accettazione della decisione amministrativa, piuttosto che ad un atto dispositivo della situazione giuridica soggettiva in senso proprio[20]. Non si può però mancare di

18 E questo perché non si tratta di contrattare posizioni transigibili, nemmeno per le singole amministrazioni coinvolte. Infatti, la giurisprudenza ha sottolineato che l'accordo assume una natura particolare proprio perché è strumento che «implica l'azione integrata di più amministrazioni, di modo che con la sottoscrizione dell'accordo, queste assumono pari dignità in ragione della coessenzialità dell'apporto di ciascuna di esse» (Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 2021, n. 1948, cit., nonché, in termini, della stessa sezione, 20 luglio 2018, n. 4413, 2 marzo 2011, n. 1339, 6 dicembre 1999, n. 2067, 28 aprile 2006, n. 2411 e 21 novembre 2005, n. 6467).

19 Dopo l'atto unilaterale d'obbligo, pertanto, il privato non potrà più porre in discussione quanto previsto tra le P.A. *in apicibus*, poiché ha prestato una acquiescenza anticipata.

20 Ci si riferisce alla ricostruzione operata da L. FORMENTIN, *Rinuncia nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, UTET, Roma, 1991, il quale sottolinea come l'acquiescenza del privato al provvedimento amministrativo sia una forma di esercizio della situazione giuridica sostanziale, ancora esistente seppur intaccata dall'esercizio del potere pubblico, mentre la rinuncia propriamente intesa comporta invece a rigore la radicale abdicazione della situazione giuridica sostanziale. E, dunque, nel caso dell'acquiescenza l'oggetto proprio dell'atto privato sarebbe il provvedimento amministrativo, il che sul piano pratico porta a conseguenze di non poco momento. Infatti, permanendo viva la situazione giuridica sostanziale, questa potrebbe essere ancora invocata, per aspetti non disciplinati dall'atto accettato dal privato, tanto in sede procedimentale quanto in sede

sottolineare come autorevole dottrina[21], invece, abbia ritenuto che il fenomeno dell'adesione al provvedimento come mezzo di acquiescenza e quello della rinuncia quale atto dispositivo dell'interesse legittimo sostanziale siano tra loro sovrapponibili, anche perché implicanti il medesimo risultato sul piano processuale[22]. Si è ritenuto, insomma, che l'interesse legittimo non sopravviva alla dismissione del potere di impugnazione del provvedimento lesivo. Sebbene sul piano pratico tale ricostruzione trovi indubbie ragioni, appare però preferibile ritenere che l'atto unilaterale d'obbligo, ancorché qualificabile come forma di acquiescenza anticipata *sui generis*, lasci pur sempre sopravvivere nel fascio di procedimenti disciplinati dall'accordo di programma quelle residue facoltà attinenti all'interesse legittimo sostanziale del privato che aderisca al patto tra P.A., poiché tali facoltà nascono e vivono proprio nelle disposizioni dell'accordo medesimo.

Ad ogni modo, resta il fatto che, ove invece gli obblighi in capo al privato fossero contenuti e descritti solo nell'atto di adesione, l'amministrazione conseguirebbe in ogni caso il vantaggio di non dover imporre queste prestazioni in via unilaterale, con tutto quello che ne consegue sul piano pratico e giuridico[23].

---

giurisdizionale.

21 Ci si riferisce, in particolare, alla tesi di R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo. Vicende dell'interesse legittimo*, Padova, CEDAM, 1987 (poi più recentemente oggetto di autorevole richiamo e analisi, tra gli altri, da parte di N. PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, ESI, 2003). L'Autore in particolare, parte dalla distinzione concettuale della rinuncia all'impugnazione del provvedimento attraverso uno specifico rimedio (ad es. rinuncia al ricorso straordinario piuttosto che rinuncia al ricorso gerarchico) rispetto alla rinuncia definitiva che implica l'impossibilità di censura dell'atto con qualsiasi mezzo di gravame. Dopodiché, attraverso uno stringente *iter* argomentativo, il Professore partenopeo giunge alla conclusione che la rinuncia comporti l'estinzione definitiva del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale in favore dell'interesse legittimo sostanziale, con analogo effetto rispetto alla rinuncia globale. Ma, proprio per questo, Egli evidenzia allora che l'interesse legittimo non è una mera figura processuale priva di qualsiasi consistenza sostanziale, poiché questa ricostruzione minimalista «non tiene conto di quei poteri strumentali, più o meno numerosi a seconda dei casi e cioè dei procedimenti, che il privato può esercitare in sede procedimentale al fine di stimolare e (o) di orientare in una determinata direzione l'esercizio del potere della p.a.: quali il potere di provocare l'apertura del procedimento ed il potere di intervenire in questo presentando osservazioni, opposizioni, deduzioni etc….che attestano pertanto in modo irrefutabile la rilevanza giuridica di tale situazione in una fase antecedente a quella dell'adozione del provvedimento e la impossibilità quindi di ridurre essa situazione ad un semplice diritto all'annullamento dell'atto».

Di diversa opinione, anche recentemente, si rammostra altra parte della dottrina. Per tutti S. PERONGINI, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, Giuffré, 2011, il quale ritiene di poter individuare autonome potestà di rinuncia ai singoli atti del processo, agli atti del giudizio e all'esercizio del diritto di azione che sono, a loro volta, indipendenti dalla situazione giuridica sostanziale, p. 304, e dottrina ivi citata.

22 Dunque, in questo senso, l'acquiescenza all'accordo di programma sarebbe già di per sé un atto anche dispositivo della situazione giuridica sostanziale.

23 Certo è, però, che in questo caso la predeterminazione rispetto a quanto oggetto di obbligazione da parte dell'aderente viene meno. Così come è ragionevole concludere, pure, che in esito alla proposta privata, resti riservata alla P.A. la possibilità di non accettare l'adesione all'accordo di programma, ove

Resta indubbio, però, come appaia difficile comprendere la natura di un tale atto, che *proviene* da un privato, il quale *dispone* delle proprie situazioni giuridiche ma, al contempo, che *accede* ad un accordo tra pubbliche amministrazioni.

4. Una prima, possibile, soluzione: la natura privatistica dell'atto unilaterale.

Una prima soluzione alla questione potrebbe essere ritenere che l'atto unilaterale sia semplicemente una espressione di potestà privata e che quindi, pur accedendo ad un accordo di natura pubblicistica, permanga disciplinato quanto agli effetti prodotti dal -solo- diritto civile.

Volendo seguire questa impostazione, si deve anzitutto rilevare come, in applicazione dell'art. 1173 del Codice civile, le fonti delle obbligazioni sono il contratto, l'atto illecito e qualsiasi altro atto o fatto ritenuto ad un tanto idoneo per legge[24]. Tra le singole fonti individualmente prese in considerazione dallo stesso testo, si rinvengono le promesse unilaterali[25], di cui all'art. 1987 c.c. Questo articolo, per vero, prevede che la promessa unilaterale del privato non possa in linea generale produrre effetti obbligatori per il promittente al di fuori dei casi previsti dalla legge. Il che, a ben vedere, comporta problemi di tipicità della fattispecie non differenti da quelli che si possono riscontrare nell'ambito di un accordo sostitutivo del provvedimento, laddove deve sempre sussistere una previsione normativa[26] che, a monte, consenta la produzione di effetti all'intesa con il privato[27]. Vi è così, ad

questa non soddisfi in maniera adeguata il pubblico interesse sotteso all'accordo stesso. Nulla vieta, peraltro, che l'amministrazione procedente richieda pure delle modifiche o delle aggiunte quanto alle obbligazioni assunte in via unilaterale da parte del privato.

24 Si deve ricordare, peraltro, come autorevole dottrina ritenga che per *fonte* il Codice intenda riferirsi più propriamente al *titolo* dell'obbligazione, come sottolineato da M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Giuffré, Milano, 1951. Sulla stessa linea di pensiero, peraltro, si è espresso pure, in epoca coeva, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. IV, Giuffré, Milano, 1953-1955.

25 G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile*, F.lli Bocca, Torino, 1927, questa tipologia di fonte dovrebbe essere annoverata tra quelle di carattere negoziale e non nella diversa categoria delle fonti legali, all'interno delle quali il legislatore ha inteso dare rilevanza a comportamenti che non richiedono il mutuo consenso per la modifica delle situazioni giuridiche soggettive.

26 Riconoscendo, peraltro, ai provvedimenti amministrativi un principio di tipicità legale che può essere relativa: ove la disposizione di legge deleghi ad un atto sottordinato l'individuazione puntuale di determinate fattispecie di provvedimenti, il principio stesso può dirsi in definitiva rispettato.

27 Peraltro, la dottrina ritiene che questa sia una norma di mero rinvio, di fatto superflua. Infatti, ove il legislatore preveda individualmente la rilevanza obbligatoria della promessa, questo fa assumere di per sé carattere vincolante alla dichiarazione unilaterale. Di contro, tale individuazione secondo un principio di eccezione, farebbe già di per sé ritenere che la regola generale sia quella della inefficacia della promessa unilaterale non qualificata. Cfr. G. SBISÀ, *La promessa al pubblico*, Giuffré, Milano, 1974. Un tanto sebbene vi sia stato pure chi ha contestato questa teoria della tipicità ritenendo invece che una applicazione rigida del principio di cui all'art. 1987 del Codice civile finirebbe di fatto con l'erodere il diverso principio di atipicità negoziale invece sancito all'art. 1322 che lo precede – e che pure in effetti riguarda più propriamente i negozi bilaterali. Non vi sarebbe ragione, in questa prospettiva, di negare la possibilità atipica di disposizione della propria sfera giuridica patrimoniale al

esempio, che in materia urbanistica già l'art. 11 della l. n. 10/1977[28], prevedesse che «il concessionario può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione con le modalità e le garanzie stabilite dal comune», così indirettamente concedendo quel sostrato di legittimazione normativa necessario acciocché la promessa unilaterale civilistica potesse produrre effetti in tale ambito. Sulla scorta di questa disposizione la giurisprudenza è però venuta concludendo che gli atti in esame «pur appartenendo al più ampio genus degli atti negoziali e dispositivi coi quali il privato si assume obbligazioni, si caratterizzano ... per essere teleologicamente orientati al rilascio del titolo edilizio nel quale sono destinati a confluire. È stato pertanto affermato che essi non rivestono un'autonoma efficacia negoziale»[29]. Con una formula ambigua, quindi, si finisce con il definire quello in parola come un atto negoziale ma, al contempo, ne si nega ogni valenza autonomamente dispositiva. E questo perché nel diritto amministrativo generale una disposizione che abbia valenza per tutte le possibili fattispecie di promessa unilaterale non è presente, tantomeno ove riferita agli accordi di programma. Vi sono alcune disposizioni settoriali, certo, come la l.r. Veneto n. 11/2004, ove è prevista l'adesione all'accordo di programma in materia urbanistica tramite atto unilaterale, ma nulla che consenta di ritenere efficace sotto il profilo giusprivatistico l'istituto che ci occupa[30].

Dacché, inquadrando la fattispecie solo dal punto di vista del diritto civile, viene da chiedersi se la previsione di cui al d.lgs. n. 267/2000, siccome precipitato dell'art. 15 l. n. 241/1990, sia sufficiente a definire la base normativa per la rilevanza giuridica di un atto obbligatorio privato di carattere unilaterale. In altri termini, occorre stabilire se la norma amministrativa soddisfi il requisito civilistico che richiede una previsione di legge che *autorizzi* il privato a disporre efficacemente delle proprie situazioni giuridiche in maniera unilaterale. La risposta però è negativa: anche in questo caso, la lettura del disposto di legge non aiuta a raggiungere il fine sperato. L'art. 34 del Testo Unico, infatti, non considera in alcun modo la possibilità per il privato di partecipare all'accordo, né tramite atto unilaterale, né attraverso la stipula

cittadino anche in via unilaterale, poiché il consenso della controparte non ne modifica la capacità dispositiva. Sul punto R. SCOGNAMIGLIO, *Contributi in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, *sub* art. 1324, Zanichelli, Roma-Bologna, 1970 e, nello stesso commentario, edizione 1959, anche G. BRANCA, *sub* art. 1987.

28 Oggi la disposizione è stata sostituita, pur con medesimo contenuto, dall'art. 16 del D.P.R. n. 380/2001.

29 Così Cons. Stato, sez. II, 19 gennaio 2021, n. 579, che cita come precedenti rilevanti in tale orientamento anche la sentenza della sez. IV, 26 novembre 2013, n. 5628 e la pronuncia della Cass. Sez. Un., 11 luglio 1994, n. 6527.

30 Ed un tanto, a ben vedere, è giustificato a livello generale proprio sulla scorta del fatto che la disciplina di diritto pubblico, in effetti, non si deve occupare direttamente di atti di diritto privato, molte volte non trovandosi nemmeno coordinata con il Codice civile se non nella misura in cui opera un rinvio mobile alle relative disposizioni, come avviene ad esempio all'art. 11 della l. n. 241/1990, già citato.

di una diversa intesa con la P.A. a valle del patto pubblicistico, quand'anche faccia seguito alla sua domanda del cittadino. Gli unici soggetti cui si rivolge la disposizione, invero, sono le parti pubbliche[31], e lo stesso si può dire, a maggior ragione, con riferimento all'art. 15, l. n. 241/1990. La conclusione che ne si deve trarre, quindi, è che non possiamo considerare le disposizioni predette quale fonte legittimante alla produzione degli effetti dispositivi della promessa unilaterale, condizione come visto richiesta dal Codice civile.

Proprio per questo, allora, potrebbe apparire una risposta facile al problema della giustificazione della efficacia dell'atto dispositivo quella di ritenere che sia il consenso prestato dalla P.A. nell'ambito dell'accordo di programma a legittimare la produzione di effetti giuridici da parte della promessa privata. Sennonché la soluzione non convince, per diversi motivi. Anzitutto, il consenso del destinatario dal punto di vista sostanziale muta in bilaterale un atto che nasce -e nella prassi come visto si vuole rimanga- unilaterale. E poi, come già detto, il privato non può accedere all'accordo di programma, che è uno strumento riservato alla concertazione di interessi pubblici da parte di più amministrazioni gerenti[32]. Ci si scontrerebbe, in altre parole, non solo con la natura unilaterale dell'atto, ma pure con la natura dell'intesa nella quale questo vuole inserirsi e che è, questa si, normativamente qualificata. La previsione dell'accettazione di effetti direttamente in seno all'accordo, in definitiva, farebbe ricondurre il risultato sperato -ossia la rilevanza giuridica di carattere obbligatorio della premessa- attraverso l'esercizio di potere di diritto pubblico, ossia attraverso il consento del destinatario. Il che è la negazione della postulata natura privatistica ed unilaterale che in tesi si vorrebbe dimostrata.

5. Segue. Un diverso punto di vista: sulla conclusione di un accordo sostitutivo in esito all'atto unilaterale d'obbligo.

Diversa soluzione potrebbe prospettarsi, allora, qualificando l'atto unilaterale come elemento accessivo -ancorché accidentale- all'accordo di programma. Si è detto,

31 Ed, infatti, il relativo comma 4 definisce l'istituto in parola come «l'accordo, consistente nel consenso unanime del presidente della regione, del presidente della provincia, dei sindaci e delle altre amministrazioni interessate».

32 Questa conclusione pare confermata, in via diretta, dalla lettura dell'art. 34 del d.lgs. n. 267/2000 nella misura in cui si riferisce, come già detto, alle sole P.A. (peraltro inserendosi in un contesto organico di disciplina degli enti locali). Indirettamente, però, è la stessa giurisprudenza che ritiene l'accordo di programma una specie del genere degli accordi tra pubbliche amministrazioni normati dall'art. 15 della l. n. 241/1990. E questo conferma una volta in più come non possiamo trattare di un patto misto di sostituzione del provvedimento di cui al diverso art. 11 della legge fondamentale sul procedimento amministrativo. Tale articolo, infatti, è richiamato si dal 15, ma solo nella misura in cui fa applicazione della disciplina civilistica in quanto compatibile. Sul punto si veda, in particolare, TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 30 aprile 2010, n. 1635, ove, citando il precedente dello stesso TAR Lombardia, Milano n. 5620/04, si è ritenuto che l'art. 15 l. n. 241/90 fosse «norma generale sugli accordi di programma».

infatti, che tale intesa ha natura pubblica[33], seppur tendenzialmente *sui generis*. È allora interessante osservare come la già richiamata l.r. Veneto n. 11/2004 preveda che, rispetto alla fattispecie ora ricordata, «I rapporti con i privati sono disciplinati da un atto unilaterale d'obbligo o da una convenzione da allegare all'accordo di programma»[34]. Ora le convenzioni di cui trattasi[35], secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, costituendo strumenti di attuazione, assumono «carattere negoziale a valenza pubblicistica»[36] e, pertanto, vanno soggette alla disciplina di diritto pubblico, in quanto accordi ai sensi dell'art. 11 della l. n. 241/1990[37]. Sicché, trattandosi di un accordo tra parte pubblica e soggetto privato che sostituisce uno o più provvedimenti propriamente intesi, è evidente che trattiamo di una fattispecie anzitutto devoluta alla cognizione del giudice amministrativo[38].

Se queste sono le conclusioni lineari dell'inquadramento operato per queste convenzioni accessorie, ci si deve domandare se un atto che è reputato equivalente sotto il profilo degli effetti[39] abbia la medesima natura e disciplina pubblicistica di una intesa con la P.A. Infatti, ove si faccia questione di un accordo sostitutivo del provvedimento, in definitiva, si finisce con l'equiparare la natura giuridica sostanziale dei due istituti coinvolti -provvedimento sostituito e accordo, per l'appunto- sul presupposto che gli stessi sono suscettibili di produrre i medesimi

33 Il riferimento, infatti, è ad esempio a quanto affermato dal Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2008, n. 2470 secondo cui l'accordo di programma ha natura pianificatoria pubblica, ad esempio in ambito urbanistico ove è volto alla riqualificazione delle aree complesse.

34 Art. 7, comma I, ultimo periodo.

35 Copiosa la dottrina in merito alle convenzioni di diritto amministrativo, a partire da G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Giuffré, Milano, 1984, come pure *Convenzioni e accordi amministrativi (profili generali)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IX, Roma, 1988, e voce *Obbligazione – obbligazioni pubbliche*, *ibidem*, vol, XXI, oltre E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, R. FERRARA, *op.cit.*, e V. CERULLI IRELLI, *Qualche riflessione su "accordi" e "contratti di diritto pubblico*", in G. BARBAGALLO -E. FOLLIERI-G. VETTORI, (a cura di), *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, ESI, Napoli, 1995, solo per citare gli Autori che hanno inquadrato sistematicamente il tema. Più di recente, vedasi pure G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003.

36 Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 5152.

37 Cons. Stato, sez. IV, 13 gennaio 2005, n. 222.

38 Come disposto dall'art. 133, comma I, lett. a), n. 2). In tema, peraltro vedasi le riflessioni di A. POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, CEDAM, Milano, 2014, pag. 135 e ss., ove si rimarca come la ragione principale dell'assegnazione di una situazione giuridica soggettiva ad un plesso giurisdizionale speciale piuttosto che a quello ordinario, nell'ordinamento moderno, non possa che essere giustificata dalla necessità di una tutela piena ed effettiva del cittadino. Invece, quanto alle ragioni che avrebbero determinato e giustificato l'ascrizione delle materie alla cognizione del giudice speciale sotto i profili tecnici e di tecnica decisoria, vedasi G.P. PONTICELLI, *Le implicazioni storiche della giurisdizione esclusiva e loro indicazioni per la riforma dell'istituto*, in AA.VV., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, Atti del V seminario della sezione umbra del C.I.S.A., (Perugia, 1970)*, Giocoli, Firenze, 1972.

39 Che, in questo caso, sono quelli di obbligare il privato all'adempimento degli impegni assunti e definiti *in primis* dall'accordo di programma.

effetti proprio sul piano sostanziale rispetto ai soggetti coinvolti[40]. O, più propriamente, per il fatto che è loro presupposto il perseguimento del medesimo interesse pubblico: il bilanciamento degli interessi da parte dell'amministrazione non può che essere analogo sia che emetta il provvedimento, sia che sottoscriva un accordo[41].

Ebbene, vi è da chiedersi, allora, come un tanto possa dirsi verificato ove l'atto che raggiunge gli effetti di un accordo sostitutivo non solo sia unilaterale, bensì provenga da -e formalmente sempre permanga nella disponibilità di- un privato[42]. Nel cercare di risolvere la questione, non si può che partire da quanto affermato dalle Sezioni Unite[43], secondo le quali l'atto con il quale il privato aderisca e si impegni ad eseguire un accordo di programma assume la qualifica sostanziale di accordo sostitutivo del provvedimento[44]. E, in ogni caso, l'atto stesso si inserisce pure nella fase come detto esecutiva di una intesa avente natura pubblicistica, per la quale si deve riconoscere la giurisdizione amministrativa secondo i principi delineati dal c.p.a.: già questo, insomma, costituisce un indizio circa la natura dell'atto per i giudici. Il tema che si pone, però, è come un atto unilaterale finisca con l'essere definito un accordo tra le parti, il quale invece all'evidenza presuppone l'espressione in qualche modo di un consenso di chi lo riceva. Ebbene, l'apparente antinomia potrebbe essere risolta prendendo in considerazione il fatto che la partecipazione privata, alternativamente,

40 E questo con buona pace del fatto che l'art. 11, l. n. 241/1990, faccia espressamente salva la posizione dei terzi rispetto all'accordo.

41 E questo perché non è l'interesse pubblico ad essere transigibile con l'accordo. Detto in altre parole, l'accordo si giustifica -e non diviene contratto- proprio per il fatto che persegue il medesimo interesse pubblico cui ambirebbe il provvedimento sostituito, solo che può farlo con una maggiore efficacia. E questa maggiore efficacia deriva dalla doppia considerazione del fatto che, da un lato, il destinatario principale porterà tendenzialmente ad autonoma esecuzione il disposto del patto (avendovi aderito). Dall'altro per la circostanza che magari lo stesso privato, con il proprio apporto, può collaborare ad individuare i migliori strumenti di perseguimento dell'interesse pubblico. In questi termini, utile quanto affermato da S. CIMINI, *La concertazione amministrativa: note sugli accordi di programma*, in *lexitalia.it*, 1999, nonché, ne *Il diritto della regione*, Cedam, Milano, 1999, n. 2, secondo cui si rinverrebbe nell'ordinamento «un chiaro orientamento del legislatore verso un sistema di esercizio concertato del potere tanto nelle relazioni fra soggetti del potere amministrativo e privati, quanto nei rapporti intersoggettivi fra le amministrazioni nei diversi livelli di governo (Stato - Regioni - Enti locali). Segnatamente, per quanto riguarda gli accordi tra pubbliche amministrazioni, gli scopi di questo favor legis verso un'amministrazione consensuale e concertata sono, sostanzialmente, due: da un lato, la necessità di coordinare e ricondurre ad unitarietà un sistema amministrativo altamente frammentato sotto il profilo delle competenze; dall'altro lato, la volontà di dotare la pubblica amministrazione di strumenti convenzionali in grado di assicurare una sempre maggiore flessibilità dell'azione amministrativa al fine di semplificare situazioni complesse con un'attività sempre più concertata e negoziale», cit.

42 Questo è, infatti, quanto previsto dalla legge regionale del Veneto.

43 Sentenza 7 gennaio 2016, n. 64.

44 E questo, a leggere tra le righe della sentenza citata alla nota che precede, pare potersi dire secondo il giudice a prescindere dalla qualifica formale che venga data all'atto. E, pure, in disparte il fatto che l'atto stesso abbia provenienza unilaterale da parte del privato.

o è prevista nell'accordo stesso[45], oppure è accettata dalla P.A. procedente una volta che il singolo avanzi una proposta[46]. E questo non deve sorprendere: trattiamo pur sempre della gestione della cosa pubblica per il perseguimento di finalità generali: come tale, la fattispecie esclude che un *quisque de populo* possa unilateralmente influire sui poteri gestori della P.A. ove questa non vi acconsenta. E quindi l'atto unilaterale d'obbligo, in realtà, si disvelerebbe per nulla più di quello che è: un accordo concluso con il consenso preventivo di una delle parti, ove non addirittura una proposta unilaterale a contrarre cui l'amministrazione procedente aderisce.

In questo senso, pertanto, le alternative che si pongono sarebbero due. In un caso, la P.A. coinvolta potrebbe rispondere espressamente all'atto, accettando o rifiutando l'accesso al privato rispetto all'esecuzione dell'accordo pubblico. Nel primo caso, si concreterà quindi l'accordo *ex* art. 11 d.lgs. n. 241/1990, nel secondo l'intesa non si ha e la proposta resta priva di effetti[47]. Alternativamente, però, l'amministrazione potrebbe restare silente. In questo caso, il silenzio per regola generale dovrebbe essere qualificato in termini di assenso ogniqualvolta non ci si trovi in casi espressamente esclusi dalla disciplina di applicazione dell'art. 20 della legge fondamentale sul procedimento amministrativo[48]. Vi è però che, applicando l'istituto del silenzio-assenso, si avrebbe quello che sotto il profilo sostanziale dovrebbe essere un accordo tra le parti formato *per silentium*. E, tuttavia, l'art. 11 precitato afferma però che gli accordi sostitutivi debbono avere forma scritta *ad substantiam* ed essere preceduti dai controlli che sarebbero stati necessari per l'adozione del provvedimento sostituito. In questo caso, allora, l'unico modo per salvare la fattispecie sarebbe quella di qualificare l'atto unilaterale come una istanza di partecipazione esecutiva alla programmazione che, ove non rifiutata, sarebbe automaticamente accettata – salvo eccezioni. Il che è piuttosto problematico. Se non altro perché avremmo un atto che muta natura a seconda della risposta che gli venga data dall'amministrazione[49]. Con l'ulteriore problema, peraltro, che trattandosi di atti unilaterali cui deve essere dato seguito attraverso una precisa attività

45 Poiché questo, proprio sostituendo provvedimenti e concertando procedimenti, solitamente involge casi specifici nei quali il privato destinatario è individuato o quantomeno individuabile *per relationem*. Dunque, si può nella maggioranza dei casi individuare in via preventiva e generalizzata quelli che potrebbero essere i potenziali soggetti coinvolti.

46 Caso, quest'ultimo, più raro, ma che non può essere escluso aprioristicamente, posto che ciascun cittadino ben potrebbe avere interesse ad una porzione della esecuzione dell'accordo tra le amministrazioni.

47 Salva, evidentemente, la possibilità che il privato impugni avanti al TAR il rigetto, che è un provvedimento amministrativo in senso proprio.

48 In disparte, peraltro, l'eventualità in cui lo stesso accordo di programma non riconosca espressamente una qualifica propria al silenzio che la P.A. dovesse serbare rispetto alla presentazione dell'atto da parte del privato.

49 Essendo alternativamente, allora, una proposta a stipulare un accordo sostitutivo del procedimento ovvero una istanza di parte privata valevole per maturare un silenzio significativo.

amministrativa, nella maggior parte dei casi il silenzio dovrebbe essere qualificato come forma di inadempimento, quindi più propriamente sanzionabile *ex* art. 31 e 117 c.p.a. piuttosto che attraverso un istituto di assenso o diniego tacito[50]. Non si rinvengono, infatti, previsioni generali che qualifichino il silenzio come assenso in queste fattispecie: il silenzio, quindi, resta una mancata risposta e non consente di far conseguire il risultato utile al privato.

6. Una proposta di sintesi: suggestioni intorno ai c.d. diritti soggettivi a regime amministrativo.

Le considerazioni ora proposte, se pur coerenti ove osservate dal punto di vista del risultato finale conseguito con l'atto unilaterale -ossia il raggiungimento di una intesa con la P.A.- non spiegano però quale sia la natura dell'atto stesso. E, dunque, se si vuole cercare una risposta di sintesi all'interno di un coacervo di riflessioni ciascuna dotata di una propria dignità ma che, alfine, risultano in esiti non del tutto coerenti dal punto di vista sistematico poiché le soluzioni tendono a mutare a seconda del punto di vista prospettico assunto, occorre allora partire dai concetti generali all'interno dei quali incasellare l'atto unilaterale d'obbligo. Da un lato, si può escludere che esso sia atto sottoposto in via esclusiva al regime di disciplina del diritto privato[51]: non è il riconoscimento normativo della vincolatività dell'atto unilaterale d'obbligo -che si rinviene nell'ordinamento solamente in pochissimi casi- a far assumere rilevanza obbligatoria a quest'ultimo. Semmai, tale capacità obbligatoria viene in essere nel momento in cui l'atto privato si inserisce nell'ambito di un procedimento amministrativo complesso[52] con il consenso della P.A. Se quindi ci si avvede che l'istituto, per quanto descritto con termini che potrebbero richiamare la disciplina degli atti privati, in realtà non è un atto disciplinato dal diritto civile,

50 E dunque, come tale, peraltro direttamente impugnabile. Sul punto, peraltro, vedasi L. TARANTINO, *Il giudizio sul silenzio amministrativo: soluzioni giurisprudenziali e dottrinali a confronto*, in F. CARINGELLA-M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Giuffré, Milano, 2002, che bene illustra l'evoluzione della tutela giurisdizionale nel previgente regime normativo. Più propriamente, invece, sulla potestà decisoria del giudicante nell'ambito di questa tipologia di contenzioso, C. FRAENKEL HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa: Germania, Austria, Italia*, Giuffré, Milano, 2004 e *Il silenzio dell'amministrazione: echi d'oltralpe*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, n. 3. Più recentemente, ad inquadramento della sistematica codicistica in ultimo applicata, A. QUARANTA-V. LOPILATO, *Il processo amministrativo*, Giuffré Milano, 2011.

51 Esso è, insomma, può forse essere un atto privato dal punto di vista soggettivo e, forse, pure sotto il profilo oggettivo. Non così è dal punto di vista della relativa disciplina, posto che la rilevanza nell'ordinamento gli viene riconosciuta non in quanto atto *iure privatorum* ma se ed in quanto si inserisce in un procedimento amministrativo complesso.

52 Quale è, per l'appunto, il procedimento volto alla stipula dell'accordo di programma, che deve peraltro essere visto come un *unicum* senza soluzione di continuità rispetto alla fase esecutiva. Un tanto è dimostrato dal fatto che la giurisdizione amministrativa si estende anche alla detta fase di esecuzione per espressa disposizione del Codice del processo amministrativo.

risulta più semplice comprendere quale ne sia l'atto legittimante rispetto alla relativa produzione di effetti giuridici. Tale fonte legittimante non può che essere l'accordo di programma, sia in esso menzionata o meno la possibilità del privato di aderirvi *ab externo*[53] con questo istituto. L'atto unilaterale, allora, altro non è che una istanza privata alla pubblica amministrazione che, come tale, attiva un subprocedimento propriamente inteso di sua valutazione da parte della P.A. competente[54], che permane obbligata in ogni caso ad una risposta espressa[55]. Ove questa non arrivi, più propriamente si dovranno attivare i rimedi previsti avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione, posto che il relativo assenso, concernendo in questo caso la ponderazione di interessi che non può che dirsi discrezionale.

Pertanto, si deduce che l'atto unilaterale d'obbligo, pur soggettivamente privato[56] e oggettivamente misto quanto agli effetti[57], consente di far divenire efficacie giuridicamente la disposizione del privato in ordine alla propria sfera giuridica soggettiva nei confronti dell'amministrazione e dei terzi proprio poiché esso è qualificabile in realtà come istanza che sollecita l'esercizio del potere pubblico. In questi termini esso produce pure quell'effetto, riconosciutogli in giurisprudenza[58], di preludere all'esercizio del potere amministrativo, influenzandone il contenuto.

Dacché si deduce, in analogia a quanto attentamente sostenuto in tema di Segnalazione Certificata di Inizio Attività, che ci troveremmo anche in questo caso davanti ad uno strumento dispositivo di diritti soggettivi a regime amministrativo[59]:

53 Si usa questo termine in senso improprio poiché attraverso l'atto unilaterale d'obbligo il privato non diviene mai parte dell'accordo di programma nel senso di intenderlo come paciscente sopravvenuto. In questa eventualità, infatti, verrebbe meno la qualificazione dell'accordo come intesa di diritto pubblico tra pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 15, l. n. 241/1990: esso si trasformerebbe in intesa ai sensi del precedente art. 11, e per di più per mezzo di un atto privato. Una ipotesi, però, che non sarebbe più legalmente tipica, in senso proprio, rispetto al procedimento sostituito dall'accordo, che inizialmente non prevedeva la partecipazione privata siccome atto essenzialmente programmatorio.

54 Il che, pertanto, risolve anche il problema della individuazione concreta del *partner* privato nella realizzazione della programmazione pubblicistica. Tale selezione, infatti, avviene apprezzando la relativa posizione giuridica soggettiva in relazione all'interesse pubblico perseguito dall'accordo.

55 Ai sensi, in particolare, dell'art. 2, della l. n. 241/1990. Vedasi sul punto A. TIGANO, *Il "provvedimento semplificato" fra accelerazione del procedimento e obbligo di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in *giustamm.it*, 2016, n. 10, in specie al par. II ove l'Autore si interroga sulla sussistenza di un diritto ad una risposta della pubblica amministrazione all'istanza che possa dirsi anche separato rispetto all'interesse legittimo al conseguimento del bene della vita da parte del privato.

56 E che, come tale, rimane anche a seguito della risposta della P.A., poiché l'assenso non si converte automaticamente in accordo sostitutivo nel silenzio della legge.

57 In quanto, pur certamente attinente alla disponibilità privata della situazione giuridica soggettiva, involge pur sempre posizioni contermini a quelle presidiate dal potere pubblico: è questo, infatti, che giustifica la partecipazione del privato al procedimento dell'accordo.

58 In questi termini pare venire a concludere la lunga e articolata disamina proposta dalla già citata sentenza Così Consiglio di Stato, sez. II, 19 gennaio 2021, n. 579.

59 Ci si riferisce alla ricostruzione operata, in particolare, da E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Cedam, Padova, 2001.

vincolante nel momento in cui presentato alla P.A. per chi lo presenti, l'atto unilaterale diviene efficace dal momento in cui l'amministrazione stessa esercita il potere amministrativo cui è sollecitata. Tratteremmo, dunque, di un atto che certamente è dispositivo rispetto a situazioni giuridiche liberamente circolabili ad opera del privato[60]. E, sicuramente, il relativo intervento nell'accordo di programma si giustifica proprio se ed in quanto ha una influenza apprezzabile in termini positivi rispetto al perseguimento dell'interesse collettivo siccome identificato in concreto nell'intesa dalle amministrazioni paciscenti. Pertanto, l'atto di disposizione del patrimonio, pur rientrando nella sfera di autonomia privata dei diritti, soggiace a regime amministrativo nella misura in cui non è propriamente libero ma legittimato quanto ad efficacia, a monte o a valle, dalle scelte operate dall'amministrazione.

7. Segue. Sulle conseguenze in tema di riparto di giurisdizione e tutela processuale.

Dunque, si può concludere che l'atto unilaterale d'obbligo permane formalmente e, soprattutto, sostanzialmente privato[61], e che non muta la propria natura a seconda dell'assenso amministrativo perché qualora si converta in un accordo è l'accordo medesimo a venire successivamente in rilievo, non già l'istanza privata. Questo, ulteriormente, consente di affermare che la discrezionalità che si esprime nel procedimento in capo alla P.A. non consente di far maturare al privato una aspettativa direttamente qualificata e dunque legittimante quanto alla sua partecipazione ad un accordo sostitutivo attraverso l'istanza unilaterale[62]. L'aspettativa, semmai, qualora il soggetto interessato sia in possesso dei requisiti, ha

L'Autore, che in approfondisce il tema della S.C.I.A., istituto previsto e disciplinato all'art. 19 della l. n. 241/1990, ritiene che il controllo ammnistrativo (così viene inquadrata la funzione di verifica della P.A. successiva alla presentazione della Segnalazione) abbia la finalità di garantire il rispetto del diritto obbiettivo in relazione ad attività che sono ritenute in generale consentite dalla legge ma che, avendo un riflesso anche indiretto sulla collettività indistinta, non possono essere del tutto avulse da una forma di irreggimentazione pubblicistica.

60 È indubbio, infatti, che fintantoché i provvedimenti amministrativi esecutivi dell'accordo di programma non vengono adottati, la situazione giuridica soggettiva del privato non può dirsi autonomamente incisa da un accordo tra P.A., se non in casi del tutto particolari nei quali la stessa programmazione di interventi e servizi sia di per sé già lesiva dei terzi. Accordo che, peraltro, può solo avere l'effetto di preordinare all'ablazione il diritto del privato e non, invece, quello di produrre direttamente limitazioni in assenza dei provvedimenti a valle, proprio perché si tratta essenzialmente di una forma di coordinamento dei pubblici poteri.

61 Salvo che lo si qualifichi, a seguito dell'intervento positivo della pubblica amministrazione, alla stregua di un accordo sostitutivo del procedimento, nei termini che si sono sopra illustrati.

62 Così, invero, si è espresso il Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2021, n. 2999, a mente del quale «Non sussiste, infatti, alcun affidamento che possa qualificarsi come *legittimo*, se rapportato sia alla natura, sia alle caratteristiche dell'istituto dell'accordo di programma, sia, infine, all'iter procedimentale che è stato effettivamente intrapreso e svolto nella vicenda in esame». Laddove la premessa del ragionamento pare escludere *in nuce* qualsivoglia possibilità di affidamento per il privato nell'ambito di un accordo di programma.

ad oggetto la pretesa di vedere adeguatamente valutata la propria proposta, al pari di quanto avviene in generale per le istanze presentate alla pubblica amministrazione[63]. E questo, intessendo un parallelo con quanto affermato in materia edilizia, è coerente con la natura meramente accidentale[64] dell'atto unilaterale.

Quanto detto comporta alcune ulteriori considerazioni in tema di tutela giurisdizionale.

La questione di più lineare soluzione si pone ove al proprio atto-istanza il privato si veda opporre un rifiuto. In questo caso vi è un provvedimento amministrativo direttamente lesivo che potrà essere immediatamente impugnato.

Qualora, invece, la P.A. rimanga inerte, non rispondendo in alcun modo, ci si troverebbe avanti ad un silenzio come detto non qualificato, che alla luce delle considerazioni svolte poc'anzi, è da ritenersi mero inadempimento in quanto preclude al privato di raggiungere lo scopo[65] che questi si prefigge[66]. In tali termini, il comportamento omissivo della parte pubblica può essere sanzionato attraverso la c.d. azione avverso silenzio, *ex* art. 117 c.p.a.[67]. Nel caso di cui trattasi, non pare potrà trovare applicazione l'art. 31, comma III, dello stesso d.lgs. n. 104/2010, nella misura

63 Si ricorda peraltro che l'art. 2, l. n. 241/1990, nella misura in cui impone alla P.A. di concludere i procedimenti che *debbono* essere iniziati a seguito di una istanza di parte, fa riferimento proprio al *diritto* del privato di avere una risposta dai pubblici uffici con i quali si interfacci. Precursore di queste conclusioni sul tema, per molti aspetti, lo scritto di A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 1949, n. 3, ove l'Autore si concentrava, in particolare, sul contegno amministrativo inadempiente che di per sé non poteva essere qualificato in termini di rifiuto. Nondimeno, la giurisprudenza, piuttosto che alla disposizione della citata legge fondamentale sul procedimento amministrativo, preferisce fare riferimento a norme settoriali che, in effetti, impongano alla P.A. di riscontrare eventuali istanze: cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 4 – 8 maggio 2017, n. 2099.

64 Ed, infatti, al pari di quanto avverrebbe nel caso di un assenso del privato rispetto ad un accordo sostitutivo o integrativo del provvedimento *ex* art. 11, l. n. 241/1990, il consenso privato non è di per sé essenziale al buon esito dell'azione amministrativa. La P.A. permane in ogni caso titolare del potere di disciplina autoritativa delle situazioni giuridiche private, seppur allo stesso preferisca la ricerca del consenso del destinatario per le ragioni che si sono dette. E questo, secondo la dottrina, è in sé un predicato del principio di non negoziabilità dell'interesse pubblico: G. BARBAGALLO – E. FOLLIERI-G. VETTORI (a cura di), *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, ESI, Napoli, 1995, nonché, ancor più nello specifico, F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Diritto amministrativo*, 2000, n. 2, e, dello stesso Autore, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Giuffré, Milano, 2004.

65 In questi termini, si correla la situazione giuridica soggettiva del richiedente alla necessità che per la sua soddisfazione si frapponga il *medium* di una azione dei pubblici poteri: V. PARISIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata*, Milano, 2002.

66 E che non può essere raggiunto se non attraverso il medio di una valutazione amministrativa propria, dunque eminentemente discrezionale.

67 *Ex multis*, vedasi sull'argomento C. GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, nonché E. QUADRI, *Tutela contro l'inerzia della pubblica amministrazione*, in R. GAROFOLI-G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, III, neldiritto.it Roma, 2010 e M. RENNA-F. FIGORILLI, *Silenzio della pubblica amministrazione – Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 2010.

in cui consente al giudice di decidere direttamente sulla fondatezza della pretesa del ricorrente anziché semplicemente ordinare all'amministrazione di rispondere. Troppo evidente, infatti, sembra essere la discrezionalità ancora residua[68], per quanto la P.A. possa essersi autovincolata stipulando l'accordo di programma.

In tema, per vero, esiste pure una corrente giurisprudenziale che non ritiene applicabile il rito del silenzio nel caso in cui il privato vanti una situazione di diritto perfetto anziché di interesse legittimo[69]. Nel caso in esame, invero, pur trattando di un atto dispositivo -anche- di diritti, la pretesa avanzata attraverso la proposta unilaterale di inserire la propria posizione nell'accordo di programma, proprio poiché afferente ad una intesa di diritto pubblico[70], rimane invece a livello liminale di interesse legittimo, non evolvendo di per sé alla consistenza di atto perfetto di disposizione dei propri diritti per il sol fatto che con l'atto unilaterale di diritti si può disporre. Pertanto, in sintesi, l'azione *ex* art. 117 rimane pienamente ammissibile anche nel caso di specie.

Le cose si complicano, invece, qualora l'atto unilaterale produca i suoi effetti vincolanti quale prenotazione di una posizione di interesse pubblico e sia il terzo controinteressato a contestare l'accesso allo strumento dell'accordo di programma da parte del privato dichiarante[71]. Non avendo l'atto unilaterale natura pubblicistica, è anzitutto sicuro che questo non potrà essere oggetto di impugnazione diretta[72] avanti al T.A.R. Ciò che potrà essere impugnato, rimane sempre e solo l'atto amministrativo che accetta l'impegno privato (anche sotto forma di intesa sostitutiva) o, a monte, l'accordo di programma. Ed, in questo caso, il riparto di giurisdizione è definito dall'art. 133, comma I, lett. a), n. 2, del Codice del processo amministrativo, che riserva la cognizione sugli accordi della P.A. a T.A.R. e Consiglio di Stato. Così, l'atto unilaterale[73] viene assorbito al plesso giurisdizionale amministrativo quanto agli effetti della pronuncia siccome *accidentalia negotii* di un accordo di programma che

68 A tacere poi del fatto che l'azione esercitata, a quel punto, diverrebbe significativamente simile a quella proponibile *ex* art. 2932 del Codice civile, ossia un'azione costitutiva con la quale far valere la sussistenza di un obbligo a contrarre. Che però, per pacifica giurisprudenza non è applicabile agli accordi sostitutivi, che mantengono natura pubblicistica ove la volontà della P.A. non può essere coartata alla stipula: vedasi Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n 2636.

69 Così, *ex multis*, TAR Sicilia, Catania, sez. III, 27 settembre 2010, n. 3834, TAR Campania, Salerno, sez. I, 7 settembre 2011, n. 1488, Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2006, n. 6003, sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5834 e sez. IV, 7 luglio 2009, n. 4351.

70 O, meglio, proprio perché implicante la spendita di pubblici poteri per potersi dire perfetta.

71 Ad esempio, financo contestando la legittimazione del disponente ad accedere all'accordo.

72 Al pari di quanto avviene, per fare un esempio, con la S.C.I.A., laddove pur potendo l'amministrazione incidere sugli effetti della Segnalazione con poteri che hanno scontano i presupposti applicativi dell'autotutela, non si è innanzi ad un provvedimento amministrativo per stessa disposizione legislativa dell'art. 19, d.lgs. n. 241/1990.

73 O, per meglio dire, a ben vedere il provvedimento o contegno della P.A. che consentono a tale atto di produrre effetti giuridici sul patrimonio del soggetto che lo ponga in essere.

interviene nella relativa fase esecutiva[74] in vece di uno o più provvedimenti amministrativi che sarebbero stati necessari in assenza del consenso del privato. Quindi, l'accoglimento della domanda caducatoria sull'atto presupposto porta con sé la reversibilità totale degli effetti giuridici eventualmente prodotti sulla situazione giuridica soggettiva del privato che vi abbia aderito[75]. Ed, in questi termini, non si ha una distorsione della natura soggettiva dell'atto unilaterale d'obbligo – come detto privata – ma si agisce sugli effetti dello stesso, che, come visto, sono comunque sempre mediati da una azione amministrativa positiva. Si vede bene, in questo caso, che a ritenere invece l'atto come anche sostanzialmente privatistico, l'azione che caduchi l'accordo di programma al quale questo aderisca farebbe regredire ogni questione di efficacia dispositiva per il privato ad una difficile ricerca degli effetti di c.d. presupposizione dell'atto amministrativo rispetto a quello privato[76]. E, di conseguenza, ciò imporrebbe di vagliare le conseguenze dell'invalidità dell'accordo di programma su di un doppio binario, da un lato amministrativo, dall'altro civilistico rispetto ad una fattispecie dispositiva minata in radice dal venire meno del suo presupposto pubblicistico ma che pur sempre avrebbe prodotto effetti di diritto privato.

Nei termini che si sono ora visti, invece, il T.A.R. non conosce che incidentalmente dell'atto unilaterale d'obbligo e, in quanto istanza sollecitatoria dell'esercizio di potere pubblicistico, non ha alcuna necessità di esprimersi sullo stesso, eventualmente dichiarandolo inefficace. È sempre e solo l'azione amministrativa che forma oggetto del giudicato, ma, nella misura in cui questa è necessaria anche acciocché il privato disponga della propria situazione giuridica soggettiva, una

74 Ricorda, infatti, che sono devolute alla cognizione del giudice amministrativo tutte le controversie inerenti direttamente o indirettamente alla esecuzione di accordi della P.A., Cass., Sez. Un., 30 luglio 2017, n. 18985, che afferma un tanto anche in relazione alla erogazione di contributi in esecuzione di un accordo quadro tra pubbliche amministrazioni – peraltro anche dopo che questi siano stati concessi con perfezionamento in capo al destinatario di una situazione di diritto perfetto che solitamente instilla la giurisdizione ordinaria per le contestazioni sull'inadempimento degli impegni assunti.

75 Così, di fatto, la questione è risolta anche qualora l'atto unilaterale d'obbligo avesse prodotto già un qualche effetto per l'azione autonoma dell'istante.

76 E questo perché, nell'accordo di programma, si permane in un rapporto non paritetico. Invero, già in tempi risalenti autorevole dottrina riteneva che l'impossibilità di configurazione di un rapporto paritetico nella spendita di potere autoritativo impedisse di configurare la situazione legittimante all'azione avanti al TAR come una sorta di rapporto che si instauri tra la P.A. ed il cittadino che con questa venga ad avere un contatto qualificato. Così, infatti, E. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, in *Impresa, ambiente, pubblica amministrazione*, 1977, n. 1. Dacché, pertanto, l'oggetto giudizio dovrebbe permanere l'aspirazione al conseguimento di una utilità mediata dall'azione dei pubblici poteri secondo un principio di legalità, come sostiene R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Studi in onore di A. Amorth*, vol. I, Giuffré, Milano, 1982.

pronuncia caducatoria automaticamente ridefinisce i confini del patrimonio del cittadino promittente in via unilaterale[77].

Anche in questi termini, insomma, pare che la qualificazione dell'atto unilaterale come strumento privatistico di natura sollecitatoria all'esercizio del potere amministrativo paia maggiormente coerente con le conclusioni cui si può giungere geometricamente sotto il profilo della giurisdizione.

8. Tirando le somme. L'atto unilaterale come strumento dispositivo privato a regime amministrativo: una tautologia inutile o una espressione propria dell'interesse legittimo?

Proprio dalla giurisdizione, quale parametro della concreta coerenza circa la soluzione qualificatoria proposta, si può partire nel trarre le conclusioni intorno al discorso che si va proponendo.

Ritenere che l'atto unilaterale d'obbligo accessivo all'accordo di programma sia in via esclusiva qualcosa di non solo soggettivamente ma anche oggettivamente privato crea inconvenienti pratici di grande rilievo. E questo anzitutto perché impone ad una ipotesi di relazione qualificata con la P.A. un giudice non naturale -quello ordinario- a meno che non sia possibile che l'atto muti natura nel momento in cui questo viene ricevuto dalla stessa amministrazione. Ma, d'altronde, proprio questo cambiamento di pelle *in itinere* pare inevitabile, dal momento che il consenso amministrativo fa divenire l'atto dispositivo una sorta di accordo ulteriore che agisce in parallelo con l'accordo di programma principale. Tuttavia, questa soluzione pratica in realtà nulla dice quanto alla qualificazione della promessa del privato, né consente di spiegare come mai questa possa avere effetti obbligatori diretti per chi la ponga in essere. Anzi, questo finisce per relegare la rilevanza dell'atto al solo accordo *ex* art. 11 l. n. 241/1990 a valle: non è un caso che la giurisprudenza ne sostenga la rilevanza solo nella misura in cui preordinato ad essere inglobato in un atto autorizzatorio alla costruzione che arriva alla fine del procedimento[78].

77 In altri termini, in questo modo si mantiene la conoscenza sull'atto privato solo in via incidentale, come è consentito dall'art. 8 c.p.a. rispetto alle questioni pregiudiziali sulle quali si possa imbattere il giudice amministrativo. Disposizione, quest'ultima, inserita in quadro volto a garantire la maggiore effettività della giustizia avverso la P.A., evitando inutili declinatorie giurisdizionali: cfr. M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, ESI, Napoli, 2011, che si pone per certi versi anche il problema di come atteggiare l'azione amministrativa quando vi si frapponga la garanzia di disponibilità dei diritti soggetti da parte del privato. Vedasi anche A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, n. 2.

78 In questi termini la già citata sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 36 novembre 2013, n. 5628. Peraltro, la misura in cui l'atto incide ed influisce sull'esercizio del potere giustifica la relativa cognizione ad opera del giudice amministrativo in maniera molto più coerente di quanto non si possa fare con la semplice applicazione dell'art. 133 c.p.a. in materia di edilizia ed urbanistica.

Del pari, vi è però che l'atto unilaterale d'obbligo non produce effetti diretti rispetto all'accordo di programma senza l'intesa successiva, il che impedisce pure una qualificazione sostanzialmente pubblicistica diretta senza, ancora una volta, che vi sia un assenso della P.A. Anche in questi termini ci si trova allora avanti ad un vicolo cieco sul piano qualificatorio[79], posto che l'atto unilaterale non assume dignità a sé stante.

Proprio per questo, la soluzione che appare più coerente dal punto di vista sistematico è che l'atto unilaterale d'obbligo permanga soggettivamente e oggettivamente privato ma che, quale istanza sollecitatoria ad una valutazione individuale dell'interesse pubblico, contenga una disposizione del patrimonio giuridico soggettivo dell'istante che è mediata dall'attività di diritto pubblico della P.A. E che, pertanto, è vincolante nel momento in cui ricevuta con effetto prenotativo rispetto alle decisioni amministrative conseguenti[80]. Così si giunge a conclusioni coerenti nell'apprezzare l'atto non quale disposizione negoziale ma «valorizzandone il profilo teleologico che lo attrae alla piattaforma provvedimentale»[81].

In altre parole, il privato, interfacciandosi con i pubblici poteri nell'ambito di una convenzione pubblicistica, non dispone in realtà della propria situazione giuridica soggettiva, poiché quelli che egli apprezza come diritti sono tali solo in attesa di espansione. O, per meglio dire, non ne dispone quantomeno in riferimento al procedimento amministrativo cui vuole avere accesso per conseguirne benefici diretti ed indiretti. E questo perché l'assetto degli interessi in tali casi viene definito dall'accordo a monte, che non è per definizione disponibile o transigibile né ad opera del privato né per mano della P.A. L'atto privato, in questo senso, non è una liberalità, ma una istanza per il conseguimento di una utilità finale mediata

79 Seppure, in effetti, questa soluzione appaia meno problematica in punto giurisdizione, dal momento che un accordo sostitutivo sarebbe comunque attratto alla cognizione del giudice amministrativo.

80 Il che, peraltro, consente in ogni caso di interpretare l'atto dispositivo secondo i canoni di esegesi univoca e complessiva di cui all'art. 1362 del Codice civile.

81 Così Cons. Stato, sez. II, 6 aprile 2021, n. 2773. I giudici di Palazzo Spada, tuttavia, pur risolvendo da questo presupposto le questione sottoposte loro circa la validità dell'atto, non si spingono invece a valutare conseguentemente quale sia la posizione giuridica allo stesso sottesa. Ossia, in altre parole, trattano l'atto unilaterale alla stregua di una disposizione che viene fatta nell'esercizio di un interesse legittimo senza cogliere questa consistenza sostanziale della posizione giuridica. Finendo anzi per incorrere in una latente contraddizione dove, per non aver riconosciuto questa situazione giuridica, si conclude «l'atto unilaterale perde quella carica autoritativa ... quanto riflette una dimensione funzionale che lo atteggia ad elemento propedeutico al rilascio del titolo edilizio», dimenticando, invece che non è l'atto ad ammantarsi di autoritatività ma, pur sempre, il procedimento cui accede. Che, a differenza di un accordo sostitutivo, non perde questa caratura.

dall'azione amministrativa[82]. Che rientra, come tale, nel tipico schema dispositivo dell'interesse legittimo.

Bibliografia

BARBAGALLO G.–FOLLIERI E.-VETTORI G. (a cura di), *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, ESI, Napoli, 1995

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. IV, Giuffré, Milano, 1953-1955

BOSCOLO E., *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Cedam, Padova, 2001

BRANCA G., *sub* art. 1987 in *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli, Roma-Bologna, 1970

CANGELLI F., *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Diritto amministrativo*, 2000, n. 2

CANGELLI F., *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Giuffré, Milano, 2004

CAPACCIOLI E., *Per la effettività della giustizia amministrativa*, in *Impresa, ambiente, pubblica amministrazione*, 1977, n. 1

CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Giuffré, Milano, 2010

CERULLI IRELLI V., *Qualche riflessione su "accordi" e "contratti di diritto pubblico"*, in BARBAGALLO G.-FOLLIERI E.-VETTORI G., (a cura di), *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, ESI, Napoli, 1995

CIMINI S., *La concertazione amministrativa: note sugli accordi di programma*, in *lexitalia.it*, 1999, nonché, ne *Il diritto della regione*, Cedam, Milano, 1999, n. 2

D'ALBERTI M., *L'effettività e il diritto amministrativo*, ESI, Napoli, 2011

D'ORSOGNA D., *Le relazioni organizzative*, in F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019

D'ORSOGNA M., dal titolo *Teoria dell'invalidità e risultato*, contenuta in IMMORDINO M-POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, *Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003*, Giappichelli, Torino, 2004

82 Si richiama, in questo senso, l'autorevole ricostruzione della situazione giuridica di interesse legittimo operata da F.G. Scoca (ma in senso sostanzialmente analogo si è espresso anche L. Mazzarolli, come ricorda lo stesso Scoca ne *La "gestazione" dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, vol. I, Cedam, Padova, 2007, cfr. in ogni caso e per tutti, L. MAZZAROLLI, *Ancora quale riflessione in tema di interesse legittimo, dopo l'emanazione del Processo Amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, n. 4). Secondo questi l'oggetto dell'interesse legittimo sarebbe proprio costituito da quella specifica azione amministrativa che risulti strumentale per il privato ad acquisire (o a non perdere) il bene della vita cui questi ambisce: l'Autore afferma, infatti, che «sembra logico ritenere che l'oggetto proprio di un interesse strumentale sia appunto tale comportamento» in F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Giuffré, Milano, 1990, e, più recentemente con ulteriore ricchezza ricostruttiva anche a livello comparatistico, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017. In questi termini, quindi, è evidente come l'atto unilaterale d'obbligo non sia disposizione di diritto privato -e come tale assoluta dal potere amministrativo- dei propri diritti da parte del privato, bensì istanza rispetto ad una azione che, rispetto alla situazione giuridica soggettiva del cittadino, risulta sollecitatoria rispetto all'esercizio di un potere pubblico qualificato.

FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Giuffré, Milano, 1984
FALCON G., voce *Convenzioni e accordi amministrativi (profili generali)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IX, Roma, 1988
FALCON G., voce *Obbligazione – obbligazioni pubbliche*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1988
FERRARA R., *Gli accordi di programma: potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, CEDAM, Padova, 1993
FOLLIERI E., *Il potere amministrativo tra autorità e consenso nelle opere di Antonio Romano Tassone*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, n. 2-3
FOLLIERI E., *Gli esigui spazi della capacità del diritto privato della pubblica amministrazione*, in *GiustAmm.it*, 2019, n. 5
FERRARA R., *La pubblica amministrazione tra autorità e consenso: dalla «specialità» amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Diritto amministrativo*, 1997, n. 2
FRAENKEL HAEBERLE C., *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa: Germania, Austria, Italia*, Giuffré, Milano, 2004
FRAENKEL HAEBERLE C., *Il silenzio dell'amministrazione: echi d'oltralpe*, in *Dir. proc. amm.*, 2010,n. 3
CANGELLI F., *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Giuffré, Milano, 2004
GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, Giuffré, Milano, 1951
GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003
GUACCI C., *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012
MARRAMA R., *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo. Vicende dell'interesse legittimo*, Padova, CEDAM, 1987
MAURO E., *note in tema di diritto amministrativo paritario*, Argo, Lecce, 2007
MAZZAROLLI L., *Ancora quale riflessione in tema di interesse legittimo, dopo l'emanazione del Processo Amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, n. 4
PACCHIONI G., *Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile*, F.lli Bocca, Torino, 1927
N. PAOLANTONIO, Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo, Napoli, ESI, 2003. Di diversa opinione, S. PERONGINI, Le impugnazioni nel processo amministrativo, Milano, Giuffré, 2011
PAOLANTONIO N., *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, ESI, 2003
PERONGINI S., *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, Giuffré, 2011
POLICE A., *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, CEDAM, Milano, 2014
PONTICELLI G.P., *Le implicazioni storiche della giurisdizione esclusiva e loro indicazioni per la riforma dell'istituto*, in AA.VV., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, Atti del V seminario della sezione umbra del C.I.S.A., (Perugia, 1970)*, Giocoli, Firenze, 1972
QUADRI E., *Tutela contro l'inerzia della pubblica amministrazione*, in GAROFOLI R.-FERRARI G. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, III, neldiritto.it Roma, 2010
QUARANTA A.-LOPILATO V., *Il processo amministrativo*, Giuffré Milano, 2011

RENNA M., *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2007, n. 1.
RENNA M.-FIGORILLI F., *Silenzio della pubblica amministrazione – Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 2010
ROMANO A., *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, n. 2
SANDULLI A.M., *Questioni recenti in tema di silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 1949, n. 3
SBISÀ G., *La promessa al pubblico*, Giuffré, Milano, 1974
SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Giuffré, Milano, 1990
SCOCA F.G., *Autorità e consenso, Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, 2002, n. 2
SCOCA F.G., *La "gestazione" dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, vol. I, Cedam, Padova, 2007
SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017
SCOGNAMIGLIO R., *Contributi in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, *sub* art. 1324, Zanichelli, Roma-Bologna, 1970
STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffré, Milano, 1992
TARANTINO L., *Il giudizio sul silenzio amministrativo: soluzioni giurisprudenziali e dottrinali a confronto*, in CARINGELLA F.-PROTTO M. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Giuffré, Milano, 2002
TIGANO A., *Il "provvedimento semplificato" fra accelerazione del procedimento e obbligo di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in *giustamm.it*, 2016, n. 10
VACIRCA G., *Accordi pubblicistici: incremento della tutela del privato?*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, Giuffré, 2002.

FOCUS

I NUOVI PRINCIPI COSTITUZIONALI IN MATERIA DI AMBIENTE E SOSTENIBILITÀ*

Marisa Meli**

Parto innanzitutto dal titolo dell'incontro di oggi: la *Green Economy* – l'economia verde.

L'espressione individua **un modello teorico di sviluppo economico** in grado di generare un meccanismo virtuoso, basato sul risparmio delle risorse naturali ed energetiche, a partire dalla consapevolezza che l'ecosistema non è in grado di assorbire tutti gli scarti della produzione né di sopportare il sempre più pesante impatto antropico.

Queste considerazioni, che sono già da tempo alla base di un pensiero critico rispetto all'ideologia dominante incentrata, solo ed esclusivamente, sulla prospettiva della crescita illimitata, da qualche tempo sono divenute esse stesse opinione dominante e fanno da sfondo alla "quarta rivoluzione industriale", scandendo i passi di una nuova era in cui si tende a coniugare in maniera diversa la crescita economia con la capacità di resilienza del pianeta.

Il modello economico lineare, estrattivo, e ad alto consumo di risorse ed energia non è più sostenibile, va convertito in un **modello circolare** che punta a minimizzare il prelievo di risorse e in un **modello rigenerativo** che mantenga nel lungo termine lo stato dei suoi e la loro fertilità, la qualità e quantità delle acque, il capitale naturale ed i relativi servizi ecosistemici.

In ambito europeo, la nuova rotta è attualmente segnata dal ***Green New Deal*** che, a partire dalla consapevolezza che i cambiamenti climatici e il degrado ambientale sono una minaccia enorme per l'Europa e per il mondo intero, promette:

a la neutralità climatica entro il 2050;

b una crescita economica dissociata dall'uso delle risorse;

c il miglioramento del benessere e della salute dei cittadini e delle generazioni future (a partire dalla premessa, testuale, che "nessuna persona e nessun luogo siano trascurati").

**Relazione presentata al Convegno "Green Economy. *Imprese, finanza e istituzioni a confronto*", Catania, 13 giugno 2022.

**** *Professore Ordinario di Diritto Privato, Università di Catania.* Responsabile del Master in Diritto dell'ambiente e gestione del territorio.

Obiettivi ambiziosi, che traggono la loro linfa dall'evoluzione dello stesso concetto di sviluppo sostenibile che – formulato nella prima volta nel 1987 (rapporto Brundtland) e già presente nelle disposizioni di apertura del Trattato (art. 3, c.3) e nell'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE – ha acquistato un nuovo significato in seguito al Piano d'Azione globale (Agenda 2030), approvato dalle Nazioni Unite nel settembre del 2015.

In tale sede, il principio ha ottenuto maggiore chiarezza riguardo al suo contenuto e ai suoi specifici obiettivi, ma, soprattutto, è divenuto oggetto di una nuova visione d'insieme attraverso l'attenzione congiunta dedicata alle cd. tre P: le Persone, il Pianeta, la Prosperità. Il messaggio è chiaro: non può esservi crescita (sostenibile) se non si guarda insieme alla crescita economica, all'impatto che questa determina sul Pianeta e alle condizioni di vita delle Popolazioni.

Si è adottata, dunque, una nozione di sostenibilità che va oltre i temi ambientali, correlandosi anche alle diseguaglianze economico sociali che si determinano e i cui effetti sono prevalentemente subiti dai paesi meno sviluppati.

In verità ci sono anche una quarta ed una quinta P (*Pace* e *Partnership*). E nessuno poteva immaginare come queste ultime potessero finire col riguardare l' Europa così da vicino, consentendoci di verificare il ruolo centrale che ricoprono, anche rispetto ai temi di cui si discorre.

In ambito nazionale, le più recenti sollecitazioni provenienti dalle fonti sovranazionali sono all'origine di diverse evoluzioni del quadro normativo, a partire dalla recente modifica della nostra Costituzione.

Segnatamente, vengono in rilievo:

a la modifica dell'art. 9, con l'aggiunta di un terzo comma in cui si affida alla Repubblica (oltre alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico, 2 c.) **la tutela dell'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle generazioni future**;

b La modifica dell'art. 41, ai sensi del quale L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno **alla salute e all'ambiente** (oltre che, come originariamente previsto, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana). Al terzo comma, che prevede forme di programmazione e controllo dell'iniziativa privata, si aggiunge che tali forme di intervento possano aversi a **fini ambientali** (oltre che sociali, come originariamente previsto)

L'opinione generale è che, attraverso tali modifiche, si sia finalmente "colmata una lacuna.. " che vedeva il nostro paese in una posizione isolata e arretrata rispetto agli altri paesi europei.

Ciò è senz'altro vero, ma solo sotto un profilo formale. Dal punto di vista sostanziale le cose non stanno affatto così, per diverse ragioni:

a la "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" avevano già fatto ingresso in Costituzione con la riforma dell'art. 117 (lett.s) tra le materie in cui lo Stato ha una competenza esclusiva. Norma che ha subito ricoperto una funzione essenziale, al di là dei profili sulla competenza, poiché ha costituito occasione di numerosi interventi della Corte che hanno contribuito a delineare la portata degli interessi ambientali;

b in verità, anche prima di tale modifica, va detto a chiare lettere che la nostra Costituzione non era mai rimasta indietro. Come tutte le Costituzioni della sua epoca non aveva messo al centro la questione ambientale, ma aveva inserito previsioni in grado di fornirne una lettura dinamica ed evolutiva del suo testo. Sin dagli anni '80 (è questo più o meno il momento in cui si manifesta interesse su questi temi, per effetto dell'industrializzazione e per il verificarsi dei primi incidenti) si è sempre ritenuto che gli interessi ambientali trovassero più di un addentellato nel testo della Costituzione. E con riferimento alle sue tre componente essenziali (tutela delle risorse naturali, tutela del paesaggio ed urbanistica), se ne è sempre individuato il fondamento rispettivamente negli artt. 32, 9 (questo in maniera testuale) e 44.
La stessa espressione "interessi delle generazioni future" che l'assemblea costituente non poteva certo fare propria, avrebbe in realtà potuto anch'essa trovare un sicuro fondamento nei doveri di solidarietà sociale, di cui è permeato l'intero testo costituzionale (a partire dall'art. 2);

c ancora, per quanto concerne le modifiche dell'art. 41, è sufficiente richiamare una pronuncia della Corte Costituzionale del 2012 (la n.200, resa in materia di regolazione del mercato e dei principi di libera concorrenza che ci derivano dall'impianto europeo) in cui si afferma espressamente che l'iniziativa economica trova i suoi limiti – oltre che negli obiettivi espressamente indicati da art. 41 - nell'esigenza di garantire "la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, nel paesaggio…".

Il valore ambientale, dunque, era già presente nel nostro ordinamento costituzionale, sul piano interpretativo. E, naturalmente, non guasta certo il fatto che abbia ricevuto oggi una definitiva consacrazione, di tipo testuale. Indica una chiara scelta valoriale di cui, certamente, non potrà più prescindersi.

Naturalmente, va detto con altrettanta franchezza che questo formale ingresso in Costituzione dei valori dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi … non è di per sé sufficiente garanzia di un cambiamento. Esattamente come la presenza nella nostra carta costituzionale di un esplicito riconoscimento ai valori del paesaggio (art. 9) o della salute (art. 32) non sono stati sufficienti ad impedire lo scempio di buona parte del nostro territorio o ad evitare di infliggere gravi danni alla collettività per

inquinamento da emissioni nocive, per contaminazione dei terreni e delle falde acquifere nei molteplici esempi di rifiuti sotterrati… e gli esempi si potrebbero moltiplicare, nonostante la presenza di una legislazione ambientale, di derivazione europea, di tutto rispetto.

Ma tali modifiche, si diceva in apertura, devono essere considerate anche espressione di una **diversa alleanza tra crescita economica e ambiente** e, sotto tale profilo, non c'è dubbio che molte cose si stiano muovendo nella direzione di un'economia sostenibile, ad esito di un processo indotto, ma anche in qualche modo imposto, dall'Unione europea (processo che prende avvio più o meno con il sesto programma dazione in materia ambientale, dunque con l'avvio del nuovo secolo).
E' sufficiente richiamare:

a Il *NextGenerationEU* - il più grande pacchetto per stimolare l'economia mai finanziato dall'Ue;

b e ricordare che la Rivoluzione verde e la transizione ecologica sono diventate parte della Missione 2 del PNRR, con la previsione di aiuti in molteplici settori che vanno dall'agricoltura sostenibile, all'economia circolare, ai programmi di investimento e ricerca per le fonti di energie rinnovabili, allo sviluppo della filiera dell'idrogeno, alla mobilità sostenibile, oltre che ad iniziative in materia di efficentamento energetico del patrimonio immobiliare, contrasto al dissesto idrogeologico, riforestazione, miglioramento delle acque interne, sostegno ai piccoli comuni per la generazione distribuita.

Un così significativo impegno, nella direzione della transizione ecologica, si spiega anche alla luce del fatto che la rivoluzione di cui parliamo non è animata **soltanto** dalla consapevolezza dei limiti del pianeta.

Essa è dettata anche dalla consapevolezza che lo sviluppo e la crescita economica non sono più presidio delle civiltà occidentali. Molti nuovi attori si affacciano sulla scena e la pressione sulle risorse (sulle materie prime) diviene, oltre che insostenibile, assai più costosa. Meglio allora orientare la crescita e la competitività delle imprese in un'altra direzione che, tra l'altro, potenzia la resilienza e la capacità di tenuta del pianeta e può generare anche nuovi vantaggi competitivi.

Questo si comprende benissimo se si guarda all'attenzione che l'UE ha dedicato al tema dell'economia circolare. Ma si comprende anche con riferimento agli interventi legati al clima e all'uso delle fonti rinnovabili: non c'è nemmeno bisogno di guardare alle fonti, perché oggi è sotto gli occhi di tutti la preoccupazione legata all'eccessiva dipendenza dell'Europa da altri Stati per soddisfare il proprio fabbisogno energetico – a fronte dell'altrettanto forte consapevolezza che l'Europa, con le sue differenti caratteristiche geografiche e dunque con le diverse fonti di cui dispone, e grazie alle

innovazioni tecnologiche di cui si è resa leader del settore, possa rendersi del tutto autonoma.

Quanto detto non vale a sminuire l'importanza del percorso intrapreso. Al contrario, la presenza di precisi interessi economici vale semmai a rafforzare il processo di transizione in atto, stimolando le necessarie iniziative cd. *bottom up*: sono ormai entrate nel linguaggio comune, anche del mondo imprenditoriale, considerazioni quali "la consapevolezza di essere tutti parti dello stesso pianeta", la "necessità di mettere al centro il benessere delle persone e dei cittadini" o di "salvaguardare gli interessi delle generazioni future".

Parallelamente, è ormai assodata la consapevolezza, da parte degli investitori e degli analisti, che per una valutazione completa delle aziende è necessario tenere conto non solo delle performance economico finanziarie ma anche della componente ESG in termini di rischi ed opportunità di business.

Tutto questo sta naturalmente sta cambiando il mondo delle imprese e della finanza, attribuendo centralità a nuove parole-chiave, quali *tassonomia*, corporate *governance*, responsabilità sociale.

Parallelamente, sotto un profilo più strettamente giuridico, nascono nuove complessità, sotto il profilo delle regole e sotto il profilo dei principi:

a **sotto il profilo delle regole**: vengono in particolare in rilievo le discipline in senso lato ascrivibili al diritto commerciale, poiché ad essere chiamate in causa sono le imprese e le strutture societarie tradizionalmente orientate al profitto, ma anche figure innovative che coniugano profitto e benefici sociali in un rapporto non sempre di facile delineazione (penso alle imprese sociali, società *benefit* e da ultimo anche *start up* innovative. A monte, il problema diviene anche quello dei controlli, perché siamo ormai circondati da nobili proclami provenienti da più parti, anche dal mondo della finanza, ma sappiamo bene che può trattarsi di operazioni di facciata. Accanto a questo, c'è poi il rischio che "sposare" la causa della sostenibilità possa risolversi in qualche onere istruttorio e documentale in più per il *management*, ma non rappresenti ancora il vero e proprio salto culturale di cui c'è bisogno;

b **sotto il profilo dei principi**: viene soprattutto in considerazione un tema classico, quello del rapporto tra Diritto ed Economia, tra Stato e Mercato. La questione, cui può farsi solo un rapido cenno, è se la sfida della sostenibilità richieda di ripensare anche al ruolo dello Stato, rispetto alla mera funzione regolatoria in cui il sistema concorrenziale di mercato ha inteso relegarlo. In tal senso deporrebbe, per tornare ai principi costituzionali dai quali abbiamo preso le mosse, anche la riesumazione del terzo comma dell'art. 41, con la sua funzione programmatoria orami in disuso.

Certamente, qualora il sistema dovesse andare davvero a regime, esso finirà per cambiare il volto del capitalismo. Qualche anno addietro, un noto ambientalista (Giorgio Ruffolo) intitolava un suo contributo "**Il capitalismo ha i secoli contati**".

Non intendo certo dire che sia iniziato il conto alla rovescia, ma senza dubbio il modello della sostenibilità, se preso sul serio, potrà davvero segnare il progressivo declino di un modello di capitalismo radicalmente e fisiologicamente distruttivo.

MATERIALE DI RIPORTO E BONIFICA DEI SITI CONTAMINATI. UN RAPPORTO DIFFICILE

Giovanni Savarese*

Abstract. Scopo del presente contributo è illustrare gli aspetti di alcune novità normative introdotte dalla Legge 29 luglio 2021, n. 108 di conversione del Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, con riferimento al tema materiale di riporto. Quest'ultimo ha assunto rilevanza ambientale sotto i profili giuridici e tecnici dapprima in ordine alla differenziazione dalla disciplina propria dei rifiuti e poi in riferimento alla gestione di fenomeni di contaminazione del suolo e del sottosuolo. Nonostante ripetuti interventi legislativi la materia soffre tuttavia di alcune criticità di fondo connesse alle distanze tra i profili in questione.

Parole chiave: ambiente, rifiuti, suolo, antropocene, procedure amministrative.

Abstract. *The purpose of this contribution is to illustrate the aspects of some regulatory changes from the Law of 29 July 2021, n. 108 of conversion of the Law Decree 31 May 2021, n. 77, with reference to the "materiale di riporto". This has taken on relevance in terms of waste separation and then in the reference discipline from the management of soil and subsoil degradation. Despite repeated legislative interventions, the matter nevertheless suffers from some fundamental criticalities connected to the distances between the profiles in question.*

Key word*: environment, waste, soil, anthropocene, administrative procedures.*

SOMMARIO. – **1.** Introduzione. – **2.** Genesi ed evoluzione giuridica. – **3.** L'attuale quadro normativo. – **4.** Analisi critica.

1. Introduzione.

I profili tecnici e giuridici di rilevanza ambientale che si intrecciano con il tema *materiale di riporto* destano da sempre, per gli interessati a questa nicchia tematica dai grandi risvolti applicativi, una sensazione di disorientamento cui si contrappone una genuina aspettativa di felici risoluzioni normative. Quello che è sorto come un problema proprio della materia "*gestione dei rifiuti*" ha assunto connotati ben più ampi permeando il tema "*bonifica dei siti contaminati*" divenendo così rilevante anche in riferimento alla programmazione e all' uso del territorio e delle risorse naturali

Gli interventi normativi hanno avvicinato i due poli con procedure complesse sul piano giuridico e ancor più su quello tecnico. Le fonti principali che attengono alla materia, citate nel dettaglio a seguire, sono il Decreto Legislativo 5/05/2006, n. 152

(c.d. Testo unico dell'ambiente) ed in particolare il Titolo I (Gestione dei rifiuti) e il Titolo V (Bonifica siti inquinati) della Parte IV; del Titolo I rileva in particolare l'art. 185 rubricato «*Esclusioni dall'ambito di applicazione*». Accanto a questi elementi fondamentali della disciplina si deve attenzionare il Decreto Legge 25 gennaio 2012, n. 2 che all'art. 3 tratta specificatamente del materiale di riporto, la cui recente innovazione è all'origine del contributo qui presentato. Ancorché in via residuale si devono considerare anche i potenziali impatti derivanti dal Decreto del Presidente della Repubblica 13 giugno 2017, n. 120 che tratta di *terre e rocce da scavo*.

Il carattere di novità del testo esaminato e la specificità degli argomenti in esso trattati hanno concorso a rendere estremamente rarefatta la possibilità di attingere e far ricorso ad elementi di dottrina e giurisprudenza circoscritti. D'altra parte i forti elementi di tecnicità ingegneristica e scientifica che connotano l'argomento (e che tipizzano il diritto ambientale in generale), come si vedrà, hanno richiesto una trattazione oltre un piano squisitamente giuridico. Con queste premesse si fa presente che il contributo proposto da per presupposta una conoscenza, almeno di massima, del merito della questione.

2. Genesi ed evoluzione giuridica.

Il "caso" esplode nei primi anni della seconda decade del nuovo millennio. Una «*interpretazione letterale*» assai stringente della disciplina relativa alla gestione dei rifiuti[1], che all'epoca era stata recentemente novata con l'emanazione del D.Lgs. 152/2006, riteneva che il materiale che giacesse sotto la superficie calpestabile di un luogo e non fosse riconducibile a processi pedogenetici naturali o non avesse una precisa e ricostruibile connotazione tecnico-ingegneristico e al contempo contenesse elementi antropici dai chiari connotati di residualità di un bene o di un prodotto, appunto il c.d. *materiale di riporto*, fosse da identificare come status giuridico di *rifiuto* in una posizione di abbandono o deposito non autorizzato[2]. L'immediata conseguenza, e anche unica secondo questa impostazione, sarebbe dovuta essere la rimozione e l'avvio ad impianto esterno per operazioni di recupero o smaltimento ai sensi di legge. Una prospettiva dai caratteri drammatici, che avrebbe comportato la necessità, specialmente dalle aree urbanizzate e industrializzate del paese, di collocare un volume immane di *rifiuto*[3] tale da interessare a livello nazionale il sistema impiantistico.

1 Svolta tramite un "ordine di servizio interno" dalla amministrazione provinciale di Milano (documento non visionato)

2 G. BRESSI, E. PAVESI, *La normativa sui materiali di riporto è in continua evoluzione e la loro gestione diventa inevitabilmente complessa*, PuntoSicuro, Numero 3692, Anno 18, 2016

3 Commissione Parlamentare di Inchiesta sulle Attività Illecite Connesse al Ciclo dei Rifiuti, Relazione territoriale sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti della regione, XVI Legislatura, Doc. XXIII, n. 13, 12 dicembre 2012

Il problema si poneva, come si pone tutt'ora, soprattutto nell'ambito di attività di indagine ambientale sul sottosuolo e in particolare dei procedimenti di caratterizzazione e bonifica dei siti contaminati[4]. Anche essi disciplinati con un nuovo corpo normativo dal D.Lgs. 152/2006, che affronta la questione schematizzando la realtà del sottosuolo insaturo italiano come composto unicamente da *suolo* (senza darne una precisa definizione) quale matrice ambientale da caratterizzare secondo standard analitici di riferimento.

Il combinato disposto del Titolo I e Titolo V della Parte IV del D.Lgs. 152/2006 sembrava non aver tenuto in considerazione il *materiale di riporto*[5]. Tanto che nel 2012[6] si rese necessario ricorrere ad una interpretazione autentica del regime speciale che l'art. 185 garantisce al «*suolo contaminato in sito*» e al «*suolo non contaminato escavato*» operando una sottrazione dalla disciplina per la gestione dei rifiuti (in senso stretto) e già pienamente regolamentato nella disciplina dei siti contaminati[7]. Secondo l'interpretazione autentica fornita dal legislatore, i riferimenti al termine *suolo* dovevano essere intesi anche per la matrice materiale di riporto. Un passaggio significativo che avrebbe avuto effetti attenuanti solo limitati. Si poneva ora il problema di quale regime alternativo proporre per un materiale tecnicamente non riconducibile alle genuine caratteristiche del *suolo* immaginate dal legislatore nel Titolo V[8]. Ciò sotto diversi profili.

In *primis* fu necessario dare un "nome e cognome" al materiale di riporto. Attraverso passaggi successivi[9] si arrivò, nel 2013[10], alla definizione odierna. È *materiale di riporto* quella miscela eterogenea di materiale di origine antropica e origine naturale. L'origine antropica non sarebbe da riferirsi tanto alla genesi della

4 A.L. DE CESARIS, *Alcune riflessioni sulle terre da riporto nei procedimenti di bonifica dei siti contaminati*, AmbienteDiritto, 2011

5 Mentre la precedente normativa di gestione dei siti contaminazioni di cui D.M. 471/99 faceva specifica menzione del materiale di riporto al pari di una matrice ambientale naturale.

6 Decreto Legge 25 gennaio 2012, n. 2 recante *Misure straordinarie e urgenti in materia ambientale* convertito con modificazioni nella Legge 24 marzo 2012, n. 28

7 La "precisazione" operata dall'art. 185 relativa al *suolo contaminato* subentra nell'art. 185 solo nel 2010 per effetto della *Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008* (che all'art. 2 lett. a) si esprime nei medesimi termini) attuata tramite il Decreto Legislativo 3 dicembre 2010, n. 205 che modificò proprio l'art. 185 del Codice dell'Ambiente

8 Che pure vide entrare nel novero della definizione di *sito* di cui all'art. 240 comma 1 lettera a) proprio la matrice materiale di riporto accanto alle altre già consolidate: suolo, sottosuolo ed acque sotterranee.

9 Che si intrecciarono con enormi difficoltà anche con gli strumenti normativi volti a disciplinare la gestione delle *terre e rocce da scavo* ed in particolare con il Decreto del Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare 10 agosto 2012, n. 161 *Regolamento recante la disciplina dell'utilizzazione delle terre e rocce da scavo*

10 Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69 recante Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia convertito con modificazioni nella Legge 9 agosto 2013, 98 che ha modificato la prima definizione indicata al comma 1 dell' art. 3 del D.L. 2012

miscela quanto a quella dei costituenti: residui e scarti di produzione e di consumo. Tale miscela è individuabile nello spazio per due connotati: si distingue dalle caratteristiche geologiche dei terreni naturali (dimensione verticale) e compone un orizzonte stratigrafico specifico alla scala di sito (dimensione orizzontale). Per le caratteristiche genetiche della miscela è determinate che esse siano ricollegabili a processi quali *riempimenti, rilevati e reinterri* ovvero ad un fine preciso.

Per rilasciare una carta di identità completa si dovettero definire i requisiti che il *materiale di riporto* avrebbe dovuto possedere al fine di garantire la tutela della salute e la protezione ambientale. Il problema fu altrettanto complicato. Si decise quindi che, ai fini dell'applicazione dell'art. 185 del Codice dell'Ambiente (ovvero, dando per assunta l'interpretazione autentica) il materiale di riporto dovesse essere sottoposto a *test di cessione*[11]. Questa tecnica analitica permette di evidenziare la quantità di contaminate che passa in una fase liquida che attraversa il solido: il liquido che ne deriva viene definito eluato. Al fine di tutelare la qualità delle acque sotterranee che soggiacciono ad un orizzonte stratigrafico costituito da materiale di riporto appare un mezzo efficace. Il legislatore prese a prestito il test dal D.M. 5/02/1998[12]. Riferendosi espressamente alle modalità esecutive in esso contenute e non in merito ai limiti di riferimento, che pure erano presenti nel D.M., venne automatico e doveroso ritenere[13], anche da parte della giurisprudenza[14], che essi dovessero essere gli stessi da garantire per le acque sotterranee di cui alla Tabella 2 dell'Allegato 5 al Titolo V, Parte IV D.Lgs. 152/2006 (CSC acque sotterranee). Il test di cessione non fu l'unico strumento per verificare la qualità ambientale del materiale di riporto. Infatti, laddove il test di cessione avesse dato esiti positivi sarebbe stato necessario garantire anche il rispetto degli standard di qualità propri dei suoli di cui alla Tabella 1 dell'Allegato 5 al Titolo V, Parte IV D.Lgs. 152/2006 (CSC suolo e sottosuolo per la specifica destinazione d'uso).

Problema dei problemi, come comportarsi nel caso di non rispetto degli esiti del test di cessione. Alcuni hanno sostenuto che tale evenienza avrebbe comportato la qualifica del materiale di riporto quale rifiuto, non apprezzando appieno come tale possibilità fosse venuta meno *ab origine* per mezzo dell'interpretazione autentica dell'art. 185[15]. Ed è il legislatore che così dispone. Il materiale di riporto che non

11 Come previsto dal comma 2 dell'art. 3 del D.L. 2012

12 Recante *Individuazione dei rifiuti non pericolosi sottoposti alle procedure semplificate di recupero ai sensi degli articoli 31 e 33 del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22*

13 Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, Direzione Generale per la Tutela del Territorio e delle Risorse Idriche, prot. 0013338/TRI del 14/05/2014

14 Tar Lombardia, Sez. III, n. 2638, 14 dicembre 2015

15 F. VANETTI, *Terre e rocce da scavo e riporti: i decreti "Emergenze" e "Fare" introducono ulteriori dubbi*, 2013.

risultasse conforme agli esiti del test di cessione è *fonte di contaminazione*[16]. Una soluzione lessicale ibrida, quasi una forma giuridica indefinita di tipo empirico. Furono così conseguentemente ibride le azioni da mettere in atto. Anzitutto per la mancanza di un quadro giuridico (e segnatamente amministrativo) di riferimento delle attività da porre in essere: la rimozione, il trattamento o la messa in sicurezza permanente. A cavallo tra le operazioni di *gestione di un rifiuto* e di intervento nei *siti contaminati*. Quanto alla prima tipologia la previsione di operare per rendere il materiale di riporto conforme "ai limiti del test di cessione" rimuovendo i contaminati opera in modo conclamato fuori dagli standard di qualità ambientale del Titolo V alla Parte IV del D.Lgs. 152/06 che invece sarebbe ripreso relativamente alle operazioni di rimozione o messa in sicurezza.

Il quadro di incertezza dovuto al combinato normativo disposto venne poi alimentato da interpretazioni istituzionali e di giurisprudenza controverse. In particolare, ancora oggi alcuni ritengono come rilevi, ai fini dell'attribuzione del regime speciale, l'elemento di *storicità*[17]. Questo era espressamente richiamato nelle prime disposizioni, in termini di «*processo secolare*» che aveva condotto al risultato di accumulo di materiale non perfettamente naturale. Ancorché cassato nell'attuale definizione di materiale di riporto, ritenne il Ministero dell'ambiente[18] che in ogni caso dovessero essere escluse dal regime di deroga tutte le miscele messe in posto successivamente all'anno 1982, quando l'emanazione del D.P.R. 10 settembre 1982, n. 915 qualificò e disciplinò con divieto la fattispecie discarica abusiva. Questo tipo di impostazione, oggi ancora dibattuta ancorché suffragata da pronunce giurisprudenziali[19], sembrerebbe avere delle affinità con quella che nel 2010 fece sorgere il problema *materiale di riporto*.

3. L'attuale quadro normativo

L'ultimo aggiornamento del D.L. 2/2012 è da attribuire alla conversione in legge del D.L. 77/2021. L'art. 37 di quest'ultimo ha modificato i commi b) e c) dell'art. 3. Un intervento chirurgico ma che opera sul "sistema centrale" del tema *materiale di riporto*.

Anzitutto il legislatore ha sancito definitivamente quali siano le concentrazioni limite con le quali i risultati del test di cessione devono essere confrontati: quelle dell'Allegato 3 al D.M. 5/02/1998.

16 Così individuata al primo periodo del comma 3 art. 3 del D.L. 2/2012 (vigente fino al 07/2021).
17 Si veda sul tema F. VANETTI, *La complessa identificazione del materiale di riporto. Analisi e proposte per un nuovo approccio alla tematica*. Rivista Giuridica dell'Ambiente, n. 10, febbraio 2020, RGAOnline.
18 Ibidem nota 10.
19 TAR Lombardia, Sez. I, 29 agosto 2016, n. 1161, ed anche TAR Lombardia, Sez. III, 18 dicembre 2019, n. 2691 che almeno lega l'elemento della "storicità" quale presupposto affinché il materiale di riporto possa costituire «*un orizzonte stratigrafico specifico*».

Nel merito delle operazioni previste dalla lettera c) i fraintendimenti della precedente versione su commentati non hanno ora più spazio, almeno in astratto. La norma è chiara nel ricondurre il materiale di riporto non conforme ai limiti del test di cessione entro l'"*ambito dei procedimenti di bonifica, al pari dei suoli*".

4. Analisi critica

Il materiale di riporto dovrà quindi garantire una qualità ambientale, in termini di potenziale impatto sulle acque sotterranee, pari a quella che si chiede ai rifiuti «*non pericolosi sottoposti alle procedure semplificate di recupero*». Nell'apportare questa novità il legislatore indubbiamente allinea le due fattispecie. Se un rifiuto costituito «*da laterizi, intonaci e conglomerati di cemento*»[20] con CER 17 09 04 di tipo ceramico o laterizio può essere impiegato per attività di recupero ambientale attraverso rimodellamenti morfologici purché soddisfi i limiti del test di cessione individuati dal D.M. 5/02/1998, sembrerebbe ovvio che una miscela di terreno naturale e materiale antropico di natura analoga a quella descritta, ancorché messa in posto fuori da procedure amministrative e tecniche standardizzate, debba sottostare al medesimo regime. Questa impostazione ha alcuni elementi di verità.

Tuttavia, una sua applicazione *tout court*, non considera il fondamentale requisito di esatta "tracciabilità" del rifiuto ammesso alle operazioni di cui al D.M 5/02/1998, la necessità che il materiale impiegato per il recupero «*sia conforme a quanto previsto dalla legislazione vigente in materia di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale dei siti inquinati*» e la previsione sovraordinata, di principio ed anche di sostanza, di cui all'art. 214 del Codice secondo la quale le procedure semplificate «*devono garantire in ogni caso un elevato livello di protezione ambientale*» e tenendo conto della necessità, indicata all'art. 177, che la gestione dei rifiuti sia condotta «*senza recare pregiudizio all'ambiente, e in particolare: a) senza determinare rischio per l'acqua, l'aria, il suolo*». Tutto questo complesso e fondamentale quadro di garanzia non può, ad ogni evidenza, essere applicato alla matrice *materiale di riporto* e non sembra poter essere garantito dalla sola applicazione del test di cessione condotto con riferimento ai limiti di cui al D.M. 5/02/1998. Tenendo soprattutto conto che questi limiti sono, tendenzialmente, maggiori rispetto a quelli posti dalle Concentrazioni Soglia di Contaminazione per le acque sotterranee di cui alla Tabella 1 Allegato 5 Titolo V Parte IV D.Lgs. 152/2006.

A proposito di requisiti di qualità che il materiale di riporto deve garantire, ai fini dell'applicazione dell'interpretazione autentica condotta dal comma 1 dell'art. 3 del D.L. 2/012 e sul piano operativo per essere sottratto dalla disciplina propria dei rifiuti, con le modifiche introdotte dal D.L. 77/2021 c'è una differenza notevole che è passata inosservata. Ma che nasconde alcune insidie. Facendo un breve passaggio

20 Punto 7, Allegato 1, Suballegato 1 D.M. 5/02/1998

indietro, si è detto del test di cessione. A cui il materiale di riporto deve essere «*sottoposto*». La mera esecuzione di questo accertamento diagnostico assicura l'applicazione dell'art. 185 del codice dell'ambiente. Ma c'è un altro requisito di qualità ambientale. Dai connotati ben più stringenti, che ha relazione con il Titolo V alla Parte IV del D.Lgs. 152/06 per la bonifica dei siti contaminati. Se questa previsione era presente prima del D.L. 77/2021 in termini di rispetto solo «*ove conformi ai limiti del test di cessione*»[21] oggi i termini appaiono diversi. Per l'applicazione del comma 1 di cui sopra è richiesto ora e senza altre condizionalità «*il rispetto di quanto previsto dalla legislazione vigente in materia di bonifica dei siti contaminati*». Sembrerebbe dunque che l'esecuzione del test di cessione sia elemento necessario, ma non sufficiente. Questo passaggio può apparire scontato, ma è criptico e per alcuni aspetti incomprensibile: infatti, non fa un preciso e puntale riferimento alle situazioni giuridiche che si devono determinare lasciando un ampio spazio di discrezionalità tecnica all'amministrazione titolare della verifica di applicazione. Può pertanto essere utile tentare una interpretazione ermeneutica di questo punto.

Anzitutto c'è da dire che, riferendoci al Titolo V alla Parte IV del D.Lgs. 152/06, non si prevede un particolare regime di rispetto. Esso piuttosto si deve intendere nel senso che «*il procedimento di "bonifica" dei siti si sviluppa secondo una logica di accertamento progressivo della situazione di contaminazione e si articola in un iter più o meno "complesso" a seconda della fase*»[22]. Per le stesse Concentrazioni Soglia di Contaminazione stabilite per suolo e sottosuolo di cui alla Tabella 1 All. 5 (l'elemento più immediato con il quale operare un confronto con il materiale di riporto) non si prevede un'espressa imposizione di rispetto ma esse sono «*valori al di sopra dei quali è necessaria la caratterizzazione del sito e l'analisi di rischio sito specifica*»[23]. Parlare di "*rispetto/non rispetto delle CSC*" sarebbe una formula colloquiale non opportuna in un atto legislativo. È lecito, tuttavia, essere possibilisti sul fatto che l'intento del legislatore fosse proprio quello di escludere il regime di deroga garantito dall'art. 185 del Codice ad un materiale di riporto non conforme ai limiti tabellari di CSC individuati per la specifica destinazione d'uso.

Il margine di possibilità sorge nel leggere l'ulteriore novità e modifica apportata all'art. 3 del D.L. 2/2012 ed in particolare al comma 3. Questo disciplina le operazioni che devono essere condotte per la matrice materiale di riporto non conforme agli standard di qualità ambientale. Standard di qualità ambientale non in termini

21 E sul punto ha precisato bene il TAR Toscana Sez. II, 6 agosto 2020, n. 996, «*anche in caso di rispetto dei limiti propri del test di cessione è comunque necessario rispettare quanto previsto dalla normativa sulle bonifiche dei siti contaminati, mentre in caso di accertato mancato rispetto dei suddetti limiti i materiali di riporto sono assimilati a sorgenti di contaminazione ed il legislatore indica quali sono i precisi trattamenti tecnici da eseguire*»

22 TAR Calabria, Sez. I, 19 febbraio 2018, n. 455

23 D.Lgs. 152/2006 art. 240 comma 1 lettera b)

generalizzati. Ma con espresso riferimento «*ai limiti del test di cessione*». Il che potrebbe portare a credere, tenuto conto di quanto suddetto, che una matrice materiale di riporto che dovesse risultare conforme ai limiti del test di cessione ma non conforme al limite tabellare delle CSC sarebbe da considerare un *rifiuto* per inapplicabilità dell'art. 185. L'analisi del presupposto logico regge il confronto con le previsioni del D.M. 5/02/1998 secondo le quali (come già ricordato) il materiale impiegato per il recupero ambientale deve essere, in ultima istanza, conforme alle CSC. Ma non si può ritenere pienamente soddisfacente. Se infatti un tale requisito è ovviamente condivisibile come filtro preliminare per preservare e garantire la protezione ambientale del sito, nel caso del materiale di riporto questo accertamento avviene *ex post* e la tutela di protezione ambientale va contestualizzata. Preferendo l'operazione di risanamento a quella di produzione del rifiuto[24]. E in definitiva sembrerebbe in contrasto con l'interpretazione autentica dell'art. 185 secondo la quale è escluso dalla disciplina dei rifiuti il «*il suolo* (riferito a materiale di riporto) *in sito contaminato*» tanto che la stessa interpretazione risulterebbe vanificata.

Quand'anche il passaggio «*il rispetto di quanto previsto dalla legislazione vigente in materia di bonifica dei siti contaminati*» non dovesse essere sottoposto al quadro su ricostruito e proposto, va qui detto che l'accertamento delle CSC per il materiale di riporto pone un problema. Le procedure tecniche indicate nell'Allegato 2 al Titolo V Parte IV prevedono infatti che le operazioni in sito siano condotte sul suolo tramite il prelievo della sola frazione solida con diametro inferiore ai 2 cm (il c.d. scheletro) per poi determinare analiticamente la concentrazione del contaminante sulla sola frazione inferiore ai 2 mm. Tutto ciò mal si presta ad essere applicato ad una materia che viene impiegata per il riempimento, il reinterro e rilevati; nel caso estremo non sarebbe possibile formare un campione della matrice, nel caso intermedio la rappresentatività della determinazione analitica sulla matrice solida potrebbe essere assai scarsa. Vero è che, facendo un passo indietro, questa difficolta applicativa sorge a prescindere da come si possa interpretare il passaggio incriminato.

In definitiva quindi, ora per ragioni di natura normativa ora per ragioni di natura tecnica, parlare di accertamento delle concentrazioni di contaminanti sulla matrice solida da confrontare con le CSC per il materiale di riporto è opinabile.

Ma il collegamento che il legislatore ha posto tra *materiale di riporto* e *procedure di caratterizzazione e bonifica* è debole anche sotto un altro profilo. Il c.d. procedimento di bonifica, infatti, non considera il superamento degli esiti di un test di cessione un elemento determinante. Ovvero, per dirla in parole povere, non esiste come criterio di accertamento analitico tale da attivare il procedimento.

24 Si rammenta che il D.Lgs. 152/06 stabilisce i criteri di priorità nella gestione dei rifiuti all'art. 179 comma 1 che riporta la seguente gerarchia "*a) prevenzione, b) preparazione per il riutilizzo, c) riciclaggio, d) recupero di altro tipo, per esempio il recupero di energia, e) smaltimento*"

Il procedimento di caratterizzazione e bonifica si attiva per «*il verificarsi di un evento che sia potenzialmente in grado di contaminare il sito*»[25]. Una non conformità del materiale di riporto al test di cessione potrebbe essere giudicata sotto questo profilo[26]. Il passaggio successivo del procedimento poi è volto ad accertare se l'evento abbia significato il superamento del livello delle CSC. Se questa verifica deve essere condotta solo sulle, eventuali, acque sotterranee presenti nel sito e se il test di cessione opera una replica conservativa delle condizioni di sito, il procedimento si chiuderà, è facile prevederlo, per non necessità di intervento. Si è detto infatti che le massime concentrazioni ammesse dall'All. 3 al D.M. 5/02/1998 sono nella quasi totalità dei casi maggiori delle CSC di cui alla Tabella 2 Allegato 5 Titolo V Parte IV D.Lgs. 152/06. Da questo punto di vista l'"*ambito*" di applicazione del Titolo V è decisamente limitato.

Quando invece l'accertamento sulle acque sotterranee mostrasse un superamento delle CSC ricondotto alla presenza di materiale di riporto (e non sarebbe sufficiente accertare che gli esiti del test di cessione mostrino un superamento delle concentrazioni foss'anche rispetto alle CSC acque sotterranee) sarebbe necessario procedere alla caratterizzazione del sito[27].

Le procedure di caratterizzazione, indicate nell'Allegato 2, sono finalizzate a dare indicazioni tecniche per indagare le matrici ambientali: suolo, sottosuolo, materiali di riporto e acque sotterranee. Per le considerazioni su esposte, il rispetto delle CSC per la matrice insatura è stato già accertato senza anomalie o non è rappresentativo e in ogni caso non rileva necessariamente ai fini del rapporto diretto tra esiti del test di cessione e qualità delle acque sotterranee. Dunque, la matrice insatura rimarrebbe "caratterizzata" con il solo elemento del test di cessione con conseguenze dopo illustrate.

Il procedimento condurrebbe quindi all'applicazione della «*procedura di analisi del rischio sito specifica per la determinazione delle concentrazioni soglia di rischio (CSR)*»[28]. Questa è effettuata secondo i criteri forniti dall'Allegato 1 al Titolo V Parte IV e permette di «*definire in modo rigoroso e cautelativo per l'ambiente gli obiettivi di bonifica aderenti alla realtà del sito, che rispettino i criteri di accettabilità del rischio cancerogeno e dell'indice di rischio assunti nei punti di conformità prescelti.*» Il superamento delle CSC è il primo elemento da considerare nel costruire la geometria della sorgente secondaria di potenziale contaminazione, aspetto fondamentale per impostare le verifiche dei

25 D.Lgs. 152/2006 art. 242 comma 1.
26 Si tenga presente che secondo le previsioni dell'art. 304 D.Lgs. 152/2006 l'omessa comunicazione comporta l'irrogazione di «*una sanzione amministrativa non inferiore a 1.000 euro né superiore a 3.000 euro per ogni giorno di ritardo*».
27 D.Lgs. 152/2006 art. 242 comma 4.
28 D.Lgs. 152/2006 art. 242 comma 7.

rapporti tra la stessa e l'ambiente circostante (recettori umani e ambientali). Ogni sorgente dovrà avere «*valori di concentrazione dei contaminanti rappresentativi*». Questa costruzione appare impossibile per il materiale di riporto se per esso è disponibile unicamente una caratterizzazione condotta in termini di qualità dell'eluato del test di cessione. Ancora una volta la matrice materiale di riporto sarebbe esclusa dalla procedura di analisi di rischio e dunque dal procedimento del Titolo V. Rimarrebbe la gestione della potenziale contaminazione rilevata eventualmente nelle acque di falda. L'applicazione della procedura *analisi di rischio* sarebbe però inficiata dall'esistenza di una sorgente nella porzione insatura, il materiale di riporto, che sarebbe all'origine dei superamenti delle CSC nella zona satura. Ciò comporta la potenzialità che il quadro ambientale possa mutare in ragione dei diversi fenomeni di lisciviazione che interessano il materiale di riporto che sarebbe da qualificare come *sorgente primaria di contaminazione* elemento che precluderebbe la possibilità di applicare l'analisi di rischio.

Per inciso c'è da dire che le questioni su esposte rappresentato più che altro una limitazione derivante dall'attuale composizione degli allegati tecnici del Titolo V alla Parte IV, che peraltro soffrono anche di altre previsioni superate o che non tengono conto delle novità tecniche e tecnologiche che il settore ha sviluppato. Le integrazioni e le modifiche degli allegati dei suddetti dovrebbero essere disposte e attuate dall'attuale Ministero della Transizione ecologica secondo le previsioni del comma 2 bis all'art. 264 che, ironia della sorte, sono state introdotte proprio dal D.L. 2/2012.

Tornando alla trattazione nel merito, sulla sorgente di contaminazione costituita dal materiale di riporto non conforme agli esiti del test di cessione, si dovrebbe operare quindi tramite la sua rimozione o il suo isolamento rispetto alla matrice acque sotterranee, in regime di messa in sicurezza permanente o operativa (o al più come messa in sicurezza d'emergenza se si accogliesse la caratteristica di *sorgente primaria di contaminazione*). L'isolamento consisterebbe nel posizionare nella porzione inferiore dell'orizzonte di materiale di riporto risultato non conforme ai limiti del test di cessione un sistema in grado di interrompere la lisciviazione delle acque meteoriche dalla sorgente alle acque sotterranee. Se si escludono interventi di inertizzazione sulla matrice, rimane la possibilità di un'interruzione fisica senza soluzione di continuità con la posa di un elemento impermeabile. Ciò comporterebbe evidentemente la necessità di escavare il materiale di riporto fino alla quota necessaria per mettere in opera un tale elemento e quindi chiudere lo scavo con il volume precedentemente rimosso. Questa azione però richiede l'attivazione di una

disciplina normativa collaterale, ovvero quella relativa alla gestione delle *terre e rocce da scavo* di cui al D.P.R. 13 giugno 2017, n. 120[29].

Tra gli altri aspetti, quello che rileva nell'analisi in corso, il regolamento si occupa di adottare disposizioni di riordino rispetto a "*c)all'utilizzo nel sito di produzione delle terre e rocce da scavo escluse dalla disciplina dei rifiuti; d) alla gestione delle terre e rocce da scavo nei siti oggetto di bonifica*". In entrambi i casi l'elemento determinate al fine dell'esclusione delle terre e rocce da scavo (che possono contenere materiale di riporto[30]) dal regime dei rifiuti è lo stato di non contaminazione in applicazione della lettera c) comma 1 dell'art. 185 del Codice. Poiché tale non contaminazione è determinata tramite il confronto delle concentrazioni rilevate in sito con le CSC di riferimento[31] e poiché nel caso in analisi il materiale di riporto è conforme *in re ipsa* o non è sottoponibile ad analisi chimiche finalizzate a tale determinazione, ne risulta che il materiale di riporto o meglio, le terre e rocce da scavo contenenti materiale di riporto prodotte dallo scavo, potrebbero essere riutilizzate per la chiusura del vuoto prodotto nell'attività di interruzione fisica del percorso di lisciviazione verso la falda. Tale soluzione sarebbe piuttosto innovativa o quanto meno inusuale considerando che nel caso di suolo naturale quando si rende necessaria la sua escavazione al solo fine della tutela e protezione ambientale (e quindi al di fuori della realizzazione di opere o interventi) è all'atto pratico sempre immediato che esso dovrà essere gestito come rifiuto (perché non conforme alle CSC o alle CSR sito specifiche). Il procedimento di caratterizzazione e bonifica si concluderebbe quindi con un intervento di messa in sicurezza e salva la necessità di valutare il rischio derivante dalla eventuale sorgente secondaria presente nelle acque sotterranee.

È necessario sottolineare che l'applicazione su esposta del combinato normativo disposto relativo alla bonifica dei siti contaminati e alla gestione delle terre e rocce da scavo se regge probabilmente la prova di legalità in ordine ad una interpretazione letterale delle disposizioni normative, si presenta tutto sommato come un paradosso se letta, altrettanto rigidamente, alla luce dei principi che sovraintendono le due materie. In definita deve essere considerata, allo stato attuale, un esercizio dottrinate.

La gestione del materiale di riporto non conforme agli esiti del test di cessione nell'ambito dei procedimenti di bonifica, al pari dei suoli, potrebbe prefigurare

29 Regolamento recante la disciplina semplificata della gestione delle terre e rocce da scavo, ai sensi dell'articolo 8 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164.

30 È utile sottolineare che le peculiari previsioni del D.P.R. 120/2017 ovvero che «*la componente di materiali di origine antropica frammisti ai materiali di origine naturale non può superare la quantità massima del 20% in peso*» e che «*le matrici materiali di riporto sono sottoposte al test di cessione … al fine di accertare il rispetto delle concentrazioni soglia di contaminazione delle acque sotterranee*» di cui all'art. 4 D.P.R. 120/2017 valgono per la fattispecie sottoprodotto di cui qui non si tratta.

31 D.P.R. 120/2017 art. 26 comma 1.

l'attivazione di altre fattispecie giuridiche. Ad esempio, ma non a caso, quelle che riguardano situazioni di «*pericolo concreto e attuale del superamento della concentrazione soglia di contaminazione*» individuate da un soggetto non responsabile di potenziale contaminazione di cui all'art. 245 del Codice dell'ambiente. Questo articolo del Titolo V è una delle altre enucleazioni del principio di derivazione comunitaria "*chi inquina paga*". Perché riconosce come gli oneri per un soggetto interessato (come proprietario o gestore di un'area) non siano gli stessi che ricadono su un soggetto responsabile, ma hanno una dimensione significativamente meno onerosa. Sovrapponendo il caso del materiale di riporto a questa disciplina è lecito avere dei dubbi sulla corretta applicazione di un principio di giustizia così importante; è evidente come possa essere complesso per un materiale che si è costituito come orizzonte stratigrafico attraverso processi, anche, assai risalenti e interessanti ampie aree, non tanto identificare il responsabile quanto dare per assunto che il gestore o il proprietario abbia profili di responsabilità. Si pone quindi il tema di definire se la presenza di un materiale di riporto non conforme al test di cessione e/o il superamento delle CSC nelle acque sotterranee derivante da una siffatta matrice può essere incanalata nelle procedure ex art. 245. E se conseguentemente possa anche comportare l'attivazione delle «*opportune indagini volte ad identificare il responsabile dell'evento*» di cui all'art. 244.

Ed ancora se la pubblica amministrazione dovrebbe attivare gli interventi, eventualmente sostitutivi, previsti dall'art. 250 del Codice. Chi ritiene che ciò sia possibile, deve mettersi in discussione. Infatti, l'art. 3 del D.L. 2/2012 ha disposizioni che, alla luce della attuale volontà del legislatore di ricondurre il materiale di riporto nelle procedure del Titolo V e conseguentemente di sottoporlo ai principi del Codice dell'Ambiente, entrano pesantemente in conflitto con il principio *chi inquina paga*. Il comma 3-bis (appositamente introdotto nel 2013) stabilisce infatti che «*Gli oneri derivanti dai commi 2 e 3 sono posti integralmente a carico dei soggetti richiedenti le verifiche ivi previste*». Questa previsione aveva evidentemente lo scopo di evitare, all'epoca della prima disciplina della materia, proprio l'attivarsi di procedure da parte della pubblica amministrazione che avrebbero comportato potenzialmente un costo non quantificabile ma certamente non irrilevante. A quel tempo era nel complesso congrua con il quadro gestionale prefigurato per un test di cessione non conforme agli esiti del test di cessione qualificato come *fonte di contaminazione*. Oggi il quadro è mutato e una gestione del materiale di riporto nell'ambito dei «*procedimenti di bonifica, al pari dei suoli*» potrebbe non prescindere da una completa applicazione del

principio comunitario[32] e l'antinomia normativa grava le procedure di un ulteriore elemento di incertezza.

32 Anche se nell'unica pronuncia giurisprudenziale sul tema che l'Autore ha individuato, cioè quella del TAR Lazio, Sez. II, 14 gennaio 2020, n. 526, il Giudice (prima delle modifiche normative trattate), proprio in risposta ad una doglianza relativa alla non corretta applicazione del principio comunitario connessa alla prescrizione di procedere alla caratterizzazione del materiale di riporto, si esprimeva in questi termini: «*non può, dunque, certamente invocare a suo favore, per esimersi dall'esecuzione degli adempimenti e dagli approfondimenti ordinatile dall'Amministrazione, il principio eurounitario "chi inquina paga", utilizzabile solo in assenza di collegamento causale tra il proprietario dell'area e l'attività da questo svolta ed i fenomeni all'origine del rischio ambientale*». Il giudice individuando il materiale di riporto come «*contenente … inequivocabilmente … scarti di produzione riconducibili alla attività produttiva svolta dalla ricorrente*.» esclude correttamente l'applicazione del principio comunitario. Da che ne deriverebbe che lo stesso dovrebbe essere applicato laddove non fosse possibile ricostruire un nesso causale tra proprietario e fenomeni ambientali negativi.

^

OSSERVATORIO

OSSERVATORIO DI DIRITTO DELL'ENERGIA
a cura di Cesare Mainardis*

*[nb: le considerazioni dell'autore, a commento delle pronunce segnalate, sono riportate in corsivo. Per trasparenza nei confronti del lettore, l'asterisco * segnala pronunce all'esito di giudizi che hanno coinvolto l'autore di questa rubrica]*

CORTE COSTITUZIONALE 25.3.2022, n. 77 - Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Poteri regionali e divieto di moratorie stabilite in via legislativa nel rilascio di autorizzazioni per impianti FER.

Nuove tappe nel contenzioso Stato – Regioni in materia di energie rinnovabili, ancora una volta con riferimento all'ampiezza dei poteri regionali e, soprattutto, alle loro modalità di esercizio (ex multis, Corte cost. 77/2022, 177/2021, 106/2020, 286/2019, 177/2018, 99/2012, 119/2010) – vedi anche la scheda successiva.
E' dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4 della L. reg. Abruzzo 8/2021 che, nelle more dell'individuazione in via amministrativa delle aree e dei siti inidonei all'installazione di specifici impianti da fonti rinnovabili, sospende le procedure di autorizzazione per alcuni impianti (eolici e fotovoltaici, nonché di trattamento dei rifiuti) nelle zone caratterizzate da produzioni agro-alimentari di qualità. Richiamati i consueti principi sul riparto di competenze in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili - principi fondamentali contenuti nell'art. 12 del D.Lgs 387/2003 e s.m. integrato dalle norme di cui alle *Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili* (D.M. 10.9.2010), disposizione che si impone alle Regioni quale punto di equilibrio tra contrapposti interessi (*ex multis*, Corte cost. 77/2022, 177/2021, 106/2020, 286/2019, 177/2018, 99/2012, 119/2010) – ne consegue che anche una moratoria di tale tenore contrasta con i principi di celere conclusione delle procedure di autorizzazione, di massima diffusione degli impianti FER, di riserva di procedimento amministrativo e conseguente divieto di aprioristiche limitazioni legislative, seppure temporanee.

CORTE COSTITUZIONALE 13.5.2022, n. 121 - Giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Poteri regionali in materia di FER e bilanciamento (necessariamente) in concreto dei contrapposti interessi.

Vengono dichiarati illegittimi gli artt. 1, comma 1, lett. *a)* e *b)*, e 2, commi 1, 2 e 3, della L. reg. Basilicata 30/2021: disposizioni che modificano in senso più restrittivo il Piano di indirizzo energetico regionale-PIEAR, dettando requisiti vincolanti, riferiti alla potenza massima degli impianti autorizzabili nonché modificando in senso restrittivo i requisiti tecnici minimi già in precedenza richiesti per l'autorizzazione di progetti relativi a impianti

** *Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Ferrara. Avvocato.

eolici di grande generazione. Il contrasto con i principi fondamentali contenuti nell'art. 12 del D.Lgs 387/2003 e s.m. integrato dalle norme di cui alle *Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili* (D.M. 10.9.2010), è dato dalla pretesa regionale di introdurre, in via legislativa, preclusioni aprioristiche ed assolute, non lasciando margini all'esercizio della discrezionalità amministrativa, in violazione della riserva di procedimento amministrativo e relativa istruttoria. Anche l'individuazione di limiti alla localizzazione di impianti FER sul territorio regionale deve avere una funzione acceleratoria, e non preclusiva: *sicché il bilanciamento tra i contrapposti interessi alla massima diffusione delle FER, da un lato; e alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, del territorio nella dimensione paesaggistica, storico-culturale e della biodiversità, dall'altro, deve avvenire sempre in concreto, nel rilascio o meno della singola autorizzazione e non in astratto, e a monte, traducendosi in un divieto legislativo assoluto.*

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 23.9.2022, n. 8167.

Assenza di interessi "tiranni", bilanciamento tra principi e proporzionalità: l'interesse culturale e paesaggistico non sempre prevale su quello ambientale.

Con una pronuncia "di sistema" il giudice amministrativo afferma, anche nel settore della produzione di energia da fonti rinnovabili, il principio del necessario bilanciamento tra opposti interessi di rango costituzionale; nonché la doverosa valutazione, in concreto, della loro regolazione secondo lo schema ternario del giudizio di proporzionalità. Da ciò: a) come per i diritti, anche per gli interessi di rilievo costituzionale, affidati alla cura della P.A., non sussiste una gerarchia, ma un necessario contemperamento; b) la tutela del patrimonio culturale deve dunque integrarsi con la tutela dell'ambiente, perseguita dalla produzione di energia da FER; c) nel caso in esame, il radicale svuotamento della possibilità di utilizzo del suolo al fine di produrre energia da fonte eolica, seppure in nome della tutela di interessi culturali e paesaggistici, risulta lesiva del principio di proporzionalità in senso stretto (terza tappa, a fianco della idoneità e della necessarietà, del relativo sindacato trifasico); d) il principio di integrazione delle tutele (art. 11 TFUE, art. 3-quater del D.Lgs 152/2006), con valenza anche procedimentale in questo settore ai sensi dell'art. 12, comma 10 del D.Lgs n. 387/2003, si impone non solo nei rapporti tra ambiente e attività produttive (cfr. la nuova formulazione dell'art. 41 Cost.), ma anche nei rapporti tra ambiente e patrimonio culturale, nel senso che l'esigenza di tutelare il secondo deve integrarsi con la necessità di preservare il primo.

TAR BASILICATA, sez. I, 5.9.2022, n. 584

Semplificazioni normative nel campo delle FER, pareri negativi della P.A., discrezionalità tecnica.

Prime applicazioni giurisprudenziali dell'art. 30, comma 2 del D.L. 77/2021, conv. nella L. 108/2021, che qualifica come "*obbligatorio*" ma "*non vincolante*" il parere reso dal Ministero della cultura nel procedimento, disciplinato ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs 387/2003, di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di impianti per la produzione di energia da FER localizzati in aree contermini a quelle sottoposte a tutela paesaggistica. La P.A. procedente non è dunque vincolata dal predetto parere; nondimeno, ha l'onere di valutarlo e, se ritenuto, superarlo solo con una motivazione adeguata e congruente: *il tutto*

nell'esercizio di quella discrezionalità tecnica che, se sfavorevole al privato istante - come nel caso in esame - risulta difficilmente contestabile in sede giurisdizionale.

TAR LOMBARDIA, Milano, sez. I, 26.8.2022, n. 1946.

Potere sanzionatorio dell'ARERA e termine di conclusione del procedimento.

Permane il contrasto giurisprudenziale sulla natura del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio dell'ARERA (attivato in forza del D.Lgs 93/2011, attuato dalla Delib. ARERA n. 243/2012/E/com.). In consapevole dissenso con l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato (sez. VI, 2308/2021; 584/2021), il TAR Milano insiste nel qualificare come non perentorio tale termine: e ciò, tra le altre, in ragione della assenza di una disposizione di rango legislativo o secondario (Cons. St., Ad. Pl., 5/2018) che preveda conseguenze decadenziali per la sua inosservanza - non contemplate peraltro dalla L. 689/1981 che regola il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti (C. cost. 151/2021).
Da ciò non può, tuttavia, ricavarsi una presunzione assoluta di legittimità del provvedimento sanzionatorio tardivo (TAR Milano, sez. II, 2456/2018): posto che, per ragioni sistematiche di certezza del diritto, di salvaguardia della libertà d'impresa e di efficienza dell'amministrazione va verificato se il superamento del termine trovi ragione in esigenze di approfondimento istruttorio, oppure sia dipeso da mera negligenza con conseguente rilievo in ordine dalla legittimità del provvedimento.

TAR MOLISE, sez. I, 21.7. 2022, n. 276.

Autorizzazione unica, quote di potenza massima installabile nella Regione, moratorie "mascherate".

E' illegittimo il provvedimento che disponga l'improcedibilità, o comunque sospenda *sine die* l'esame di una istanza di autorizzazione unica alla costruzione ed all'esercizio di un impianto per la produzione di energia da FER, in ragione dell'esaurimento della potenza autorizzabile sul territorio regionale calcolata però sulle mere domande autorizzative ancora pendenti - e non sui provvedimenti in concreto rilasciati. E ciò, peraltro, già alla luce delle disposizioni regionali (art. 3, comma 2, della L. reg. Molise 22/2009; art. 14.3, 14.8bis delle Linee Guida regionali, di cui alla D.G.R. 621/2011), interpretate peraltro in coerenza con la normativa statale (Linee guida di cui al D.M. 10.9.2010, art. 14.5). L'obbligo di conclusione del procedimento, oltre che dalla normativa generale (art. 2 L. 241/1990), si trae anche dalla legislazione speciale relativa alle FER alla luce dei principi di celerità, concentrazione, certezza dei tempi e delle forme del procedimento *ex* art. 12 D.Lgs 387/2003.

TRIBUNALE SUPERIORE DELLE ACQUE PUBBLICHE, 9 settembre 2022, n. 181. *

Autorizzazione unica e convenzioni urbanistiche con gli Enti Locali.

Le statuizioni contenute in una autorizzazione unica alla costruzione e all'esercizio di un impianto idroelettrico (art. 12 D.Lgs 387/2003, art. 12 e ss. L. reg. FVG 19/2012), laddove "raccomandino" la stipula di una convenzione urbanistica tra privato istante e Comune

territorialmente interessato (che un tanto aveva richiesto in Conferenza di Servizi), sono vincolanti per entrambe le parti: sicché l'Ente Locale non può sottrarsi a siffatto obbligo, ed è giuridicamente tenuto alla sottoscrizione – *il che può assumere particolare rilievo qualora l'inerzia comunale pretenda di condizionare la costruzione dell'opera; viceversa, qualora la "raccomandazione" non equivalga a prescrizione condizionante l'avvio dei lavori, permane un interesse qualificato del privato a rispettare gli adempimenti previsti dalla A.U.*

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, Accreditamento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano Abbr. www.ambientediritto.it. - Catalogo (CINECA) - Codice rivista: E197807 - (Codice DoGi:) 9080 - Archivio Collettivo Nazionale dei Periodici ((ACNP)) Codice rivista PT03461393 - Catalogo internazionale (ROAD), patrocinato dall'UNESCO.

https://www.ambientediritto.it/

Copyright AD - AMBIENTEDIRITTO – EDITORE©®